OMZIEN in *verwondering*

Interim-advies

Adviescommissie uitvoering toeslagen

14 november 2019

Omzien in verwondering

Interim-advies

Adviescommissie uitvoering toeslagen

Adviescommissie uitvoering toeslagen

mr. J.P.H. Donner (voorzitter)

prof. mr. drs. W. den Ouden

drs. J. Klijnsma

mr. G. Akdemir (secretaris)

mr. C.L. Gosen (secretaris)

Den Haag, 14 november 2019

Inhoud

OMZIEN

in *verwondering*

Samenvatting 1

1 Inleiding 5

1.1 Aanleiding 6
1.2 Adviescommissie: instelling en opdracht 7
1.3 Aanpak en werkwijze 7
1.4 Algemeen en interim-advies 8
1.5 Opzet interim-advies 9

2 CAF 11 en het vervolg 11

2.1 Wat er geschiedde 12
2.1.1 CAF-besluit, bevindingen en afloop 12
2.1.2 Aanschrijving ouders 13
2.1.3 Stopzetting betaling KOT 2014 14
2.1.4 Onderzoek gevraagde informatie 15
2.1.5 Individuele beslissing KOT-aanspraken 15
2.1.6 Bezwaar: gegrond of niet gegrond 16
2.1.7 Beroep en hoger beroep 18
2.1.8 Herziening en klachtbehandeling 18
2.1.9 Herstart KOT 2014 en KOT in latere jaren 18
2.1.10 Invordering 19
2.2 Gevolgen 20
2.2.1 Betrokken en gedupeerd 20
2.2.2 Hinder, gevolgen, schade 20
2.2.3 Herstel en reparatie 21
2.3 Rechtspraak, kritiek en beleidsaanpassing tot dusver 21
2.3.1 Jurisprudentie 21
2.3.2 Rapport Ombudsman 22
2.3.3 Aanpassing werkwijze Toeslagen 23

3 Achtergrond: juridisch en politiek kader 25

3.1 Inleiding 26
3.2 Wettelijk kader 26
3.2.1 Algemene introductie op het toeslagenstelsel 26
3.2.2 De KOT-systematiek in meer detail 27
3.2.2.1 Aanvraag en bevoorschotting 27
3.2.2.2 Toekenningsbesluit 28
3.2.2.3 Wijziging van het voorschotbesluit 28
3.2.2.4 Een alles-of-nietsbenadering 28
3.2.2.5 Verrekening 30
3.2.3 Melden door de ouder of informeren door Toeslagen? 30
3.2.4 Samenvattend 31
3.3 Politiek klimaat: bezuinigingen en een stevige aanpak van fraude 31
3.3.1 Politiek klimaat en ambtelijke uitvoering 31
3.3.2 Het debat over 'Bulgarenfraude' 32

4 Beperkte bevoegdheden, dringende reden 35

4.1 De vraag aan de commissie 36
4.2 Betekenis uitspraken Raad van State voor CAF 11-besluitvorming 36
4.2.1 Uitspraak van 24 april 2019 36
4.2.2 Uitspraken van 23 oktober 2019 37
4.3 Beperkte bevoegdheden tot herziening door Toeslagen 38
4.3.1 Herstel en reparatie in het recht 38
4.3.2 Rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten 38
4.3.3 Herziening van besluiten: ambtshalve of op verzoek 40
4.3.4 Een onbevredigende en onredelijke uitkomst 41
4.4 Een vooringenomen handelwijze 41
4.4.1 De toon gezet 41
4.4.2 De uiting van vooringenomenheid 42
4.4.3 Institutionele vooringenomenheid 43
4.4.4 Doorwerking en nasleep 44
4.4.5 Niet alle betrokken ouders zijn gedupeerd 44
4.5 Tegen vooringenomenheid geen adequate rechtsbescherming 44
4.6 Concluderend 45

5 Een passende oplossing? 47

5.1 Inleiding 48
5.2 Herziening biedt geen soelaas 48
5.3 Een compensatieregeling 49
5.3.1 Kring van gerechtigden en grondslag van compensatie 49
5.3.2 Elementen van compensatie 50
5.3.3 Samenvattend 53
5.4 De rechtsgrondslag voor de compensatieregeling 53
5.5 Nog lopende zaken 54
5.6 Verdere aandachtspunten 55

Tot besluit 57

Samenvatting

OMZIEN

in *verwondering*

Dit interim-advies gaat over de gang van zaken in het zogenoemde 'CAF 11-dossier Hawaii' en over een passende oplossing voor de ouders die financiële en persoonlijke problemen hebben ondervonden door de *institutionele vooringenomen* werkwijze van Belastingdienst/Toeslagen (hierna: Toeslagen) in dat dossier.

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de wijze waarop de kinderopvangtoeslag vanaf juli 2014 van bijna 300 ouders onrechtmatig is stopgezet, was voor de staatssecretaris van Financiën aanleiding tot het instellen van de Adviescommissie uitvoering toeslagen (hierna: commissie). De commissie is gevraagd te kijken naar de wijze waarop Toeslagen in de praktijk beter rekening kan houden met de gerechtvaardigde belangen van de toeslaggerechtigden, waarbij de mogelijkheden van maatwerk worden verkend. In het eindadvies zal de commissie nader aandacht besteden aan mogelijke verbeteringen in de werkwijze van Toeslagen en de rechtsbescherming van belanghebbenden.

Aandacht fraudebestrijding

De CAF 11-ouders kwamen in het vizier van Toeslagen door een onderzoek van het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) naar het gastouderbureau waar deze ouders werden bemiddeld voor gastouderopvang. Het CAF is onderdeel van de fraudeaanpak van de Belastingdienst en werd ten tijde van de 'Bulgarenfraude' in het leven geroepen om fraude gepleegd door facilitators gestructureerd en zichtbaar in kaart te brengen en aan te pakken. Het CAF paste naadloos in de tijdgeest met striktere regelgeving rond het bestrijden van fraude en sloot aan bij de wens vanuit de politiek om fraudeplegers hard aan te pakken.

Institutionele vooringenomenheid

De nadruk op fraudebestrijding heeft in het CAF 11-dossier volgens de commissie *institutionele vooringenomenheid* veroorzaakt. Die vooringenomenheid hield in dat het handelen van Toeslagen vanaf het begin uitging van het vermoeden dat de CAF 11-ouders fraude hadden gepleegd. Een vermoeden dat niet gebaseerd was op het persoonlijke handelen van deze ouders, maar op het enkele feit dat zij in het kader van het CAF 11-dossier werden gecontroleerd. Zo werden ouders, nadat hun lopende toeslag werd stopgezet, onderworpen aan een omvangrijk en nauwgezet onderzoek met betrekking tot hun aanspraken op kinderopvangtoeslag in 2014 en voorgaande jaren (2013 en 2012).

Deze *'zero tolerance'* aanpak van Toeslagen was vooral gericht op het ontdekken van tekortkomingen - ook de geringste - in administratie, betalingen of (bewijs)stukken om de aanspraak op kinderopvangtoeslag via correctiebesluiten deels of in zijn geheel te laten vervallen. Ouders kregen geen duidelijke informatie over wat er van hen werd verwacht en kregen geen kans om onregelmatigheden te herstellen, zodat zij nauwelijks aan deze aanpak konden ontsnappen. Na het vervallen van de aanspraak moesten ouders volgens de toen geldende jurisprudentie op basis van de Wet op de kinderopvang alle ontvangen toeslagen terugbetalen. In sommige gevallen ging het om tienduizenden euro's.

De gesignaleerde vooringenomenheid kreeg een plek in werkinstructies en werkte door in bezwaar- en beroepstrajecten, bij de inzet van invorderingsmaatregelen alsook bij nieuwe aanvragen kinderopvangtoeslag van deze ouders. Uitvoerders kenden alleen de instructies maar niet de achtergrond en bedoeling daarvan, waardoor men zich niet meer bewust was van het onderscheid tussen 'goeden' en 'kwaden'. Daardoor werd uiteindelijk iedere ouder gelijkelijk (negatief en vooringenomen) behandeld.

Zo begon voor veel ouders een lang en moeizaam traject tegen Toeslagen teneinde hun aanspraak op kinderopvangtoeslag te kunnen herstellen. In de jaren die volgden hebben deze ouders geleefd onder een financiële last die ook ingrijpend is geweest voor hun persoonlijke leven.

Bevestiging strikte werkwijze

De strenge toepassing van de wet door Toeslagen werd niet alleen gevoed door het politieke klimaat, maar werd ook bevestigd in de jurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelde Toeslagen vaak in het gelijk in zaken waarin de strikte toepassing van het recht op kinderopvangtoeslag ter discussie werd gesteld. Pas zeer recent, op 23 oktober jl., kwam de Afdeling terug op deze jurisprudentie en concludeerde dat Toeslagen meer ruimte heeft om maatwerk te leveren bij het vaststellen van aanspraak op kinderopvangtoeslag en het terugvorderen daarvan.

Compensatieregeling

Onderkend moet worden dat de gebruikelijke middelen van rechtsbescherming niet adequaat zijn gebleken om een verschijnsel zoals de vooringenomen *'zero tolerance'* controle in CAF 11-zaken te corrigeren. Dat is een goede reden om CAF 11-ouders die daardoor werden gedupeerd niet met de gevolgen van deze besluitvorming te laten zitten, ondanks het feit dat het grootste deel van deze besluitvorming in rechte onaantastbaar is geworden. Duidelijk is dat niet kan worden volstaan met een welgemeend excuus. Er zal een geldelijke compensatie moeten worden gegeven, als erkenning van het feit dat Toeslagen de CAF 11-ouders met een structureel vooringenomen houding heeft benaderd en dat zij daarvan nadeel hebben ondervonden.

De commissie komt met de volgende compensatieregeling. Ouders van wie de aanspraak op KOT 2012, 2013 resp. 2014 na onderzoek in het kader van het CAF 11-dossier neerwaarts is gecorrigeerd, kunnen compensatie krijgen, behoudens in gevallen van ernstige onregelmatigheden. Deze compensatie wordt berekend op grond van de volgende elementen:

a) Het bedrag dat is gemoeid met het totaal van de correctiebesluiten die zijn genomen naar aanleiding van het CAF 11-onderzoek waardoor KOT-aanspraken van de getroffen ouders over 2014, 2013 en 2012 verminderden of tenietgingen;

b) Voor zover onder (a) een recht op compensatie wordt vastgesteld, wordt ook een forfaitair bedrag per belanghebbende toegekend voor immateriële schade (stress, ongemak en onzekerheid) van € 500 voor ieder half jaar dat is verlopen tussen het eerste correctiebesluit in het kader van CAF 11 en het moment dat de aanspraken op KOT (eventueel na bezwaar, beroep of herziening) volledig zijn vergoed of het compensatie werd gegeven, met als maximum het bedrag dat wordt uitgekeerd onder (a);

c) Verder wordt een forfaitair bedrag uitgekeerd als compensatie voor veronderstelde materiële schade dat bestaat uit 25% van het bedrag genoemd onder (a);

d) De kosten die in rekening zijn gebracht voor de invordering van de na het CAF-onderzoek teruggevorderde KOT, worden volledig gecompenseerd;

e) Een vergoeding van de kosten van juridische bijstand conform de reguliere forfaitaire bedragen, voor zover deze kosten niet eerder werden vergoed.

f) Op het aldus berekende bedrag van de compensatie (a t/m e) wordt in mindering gebracht (1) eventuele bedragen die al zijn toegekend naar aanleiding van bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures tegen de correctiebesluiten of de herziening daarvan, en (2) niet ingevorderde toeslagschulden.

De commissie hoopt dat de voorgestelde compensatieregeling de betrokken burgers op een evenwichtige wijze tegemoet komt. De commissie zal in het vervolg van haar werkzaamheden nagaan waar de gewraakte aanpak verder werd toegepast en welke andere ouders ook compensatie zal moeten worden geboden.

1 Inleiding

OMZIEN

in *verwondering*

1.1 Aanleiding

Rond juli 2014 ontvingen bijna driehonderd ouders die in 2014 en/of de twee voorgaande jaren een kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) kregen een brief met het verzoek om hun aanspraak op deze toeslag met nadere bewijsstukken te staven. Ongeveer twee derde van hen kreeg het verzoek zich met deze informatie bij de balie van het belastingkantoor te melden. Anderen kregen een vraagbrief met het verzoek om bewijsstukken per post op te sturen over de daarin genoemde toeslagjaren. Het betrof ouders die gebruikmaakten of hadden gemaakt van de diensten van het gastouderbureau X te Y of enkele daarmee gelieerde bureaus.[1] In dezelfde brief werd ouders die een maandelijks voorschot voor 2014 ontvingen, meegedeeld dat het voorschot voor KOT zou worden stopgezet tot na de beoordeling van de bewijsstukken. Daarmee begon voor veel van de ouders die deze brief hadden ontvangen een nachtmerrie die soms nog voortduurt tot op de dag van vandaag.

De ouders waren onder de aandacht gekomen door een nieuwe aanpak van de Belastingdienst die tot doel heeft fraude, gepleegd door facilitators, gestructureerd en zichtbaar in kaart te brengen en aan te pakken. Daartoe werd het Combiteam Aanpak Facilitators (hierna: CAF) opgericht. Het CAF richtte zich zowel op fraude met toeslagen als met belastingen.[2] Belastingdienst/Toeslagen (hierna: Toeslagen) participeerde in het CAF. Deze aanpak was gestart in 2013 in de context van een verscherpte aandacht in het kabinetsbeleid voor fraude in de sociale zekerheid en als reactie op het parlementair debat eerder dat jaar over de zogenoemde 'Bulgarenfraude'.

Eén van de eerste onderzoeken van het CAF was gericht op de gastouders en de werkwijze van een gastouderbureau in Y; dit was het CAF Hawaii-onderzoek of kortweg CAF 11. In het kader van dat onderzoek werden 16 gastouders en het gastouderbureau bezocht en de informatie van een aantal (ca. 10) vraagouders doorgenomen. Daarbij werd een aantal onregelmatigheden of mogelijke onjuistheden vastgesteld. Het CAF 11-dossier werd overgedragen aan Toeslagen om de aanspraak van alle betrokken vraagouders te controleren. Dit gebeurde door het team Integraal Subjectgericht Toezicht (IST-team) binnen Toeslagen. Een vertegenwoordiger namens Toeslagen in het CAF gaf het IST-team de opdracht om de betaling van de lopende KOT(-voorschotten) 2014 stop te zetten en de aanspraken voor zowel 2012, 2013 als 2014 te controleren.[3] De informatie en stukken die door de ouders werden aangeleverd, werden aan een minutieus onderzoek op fouten onderworpen, hetgeen resulteerde in een zeer groot aantal stopzettings- en correctiebesluiten. Dat leidde tot vele bezwaren en vervolgens (hoger) beroepen.

Geleidelijk is het inzicht gegroeid, zoals de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris) op 11 juni 2019 aan de Tweede Kamer schreef dat: er ´rondom het stopzetten van de kinderopvangtoeslag veel niet goed [is] gegaan´.[4] Inderdaad is Toeslagen te overhaast overgegaan tot stopzetting van voorschotten. De gestrengheid van de controles heeft tot zeer veel correctie- en terugvorderingsbesluiten geleid. De behandeling van de daartegen ingediende bezwaren heeft bovendien bovenmatig lang geduurd. In het hele proces heeft de aandacht sterk gelegen op het bestrijden van misbruik en is de menselijke maat vaak uit het oog verloren. Reeds in 2017 stelde de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak of kortweg Afdeling of ABRvS) vast dat Toeslagen bij de stopzetting '(…) niet heeft gehandeld in overeenstemming met de systematiek van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (…)'.[5] Later dat jaar stelde de Nationale ombudsman de ´onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag´ aan de orde in het rapport ´Geen powerplay maar fair play´.[6] Halverwege 2017 trok deze gang van zaken de aandacht van de Tweede Kamer en in de loop van 2018 is deze aandacht in de Tweede Kamer en in de media groter geworden. In dit kader kwam de staatssecretaris tot de geciteerde conclusie.

1 Het betrokken gastouderbureau had kort tevoren gastouders overgenomen van andere gastouderbureaus.

2 Er zijn in totaal tot op heden 170 CAF-zaken die betrekking hebben op toeslagen (zie het antwoord op vraag 9 in bijlage 3 bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 juli 2019).

3 Integraal Subjectgericht Toezicht; dit team is bedoeld om al vroeg in het proces toezicht uit te voeren waarbij alle verschillende toeslagsoorten kunnen worden betrokken.

4 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 11 juni 2019, kenmerk 2019-87053.

5 ABRvS 8 maart 2017; ECLI:NL:RVS:2017:589.

6 Rapport 2017-095 van 9 augustus 2017.

1.2 Adviescommissie: instelling en opdracht

In de eerder genoemde brief van 11 juni 2019 verwees de staatssecretaris naar zijn brief van 29 mei 2019.[7] Daarin is de instelling van een Adviescommissie uitvoering toeslagen (hierna: de commissie) aangekondigd, die hem zou moeten adviseren over de wijze waarop ouders die tekort zijn gedaan, daarvoor zouden kunnen worden gecompenseerd. De opdracht van de op te richten commissie luidt als volgt:

'*De commissie is gevraagd om te kijken naar de wijze waarop de Belastingdienst/Toeslagen in het algemeen, en bij kinderopvangtoeslag in het bijzonder, in de praktijk beter rekening kan houden met de gerechtvaardigde belangen van de toeslaggerechtigden. Ook is de commissie gevraagd advies uit te brengen over de mogelijkheden voor Toeslagen om hierbij binnen de wettelijke kaders en de grenzen van de uitvoerbaarheid – waar nodig – maatwerk te bieden.*

De adviesaanvraag aan de commissie valt uiteen in drie deelvragen:

1) *Welke beleids- en beoordelingsruimte heeft Toeslagen naar het oordeel van de adviescommissie in de verdere afhandeling van de zogenoemde CAF 11-zaken en in aanverwante zaken, mede in het licht van de uitspraak van de Raad van State (RvS) van 24 april 2019, en wat kan hierbij als een voor alle betrokkenen passende oplossing worden gezien? De adviescommissie wordt uitdrukkelijk gevraagd zowel de doorwerking naar de nog lopende zaken als naar de onherroepelijk vaststaande zaken te bezien.*

2) *Wat is het oordeel van de adviescommissie in meer algemene zin over het handelen van Toeslagen in andere zaken waarin vermoedens van georganiseerde fraude aan de orde zijn? Is de positie van de toeslaggerechtigden hierbij voldoende gewaarborgd, welke beleids- en beoordelingsruimte heeft de Belastingdienst hier binnen de bestaande wettelijke kaders en welke conclusies kunnen hieruit voor de uitvoering van de toeslagen in de toekomst worden getrokken?*

3) *Hoe is het volgens de adviescommissie in algemene zin met de praktische rechtsbescherming van de toeslaggerechtigden gesteld, en welke verbeteringen zijn hier wenselijk? Hierbij kan mede in de beschouwing worden betrokken dat het bij de toeslagen om kwetsbare groepen kan gaan waarvoor niet altijd voldoende duidelijk is wat van hen wordt verwacht. Bij het advies wordt ook de aanwezigheid van bijzondere categorieën persoonsgegevens betrokken – meer in het bijzonder [tweede] nationaliteit – bij Toeslagen.'*

Bij besluit van 12 juli 2019 werd de commissie met ingang van 1 juli 2019 ingesteld.[8] Ingevolge dit besluit brengt de commissie in oktober 2019 advies uit ten aanzien van de eerste deelvraag.[9] De commissie is als volgt samengesteld: mr. J.P.H. Donner, prof. mr. drs. W. den Ouden en drs. J. Klijnsma. Zij wordt ondersteund door mr. G. Akdemir en mr. C.L. Gosen, ambtenaren bij het ministerie van Financiën die niet eerder betrokken waren bij het CAF 11-dossier en de uitvoering van toeslagen in het algemeen.[10,11]

1.3 Aanpak en werkwijze

Nadat de beoogde leden van de commissie eind mei 2019 door de staatssecretaris daarover waren gepolst, hebben zij in de loop van juni de eerste contacten gehad en zijn twee medewerkers aangetrokken voor het secretariaat. De commissie heeft de werkzaamheden vanaf begin juli effectief ter hand kunnen nemen. Zij heeft zich daarbij in de eerste fase een beeld gevormd van het feitencomplex en de dossiers en processen die in het publieke debat gezamenlijk worden aangeduid als CAF 11. In dat kader heeft de commissie de beschikbare stukken bestudeerd en gesprekken gevoerd met de staatssecretaris, de Belastingdienst en medewerkers van de dienst Toeslagen. Vanzelfsprekend heeft de commissie ook gesproken met een afvaardiging van de betrokken ouders over hun ervaringen. Voorts heeft de commissie gesproken met leden van de Algemene Rekenkamer die betrokken waren bij het onderzoek ten behoeve van het rapport ´Toeslagen terugbetalen´[12] en met de Nationale ombudsman en de medewerker die betrokken was bij het rapport ´Geen powerplay maar fair play´. Ook heeft de commissie gesproken met de voorzitter van de werkgroep Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO) toeslagen die een rapport gaat publiceren over de werking van het stelsel van toeslagen en mogelijke verbeteringen daarin.

7 Kamerstukken II 2018/19, 31066, nr. 487.

8 Staatscourant 2019, nr. 40595.

9 In de brief van 24 oktober 2019 heeft de voorzitter van de commissie aangegeven dat het helaas niet mogelijk is om het advies over de eerste deelvraag in oktober 2019 uit te brengen omdat de commissie zich genoodzaakt ziet om de implicaties van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van Raad van State van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3601) nader te bestuderen. In zijn brief van 25 oktober 2019, kenmerk 2019-177712 heeft de staatssecretaris van Financiën de Tweede Kamer van dit uitstel op de hoogte gesteld.

10 Mr. dr. A. Drahmann, universitair hoofddocent aan de Universiteit van Leiden, is als extern deskundige geraadpleegd door de commissie.

11 In de slotfase van het interim-advies is een schets van de beoogde compensatieregeling door enkele ambtenaren van Toeslagen op uitvoerbaarheid getest.

12 Rapport van 5 juni 2019 ARK, aangeboden aan Tweede Kamer 13 juni 2019; https://www.rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2019/06/13/toeslagen-terugbetalen.

In het licht van de verkregen informatie en de gevoerde gesprekken, heeft de commissie vervolgens een groot aantal gerichte vragen om informatie gesteld aan Toeslagen en om aanvullende documentatie gevraagd. Bepalend voor de aanpak en werkwijze van de commissie is dat zij is gevraagd om advies uit te brengen over bepaalde vraagstukken en niet tot opdracht heeft om de feitelijke gang van zaken vast te stellen en de juistheid van (gestelde) feiten te controleren. De commissie is daar qua samenstelling en bemensing ook niet op berekend. Of anders verwoord: de commissie is een adviescommissie en geen onderzoekscommissie.

De commissie heeft dus niet zelf dossieronderzoek gedaan met betrekking tot de feiten en besluiten in het CAF 11-dossier. Haar taak is om advies uit te brengen omtrent een passende oplossing voor de gedupeerden. Het zal vervolgens aan de verantwoordelijke bewindslieden zijn om te beslissen op welke wijze van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt in het licht van de concrete feiten van de afzonderlijke gevallen. Dat laat onverlet dat de commissie, als betoogd, behoefte heeft aan een beeld van wat er is gebeurd. Daarbij gaat de commissie uit van wat daarover reeds in publieke stukken is verschenen en van aanvullende stukken en informatie die van Toeslagen zijn verkregen en gesprekken met enkele van de betrokken ouders en hun advocaat.

De juistheid van de aldus verkregen informatie en de vaststelling van de werkwijze en procedures van Toeslagen vormen voorwerp van het onderzoek door de Auditdienst Rijk (ADR) waarover de staatssecretaris de Tweede Kamer nader informeerde bij brief van 12 juli 2019. Deze opdracht aan de ADR is op 2 september 2019 aangevuld.[13] Dit maakt het mogelijk dat de commissie voor de informatie die van wezenlijke betekenis is voor haar advies, kan afgaan op de informatie van Toeslagen welke informatie vervolgens op juistheid wordt gecontroleerd door de ADR. Met de ADR heeft daarover overleg plaatsgevonden en zijn afspraken gemaakt. Dat kan evenwel tot gevolg hebben dat de bevindingen waar de commissie in dit rapport vanuit gaat alsnog door de ADR aan de feiten getoetst zullen worden. De commissie heeft, mede in overleg met Toeslagen en de staatssecretaris, voor deze aanpak gekozen omdat de werkzaamheden van de commissie anders onvermijdelijk zouden moeten wachten op de afronding van het ADR-onderzoek. Dat leek niet wenselijk en verantwoord mede gelet op de gewenste spoed waar zowel de staatssecretaris als de Tweede Kamer op aandrongen. Deze werkwijze maakt het mogelijk om nu met een interim-advies te komen met betrekking tot de eerste vraag. In haar eindadvies zal de commissie nader ingaan op de werkwijze en de keuzes die ter zake zijn gemaakt.

1.4 Algemeen en interim-advies

In het instellingsbesluit wordt de commissie gevraagd (artikel 5 lid 2) om uiterlijk in oktober 2019 een interim-advies uit te brengen met betrekking tot de eerste deelvraag. Ook van de zijde van de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer is aangedrongen op een voortvarende aanpak van het mogelijk herstel van de schade van getroffen ouders. Bij de eerste verkenning van de problematiek waar de commissie gevraagd wordt advies over uit te brengen, lijkt er inderdaad een wezenlijk onderscheid te bestaan tussen het advies dat in de eerste vraag gevraagd wordt en de adviezen waar de tweede en derde vraag betrekking op hebben. De vragen gaan uit van drie onderscheiden gezichtspunten, te weten: wat valt er met het juridisch inzicht van nu te doen aan het verleden; wat moet er in de bestuurlijke praktijk veranderen om herhaling te voorkomen, en wat valt er in de rechtsbescherming te verbeteren om burgers meer en tijdig recht te doen? De eerste vraag betreft kortom het herstel van mogelijk onrecht in het verleden en de gevolgen daarvan. De beide andere vragen hebben betrekking op aanpassing in de toekomst. Dat neemt niet weg dat de drie vragen nauw samenhangen. Dat pleit ervoor om de drie vragen in onderlinge samenhang te beantwoorden.

Alles afwegend heeft de commissie geconcludeerd zo spoedig mogelijk te willen komen met een advies betreffende de gewenste compensatie in het CAF 11-dossier, waarmee ook niet langer hoeft en moet worden gewacht. Dat laat onverlet dat bij het uitbrengen van het eindadvies mogelijk nog andere zaken of gevallen kunnen worden geïdentificeerd waarin ook een passende oplossing geboden is.

Op die wijze kan later ook rekening gehouden worden met de uitkomsten van het onderzoek dat de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in de loop van mei 2019 is gestart naar aanleiding van klachten over zogenoemd etnisch profileren door Toeslagen. Geklaagd werd dat alleen ouders met een immigratieachtergrond te maken zouden hebben gehad met stopzetting van toeslagen. In het voorliggende interim-advies wordt stilgestaan bij hetgeen de commissie daarover heeft vastgesteld op basis van de voor de commissie beschikbare informatie, maar het is niet uitgesloten dat de AP op basis van eigen onderzoek tot nadere conclusies komt. Met de AP heeft overleg plaatsgevonden over de samenloop van beide trajecten en de wijze waarop deze elkaar kunnen versterken.

[13] Zie bijlage 3 bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 september, kenmerk 2019-145219.

1.5 Opzet interim-advies

De vraag naar de mogelijkheden om met de inzichten van nu een voor alle betrokkenen passende oplossing te vinden bij de verdere afhandeling van de CAF 11-zaken en aanverwante zaken, vergt in de eerste plaats inzicht in wat er is gebeurd in het CAF 11-dossier en een beeld van de wettelijke, juridische en politieke achtergrond. Op die basis moet de gang van zaken in de CAF 11-zaak beoordeeld worden om een antwoord te kunnen geven op de vraag naar een passende oplossing voor aanverwante zaken.

In hoofdstuk 2 worden de feiten in het CAF 11-dossier uitgeschreven en wordt nader ingegaan op de afzonderlijke onderdelen daarvan. In de eerste helft van hoofdstuk 3 (paragraaf 3.2) wordt het wettelijk kader uiteengezet waaraan Toeslagen is gebonden bij de uitvoering van zijn taken. In de tweede helft van hoofdstuk 3 (paragraaf 3.3) zal aandacht worden besteed aan het politieke klimaat waarbinnen Toeslagen functioneert. In hoofdstuk 4 beoordeelt de commissie de feiten die in hoofdstuk 2 staan beschreven. Daarin komt de institutionele vooringenomenheid waarmee Toeslagen de CAF 11-ouders heeft behandeld ook aan de orde. Tot slot wordt de compensatieregeling die de commissie daarvoor passend acht uitgewerkt in hoofdstuk 5.

2 CAF 11 en het vervolg

OMZIEN

in *verwondering*

2.1 Wat er geschiedde

In de inleiding (§ 1.1) wordt de gang van zaken in het CAF 11-dossier op hoofdlijnen beschreven, hier wordt nader ingegaan op de afzonderlijke onderdelen daarvan. Het gaat daarbij om een feitelijke beschrijving. Later (§ 4.4) volgt een beoordeling daarvan, nadat ook is ingegaan op de context waarin deze gang van zaken plaatsvond.

2.1.1 CAF-besluit, bevindingen en afloop

In 2013 startte de Belastingdienst met een nieuwe aanpak om fraude, gepleegd door facilitators, gestructureerd en zichtbaar in kaart brengen, aan te pakken en in de toekomst te voorkomen. Daartoe werd het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) opgericht. Toeslagen participeerde in het CAF. De teams zouden informatie en signalen uit verschillende bronnen moeten samenbrengen, analyseren en daarnaar handelen; de aandacht richtte zich daarbij op de 'facilitators', de organisaties en gastouderbureaus die tussenschakels vormden tussen de vraagouders en de gastouder(s) in het proces van toeslagverlening. De Tweede Kamer werd geïnformeerd over de CAF-aanpak als een van de antifraudemaatregelen, in de brief die de staatsecretaris van Financiën op 13 januari 2014 aan de Tweede Kamer zond.

De CAF-aanpak vloeide voort uit de toegenomen aandacht van de regering voor fraude in de sociale zekerheid en uit het debat in de Tweede Kamer met de toenmalige staatssecretaris Weekers van Financiën eerder dat jaar naar aanleiding van wat is gaan heten de 'Bulgarenfraude'. Daarbij werd de dienst destijds verweten eerdere signalen over mogelijk georganiseerd misbruik van toeslagen via bemiddelingsbureaus te hebben genegeerd. Op het algemeen klimaat en de nasleep van de "Bulgarenfraude" wordt hierna ingegaan (§ 3.3).

Een van de eerste onderzoeken in dat kader richtte zich op een gastouderbureau X in Y (zoals eerder vermeld, CAF Hawaii of CAF 11 genoemd). Aanleiding waren signalen van de GGD (van Rotterdam-Rijnmond en Den Haag) aan Toeslagen en een bevindingenoverzicht dat betrekking had op een aantal gastouders dat bij het gastouderbureau X was aangesloten. Het daarop volgende actualiteitsbezoek aan een aantal gastouders en het onderzoek bij het gastouderbureau van dossiers van vraagouders bracht een (relatief) hoog aantal onregelmatigheden aan het licht die de (vraag)ouders betroffen. Bij zestien bezoeken bij gastouders werd een aantal onregelmatigheden geconstateerd. Een aantal opmerkingen van de controlerend ambtenaar in dat kader zijn: "creatieve" urenverantwoording, opvang was feitelijk al gestopt, meestal geen kinderen aanwezig, geen contracten, urenstaten of facturen aanwezig. Het ging ook om gevallen waarin gastouders niet via het gastouderbureau maar rechtstreeks werden betaald (hetgeen niet meer was toegestaan); gevallen waarin gast- en vraagouder regelmatig van rol wisselden en op elkaars kinderen pasten of waarin de gastouder familie was van de vraagouder; gevallen met onvolledige, ontbrekende of juist opvallend uniforme ingevulde urenstaten (zelfs voor feestdagen en 29 februari, terwijl geen sprake was van een schrikkeljaar); urenstaten die niet overeen kwamen met de uren in de aangevraagde KOT of niet overeen kwamen met de gefactureerde uren.

Deze bevindingen vormden aanleiding om in het voorjaar van 2014 de CAF 11-zaak over te dragen aan Toeslagen. Een vertegenwoordiger namens Toeslagen in het CAF gaf het IST-team de opdracht om de vraagouders die in de CAF 11-zaak in het zicht waren gekomen een baliebrief en/of een vraagbrief te versturen teneinde bewijsstukken ter beoordeling van het recht op KOT te kunnen opvragen. Het IST-team was belast met het toezicht op complexe zaken binnen het reguliere toezicht, waaronder ook de behandeling of beoordeling viel van het recht op KOT van vraagouders die via de CAF in zicht waren gekomen.

Uiteindelijk werd, in februari 2015, het CAF 11-dossier ten aanzien van het betrokken gastouderbureau gesloten, zonder nadere strafrechtelijke stappen jegens het bureau.[14] Toen was de controle bij de vraagouders echter al geruime tijd geleden gestart en had daar tot een groot aantal correctiebesluiten van de KOT in ten minste één van de drie jaren geleid.

[14] Het betrokken gastouderbureau heeft de staat aansprakelijk gesteld wegens aantasting van de goede naam, maar de Rechtbank kwam tot de conclusie dat daar geen grond voor bestond, mede omdat er wel wat mis was. Het hoger beroep tegen deze uitspraak van 6 februari 2019 (ECLI:NL:RBDHA:2019:6233) loopt nog.

2.1.2 Aanschrijving ouders

Na overdracht van het CAF 11-dossier aan Toeslagen, stelde een vertegenwoordiger namens Toeslagen in het CAF (tevens medewerker van het team Handhavingsregie Toeslagen) een opdrachtformulier op waarin aangegeven werd welke bewijsstukken moesten worden opgevraagd, of de lopende toeslagen moesten worden stopgezet en per welke datum. Dit opdrachtformulier fungeerde naast het behandelkader van IST als een werkinstructie voor medewerkers binnen het IST-team die belast waren met de beoordeling van de vraagouders in de CAF 11-zaak. Op basis van dit formulier werd in juli 2014 of kort daarna het overgrote deel van de ouders aangeschreven met een verzoek om met bewijsstukken hun recht op KOT in onderscheidenlijk 2014, 2013 en 2012 te staven.

Er is over het aantal ouders dat tot het CAF 11-dossier gerekend wordt, enige verwarring ontstaan. Het rapport van de Nationale ombudsman (hierna: No) spreekt van 232 ouders. In een interne evaluatie van begin 2015 die in de gepubliceerde stukken voorkomt, wordt gesproken van 317 ouders. Thans wordt in de stukken veelal gesproken van 303 of 302 ouders. De verschillende aantallen zijn het gevolg van steeds wisselende definities, afbakeningen en inzichten, die men iedere keer naar beste weten geeft, om na verder onderzoek te constateren dat het in de praktijk toch net weer even anders zit. Zo heeft het rapport van de No het over de ouders wier voorschot in 2014 werd stopgezet en wier bezwaar op het moment van zijn rapport nog in behandeling was. Evenzo zijn in het aantal ouders dat begin 2015 wordt genoemd, ouders meegeteld die ondanks de instructie om alle ouders aan te schrijven, niet zijn aangeschreven, bijvoorbeeld omdat de behandelend ambtenaar wist dat de betrokken ouder al in een ander onderzoek om informatie gevraagd was, of omdat de toeslag in 2014 al was beëindigd of om andere reden. In ieder geval raken zij op deze wijze buiten beeld.

De precieze aantallen doen er voor het advies van de commissie minder toe. Uiteraard is het essentieel dat Toeslagen te zijner tijd, als wordt overgegaan tot compensatiemaatregelen, precies kan achterhalen welke ouders dit betreft en in welke omstandigheden zij verkeren. Voor het advies van de commissie is echter vooral van belang dat er CAF 11-ouders gedupeerd zijn, hoeveel dit er precies zijn is minder relevant. Indien in dit rapport concrete aantallen worden genoemd, is het niet uitgesloten dat achteraf alsnog moet worden vastgesteld dat de aantallen en de onderverdeling daarvan toch nog anders blijken te zijn. Naar de mening van de commissie verandert dat de teneur van het betoog en de strekking van de adviezen niet.

Uitgaande van de huidige informatie van Toeslagen gaat de commissie ervan uit dat het CAF 11-dossier 303 ouders omvat, maar omdat daarbij twee ouders ieder afzonderlijk een zaak zijn begonnen over dezelfde toeslag wordt doorgaans gesproken over 302. Dat wil niet zeggen dat ieder van die ouders in alle drie de jaren ook KOT heeft genoten. Het ging bij elkaar over drie jaren om 790 toeslagen die in het geding waren (2014: 248, 2013: 292 en 2012: 250). Niet alle 302 ouders ontvingen ook daadwerkelijk een brief. Elk jaar was er een klein aantal ouders die om uiteenlopende redenen geen brief kregen, bijvoorbeeld omdat zij reeds in ander kader werden onderzocht. Dat betekent niet dat zij ´uit het verhaal verdwijnen´. Een aantal van deze ouders werd alsnog met een correctie van eerdere toeslagbesluiten geconfronteerd.

Dat in enkele gevallen ouders niet werden aangeschreven wijst niet op een individuele afweging per ouder van de gegrondheid van het aanschrijven. Op basis van de opdracht van een vertegenwoordiger namens Toeslagen in het CAF werden ouders vrijwel 'automatisch´ aangeschreven. Weliswaar waren bij het eerder onderzoek onregelmatigheden en vraagtekens geconstateerd met betrekking tot enkele vraagouders, maar daarbij ging het in totaal om een relatief beperkt aantal. Het tijdsverloop tussen het CAF advies en de feitelijke uitvoering daarvan liet ook geen tijd voor een individuele toetsing.

Het overgrote merendeel van de brieven werd in juli 2014 verzonden; op verschillende data. Twee derde van de aangeschreven ouders kreeg het verzoek om met de gevraagde bewijsstukken in persoon bij de balie van Toeslagen te verschijnen. De baliebrief werd in veel gevallen gevolgd door een vraagbrief (bewijsstukken per post opsturen) over de voorgaande toeslagjaren. Het andere deel van de ouders ontving alleen een vraagbrief en werd verzocht de gevraagde stukken schriftelijk op te sturen. In het laatste geval werd in de brief gespecificeerd welke stukken werden gevraagd. In het geval van een verzoek om aan de balie te komen, werd pas in de bevestiging van de afspraak gespecificeerd welke bewijsstukken moesten worden meegenomen. In beide gevallen ging het niet altijd om een concrete omschrijving.

2.1.3 Stopzetting betaling KOT 2014

In de brief met het verzoek om nader bewijs voor hun aanspraak op KOT werden de ouders die een voorschot voor KOT 2014 ontvingen, meegedeeld: dat zij ´geen kinderopvangtoeslag meer over 2014 zouden ontvangen, voordat wij uw aanvraag hebben beoordeeld. U ontvangt hiervan binnenkort een beschikking.´

Daarmee ontstond voor de 244 betrokken ouders (in 4 gevallen werd De KOT niet stopgezet) niet alleen een financieel probleem, maar ook een in juridische zin bijzonder onduidelijke situatie. De mededeling presenteerde zich als een onmiddellijke stopzetting, maar tegelijk leek het te gaan om niet meer dan een mededeling, die nog gevolgd zou worden door een (voor bezwaar vatbare) beschikking. Het is de commissie vooralsnog niet duidelijk op welk moment de stopzetting van de voorschotten werd geëffectueerd. In interne stukken wordt gesproken van een algehele stopzetting van betalingen per 1 september 2014, maar of dit in alle gevallen zo is gegaan is onduidelijk. Duidelijk is wel dat de stopzetting van het voorschot plaatsvond voorafgaand aan ontvangst van de opgevraagde informatie en derhalve zonder een individuele beoordeling.

Het op die wijze stopzetten van de KOT-voorschotten in een lopend toeslagjaar is in strijd met de Awir. Artikel 23 Awir bepaalt dat de betaling van een voorschot geheel of gedeeltelijk kan worden opgeschort o.a. bij een vermoeden dat het voorschot ten onrechte of op een te hoog bedrag wordt uitgekeerd. Dat vergt een afweging op basis van de concrete omstandigheden van het geval. Dat is bij de CAF 11-ouders niet gebeurd. Uit een intern document blijkt dat al bij het stopzetten van de KOT-voorschotten over 2014 twijfels zijn gerezen over de juistheid van deze gang van zaken. Met deze signalen werd niets gedaan.

Wat volgde was een ingewikkelde reeks mededelingen, brieven en beschikkingen. De uitspraak van de Afdeling van 8 maart 2017[15] schept een beeld daarvan:

´De Belastingdienst/Toeslagen heeft [wederpartij] bij brief met dagtekening 15 juli 2014 laten weten onvoldoende gegevens te hebben om vast te stellen of zij recht heeft op kinderopvangtoeslag en haar uitgenodigd om met bewijsstukken langs te komen bij het belastingkantoor. Tevens is vermeld dat [wederpartij] geen kinderopvangtoeslag over 2014 meer ontvangt voordat de aanvraag is beoordeeld en dat zij daarvan binnenkort een beschikking ontvangt. Op 21 juli 2014 is [wederpartij] naar het kantoor te Eindhoven gegaan. Aldaar heeft een gesprek plaatsgevonden.

Bij besluit van 21 augustus 2014 is het voorschot voor 2014 herzien naar € 7.112,00. Daarbij is vermeld dat de kinderopvangtoeslag is berekend voor de periode tot en met 31 augustus 2014 en dat in het besluit onder meer de wijziging is verwerkt dat de toeslag is beëindigd.

Bij brief van 20 oktober 2014 heeft de Belastingdienst/Toeslagen aan [wederpartij] meegedeeld dat haar aanvraag op basis van de bewijsstukken opnieuw is beoordeeld en dat is gebleken dat onvoldoende is aangetoond dat alle doorgegeven uren kinderopvang zijn betaald. [wederpartij] heeft geen recht op kinderopvangtoeslag, waarover nog een aangepaste beschikking zal volgen, aldus deze brief. Bij besluit van 21 november 2014 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het voorschot kinderopvangtoeslag 2014 herzien en op nihil gesteld. Daarbij is vermeld dat de kinderopvangtoeslag is berekend voor de periode tot en met 31 augustus 2014. Ook is wederom vermeld dat de wijziging is verwerkt dat de toeslag is beëindigd. Tevens is bij afzonderlijk besluit met dagtekening 18 november 2014 een bedrag van € 7.111,00 teruggevorderd.´

Uit deze beschrijving van de gang van zaken en uit de formulering van de brief van juli 2014 kan worden afgeleid dat Toeslagen de mededeling in de brief van juli 2014 nog niet zag als besluit, maar als aankondiging van het voornemen daartoe. Pas de brief van 21 augustus 2014 werd als besluit gezien. In 2016 was de dienst kennelijk tot de conclusie gekomen dat stopzetting niet de juiste werkwijze was. In antwoord op vragen van de Afdeling wordt gesteld dat vanwege systeemtechnische redenen is besloten om met toepassing van artikel 16 van de Awir het voorschot te herzien naar nihil voor de periode september tot en met december 2014, waarbij het voorschot voor de periode januari tot en met augustus 2014 is gehandhaafd. Dit zou hetzelfde effect hebben gesorteerd als opschorting van de betaling. Naar de commissie uit een gesprek met Toeslagen begreep, waren de systeemtechnische redenen vooral gelegen in het ´digitale systeem van besluitvorming´ van de dienst, dat de mogelijkheid van schorsing niet kende, maar alleen voorzag in stopzetting.

Deze problematiek doet zich alleen voor bij stopzetting van de KOT-voorschotten in een lopend jaar, dus in de CAF 11-zaken in de besluiten over 2014.

[15] ECLI:NL:RVS:2017:589

2.1.4 Onderzoek gevraagde informatie

Op basis van de brieven stroomde de gevraagde informatie binnen bij het IST-team van Toeslagen. Via de balie aangeleverde bewijsstukken werden gescand in het systeem van Toeslagen. In het behandelkader van IST staat aangegeven dat bewijsstukken niet ingescand worden, indien stukken onvoldoende zijn of ontbreken. In hoeverre dat is voorgekomen in CAF 11-zeken is onduidelijk. Volgens Toeslagen is geprobeerd om alle bewijsstukken in te scannen. Tijdens het inscannen en opslaan zijn echter fouten gemaakt, waardoor stukken ontbraken of onvolledig waren in het systeem.

De ontvangen informatie werd aan een nauwgezet onderzoek onderworpen dat veel verder ging dan wat binnen regulier toezicht gebruikelijk is. Daarbij moet worden benadrukt, zoals nader wordt beschreven (§ 3.2), dat de KOT door de cumulatie van regels, administratieve eisen en bewijsvoorschriften, een regeling was - en is -, waarbij zich makkelijk tal van onregelmatigheden kunnen voordoen. Zo dienden alle kosten van opvang volledig en tijdig te zijn voldaan inclusief de eigen bijdrage van ouders, anders kwam de toeslag voor het gehele jaar te vervallen.[16] Dat hele traject moet met contracten, urenstaten, facturen en bewijsbetalingen gestaafd worden. Ook waren de (mogelijke) 'mazen' die in de loop van de tijd gebleken waren met nadere voorschriften gedicht; zo waren betaling aan gastouders, contante betaling en te late betaling verboden, moet de opvangovereenkomst door alle partijen zijn ondertekend, enz. Daarbij legt de wet de verantwoordelijkheid - en het risico - voor fouten, onjuistheden en onregelmatigheden geheel bij de betrokken ouders, inclusief die voor fouten en onregelmatigheden bij het gastouderbureau en de gastouders.

Gegeven deze achtergrond verbaast het niet dat bij de intensieve controle van de informatie veel onjuistheden en onregelmatigheden aan het licht kwamen. Die betroffen zeker niet in alle gevallen slechts onvolkomenheden in de administratie of de bewijsstukken. Zo bleek bijvoorbeeld in sommige gevallen dat de opvang in een peuterspeelzaal plaatsvond; dat rekeningen niet betaald waren; dat de betaling steeds door de gastouder werd teruggestort of dat over en weer op elkaars kinderen werd opgepast. Maar zeer veel tekortkomingen bestonden wél uit administratieve tekortkomingen, ontbrekend bewijs van betaling, ontbrekende handtekeningen, niet volledig kloppende betalingen, enz. Tekortkomingen, vormfouten en ontbrekend bewijs die overigens ook in andere gevallen tot correctie, vermindering of afwijzing van de toeslag zouden leiden.

De controles in het kader van het CAF-dossier vonden evenwel met een bijzondere gestrengheid plaats vanwege de herkomst uit het CAF en de gedachte dat door die controle mogelijk systematische fraude zou kunnen blijken. De veronderstelling waarmee conform instructie gekeken werd, was dat er iets 'mis' moest zijn en dat dit alleen nog moest worden aangetoond. Dit kwam ook tot uitdrukking in het verschijnsel dat wanneer na een eerste controle geconcludeerd werd dat er niets 'mis' was, het dossier door een senior behandelaar nogmaals werd bekeken om zeker te stellen dat er echt niets ´mis´ was. Daardoor werd op iedere mogelijke onregelmatigheid de vinger gelegd. Van eenzelfde nauwgezetheid was echter geen sprake wanneer bij eerste lezing geconcludeerd werd dat het ´mis´ zat en de toeslagrechten dienden te worden gecorrigeerd. Zo ontstond een vorm van 'zero tolerance' handhaving die met geïnstitutionaliseerde vooringenomenheid werd toegepast. Daarbij werden geen nieuwe of andere regels en criteria gehanteerd dan bij regulier toezicht, maar door de omvang van het onderzoek en de gestrengheid waarmee de regels en criteria werden toegepast, leidde dit tot een zeer hoog aantal correctiebesluiten.

De vooringenomenheid kwam onder meer ook tot uitdrukking in het feit dat bij administratieve tekortkomingen, ontbrekende bewijsstukken of gebleken afwijkingen aan de betrokken ouders niet werd gevraagd om gepreciseerde, aanvullende informatie, maar dat direct tot afwijzing werd overgegaan. Vanuit de instelling dat er fraude in het geding zou zijn, werd gevreesd dat die informatie bij navraag alsnog ´gefabriceerd´ zou worden. Al begin 2016 werd bij een interne evaluatie van de gang van zaken in het CAF 11-dossier vastgesteld: *´dat door het grote aantal betrokken burgers (het) tijdens de beoordeling lastig was om de bewijsstukken van de verschillende burgers in samenhang met elkaar te beoordelen. Om die reden werd vooral op individueel niveau gezocht naar gronden om de toeslag af te wijzen. Er is in de afwijsgronden dan ook geen patroon te zien. Veelal is er afgewezen omdat er onvolledig gereageerd is of omdat er onvoldoende aangetoond is dat alle kosten voor de kinderopvang zijn voldaan.´*

2.1.5 Individuele beslissing KOT-aanspraken

Op basis van de uitkomst van het onderzoek naar de verschafte informatie werd vervolgens opnieuw beslist over de KOT-aanspraken. Deze correctiebeslissingen werden in de meeste gevallen in de loop van november 2014 genomen en aan de betrokken ouders meegedeeld. De beslissingen met betrekking tot KOT 2014 werden vrijwel allemaal voor het eind van het jaar genomen, met betrekking tot eerdere jaren volgde de beslissing soms pas begin 2015; in een enkel geval was het later.

[16] Ingevolge van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is de door Toeslagen gehanteerde werkwijze in een ander licht komen te staan.

Waar in dit rapport wordt gesproken over correctiebesluiten wordt gedoeld op besluiten die ertoe leiden dat de aanvankelijk toegekende KOT-aanspraken veranderen. Die verandering kan positief of negatief zijn voor de betrokken ouder.

In de CAF 11-situatie ging het daarbij veelal om het ten nadele van de burger wijzigen van voorschotbesluiten (ex art. 16, lid 5 Awir). In enkele gevallen was er sprake van een toekenningsbesluit waarin het recht op KOT lager werd vastgesteld dan het bedrag dat eerder aan voorschot was toegekend (artikel 19 Awir), of zelfs van het ten nadele van de ouders wijzigen van een eerder afgegeven toekenningsbesluit (art. 21 Awir).

Deze besluiten leidden tot terug te vorderen bedragen en dus tot terugvorderingsbesluiten (ex art. 26 Awir). De daarmee gemoeide bedragen mogen worden verrekend met andere (voorschotten op) toeslagen (ex art. 30 Awir).

Ter wille van de leesbaarheid worden niet al deze mogelijkheden steeds opgesomd maar wordt gesproken van correctie- en terugvorderingsbesluiten waarmee de CAF 11-ouders werden geconfronteerd.

Na de beschrijving van de ´zero tolerance´ controle zal duidelijk zijn dat een groot aantal aanvragen na controle tot neerwaartse correctie leidde. Neem de aanvraag voor KOT 2014. Volgens de beschikbare informatie liepen er 248 aanvragen, maar in 30 daarvan werd al geen voorschot uitbetaald (bijvoorbeeld omdat de opvang was stopgezet) en in 2 gevallen was de KOT niet stopgezet. Na controle werd in ca. 10 zaken de toeslag ongewijzigd voortgezet en in alle andere gevallen werd de aanspraak verminderd of op nihil gesteld. Ook voor de andere KOT-jaren ligt het aantal correcties uitzonderlijk hoog. Van de 292 KOT 2013 aanspraken werden uiteindelijk maar tien ongemoeid gelaten. Voor de 250 KOT 2012 was dat aantal hoger omdat in een aantal dossiers al definitief was beslist.

De correctiebeslissingen werden niet in standaard formuleringen gegoten. Dat maakt het moeilijk om zonder nader onderzoek in ieder afzonderlijk dossier een adequaat beeld te krijgen van de gronden waarop zij berusten. De uiteenlopende bewoordingen komen echter veelal neer op: onvoldoende betaling, gebrek of onvoldoende bewijs, onregelmatigheid in de overeenkomst of onjuiste of onvoldoende stukken. Het gaat daarbij veelal om toepassing van de eisen dat er een overeenkomst moet zijn tot opvang voor een bepaald aantal uren van een bepaald aantal kinderen; dat er bewijs moet zijn dat die uren ook daadwerkelijk werden afgenomen en betaald, en dat de ouder alleen voor een toeslag in aanmerking komt: als er volledig betaald is, het inkomen klopt en beide ouders werken (behoudens de uitzondering voor opleidingen, integratie arbeidsmarkt).

Een aantal correctiebeslissingen berustte op de grond dat de betreffende ouder niet had gereageerd op het verzoek om informatie, niet was verschenen op de afspraak of ook anderszins niets van zich had laten horen. Die correctiebeslissing lokte vaak wel een reactie uit. In iets meer dan de helft van die zaken werd bezwaar aangetekend, dat vervolgens in ca. een derde deel van de gevallen gegrond wordt verklaard.

2.1.6 Bezwaar: gegrond of niet gegrond

Tegen de correctiebeslissingen die na het CAF 11-onderzoek werden genomen, werden in totaal 471 bezwaren ingediend.[17] Dit betekent dat tegen ca. drie vierde deel van de neerwaartse aanpassingen bezwaar werd aangetekend.

Toen de bezwaren begonnen binnen te stromen, werd in eerste instantie een aantal vuistregels/aandachtspunten opgesteld voor de behandeling daarvan. Deze straalden de 'zero tolerance' benadering en vooringenomen houding nog steeds uit. 'Waarschijnlijk kun je bijna niks toekennen' luidde één van de vuistregels. De behandeling zou uitgebreid moeten zijn. Gesuggereerd werd om facturen, contracten, jaaropgave en betalingsbewijzen uit te vragen, inschrijving in het Landelijk Register Kinderopvang van gastouders te controleren, de gewerkte uren, de werkelijke situatie van bijzondere groepen aanvragers (opleiding, arbeidsbemiddeling) en de gebruikte rekeningnummers, urenstaten te controleren, alsook of opvanguren niet op feestdagen vielen. ´Wees kritisch´ luidde de oproep van de instructie en: ´alle kosten moeten aanwezig zijn, anders niet compleet en niet toekennen´. Zo nodig zou men betrokkenen moeten opbellen met verzoek om verduidelijking.

Later zijn deze eerste richtsnoeren uitgewerkt in een handleiding, welke nadrukkelijk '*niet bedoeld (was) als werkinstructie maar als een leidraad om bezwaar-behandelaren te helpen en te ondersteunen*'. Het document is bedoeld als systematisch 'afpelmechanisme', teneinde alle aspecten te behandelen en '*handreikingen te geven voor het afdoen van het bezwaar*'. Met betrekking tot de opvangovereenkomst werd daarin aangegeven: '*Als de overeenkomst voldoet aan alle voorwaarden, is het van belang om goed te kijken of de opvang die plaats heeft gevonden ook op basis van die overeenkomst is.´* Het zou geen probleem zijn als de uren die feitelijk zijn afgenomen iets afwijken van de uren in de overeenkomst, bijv. door vakantie, ziekte, etc., maar *´de overeenkomst kan enkel gelden voor de kinderen die in de overeenkomst staan*. Als er meer kinderen in de jaaropgave staan dan in de overeenkomst (bijvoorbeeld omdat een kind geboren is), kan er voor dat kind dan ook geen recht bestaan. Ook geldt dat de

[17] Er werden 168 bezwaren ingediend m.b.t. beslissingen inzake KOT 2014, 218 m.b.t die inzake KOT 2013 en 85 m.b.t. die inzake KOT 2012.

uurprijs niet kan wijzigen zonder nieuwe overeenkomst; wanneer een uurprijs van € 6,50 is overeengekomen en in de jaaropgave/factuur staat een uurprijs van € 5,90 vermeld, dan heeft de opvang niet op basis van een overeenkomst plaatsgevonden en is er geen recht op kinderopvangtoeslag, aldus de handleiding.

Wat de betaling betreft, bevat de handleiding de volgende instructie:

'Als eenmaal inzichtelijk is wat de kosten van de opvang zijn geweest, kan er gekeken worden of de kosten ook zijn voldaan. De lijn van Belastingdienst/Toeslagen is dat de volledige kosten van de opvang tijdig moeten zijn voldaan. Dit houdt in dat uiterlijk 2 maanden na afloop van het berekeningsjaar de kosten moeten zijn voldaan. De enige uitzondering hierop is dat er tijdig (d.w.z. binnen twee maanden na afloop van het berekeningsjaar) een schriftelijke betalingsregeling is afgesproken met de opvang. Dit moet wel een redelijke regeling zijn. (…)

Voor wat betreft het volledig voldoen van de kosten moet je streng zijn. Er bestaat enkel recht als de kosten zijn voldaan. Als bijvoorbeeld de maanden januari tot en met september zijn betaald en oktober tot en met december niet, bestaat er over het hele jaar geen recht op kinderopvangtoeslag. Het enige waar je goed op moet letten is als er heel kleine verschillen zijn tussen de hoogte van de kosten en het bedrag dat is betaald. Als een burger aan alle overige voorwaarden voldoet en een miniem gedeelte is niet betaald, hoeft dat niet per se een afwijzing te betekenen. Dit is iets dat per zaak bekeken moet worden.

(…)

Iets waar je goed op moet letten is dat de burger de kosten aan het GOB voldoet. Bij de jaren die nu behandeld worden geldt de kassiersfunctie. Vraagouders moeten dus alles aan het GOB betalen en mogen niet rechtstreeks aan de gastouder betalen. Een ander belangrijk punt is dat je kwitanties niet als betaalbewijs kan accepteren, ook niet met overeenkomende contante geldopnamen. De burger is verplicht om giraal te betalen aan het gastouderbureau.'

Bij een bezwaar van een ouder uit een CAF-zaak werden behandelaars van bezwaar geïnstrueerd om contact op te nemen met het IST-team. Bij de afhandeling van de bezwaarschriften begonnen 'bezwaren' en twijfels' van sommige medewerkers van Toeslagen een rol te spelen.

Tegen deze achtergrond is het aantal bezwaren dat gegrond werd verklaard opvallend; van de 471 bezwaren werden 235 (50%) geheel of gedeeltelijk gegrond bevonden, dan wel werd de beslissing herzien, ondanks niet ontvankelijkheid van het bezwaar. Mogelijk mede oorzaak van de langzaam veranderende houding bij de beslissing op bezwaar was het lange tijdsverloop bij de behandeling daarvan, waardoor de aanvankelijke felle fraudeaanpak geleidelijk naar de achtergrond verdween. Het feit dat een bezwaar geheel of gedeeltelijk gegrond werd bevonden, dan wel dat de beslissing werd herzien, betekende overigens niet dat in die gevallen de KOT volledig conform het aanvankelijk besluit werd verleend. In 156 van de 235 gevallen resteerde ook na de beslissing op bezwaar nog een terug te vorderen bedrag (gemiddeld € 5.233). In een aantal daarvan werd dan ook alsnog beroep ingesteld.

Gegeven de impact van de stopzetting- en correctiebesluiten inzake de KOT voor de betrokken gezinnen, is de behandelingsduur van de bezwaren een aspect dat afzonderlijke aandacht verdient. Toeslagen had met de CAF-aanpak een probleem voor zichzelf geschapen. Door de systematische aanpak van alle vraagouders en de omvang van de uitvraag van bewijsstukken in het CAF 11-dossier - en mogelijk in andere dossiers - werd de dienst in de loop van 2014 en de jaren daarna geconfronteerd met een golf aan bezwaarschriften die behandeld moesten worden. En dat waren niet de enige bezwaarschriften die behandeld moesten worden; er zouden in die tijd ongeveer 50.000 bezwaarschriften bij Toeslagen op behandeling wachten. Dat heeft er mede toe geleid dat behandeling van bezwaren van CAF 11-ouders een veelal onaanvaardbaar lange tijd in beslag heeft genomen.

Van de 471 bezwaren die in het totaal werden ingediend tegen de CAF 11-stopzetting en correctiebesluiten waren er na zes maanden pas 118 behandeld; na een jaar waren dit er nog maar 197. Pas na 420 dagen was de helft (236) van de bezwaren behandeld. Drie bezwaren moesten meer dan drie jaren op een beslissing wachten. De langstlopende procedure duurde 1105 dagen.

In de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris, onder erkenning van het feit dat de behandeling van bezwaren onaanvaardbaar lang heeft geduurd, excuus daarvoor aangeboden. Ook is in een groot aantal zaken een forfaitaire schadevergoeding toegekend vanwege overschrijding van termijnen. In de op één na langstlopende bezwaarbehandeling, waarin het bezwaar gegrond werd verklaard, is apart beroep en hoger beroep ingesteld vanwege de hoogte van de schadevergoeding. De Afdeling bestuursrechtspraak moet over deze zaak nog uitspraak doen.

2.1.7 Beroep en hoger beroep

In de 229 zaken waarin het bezwaar ongegrond, dan wel niet ontvankelijk werd bevonden (en niet herzien), werd in 116 beroep ingesteld, dat in 10 gevallen gegrond of deels gegrond werd bevonden. De uitspraken in beroep leidden in 43 gevallen tot hoger beroep. Ook in hoger beroep werd in de overgrote meerderheid van zaken de beslissing van Toeslagen gebillijkt. Een aantal zaken is nu nog onder de rechter. In een aantal zaken werd het beroep of hoger beroep ingetrokken, nadat het besluit waartegen het was gericht, was herzien of nadat was toegezegd dat het zou worden herzien.

Hierna (§ 2.3.1) wordt nader ingegaan op de ontwikkeling in de jurisprudentie.

Rond een procedure voor de rechtbank Amsterdam is discussie ontstaan over de vraag of Toeslagen alle op de zaak betrekking hebbende stukken heeft overgelegd. De rechtbank heeft het verzoek om hierover het onderzoek te heropenen afgewezen.[18] De commissie heeft deze bewering niet verder kunnen verifiëren. Het zou gaan om telefoonnotities waarvan in eerste instantie is geoordeeld dat het geen op de zaak betrekking hebbende stukken betrof. Nadien zou dit oordeel door andere juristen zijn herzien. In geen geval zou het daarbij gaan om stukken die een doorslaggevend karakter zouden kunnen hebben gehad. Na toezegging van de staatssecretaris stukken ruimhartig te verstrekken, zijn in procedures nadere stukken overgelegd. Een andersluidende uitspraak is gewezen door de rechtbank Rotterdam op 12 juli 2019. In deze uitspraak is beslist dat het volledige CAF-dossier (in casu CAF 16) moet worden overgelegd.[19] Bij brief van 23 augustus 2019 heeft de staatssecretaris van Financiën de Tweede Kamer op de hoogte gesteld van het feit dat tegen de rechtbankuitspraak hoger beroep is ingesteld.[20]

De vraag of alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het CAF 11-dossier zijn overgelegd wordt nog nader onderzocht in het ADR-onderzoek.

2.1.8 Herziening en klachtbehandeling

Belanghebbenden kunnen op grond van de Awir verzoeken om een herziening van hun voorschot, zolang de toeslag nog niet definitief is toegekend. De bevoegdheid om het voorschotbesluit in het voordeel van een belanghebbende te wijzigen, is niet in de tijd begrensd; wijziging ten nadele mag slechts gedurende vijf jaren. Herziening van definitieve toekenningsbesluiten kan plaatsvinden tot vijf jaar na de laatste dag van het jaar waarvoor de toeslag werd toegekend. Er worden regelmatig herzieningsverzoeken gedaan. Ook wanneer iemand tot in hoger beroep is afgewezen, kan hij opnieuw een herzieningsverzoek indienen. De burger dient dan opnieuw (extra) bewijsstukken aan te leveren die zijn standpunt onderbouwen. De beslissing op het verzoek tot herziening staat ook weer open voor bezwaar en beroep.

In het CAF 11-dossier werd tot dusver in iets meer dan 60 zaken van deze mogelijkheden gebruik gemaakt. Dat geschiedde soms na bezwaar of beroep. Maar het komt ook voor dat Toeslagen zelf tot herziening komt van een beschikking in de loop van de behandeling van een beroep. De aanleiding kan ook een andere zijn; zo werden bijvoorbeeld naar aanleiding van een toezegging aan de Nationale ombudsman een aantal afgeronde zaken herbeoordeeld (zie § 2.3.2). In een aantal zaken leidde dit tot herziening; een aantal zaken loopt nog.

Voorts bestaat de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij Toeslagen. Daarvan is in het CAF 11-dossier 149 maal gebruikgemaakt. In de meeste gevallen betrof de klacht de lange behandelingstermijnen. In enkele gevallen werd ook geklaagd dat bij de oorspronkelijke besluitvorming geen rekening was gehouden met de aangeboden bewijsstukken of dat invordering was begonnen ondanks het indienen van een bezwaarschrift.

2.1.9 Herstart KOT 2014 en KOT in latere jaren

Uit het onderzoek van de Nationale ombudsman bleek dat ouders die na een stopzetting van de voorschotbetalingen KOT in 2014 via het ´portal´ van de dienst Toeslagen een nieuwe toeslag wilden aanvragen, geen toegang kregen. Van de zijde van Toeslagen wordt in reactie op het onderzoek erkend dat als deze burgers via het ´portal´ een aanvraag deden voor een nieuwe toeslag, deze aanvraag niet automatisch werd verwerkt maar eerst handmatig werd beoordeeld. Toeslagen zou de betrokken burgers in de brief waarin de herbeoordeling van de toeslagaanspraak werd meegedeeld, er ook op hebben gewezen dat men contact kon opnemen met de Belastingtelefoon, om samen het aanvraagprobleem op te lossen.

Van de zijde van Toeslagen wordt gesteld dat het beeld dat heraanvraag van toeslagen standaard geblokkeerd of vertraagd was, weersproken. Wel zou er sprake zijn geweest van lijsten waarop burgers werden geplaatst om een handmatige beoordeling toe te passen voordat zij automatisch een toeslag konden ontvangen. Deze burgers konden wel een aanvraag doen via het “portal” maar deze leidde niet rechtstreeks tot uitbetaling. Betrokkenheid bij CAF 11 impliceerde niet dat men zonder meer op een dergelijke lijst werd geplaatst; ongeveer twee derde van de bij CAF 11 betrokken ouders is nooit op dergelijke lijsten gezet. Dat

[18] Rb. Amsterdam 25 september 2018, nr. AMS 18/3501, ECLI:NL:RBAMS:2018:6888, r.o. 37 t/m 40

[19] ECLI:N:RBROT: 2019:5532

[20] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 23 augustus 2019, kenmerk 2019-141154

laat onverlet dat een derde deel van de ouders die wel op een dergelijke lijst stonden, vertraging kunnen hebben ondervonden bij eventuele herhaalaanvragen in latere jaren omdat eerst een handmatige beoordeling moest plaatsvinden.

2.1.10 Invordering

De Awir regelt de terugvordering van te veel betaalde voorschotten of toeslagen in hoofdstuk 2, paragraaf 3 van de wet en in art. 7 van de Uitvoeringsregeling Awir. Uitgangspunt was dat wanneer de correctie van een toeslag of voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dit in zijn geheel verschuldigd is.[21]

Betrokken ouders zijn in beginsel verplicht om te veel ontvangen toeslag binnen zes weken na dagtekening van de beschikking terug te betalen. Voor de meeste bij het CAF 11-dossier betrokken ouders ontstond deze verplichting met de beslissing in de tweede helft van 2014 dat de KOT voor 2014, 2013 of 2012 op nihil werd gesteld althans op een lager bedrag dan in de oorspronkelijke beslissing. In het CAF 11-dossier ging het om substantiële bedragen. In de 790 KOT-aanvragen die in het CAF 11-dossier aan de orde waren, restte na de correctie van bezwaar en beroep nog 539 zaken waarin een bedrag moest worden terugbetaald; in het totaal € 2.913.263. Per KOT-jaar per ouder betreft dit een schuld van gemiddeld € 5.404; bij meerdere KOT-jaren is dat dus een veelvoud daarvan.

Een belanghebbende die wordt geconfronteerd met een terugvordering heeft altijd de mogelijkheid om deze in maximaal 24 gelijke maandelijkse termijnen te betalen. Deze standaardbetalingsregeling wordt automatisch aan iedereen aangeboden in de terugvorderingsbeschikking, ongeacht eventuele opzet of grove schuld van belanghebbende.

Mocht een belanghebbende niet kunnen voldoen aan de verplichtingen van deze standaardbetalingsregeling, dan kan hij om een persoonlijke betalingsregeling verzoeken. De beslissing op het verzoek om een persoonlijke betalingsregeling is een voor bezwaar vatbare beschikking. Blijkt niet van opzet of grove schuld, dan wordt de betalingscapaciteit van betrokkene beoordeeld en wordt een persoonlijke betalingsregeling met betrokkene getroffen, die verdeeld is over 24 maanden. De vraag of er sprake is van opzet op grove schuld speelt alleen bij een toeslagschuld van meer dan € 10.000 (tot 2017 lag deze grens op € 1.500). Opzet of grove schuld kan onder meer worden aangenomen indien gevraagde informatie niet is verstrekt. Hierdoor werkte de aanpak dat bij ontbrekende informatie ouders niet werd gevraagd om deze aan te vullen maar tot correctie over te gaan, door in de fase van invordering. Blijkens informatie van Toeslagen is in het CAF 11-dossier in 36 onherroepelijke gevallen gesteld dat er sprake was van opzet/grove schuld, waardoor geen persoonlijke betalingsregeling mogelijk was.

Bij een persoonlijke betalingsregeling wordt de resterende schuld na 24 maanden niet meer actief ingevorderd. De regel is dat binnen 3 jaar deze resterende schuld nog wel verrekend kan worden met nabetalingen toeslagen en eenmalige teruggaven inkomstenbelasting. Mocht er na deze 3 jaren nog steeds een restschuld bestaan dan geeft de Ontvanger een ´niet verder bemoeilijken´ beschikking af, zodat de terugvordering definitief buiten invordering wordt gesteld. In het CAF 11-dossier zouden 27 van dergelijke beschikkingen zijn afgegeven. De schuld kan niet worden kwijtgescholden, omdat de Awir niet in de bevoegdheid daartoe voorziet.

Indien belanghebbende niet aan de verplichtingen van een van de bovengenoemde betalingsregelingen voldoet, zal deze worden ingetrokken, waarna een aanmaning en dwangbevel volgen. Indien hierop de schuld niet wordt voldaan, zal in eerste instantie worden overgegaan tot verrekening. Hierbij worden uit te betalen bedragen van andere toeslagen of teruggaven inkomstenbelasting verrekend met de openstaande KOT-schuld. Indien belanghebbende van mening is dat hierdoor zijn beslagvrije voet wordt aangetast, kan hij een verzoek indienen om deze toe te passen. Indien blijkt dat de beslagvrije voet is aangetast, zal de laatst gedane verrekening tot aan het bedrag van de beslagvrije voet worden teruggedraaid. Deze berekende beslagvrije voet blijft een jaar geldig.

Indien met verrekening niet de volledig terugvordering kan worden voldaan worden andere invorderingsmaatregelen ingezet (overeenkomend met die van belastingen). Met betrekking tot de beslissingen in het CAF 11-dossier is een groot aantal (ca. 300) invorderingsmaatregelen getroffen, variërend van zeer licht (aanmaning) tot zeer zwaar (dwanginvordering, verrekening, tenuitvoerlegging dwangbevel), waarbij in CAF 11-dossier een significant aantal zware tot zeer zware middelen zijn ingezet (veelvuldig verrekening). Er zou evenwel geen sprake zijn van een speciale invorderingsaanpak voor CAF 11-zaken. Bij invorderingsmaatregelen (aanmaning, dwangbevel etc.) worden kosten in rekening gebracht die boven op de uitstaande schuld komen.

Artikel 79.9a van de Leidraad Invordering bepaalt dat een gemotiveerd bezwaarschrift tegen een terugvorderingsbeschikking moet worden aangemerkt als een verzoek tot uitstel van betaling. Het uitstel van betaling wordt in beginsel verleend. In de praktijk wordt derhalve in geval van bezwaar en beroep tegen terugvorderingsbeschikkingen, de invordering opgeschort of uitstel van betaling verleend. Dat laat onverlet dat in veel CAF 11-gevallen toch tot inning is overgegaan of geen uitstel van

[21] De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 maart 2017, 24 april 2019 en 23 oktober 2019 (die later in dit rapport aan de orde komen) werpen daarop een ander licht.

betaling is verleend ondanks het feit dat bezwaar was gemaakt. Dit werd dan doorgaans na bezwaar van betrokkene wel weer gecorrigeerd, maar betwijfeld kan worden of alle betrokken ouders van deze mogelijkheid van bezwaar op de hoogte waren. Daar komt bij dat de inning geautomatiseerd is en het systeem na een half jaar zelf de invordering weer opstart (voor zover het proces niet wordt gemonitord). Met name als gevolg van het onterecht vervallen van uitstel van betaling is er een aantal onterechte invorderingsmaatregelen genomen. Dit varieert van een onterechte verrekening/loonbeslag, tot de onterechte verkoop van een auto. Niet al deze fouten zijn hersteld.

2.2 Gevolgen

2.2.1 Betrokken en gedupeerd

De CAF-aanpak heeft gevolgen gehad voor drie categorieën betrokkenen; het gastouderbureau, de aangesloten gastouders en de (vraag)ouders. Het gastouderbureau en een aantal gastouders zijn in het kader van het onderzoek bezocht en onderzocht. Dit heeft niet tot verdere stappen jegens hen geleid. Uiteraard hebben zij wel gevolgen ondervonden van de stappen in het vervolg jegens de ouders. In de eerste plaats zullen het bureau en de aangesloten gastouders na juli 2014 een deel van hun afnemers hebben verloren. Dit heeft ongetwijfeld tot spanning, ongemak en niet voorziene kosten geleid.

Door het betrokken gastouderbureau is in een civiel geding een verklaring voor recht gevraagd van onrechtmatig handelen van Toeslagen jegens het bureau. In zijn uitspraak van 6 februari 2019 heeft de rechtbank Den Haag[22] geconcludeerd dat '(…) niet valt in te zien waarom een ten onrechte stopgezette kinderopvangtoeslag van een aan [eiseres] verbonden vraagouder, ook onrechtmatig is jegens [eiseres]'.[23] Het gastouderbureau is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank; de zaak is mitsdien onder de rechter en de (mogelijke) schade van het gastouderbureau blijft alleen al om die reden hier verder buiten beschouwing.

De commissie richt zich bij het antwoord op de vraag naar een passende oplossing voor betrokkenen daarom alleen op betrokken ouders. Daarmee wordt gedoeld op alle ouders die geconfronteerd werden met de stopzetting van het voorschot KOT 2014 of die later te maken kregen met de afwijzing of correctie van hun aanvraag voor KOT 2014, 2013 of 2012. Iedere ouder die kinderopvangtoeslag aanvraagt en ontvangt, kan uit dien hoofde geconfronteerd worden met controle en handhaving. Maar dat omvat niet 'onrechtmatig' handelen of een bejegening bij die controle welke afwijkt van wat 'normaal' kan en moet worden verwacht. Is dat wel het geval, dan is men niet alleen betrokken, maar ook gedupeerd. Hierna, in § 4.2, wordt nader ingegaan op de vraag in hoeverre de betrokken ouders geconfronteerd werden met zodanig handelen van de zijde van Toeslagen dat zij als gedupeerden beschouwd moeten worden. Vervolgens wordt in § 5 onderzocht wat in die gevallen een passende oplossing is.

2.2.2 Hinder, gevolgen, schade

Ouders die met de aankondiging van de plotselinge stopzetting van het voorschot en later met de afwijzing van hun aanspraak op KOT te maken hebben gehad, hebben daar overlast, stress, zorg en verontwaardiging van gehad. Aanvankelijk ging het met name om de overlast van het verzamelen van het nodige bewijsmateriaal en het in persoon verschijnen bij de balie midden in een vakantieperiode. Bovenal ging het bij velen ook om ergernis en frustratie over het feit dat zij als fraudeur werden gezien en als zodanig behandeld.

Zorg en ook stress zullen voor velen over zijn gegaan in wanhoop, naarmate de stopzetting voortduurde en overging in terugvordering. En wanneer men spreekt over de ouders dan omvat dit hun kinderen. In veel gevallen zullen zij de eerste gevolgen hebben ondervonden in de vorm van de plotselinge onderbreking van hun reguliere opvang, verlies van vriendjes en spanning thuis.

De stopzetting van voorschotten had tot onmiddellijk gevolg dat men op korte termijn extra middelen moest vinden voor de bekostiging van de opvang, dan wel alternatieve opvang moest regelen. Aangezien de toeslag mede bedoeld is om beide ouders in staat te stellen arbeid te verrichten, zal een en ander ook gevolgen gehad hebben voor die arbeid. Afwijzing van de aanspraak en terugvordering hadden tot gevolg dat men de middelen daarvoor moest vinden bovenop de kosten van de lopende opvang. Gegeven de hoogte van de bedragen waar het om ging, zullen velen daarbij snel in betalingsproblemen zijn gekomen. De besluitvorming noopte ouders tot het indienen van bezwaar en later beroep met alle kosten van dien. In de praktijk hebben bezwaar en beroep niet altijd een schorsende werking op de invordering gehad. Het gevolg daarvan was dat ouders ondertussen dus ook geconfronteerd werden met invorderingsmaatregelen, waarbij hun toeslagschulden eventueel verrekend werden met andere toeslagen of uitkeringen, dan wel dat er loonbeslag werd gelegd. De uitzonderlijk lange duur van de behandeling van hun bezwaarschriften heeft deze problematiek alleen maar verscherpt.

[22] ECLI:NL:RBDHA:2019:6233
[23] ECLI:NL:RBDHA:2019:6233

De betrokkenheid bij de CAF 11-zaak had ook indirecte gevolgen in die zin dat bij ouders die opnieuw KOT - voor het restant van 2014 of voor 2015 - aanvroegen, hun verzoek handmatig werd behandeld. Ook kon dit gevolgen hebben voor de vraag of zij in aanmerking kwamen voor een persoonlijke betalingsregeling bij de afhandeling van invordering van hun schuld.

Ten slotte zal de gang van zaken voor veel ouders schade met zich mee hebben gebracht. Dat kan variëren van de kosten van een eventuele lening of gevolgen in de arbeidssfeer, tot de gevolgen en beperkingen vanwege de invorderingsmaatregelen. Uiteraard kunnen de financiële problemen en daarbij komende spanning en zorg ook nog andere immateriële gevolgen gehad hebben in het persoonlijk leven en de omgeving.

2.2.3 Herstel en reparatie

Onjuiste besluitvorming inzake toeslagen kunnen via bezwaar en (hoger) beroep worden aangevochten en geheel of gedeeltelijk worden teruggedraaid. Gevolg daarvan is dat onterecht onthouden toeslagaanspraken alsnog worden toegekend. Voor schade die is voortgekomen uit onrechtmatige toeslagbesluiten kan bij de rechter schadevergoeding worden gevraagd. Bovendien voorziet de rechtspraak in een vergoeding van € 500 per half jaar bij ontoelaatbare vertraging in de geschilafhandeling.

In de CAF 11-zaak zijn veel onterecht onthouden toeslagaanspraken in bezwaar en (hoger) beroep alsnog toegekend. Ook heeft de toenmalige staatssecretaris van Financiën in reactie op het rapport van de Nationale ombudsman toegezegd de besluitvorming in eerder afgewezen bezwaarschriften en de lopende beroepszaken ambtshalve te toetsen aan de uitspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 (zie hierna). Verder is er regelmatig een vergoeding uitgekeerd voor vertraging in de geschilafhandeling, hetzelfde geldt voor tegemoetkomingen in de kosten van juridische bijstand. Tot verdere vergoeding van schade is het slechts in incidentele gevallen gekomen.[24]

2.3 Rechtspraak, kritiek en beleidsaanpassing tot dusver

2.3.1 Jurisprudentie

Halverwege 2015 bereikten de eerste beroepen tegen CAF 11-besluiten de rechter. Over het algemeen billijkte de rechter in zijn uitspraken de werkwijze van Toeslagen. Pas de laatste jaren heeft de rechter daarin enige versoepeling aangebracht. Zo zijn de bewijsrechtelijke eisen voor het bestaan van een overeenkomst tussen ouder/gastouder iets versoepeld. Voorts neemt de rechter bij geringe verschillen soms aan dat het daarbij gaat om afrondingsverschillen die niet exact verantwoord behoeven te worden.

In een uitspraak van 20 november 2015 constateerde de rechtbank Oost-Brabant evenwel dat Toeslagen had miskend dat wanneer men in een lopend jaar de bevoorschotting stopzet, er rekening mee moet worden gehouden dat rekeningen na die stopzetting niet onmiddellijk worden betaald. Tegen deze uitspraak werd door Toeslagen hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze kwam daarop in een uitspraak van 8 maart 2017 [25] tot de conclusie dat de wijze van stopzetting in juli 2014 niet in overeenstemming was met art. 23 Awir. Daarom diende er bij de toetsing of alle kosten over het gehele jaar betaald waren een “knip” te worden gezet bij het moment van de onrechtmatige stopzetting; de periode voordien en nadien zouden apart behandeld moeten worden. Bovendien sprak de rechter uit dat de opeenvolgende brieven in juli tot oktober 2014 zodanig onduidelijk waren geformuleerd, dat betrokken ouders er terecht van uit konden gaan dat zij pas tegen de laatste beslissing waarbij hun aanspraak op KOT in 2014 geheel of gedeeltelijk werd gekort, in bezwaar moesten komen. Daarmee repareerde de rechter (een deel van) de procedurele gevolgen van de onjuiste stopzetting.

Voortbordurend op deze uitspraak van 8 maart 2017 komt de Afdeling in een uitspraak van 24 april 2019 tot een verderstrekkende conclusie. Wanneer een ouder de betaling van de opvang heeft onderbroken als gevolg van de stopzetting van de betaling van het voorschot, dan kan een ouder niet om die reden zijn recht op KOT verliezen; niet alleen in de periode voorafgaand aan de onjuiste stopzetting, maar ook niet daarna. In diezelfde uitspraak preciseert de Afdeling nader wanneer er sprake is van zodanig (kleine) verschillen tussen betaling en kosten van opvang, dat dit als (afrondings)verschil moet worden beschouwd zonder verdere consequenties voor de KOT-rechten. Op 23 oktober 2019 heeft de Afdeling opnieuw twee belangwekkende uitspraken gedaan over de KOT waarin de Raad van State onder meer terugkomt op eerdere (bestendige) jurisprudentie dat de kosten van kinderopvang behoudens (afrondings)verschillen in het geheel moeten zijn voldaan.[26] Hierna (§ 4.3) wordt nader op deze uitspraken ingegaan.

[24] Zie bijvoorbeeld ECLI:N:RBROT: 2019:5532.
[25] ECLI:NL:RVS:2017:589
[26] ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3601

Er loopt nog hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak over schadevergoeding bij overschrijding van termijnen in bezwaar en beroep.[27] Daarbij is aan de orde of de tegemoetkoming van 500 euro per half jaar, zoals die thans wordt verstrekt, adequaat is in het licht van het EVRM. Tot dusver is daarover nog geen uitspraak.

2.3.2 Rapport Ombudsman

Nadat de aandacht van de Nationale ombudsman (No) door de advocaat van betrokken ouders was gevestigd op de zaken in het CAF 11-dossier, heeft de No in 2017 onderzoek verricht naar de beëindiging door Toeslagen van het lopende voorschot van de kinderopvangtoeslag 2014. In zijn rapport ´Geen powerplay maar fair play´[28] komt de No tot een scherpe veroordeling van de gang van zaken in het CAF 11-dossier.

De No concludeert in zijn rapport dat Toeslagen het burgerperspectief onvoldoende heeft laten meewegen; er geen sprake was van "fair play" tijdens en na de beëindigingsprocedure; er te weinig voortvarendheid werd betracht bij de behandeling van bezwaarschriften en Toeslagen het geschonden vertrouwen in de overheid moet herstellen.

De aanbevelingen van de No richten zich daar ook op. Toeslagen zou:
- rechtmatig moeten handelen en de wettelijke procedure moeten volgen en ook voldoen aan het behoorlijkheidsvereiste van 'fair play';
- bij afwijzing of beëindiging van een toeslag wegens gebrek aan gegevens of bewijsstukken, in de beschikking duidelijk moeten aangeven welke informatie en/of bewijsstukken ontbreekt of niet voldoet aan de eisen;
- excuses moeten aanbieden aan vraagouders die overlast hebben ondervonden en een tegemoetkoming moeten bieden voor aangedaan leed;
- de voorheen afgewezen bezwaarschriften en de lopende beroepszaken binnen een termijn van drie maanden ambtshalve moeten toetsen aan de uitspraak van de Raad van State van 8 maart 2017, voor zover betrokkenen hebben voldaan aan hun informatieplicht en de benodigde gegevens en bewijsstukken hebben verstrekt.

Naar aanleiding van het rapport van de No en de toezegging van de staatssecretaris van Financiën de daarin opgenomen aanbevelingen op te volgen, heeft Toeslagen begin 2018 in die gevallen dat stopzetting van het voorschot had plaatsgevonden en ook na bezwaar of (hoger) beroep geen kinderopvangtoeslag over 2014 was toegekend, de dossiers opnieuw beoordeeld (als inmiddels een deel wel was toegekend, werd niet opnieuw beoordeeld). Het ging om een beoordeling van de dossiers van 55 ouders. Uitgangspunt was dat eerst bekeken werd of een burger voor het hele jaar recht had. Was dat niet het geval dan werd het jaar gesplitst in de periode waarin een voorschot was verstrekt en de periode waarin dit niet het geval was; beide perioden werden vervolgens apart beoordeeld conform de uitspraak van 8 maart 2017. Er werden geen aanvullende stukken opgevraagd, wanneer geen informatie aanwezig bleek over het deel ná de stopzetting. In totaal is op basis van deze herbeoordeling bij 5 ouders de beschikking ten aanzien 2014 in hun voordeel herzien.

Het rapport van de Nationale ombudsman heeft geleid tot een groeiende aandacht in media en politiek voor de aanpak in het CAF 11-dossier. Al voor het uitbrengen van het rapport van de No werden op 10 juli 2017 Kamervragen ingediend naar aanleiding van de uitspraak van de Raad van State op 8 maart 2017. Op 14 december 2017, tijdens een algemeen overleg over de Belastingdienst, werden vragen gesteld aan de staatssecretaris naar aanleiding van het rapport van de No. In onderlinge wisselwerking groeide in de maanden daarna de aandacht voor deze zaak in de Tweede Kamer en in de media.

[27] ECLI:NI:RBAMS:2018:6888
[28] Rapport 2017/095 van 9 augustus 2017

2.3.3 Aanpassing werkwijze Toeslagen

Mede in het licht van de jurisprudentie en anderszins heeft Toeslagen de werkwijze op een aantal punten aangepast. Zo zou zijn afgestapt van de stopzettingswijze zoals deze plaatsvond in juli 2014. Dit heeft echter geen gevolgen voor de eerdere zaken waarin deze stopzetting speelde.

Verder heeft de Staatssecretaris van Financiën in een brief van 7 november 2017, mede in reactie op het rapport van de No, aangegeven dat de processen en handelwijze van Toeslagen sinds juli 2016 als volgt zijn verbeterd:

a) Toeslagen stopt een toeslag niet meer lopende een onderzoek naar de rechtmatigheid van de aangevraagde toeslag. Pas als uit het onderzoek blijkt dat er geen recht bestaat, wordt de toeslag gestopt. Wel kan, indien noodzakelijk geacht, de uitbetaling van het voorschot tijdelijk worden opgeschort.
b) In de communicatie naar de aanvragers wordt duidelijker aangegeven waarom er geen recht op de toeslag bestaat. Wanneer de reden ligt in het niet overleggen van alle benodigde stukken, wordt duidelijker aangegeven welke stukken ontbreken of niet voldoen.
c) Er wordt meer gestuurd op een tijdige afhandeling van de bezwaarschriften door Toeslagen.
d) Wanneer een aanvrager vragen stelt over een beslissing of de status van een lopende procedure, wordt hij beter te woord gestaan.[29]

Impliciet wordt daarmee een aantal zaken die in het CAF 11-dossier zijn misgegaan erkend. In antwoord op deelvraag twee aan de commissie, zal zij in het eindrapport ingaan op de wijze waarop thans in het beleid een herhaling van de CAF 11-problematiek kan worden voorkomen. Met uitzondering van de ambtshalve herziening van eerdere beslissingen in navolging van de toezegging naar aanleiding van het rapport van de No, hebben deze wijzigingen in het beleid vooralsnog geen consequenties gehad voor de zaken in het CAF 11-dossier.

[29] Brief Staatssecretaris van Financiën van 7 november 2017, kenmerk 2017-211077

3

Achtergrond: juridisch en politiek kader

OMZIEN

in *verwondering*

3.1 Inleiding

In het debat over het CAF 11-dossier richt de aandacht zich op de handelwijze van Toeslagen. Ook in de eerste vraag gesteld aan de commissie gaat het over de wijze waarop Toeslagen van haar bevoegdheden gebruik heeft gemaakt en welke beleidsruimte zij heeft om een oplossing te bieden. De wijze waarop Toeslagen handelt is (deels) vormgegeven door het wettelijk kader waaraan zij is gebonden bij de uitvoering van haar taken. In dit hoofdstuk zal daarom eerst in meer detail worden ingegaan op dat wettelijk kader (paragraaf 3.2). Daarna komt het politiek klimaat waarbinnen Toeslagen functioneert aan bod (paragraaf 3.3).

3.2 Wettelijk kader

3.2.1 Algemene introductie op het toeslagenstelsel

De wettelijke grondslag voor KOT ligt in de Wet op de kinderopvang (Wko). Artikel 1.5 t/m 1.9 bepalen wanneer een ouder recht heeft op KOT. Artikel 1.3 Wko bepaalt dat de uitvoering van het toekennen, uitbetalen en terugvorderen van de kinderopvangtoeslag is opgedragen aan Belastingdienst/Toeslagen (lid 1) en dat op de Wko de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) (grotendeels) van toepassing is. De minister van SZW is verantwoordelijk voor de Wko en de minister van Financiën is verantwoordelijk voor de Awir. De KOT is een Rijksbijdrage die wordt gefinancierd door SZW, maar feitelijk door Toeslagen wordt uitgevoerd, uitbetaald en - indien nodig - teruggevorderd.

De hoogte van de KOT is afhankelijk van het huishoudinkomen, het aantal opvanguren, de prijs per uur opvang, het aantal gewerkte uren en het aantal kinderen. Het percentage van de tegemoetkoming is verschillend voor het eerste kind en elk van de volgende kinderen. Er wordt een maximum gesteld aan de opvang per kind per maand (max. 230 uur) en aan het uurtarief (naar gelang soort opvang). De Wko heeft mede tot doel de kwaliteit van kinderopvang en peuterspeelzalen te waarborgen en de arbeidsparticipatie van jonge ouders te bevorderen. Daarom is de toeslag mede afhankelijk van het *daadwerkelijk* gewerkte aantal uren, alsmede van de vraag of de toeslag *daadwerkelijk* is besteed aan kinderopvang bij een kindercentrum of gastouderopvang die plaatsvindt door bemiddeling van een gastouderbureau, die geregistreerd is in het Landelijk Register Kinderopvang en Peuterspeelzalen (LRKP). Het KOT-systeem werkt daarom op basis van voorschotten (gebaseerd op onder meer het verwachte huishoudinkomen en het aantal verwachte uren kinderopvang) die aan het eind van een jaar definitief worden vastgesteld op basis van de daadwerkelijke gegevens. De KOT is hierdoor de meest complexe toeslag van het toeslagenstelsel.[30]

Specifiek voor de CAF-dossiers, is het voor een goed begrip van het wettelijk systeem nodig om onderscheid te maken tussen (vraag)ouders, gastouders en gastouderbureaus:

- *(Vraag)ouders* zijn de ouders die opvang nodig hebben voor een of meer van hun kinderen.
- *Gastouders* zijn de aanbieders van kinderopvang anders dan in een kindercentrum.
- *Gastouderbureaus* zijn organisaties die gastouderopvang organiseren en begeleiden. Zij moeten ervoor zorgen dat gastouders op een verantwoorde wijze hun werkzaamheden kunnen uitvoeren. Zo moeten zij bijvoorbeeld gastouders ondersteunen bij het waarborgen van veiligheid en gezondheid, en uitvoering geven aan de kassiersfunctie. Gastouders kunnen bij verschillende gastouderbureaus aangesloten zijn.

Toeslagen controleert en beoordeelt of de vraagouders die gebruikmaken van gastouders via gastouderbureaus recht hebben op kinderopvangtoeslag.[31]

Het huidige toeslagenstelsel – zoals dat door Toeslagen in de CAF-dossiers is uitgevoerd – bestaat sinds 2005/2006. Dit toeslagenstelsel is bedoeld ter ondersteuning in de kosten van primaire levensbehoeften en heeft een aantal voordien bestaande inkomensafhankelijke regelingen gestroomlijnd om transparantie te realiseren, uitvoeringskosten te verminderen en de armoedeval effectief aan te pakken.

Toekenning van toeslagen geschiedt zo exact mogelijk op basis van gegevens en omstandigheden van het berekeningsjaar zelf. Die staan echter veelal pas na afloop van dat jaar vast. Daarom wordt de toeslag in het berekeningsjaar maandelijks uitbetaald op basis van een voorschot. Na afloop van het berekeningsjaar volgt dan de vaststelling van de definitieve tegemoetkoming, waarmee het voorschot wordt verrekend. Omdat het bedrag dat per maand aan KOT als voorschot wordt verstrekt aanzienlijk

[30] Dit komt onder meer in de uitvoeringskosten per beschikking tot uitdrukking (deze zijn voor de kinderopvangtoeslag veruit het hoogst: in 2015 bedroegen deze € 145; in hetzelfde jaar was dit voor zorg € 16, voor huur € 64 en voor het kindgebonden budget € 25, blijkens de beleidsdoorlichting 'Uitvoering toeslagen 2016') en het hoogste aantal correcties achteraf (minder dan 20% ongewijzigd) en ook veruit het hoogste aantal (2%) terugvorderingen van meer dan € 5.000.

[31] Toeslagen is niet de enige betrokken overheidsinstantie bij de kinderopvang door gastouders. Zo controleert de GGD of de gastouderbureaus en de gastouders voldoen aan de wettelijke kwaliteitseisen. De GGD doet dit in opdracht van het college van burgemeester en wethouders van de gemeenten.

is (gemiddeld circa 1.000 euro per maand en dus 12.000 euro per jaar), kan het bedrag dat verrekend of teruggevorderd wordt ook snel oplopen.

De verantwoordelijkheid voor de juistheid van de aangeleverde gegevens bij zowel de aanvraag als van wijzigingen gedurende het kalenderjaar is geheel bij de ouders gelegd. Daarmee is ook het risico van onjuistheden bij de ouders gelegd.[32] In de wetsgeschiedenis staat hierover: "*Belanghebbenden zullen zich bewust moeten zijn van de (financiële) risico's van foutieve schattingen en van andere gegevens die op basis van verwachtingen worden verstrekt.*"[33] Hoewel dit advies gaat om de KOT, is het van belang dat men zich realiseert dat de toeslagen niet los van elkaar kunnen worden gezien. Huishoudens hebben vaak recht op meerdere toeslagen en daarnaast vaak nog op andere (gemeentelijke) inkomensafhankelijke regelingen, hetgeen vele verschillende definities van inkomen, huishouden, enz. betekent. Het systeem stelt, zeker als meerdere toeslagen in het geding zijn, dus hoge eisen aan het 'doenvermogen' en de zelfredzaamheid van burgers.

Ten slotte is van belang dat de Awir op belangrijke punten afwijkt van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zo is de subsidietitel van de Awb buiten toepassing verklaard en ook de rechtsbescherming wijkt op onderdelen af van de standaardregeling in de Awb. Hieromtrent wordt in de memorie van toelichting het volgende gesteld:

"*Gelet op [de keuze] om voor de uitvoering van inkomensafhankelijke regelingen door deze dienst [i.e. Belastingdienst] zoveel mogelijk aan te sluiten bij de reeds bestaande processen en procedures van de Belastingdienst, is ervoor gekozen de processen van aanvragen en toekennen van inkomensafhankelijke tegemoetkomingen in dit wetsvoorstel zelfstandig te formuleren en niet aan te sluiten bij het proces van subsidiering zoals neergelegd in titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht. Zo geldt voor de uitbetaling van de inkomensafhankelijke tegemoetkoming een systematiek die overeenkomt met de wijze waarop de Belastingdienst heffingskortingen door middel van de zogeheten voorlopige teruggaaf rechtstreeks uitbetaalt. Hiermee samenhangend wordt dan ook voorgesteld de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht buiten toepassing te verklaren op de door de Belastingdienst/Toeslagen uit te voeren inkomensafhankelijke regelingen. (…) Overigens betekent het buiten toepassing verklaren van de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht niet dat daarmee ook de (gesloten) fiscale rechtsgang in plaats van de rechtsgang van de Algemene wet bestuursrecht op deze inkomensafhankelijke regelingen van toepassing is. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, dient immers voor alle inkomensafhankelijke regelingen die onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen steeds te worden uitgegaan van de algemene gelding van de Algemene wet bestuursrecht, waaronder het daarin voorgeschreven open systeem van rechtsbescherming.*"[34]

De Awir regelt het centrale thema van het toeslagenstelsel, namelijk bevoorschotting op basis van onzekere elementen die later pas vast komen te staan. Op de complexiteit in het toeslagenstelsel is al vele malen gewezen.[35] In 2008 stelde een IBO-werkgroep mogelijke vereenvoudigingen voor.[36] Desondanks zijn de omvang en de complexiteit van het stelsel sindsdien eerder toe- dan afgenomen. Op de complexiteit van het stelsel, dat op belangrijke punten afwijkt van de systematiek van de Awb, zal de commissie voor zover mogelijk in haar eindadvies nog terugkomen bij het beantwoorden van de tweede en derde vraag.

3.2.2 De KOT-systematiek in meer detail

3.2.2.1 Aanvraag en bevoorschotting

Het proces van KOT start met het indienen van een aanvraag door de ouders.[37] De aanvraag resulteert in een voorschotbeschikking.[38] De KOT wordt als voorschot uitgekeerd op basis van een inschatting van de actuele situatie van een huishouden.

De aanvrager dient zelf tijdig de toeslag aan te vragen en veranderingen in zijn gezins-, woon- of inkomenssituatie door te geven. Een dergelijke wijziging kan resulteren in een wijziging van het voorschotbesluit.

De voornaamste grondslag voor het bepalen van de hoogte van de KOT is het huishoudinkomen. Het juist schatten daarvan is al ingewikkeld voor huishoudens waarbij de partners in loondienst werken, maar helemaal voor toeslagontvangers met een flexibel arbeidscontract en zzp'ers. Wat het extra ingewikkeld maakt, is dat het inkomensbegrip voor toeslagen sterk kan afwijken van het arbeidsinkomen.

[32] De reden hiervoor is dat het praktisch ondoenlijk is voor Toeslagen om zelf alle toeslagen te controleren: het aantal toegekende toeslagen is in de afgelopen jaren toegenomen tot 7,5 miljoen toeslagen voor ruim 5 miljoen huishoudens, waarbij bijna € 13 miljard omgaat. De KOT is daarbij wat dekking (aantal) betreft de kleinste toeslag maar wat de gemiddelde omvang van het toeslagbedrag betreft de hoogste.

[33] Kamerstukken II, 2004-2005, 29764, nr. 3, p. 20.

[34] Kamerstukken II, 2004-2005, 29764, nr. 3, p. 5-6.

[35] Vereenvoudiging toeslagen, eindrapportage van de werkgroep IBO vereenvoudiging toeslagen.

[36] Zie ook de aanbiedingsbrief van de toenmalige staatssecretaris van Financiën van 16 oktober 2009.

[37] Artikel 14 en 15 Awir.

[38] Artikel 16 Awir.

Door de sterke inkomensafhankelijkheid van de KOT kan een verkeerde inschatting al snel grote consequenties hebben. Daarnaast compliceren de uiteenlopende definities daarvan in verschillende regelingen en uiteenlopende omschrijving van de relevante samenstelling van het huishouden de toepassing voor zowel aanvragers als uitvoerders.

3.2.2.2 Toekenningsbesluit

Volgens de Awir moet uiterlijk zes maanden na de vaststelling van de inkomstenbelasting over het jaar waarvoor de KOT werd aangevraagd, de KOT definitief worden toegekend.[39] Als beide ouders in loondienst werken en tijdig hun belastingaangifte doen, kan het recht op KOT dus worden vastgesteld binnen zes maanden nadat de belastingaanslag is vastgesteld. Het recht op KOT over het jaar 2013 wordt dan vastgesteld in de loop van 2014. De commissie heeft echter geconstateerd dat het ook veelvuldig voorkomt dat het KOT-toekenningsbesluit pas nog een kalenderjaar later volgt en ook regelmatig zelfs jaren op zich laat wachten.

Dit is van belang omdat men op basis van de wet gemakkelijk kan veronderstellen dat bij onregelmatigheden die jaren later worden vastgesteld (zoals in het CAF 11-dossier) het toekenningsbesluit wordt herzien. De mogelijkheden daartoe zijn in art. 21 van de Awir gereguleerd en beperkt. Echter, nu het in werkelijkheid vele jaren kan duren voordat het recht op KOT (definitief) wordt vastgesteld, wordt in de praktijk veelal gewerkt met het wijzigen van de voorschotbeschikking, op grond van artikel 16, lid 5 van de Awir, waarin behoudens een termijn van vijf jaar voor wijzigingen ten nadele van de belanghebbende, geen nadere waarborgen voor KOT-ontvangers zijn neergelegd.

3.2.2.3 Wijziging van het voorschotbesluit

Het voorschot wordt verstrekt op aanvraag, waarbij de verantwoordelijkheid voor het verstrekken van de noodzakelijke informatie geheel bij de aanvrager ligt. Een voorschotbesluit kan in het nadeel van de aanvrager worden herzien tot vijf jaar na de laatste dag van het berekeningsjaar.[40] Aan het wijzigen van voorschotten in het voordeel van de aanvrager is geen termijn verbonden. Zolang de tegemoetkoming niet is vastgesteld en toegekend, kan Toeslagen een voorschot herzien.[41]

De mogelijkheid om voorschotbeschikkingen te wijzigen ziet op situaties waarin na de verlening van het voorschot blijkt, bijvoorbeeld uit door de belanghebbende verstrekte gegevens, dat dit tot een hoger of lager bedrag is toegekend dan dat waarop de tegemoetkoming vermoedelijk zal worden vastgesteld,[42] zo zegt de memorie van toelichting bij deze bepaling. Deze bevoegdheid wordt ook gebruikt als het vermoeden dat de tegemoetkoming lager zal worden vastgesteld voortkomt uit geconstateerde onregelmatigheden.

Op grond van de Awir kan de uitbetaling van een voorschot ook worden opgeschort.[43] In de praktijk wordt van deze wettelijke mogelijkheid echter geen gebruik gemaakt. De commissie heeft begrepen dat het computersysteem van Toeslagen deze mogelijkheid ten tijde van CAF 11 niet kende en dat het computersysteem ook op dit moment deze mogelijkheid niet kent. In plaats daarvan werkt Toeslagen met een lager toekenningsbesluit of (vaker) een wijziging van het voorschotbesluit. Stel dat een ouder voor het kalenderjaar 2014 een voorschotbesluit heeft ontvangen van € 12.000 per jaar (€ 1.000 per maand) en Toeslagen naar aanleiding van een (vermeende) tekortkoming op 1 juli 2014 het voorschotbesluit wijzigt door dit op nihil te stellen. In dat geval zou Toeslagen € 6.000 kunnen terugvorderen. Ook is het mogelijk dat Toeslagen besluit op 1 juli 2014 het bedrag aan voorschot te verlagen naar € 6.000 voor dat jaar. Omdat tot die datum dat bedrag al feitelijk is uitbetaald, heeft de ouder voor de rest van het jaar geen recht meer op een voorschot op de KOT. Op basis van dat besluit kan geen terugvorderingsbesluit worden genomen, er is immers niet onverschuldigd betaald. Daarom wordt een dergelijke herziening van een voorschotbesluit ook wel aangeduid als de "zachte stop". Toeslagen zet lopende toeslagen nog steeds op deze wijze stop. Anders dan bij CAF 11 worden lopende toeslagen tegenwoordig stopgezet na een individuele beoordeling van de bewijsstukken.

3.2.2.4 Een alles-of-nietsbenadering

Uit de vorige paragraaf blijkt dat een herziening van een voorschot kan leiden tot een terug te vorderen bedrag.[44] Met betrekking tot de terugvordering is van belang dat tot voor kort in bestendige jurisprudentie werd aangenomen dat op grond van de Awir de ouder het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd.[45] Het was weliswaar mogelijk om een betalingsregeling te treffen,[46] maar Toeslagen en de bestuursrechter stelden standvastig dat de Awir geen mogelijkheid kent om het verschuldigde bedrag te verlagen of kwijt te schelden. Omdat met de KOT een aanzienlijk bedrag per maand is gemoeid

[39] Artikel 19 Awir.
[40] Artikel 16 lid 5 Awir.
[41] Vgl. ECLI:NL:RVS:2017:930, r.o. 5 en ECLI:NL:RVS:2019:773, r.o. 6.8.
[42] Kamerstukken II 2004/05, 29 764, nr. 3, p. 49.
[43] Artikel 23 Awir.
[44] Artikel 16 lid 6 Awir.
[45] Artikel 26 Awir.
[46] Artikel 31 Awir.

en het bedrag waarvoor de KOT is bedoeld (als het goed is) ook al daadwerkelijk werd besteed aan kinderopvang, hebben terugvorderingsbesluiten vaak grote financiële gevolgen gehad voor ouders.[47]

Dat is extra wrang als men bedenkt, dat wanneer kleine tekortkomingen werden geconstateerd al snel leidden tot het vervallen van iedere aanspraak voor het betreffende KOT-jaar. Als bijvoorbeeld voor een week een tekortkoming in de urenadministratie werd geconstateerd of voor een maand een loonstrookje ontbrak of op een overeenkomst ontbrak een handtekening, dan kon dat gemakkelijk leiden tot een nihilstelling van de KOT voor het gehele kalenderjaar en vervolgens terugvordering van alle uitbetaalde voorschotten voor dat jaar. De bestuursrechter oordeelde namelijk tot voor kort dat er bij de vaststelling van de KOT-aanspraken en bij het nemen van terugvorderingsbesluiten geen ruimte is voor een evenredigheidstoets.[48] Zo heeft de Raad van State geoordeeld: "*Volgens deze jurisprudentie is in artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk bepaald dat indien een herziening of een verrekening leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd. In de Awir is geen bepaling opgenomen op grond waarvan de Belastingdienst/Toeslagen van terugvordering kan afzien dan wel de terugvordering kan matigen. (…) De belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken, wordt ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Awb beperkt voor zover dit voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Uit de hiervoor genoemde artikelen volgt dat geen ruimte bestaat voor een belangenafweging bij de vaststelling van de hoogte van de kinderopvangtoeslag indien niet alle kosten aantoonbaar zijn betaald en (…) bij de terugvordering. Bij de herziening van het voorschot, de vaststelling van de tegemoetkoming en bij de terugvordering kon de Belastingdienst/Toeslagen dan ook geen rekening houden met kosten van kinderopvang die [appellant] aantoonbaar heeft betaald.*"[49]

Deze alles-of-nietsbenadering kan worden verklaard door het politieke klimaat bij de totstandkoming van het toeslagensysteem en de eerste jaren van de uitvoering daarvan. Signalen over oneigenlijk gebruik van KOT (denk aan grootouders die betaald oppasten, familieleden en kennissen die over en weer op elkaars kinderen oppasten, enz.) gaven aanleiding voor een strikter toezicht. Steeds strenger werd er op toegezien dat de kosten ook daadwerkelijk en volledig werden betaald. De bestuursrechter accordeerde deze steeds strengere handhavingsbesluiten. Op de politieke achtergrond van die tijd wordt hierna (§ 3.3) ingegaan. Hier zal een aantal voorbeelden worden gegeven van de strikte eisen die uit de Wko en de Awir werden afgeleid in de jurisprudentie.

- Relevante wettelijke bepalingen in deze zijn dat de kinderopvang dient te berusten op een overeenkomst.[50] Deze overeenkomst moest zijn ondertekend door de vraagouder, de gastouder en het gastouderbureau.[51] Ook moesten alle aanpassingen (bijvoorbeeld een verhoging van het uurtarief) steeds door alle betrokkenen worden ondertekend.

- De hoogte van de KOT berust op het aantal afgenomen uren opvang en het wettelijk vastgesteld uurtarief.[52] Volgens vaste jurisprudentie moeten de kosten gemaakt voor kinderopvang op tijd, volledig en aantoonbaar zijn betaald.[53] Als niet kan worden aangetoond dat alle kosten zijn betaald, heeft de kinderopvang niet op basis van de gemaakte afspraken plaatsgevonden en bestaat er geen recht op KOT. Daarbij moeten de kosten kort na de opvang worden voldaan teneinde de toeslag snel definitief vast te kunnen stellen.[54]

- Als de kosten niet volledig zijn voldaan (of als dat niet kan worden aangetoond), dan komt het recht op toeslag voor dat toeslagjaar geheel te vervallen en moeten alle onverschuldigd betaalde voorschotten worden teruggevorderd: "*Zoals de Afdeling eveneens eerder heeft overwogen (…), bestaat geen aanspraak op kinderopvangtoeslag, indien de vraagouder niet kan aantonen dat hij het volledige bedrag aan kosten ook daadwerkelijk heeft betaald. Indien een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan, kan geen aanspraak worden gemaakt op een evenredig lager voorschot of lagere tegemoetkoming. In de uitspraak van 8 juni 2016 (…) heeft de Afdeling voorts in haar overwegingen betrokken dat Toeslagen alleen bij afrondingsverschillen, dat wil zeggen bij kleine verschillen tussen de totale kosten van kinderopvang en de aantoonbaar betaalde kosten, ervan uitgaat dat is aangetoond dat alle kosten van kinderopvang zijn voldaan.*"[55]

[47] Bij de KOT gaat het bij terugvorderingen al snel om zeer hoge bedragen. Bij nihilstelling gaat het om terugvorderingen van gemiddeld €5.400. Het gaat om circa 2.800 mensen per jaar (1% van de terugvorderingen bij KOT). Wel ligt dit aandeel hoger (7%) bij de groep ouders die niet werken maar aanspraak hebben op een toeslag omdat zij studeren of in een re-integratietraject zitten.

[48] Deze alles-of-nietsbenadering vloeit voort uit artikel 26 Awir in samenhang met artikel 1:7 Wko.

[49] ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.

[50] Artikel 1.52 Wko.

[51] Ondertekening van de overeenkomst vloeit overigens niet voort uit de letterlijke wettekst!

[52] Artikel 1.7 Wko.

[53] Zo heeft de Raad van State geoordeeld: "Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (…), volgt uit artikel 18, eerste lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: de Awir), gelezen in samenhang met artikel 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, dat degene die aanspraak op kinderopvangtoeslag maakt, moet kunnen aantonen dat hij kosten van kinderopvang heeft gehad en wat de hoogte ervan is.
Het vorenstaande betekent dat [appellant] dient aan te tonen dat hij de kosten van kinderopvang in de periode (…)zoals vermeld op de jaaropgaven van het gastouderbureau, volledig heeft voldaan." (ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:714).

[54] O.a. ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2006.

[55] ABRvS 17 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:137 (r.o. 5.3).

- Er kunnen zich bijzondere situaties voordoen waarbij het voor de ouder niet mogelijk is om de kinderopvangkosten tijdig te betalen, zoals het niet ontvangen van een KOT-voorschot. Het niet ontvangen van een voorschot kan echter op zich geen excuus zijn voor het niet betalen van in ieder geval een deel van de kosten, nu altijd een deel van de kosten voor eigen rekening komt. Deze betaling dient tijdig plaats te vinden. Indien een deel van de kosten niet of niet tijdig wordt betaald, zal de ouder daarvoor een verklaring dienen te geven.[56]

- Alleen indien betrokken ouder uit eigen beweging de toeslag stopzet en geen aanspraak meer maakt op toeslag voor de rest van het toeslagjaar, hoeft niet van een volledig jaar te worden uitgegaan bij de berekening van de KOT-rechten.

Veel ouders hebben in de afgelopen jaren op grond van deze regels soms vele duizenden euro's moeten terugbetalen, omdat 200 of 300 euro (nog) niet werd betaald of dit niet voldoende met bewijsstukken kon worden aangetoond.[57]

In het volgende hoofdstuk (§ 4.2.2) wordt uitgebreider ingegaan op het feit dat zeer onlangs, op 23 oktober 2019, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State twee uitspraken heeft gedaan die grote gevolgen hebben voor de hierboven geschetste alles-of-nietsbenadering. In deze uitspraken kwam de Afdeling op twee punten expliciet terug op eerdere jurisprudentie. In een eerste uitspraak[58] brengt een herinterpretatie van art 1.7, lid 1, Wko de Afdeling tot de conclusie dat Toeslagen wettelijk gezien *wel* ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager slechts een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Bij de toepassing van die bevoegdheid moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen. In een tweede uitspraak[59] van dezelfde datum komt de Afdeling tot een andere uitleg van art. 26 Awir. Zij stelt dat die bepaling *niet* imperatief voorschrijft dat Toeslagen het gehele bedrag moet terugvorderen. Deze bepaling biedt dus ook discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Ook bij dat besluit moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen.

Deze twee uitspraken hebben als belangrijke consequentie dat Toeslagen meer mogelijkheden heeft om bij toeslagbesluiten maatwerk te leveren; de alles-of-nietsbenadering is dus (in ieder geval voor een deel) van tafel. De Afdeling heeft in de betreffende uitspraken geen aanleiding gezien om de onderliggende geschillen definitief te beslechten, waarbij zij uitdrukkelijk opmerkte het van belang te achten dat het eerst aan Toeslagen is om te beoordelen hoe deze het beleid in overeenstemming wil brengen met deze nieuwe jurisprudentie. Om Toeslagen in staat te stellen zich hier goed over te beraden, heeft de afdeling een termijn van 26 weken gegeven om een nieuw besluit te nemen in de voorliggende gevallen. Hoe Toeslagen het nieuwe beleid zal gaan vormgeven en hoe de Afdeling dat vervolgens zal beoordelen is dus op dit moment onduidelijk.

3.2.2.5 Verrekening

Toeslagen is bevoegd tot verrekening van terug te vorderen bedragen met nog uit te betalen (voorschotten) op toeslag.[60] Verrekening is ook mogelijk met een voorschot op een andere toeslag – zoals een huur – of zorgtoeslag. Hierdoor kan de schuldproblematiek bij één toeslag zich gemakkelijk verplaatsen naar andere toeslagen.[61]

3.2.3 Melden door de ouder of informeren door Toeslagen?

In de CAF 11-dossiers is van belang dat bij het onderzoek door Toeslagen aan ouders bij brief is verzocht nadere informatie te verstrekken. Als ouders informatie verstrekten, maar bij bestudering bleek dat niet alle benodigde informatie (volledig) was verstrekt, leidde dit vaak tot correctiebesluiten en terugvorderingen, zonder dat ouders eerst nog een keer werden gerappelleerd. Dit is uitgebreider beschreven in hoofdstuk 2 van het advies. Als gekeken wordt naar het wettelijk stelsel, dan is het uitgangspunt dat de ouder die de KOT aanvraagt alle benodigde informatie verstrekt.[62] Toeslagen heeft geen onderzoekplicht en mag afgaan op de verstrekte informatie.[63] Daarnaast is de ouder gehouden om wijzigingen te melden als, nadat een voorschot is verleend, er een relevante wijziging optreedt.[64] Een ouder dient ook desgevraagd alle gegevens en inlichtingen te verstrekken die voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming van belang kunnen zijn.[65] Dit betekent dat op grond van de Awir ouders verantwoordelijk zijn voor het voeren van een deugdelijke administratie. Deze eis, in combinatie met het (in ieder geval ten tijde van de CAF-besluiten op dat moment geldende) alles-of-nietssysteem

[56] ABRvS 16 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3044.

[57] Zie bijvoorbeeld ECLI:RVS:2016:1610 waarin op een bedrag van € 9.589,20 aan kinderopvang in 2009 voor de betaling van de laatste € 296,20 bewijsstukken ontbraken.

[58] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3535.

[59] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3601

[60] Artikel 30 Awir.

[61] Daarbij moet wel worden vastgesteld dat met betrekking tot de KOT dit probleem relatief beperkt lijkt: 71% van de ontvangers van KOT heeft geen andere toeslag. Dat laat onverlet dat 8% van de ontvangers van KOT vier soorten toeslagen ontvangt. Dit zijn de laagste inkomens die tegelijk vaak de hoogste voorschotten hebben en die dus bij terugvordering vanwege een onregelmatigheid het hardst worden geraakt.

[62] Art. 15 Awir.

[63] Zo heeft de Raad van State geoordeeld: "De rechtbank heeft terecht overwogen dat aan de verlening van een voorschot niet het gerechtvaardigde vertrouwen kan worden ontleend dat een met dat voorschot overeenkomende aanspraak op toeslag bestaat. (…) Daarbij is niet van belang dat de Belastingdienst de bij de aanvraag verstrekte gegevens, waarop de verlening van voorschotten is gebaseerd, niet heeft gecontroleerd en dat de inkomensgegevens abusievelijk niet geheel juist zijn vermeld." (ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5166)

[64] Artikel 17 Awir.

[65] Artikel 18 Awir.

waarbij kleine tekortkomingen leiden tot een verlies van een volledig jaar KOT, stelt het KOT-systeem hoge eisen aan het 'doenvermogen' en de zelfredzaamheid van de ouders.

3.2.4 Samenvattend

Samenvattend kan worden gesteld dat het wettelijk kader voor de KOT, zoals dat is neergelegd in de Wko en de Awir en zoals dat tot voor kort werd uitgelegd in de jurisprudentie, zowel complex als strikt is. Op de ouders rust de volledige bewijslast om aan te tonen dat zij in aanmerking komen voor KOT. Daarnaast werd een "alles-of-nietsaanpak" gehanteerd, waarbij een kleine tekortkoming al snel leidde tot het verlies van een volledig jaar KOT. Daarmee ontstonden reële risico's voor ontvangers van KOT; zij hebben vaak grote bedragen moeten terugbetalen. Dit strikte beleid en de accordering daarvan door de bestuursrechter zijn verklaarbaar als wordt gekeken naar de (politieke) sfeer die ontstond naar aanleiding van eerdere fraudegevallen.

3.3 Politiek klimaat: bezuinigingen en een stevige aanpak van fraude

3.3.1 Politiek klimaat en ambtelijke uitvoering

De toepassing van het stelsel van toeslagen waaronder die van de KOT is niet alleen een kwestie van wetgeving. De in die wetgeving gegeven bevoegdheden worden feitelijk ingevuld en gebruikt binnen een politiek klimaat. Wat dat betreft heeft de uitvoering van de toeslagen in de afgelopen jaren een ontwikkeling doorgemaakt.

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 jegens de burger. Het voorgestelde stelsel was een vernieuwing en gevreesd 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. Onderdeel daarvan was de introductie van een nieuw ICT-systeem in 2012 waarbij het burgerportaal "mijntoeslagen" de toegang tot het stelsel aanzienlijk zou moeten vereenvoudigen. Toezicht werd vooral reactief, achteraf uitgevoerd.

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. '*Fraude met uitkeringen ondermijnt de solidariteit. Onterecht verstrekte uitkeringen zullen daadwerkelijk worden teruggevorderd, ongeacht de hoogte van de fraude*' (Regeerakkoord Rutte I: 'Vrijheid en verantwoordelijkheid'). In het verlengde hiervan kwam de minister van SZW binnen korte tijd met een voorstel Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. 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 invorderingsplicht voorgesteld. Hoewel de Raad van State er op wees dat de fraudecijfers die verzwaring niet rechtvaardigden,[66] werd het wetsvoorstel in korte tijd door de Tweede Kamer aanvaard.

Bezuiniging op de sociale zekerheid lag bij de vorming van het kabinet Rutte II zo mogelijk nog gevoeliger. De uitweg werd gevonden in terugdringen van oneigenlijk gebruik, behoud van uitkeringen en bestrijding van misbruik en fraude. '*Wie kan werken, hoort niet van een uitkering afhankelijk te zijn. Wie buiten eigen schuld toch niet aan het werk komt, heeft de zekerheid van een uitkering op tenminste het bestaansminimum. Dat willen wij zo houden. Daarom bestrijden we actief misbruik en fraude (…)*' (Regeerakkoord Rutte II: 'Bruggen slaan'[67]). In het verlengde hiervan kwam de staatssecretaris van Financiën kort nadien met een voorstel voor een Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit. Daarin werden bepalingen voorgesteld inzake controle bij aanvraag, informatieplicht, de uitbreiding van de opschortingsmogelijkheden van uitbetaling van voorschotten (art. 23 Awir) en de sancties bij verzuim en bij opzet en grove schuld bij het onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens.

Ook dit wetsvoorstel werd gerechtvaardigd met de toegenomen systematische fraude. Daarbij werd sterk afgezet tegen de dienstverleningshouding in de voorgaande periode. *'Men kan zich zelfs afvragen of de dienstverlening niet te ver is doorgeschoten.'* Fraudebestrijding behoefde meer aandacht en erkend werd dat dit een uitruil met dienstverlening impliceerde, ook al dienden goedwillenden niet te lijden onder kwaadwillenden. Het wetsvoorstel werd eind 2013, in samenhang met het belastingplan 2014, door de Staten Generaal aanvaard.

Tegen deze achtergrond mag het niet bevreemden dat binnen Toeslagen de focus verschoof naar fraudebestrijding. Het zou opvallender zijn geweest indien Toeslagen te midden van een hevig politiek debat over de toenemende fraude en de schadelijke effecten die dit had op de solidariteit, onverstoorbaar door zou zijn gegaan op de ingeslagen weg van dienstverlening, makkelijke toegang en controle achteraf. In mei 2013 werd binnen Toeslagen een fraudecoördinator aangesteld. Er werd struc-

[66] Kamerstukken II 2011-12, 33207, nr. 4
[67] Kamerstukken II 2012-13, 33410, nr. 15

tureel € 25 miljoen uit getrokken voor de bestrijding van misbruik en fraude en het zwaartepunt bij het toezicht verschoof van reactief naar toezicht bij de aanvraag en controle tijdens de looptijd van de toeslag. In antwoord op Kamervragen van het lid Omtzigt over de voortgang van de aanpak van de fraudebestrijding somde de staatssecretaris van Financiën een aantal maatregelen op die mede door de nieuwe fraudecoördinator geïnitieerd waren, waaronder de oprichting van het CAF-team. Maatregelen die al getroffen waren voor de nieuwe Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit in het Staatsblad verscheen. Overigens deed deze verschuiving zich niet alleen voor bij Toeslagen.[68]

3.3.2 Het debat over 'Bulgarenfraude'

De verschuiving in de focus bij de handhaving naar fraudebestrijding werd versneld en verscherpt door het debat op 15 januari 2014 over wat de 'Bulgarenfraude' is gaan heten. De aanleiding voor het debat over de Bulgarenfraude was een onderzoek naar een criminele groep - er worden uiteindelijk zes personen veroordeeld - die in Bulgarije mensen ronselden en naar Nederland brachten om deze hier op een adres in te schrijven. Op die basis werd een burgerservicenummer aangevraagd en een bankrekening geopend, waarna de organisatoren op naam van deze Bulgaren toeslagen aanvroegen om deze te incasseren. De geronselde Bulgaren zelf kregen € 500 contant en werden teruggebracht naar Bulgarije. Bij de strafzitting wraakte de officier van Justitie het misbruik dat was gemaakt van de makkelijke toegankelijkheid van toeslagen ten behoeve van de 'zwakken' voor wie dit bedoeld was; er zou voor ongeveer € 10 mln. aan valse aanvragen (1.322) zijn ingediend en ongeveer € 5,6 mln. zijn uitgekeerd.

In handen van de media en de Kamer kreeg deze zaak al snel grote proporties. Het begon met een bericht waarin 'op basis van bronnen en vertrouwelijk politieonderzoek' melding werd gedaan van grootschalige fraude door 'bendes die eerder aan mensenhandel deden'. Het feit dat Toeslagen en de FIOD hier al langer van op de hoogte waren - hetgeen nogal logisch is aangezien de start van het onderzoek vermoedelijk daar lag, een feit waar men doorgaans geen ruchtbaarheid aan geeft - bracht de staatssecretaris van Financiën snel in moeilijkheden; zeker toen daar al oudere waarschuwingen van de Algemene Rekenkamer (ARK) over de fraudegevoeligheid van het toeslagensysteem mee in verband werden gebracht.

Het aantal frauderende Bulgaren dat genoemd werd, groeide snel. In de Kamer en de media was sprake van 805 Bulgaren. Later, in een schriftelijk overleg in juni 2014,[69] legde staatssecretaris Wiebes aan de Tweede Kamer uit dat het hierbij om 805 Bulgaren ging die op enige moment vanwege nalatigheid bij informatieverstrekking een bestuurlijke boete hadden gekregen, maar waarbij geen misbruik of oneigenlijk gebruik aan de orde was.[70] Ten tijde van het debat over de 'Bulgarenfraude' enkele maanden eerder - 15 januari 2014 - waren die 805 Bulgaren voor velen nog een sprekend voorbeeld van de omvang van de fraude bij toeslagen. Daaraan werd bijgedragen door cijfers met betrekking tot de normale handhaving te noemen in het kader van antifraudemaatregelen. Zo wordt in dat kader melding gemaakt van 19.000 aanvragen die geautomatiseerde zijn bijgesteld en wordt losjes gesproken over het 'stopzetten' (sic) van 36.000 toeslagen '*omdat aanvragers geen inkomensmutatie hebben ingediend*'.

Het schiep een algemeen 'klimaat' waarin binnen de kortste keren iedere misslag, overtreding of onjuiste aangifte van een toeslag als fraude werd aangeduid. Zo worden de bewindslieden (staatssecretaris Financiën, minister BZK) herhaaldelijk in het vragenuur bevraagd over alweer een schandaal'. Het lid Koolmees opende met: "Voorzitter. (…) opende gisteren weer met een onthulling van toeslagenfraude, het zoveelste geval van fraude in korte tijd. (…) Er wordt nog steeds massaal gefraudeerd (…) ook door Nederlanders. Fraude van eigen bodem. (…) de fraudeaanpak faalt volgens experts. De gemeente Bronkhorst is in een jaar tijd op minstens 100 fraudegevallen gestuit, terwijl er maar 37.000 mensen wonen. Het gaat om honderden euro's per fraudezaak".[71] Blijkens het antwoord van de minister ging het 'om een geval waarin een vader had opgegeven bij zijn ouders te wonen om de moeder het voordeel van de fiscale behandeling voor alleenstaande moeders te geven'. Tekenend voor het klimaat was de motie Koolmees waarmee het Bulgarendebat werd afgesloten, waarin de Kamer de staatssecretaris opdroeg voortaan '*iedere twee maanden een rapportage aan de Kamer te sturen over de voortgang en de inzet van de staatssecretaris op dit punt*'.

Het debat over de 'Bulgarenfraude' heeft geen rechtstreekse relatie met het CAF 11-onderzoek, maar het illustreert wel het klimaat in de Tweede Kamer op het punt van de fraudebestrijding. Overigens had de staatssecretaris in het kader van de beantwoording van Kamervragen ter voorbereiding van het debat (brief van 13 januari 2014), het bestaan van het CAF-team gemeld als een van de getroffen antifraudemaatregelen.

[68] Dr P. de Winter: 'Tussen de regels: een rechtssociologische studie naar handhaving in de sociale zekerheid'; dissertatie Rijksuniversiteit Groningen, Boom juridisch 2019.

[69] Kamerstukken 17 050: Misbruik en oneigenlijk gebruik op het gebied van belastingen, sociale zekerheid en subsidies, Nr. 479

[70] Het betrof personen die niet onmiddellijk de gevraagde informatie over bijv. hun kinderopvangtoeslag en bij wie om die reden de toeslag werd teruggevorderd en een boete werd opgelegd. Wanneer vervolgens de informatie alsnog werd verstrekt, werd de terugvordering teruggedraaid maar bleef de boete staan.

[71] Handeling 2013-2014, nr. 34 item 4; 27 februari 2014

Tot slot maakt het politieke klimaat duidelijk dat de Tweede Kamer hinkte op twee gedachten. Aan de ene kant moest de staatssecretaris fraude en misbruik met toeslagen tegengaan, zoals naar voren kwam in het debat over de Bulgarenfraude. Aan de andere kant moest de staatssecretaris de dienstverlening aan burgers optimaliseren, zoals bleek uit het debat over de problemen bij de uitbetaling van toeslagen (één-bankrekeningnummer-maatregel). Dit laatste betrof een maatregel die nota bene was ingezet om misbruik zoals de Bulgarenfraude tegen te gaan en vond in dezelfde maand (januari 2014) plaats als het Bulgarendebat. Vanaf 1 december 2013 moesten burgers namelijk één bankrekeningnummer gebruiken voor al hun zaken met de Belastingdienst (waaronder uitbetaling van toeslagen). Dit leidde tot problemen, omdat Toeslagen half 2013 de betalingen aan 177.000 burgers en ondernemers opschortte in afwachting op een nieuw rekeningnummer en bewijsstukken. Pas na verificatie door Toeslagen werden de betalingen voortgezet.[72] De Nationale ombudsman besloot op 24 januari 2014, naar aanleiding van veel klachten over de werkwijze van Toeslagen, een brandbrief te sturen naar de staatssecretaris.[73] Staatssecretaris Weekers trad op 29 januari 2014 af na afloop van het debat dat hierop volgde.

[72] Rapport 'Moeten de goeden onder de kwaden lijden?', De Nationale ombudsman, 30 oktober 2014, p. 3.
[73] Rapport 'Moeten de goeden onder de kwaden lijden?', De Nationale ombudsman, 30 oktober 2014, p. 3.

4 Beperkte bevoegdheden, dringende reden

OMZIEN

in *verwondering*

4.1 De vraag aan de commissie

In het voorgaande is de gang van zaken in het CAF 11-dossier beschreven en de context waarin die gang van zaken moet worden begrepen. Daarmee komt de commissie aan de vraag die zij in dit interim-advies heeft te beantwoorden. Die vraag luidt:

> '*Welke beleids- en beoordelingsruimte heeft Toeslagen naar het oordeel van de adviescommissie in de verdere afhandeling van de zogenoemde CAF 11-zaken en in aanverwante zaken, mede in het licht van de uitspraak van de Raad van State (RvS) van 24 april 2019*[74]*, en wat kan hierbij als een voor alle betrokkenen passende oplossing worden gezien? De adviescommissie wordt uitdrukkelijk gevraagd zowel de doorwerking naar de nog lopende zaken als naar de onherroepelijk vaststaande zaken te bezien*'.

Deze vraag moet worden bezien tegen de achtergrond van het lopende debat over het CAF 11-dossier en de behoefte van de staatssecretaris en de leden van de vaste commissie Financiën van de Tweede Kamer om te komen tot compensatie voor de gevolgen van het optreden van Toeslagen in dit dossier dat, naar uit de rechtspraak blijkt, deels onrechtmatig was.

De vraag strekt ertoe te onderzoeken welke beleids- en beoordelingsruimte Toeslagen heeft om tot een passende oplossing te komen. Wat daarbij met passend wordt bedoeld blijft in de vraagstelling in het midden. De oplossing dient niet alleen passend te zijn in nog lopende zaken, maar ook voor die welke reeds onherroepelijk vaststaan. Die laatste toevoeging is begrijpelijk gelet op het feit dat in een groot deel van CAF 11-zaken inmiddels onherroepelijke besluiten zijn genomen. Echter, dat ook op onherroepelijke besluiten moet worden teruggekomen reduceert de mogelijkheden om met de bestaande bevoegdheden van Toeslagen tot een passende oplossing te komen. Uitgangspunt van de rechtsstaat is namelijk het beginsel van rechtszekerheid en dat verdraagt zich in beginsel niet met het heropenen van zaken na langere tijd. Dat uitgangspunt is ook verwerkt in de Awir en de daarop gebaseerde ministeriële regeling, de UR Awir. Vasthouden aan dat uitgangspunt zou in het CAF-dossier echter tot een wel zeer onbevredigend resultaat leiden. In die zaak zijn immers dringende redenen om te komen tot een oplossing voor gezinnen, die anders met de zware materiële en immateriële gevolgen van besluiten blijven zitten, die weliswaar onherroepelijk vaststaan, maar die het gevolg zijn van een vooringenomen wijze van onderzoek en besluitvorming.

Op deze twee aspecten, de beperkte mogelijkheden voor Toeslagen om binnen het huidige wettelijke kader tot passende oplossingen te komen enerzijds en de dringende redenen waarom daartoe toch moet worden gekomen anderzijds, wordt in dit hoofdstuk stilgestaan. Daarna wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan op de vorm en inhoud van een passende oplossing. Daarvoor zal nieuwe regelgeving noodzakelijk zijn. Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing daarnaar in de vraag die de commissie in dit interim-rapport moet beantwoorden, wordt hierna echter eerst ingegaan op de uitspraak van de Afdeling van 24 april 2019 en de mogelijke implicaties daarvan voor de besluitvorming in CAF 11-zaken. Ook wordt ingegaan op relevante jurisprudentie inzake KOT, die daarna, in oktober 2019, nog is gewezen.

4.2 Betekenis uitspraken Raad van State voor CAF 11-besluitvorming

4.2.1 Uitspraak van 24 april 2019

Waar het in de vraagstelling gaat om de beleids- en beoordelingsruimte van Toeslagen om een passende oplossing te vinden, wordt verwezen naar de uitspraak van de Raad van State van 24 april 2019, die daarvoor relevant zou zijn.[75] In deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak werden correctiebesluiten die zagen op de KOT-jaren 2013 en 2014 onrechtmatig bevonden. Eerder (§ 2.3.1) is de strekking van de uitspraak reeds kort vermeld. Voor de CAF 11-discussie bevat de uitspraak drie relevante aspecten.

Ten eerste oordeelde de ABRvS dat kleine verschillen tussen het bedrag aan voorschotten en de aantoonbaar voldane kosten voor kinderopvang niet een nihilstelling kunnen rechtvaardigen. Toeslagen had in deze procedure namelijk als motivering voor de nihilstelling gegeven dat de betrokken ouder `*het door [gastouderbureau] gefactureerde bedrag niet aantoonbaar volledig heeft voldaan*`. Wat 2013 betrof, ging het om een verschil van slechts € 115,44. De ABRvS concludeerde dat dit `*een dusdanig klein verschil [is] dat gezien de omvang van en de regelmaat waarmee de betalingen maandelijks plaatsvonden en het feit dat maandelijks naar aanleiding van de factuur werd betaald, niet kan worden tegengeworpen dat de kosten van kinderopvang over 2013 niet zijn voldaan.*' Nu had de Raad van State al eerder kleine verschillen als te negeren afrondingsverschillen bestempeld, maar de Raad van State had in 2018 een bedrag van € 190,21 op een totaal van € 17.061,86 niet als afrondingsverschil willen zien,

[74] De uitspraak ABRvS van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 heeft verder strekkende gevolgen dan de in de deelopdracht 1 genoemde uitspraak van 24 april 2019 (zie hierna).

[75] ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333

omdat *´het totale bedrag aan voorschotten hoger is dan de totale kosten voor kinderopvang*`.[76] In de uitspraak van 24 april 2019 werd een (afrondings)verschil in zo'n situatie dus wel aanvaard. Hoewel de Raad van State niet expliciet terugkwam op zijn eerdere uitspraken, en de uitspraak op dit punt zeer is toegeschreven naar de omstandigheden van dit geval, lijkt hier sprake te zijn van een koerswijziging in de jurisprudentie.

Ten tweede blijkt uit de uitspraak dat de toegepaste "zachte stopzetting" door het herzien van de voorschotbeschikking onrechtmatig was, omdat Toeslagen onzorgvuldig en in strijd met de Awir heeft gehandeld. Dit had de ABRvS ook al eerder op 8 maart 2017 geoordeeld.[77] Bij het nemen van het besluit '*tot beëindiging van het voorschot is naar het oordeel van de Afdeling niet de vereiste zorgvuldigheid betracht en in strijd met de voor opschorting geldende regels gehandeld, nu geen aan [appellante] toe te rekenen handeling of nalatigheid bestond die deze beëindiging wenselijk maakte.´*

Ten derde blijkt uit deze uitspraak dat voor de vraag *´of is voldaan aan de voorwaarden om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen´* onderscheid moet worden gemaakt tussen de periode vóór en ná de stopzetting. In deze zaak waren namelijk de kosten vóór de stopzetting wel keurig betaald, maar na de stopzetting was een bedrag van € 1.556 niet betaald. De Afdeling overweegt dat dit de betreffende ouder niet kan worden verweten: *´[appellante] kan niet worden verweten dat zij niet de volledige kosten voor kinderopvang na stopzetting van de voorschotten heeft voldaan.* Het betalingsgedrag voor de stopzetting in aanmerking nemend, concludeert de Raad van State: '*Er moet van worden uitgegaan dat zij de voorschotten september tot en met december 2014 aan [gastouderbureau] zou hebben overgemaakt als deze aan haar zouden zijn uitbetaald.´*

Het oordeel dat in deze zaak de geringe verschillen niet hadden mogen leiden tot herziening van eerdere KOT-besluiten, heeft potentieel betekenis voor alle zaken waarin dergelijke geringe verschillen een rol spelen. De jurisprudentie met betrekking tot afrondingsverschillen draagt echter een zeer casuïstisch karakter, zodat de implicaties daarvan voor andere zaken moeilijk zijn in te schatten.

Het oordeel over de onzorgvuldige en onrechtmatige wijze van stopzetting van de bevoorschotting, leidt bij eerste lezing wellicht tot de gedachte dat alle correctiebesluiten die zijn genomen ten aanzien van de CAF 11-ouders onjuist zijn. Dit is echter (veel) te kort door de bocht, omdat de uitspraak slechts ziet op een schending van de procedureregels en geen oordeel geeft over de vraag of de ouders wel of geen recht hadden op KOT in het betreffende toeslagjaar. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag al dat de stopzetting van de bevoorschotting in strijd met de systematiek van de Awir, in beginsel niet tot schade voor de vraagouder heeft geleid, voor zover in een later besluit op basis van concrete gebreken of nalatigheid is geoordeeld dat voor het betreffende toeslagjaar geen recht op kinderopvangtoeslag bestaat.[78] Wel is van belang, zo blijkt uit de uitspraak van de Afdeling, dat die concrete gebreken of nalatigheid niet *het directe gevolg* mogen zijn van de onrechtmatige stopzetting. Als het betalingsgedrag voor de stopzetting zonder mankeren was, mag ervan uitgegaan worden dat het tekort aan betaling nadien er niet geweest zou zijn als het voorschot gewoon was doorbetaald. Dergelijke gebreken mogen dus niet leiden tot het verlies van KOT-aanspraken over het jaar waarin de bevoorschotting is stopgezet.

4.2.2 Uitspraken van 23 oktober 2019

Zeer onlangs, op 23 oktober 2019, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak nog 2 uitspraken gedaan die van belang zijn voor de beleids- en beoordelingsruimte van Toeslagen. Daarin kwam zij op twee punten expliciet terug op eerdere jurisprudentie.

In een eerste uitspraak[79] komt de Afdeling terug op haar vaste jurisprudentie inzake de uitleg van art. 18 Awir in samenhang met art 1.7, lid 1, Wko die inhield dat om voor kinderopvangtoeslag in aanmerking te komen moet zijn aangetoond dat het hele bedrag aan kosten dat volgens gemaakte afspraken over een jaar verschuldigd is, ook daadwerkelijk is betaald. Dit betekende dat indien slechts een deel van de kosten was voldaan, er geen aanspraak bestond op een lagere tegemoetkoming en de aanspraak voor het hele jaar verviel.

Aanleiding voor de Afdeling om deze bestendige jurisprudentie te herzien is dat in de loop der jaren de ernstige financiële gevolgen van deze jurisprudentielijn duidelijk zijn geworden; gezinnen kunnen hierdoor in grote en langdurige financiële problemen terecht komen. Herinterpretatie van art 1.7, lid 1, Wko brengt de Afdeling tot de conclusie dat Toeslagen wettelijk gezien ruimte heeft om ook een recht op kinderopvangtoeslag vast te stellen als de aanvrager slechts een deel van de kosten van kinderopvang heeft voldaan. Bij de bepaling van het recht op kinderopvangtoeslag kan Toeslagen beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld indien een deel van de kosten is betaald. Bij deze beoordeling moet Toeslagen ingevolge art 3:4, lid 1, Awb de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen. Daarbij mogen de nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Hoewel de Afdeling erkent dat de vrees van Toeslagen dat daarmee de stimulans om gelijk aan het begin bij de aanvraag een correcte opgave te doen, zou

[76] ABRvS 17 januari 2018; ECLI:NL:RVS:2018:137.
[77] ABRvS 8 maart 2017; ECLI:NL:RVS:2017:589.
[78] Rb. Den Haag 6 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6233.
[79] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3535.

wegvallen, mag dit er niet toe leiden dat geen enkele aanspraak op toeslag bestaat als vaststaat dat een gedeelte van de kosten wel is betaald.

Als gevolg van deze nieuwe uitleg van de betreffende bepalingen heeft Toeslagen meer mogelijkheden om in individuele gevallen maatwerk te leveren, waarbij het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik en de gerechtvaardigde belangen van de burger meer met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht, aldus de Afdeling.

In een tweede uitspraak[80] van dezelfde datum komt de Afdeling terug op de uitleg van art. 26 Awir. In bestendige jurisprudentie heeft zij gesteld dat dit artikel imperatief zou voorschrijven dat indien een herziening van een tegemoetkoming of van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag, de belanghebbende het bedrag van de terugvordering in zijn geheel is verschuldigd en dat in de Awir geen bepaling is opgenomen op grond waarvan Toeslagen van terugvordering kan afzien, het terug te vorderen bedrag kan matigen, of van een ander dan de belanghebbende kan terugvorderen.

De Afdeling komt terug op deze bestendige jurisprudentie om de hiervoor al genoemde reden dat in de loop der jaren duidelijk is geworden dat gezinnen hierdoor in grote financiële problemen terecht kunnen komen. In dat licht wil de Afdeling tot een andere uitleg komen van art. 26 Awir. Zij stelt in deze uitspraak dat die bepaling niet imperatief voorschrijft dat Toeslagen het gehele bedrag moet terugvorderen. De bepaling biedt dus discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Dat betekent dat ook bij een terugvorderingsbesluit een belangenafweging nodig is zoals voorgeschreven door art. 3:4 Awb. Onder bijzondere omstandigheden zal van terugvordering moeten worden afgezien of zal het terug te vorderen bedrag moeten worden gematigd, ook als die bijzondere omstandigheden al bij de vaststelling van de KOT aan de orde hadden kunnen komen. Ook het terugvorderingsbesluit mag immers niet leiden tot onevenredig harde gevolgen voor de toeslaggerechtigde. Ook deze uitspraak biedt dus meer mogelijkheid voor Toeslagen om maatwerk te leveren en bij terugvorderingsbesluiten het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik meer in evenwicht te brengen met de gerechtvaardigde belangen van de burger. In casu ging het om een ouder die de dupe was geworden van een gastouderbureau dat ten onrechte in haar naam kinderopvangtoeslag had aangevraagd en geïnd. Onverkorte terugvordering van de teveel betaalde voorschotten van de persoon die slachtoffer was geworden van voormelde delicten, is volgens de Afdeling in dit geval onevenredig.

In beide uitspraken voegt de Afdeling aan het slot de overweging toe dat het op de weg van Toeslagen ligt om te bepalen hoe om te gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist dat geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag omdat niet is aangetoond dat de kosten volledig zijn voldaan respectievelijk heeft beslist over de terugvorderingen. Wat de gevolgen van deze uitspraken moeten zijn voor eerdere onherroepelijke KOT-besluiten, zoals in het CAF 11-dossier, laat de Afdeling dus – in eerste instantie – aan Toeslagen. De staatssecretaris zal daarop beleid moeten ontwikkelen, dat daarna door de rechter kan worden getoetst.

4.3 Beperkte bevoegdheden tot herziening door Toeslagen

4.3.1 Herstel en reparatie in het recht

Een tweede vraag die samenhangt met de eerste onderzoeksvraag die de commissie moet beantwoorden, is wat er kan worden gedaan om wat mis ging in de eerdere besluitvorming in het CAF 11-dossier te herstellen of te repareren. Daar komt de eerste vraag aan de commissie in de kern zelfs op neer. De beantwoording van die vraag begint bij de algemene regels die gelden voor rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten, herziening van eerdere besluitvorming ten gunste van burgers en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsbesluiten. Uitgangspunt binnen de rechtsstaat is dat alle burgers volgens dezelfde wettelijke regels worden behandeld. Er kan niet een uitzondering worden gemaakt voor bepaalde gevallen, slechts omdat die de aandacht hebben getrokken in de politiek en media. Dat alle gevallen gelijk worden behandeld volgens het toepasselijke recht, is een belangrijke waarborg tegen willekeur. Daarom bespreekt de commissie hier eerst de algemene regels die gelden voor rechtsbescherming en herziening.

4.3.2 Rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten

De rechtsbescherming tegen besluiten van de overheid wordt in het algemeen geregeld door de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Tegen besluiten van de overheid kunnen burgers opkomen door binnen zes weken bezwaar te maken tegen het besluit bij het bestuursorgaan dat dat besluit nam. Als de beslissing die wordt genomen in die bezwaarprocedure volgens de burger nog steeds niet juist is, staat er beroep (en eventueel hoger beroep) open bij de bestuursrechter. De bestuursrechter kan besluiten van de overheid (in dit geval van Toeslagen) vernietigen en is ook bevoegd het bestuursorgaan te veroordelen tot

[80] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3601

het vergoeden van de schade die de burger heeft geleden of nog zal lijden als gevolg van onrechtmatige besluiten.[81] Burgers kunnen er ook voor kiezen hun verzoek om schadevergoeding voor te leggen aan de burgerlijke rechter.[82]

Het is belangrijk om vast te stellen dat tegen alle KOT-besluiten die zijn genomen in de CAF 11-zaken bezwaar en beroep heeft opengestaan. Bij onduidelijk geformuleerde besluiten of besluiten waarin Toeslagen de bezwaarmogelijkheden en de termijn niet duidelijk heeft aangegeven (en de ouders dus op het verkeerde been heeft gezet), heeft de Afdeling bestuursrechtspraak dat hersteld door te bepalen dat deze termijn pas ging lopen op het moment dat wel geheel duidelijk was welke negatieve besluiten er waren genomen.[83] Iedere ouder heeft dus de gelegenheid gehad om langs de gebruikelijke wegen rechtsbescherming te zoeken tegen de KOT-besluiten van Toeslagen en om daarbij eventueel ook om schadevergoeding te verzoeken.

Formele rechtskracht

Als burgers niet (tijdig) procederen tegen een besluit van de overheid, dan krijgt dat besluit formele rechtskracht. Dat betekent concreet dat dit besluit door de rechter, zowel qua totstandkoming als qua inhoud, in beginsel voor rechtmatig wordt gehouden, zowel in de eventuele vervolgbesluiten, als met betrekking tot schadeclaims. Vaak wordt daarover ook gezegd dat het besluit 'rechtens onaantastbaar' (of zoals in de adviesaanvraag: 'onherroepelijk') is geworden. Dit is een voor de maatschappij en overheidsorganisatie onmisbare rechtsregel. De overheid neemt jaarlijks vele tientallen miljoenen besluiten waarmee de rechtspositie van burgers wordt vastgesteld. Daartegen kan vanzelfsprekend door belanghebbende burgers worden opgekomen, maar dat dient wel tijdig te gebeuren, anders komt de rechtszekerheid van iedereen in gevaar. Een hoofdregel van het bestuursrecht is daarom dat onzekerheid over de rechtsverhouding tussen de overheid en haar burgers tot een zo kort mogelijke termijn moet worden beperkt, zowel om de werkzaamheden van de overheidsorganisaties doorgang te kunnen laten vinden, als om de rechtszekerheid van de burger tot wie een besluit wordt gericht en de rechtszekerheid van derden, die bij die besluiten ook belang kunnen hebben, te beschermen.[84] Dit kan ook niet anders gelet op het feit dat het om vele tientallen miljoenen zo niet meer overheidsbesluiten per jaar gaat.

CAF-ouders die niet (tijdig) zijn opgekomen tegen de correctiebesluiten lopen dus in rechte aan tegen de leer van de formele rechtskracht: de aan hen gerichte besluiten zijn onaantastbaar geworden en kunnen als gevolg van de leer van de formele rechtskracht ook niet tot schadevergoeding leiden.

CAF-ouders die wel procedeerden hebben niet altijd gelijk gekregen en hebben ook niet altijd tot in hoogste instantie (hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak) doorgeprocedeerd. Zelfs als ouders dat wél deden, zijn hun aanspraken niet altijd beoordeeld naar de uitleg van de wettelijke regels die de rechter daar thans blijkens de uitspraak van 24 april 2019 (zie § 4.2) aan geeft. Pas in 2017 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat er sprake is geweest van onrechtmatige stopzettingen waaraan juridische consequenties moeten worden verbonden, waarna pas in 2019 duidelijk werd wat de volle implicaties daarvan zijn voor de beoordeling van de KOT-aanspraak over het toeslagjaar 2014. Ook wordt het begrip afrondingsverschil in die laatste uitspraak breder getrokken dan daarvoor gebruikelijk was. In zaken die eerder werden afgedaan (in bezwaar en beroep en hoger beroep[85]) zijn deze voor de betrokken ouders gunstigere regels niet toegepast.

Herziening van uitspraken: nova

Het komt vaker voor dat de bestuursrechter er in de loop van de tijd achter komt dat de besluitvormingspraktijk van een bepaald bestuursorgaan kritisch(er) moet worden bekeken. Bestuursrechters krijgen zaken 'per geval' voorgelegd en dan kan het enige tijd duren voordat daaruit een duidelijk beeld van de besluitvormingspraktijk oprijst dat moet worden gecorrigeerd. Er is, met andere woorden, vaker sprake van voortschrijdend inzicht in de jurisprudentie.

Dat betekent niet dat eerdere uitspraken van rechters, waarin de oude (voor burgers strengere) regels werden toegepast nu moeten worden herzien. Een belangrijk kenmerk van het proces is dat daarmee is beoogd een einde aan de rechtsstrijd te maken. Daarom is een uitgangspunt binnen het recht dat rechterlijke uitspraken waartegen niet wordt of kan worden opgekomen in hoger beroep 'gezag van gewijsde' verkrijgen. Daarop wordt niet teruggekomen door de rechter, behoudens in uitzonderlijke gevallen, namelijk als sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden (de zogenoemde "nova", zie art. 8:119 Awb). Het moet dan volgens de wet gaan om gevallen waarin na de uitspraak nieuwe feiten of omstandigheden blijken die hebben plaatsgevonden vóór de betreffende rechterlijke uitspraak. Een latere, vernieuwende (en in ons geval voor de burger gunstigere) uitspraak van de hoogste bestuursrechter valt daar dus niet onder. Om kort te gaan: als de bestuursrechter 'om-

[81] Op grond van art.8:73 Awb kan de bestuursrechter op verzoek een schadevergoeding toekennen als hij het beroep gegrond verklaart. Het nieuwe art. 8:89 Awb is op grond van het overgangsrecht (nog) niet van toepassing op besluiten van Toeslagen.

[82] In dat geval moet wel worden voldaan aan de eisen van artikel 6:162 BW. Complicerende factor kan daarbij zijn de verjaringstermijn (zijnde vijf jaar nadat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden).

[83] ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589, r.o. 4.3.

[84] Vrij naar J. van der Hoeven, de drie dimensies van het bestuursrecht, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1989, p. 157.

[85] Zie bijv. ECLI:NL:RVS:2016:3044, waarin ook sprake was van een premature en onrechtmatige nihilstelling (stopzetting) van de voorschotten (zie r.o. 7.2), maar daaraan door de Raad van State geen consequenties worden verbonden.

gaat', andere, nieuwe jurisprudentie ontwikkelt, is dat in beginsel geen aanleiding om eerdere rechtspraak te herzien en ook niet om tot schadevergoeding over te gaan.[86]

In de bestuursrechtelijke literatuur wordt onderkend dat de hiervoor geschetste rechtsregels kunnen leiden tot onaantastbare besluiten en rechterlijke uitspraken die gebreken vertonen; dat is de prijs die voor rechtszekerheid moet worden betaald. Het handboek 'Nederlands bestuursrecht' legde het destijds als volgt uit: *'natuurlijk kan een beschikking nog beter en deugdelijker zijn en een vonnis nog rechtvaardiger, maar er moet eens een eind komen aan het gepluis en gejammer: Lites finiri oportet! Wij moeten verder! Bestuur en rechter moeten de boeken kunnen sluiten om zich vrij te maken voor nieuwe, latere zaken, vragen en problemen.*[87]

4.3.3 Herziening van besluiten: ambtshalve of op verzoek

In het algemene bestuursrecht geldt verder de hoofdregel dat een bestuursorgaan in beginsel eerder genomen besluiten kan herzien, op verzoek of, indien dit in het voordeel is van de burger, ook uit eigen beweging (ambtshalve). Het betrokken bestuursorgaan heeft bij de beoordeling van herzieningsverzoeken een grote beleidsvrijheid volgens het algemeen bestuursrecht. Er is geen herzienings*plicht*, behalve in gevallen waarin sprake is van nieuw gebleken feiten of omstandigheden die noodzaken tot een nieuw besluit (zie art. 4:6 Awb). Ook hier geldt dus dat er sprake moet zijn van nieuwe feiten of omstandigheden (nova) en – net als bij de herziening van uitspraken – valt nieuwe rechtspraak daar niet onder.

Daarnaast is van belang dat een bestuursorgaan veel beleidsvrijheid heeft bij de vraag of tot herziening wordt overgegaan. De rechter zal beslissingen van bestuursorganen om niet terug te komen op eerdere besluiten slechts vernietigen als het 'evident onredelijk is' om herziening te weigeren. Het komt zelden voor dat de bestuursrechter oordeelt dat zo'n besluit evident onredelijk is.[88]

De hoofdregel dat een bestuursorgaan ambtshalve of op verzoek kan terugkomen op eerdere besluiten ten gunste van de burger en daarbij veel beleidsvrijheid heeft, geldt niet als de wetgever die herzieningsbevoegdheid uitdrukkelijk verder heeft geregeld voor specifieke gevallen. Dit is met betrekking in de Awir gebeurd. In art. 21a van de Awir (dat op 1 januari 2011 in werking trad)[89] heeft de wetgever namelijk bepaald dat toegekende tegemoetkomingen die onherroepelijk zijn geworden, worden herzien in het voordeel van de belanghebbende *in bij ministeriële regeling aan te wijzen gevallen*. De regering merkte bij de invoering van deze bepaling daarover op dat deze bepaling wenselijk was met het oog op de rechtszekerheid voor de burger en de uniformering met de fiscaliteit. De regering merkte verder op dat het (toen) nieuwe artikel 21a van de Awir aansloot bij de al bestaande, vergelijkbare regelingen in de AWR en de Wet IB 2001. Deze bepalingen zijn blijkens hun wetsgeschiedenis duidelijk exclusief bedoeld: *alleen* in gevallen waarop deze bepalingen zien, wordt een herzieningsbesluit genomen ten gunste van de belanghebbende.[90] Het is dus de bedoeling geweest van de wetgever om met art. 21a Awir de gevallen waarin onaantastbare c.q. onherroepelijke toekenningsbesluiten door Toeslagen worden herzien te beperken tot bij ministeriële regeling aangewezen gevallen.

Aan art. 21a Awir is uitvoering gegeven in de Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (UR Awir). In art. 5a UR Awir is bepaald dat Toeslagen een toegekende of herziene tegemoetkoming die onherroepelijk is geworden in het voordeel van de belanghebbende herziet, zodra Toeslagen is gebleken dat die tegemoetkoming op een te laag bedrag is vastgesteld, tenzij (a) "*vijf jaren zijn verstreken na de laatste dag van het berekeningsjaar waarop de tegemoetkoming betrekking heeft*"; (b) "*de onjuistheid van de tegemoetkoming voortvloeit uit jurisprudentie die tot stand kwam nadat die tegemoetkoming onherroepelijk vast is komen te staan, tenzij de minister van Financiën, zonodig in overeenstemming met de ministers die het aangaat,*

[86] Zie voor een bekend voorbeeld de jurisprudentie inzake het alcoholslotprogramma (ASP). In de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin het ASP onverbindend is verklaard, overwoog de Raad van State expliciet dat de onverbindendverklaring "niet betekent dat eerdere uitspraken waarin de Regeling wel verbindend is geacht worden vatbaar te zijn voor herziening in de zin van artikel 8:119 van de Awb. De rechtszekerheid vergt dat onherroepelijke rechterlijke uitspraken slechts in uitzonderlijke gevallen worden herzien. Een rechterlijke uitspraak waarin de rechter blijk geeft van een gewijzigde rechtsopvatting is geen grond voor herziening als bedoeld in artikel 8:119, eerste lid, van de Awb. Evenmin betekent de onverbindendheid van de Regeling, dat het CBR, hoewel daartoe bevoegd, gehouden is om reeds in rechte onaantastbaar geworden besluiten tot oplegging van een asp te heroverwegen" (ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622). De Hoge Raad heeft vervolgens geoordeeld dat de civiele rechter onbevoegd was te oordelen over een vordering dat het CBR moest terugkomen op een onherroepelijk besluit tot oplegging van een ASP (HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58). Ten slotte heeft het Gerechtshof Den Haag geoordeeld dat als een besluit waarbij een ASP is opgelegd onherroepelijk is geworden, dit besluit voor rechtmatig moet worden gehouden, waardoor een verzoek om schadevergoeding omdat de wettelijke regeling waarop het besluit berust onrechtmatig dan wel onverbindend is, niet kan slagen (Hof Den Haag 2 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:738).

[87] A.M. Donner, Nederlands bestuursrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1987, p. 260.

[88] Een uitzonderlijk voorbeeld waarin dit wel gebeurde biedt een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep over het herzien van boetebesluiten in het sociaal domein n.a.v. rechtspraak (CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:659). De Centrale Raad formuleert in deze uitspraak enkele vuistregels voor de belangenafweging die bij een herzieningsverzoek ten aanzien van een boete moet worden gemaakt tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de uitvoeringslasten van een herbeoordeling voor het bestuursorgaan enerzijds en de gevolgen van deze boetes voor belanghebbenden anderzijds. In een eerdere uitspraak van 24 november 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:3754) had de Raad geoordeeld dat het toepassen van het geldende sanctieregime in strijd was met diverse bepalingen van (inter)nationaal recht. Het sanctieregime werd daarop gewijzigd maar op grond van efficiëntieoverwegingen werd géén overgangsregeling opgenomen voor onherroepelijk geworden boetebesluiten die werden genomen onder het oude regime. Het bestuursorgaan weigerde ook herzieningsverzoeken te honoreren omdat er geen sprake was van nova. Het categoraal weigeren van de herzieningsverzoeken vond de CRvB in dit geval evident onredelijk, onder andere omdat het ging om boetes opgelegd onder een strafregime waaraan fundamentele gebreken kleefden. De commissie heeft van Toeslagen begrepen dat er aan de CAF-ouders geen boetes zijn opgelegd, waardoor deze jurisprudentie hier niet direct van toepassing lijkt. In de uitspraken van 23 oktober jl. laat de ABRvS uitdrukkelijk open welke gevolgen deze uitspraken moeten hebben voor herzieningsverzoeken. Zij nodigt Toeslagen welhaast uit tot het formuleren van beleid op dit punt.

[89] Stb. 2010, 873.

[90] Zie Kamerstukken II, 2009-10, 32130, nr. 3 inzake Wet IB 2001, p. 51.

anders heeft bepaald" (…). Van deze laatste uitzonderingsmogelijkheid (tegemoetkoming op basis van jurisprudentie) is voor zover bij de commissie bekend tot op heden nog geen gebruik gemaakt.[91]

Op dit moment is er voor Toeslagen c.q. de staatssecretaris dus in veel gevallen geen grondslag om tot herziening van onherroepelijke toekenningsbesluiten inzake KOT gericht aan de CAF-ouders over te gaan. Er is geen besluit van de minister van Financiën om tot herziening over te gaan naar aanleiding van de genoemde uitspraken van de Raad van State. Bovendien zou een dergelijke herziening vooral zien op besluiten ten aanzien van KOT-toekenningen over het jaar 2014. KOT-toekenningen over 2012 en 2013 kunnen op basis van de huidige regelgeving niet meer worden herzien omdat daarvoor de vijfjaarstermijn is verstreken.

Daarbij moet worden aangetekend dat in een substantieel aantal gevallen de KOT-aanspraak van CAF-11 ouders over de relevante toeslagjaren nog steeds niet definitief is vastgesteld. In die gevallen zijn slechts de voorschotbeschikkingen in hun nadeel gecorrigeerd. Omdat aan het wijzigen van voorschotbesluiten in het voordeel van de aanvrager, geen termijn is verbonden in de Awir of de UR Awir,[92] bestaat in die gevallen wel de bevoegdheid om tot herziening over te gaan. Dat betreft echter een minderheid van het totaal.

4.3.4 Een onbevredigende en onredelijke uitkomst

Het beginsel van rechtszekerheid is een fundamenteel uitgangspunt van de rechtsstaat. Het brengt mee dat besluiten waar niet tegen wordt geprocedeerd en rechterlijke uitspraken die in kracht van gewijsde zijn getreden, in rechte onaantastbaar zijn. Rechtszekerheid houdt ook in dat besluiten met formele rechtskracht in beginsel niet worden herzien wanneer de rechter nadien in vergelijkbare zaken tot een ander oordeel komt. Dat kan hard zijn voor betrokken burgers en onredelijk ogen naar huidig inzicht, maar het is de prijs die men moet betalen voor de bescherming die rechtszekerheid burgers en overheidsinstanties biedt.

In het CAF 11-dossier zou vasthouden aan het rechtszekerheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende leer van de formele rechtskracht en de leer van gezag van gewijsde een uitermate onbevredigende uitkomst geven. Veel ouders zijn ´slachtoffer´ geworden van een institutioneel ´vooringenomen´ wijze van controle en besluitvorming, zo zal in de volgende paragraaf uiteen worden gezet. Als gevolg daarvan hebben zij soms jaren in zorg en onzekerheid geleefd, zijn zij opgezadeld met aanzienlijke financiële lasten of geconfronteerd met invordering van verschuldigde bedragen onder dwang. Daarbij geldt dat het inkomensgerelateerde karakter van de KOT tot gevolg heeft dat de hoogste bedragen terecht komen bij de ouders met het laagste inkomen, die de terugbetaling daarvan het minst kunnen dragen.

Strikt vasthouden aan het beginsel van rechtszekerheid zou in dit geval niet alleen onbevredigend zijn, maar vooral ook onredelijk omdat de normale procedures van rechtsbescherming geen soelaas konden bieden tegen de vooringenomenheid waar de ouders slachtoffer van zijn geworden.

4.4 Een vooringenomen handelwijze

4.4.1 De toon gezet

In hoofdstuk 2 van dit rapport is de gang van zaken zo feitelijk mogelijk beschreven om greep te krijgen op het gebeurde. Daardoor heeft de 'gekleurde' wijze waarop de toepassing van bevoegdheden en de handhaving van regels heeft plaatsgevonden daarbij minder aandacht gekregen. Die wijze van toepassing en handhaving heeft echter – meer dan de onterechte stopzetting van de KOT in 2014 – de onbevredigende uitkomst van de besluitvorming in het CAF 11-dossier bepaald. In zijn rapport trachtte de Nationale ombudsman die 'kleuring' te vatten met het verwijt dat onvoldoende rekening gehouden was met het belang van de burger. Dat is in zoverre een minder adequate omschrijving van wat er gebeurde, omdat dit suggereert dat het probleem vooral gelegen was in de afweging van de afzonderlijke beslissingen, terwijl de problemen veelal al begonnen met de wijze waarop het hele CAF 11-dossier werd aangepakt. Er was daarbij sprake van een vooringenomen houding jegens alle bij dat dossier betrokken ouders, waarbij zij als vermoedelijke fraudeurs werden behandeld en iedere geconstateerde tekortkoming of onjuistheid slechts kon dienen als bevestiging van dat vermoeden.

De basis voor die vooringenomenheid was gelegen in de toon en opwinding waarmee in de jaren rond 2013 door regering en Tweede Kamer werd gesproken over fraude in de sociale zekerheid en de aanpak daarvan. In die context werd binnen Financiën een fraudecoördinator aangewezen en het CAF was één van de vruchten daarvan. De toon werd verder gezet door het debat over de zgn. ´Bulgarenfraude´ en het aftreden van staatssecretaris Weekers korte tijd later in verband met problemen bij de uitbetaling van onder andere toeslagen.

[91] Zie overigens kamerstukken II, 2018-19, 29325, nr. 101waarin tot vijf jaar terug toeslagbesluiten worden herzien in de lijn met de nadien verruimde uitvoeringsregels. Deze herzieningsmogelijkheid is echter niet gebaseerd op jurisprudentie, maar lijkt te zijn gebaseerd op een beleidswijziging.

[92] Zie art. 16, lid 5 Awir waarin slechts een termijn is opgenomen voor het ten nadele van belanghebbenden wijzigen van voorschotbeschikkingen. De UR Awir heeft blijkens het eerste artikel van deze regeling geen betrekking op op art. 16 Awir.

In die context was het begrijpelijk dat naar aanleiding van ´signalen´ over mogelijke onregelmatigheden besloten werd om het betrokken gastouderbureau nader te onderzoeken. In het lopend debat over het CAF 11-dossier is wel gesteld dat de ´signalen´ schaars waren en al uit 2011 dateerden, maar de opening van een CAF 11-onderzoek is een maatregel van bestuurlijk toezicht en daarvoor gelden geen nadere motiveringseisen. Het zou in het ´klimaat´ van 2013 opvallender zijn geweest indien de signalen genegeerd zouden zijn.

Het CAF 11-onderzoek richtte zich op een gastouderbureau, daarmee geaffilieerde GOB's en daarmee verbonden gastouders; niet op vraagouders. In dat kader werden geen concrete aanwijzingen gevonden die op fraude wezen, maar bij het nalopen van de gegevens van een beperkt aantal vraagouders werden bij veel daarvan onduidelijkheden, onregelmatigheden of mogelijke onjuistheden aangetroffen. Dat leidde tot het advies om bij alle vraagouders die gebruikmaakten van het betrokken gastouderbureau of de betrokken gastouders alle gegevens over de jaren 2013 en 2014 en eventueel 2012 op te vragen en te controleren. Dat advies werd opgevolgd.

Het gegeven dat de controlebevoegdheid werd uitgeoefend naar aanleiding van een CAF-onderzoek naar het handelen van een gastouderbureau, maakt die uitoefening niet onrechtmatig.[93] De bevoegdheid van Toeslagen (art. 18 Awir) om nadere informatie/bewijs op te vragen bij toeslaggerechtigden teneinde de geldigheid van hun aanspraak te verifiëren is door de wetgever niet nader genormeerd. Het is ook de essentie van een controlebevoegdheid dat deze kan worden uitgeoefend zonder 'verdenking' of 'aanwijzing'. Het is zelfs niet onbegrijpelijk dat de bevoegdheid zo wordt uitgeoefend: het mogelijk systematisch misbruik van de KOT zou immers ook uit de bevindingen bij ouders kunnen blijken. Wel is opvallend dat bij de CAF 11-ouders veel meer informatie is opgevraagd dan gebruikelijk is bij regulier toezicht, zelfs in gevallen waarin er bij de concrete vraagouder gerichte signalen van onregelmatigheden zijn geconstateerd.

Hoewel zowel het besluit tot CAF 11-onderzoek als het besluit om bij alle betrokken ouders gegevens op te vragen om hun aanspraak op KOT 2012, 2013 of 2014 te staven, afzonderlijk of tezamen niet onrechtmatig waren, hebben zij in onderlinge samenhang op beslissende wijze de toon gezet voor de structureel vooringenomen wijze waarop daarna de gegevens zijn onderzocht en op basis daarvan is besloten.

4.4.2 De uiting van vooringenomenheid

De vooringenomen wijze van het CAF 11-onderzoek en de besluitvorming blijkt niet uit één of enkele handelingen of besluiten. Met uitzondering van de zachte stopzetting van de KOT 2014, waren alle stappen die werden gezet en besluiten die werden genomen in het onderzoek op zichzelf beschouwd niet onregelmatig. De vooringenomen handelwijze ligt besloten in de cumulatie van vele, kleine voor de betrokken ouders nadelige stappen, handelingen en beslissingen die werden ingegeven door de veronderstelling dat er sprake was van vermoedelijke fraudeurs. Dat begon in wezen al met de beslissing om, nog voor men de daarvoor relevante informatie had opgevraagd, te besluiten om alle voorschotbetalingen met betrekking tot KOT 2014 stop te zetten.

Niet het feit dat die stopzetting in strijd was met de daarvoor geldende bepalingen, maar het feit dat daartoe besloten werd voor vrijwel alle CAF 11-ouders die KOT 2014 ontvingen, hoewel maar bij een beperkt aantal daarvan onregelmatigheden waren gebleken, getuigt van vooringenomenheid. Ouders kregen ook niet de gelegenheid om te corrigeren. Belanghebbenden hebben tot uiterlijk 2 maanden na afloop van een toeslagjaar de tijd om de kosten van opvang te voldoen.[94] Het stopzetten van een voorschot halverwege een toeslagjaar om vervolgens te concluderen dat niet alle kosten zijn voldaan na de stopzetting, ontneemt ouders de ruimte om in een later stadium de kosten wél te voldoen. Die blijkt in deze fase voorts uit de algemene, weinig gespecificeerde wijze waarop informatie werd opgevraagd voor veelal drie toeslagjaren. In de werkinstructies en kaders van Toeslagen is ook niet vermeld welke informatie opgevraagd diende te worden bij ouders die via CAF 11 in zicht waren gekomen. Medewerkers van het IST-team werden via een opdrachtformulier geïnstrueerd welke stukken zij moesten opvragen. Dat opdrachtformulier werd opgesteld door een medewerker die Toeslagen vertegenwoordigde in het CAF. Navraag bij Toeslagen leert dat deze opdrachtformulieren onofficiële werkinstructies betreffen die niet juridisch zijn afgestemd en getoetst. De commissie kan zich niet aan de indruk onttrekken dat op deze wijze, zonder nadere waarborgen, beslissingen werden genomen met verstrekkende gevolgen voor de betrokken ouders. Daarbij werd ook meer informatie opgevraagd dan gebruikelijk is binnen Toeslagen en is vastgelegd. Soms werd zelfs meer informatie opgevraagd dan was aangegeven in het opdrachtformulier, dat als onofficiële werkinstructie werd gehanteerd.

Hieruit kunnen we opmaken dat het bepalen van de omvang niet gebaseerd was op interne afspraken of kaders, maar sterk afhankelijk was van degene die het opdrachtformulier opstelde. Ouders die verzocht werden om de informatie bij de balie te bezorgen, kregen pas bij het maken van de afspraak te horen om welke informatie het ging teneinde te voorkomen dat deze alsnog ´gefabriceerd´ zou worden. Het verzoek om de informatie ´in persoon´ aan te leveren berustte vermoedelijk eveneens op de vrees dat mogelijk, zoals bij de 'Bulgaren', een deel van de ouders fictief zou blijken te zijn.

[93] Aldus ook ABRvS 22 juni, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833, r.o. 2.4.1.

[94] Zie art. 11f van de Regeling Wet kinderopvang.

De op de aanschrijving ontvangen informatie werd bij Toeslagen aan een uiterst nauwkeurig onderzoek onderworpen. Wat dat betreft kan van de correctiebeslissingen die daarop volgden niet gezegd worden dat zij niet op een individuele beoordeling van feiten en gebreken berustten, maar het was wel een vooringenomen beoordeling. Vanuit de optiek dat het bij de betrokken ouder mogelijk of zelfs vermoedelijk om een fraudeur ging, werd iedere onvolkomenheid in die 'geest' al gauw de bevestiging van het vermoeden: informatie die niet onmiddellijk vindbaar bleek, werd aangenomen te ontbreken; bij onvolkomenheden in de informatie of het bewijs werd niet om aanvulling gevraagd; bij gebrek aan reactie werd vaak niet gerappelleerd. En wanneer na een eerste grondige beoordeling alles in orde leek, werd het dossier aan een tweede, bijzondere lezing onderworpen om te controleren of er echt niets dat mis was te vinden viel. Zo leidde iedere onvolkomenheid, tekortkoming of fout, hoe gering ook, tot neerwaartse correctie of afwijzing van de aangevraagde KOT. Ook daarbij werd alleen spaarzaam gemeld wat er nu werkelijk ontbrak of fout zat. Ondanks dat vele ouders naar aanleiding van de stopzetting telefonisch contact zochten met Toeslagen met de vraag wat er aan bewijsstukken ontbrak, werd door Toeslagen zo min mogelijk informatie verstrekt over ontbrekende bewijsstukken. Ouders werd geadviseerd om bezwaar te maken.

Op zichzelf is er niets mis met een nauwgezette ambtelijke controle of aanspraken voldoen aan de gestelde voorwaarden en regels, en om daar, bij gebleken overtreding, de wettelijk voorgeschreven consequenties aan te verbinden. Dat ligt echter anders indien men bepaalde groepen aan deze behandeling onderwerpt, maar deze niet toepast bij reguliere controles. Daarvan was hier sprake: in een aantal zaken die in het kader van CAF 11 waren aangeschreven werd later geconstateerd dat zij daar niet bij hoorden en verder aan een 'reguliere' behandeling konden worden onderworpen.

Daarbij wordt nogmaals benadrukt dat, zoals in hoofdstuk 3 van dit advies is uiteengezet, de KOT een complexe regeling is, waarbij burgers aan niet eenvoudige, gedetailleerde eisen moeten voldoen en een nauwkeurige administratie moeten bijhouden met alle bijbehorende bewijsstukken. Dan kunnen al gauw bij vrijwel iedereen tekortkomingen, fouten of inbreuken geconstateerd worden. De combinatie van 'zero tolerance' en vooringenomenheid gaf de in het CAF 11-dossier gehanteerde werkwijze een ´zoekt en gij zult vinden´ karakter: er viel bijna altijd wel iets te vinden. Dat kwam ook tot uitdrukking in de uitzonderlijk hoge percentages waarin in eerste instantie toeslagen werden gecorrigeerd. Dat had te denken moeten geven, maar vermoedelijk heeft de gevolgde werkwijze - gevoegd bij de algemene werklast - tot gevolg gehad dat nog slechts de individuele dossiers werden gezien en niemand meer een totaalbeeld had van alle zaken, tot het te laat was en beslissingen niet meer teruggedraaid konden worden.

De vooringenomenheid werkte in zekere zin door in de bezwaarfase. De medewerkers die belast waren met het afhandelen van de bezwaarschriften werden geïnstrueerd om in geval van een CAF 11-ouder contact op te nemen met het IST-team. Het is uiterst bedenkelijk dat behandelaars in de bezwaarfase contact op moesten nemen met het IST-team, dat betrokken was geweest bij het primaire proces van uitvragen, beoordelen van bewijsstukken en uiteindelijk de stopzetting van de voorschotten. De bezwaarprocedure behoort los te staan van het primaire proces, zodat het dossier van burgers opnieuw tegen het licht gehouden kan worden door medewerkers die niet betrokken zijn geweest bij de beslissing waartegen bezwaar wordt gemaakt.

4.4.3 Institutionele vooringenomenheid

Het ging bij de hier gesignaleerde vooringenomenheid niet om een persoonlijke, maar om een institutionele houding die in instructies en organisatie vastlag. Er is recent in de media verwondering uitgesproken over het feit dat ook het management van Toeslagen op de hoogte was van de aanpak in het CAF 11-dossier. Op zich zou het eerder opmerkelijk en bedenkelijk zijn geweest indien de leiding in het geheel niet op de hoogte zou zijn geweest. De vraag is echter in hoeverre kan worden gesteld dat *bewust* werd gekozen voor een 'vooringenomen' aanpak. Het is waarschijnlijker dat de institutionele vertaling in instructies en een apart MT (management team) Fraude, alsmede de (vanuit de politiek gevoede) wens om snel daadwerkelijk wat te doen aan vermoede fraude heeft geleid tot de vooringenomenheid. Voeg daarbij de druk om toelagen 'snel en voortvarend' te verlenen, die kan leiden tot een defensieve houding van: 'afwijzen bij twijfel', en je krijgt al snel een situatie waarin veel 'goeden' lijden onder het strenge regime dat was bedoeld voor een paar 'kwaden'. Wanneer die defensieve houding dan bovendien in instructies wordt vastgelegd, waarbij de uitvoerders alleen de instructie en niet de achtergrond en bedoeling daarvan kennen, dan ontstaat de situatie waarin niemand zich meer bewust is van het onderscheid tussen 'goeden' en 'kwaden' en waarin ieder gelijkelijk (negatief en vooringenomen) wordt behandeld.

Bovendien moet onderkend worden dat de informatie van ouders niet werd doorgenomen door juristen die de wet ernaast hadden liggen, maar door uitvoerende medewerkers die slechts de instructies kenden en die primair werden 'afgerekend' op de mate waarin zij zich daaraan hielden. Tijd en ruimte in de instructies om maatwerk te leveren, was (en is) er doorgaans niet. Desondanks waren er van tijd tot tijd signalen dat ook de medewerkers vonden dat 'het te bar' werd.

Ook hadden uitvoerende ambtenaren binnen Toeslagen al in 2013 geconcludeerd dat het disproportioneel is om ook bij het geringste betalingstekort een toeslag voor een heel jaar af te wijzen en voorschotten, die dan al uitgegeven zijn, weer terug te vorderen. Dit werd tot op het hoogste niveau binnen Toeslagen overgenomen. Hiervoor heeft interdepartementaal overleg met SZW, dat in deze eerstverantwoordelijk is, plaatsgevonden eind 2014/begin 2015, maar het voornemen om dit in voor-

komende gevallen anders te gaan aanpakken, verzandde. Zo gebeurde er op dat vlak niets, tot de Raad van State op 23 oktober besloot dat nihilstelling in dat soort gevallen onredelijk kan zijn.

4.4.4 Doorwerking en nasleep

De onterechte vooringenomenheid bij de aanpak van het CAF 11-dossier is des te pijnlijker omdat de daaruit resulterende besluitvorming doorwerkte in praktische belemmeringen bij het aanvragen van de KOT voor het resterend deel van het jaar 2014 en die voor het jaar 2015. Het werkte daarnaast ook door in invorderingsmaatregelen of de verrekening met andere toeslagen, en in de mogelijkheid van betrokken ouders om in aanmerking te komen voor een standaard of persoonlijke betalingsregeling.

In § 2.1.9 is beschreven dat ouders bij wie het voorschot KOT 2014 was stopgezet niet via het ´portal´ opnieuw in aanmerking kwamen voor de toeslag voor de rest van het jaar, maar contact moesten opnemen met de Belastingtelefoon. Ook bij het aanvragen van KOT 2015 leidde de handmatige behandeling van de aanvraag ertoe dat het voorschot soms pas na enkele maanden werd verstrekt. Nu is het niet vreemd dat als er reden is om de geldigheid van de aanspraak van een ouder op toeslag te controleren en in dat kader de bevoorschotting wordt opgeschort, diezelfde burger niet automatisch zijn aanvraag voor een nieuw voorschot via het 'portal' krijgt toegekend, maar er eerst een handmatige beoordeling plaatsvindt. Tegelijk moet echter worden vastgesteld dat met betrekking tot de in 2014 aangeschreven ouders juist geen individuele aanleiding bestond voor controle. Zou die er geweest zijn (en had men met gebruikmaking van art. 23 Awir de toeslagen inderdaad opgeschort in plaats van stopgezet), dan zou er niets mis zijn geweest. Nu die er echter niet was, was de afsluiting van het 'portal' evenzeer onjuist als de stopzetting van de bevoorschotting.

4.4.5 Niet alle betrokken ouders zijn gedupeerd

Hoewel in beginsel alle ouders die gebruik hadden gemaakt van het betrokken gastouderbureau of de daarmee gelieerde gastouders werden aangeschreven in het kader van het CAF 11-dossier en vervolgens werden onderworpen aan de vooringenomen aanpak, betekent dit niet dat allen daar ook slachtoffer van waren. In enkele dossiers zijn ernstige tekortkomingen geconstateerd: kinderen bleken ouder te zijn dan de gehanteerde leeftijdsgrens of geen gebruik te hebben gemaakt van kinderopvang; een partner bleek niet over een geldige verblijfstitel te beschikken en soms waren ouders naar het buitenland verhuisd.

In verreweg de meeste gevallen was er echter geen sprake van een ernstige tekortkoming en ontbraken slechts enkele bewijsstukken of was er sprake van betalingsgebreken. Van belang is echter dat op grond van het wettelijk systeem (zie hoofdstuk 3) en de jurisprudentie daarover, ook bij een 'normale' controle deze tekortkomingen tot correctiebesluiten zouden hebben geleid, zij het dat de betrokken ouders dan eerst om aanvulling, correctie of herstel zou zijn gevraagd.

4.5 Tegen vooringenomenheid geen adequate rechtsbescherming

De rechtsbescherming tegen overheidsbeslissingen in de vorm van bezwaar, beroep en eventueel hoger beroep, dient ertoe om de burger te beschermen tegen onrechtmatige besluitvorming. Van deze mogelijkheden is veelvuldig gebruik gemaakt met betrekking tot de beslissingen in de zaken van het CAF 11-dossier. Uit het grote aantal bezwaren dat geheel of gedeeltelijk gegrond is verklaard, zou men kunnen afleiden dat enkele van de scherpste kanten van de "zero tolerance" controle zijn gecorrigeerd.

Onderkend moet echter worden dat de gebruikelijke middelen van rechtsbescherming niet adequaat zijn gebleken om een verschijnsel zoals de vooringenomen 'zero tolerance' controle in CAF 11-zaken te corrigeren. Omdat het bij de vooringenomenheid niet om een persoonlijke afweging gaat, maar om een institutionele vooringenomenheid, zal de behandeling in bezwaar al snel door dezelfde vooringenomenheid zijn beheerst. De eerste instructies binnen Toeslagen voor de behandeling van bezwaren, wijzen niet op een wezenlijke wijziging van de vooringenomenheid bij de besluitvorming op bezwaar. Pas de leidraad van 2016 begint een iets mildere geest uit te ademen, maar dit heeft niet tot wezenlijk andere besluitvorming geleid, zoals wordt geïllustreerd door de Raad van State-uitspraak van 24 april 2019.

Bij de rechterlijke beoordeling zal systematische, institutionele vooringenomenheid moeilijk zichtbaar worden. Beslissingen worden afzonderlijk aan de rechter voorgelegd en deze zal iedere zaak op zichzelf beoordelen. De rechter heeft in beroep en hoger beroep de besluitvorming van Toeslagen in hoge mate gebillijkt. Systematische en institutionele vooringenomenheid blijkt pas bij bestudering van meerdere zaken in onderlinge samenhang en van achterliggende werkinstructies en vergaderverslagen.

4.6 Concluderend

Rechtszekerheid is één van de pijlers van de rechtsstaat. Rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten biedt de mogelijkheid om wat er misgaat in de overheidsbesluitvorming te herstellen of te repareren. Maar besluiten waar niet (verder) tegen wordt geprocedeerd en rechterlijke uitspraken die in kracht van gewijsde treden, worden in rechte onaantastbaar. Dat kan soms hard zijn voor betrokkenen en onredelijke resultaten geven naar huidig inzicht, maar het is de prijs die voor rechtszekerheid moet worden betaald. Slechts bij hoge uitzondering wordt aan dit uitgangspunt getornd. De bestaande regelgeving biedt Toeslagen bovendien in veel gevallen geen grondslag om op verzoek of op eigen initiatief onaantastbaar geworden besluiten in het CAF 11-dossier te herzien.

Desalniettemin moet er voor de CAF 11-ouders een oplossing worden gevonden. Strikt vasthouden aan het beginsel van rechtszekerheid zou onredelijk zijn omdat de procedures van rechtsbescherming geen soelaas konden bieden tegen de geïnstitutionaliseerde vooringenomenheid waar de ouders slachtoffer van zijn geworden. Die vooringenomenheid hield in dat Toeslagen vanaf het begin uitging van het vermoeden dat de ouders fraude hadden gepleegd. Een vermoeden dat in hun geval niet op persoonlijk handelen berustte, maar op het enkele feit dat zij in het kader van het CAF 11-dossier werden gecontroleerd. Die geïnstitutionaliseerde vooringenomenheid had tot gevolg dat:

- Vrijwel alle CAF 11-ouders die gebruik maakten van KOT 2014 werden geconfronteerd met een onzorgvuldige stopzetting van de lopende bevoorschotting welke niet voldeed aan de wettelijke vereisten. In een aantal gevallen werden de directe gevolgen van de stopzetting in de vorm van onderbreking van de betalingen of van de opvang vervolgens aan de ouders toegerekend bij de vaststelling van KOT-rechten over 2014, die als gevolg daarvan geheel vervielen.
- De wijze waarop de uitvraag van bewijsstukken werd bepaald kende geen basis in de op schrift gestelde kaders of afspraken binnen Toeslagen. De uitvraag kwam zonder checks and balances tot stand en was zeer afhankelijk van degene die het opdrachtformulier (onofficiële werkinstructies) opstelde.
- De brede (her)beoordeling van de KOT-aanspraken voor 2012, 2013 en 2014 heeft volgens een 'zero tolerance' aanpak plaatsgevonden die er vooral op gericht was om zelfs de geringste tekortkoming in de administratie, de betalingen of de (bewijs)stukken te ontdekken en vervolgens op basis daarvan correctiebesluiten te nemen, waardoor de KOT-aanspraken van de betrokken ouders verminderden of geheel vervielen.
- Ouders kregen geen duidelijke informatie over wat er van hen werd verwacht; zij kregen doorgaans geen kans om onregelmatigheden te herstellen. Wie contact zocht met Toeslagen over de stopzetting of over onvolledige of ontbrekende bewijsstukken, kreeg geen antwoord maar werd geadviseerd bezwaar te maken. Men kon dus nauwelijks aan deze aanpak ontsnappen. Dit is te meer bedenkelijk nu niet duidelijk is of alle bij de balie afgeleverde stukken ook adequaat werden ingescand in het systeem en waar niet ingescande stukken zijn gebleven.
- In de bezwaarfase werden de beslistermijnen ruimschoots overschreden. Bovendien werden medewerkers die belast waren met het afhandelen van bezwaar geïnstrueerd om contact te zoeken met medewerkers die betrokken waren geweest bij de beslissing waartegen bezwaar werd gemaakt.
- De aanpak werkte door in de mogelijkheden van ouders om de KOT opnieuw aan te vragen voor het restant van 2014 en voor het daaropvolgende jaar en in de invorderingsmaatregelen die jegens hen werden genomen.

Dat wil niet zeggen dat alle ouders in het CAF 11-dossier enkel vanwege deze aanpak hun aanspraken verloren. Bij het onderzoek kwamen in enkele gevallen ernstige onregelmatigheden aan het licht die evident, ook naar de beleidsinzichten van nu, tot het intrekken van de aanspraken op toeslag of de vermindering daarvan moesten leiden.

De meeste ouders zijn evenwel ten onrechte door deze vooringenomen handelwijze getroffen. Zij werden bovendien hard getroffen en dragen daarvan vaak nu nog de gevolgen met zich mee. Daarbij is schrijnend dat het inkomensgerelateerde karakter van de KOT tot gevolg heeft dat de hoogste bedragen terechtkomen bij de ouders met het laagste inkomen, die de terugbetaling daarvan het minst kunnen dragen en waar schulden snel kunnen oplopen tot problematische omvang.

Juist omdat de normale rechtsbescherming in deze geen of onvoldoende bescherming bood tegen de vooringenomen aanpak van onderzoek en de daarop volgende besluitvorming, meent de commissie dat er reden bestaat om de ouders die zo getroffen werden niet met de gevolgen van deze besluitvorming te laten zitten. Compensatie daarvoor ligt in de rede. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op wat een passende oplossing in deze zou kunnen inhouden.

5 Een passende oplossing?

OMZIEN

in *verwondering*

5 Een passende oplossing?

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat in het CAF 11-dossier de normale rechtsbeschermingsmogelijkheden geen of onvoldoende bescherming boden tegen de vooringenomen aanpak van onderzoek en de daarop volgende besluitvorming van Toeslagen. Dat is reden om CAF 11-ouders die daardoor werden gedupeerd niet met de gevolgen van deze besluitvorming te laten zitten, ondanks het feit dat het overgrote deel van deze besluitvorming in rechte onaantastbaar is geworden. Er kan niet worden volstaan met een welgemeend excuus (dat al verschillende malen is aangeboden). Daarnaast zal ook een geldelijke compensatie moeten worden gegeven, als erkenning van het feit dat Toeslagen de CAF 11-ouders met een institutioneel vooringenomen houding heeft benaderd en dat zij daarvan nadeel hebben ondervonden.

In dit hoofdstuk bespreekt de commissie eerst waarom de oplossing waarover tot op heden het meest is gesproken – te weten de herziening van de gewraakte KOT-correctiebesluiten uit de CAF 11-zaak – onvoldoende soelaas biedt (5.2). Vervolgens doet zij het voorstel om te komen tot een compensatieregeling (5.3) en geeft zij aan waarop een dergelijke regeling juridisch kan worden gebaseerd (5.4).

5.2 Herziening biedt geen soelaas

In paragraaf 4.3 van deze tussenrapportage is besproken dat Toeslagen op dit moment in veel gevallen geen grondslag heeft om tot herziening van de KOT-besluiten in de CAF 11-zaak over te kunnen gaan. De algemene herzieningsbevoegdheid is voor definitieve toekenningsbesluiten in de Awir en de UR Awir ingeperkt en de CAF 11-zaken vallen daar niet onder. Dat hoeft geen definitief beletsel te zijn om tot herziening van de CAF 11 KOT-besluiten over te kunnen gaan. De UR Awir kan immers worden gewijzigd of er zou op basis van artikel 21a Awir een tweede ministeriële regeling kunnen worden opgesteld, die zou gelden naast de UR Awir, specifiek voor de CAF 11-zaak (en eventueel aanverwante zaken). Bovendien gelden de beperkingen die het UR Awir stelt aan herzieningsbesluiten niet wanneer de toeslag nog niet definitief is toegekend, maar nog alleen voorschotbesluiten zijn genomen. Voorschotbeschikkingen mogen immers in het voordeel van belanghebbenden worden herzien tot een definitief toekenningsbesluit is genomen.

De commissie verkent deze mogelijkheden in dit advies evenwel niet verder omdat zij van mening is dat herziening in dit geval onvoldoende soelaas biedt. Dit geldt in het bijzonder wanneer die herziening slechts zou worden geënt op de recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarnaar in de eerste vraag die de commissie moet beantwoorden wordt verwezen. Die jurisprudentie (die in paragraaf 4.2.1 is beschreven) heeft immers vooral betrekking op het jaar 2014 (waarin er onrechtmatige stopzettingen hebben plaatsgevonden) en ziet met name op doorwerkingseffecten van die onrechtmatige stopzettingen op het recht op KOT in 2014. De CAF 11-ouders hebben echter veel meer nadelige gevolgen van het CAF 11-onderzoek ondervonden. Er is sprake geweest van een institutionele vooringenomenheid jegens CAF 11-ouders, die aanleiding vormde voor het breed opvragen van stukken, waarop vervolgens een *zero tolerance* controle is toegepast, die in zeer veel dossiers (kleine) onregelmatigheden aan het licht heeft gebracht. Dat heeft in veel gevallen geleid tot het verminderen of geheel teniet gaan van KOT-aanspraken voor het toen lopende toeslagjaar 2014, maar ook voor de eerdere toeslagjaren 2013 en 2012. Ook voor deze toeslagjaren is een passende oplossing nodig.

Ook als een herziening niet wordt gekoppeld aan de nieuwe jurisprudentie, maar breder wordt uitgevoerd (dus ook over de KOT-jaren 2012 en 2013), blijft herstel langs deze weg een lastige materie. Ten eerste zijn er in de betreffende dossiers veel onregelmatigheden geconstateerd. Deze hadden toentertijd misschien kunnen worden rechtgezet, als de ouders duidelijk zouden zijn geïnstrueerd over welke informatie nog ontbrak, maar dat is niet (systematisch) gebeurd. De commissie voorziet dat het alsnog aanleveren van de ontbrekende informatie nu vaak niet meer mogelijk zal zijn, vanwege het tijdsverloop en vanwege het feit dat soms originele stukken wel bij Toeslagen zouden zijn aangeleverd, maar niet in de systemen zijn opgeslagen. Veel van de betrokken ouders zullen in 2020 (het jaar waarin de passende maatregelen waarschijnlijk zullen worden getroffen), niet meer beschikken over (kopieën van) de volledige administratie die betrekking heeft op het KOT-jaar 2012, 2013 en 2014, zeker nu de besluiten die daarover zijn genomen onaantastbaar zijn geworden. Ouders zijn daartoe ook niet verplicht.[95]

Bovendien zou herziening van hun correctiebesluiten op basis van de dossiers die zijn opgebouwd in combinatie met een mogelijkheid om ontbrekende informatie alsnog aan te leveren, geen recht doen aan het feit dat de KOT-aanspraken van de CAF 11-ouders op een vooringenomen wijze zijn gecontroleerd.

[95] Hoewel de Awir dit niet expliciet bepaalt, geldt volgens jurisprudentie een bewaarplicht van 5 jaar. Zie ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484.

In dat verband is de commissie van mening dat de CAF 11-ouders niet alleen zouden moeten kunnen worden gecompenseerd voor misgelopen KOT-aanspraken, maar ook voor immateriële en materiële schade die is geleden door de vooringenomen behandeling die zij kregen. De commissie stelt voor daarvoor forfaitaire bedragen uit te keren. Een dergelijke compensatie kan niet op de Wko en de Awir worden gebaseerd.

Om deze redenen is de commissie van oordeel dat passende maatregelen niet moeten worden genomen op basis van de Wko en de Awir. Herziening van de KOT-correctiebesluiten zou voor de getroffen CAF 11-ouders immers onvoldoende oplossing bieden.

5.3 Een compensatieregeling

Nu herziening van de KOT-besluiten geen soelaas biedt, adviseert de commissie om de CAF 11-ouders op een andere manier te compenseren, namelijk via een aparte regeling. Doorgaans wordt een dergelijke regeling een tegemoetkomingsregeling genoemd.[96] Nu echter in de Awir het begrip tegemoetkoming wordt gebruikt voor een financiële bijdrage van het Rijk op grond van een inkomensafhankelijke regeling,[97] zoals de KOT, is het woord tegemoetkoming in dit verband een minder gelukkig begrip. Daarom spreekt de commissie hierna van een compensatieregeling. Een compensatieregeling heeft als voordeel dat deze zonder meer veel beleidsruimte biedt voor de minister c.q. de staatssecretaris om gedupeerden te compenseren bij de afhandeling van de CAF 11-dossiers.

5.3.1 Kring van gerechtigden en grondslag van compensatie

Als een dergelijke compensatieregeling wordt opgesteld, zal daarin ten eerste moeten worden geregeld welke personen voor een compensatie in aanmerking kunnen komen.

Vooralsnog[98] zouden ouders voor compensatie in aanmerking komen waarvan de aanspraak op KOT voor de jaren 2014, 2013 en/of 2012 in het kader van CAF 11 Hawaï is onderzocht en vervolgens neerwaarts is gecorrigeerd. Het betreft hier een afgebakende groep ouders. De gegevens van deze ouders zijn door Toeslagen in kaart gebracht.

Echter, deze ouders zouden niet enkel op grond van het feit dat zij na het CAF 11-onderzoek neerwaarts zijn gecorrigeerd, voor alle neerwaartse correctiebesluiten in aanmerking moeten komen voor compensatie. Indien in het dossier van de aanvrager over de jaren 2012, 2013 of 2014 sprake is van ernstige onregelmatigheden zou voor het correctiebesluit ten aanzien van dat betreffende jaar niet moeten worden gecompenseerd.

Dat roept de vraag op wanneer sprake is van een ernstige onregelmatigheid.

Daarvan is in ieder geval sprake indien uit het dossier blijkt dat er evident geen recht op KOT bestond in het onderzochte toeslagjaar. Dit is bijvoorbeeld het geval als het kind waarvoor KOT is aangevraagd niet blijkt te bestaan, ouder is dan de geldende leeftijdsgrens, of in het geheel geen opvang heeft genoten. Een ander voorbeeld vormen de gevallen waarin in twee gezinnen de ouders tegelijkertijd passen op elkaars kinderen, zonder dat een ander dienstverband bestaat. Ook als de toeslagpartner geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland bestaat er evident geen recht op KOT. Soms worden vervalste facturen en betaalbewijzen aangetroffen of is er sprake van samenspanning tussen de gastouder en of kinderopvangorganisatie en de vraagouder. Wanneer dergelijke situaties in het KOT-dossier van de aanvrager over de jaren 2012, 2013 of 2014 worden aangetroffen, is dat reden om de aanspraak voor dat jaar buiten de compensatie te laten.

Van een ernstige onregelmatigheid is verder sprake indien ouders ook na (herhaalde) verzoeken om informatie niets van zich hebben laten horen, niet op ingeplande afspraken zijn verschenen en ook later geen bezwaar hebben ingediend tegen geen van de later volgende correctie- en terugvorderingsbesluiten. Door een dergelijke opstelling hebben de betreffende ouders Toeslagen verhinderd controles uit te voeren en in een latere fase ook om fouten in de besluitvorming te herstellen.

Als er vanwege dergelijke ernstige onregelmatigheden geen KOT is toegekend, is het niet wenselijk dat via een compensatieregeling alsnog aanspraak kan worden gemaakt op publieke middelen.

De commissie benadrukt echter dat dergelijke omstandigheden niet spelen in het overgrote deel van de gevallen waarin correctiebesluiten zijn genomen naar aanleiding van het CAF 11-onderzoek. De commissie meent dat de CAF 11-ouders buiten de gevallen van ernstige onregelmatigheden, het voordeel van de twijfel moeten krijgen. Er is in haar ogen, gezien de gebeurtenissen in het CAF 11-dossier, *geen* sprake van een ernstige onregelmatigheid, wanneer er betalingsproblemen zijn

[96] Zie bijvoorbeeld de departementale handreikingen voor tegemoetkomingen die in 2014 zijn opgesteld.
[97] Zie art. 2, lid 1 sub h.
[98] De commissie onderzoekt nog welke aanverwante zaken ook voor compensatie in aanmerking moeten komen.

ontstaan als gevolg van een zachte stopzetting, wanneer loonstroken of facturen missen, er een handtekening op een contract ontbreekt of betalingen niet zijn aangetoond.

De betrokken ouders zelf kunnen niet weten of aan hen gerichte correctiebesluiten met betrekking tot de jaren 2012, 2013 of 2014 voortvloeien uit het CAF 11-onderzoek en zij dus in aanmerking kunnen komen voor compensatie. Dit is aan hen nooit kenbaar gemaakt. Voorstelbaar is dat over de vraag of personen behoren tot de CAF 11-groep discussie ontstaat. Datzelfde geldt voor de vraag of er sprake is van een ernstige onregelmatigheden zoals hiervoor beschreven. In gevallen waarin daarover discussie ontstaat is het, na alles wat er is gebeurd, niet wenselijk dat daarover pas in bezwaar of zelfs pas in beroep een onafhankelijk oordeel kan worden verkregen. Om die reden acht de commissie het nodig dat een "commissie van wijzen" wordt ingesteld, die wordt geraadpleegd indien Toeslagen voornemens is een aanvraag om compensatie af te wijzen. Deze commissie zou tijdelijk moeten worden ingesteld en uit drie onafhankelijke deskundigen moeten bestaan. Het oordeel van deze commissie wordt door Toeslagen gevolgd.

5.3.2 Elementen van compensatie

Een volgende vraag is op welke basis de hoogte van de compensatie moet worden vastgesteld. Een symbolisch bedrag aan alle gerechtigden toekennen zou weliswaar het voordeel hebben van de eenvoud en dus snelheid met zich brengen, maar geen recht doen aan het feit dat niet alle CAF 11-ouders even hard zijn getroffen. Er zijn ouders die vele tienduizenden euro's aan eerder ontvangen KOT hebben moeten terugbetalen, maar er zijn ook ouders bij wie (soms na bezwaar of beroep) veel minder of helemaal niets is teruggevorderd. Het gaat dus niet om alle CAF 11-ouders (opnieuw) over een kam te scheren. Daarom zal de compensatie per geval moeten worden vastgesteld.

De commissie meent dat deze compensatie moet worden samengesteld uit vijf elementen, namelijk (a) een compensatie voor de KOT-correctiebesluiten, (b) een compensatie voor veronderstelde immateriële schade, (c) compensatie voor veronderstelde materiële schade, (d) een compensatie voor eventuele invorderingsschade en (e) compensatie voor eventuele proceskosten. Deze elementen worden hierna uitgewerkt en toegelicht.

a. Compensatie voor correctiebesluiten

Een eerste element van compensatie bestaat uit het bedrag waarmee de aanspraak van ouders op KOT voor het jaar 2014, 2013 en/of 2012 neerwaarts zijn gecorrigeerd na onderzoek daarvan op grond van de instructies van het CAF-team in de CAF 11-zaak. Dit betekent dat aanspraken waarover al eerder was beslist en aanspraken die na het onderzoek niet neerwaarts zijn bijgesteld, buiten beschouwing blijven. Alleen indien bij de beoordeling van een dossier blijkt van ernstige onregelmatigheden (zoals hiervoor beschreven), wordt het betreffende correctiebesluit niet meegerekend. In andere gevallen wordt berekend welk bedrag er in totaal was gemoeid met de negatieve correctiebesluiten ten aanzien van de jaren 2012, 2013 en 2014. Het gaat bij dit element niet om het alsnog uitkeren van de KOT voor deze jaren, maar om compensatie voor het feit dat de ouders als gevolg van de vooringenomen aanpak in het CAF 11-dossier met allerlei correctiebesluiten zijn geconfronteerd die bij een normale controle waarschijnlijk niet (op dezelfde wijze) zouden zijn genomen.

b. Compensatie voor veronderstelde immateriële schade

Ouders die recht hebben op een compensatie op grond van (a), moeten ook worden gecompenseerd voor stress, ongemak en onzekerheid waarmee zij zijn geconfronteerd in de (vaak) lange tijd die is verstreken tussen het eerste negatieve correctiebesluit in het kader van het CAF 11-onderzoek en het moment waarop, eventueel na bezwaar, (hoger) beroep of als gevolg van een herziening, hun aanspraak op KOT alsnog volledig werd toegekend, dan wel aan hen compensatie wordt toegekend. Ouders die in aanmerking komen voor een compensatie op grond van (a), zouden ook een compensatie moeten krijgen van € 500 voor ieder half jaar dat is verstreken sinds het eerste negatieve correctiebesluit[99] werd genomen in het kader van het CAF 11-onderzoek en het tijdstip dat hun aanspraken op de betrokken KOT-jaren, eventueel na bezwaar, (hoger) beroep of via een herziening, volledig werd erkend, dan wel het tijdstip waarop voor hen een compensatiebesluit wordt vastgesteld. Bij dit compensatie-element geldt het bedrag vastgesteld onder (a) als plafond. Met andere woorden, de compensatie berekend onder punt (b), kan het bedrag berekend onder (a) niet overschrijden.

Voor de hoogte van dit element van compensatie[100] sluit de commissie aan bij de jurisprudentie van de bestuursrechters over immateriële schade bij termijnoverschrijding in geschilbeslechting. Uit deze jurisprudentie volgt dat bij overschrijding van

[99] Voor veel ouders zal dat eerste correctiebesluit bestaan uit de stopzetting van hun toeslagvoorschot in 2014. Het gaat om het eerste correctiebesluit dat daadwerkelijk eerder toegekende KOT-aanspraken in hun nadeel veranderden. Hoeveel correctiebesluiten er daarna nog zijn genomen doet niet ter zake, deze vergoeding geldt per aanvrager en dus niet per gecorrigeerd toeslagjaar.

[100] De commissie stelt voor niet aan te sluiten bij de jurisprudentie van de bestuursrechter over de vergoeding van immateriële schade, omdat daaruit volgt dat iemand die immateriële schadevergoeding vordert als gevolg van een onrechtmatig besluit, voldoende concrete gegevens moet aanvoeren waaruit kan volgen dat psychische schade is ontstaan of sprake is van een aantasting in zijn persoon, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van de schade kan worden vastgesteld. De commissie acht het onwenselijk dat iedere CAF 11 ouder deze concrete gegevens zou moeten aanleveren voordat er gecompenseerd zou kunnen worden voor immateriële schade.

de redelijke termijn, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade wordt verondersteld. Daarvoor wordt een standaard tarief gehanteerd van € 500 per half jaar dat de redelijke termijn is overschreden, waarbij het totaal van de duur van de overschrijding naar boven wordt afgerond.[101] De commissie meent dat op grond van de in hoofdstuk 2 en 4 van dit advies geschetste feiten kan worden verondersteld dat de handelwijze van de Toeslagen in het CAF 11-dossier bij de betrokken ouders ongemak, spanning en frustratie heeft veroorzaakt. Zij kunnen daarvoor zonder verdere bewijsvoering forfaitair worden vergoed.[102] Deze benadering past ook bij de aanbeveling van de Nationale ombudsman dat een compensatie zou moeten worden aangeboden aan alle CAF 11-ouders voor aangedaan leed.[103]

Er is wel gesteld dat € 500 per half jaar maar een karig bedrag is voor bovenmatig tijdsverloop en de immateriële schade die daaruit kan voortvloeien.[104] De commissie wijst er evenwel op dat al vaker aan de orde is gesteld dat dit bedrag, dat in de jurisprudentie van de bestuursrechters is vastgesteld, via de Awb door de wetgever zou moeten worden geregeld. In dat kader kan dan een debat plaatsvinden over de juiste hoogte van de vergoeding. Nu een wettelijke regeling vooralsnog ontbreekt, verdient het de voorkeur om bij de voormelde jurisprudentie aan te sluiten en dienen geen ad hoc bedragen te worden gebruikt.

Een rekenvoorbeeld ter illustratie: als op 1 september 2014 de KOT-bevoorschotting is stopgezet en het besluit over de compensatie wordt genomen op 1 maart 2020, dan heeft de betrokkene recht op een immateriële schadevergoeding van 11 x € 500,- = € 5.500. Als het compensatiebesluit pas na 1 maart 2020 genomen zou worden, zou dit bedrag nog met € 500,- worden verhoogd. Zo wordt duidelijk dat dit element van de compensatie ook een prikkel bevat om voortvarend tot compensatiebesluiten te komen.

Wel geldt een plafond voor de compensatie van immateriële schade. De daarvoor verstrekte compensatie berekend onder punt (b), mag het bedrag berekend onder (a) niet overschrijden. Concreet betekent dit dat wanneer met de correctiebesluiten als beschreven onder (a) € 1.000 is gemoeid, de compensatie voor immateriële schade niet hoger kan zijn dan €1.000.

c. Compensatie voor veronderstelde materiële schade

Het is waarschijnlijk dat de werkwijze van Toeslagen in het CAF 11-dossier veelal heeft geleid tot materiële schade. Een gedetailleerde aanpak per geval biedt echter geen adequate oplossing. Hoewel maatwerk op het eerste gezicht meestal de voor de hand liggende weg lijkt, brengt dat in gevallen als deze, zeker ook risico's met zich. Ten eerste zal het precies in kaart brengen van gestelde materiële schade veel tijd vergen, terwijl er behoefte is aan snelle financiële compensaties. Bovendien zal een dergelijke maatwerkaanpak bij deze schadeclaims al snel leiden tot veel bewijsdiscussies en -vragen. Hoe wordt bijvoorbeeld het causaal verband bewezen tussen de KOT-correctiebesluiten en latere nadelige gebeurtenissen? Misschien nog wel lastiger is het om aan de verschillende schadeposten een concreet bedrag te koppelen. Wat is het bedrag dat moet worden vergoed voor het noodgedwongen opzeggen van een baan? Er kunnen bovendien gemakkelijk discussies ontstaan over het handelen van CAF 11-ouders na de besluitvorming over hun KOT-rechten: hebben zij zelf voldoende gedaan om de schade te beperken? Ouders zouden in dat soort lastige discussies nog verder in de overheid teleurgesteld kunnen raken. Zij zouden sowieso opnieuw een last op hun schouders gelegd krijgen, ditmaal om hun materiële schade vergoed te zien.

Ook de omgekeerde aanpak, een zeer ruimhartige vergoeding van alle gestelde materiële schade, biedt geen reële oplossing; dat zou namelijk gemakkelijk kunnen leiden tot overcompensatie. Daarover zal vervolgens onvermijdelijk een maatschappelijke discussie ontstaan, die het vertrouwen van *andere* burgers in de overheid zou beschadigen. Zij rekenen er immers op dat overheidsgelden op een zorgvuldige wijze worden besteed.

Het is niet mogelijk om op korte termijn alle gestelde materiële schade gedetailleerd in kaart te brengen, te beoordelen en daar op een passende wijze rekening mee te houden voor de bepaling van de omvang van dit onderdeel van de compensatie. Om snelheid te maken en frustrerende discussies en procedures te voorkomen, beveelt de commissie aan om ook van materiële schade een forfaitair element te maken van de compensatie die aan gedupeerde CAF 11-ouders wordt verstrekt.

Hoewel het, zoals hiervoor uiteen werd gezet, vrijwel onmogelijk is eenvoudig, snel en precies te achterhalen wat de eventuele materiële schade van de CAF 11-ouders is geweest, geven de bij de correctiebesluiten betrokken bedragen wel een indicatie. Grote correcties zullen waarschijnlijk grotere consequenties hebben gehad dan kleine(re) correcties. Daarom zou moeten worden aangesloten bij het bedrag vastgesteld op grond van (a) en zou op die basis een forfaitaire vergoeding moeten worden vastgesteld. De commissie meent dat het compensatiebedrag dat wordt vastgesteld onder (a) kan worden verhoogd met vijfentwintig procent (25%) als tegemoetkoming voor (eventuele) materiële schade.

[101] O.a. ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.
[102] Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 inzake immateriële schade bij slachtoffers aardbevingen te Groningen.
[103] Rapport 2017/095 van 9 augustus 2017, zie ook paragraaf 2.3.2 van dit advies.
[104] Algemeen Overleg vaste Kamercommissie voor Financiën met de staatssecretaris van Financiën op 4 juli 2019.

Een voorbeeld kan deze benadering illustreren: wanneer onder (a) een compensatiebedrag van € 50.000 wordt berekend, zal de betreffende ouder naast die € 50.000 ook € 12.500 ontvangen als tegemoetkoming in eventuele materiële schade, zonder dat daarvoor hoeft te worden aangetoond dat een dergelijke schade is geleden.

De commissie benadrukt hierbij dat voor materiële schade de weg naar de rechter voor iedere gedupeerde open blijft staan, ook als zij een compensatie hebben ontvangen. Er zouden in de ogen van de commissie geen vaststellingsovereenkomsten moeten worden gesloten. Het is namelijk niet de bedoeling om gedupeerden hun rechten te onthouden, maar juist om hen nu snel en relatief eenvoudig te compenseren.

d. Compensatie voor invorderingskosten

Er is één vorm van materiele vervolgschade waarvoor een afzonderlijk compensatie-element nodig is in aanvulling op (c). Het betreft de schade die is ontstaan door invorderingsactiviteiten van de Belastingdienst op grond van de correctiebesluiten, die doorgaans zijn opgestart na de bezwaarfase. Die invorderingsactiviteiten hebben kosten doen ontstaan voor de CAF 11-ouders. Zo kunnen de kosten die worden gemaakt voor aanmaningen, dwangbevelen, gecombineerd met de invorderingsrente geheven over toeslagbedragen die nog moeten worden terugbetaald, hoog oplopen. Deze invorderingskosten zijn bij de Belastingdienst bekend. De commissie adviseert deze kosten geheel te compenseren.

Verder beveelt de commissie aan dat voor die gevallen waarin dwanginvordering aantoonbaar heeft geleid tot gedwongen verkoop van bezittingen van de CAF 11-ouders, de schade die daaruit is voortgevloeid te berekenen en te vergoeden.

e. Compensatie voor proceskosten

Ten slotte adviseert de commissie om ouders die recht hebben op compensatie zoals hiervoor beschreven en die zich hebben laten bijstaan door een gemachtigde en die daarvoor kosten hebben gemaakt, daarvoor ook te compenseren, voor zover zij eerder geen proceskostenvergoeding daarvoor hebben ontvangen. Ook op dit punt beveelt de commissie aan om bij de reguliere forfaitaire bedragen[105] aan te sluiten in verband met de rechtsgelijkheid.

f. Bedragen die in mindering zouden moeten worden gebracht

Van de compensatie die aan de hand van de hiervoor gestelde elementen is berekend, moet in sommige gevallen nog een bedrag worden afgetrokken.

Ten eerste is het veelvuldig voorgekomen dat ouders door bezwaar te maken tegen de correctiebesluiten en de beslissing op bezwaar eventueel in (hoger) beroep aan de rechter voor te leggen, deze correctiebesluiten uiteindelijk (deels) herroepen, vernietigd of herzien kregen. Daarmee werden hun KOT-aanspraken (deels) hersteld en uitbetaald of verrekend met andere schulden aan de belastingdienst. Nu de correctiebesluiten in die gevallen al (deels) zijn gecorrigeerd is het redelijk om deze bedragen van de compensatie af te trekken.[106]

Ten tweede is het redelijk om nog niet ingevorderde toeslagschulden op de compensatie in mindering te brengen. Immers, lang niet alle bedragen die gepaard gingen met de correctie- en terugvorderingsbesluiten zijn ook daadwerkelijk terugbetaald door de ouders.

De commissie benadrukt dat geregeld zal moeten worden dat deze niet ingevorderde toeslagschulden als zodanig worden geschrapt en dat dus niet later alsnog invorderingsmaatregelen worden genomen. Dit kan evenwel niet in de compensatieregeling zelf worden geregeld, maar dient in het kader van de invorderingsregeling te geschieden.

[105] Zie https://wetten.overheid.nl/BWBR0006358/ voor het Besluit proceskosten bestuursrecht.

[106] Dat dient om verschillende redenen pas te gebeuren nadat de berekening van het compensatiebedrag volgens de hiervoor geschetste stappen heeft plaatsgevonden en niet reeds onder (a). Ten eerste heeft het soms (zeer) lang geduurd voordat de correctiebesluiten werden herroepen of vernietigd. In die gevallen hebben ouders ook langdurig geleden onder die besluiten en daarvan schade ondervonden. Het is dus redelijk om hun compensatie van materiële en immateriële schade ook te relateren aan het bedrag van de correctiebesluiten en niet al onder (a) de gevolgen van een eventuele juridische procedure mee te rekenen. Dat laatste zou als onverteerbare consequentie hebben dat procederen nadelige gevolgen heeft voor de omvang van de compensatie of die zelfs geheel teniet kan laten gaan.

5.3.3 Samenvattend

Samenvattend komt de commissie tot de volgende compensatieregeling. Ouders van wie de aanspraak op KOT 2012, 2013 resp. 2014 na onderzoek in het kader van CAF 11 Hawaï neerwaarts is gecorrigeerd, kunnen compensatie krijgen, behoudens in gevallen van ernstige onregelmatigheden. Deze compensatie wordt berekend op grond van de volgende elementen:

a) Het bedrag dat is gemoeid met het totaal van de correctiebesluiten die zijn genomen naar aanleiding van het CAF 11-onderzoek waardoor KOT-aanspraken van de getroffen ouders over 2014, 2013 en 2012 verminderden of tenietgingen;

b) Voor zover onder (a) een recht op compensatie wordt vastgesteld, wordt ook een forfaitair bedrag per belanghebbende toegekend voor immateriële schade (stress, ongemak en onzekerheid) van € 500 voor ieder half jaar dat is verlopen tussen het eerste correctiebesluit in het kader van CAF 11 en het moment dat de aanspraken op KOT (eventueel na bezwaar, beroep of herziening) volledig zijn vergoed of het compensatie werd gegeven, met als maximum het bedrag dat wordt uitgekeerd onder (a);

c) Verder wordt een forfaitair bedrag uitgekeerd als compensatie voor veronderstelde materiële schade dat bestaat uit 25% van het bedrag genoemd onder (a);

d) De kosten die in rekening zijn gebracht voor de invordering van de na het CAF-onderzoek teruggevorderde KOT, worden volledig gecompenseerd;

e) Een vergoeding van de kosten van juridische bijstand conform de reguliere forfaitaire bedragen, voor zover deze kosten niet eerder werden vergoed.

f) Op het aldus berekende bedrag van de compensatie (a t/m e) wordt in mindering gebracht (1) eventuele bedragen die al zijn toegekend naar aanleiding van bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures tegen de correctiebesluiten of de herziening daarvan, en (2) niet ingevorderde toeslagschulden.

Voor alle duidelijkheid wijst de commissie erop dat er geen reden is om rentevergoedingen uit te keren. Het gaat hier om een compensatie van het nadeel als gevolg van een bevooroordeelde behandeling. Aanspraak op de compensatie bestaat pas vanaf het moment dat er positief op een aanvraag tot compensatie op basis van de op te stellen regeling is besloten. Eerst op dat moment ontstaat een bestuursrechtelijke geldschuld die Toeslagen zo snel mogelijk daarna zal uitbetalen. Er is met andere woorden geen sprake van verzuim (zie art. 4:97 Awb) en dus is ook geen wettelijke rente verschuldigd (art. 4:98 Awb).

5.4 De rechtsgrondslag voor de compensatieregeling

Een belangrijke vraag is uiteraard op welke rechtsgrondslag de hiervoor voorgestelde compensatieregeling moet worden gebaseerd. Uitgangspunt is dat het zorgvuldig omgaan met publieke middelen niet goed verenigbaar is met het wettelijk 'in de lucht laten zweven' van een regeling. Bovendien betreft het hier een regeling die meer inhoudt dan een incidentele uitgave en die mogelijk een bredere reikwijdte gaat krijgen in verband met aanverwante zaken, waarnaar nog onderzoek moet worden gedaan.

De compensatieregeling zal niet op de Wko of de Awir kunnen worden gebaseerd. Die wetten regelen immers het verstrekken van een toeslag en de eventuele herziening daarvan. Zij bieden geen basis voor een compensatie van het nadeel dat is ontstaan door de wijze van behandeling bij de besluitvorming over de toeslagen. In het voorgaande (zie §5.2) is reeds ingegaan op de redenen waarom herziening in dit geval geen passende oplossing biedt.

In de praktijk van tegemoetkomingsregelingen bij andere departementen worden deze regelmatig gebaseerd op de subsidiewetgeving van die departementen.[107] Er is echter geen Kaderwet subsidies voor het ministerie van Financiën. Een compensatieregeling van de minister van Financiën zoals hiervoor beschreven kan daarom niet worden gebaseerd op een dergelijke algemene subsidiewet. Uiteraard is het denkbaar dat enige andere wet van Financiën een mogelijke basis biedt voor die compensatieregeling, maar bij navraag door de commissie naar een dergelijke mogelijkheid is geen antwoord daarop gegeven.

Gegeven het feit dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de eerst verantwoordelijk bewindspersoon is voor de Wet op de kinderopvang, zou het denkbaar zijn om de geschetste compensatieregeling als subsidieregeling vast te stellen op basis van de Kaderwet SZW subsidies. Gevolg is dan echter dat de minister van SZW het bevoegde gezag is bij de uitvoering daarvan, terwijl alle benodigde informatie zich bij Toeslagen bevindt. Bovendien zal een compensatieregeling waarover nog

[107] Zie bijvoorbeeld de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers 2014, Tijdelijke regeling eenmalige tegemoetkoming pensioenverevening en de Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002.

tussen twee departementen moet worden onderhandeld, onvermijdelijk meer tijd vergen. Dat laatste is ongewenst gelet op de tijd die de CAF 11-ouders al wachten.

Een andere mogelijkheid is die van art. 4:23, tweede lid, Awb, om een subsidieregeling vast te leggen in een zelfstandige (niet op een formele wet berustende) algemene maatregel van bestuur. Een dergelijke regeling mag vier jaar bestaan, een termijn die ruim voldoende moet zijn om in CAF 11-zaken tot compensatie over te gaan. Maar ook een algemene maatregel van bestuur zal meer tijd vergen om te worden opgesteld, ook al zou een spoedadvies aan de Raad van State kunnen worden gevraagd.

Mogelijk is een specifieke daartoe strekkende post in de begrotingswet voor het ministerie van Financiën een aantrekkelijkere weg. Op het moment dat dit advies verschijnt, is het de tijd van de begrotingsbehandeling, zodat uit dien hoofde in dit jaargetijde geen bovenmatige vertraging hoeft te ontstaan. Deze route impliceert wel dat de compensatieregeling een reële, doch ruime schatting zal moeten bevatten van de daarmee gemoeide uitgaven.

Welke van de hiervoor geschetste routes ook wordt gekozen, het uitwerken van de voorgestelde compensatie in een concrete en hanteerbare regeling zal tijd in beslag nemen. Het is in ieders belang dat er een regeling komt op basis waarvan in ieder geval de CAF 11-ouders in een keer geheel kunnen worden tegemoetgekomen.

Verder tijdsverloop is het laatste waarop betrokkenen bij het CAF 11-dossier zitten te wachten en waar men politiek begrip voor zal hebben. Tegen die achtergrond kan het verleidelijk lijken om, met gebruik van art. 4:95 Awb, voorschotten op de compensatie te verstrekken. Dat oogt op het eerste gezicht wellicht voortvarend en slagvaardig. De commissie wil er evenwel aan herinneren de problematiek die met het CAF 11-dossier aan het licht is gekomen, haar oorzaak vindt in voorschotten die op grond van een ogenschijnlijk nauwkeurige en gedetailleerde regeling worden verstrekt, maar die desondanks grote risico´s in zich blijken te bergen. Het laatste waar betrokken ouders op zitten te wachten, is een voorlopige compensatie die achteraf neerwaarts kan worden gecorrigeerd. Daarom lijkt het de commissie verstandig de verleiding van een te voortvarende aanpak via voorschotten te weerstaan.

5.5 Nog lopende zaken

Er is een beperkte groep van CAF 11-ouders die nog in procedures tegen de gewraakte KOT-correctiebesluiten zijn verwikkeld. Naar de commissie heeft begrepen zijn lopende rechtszaken opgeschort. Het ligt voor de hand ook deze ouders toe te laten tot de compensatieregeling. Zij kunnen het resultaat daarvan afwachten en op die basis beslissen of zij verder willen procederen tegen de aangevochten KOT-besluiten.

Verder is er nog een aanzienlijke groep ouders waarbij nog niet ten aanzien van alle betrokken toeslagjaren een definitief toekenningsbesluit is genomen, maar slechts een besluit over het voorschot. Deze ouders kunnen in theorie nog een herziening van hun voorschotbesluit aanvragen, waarop dan alsnog moet worden besloten door Toeslagen. Indien deze procedures zijn afgerond voordat een compensatiebesluit wordt genomen, zal in dat laatste besluit rekening worden gehouden met de uitkomst van het eerste (cf. ad (f) van de compensatieregeling). Indien pas na het compensatiebesluit een herzieningsbesluit zal worden genomen, zal in dat herzieningsbesluit de nieuwe jurisprudentie (zoals beschreven in paragraaf §4.2.2) moeten worden betrokken. De commissie raadt in dat verband aan om in het als gevolg van deze uitspraken op te stellen, nieuwe beleid, rekening te houden met eventueel al uitgekeerde compensatie.

5.6 Verdere aandachtspunten

Hieronder volgen nog enkele overige aandachtspunten en aanbevelingen voor de op te stellen compensatieregeling.

a. Kenbaarheid van de regeling en aanvragen om compensatie

Aangezien de commissie een compensatieregeling voorstelt die los staat van de Wko en de Awir zullen ouders een aanvraag om een compensatie moeten indienen. De betrokken ouders zelf kunnen niet weten of aan hen gerichte correctiebesluiten met betrekking tot de jaren 2012, 2013 of 2014 voortvloeien uit het CAF 11-onderzoek en zij dus in aanmerking kunnen komen voor compensatie. Dit is aan hen nooit kenbaar gemaakt. Alle betrokken ouders zullen dus moeten worden aangeschreven door Toeslagen.

b. Aanverwante gevallen

De compensatieregeling zal zo moeten worden opgesteld dat deze eenvoudig van toepassing kan worden verklaard op eventuele aanverwante gevallen. In het eindrapport zal worden ingegaan op de vraag welke situaties als aanverwante gevallen kunnen worden gezien. Met het opstellen van de regeling hoeft niet te worden gewacht op het eindadvies, mits de reikwijdte van de regeling – indien nodig – eenvoudig kan worden verbreed.

c. Onafhankelijke behandeling

Het is belangrijk dat de bij de beoordeling van de aanvragen voor compensatie betrokken medewerkers niet eerder in CAF 11-zaken bij de besluitvorming zijn betrokken. Het verdient zelfs aanbeveling om bij de beoordeling geen medewerkers van Toeslagen te belasten die doorgaans met handhavingstaken zijn belast. Verder adviseert de commissie om voor bezwaar tegen compensatiebesluiten een onafhankelijke bezwaarschriftenadviescommissie als bedoeld in art. 7:13 Awb in te stellen. Ten overvloede wordt opgemerkt dat leden van de commissie van wijzen die eerder werd aanbevolen daarvan geen deel kunnen uitmaken.

d. Rechtsbescherming

De beslissingen op een aanvraag op grond van de voorgestelde compensatieregeling is een besluit in de zin van de Awb. Dat betekent dat ouders die het niet eens zijn met de beslissing op hun aanvraag, bezwaar kunnen maken bij Toeslagen, en vervolgens tegen de beslissing op bezwaar (hoger) beroep zouden kunnen instellen bij de bestuursrechter. De commissie beveelt, zoals hierboven al aan de orde kwam, aan om een onafhankelijke bezwaarschriftenadviescommissie in te stellen en zorg te dragen voor een vlotte afhandeling van bezwaren.

e. Voorkomen van nadelige gevolgen van de uitkering van de compensatie

Aandacht moet worden besteed aan hoe de compensatie fiscaal en anderszins wordt geclassificeerd. Voorkomen moet immers worden dat deze kwalificeert als inkomen waardoor ouders het recht op toeslagen zouden kunnen verliezen of geconfronteerd zouden kunnen worden met een verlaging van een uitkering.[108]

[108] Vgl. bijv. artikel 7 van Regeling Participatiewet, IOAW en IOAZ en ook art. 10 van de beleidsregel tegemoetkoming Q koorts.

Tot besluit

OMZIEN

in *verwondering*

De commissie is gevraagd te adviseren over een passende oplossing voor ouders die in de zomer van 2014 werden geconfronteerd met de plotselinge stopzetting van het voorschot kinderopvangtoeslag 2014 dat zij maandelijks ontvingen. Al eerder heeft de handelwijze van de dienst Toeslagen jegens deze ouders de aandacht getrokken van de Nationale ombudsman. Directe aanleiding voor de vraag aan de commissie vormde een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin (wederom) werd uitgesproken dat de stopzetting indertijd onjuist was, maar ook dat Toeslagen de consequenties hiervan ten onrechte aan ouders toerekende.

Bij nadere beschouwing concludeert de commissie in het voorgaande dat betrokken ouders niet zozeer de dupe zijn geworden van de onrechtmatige stopzetting van hun voorschot als wel van de institutionele vooringenomen wijze waarop hun aanspraak op kinderopvangtoeslag vervolgens werd onderzocht en in de meeste gevallen afgewezen, niet alleen die voor 2014 maar ook die voor 2012 en 2013. Het was een 'zero tolerance' wijze van onderzoek waarbij ouders, gegeven de wetgeving, het beleid en de aanpak, vrijwel geen kans hadden om aan een negatieve beoordeling te ontsnappen. Ouders werden vervolgens geconfronteerd met terugvordering van grote bedragen die zij eerder, verplicht, hadden uitgegeven aan kinderopvang. Dit heeft tot veel stress, ongemak, problemen en soms grote financiële moeilijkheden geleid.

De commissie concludeert dat betrokken ouders snel en ruimhartig moeten worden gecompenseerd voor deze wijze van behandeling en de materiële, financiële en emotionele gevolgen die zij hebben ondervonden. Minstens zo belangrijk is echter de erkenning dat zij ten onrechte als fraudeur zijn behandeld, zonder mogelijkheid om zich daaraan te onttrekken of daartegen te verweren. De commissie hoopt dat de voorgestelde compensatieregeling op beide aspecten de betrokken burgers tegemoetkomt. De commissie zal in het vervolg van haar werkzaamheden nagaan waar de hier gewraakte aanpak verder werd toegepast, en welke andere ouders dus ook compensatie zal moeten worden geboden.

De betreurenswaardige gang van zaken geeft evenwel indringend reden tot nadenken. Want zij was niet gevolg van 'fouten', kwaadwilligheid of 'onrechtmatig' handelen - ook al kwam dit ook voor -, maar van een beleidsproces en -dynamiek waarin ieder van de betrokken partijen meende te doen wat verwacht werd en als opdracht werd gezien. Het begint met het grote gemak waarmee van tijd tot tijd in het publiek debat het etiket fraude wordt geplakt op wat niet meer is dan onachtzaamheid, misslagen, onregelmatigheid en soms wellicht oneigenlijk maar niet onrechtmatig gebruik van mogelijkheden. Wanneer het woord fraude echter eenmaal valt, dan moet daar op worden gereageerd; politiek en bestuurlijk. Dat is terecht; maar organisaties die op zoek gaan naar fraude, doen dit grondig, institutioneel, zonder aanzien des persoons en op een wijze dat achteraf niemand kan zeggen dat men naïef, achteloos of te mild was. Ook signalen vanuit het apparaat - en die waren er ook hier - dat het misschien allemaal wat minder zou moeten, gaan verloren in ambtelijk overleg en collectieve vastberadenheid. Ieder handelt daarbij in beginsel naar beste weten en ´rechtmatig´, maar de som van dat handelen is een ´onbehoorlijke´ handelwijze jegens individuele burgers die niet worden gehoord en zich niet kunnen verweren. En deze handelwijze wordt alleen nog maar rechtlijniger, ´blinder´ en onontkoombaarder naarmate daarbij meer geautomatiseerde processen worden ingeschakeld om het allemaal nog sneller, doelmatiger, zorgvuldiger en genuanceerder te maken.

Dat is minstens zo zorgwekkend bij de gang van zaken zoals die in het voorgaande wordt beschreven. Er is vermoedelijk niet een eenvoudig recept van nadere regels, nieuwe procedures of betere waarborgen, die, als ze nu maar worden toegepast, dit soort processen voorkomen en zorgen dat alles ´goed´ gaat zonder dat we verder hoeven op te letten. Dat laat onverlet dat als er verandering en verbetering in het bestuurlijk proces en de rechtsbescherming van burgers mogelijk zou zijn om herhaling te beperken, dit winst zou zijn. De commissie zal zich in haar verdere werkzaamheden buigen over de vraag of deze er zijn. Zij hecht er evenwel aan nu al de voorgaande winstwaarschuwing af te geven.

OMZIEN

in *verwondering*