OMZIEN

in *verwondering* 2

EINDADVIES

Adviescommissie uitvoering toeslagen

12 maart 2020

Omzien
in *verwondering* 2

Eindadvies

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, 12 maart 2020

Inhoud

OMZIEN

in *verwondering* 2

Samenvatting 1

1 Inleiding 7

1.1 Verschuivend perspectief 8
1.2 Instelling, samenstelling, opdracht 9
1.3 Een veranderende omgeving 10
1.4 Aanpak en werkwijze 11
1.5 The fallacy of misplaced concreteness 12
1.6 Eindadvies: opzet en inhoud 12

2 Toeslagen: een riskante zekerheid 15

2.1 Een passende oplossing waarvoor? 16
2.2 Toeslagen; een regeling met potentieel schrijnende gevolgen 17
2.3 De erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag 19

3 Een passende oplossing: het vervolg 21

3.1 Vergelijkbare dossiers en aanverwante zaken 22
3.2 Een met CAF 11 vergelijkbare werkwijze 22
3.2.1 Bestrijding van misbruik en fraude noodzakelijk 22
3.2.2 Een vergelijkbare werkwijze 23
3.2.3 Andere CAF-dossiers 24
3.2.3.1 Werkwijze in CAF-dossiers ten tijde van CAF 11 *24*
3.2.3.2 Uitkomst ADR-onderzoek *25*
3.2.3.3 Een passende oplossing vergt nader onderzoek *27*
3.2.4 Niet-CAF-dossiers 28
3.2.4.1 Onderscheiden dossiers *28*
3.2.4.2 Vergelijkbare werkwijze? *28*
3.2.4.3 Conclusie *29*
3.2.5 Compensatie als passende oplossing 30
3.2.5.1 Werkwijze bij de toepassing *30*
3.2.5.2 Aanvullende compensatie bij groot materieel nadeel? *31*
3.3 Beleidsmatige misslagen in individuele zaken 32
3.3.1 'Aanverwante' en andere zaken 32
3.3.2 Onderscheiden 'misslagen' blijkens recente jurisprudentie 33
3.3.2.1 Stopzetting voorschot zonder voorafgaand onderzoek *33*
3.3.2.2 Betalingsproblemen als gevolg van stopzetting *34*
3.3.2.3 Afrondingsverschillen *34*
3.3.2.4 Ontbrekende evenredigheidstoets *35*
3.3.3 Andere mogelijke 'misslagen' 35
3.3.4 Passende oplossing voor aanverwante zaken? 35
3.4 Conclusies en aanbevelingen 36

4 Omgaan met een erfenis van vijftien jaren wet en beleid 39

4.1 De geschiedenis overdoen kan niet 40
4.2 Een passende invalshoek en een passende aanpak 41
4.3 De uitspraken van 23 oktober 2019 42
4.4 Herziening; beperking en mogelijkheden 42
4.4.1 Herziening en de nieuwe jurisprudentie 42
4.4.2 Selectieve verruiming van de herzieningsbevoegdheid 43
4.4.3 Beperking naar hoogte van terugvordering 44
4.4.4 Beperking naar terugwerking in de tijd 45
4.4.5 Herziening op verzoek; geen compensatie of schadevergoeding 46
4.5 Terugvordering en invordering van openstaande toeslagschuld 46
4.5.1 Terugvordering en het omgaan met het verleden 46
4.5.2 Bestaande invorderingspraktijk 47
4.5.3 Nieuw beleid nodig 48
4.5.4 Betekenis voor openstaande schulden 48
4.6 Een regeling voor ergste onbillijkheid 50
4.6.1 Wettelijke mogelijkheden uitgeput 50
4.6.2 Overwegingen bij een verdergaande oplossing 50
4.6.3 Een hardheidsregeling 51
4.7 Praktische uitvoering en aanpak 52
4.8 Conclusies en aanbevelingen 54

5 Werkwijze en organisatie Toeslagen 57

5.1 Algemene beschouwing en vraagstelling 58
5.2 Handhaving en fraudebestrijding 59
5.2.1 Organisatie en werkwijze 59
5.2.2 De CAF-aanpak 59
5.2.3 Individuele risicoselectie 60
5.2.4 Zwakke plekken in het proces 61
5.2.5 Beoordeling 62
5.3 Werkwijze en doenvermogen 63
5.3.1 Problemen aangepakt, oorzaken weggenomen, vraagstuk opgelost? 63
5.3.2 Het doenvermogen van Toeslagen 64
5.3.3 Maatwerk 65
5.4 Het vermogen tot signaleren, reageren en repareren 65
5.4.1 'Shit happens' 65
5.4.2 Ambtelijke professionaliteit 66
5.4.3 Bewaking van processen 66
5.4.4 Gevoeligheid voor en omgaan met signalen 67
5.4.5 Repareren, herstellen en herzien 67
5.5 Conclusies en aanbevelingen 68

6 De werking van wet, beleid en uitvoering 71

6.1 Niet een gebrek aan rechtsbescherming, maar het gevolg van de wet 72
6.2 De veranderde werking van de wettelijke regeling 72
6.2.1 De werking voor 23 oktober 2019 72
6.2.2 Het gewijzigd regime sindsdien 73
6.3 Nadere aanvulling en invulling 74
6.3.1 Evenredigheid in de besluitvorming 74
6.3.2 Toeslagen: 'an offer you can't refuse' 74
6.3.3 Voortschrijdende rechtszekerheid 75
6.3.4 Evenwicht in informatie en communicatie 76
6.3.5 Invordering 77
6.4 Praktische rechtsbescherming 78
6.4.1 De reguliere rechtsbescherming 78
6.4.2 Kennis, dienstverlening en verantwoordelijkheid 78
6.5 Conclusies en aanbevelingen 79

Totbesluit 81

Samenvatting

OMZIEN

in *verwondering* 2

De Adviescommissie uitvoering toeslagen (hierna: de commissie) is ingesteld om te adviseren over een passende oplossing voor ouders in het zogenoemde CAF 11-dossier. In september 2014 werd bij hen de bevoorschotting van de kinderopvangtoeslag 2014 plotseling in strijd met de wettelijke regeling stopgezet. Enkele maanden later hoorden de meesten van hen dat hun aanspraak op toeslag werd afgewezen en dat de reeds betaalde voorschotten werden teruggevorderd. In haar op 14 november 2019 aan de staatssecretaris van Financiën uitgebrachte interim-advies *Omzien in verwondering* concludeerde de commissie dat de betrokken ouders niet zozeer de dupe waren van die stopzetting, als wel van de *institutionele vooringenomen* wijze waarop hun aanspraken op KOT vervolgens werden onderzocht en beoordeeld door Toeslagen. In het licht daarvan adviseerde de commissie om de betrokken ouders compensatie te bieden. Het kabinet heeft dit advies overgenomen en ouders hebben inmiddels compensatie ontvangen.

De commissie heeft haar werkzaamheden gecontinueerd en daarbij geconstateerd dat het publiek debat een breder karakter heeft gekregen en alle zaken omvat waarin mensen door de werking van de kinderopvangtoeslag in financiëlemoeilijkheden zijn gekomen. Bovendien is sinds de instelling van de commissie het kader voor dit advies veranderd: door uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (23 oktober 2019), door een ingreep in de politieke en bestuurlijke opzet van de Belastingdienst/Toeslagenen door het IBO-rapport over de werking van toeslagen. Hoewel er inmiddels zelfs stemmen opgaan om het stelsel van toeslagen ingrijpend te veranderen, gaat de commissie in haar advies uit van het bestaande kader, in de veronderstelling dat dit stelsel nog wel enige tijd zal bestaan.

Wat met 'stelsel van toeslagen' wordt aangeduid, is een samenstel van regelingen waar op dit moment 5,6 mln. huishoudens (mede) van afhankelijk zijn en in het kader waarvan in de afgelopen vijftien jaren € 155 mld. is uitgegeven. In de afgelopen jaren maakten meer dan 650.000 ouders jaarlijks gebruik van de KOT tegen bijna € 3 mld. aan kosten, waarbij ca. € 200 mln. jaarlijks wordt teruggevorderd. 1,5 mln. mensen hebben in de afgelopen vijftien jaar € 34,5 mld. aan kinderopvangtoeslag ontvangen, waarbij bij 1,2 mln. mensen ca. € 4,3 mld. is teruggevorderd. Vaak ging het om relatief beperkte bedragen, maar bij iets meer dan 90.000 personen is per persoon in totaal € 10.000 of meer teruggevorderd en bij hen gezamenlijk meer dan € 2,1 mld.

Vervolg op CAF 11

Vergelijkbare CAF-dossiers

Het advies begint daar waar het interim-advies stopte, te weten bij de vraag of er sprake was van een vergelijkbare *institutionele vooringenomen* handelwijze van Toeslagen in andere dossiers. Kenmerk daarvan was de *zero tolerance*-aanpak, waarbij op excessieve wijze strikt werd gehandhaafd, vanuit de gedachte dat iedere gebleken overtreding of onregelmatigheid een indicatie was van stelselmatig misbruik of fraude. De conclusie van de commissie op dat punt is dat die handelwijze helaas niet uniek was, maar (gelukkig) ook niet normaal en dat die handelwijze zich vooral voordeed in de jaren 2014-2015.

Door de Auditdienst Rijk (ADR) is, mede in het licht van deze kenmerken, onderzoek gedaan naar de kenmerken van alle CAF-onderzoeken sinds 2013. Het ADR-onderzoek *'Toeslaggerelateerde CAF-zaken'* geeft geen uitsluitsel over de vraag in welke gevallen er wel of niet sprake is geweest van een vergelijkbare aanpak. Wel maakt het onderzoeksrapport het mogelijk een aantal dossiers te identificeren waarin dit *waarschijnlijk* het geval is en andere waarin dit *mogelijk* het geval is. Op die wijze zijn 22 dossiers geselecteerd (met circa 1.800 betrokken vraagouders) die nader moeten worden onderzocht. Indien daarbij van een vergelijkbare handelwijze blijkt, zal vervolgens, conform het interim-advies, in de afzonderlijke zaakdossiers bezien moeten worden of er werkelijk sprake was van vooringenomenheid, dan wel dat er evident geen aanspraak op toeslag bestond of sprake was van ernstige onregelmatigheden.

Dit onderzoek naar dossiers en naar individuele zaakdossiers zal plaatsvinden onder toezicht van de commissie van wijzen welke reeds door Toeslagen ten behoeve van het CAF 11-dossier was ingesteld.

Ten slotte zou buiten de door de commissie geselecteerde gevallen ook onderzoek moeten worden gedaan in die gevallen waarin een toeslaggerechtigde, die betrokken is geweest bij een CAF-dossier, aannemelijk kan maken dat ook hij de dupe was van een groepsgewijze aanpak. Indien dit juist blijkt, zullen ook andere ouders uit dit dossier moeten worden aangeschreven.

Niet-CAF-dossiers

In het licht van signalen in het publiek debat dat al eerder dan na opstarten van het CAF er sprake is geweest van vooringenomenheid bij onderzoek en beoordeling van KOT-aanspraken, heeft de commissie ook gekeken naar de beschikbare informatie over deze zogenoemde pre-CAF-zaken. Inderdaad is er sprake van eerdere dossiers waarin onderzoek is gedaan naar georganiseerd misbruik van de KOT. Daarbij is ook onderzoek gedaan naar de betrokkenheid van vraagouders, maar dat hield verband met de rol die hun betalingen speelden in die dossiers. Op grond van de beschikbare informatie heeft de commissie geen duidelijke aanwijzingen van een vergelijkbare, vooringenomen handelwijze in deze dossiers. In één dossier zou dit echter

mogelijk het geval kunnen zijn en in één dossier zou nader onderzoek moeten worden gedaan naar de wijze waarop met een zeer brede uitvraag van informatie is omgegaan.

Andere beleidsmatige misslagen

Tenslotte heeft de commissie bezien of er los van een groepsgewijze vooringenomen behandeling door Toeslagen sprake is geweest van structurele beleidsmatige misslagen, waardoor ouders eventueel in financiële moeilijkheden zouden zijn gebracht. In dat kader heeft de commissie de verschillende misslagen bezien die aan het licht zijn gekomen door de recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak (stopzetting, onredelijke beoordeling en kleine afrondingsverschillen) alsook andere mogelijke misslagen die in het debat naar voren zijn gekomen. Dergelijke misslagen, zoals de onrechtmatige stopzetting, zijn er geweest, maar deze gevallen horen niet binnen de reikwijdte van de compensatieregeling. Deze gevallen kunnen worden meegenomen onder de oplossingen die hierna worden besproken onder het kopje 'oplossingen binnen het wettelijk kader'.

Compensatie als passende oplossing

Ouders die de dupe zijn geweest van een vergelijkbare behandeling als in het CAF 11-dossier, zouden in aanmerking moeten komen voor de compensatieregeling die na het interim-advies is getroffen. Die compensatie is samengesteld uit vijf elementen, namelijk (a) een compensatie voor de KOT-correctiebesluiten, (b) een compensatie voor veronderstelde immateriële schade, (c) een compensatie voor veronderstelde materiële schade, (d) een compensatie voor eventuele invorderingsschade en (e) een compensatie voor eventuele proceskosten.

Het betreft een forfaitaire compensatie. De commissie benadrukt hierbij dat voor materiële schade de weg naar de rechter voor alle gedupeerden open blijft staan, ook als zij een compensatie hebben ontvangen. Er worden geen vaststellingsovereenkomsten gesloten. Het is namelijk niet de bedoeling om gedupeerden hun rechten te onthouden, maar juist om hen nu snel en relatief eenvoudig te compenseren. Voor gestelde extra schade kan de rechter worden aangezocht, die is gespecialiseerd in aansprakelijkheidsvraagstukken.

Erfenis vijftien jaar kinderopvangtoeslag

Niet de uitvoering maar de werking van de wet

Uit reacties op het interim-advies is duidelijk geworden dat veel ouders zich herkennen in de beschrijving van de financiële moeilijkheden waarin gezinnen zijn gebracht door handhaving van de KOT-regelgeving. Dat heeft de verwachtingen gewekt dat er nu voor iedereen een passende oplossing komt. Na beschouwing van de dossiers van mensen die zich inmiddels hebben gemeld, blijkt dat het doorgaans niet gaat om excessieve handhaving door Toeslagen, maar om situaties waarin burgers met de harde kant van de reguliere handhaving van de kinderopvangtoeslag zijn geconfronteerd.

Tegen de achtergrond van dit verschuivend perspectief in de discussie wordt in dit advies al aan het begin geschetst dat de schrijnende werking van de KOT-regelgeving niet zozeer het gevolg is van de wijze van handhaving door Toeslagen, maar inherent is aan de werking van het toeslagensysteem. Essentie daarvan is dat toeslaggerechtigden zonder veel controle vooraf, substantiële of zelfs zeer hoge bedragen in handen krijgen, op voorwaarde dat zij deze op korte termijn daadwerkelijk uitgeven aan kinderopvang. Maar die bedragen kunnen wel, lang nadat zij zijn uitgegeven, alsnog geheel of gedeeltelijk worden teruggevorderd vanwege onachtzaamheid of fouten, vanwege veranderingen in inkomen of zelfs vanwege factoren die goeddeels buiten de macht van de aanvrager liggen. Daarbij heeft de KOT-regelgeving uit vrees voor misbruik een sterk 'alles of niets'-karakter gekregen; bij de geringste tekortkoming kon men de hele aanspraak verliezen. Vandaar dat in het bijzonder de KOT een riskante toeslag was waardoor veel ouders in financiële moeilijkheden kwamen. Deze ouders zijn echter behandeld volgens het recht en het beleid, zoals dat destijds gold en dat vele malen door de bestuursrechter is geaccordeerd. De gevolgen van wetgeving, beleid en rechtspraak waren breed bekend. Deze ouders vormen dus geen uitzonderingsgevallen, zoals de ouders in de CAF 11-zaak en daarmee vergelijkbare dossiers, maar zijn de 'slachtoffers' van bewuste keuzes van wetgever, bestuur en rechter, die vanaf het begin van het toeslagenstelsel zijn gevallen. Men kan daarom spreken van een erfenis van vijftien jaar KOT-regelgeving.

Indien men nu vraagt om een passende oplossing voor de gevolgen van de reguliere werking van de wet, vraagt men in feite om vijftien jaar toepassing van KOT-regelgeving terug te draaien en over te doen. Dat is niet mogelijk en het is al helemaal niet mogelijk om dat bij wege van ambtelijke reparatie te doen. Het betreft gevolgen die de wetgever impliciet of expliciet heeft gewild en die kunnen niet eenvoudig op uitvoerend niveau weer ongedaan worden gemaakt - nog afgezien van het werk en de middelen die een dergelijke operatie zal vereisen. Daarom acht de commissie ingrijpen in het verleden door middel van wetswijziging geen begaanbare optie. Derhalve moet gebruik worden gemaakt van de ruimte en mogelijkheden van de bestaande wetgeving en de veranderde uitleg daarvan door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (23 oktober 2019).

Oplossingen binnen het wettelijk kader

De mogelijkheden die de commissie in dit verband heeft beschreven, zijn ten eerste de herziening van onherroepelijk geworden KOT-besluiten en ten tweede het niet langer invorderen van ´oude´ schulden. Daartoe zou de herzieningsbevoegdheid moeten worden verruimd, zodat ook herziening kan worden gevraagd op grond van de nieuwe jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake evenredige vaststellings- en terugvorderingsbesluiten. Die verruiming zou correctiebesluiten moeten betreffen waarmee meer dan € 10.000 is gemoeid (waarbij een hardheidsclausule moet gelden). Herziening op basis van nieuwe jurisprudentie is uitzonderlijk en heeft in het kader van de Awir niet eerder plaatsgevonden. Echter, een herzieningsbevoegdheid, zoals in dit rapport geschetst, kan worden gerechtvaardigd omdat er sprake is van zodanig bovenmatige gevolgen van disproportionele beslissingen, dat deze in redelijkheid niet voor rekening van betrokkene kunnen blijven. De herzieningsbevoegdheid werkt echter slechts tot vijf jaar terug, dus tot en met toeslagjaar 2015. Aan die grens moet niet worden getornd. Deze termijn is een algemeen gangbare periode in de belastingwetgeving en ook daarbuiten en de vijfjaarstermijn, die geldt voor de verplichting tot het bewaren van bescheiden, sluit daarop aan. Dat laat onverlet dat bij toeslaggerechtigden met nog openstaande schulden van oudere toeslagjaren, deze geheel of gedeeltelijk zouden kunnen worden kwijtgescholden voor zover deze schuld voortvloeit uit vergelijkbare beslissingen als waarvoor herziening mogelijk wordt.

Hardheidsregeling

Binnen het bestaande wettelijk kader zijn er geen andere mogelijkheden om terug te komen op het verleden. Dit kan echter bovenmatig hard zijn jegens personen die in een verder verleden, met vergelijkbare disproportionele beslissingen, zijn geconfronteerd, maar die hun schulden inmiddels (deels) hebben afbetaald en nog steeds met de gevolgen daarvan moeten leven. Voor die personen zou een 'hardheidsregeling' kunnen worden ontworpen. Die zou een aanvullend karakter moeten hebben en personen betreffen voor wie de werking van de vijfjaarstermijn tot bijzondere hardheid leidt. Zij zouden geheel of gedeeltelijk terug kunnen krijgen wat zij in het verleden hebben betaald. De ´hardheidsregeling´ vergt een eigen wettelijke basis, hetgeen absoluut nodig is gelet op de bedragen die daarmee gemoeid kunnen gaan en het uitvoeringsapparaat dat daarvoor nodig zal zijn.

Toepassing en uitvoering: een herstelloket

De uitvoering van al deze oplossingen zou door een bijzonder herstelloket moeten gebeuren. Onderdelen van dat herstelloket zouden verspreid over het land bereikbaar moeten zijn. Potentiële gerechtigden zouden door het loket moeten worden ondersteund bij het uitzoeken van herstelmogelijkheden voor hun geval en moeten worden geholpen bij het indienen van een verzoek. Daarom zou de uitvoering ook niet moeten beginnen voordat alle elementen van de ´hersteloperatie´ beschikbaar zijn en alle daarvoor benodigde regelingen zijn vastgesteld. Voorkomen moet worden dat betrokkenen weer met onduidelijkheid, verwijzingen of lange behandeltermijnen worden geconfronteerd. Daarbij waarschuwt de commissie voor de gedachte dat zaakdossiers met een druk op de knop uit de computer rollen; dat is een illusie. Zaakdossiers moeten worden gereconstrueerd uit vaak verschillende bestanden en dan opnieuw worden geanalyseerd bij gebrek aan een uniforme indeling en gestandaardiseerde aanduidingen. Het uitzoeken zal per zaak dus veel tijd vergen en er zal voorkomen moeten worden dat ouders, na alles wat zij hebben meegemaakt, nu weer worden geconfronteerd met procedures die zich eindeloos voortslepen.

Verbeteringen in de werking van het stelsel

Werkwijze Toeslagen

De commissie is ook gevraagd om te kijken naar de werkwijze van Toeslagen wanneer er vermoedens van fraude zijn. In het advies wordt daar uitvoerig op ingegaan. Daarbij is niet gebleken van structuurfouten in de organisatie van de handhaving, maar wel van enkele kwetsbaarheden die aandacht behoeven.

Tegelijk constateert de commissie dat een aantal aspecten van de werkwijze van Toeslagen inherent is aan het gegeven dat dit is ingericht om op de doelmatige, tijdige en uniforme wijze een massale werkstroom af te doen tegen zo laag mogelijke kosten. Dat bepaalt het doenvermogen van Toeslagen. Er wordt op dit moment veel gesproken over het introduceren van maatwerk, vanwege de nieuwe jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Maar in die discussie wordt het doenvermogen van Toeslagen overschat en miskent dat de KOT-regelgeving nu al veel maatwerk vereist en juist daardoor zoveel mutaties kent. Bij het bieden van maatwerk zou men zich daarom vooral moeten richten op de evenredigheid bij de vaststelling, terugvordering en eventueel invordering.

Ook wanneer Toeslagen gericht is op het bieden van meer maatwerk valt echter niet te voorkomen dat er in de toekomst 'dingen mis zullen gaan'. Dit hangt samen met de complexiteit en massaliteit van de werkprocessen. Nieuwe regelgeving en processen om fouten te voorkomen, maken de complexiteit van het geheel alleen maar groter. Daardoor neemt ook de kans op fouten toe. Beter is dan ook om het vermogen tot het signaleren van, reageren op en repareren van processen die 'misgaan', te versterken.

Rechtsbescherming

Tenslotte werd de commissie gevraagd om te kijken naar verbetering van de praktische rechtsbescherming van burgers in de context van het toeslagensysteem. In dat verband wijst het advies erop dat rechtsbescherming primair samenhangt met de opzet en inrichting van de wet. De recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft de werking van de wet en daarmee de positie van de burger daarbinnen aanzienlijk verbeterd. Door herinterpretatie van enkele sleutelbepalingen wordt proportionaliteit bij de vaststelling van toeslagen en matiging bij de terugvordering mogelijk en vervalt de druk om nu overhaast tot wijziging van de KOT over te gaan.

Met aanvullende wijzigingen in beleid en uitvoering kunnen extreem harde effecten,zoals die zich in het verleden hebben voorgedaan, worden voorkomen of beperkt. Het gaat daarbij om de nadere uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, de erkenning van de bijzondere aard van toeslagen als 'an offeryou can't refuse', het meer evenwicht brengen in de informatie-plicht en het bieden van maatwerk bij de invordering. Tenslotte kan er ook een praktische verbetering in de rechtspositie van toeslaggerechtigden worden bereikt door een dienstverlenende en ondersteunende uitvoering. Onderkend moet worden dat toeslagen het spiegelbeeld vormen van belastingen; hoe hoger de toeslag, des te geringer de draagkracht van de ontvanger. Dat zou ook moeten betekenen; hoe hoger het voorschot, des te groter de verantwoordelijkheid van de overheid voor de ontvanger daarvan.

1 Inleiding

OMZIEN

in *verwondering* 2

1.1 Verschuivend perspectief

In juli 2014 ontving een groep ouders die gebruikmaakte van de kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) bericht van de Belastingdienst/Toeslagen (hierna: Toeslagen), dat hun maandelijkse voorschot op de KOT voor 2014 zou worden stopgezet met het oog op nader onderzoek naar de geldigheid van hun aanspraak op de toeslag. De meesten van hen kregen enkele maanden later een beschikking waarin stond dat zij minder of in het geheel geen aanspraak hadden op KOT en dat eerder uitbetaalde voorschotten voor 2014 werden teruggevorderd. Bij velen van hen werden ook de toeslagbesluiten voor 2013 en 2012 herzien en ook die besluiten gingen gepaard met terugvorderingsbesluiten.

In het op 14 november 2019 aan de staatssecretaris van Financiën uitgebrachte interim-advies *Omzien in verwondering*[1] heeft de Adviescommissie uitvoering toeslagen (hierna: de commissie) de gang van zaken rond de stopzetting van bevoorschotting en het vervolg daarop beschreven. Het was niet de eerste keer dat hiervoor aandacht werd gevraagd. In 2017 bracht de Nationale ombudsman zijn rapport 'Geen powerplay maar fair play'[2] uit. Daarin kwam hij tot een scherpe veroordeling van de gang van zaken in het zogenoemde CAF 11-dossier. De TweedeKamer, op zoek naar wat er nu precies was misgegaan, besprak dit rapport met het kabinet en vroeg nadere informatie over de kwestie aan de staatssecretaris van Financiën. Met de uitspraak van 24 april 2019[3] van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak, de Afdeling resp. ABRvS) leek dit duidelijk. Er was onrechtmatig gehandeld en ouders waren daar de dupe van geworden, dat moest worden rechtgezet. Dat was het perspectief ten tijde van de adviesaanvraag aan de commissie.

In haar interim-advies heeft de commissie uiteengezet dat, hoewel de narigheid veelal startte met een besluit tot stopzetting van de bevoorschotting, ouders niet zozeer door die stopzetting zijn gedupeerd, als wel door de vooringenomen wijze waarop hun aanspraken op KOT vervolgens werden onderzocht en beoordeeld door Toeslagen. Dat was reden voor de commissie om te adviseren de betrokken ouders compensatie te bieden; niet vanwege de onrechtmatigheid van de gewraakte stopzettingsbesluiten, maar omdat de onderzoeks- en beoordelingsprocedure die daarop volgde zodanig was dat ouders daarin vrijwel steeds hun aanspraken verminderd of zelfs geheel verloren zagen gaan en zij zich daartegen vrijwel niet konden verweren. Het kabinet heeft het interim-advies inmiddels aanvaard en de conclusies en aanbevelingen overgenomen.[4] [5]

In het interim-advies concludeert de commissie dat nader onderzocht moet worden in welke andere dossiers Toeslagen op vergelijkbare wijze de aanspraak van ouders op KOT heeft onderzocht en beoordeeld. Daarmee verschoof het perspectief naar de CAF-aanpak als zodanig. Uit reacties rond het interim-advies zou volgen dat een vergelijkbare aanpak als in het CAF 11-dossier, ook al voor de introductie van de CAF-aanpak werd gehanteerd. Daarnaast werd gewezen op andere zaken waarin burgers financieelin de knel waren gekomen door de werking van het kinderopvangtoeslagsysteem. In het Kamerdebat van 4 december 2019 werd de staatssecretaris verzocht ook voor die gevallen een oplossing te bieden. Hetzelfde werd gevraagd voor ouders voor wie de geboden compensatie mogelijk niet alle effectenvan de vooringenomen behandeling zou wegnemen. Op die wijze verschoof het perspectief nog weer verder naar de gevolgen in het algemeen van handhaving en controle van de KOT-regelgeving en van de daarop volgende terugvordering van KOT-voorschotten.

Misschien wel de belangrijkste verschuiving in perspectief, is de wijze waarop thans gekeken wordt naar het stelsel van toeslagen en de handhaving daarvan. De gevolgen daarvan, waarvoor men nu met klem aandacht vraagt, deden zich al voor vanaf de totstandkoming van het stelsel van toeslagen. Het was ook bekend dat zij zich voordeden. Waar (ruim) vijf jaar geleden de bestrijding van fraude en misbruik van sociale voorzieningen centraal stond in de aandacht van politiek en media, gaat de aandacht nu uit naar de gevolgen van die bestrijding voor veel burgers. Die worden zodanig hard bevonden dat er inmiddels stemmen opgaan dat het stelsel in zijn geheel 'op de schop' moet.

Tegen deze achtergrond van een steeds verschuivend perspectief in de discussie is het goed om te proberen de problematiek die aan de orde is, in perspectief te plaatsen. Het toeslagenstelsel betreft een wettelijke regeling waarmee inmiddels per jaar meer dan 7,5 mln. toeslagen worden uitgekeerd aan ca. 5,6 mln. huishoudens. Die toeslagen stellen deze huishoudens in staat om te voorzien in elementaire bestaansvoorwaarden (zorg, huisvesting, kosten van opvoeding en kinderopvang bij werkende ouders), ondanks de (hoge) kosten daarvan. Kenmerk van het toeslagenstelsel is dat men eenvoudig grote bedragen (voorschotten) kan aanvragen en uitgekeerd krijgt, waarbij de hoogte en zelfs de geldigheid van de aanspraak mede afhankelijk is van feiten die pas achteraf vast komen te staan. De regeling leidt dan ook tot een groot aantal mutaties per jaar (ca. 4,5 mln.), met als gevolg daarvan veel terug- en nabetalingen.

[1] Het rapport is als bijlage bij de brief van 14 november 2019 door de staatssecretaris van Financiën aangeboden aan de Tweede Kamer; zie Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 546.

[2] Rapport 2017/095 van 9 augustus 2017.

[3] ECLI:NL:RVS:2019:1333.

[4] Brief van 14 november 2019 van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 538.

[5] Op 6 december 2019 is het beleidsbesluit van de compensatieregeling vastgesteld en gepubliceerd op 9 december 2019 in Stcrt. 2019, nr 466172.

De kinderopvangtoeslag is met meer dan 600.000 toeslagen de in aantal kleinste toeslagvorm, maar met de hoogste voorschotten (gemiddeld € 5.000 per jaar), de meeste variabelen en daarom met de meeste mutaties achteraf (80 procent van de voorschotbesluiten, 40 procent daarvan positief en 40 procent negatief). Het is veruit de meest bewerkelijke toeslagvorm en ook de meest kwetsbare voor oneigenlijk gebruik of misbruik.[6] Het is vanaf het begin ook de voor ouders meest riskante toeslag geweest, waarbij men hoge voorschotten kreeg uitgekeerd (bij laag huishoudinkomen en meer kinderen al snel zeer hoog) op voorwaarde dat deze daadwerkelijk werden uitgegeven aan kinderopvangtoeslag, maar met de mogelijkheid dat deze geheel of ten dele weer teruggevorderd werden bij nacalculatie of gebleken fouten, onjuistheden of onregelmatigheden. De risico´s werden groter door nadere, meer gedetailleerde voorschriften in het belang van beheersing van publieke uitgaven, voorkoming van fraude en effectieve handhaving. Vanaf het begin was er dan ook sprake van hoge tot zeer hoge terugvorderingen van eerder uitgekeerde voorschotten, waardoor huishoudens in grote financiële moeilijkheden konden worden gebracht. Die gevolgen vloeiden logisch voort uit het stelsel dat de wetgever tot stand had gebracht, de terugvorderingsbesluiten van Toeslagen werden door de rechter bevestigd[7] en dit alles was bij het publiek bekend.[8]

Wat er in 2014 gebeurde, was dan ook niet zozeer het gevolg van fouten – hoewel die er ook waren, zoals de stopzetting van voorschotten zonder vooraf onderzoek bij de vraagouders – maar juist van de regelmatige uitvoering door Toeslagen van de wettelijke regeling, zoals deze op dat moment begrepen werd. Wat er misging was de *te* regelmatige, zo men wil excessieve, handhaving onder druk van de heersende (maatschappelijke en politieke) stemming waarin fraudebestrijding de boventoon voerde. Die wijze van handhaving, wat door de commissie in het interim-advies een *zero tolerance*-aanpak is genoemd, was voor de commissie reden om aan de daardoor gedupeerde ouders compensatie te bieden. Het ging daarbij om een uitzondering. Echter, in andere zaken, waarin deze *zero tolerance*-aanpak niet is gekozen, waren de gevolgen van de reguliere werking van de regelgeving vaak niet minder ingrijpend voor betrokkenen. Een passende oplossing in al die zaken bieden, komt er in wezen op neer dat men terug wil komen op de reguliere werking van de wettelijke regeling die gedurende vijftien jaar heeft gegolden voor miljoenen burgers. Dat is niet goed mogelijk.

Het voorliggend advies moet in deze context worden geplaatst. Het gaat in de eerste plaats over de vraag in welke dossiers op een vergelijkbare, vooringenomen wijze is gehandeld jegens burgers als in het CAF 11-dossier en in welke gevallen er dus compensatie moet worden geboden. Maar het gaat ook over de bredere vraagstelling op welke wijze, mede in het licht van de recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, op passende wijze kan worden omgegaan met de erfenis van het verleden. Verder wordt bezien in hoeverre de werkwijze van Toeslagen kan bijdragen aan een evenwichtige uitkomst bij de handhaving van de toeslagenregelgeving. Daarbij zijn de aantallen waar het om gaat in hoge mate mede bepalend.[9] Ten slotte wordt ingegaan op mogelijke verbeteringen in de regelgeving. Hoewel de huidige discussie vermoedelijk zal leiden tot een discussie over mogelijke alternatieven voor het huidige stelsel van toeslagen moet aangenomen worden, gelet op het aantal huishoudens dat daar financieel van afhankelijk is, dat de discussie over een alternatief stelsel en de invoering daarvan geruime tijd zal vergen. In dit advies gaat de commissie dan ook uit van het bestaande stelsel en beziet zij op welke wijze de gerechtvaardigde belangen van ouders daarin beter mee kunnen wegen in de besluitvorming.

1.2 Instelling, samenstelling, opdracht

De Adviescommissie uitvoering toeslagen werd ingesteld bij besluit van 12 juli 2019.[10] De commissie werd als volgt samengesteld: mr. J.P.H. Donner, prof. mr. drs. W. den Ouden en drs. J. Klijnsma. De commissie werd ondersteund door mr. G. Akdemir en mr. C.L. Gosen, ambtenaren bij het ministerie van Financiën, voor het instellen van de commissie die niet eerder betrokken waren bij het CAF 11-dossier en de uitvoering van toeslagen in het algemeen. De commissie heeft haar werkzaamheden op 1 juli 2019 aangevangen. De werkzaamheden zijn met het uitbrengen van dit eindrapport beëindigd.

[6] Gegevens ontleent aan deelrapport 1 Eenvoud of maatwerk: uitruilen binnen het bestaande toeslagenstelsel van het Interdepartementaal Beleidsonderzoek dat op 28 oktober 2019 werd uitgebracht aan het kabinet; Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 540.

[7] Pas zeer recent (23 oktober 2019) heeft de bestuursrechter vastgesteld dat de wet meer ruimte biedt - waar hij deze zelf eerst ook niet zag - om bepaalde onevenwichtige uitkomsten te corrigeren.

[8] Reeds in 2009 verschenen in de media berichten over de ernstige financiële perikelen waarin ouders terecht konden komen als gevolg van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag. Zie bijv. de Volkskrant van 17 september 2009.

[9] Bij alle terechte verontwaardiging over wat er mis is gegaan, gaat het zelfs als bij aantallen zoals deze in het recente debat werden genoemd (ca. 9000) om minder dan 1 procent van het totaal aan KOT-toeslagen over de jaren die in het geding zijn. Het jaarlijks gemiddelde aantal bezwaren (28.000 zie jaarplan 2020 Belastingdienst, p. 54) op 7,5 mln. toeslagen en 4,5 mln. mutaties daarin is minder dan 0,5 procent.

[10] Staatscourant 2019, nr. 40595.

De opdracht van de commissie werd geformuleerd in een brief van 29 mei 2019 van de staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer.[11] Daarin werd de instelling aangekondigd van een commissie die hem zou moeten adviseren over de volgende vraagstelling:

'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.'*

In haar interim-advies heeft de commissie antwoord gegeven op de vraag naar een passende oplossing voor de CAF 11-zaken. Wel werd daarbij aangegeven dat nog nader zou moeten worden ingegaan op de vraag naar een passende oplossing voor aanverwante zaken. Deze vraag komt in voorliggend advies aan de orde.

In de derde deelvraag wordt de commissie gevraagd om in haar advies ook te betrekken de aanwezigheid (en het eventueel gebruik) van bijzondere categorieën persoonsgegevens (in het bijzonder die met betrekking tot (een tweede) nationaliteit). De commissie stelt vast dat individuele dossiers persoonsgegevens bevatten; ook over nationaliteit. Gebruik van persoonsgegevens is ook onvermijdelijk bij de toepassing van toeslagen. Om te beoordelen of in de dossiers aanwezige persoonsgegevens noodzakelijk zijn en op welke wijze deze worden gebruikt, vergt evenwel een gedetailleerd feitelijk en statistisch onderzoek. Een dergelijk onderzoek sluit niet goed aan bij het advieskarakter van de opdracht van de commissie. Het vergt bovendien bijzondere expertise waarover de commissie in haar samenstelling niet beschikt. Het zou ook leiden tot een onnodige doublure, omdat, als gemeld in het interim-advies, de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in mei 2019 is gestart met een eigen onderzoek naar aanleiding van klachten over zogenoemd etnisch profilerendoor Toeslagen. Tentijde van publicatie van dit rapport is de uitkomst hiervan de commissie nog niet bekend. Dit alles vormt voor de commissie reden om niet nader op dit aspect in te gaan in dit eindrapport.

Staatssecretaris Van Huffelenheeft de commissie verzocht om breder te kijken dan alleen naar met CAF 11 vergelijkbare dossiers en ook in te gaan op de situaties van anderen die zich gedupeerd voelen.[12]

1.3 Een veranderende omgeving

Sinds de formulering van de opdracht is de bestuurlijke en juridische omgeving waarin deze moet worden beantwoord door de commissie in voortdurende beweging en verandering. Zo bracht het Interdepartementaal Beleidsonderzoek (hierna: IBO) op 28 oktober 2019 zijn deelrapport 1 *Eenvoud of maatwerk: uitruilen binnen het bestaande toeslagenstelsel* (hierna: IBO rapport) uit aan het kabinet.[13] Daarin worden de mogelijkheden verkend om burgers beter te faciliteren, terugvorderingen en nabetalingen terug te dringen en een snellere waarneming van veranderingen in persoonlijke omstandigheden mogelijk te maken. Hoofdconclusie van het onderzoek is dat iedere maatregel tot verbetering op die vlakken in het huidige toeslagenstel-

[11] Kamerstukken II 2018/19, 31066, nr. 487.

[12] Brief staatssecretaris Toeslagen en Douane van 7 februari 2020, kenmerk 2020-29412.

[13] Bij brief van 11 november 2019 van de staatssecretaris van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangeboden aan de Tweede Kamer; Kamerstukken II 2019-/20, 31066, nr. 540.

sel onmiskenbaar ook een 'prijs' heeft. De problemen van het huidige stelsel zijn namelijk de keerzijde van de keuze van de wetgever voor *gerichtheid* en *tijdigheid*, dat wil zeggen snel uitkeren, maar tot op de euro nauwkeurig afrekenen.

Het IBO-rapport werd gepubliceerd kort na een tweetal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 oktober 2019, waarin de Afdeling concludeerde dat Toeslagen bij de toepassing van de Wet kinderopvang (Wko) en de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) meer ruimte heeft om met gerechtvaardigde belangen van burgers rekening te houden dan voordien werd aangenomen.[14] Er is dus ruimte voor maatwerk, zo meldde het persbericht van de Afdeling dat die dag uitging. Daarmee kwam de Afdeling terug op eerdere uitspraken waarin gedurende een lange(re) periode een restrictieve uitleg van de genoemde regelgeving werd gehanteerd. De uitspraken van 23 oktober 2019 brengen met zich mee dat nieuwe beleidsregels moeten worden vastgesteld over hoe de nieuwe beleidsruimte in de toekomst zal worden ingevuld, maar de Afdeling laat open of de uitspraken ook gevolgen zullen hebben voor zaken die al eerder werden beslist.

Het kabinet heeft met betrekking tot het IBO-rapport nog geen standpunt ingenomen, maar naar aanleiding van de uitspraak van 23 oktober 2019 met betrekking tot de proportionaliteit in de besluitvorming over de KOT-aanspraken heeft de minister van Financiën het beleidsbesluit van 20 december 2019 vastgesteld en op 24 december 2019 gepubliceerd.[15] Andere punten uit de uitspraken van 23 oktober 2019 (terugvordering, oude zaken) wachten echter nog op een nadere beleidsinvulling. Bij brief van 11 januari 2020 aan de TweedeKamer heeft de minister van Financiën verder een aantal maatregelen aangekondigd met betrekking tot de organisatie van de Belastingdienst en de verzelfstandiging van Toeslagen. Tenslotte worden in de Tweede Kamer met regelmaat moties ingediend, waarbij om nog weer nader onderzoek wordt gevraagd.

De context waarin de aan de commissie gestelde vragen moet worden beantwoord is dus allerminst een rustig bezit. Wellicht zou voor een volledige en verantwoorde beantwoording van de vragen moeten worden gewacht totdat het kabinet een standpunt heeft bepaald met betrekking tot het IBO-rapport en de uitspraken van de Afdeling en tot de getroffenmaatregelen hun beslag hebben gekregen. De commissie heeft daar niet voor gekozen. Zij heeft besloten om zich bij de beantwoording van de eerder gestelde vragen te beperken tot wat dienstig is tegen de achtergrond van de verschuivende parameters en tot wat behapbaar is binnen de haar toegemeten tijd.

1.4 Aanpak en werkwijze

De commissie heeft zich, conform het daarover gestelde in het instellingsbesluit (artikel 5 lid 2), primair gericht op het uitbrengen van een interim-advies met betrekking tot de vraag naar een passende oplossing voor de bij CAF 11 betrokken ouders. In het interim-advies is toegelicht hoe daarbij te werk is gegaan. Op basis van informatie van Toeslagen heeft de commissie zich een beeld gevormd van de behandeling van de zaken die in het zogenoemde CAF 11-dossier Hawaï aan de orde waren. Daarbij heeft de commissie de feitelijke gang van zaken bij het onderzoek, de besluitvorming en de verdere behandeling van afzonderlijke KOT-aanvragen niet zelf onderzocht. De commissie heeft tot opdracht om advies uit te brengen en niet om onderzoek te doen naar de feitelijke gang van zaken en de concrete besluitvorming in individuele dossiers. Daarvoor ontbrak ook de beschikbare tijd.

Dat neemt niet weg dat de vraag naar de gevallen waarin ouders met KOT-aanspraken op een vergelijkbare wijze zijn behandeld verder onderzoek heeft gevergd. Dat onderzoek is uitgevoerd door de Auditdienst Rijk (ADR). De commissie heeft vervolgens gebruikgemaakt van de uitkomsten van het onderzoek van de ADR conform de opdracht, zoals beschreven in de brief van 12 juli 2019[16] en zoals aangevuld bij brief van 2 september 2019. [17]

De commissie heeft zich verder laten informeren over de werkwijze van Toeslagen en de veranderingen daarin in de afgelopen vijf jaar. Zoals gezegd, is met het interim-advies het perspectief verschoven van de gewraakte stopzettingsbesluiten, naar de algemene aanpak c.q. werkwijze van Toeslagen in CAF-dossiers en andere gevallen waarin ouders groepsgewijs zijn aangepakt wegens relaties met een van fraude verdacht kinderopvangbureau.

De commissie heeft haar bevindingen in het interim-advies besproken met de commissie integriteit Belastingdienst.

[14] ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI ECLI:NL:RVS:2019:3601.
[15] Zie Stcrt. 2019, nr. 70486.
[16] Zie bijlage bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 11 juli, kenmerk 2019-154442.
[17] Zie bijlage 3 bij de brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 september, kenmerk 2019-145219, Kamerstukken II, 31066, nr. 519.

1.5 The fallacy of misplaced concreteness

De commissie heeft zich voorts intensief laten voorlichten door de Toeslagen en Invordering over wat hierna de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag wordt genoemd. Het ging daarbij in het bijzonder om de totalen aan toegekende toeslagen, aantallen teruggevorderde voorschotten en de bedragen daarvan, het aantal maal dat daarbij een heel jaar werd teruggevorderd, de omvang van nog openstaande schulden, de aantallen definitiefen voorlopig vastgestelde toeslagen, enzovoort. Een aantal van de op deze wijze verkregen gegevens is in dit advies verwerkt. De commissie heeft echter niet getracht om ze om te zetten in een precies en gedetailleerd totaalbeeld van de erfenis. Het zou namelijk leiden tot wat wordt aangeduid als 'the fallacy of misplaced concreteness'; cijfers en statistieken die een nauwkeurigheid en eenvoud suggereren die niet overeenstemt met de complexe werkelijkheid die daarachter schuilgaat. Ieder antwoord op vragen van de commissie vanuit de organisatie van Toeslagen behoefde een nadere toelichting en gaf aanleiding tot nieuwe vragen.

Oogmerk van de commissie was om te bezien of het mogelijk was een nauwkeurig beeld te krijgen van de groep toeslaggerechtigden die heel in het bijzonder zijn geconfronteerd met de schrijnende gevolgen van de handhaving van de kinderopvangtoeslagregelgeving. Aantallen terugvorderingsbesluiten en de omvang van de daarbij betrokken bedragen, leken daarbij een handzame ingang. De aantallen en bedragen die in antwoord op vragen daarover naar voren kwamen, gaven enerzijds wel een beeld van de omvang van het probleem, maar niet van de sociaaleconomische werkelijkheid daarachter. Voor die werkelijkheid moet men dieper kijken naar de verdeling van de terugvordering over de toeslagjaren, de invorderingspraktijk en in het bijzonder naar de mate waarin er daadwerkelijk is terugbetaald. Bovendien bieden de cijfers geen zicht op de reden waarom bedragen werden teruggevorderd. De nihilstelling van een voorschot of toeslag kan berusten op mededeling van de betrokken ouder dat geen opvang meer werd genoten of de vaststelling door Toeslagen dat er geen aanspraak was; het kan berusten op een ondergeschikte onregelmatigheid of algeheel gebrek aan respons op de vraag naar informatie aan ouders; het kan berusten op gebleken misbruik of gebrek aan betaling van een klein bedrag. Aantallen en getallen suggereren kortom een eenduidigheid die er gelet op de heterogeniteit in werkelijkheid niet is; ofwel men wordt gezogen in steeds meer details, of men komt tot een statistische vereenvoudiging die geen recht doet aan de verscheidenheid die er in werkelijkheid schuilgaat achter de cijfers.

Daarbij komt dat de bestanden van Toeslagen zijn opgezet en ingericht om de praktische dagelijkse uitvoering te ondersteunen, niet om onderzoek achteraf te vergemakkelijken. Dat kan tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld de Nationale ombudsman bij navraag naar het CAF 11-dossier andere aantallen te horen kreeg dan de commissie; niet uit onwil maar eenvoudig omdat ten tijde van het NO-onderzoek bepaalde personen al niet meer voorkwamen in het dossier. De commissie kreeg informatie die achteraf handmatig moest worden afgeleid uit dossiers. Dat had ook tot gevolg dat het daarbij ging om een interpretatie van gegevens. Het had ook tot gevolg dat de aantallen soms weer veranderden. Hetzelfde verschijnsel beschrijft de ADR in zijn rapport, bijvoorbeeld als het gaat om stopzetting zonder voorafgaand onderzoek of andere gegevens.

Het betekent niet dat de bestanden niet deugen, dat Toeslagen niet weet wat het doet of dat de verstrekte informatie niet betrouwbaar is, maar slechts dat de gegevens die er zijn voor het doel waarvoor ze worden gebruikt steeds een nadere toelichting behoeven. Vaak als de commissie meende eindelijk te begrijpen hoe het zat, kwamen er nieuwe cijfers beschikbaar waaruit bleek dat het toch net weer iets anders zat. Het heeft de commissie geleerd zich niet onnodig te fixeren op concrete aantallen en bedragen en zich niet bovenmatig te verbazen als de cijfers gedurende de loop van het onderzoek toch weer veranderden; het is geen exacte wetenschap, maar betreft voortschrijdend inzicht - voor alle betrokkenen.

1.6 Eindadvies: opzet en inhoud

Tegen de achtergrond van het verschuivend perspectief in de discussie en de personen waarover deze gaat, schetst hoofdstuk 2 eerst de werking van het toeslagensysteem. Aangegeven wordt dat het toeslagensysteem in potentie schrijnende gevolgen in zich heeft. Omdat de KOT in 2005 is ingevoerd, betekent dit dat we het hebben over een erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag.

In het interim-advies concludeerde de commissie dat de bij CAF 11 betrokken ouders vooral de dupe zijn geworden van de institutionele vooringenomen wijze waarop hun aanspraak op kinderopvangtoeslag werd onderzocht en beoordeeld. Daarvoor is een compensatieregeling in het leven geroepen. Dit eindadvies pakt daar de draad op en gaat in hoofdstuk 3 in op de vraag wat met CAF 11 vergelijkbare en aanverwante zaken zijn (zie § 3.2). Daarbij steunt dit eindadvies ook op de resultaten van het onderzoek van de Auditdienst Rijk (ADR). Daaruit blijkt dat de werkwijze in CAF 11 helaas niet uniek, maar zeker ook niet normaal was. Slechts in een aantal dossiers is waarschijnlijk vergelijkbaar dan wel mogelijk vergelijkbaar met het CAF 11-dossier gehandeld, waarvoor een vergelijkbare compensatieregeling op zijn plaats is. In ieder geval vergt de uiteindelijke beoordeling of sprake is van vergelijkbare gevallen nader onderzoek. Voorts gaat dit hoofdstuk in op andere beleidsmatige misslagen van Toeslagen buiten het kader van de CAF-aanpak waarvoor mogelijk een passende oplossing nodig is (zie § 3.3).

In hoofdstuk 4 worden de verschillende mogelijkheden verkend om binnen het kader van de bestaande KOT-regelgeving een passende oplossing te vinden voor toeslaggerechtigden die in het verleden zijn geconfronteerd met disproportionele beslissingen die zodanig bovenmatige gevolgen hebben, dat deze in redelijkheid niet voor rekening van betrokkene kunnen blijven. Twee invalshoeken bieden zich daarbij aan; herziening van ´oude´ beslissingen (zie § 4.4) en het niet langer invorderen van ´oude´ schulden (zie § 4.5). Daartoe zou de herzieningsbevoegdheid verruimd moeten worden, zodat ook beroep kan worden gedaan op de nieuwe jurisprudentie van de Afdeling. Verdergaande mogelijkheden om binnen de bestaande wetgeving terug te komen op het verleden zijn er niet. Dit kan echter bovenmatig hard zijn jegens personen die in een verder verleden dan vijf jaar, met vergelijkbare disproportionele beslissingen zijn geconfronteerd. Voor die personen zou een 'hardheidsregeling' kunnen worden ontworpen (zie § 4.6).

In het vijfde hoofdstuk wordt ingegaan op de organisatie en werkwijze van Toeslagen vanuit de invalshoek of, en zo ja, op welke wijze verbetering daarin kan bijdragen aan een evenwichtige uitkomst bij de handhaving van de toeslagen. In dat kader wordt eerst ingegaan op de werkwijze bij handhaving en bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik (zie § 5.2). Daarbij komt eerst de CAF-aanpak aan de orde en de evolutie daarin in de afgelopen jaren, alsmede de werkwijze bij individuele risicoselectie. Geconstateerd wordt dat er zeker vier 'zwakke plekken' schuilen in de wijze waarop verdenkingen tegen een kinderopvanginstelling worden vertaald in de aanpak van individuele aanvragen om toeslag. Daarna wordt de bredere context van de werkwijze van Toeslagen bij de verwerking van miljoenen beschikkingen per jaar beschreven, alsmede de inherente beperkingen en zwakheden daarvan, in het bijzonder als het gaat om het bieden van maatwerk en afwegen van individuele en publieke belangen (zie § 5.3). Mede in het licht hiervan wordt tenslotte ingegaan op aspecten die het vermogen van Toeslagen kunnen versterken om tijdig te kunnen onderkennen dat 'dingen mislopen' en om deze snel te kunnen herstellen (zie § 5.4).

In het laatste hoofdstuk (§ 6) gaat de commissie in op de vraag naar praktische verbetering van de rechtsbescherming van toeslaggerechtigden in het proces van besluitvorming over toeslagen. Vanuit de gedachte dat rechtsbescherming primair gelegen moet zijn in de structuur van de wettelijke regeling om adequaat recht te doen aan de belangen van toeslaggerechtigden, wordt in dat kader eerst de werking van de wettelijke regeling geanalyseerd, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie van voor de uitspraken van 23 oktober 2019 en daarna (zie § 6.2). Vastgesteld wordt dat door deze wijziging de druk om thans overijld tot wijziging van de KOT over te gaan voor een belangrijk deel vervalt. Met bepaalde aanvullende wijzigingen in beleid en uitvoering, kunnen extreem harde effecten,zoals die zich in het verleden hebben voorgedaan, worden voorkomen of beperkt (zie § 6.3). Het gaat daarbij om de nadere uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, erkenning van de bijzondere aard van toeslagen, meer evenwicht in de informatieplicht en maatwerk bij invordering. Tenslotte wordt ingegaan op de praktische verbetering van de positie van toeslaggerechtigden in de sfeer van ondersteuning en bijzondere aandacht (zie § 6.4).

2 Toeslagen: een riskante zekerheid

OMZIEN

in *verwondering* 2

2.1 Een passende oplossing waarvoor?

Toen de commissie in juli 2019 met haar werkzaamheden aanving, leek de vraag naar een passende oplossing betrekkelijk duidelijk. Het ging om '*de zogenoemde CAF 11-zaken en aanverwante zaken*' waarin blijkens uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (24 april 2019) onrechtmatig was gehandeld en waardoor gezinnen in ernstige financiëlemoeilijkheden waren geraakt. Het meest ingewikkeld leek daarbij '*de doorwerking naar de nog lopende zaken*' en '*naar de onherroepelijk vaststaande zaken*'. In haar interim-advies concludeerde de commissie dat, hoewel de narigheid weliswaar veelal begon met het stopzetten van het voorschot, betrokken ouders niet zozeer daardoor werden gedupeerd, alswel door de vooringenomenheid waarmee hun aanspraak op KOT vervolgens werd onderzocht en beoordeeld. Vandaar dat de commissie adviseerde om betrokken toeslaggerechtigden compensatie te bieden voor de gevolgen van de gebruikte onderzoeks- en beoordelingsprocedure, waardoor hun aanspraken op KOT verminderd werden of werden afgewezen zonder dat zij zich daartegen konden verweren. Daarmee was de resterende vraag voor de commissie vooral: In welke andere gevallen heeft Toeslagen op vergelijkbare wijze aanspraken onderzocht en beoordeeld?

Uit de reacties op de publiciteit rond het interim-advies en de compensatieregeling en het debat daarover is duidelijk geworden dat velen zich herkennen in de beschrijving van de financiëlemoeilijkheden waarin gezinnen zijn gebracht door handhaving van de kinderopvangtoeslag. Bij het ministerie van Financiën hebben zich naar verluid inmiddels duizenden personen gemeld die menen ook voor compensatie in aanmerking te komen. De Socialistische Partij (SP) heeft een meldpunt ingesteld voor mensen die menen dat hun kinderopvangtoeslag onterecht is stopgezet. Daarop is door de SP een 'zwartboek' opgesteld waarin 280 ouders hun verhaal doen. Gemeenschappelijke noemer van al deze verhalen zijn de ingrijpende gevolgen waarmee betrokkenen in hun persoonlijk leven zijn geconfronteerd bij de handhaving van de kinderopvangtoeslagregelgeving. Velen verwachten dat ook voor hen een passende oplossing wordt gevonden.

Maar bij de meesten van degenen die op deze wijze in beeld zijn gekomen, gaat het niet om toeslaggerechtigden waarbij een stopzetting speelde zoals in CAF 11. Veel van deze burgers zijn niet in het kader van een CAF of ander onderzoek naar fraude gecontroleerd. Hun zaken spelen vaak al voor 2013, een periode waarin de meeste voorschotten pas werden teruggevorderd na afsluiting van het berekeningsjaar (en dus geen zogenoemde 'zachtestop' werd toegepast[18]). Er werd in deze zaken vaak beroep gedaan op rechtsbescherming; besluiten tot stopzetting en terugvordering van KOT werden in beroep vaak aan de rechter voorgelegd en doorgaans in orde bevonden. Het gaat in deze zaken kortom veelal om gevolgen van de reguliere toepassing en handhaving van de KOT-regelgeving. De gevolgen daarvan konden zeer ingrijpend zijn, maar dat was een gevolg van de inrichting en werking van het kinderopvangtoeslagstelsel.[19] Het stelsel van toeslagen, hoe 'goed ook bedoeld' als maatschappelijke ondersteuning, bergt – zeker tot voor kort – [20] het grote risico in zich van uitkomsten met soms zeer schrijnende gevolgen. Dat was mogelijk niet bewust bedoeld door de wetgever, maar, zeker impliciet, wel aanvaard en vervolgens ook gebillijkt door de rechter. Dat die gevolgen er waren, was ook al langer publiekelijk bekend en onder de aandacht van de politiek gebracht[21], ook lang voordat de geest van fraudebestrijding in 2013 de overhand kreeg.

Het gegeven dat de reguliere werking van toeslagen en in het bijzonder de kinderopvangtoeslag met schrijnende gevolgen gepaard kan gaan, betekent dat wanneer gevraagd wordt om een passende oplossing voor ieder die ooit geconfronteerd is met de schrijnende gevolgen van de handhaving van de kinderopvangtoeslagregelgeving er eigenlijk gevraagd wordt de gevolgen van de vijftien jaar waarin de kinderopvangtoeslag nu in werking is terug te draaien. Dat is een probleem van een wezenlijk andere orde en andere aard dan de geadviseerde compensatie voor de excessieve handhaving, zoals deze is toegepast in het CAF 11-dossier.

Terugvordering is inherent aan het stelsel van toeslagen. Sinds 2005 hebben ca. 12 mln. mensen gedurende meerdere jaren een toeslag ontvangen (ca. € 155 mld.). Bij minder dan 2,5 mln. mensen is nooit een bedrag teruggevorderd. In de looptijd van de kinderopvangtoeslag hebben 1,5 mln. mensen een toeslag ontvangen (ca. € 34,5 mld.) en is er bij 1,2 mln. mensen ca. € 4,3 mld. teruggevorderd. Jaarlijks maken in de afgelopen jaren meer dan 650.000 ouders gebruik van de KOT tegen bijna € 3 mld. aan kosten, waarbij ca. € 200 mln. wordt teruggevorderd. Bij de terugvordering ging en gaat het doorgaans om relatief beperkte bedragen, maar bij iets meer dan 90.000 personen is in de afgelopen vijftien jaren per persoon in totaal € 10.000 of meer teruggevorderd en bij hen gezamenlijk meer dan € 2,1 mld. Deze getallen vormen de uitkomst van keuzen in wetgeving, beleid en uitvoering die gemaakt werden mede met het oog op beheersing van publieke uitgaven, voorkoming van fraude en doelmatige handhaving.[22] Keuzen die ook bedoeld waren om enig tegenwicht te bieden in een systeem dat

[18] Zie Interim-advies Omzien in verwondering, paragraaf 3.2.2.3 p. 28.

[19] De hoogste toeslag ooit bedroeg € 422.000 (gecumuleerd over acht jaar en vijf kinderen), maar de keerzijde van dat soort bedragen is dat de hoogste terugvordering ooit gecumuleerd €198.000 bedroeg.

[20] Met de uitspraken van 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3001) is daar een keer in gekomen.

[21] De Belangenvereniging van Ouders in de Kinderopvang (BOink) vraagt al vele jaren naar deze gevolgen van de kinderopvangtoeslag. Reeds in 2009 verschenen in de media berichten over de ernstige financiële perikelen waarin ouders terecht konden komen als gevolg van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag. Zie bijvoorbeeld de Volkskrant van 17 september 2009 met een artikel over de gevolgen voor ouders van de vervolging van gastouderinstelling Dar El Hanan.

[22] Zie IBO-deelrapport 1 Eenvoud of maatwerk: uitruilen binnen het bestaande toeslagenstelsel.

overigens was opgezet om toeslaggerechtigden zo eenvoudig en tijdig mogelijk de middelen te verschaffendie zij behoefden om elementaire bestaansbehoeften te kunnen betalen. Ook als de uitkomst van die keuzen nu als onevenwichtig worden beschouwd, kan men dus niet op eenvoudige wijze het verleden herzien en die werking van de wet wegnemen.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de reguliere werking en handhaving van de kinderopvangtoeslagregelgeving en de schrijnende gevolgen die dat kan hebben voor burgers. Inzicht daarin vormt mede de achtergrond voor het advies over waar mogelijk compensatie en schadevergoeding aan de orde kan komen. In het volgende hoofdstuk (§ 3) wordt ingegaan op de aan het CAF 11-dossier verwante zaken. In het daaropvolgende hoofdstuk (§ 4) wordt vervolgens ingegaan op wat eventueel mogelijk is in andere gevallen waarin de reguliere toepassing van de regelgeving heeft geleid tot besluiten die men nu onevenwichtig acht.

2.2 Toeslagen; een regeling met potentieel schrijnende gevolgen

Het publieke debat over het CAF 11-dossier heeft veel negatieve publiciteit losgemaakt over de Belastingdienst in het algemeen en Toeslagen in het bijzonder. Het schept een beeld van een dienst waar veel fout ging en maar weinig goed. De publiciteit over gemaakte fouten heeft de neiging zichzelf te versterken en te bevestigen. Het beeld van een dienst waar niets goed gaat valt echter minder goed te rijmen met de cijfers. In het stelsel van toeslagen ontvangen 5,6 mln. huishoudens 7,4 mln. toeslagen. De kinderopvangtoeslag is daarvan met 0,6 mln. toeslagen de geringste in aantal, maar, zoals uit het IBO-rapport blijkt, veruit de meest bewerkelijke in de uitvoering als gevolg van de verschillende variabelen. De uitvoeringskosten bedragen niet voor niets gemiddeld € 145 per KOT-beschikking.[23] Dat is meer dan het dubbele van de kosten per huurtoeslaggerechtigde en bijna tienmaal meer dan die van de zorgtoeslag.[24]

Er zijn ongetwijfeld dingen aan te merken op de Belastingdienst/Toeslagen, maar als de dienst werkelijk chronisch zou disfunctioneren, zou het logisch zijn dat er een aanhoudende stroom van bezwaren tegen beschikkingen en klachten over de uitvoering van alle toeslagen zou zijn. Dat is niet het geval. Bij 7,4 mln. toeslagen die voor 99,9 procent tijdig worden betaald, en bij 0,9 mln. nieuwe aanvragen en 4,3 mln. mutaties per jaar genereert het toeslagenstelsel een stroom van gemiddeld 'slechts' 28.000 bezwaren per jaar, dat wil zeggen in minder dan 0,5 procent van de verstrekte toeslagen per jaar.

Deze relativering strekt overigens niet tot excuus; ouders die in ernstige financiëleproblemen zijn gekomen door een vooringenomen bejegeningswijze, hebben weinig aan de wetenschap dat zij een uitzondering vormen. Er zijn ongetwijfeld ook andere fouten en misslagen gemaakt en dat zal zo blijven. Hoe betreurenswaardig iedere misslag op zichzelf ook is, in een ambtelijk apparaat van deze omvang en bij een complexiteit van regelgeving als die geldt voor de KOT is één ding welhaast mathematisch zeker, namelijk dát er dingen zullen misgaan. Daar is de reguliere rechtsbescherming mede voor bedoeld. Wat deze aantallen verder duidelijk maken is, dat als de werking van het toeslagenstelsel met terugvordering en soms hoge terugvordering gepaard gaat, dit waarschijnlijk primair voortvloeit uit de onderliggende wetgeving.

Dat geldt zeker ten aanzien van de kinderopvangtoeslag. Deze toeslag kent een hoog percentage aan correcties achteraf (40 procent nabetalingen, 40 procent terugvorderingen) en hoge terugvorderingsbesluiten.[25] Dat is het gevolg van een in vergelijking met andere toeslagen potentieel sterk fluctuerendegrondslag (inkomen, opvanguren, tarieven, gewerkte uren), een hoge gemiddelde toeslag (€ 5.000 per jaar) en - tot voor kort - een sterk 'alles of niets'-karakter van de toepasselijke regelgeving.

Later in dit advies (zie § 6.2) wordt nader ingegaan op de onevenwichtigheid in de opzet van het toeslagenstelsel uit een oogpunt van bescherming van de positie van de toeslaggerechtigde. Hier wordt vooral ingegaan op de terugvordering van eerder toegekende middelen op een moment dat deze al moeten zijn uitgegeven. Terugvorderingis inherent aan het toeslagenstelsel (net als nabetaling overigens). Er is al op gewezen dat van de bijna 12 mln. ontvangers van toeslagen in de afgelopen vijftien jaar, er minder dan 2,5 mln. nooit een terugvorderingsbesluit hebben ontvangen. Het streven naar *gerichtheid* en *tijdigheid* is de voornaamste oorzaak voor de vele terugvorderingsbesluiten - dat wil zeggen: snel uitkeren, maar vervolgens tot op de euro nauwkeurig afrekenen. Huishoudens ontvangen op basis van hun actueel inkomen een voorschot zodat zij de kosten niet zelf hoeven voor te schieten, maar worden later afgerekend op basis van het werkelijke inkomen, zoals dit achteraf (soms jaren later) komt vast te staan. Het maandelijks voorschot berust op een schatting van het huishoudinkomen, aantal opvanguren, prijs per uur opvang, het aantal gewerkte uren en het aantal kinderen. De verantwoordelijkheid - en daarmee aansprakelijkheid en risico - voor juistheid, volledigheid en tijdigheid van al deze gegevens en van wijzigingen daarin, ligt daarbij geheel bij de aanvrager.

[23] Zie IBO-deelrapport toeslagen p. 32.
[24] Zie IBO-deelrapport toeslagen p. 32.
[25] Zie IBO-deelrapport toeslagen p. 41 e.v.

Het risico voor de toeslaggerechtigde op terugvordering van kinderopvangtoeslag wordt daarbij verhoogd door de voorwaarde van reguliere betaling van de opvang (hetgeen impliceert dat het ontvangen geld meestal is uitgegeven op het moment dat het wordt teruggevorderd), het - tot voor kort - 'alles of niets'-karakter van de KOT-regelgevingen de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van aanvragers voor fouten of fraude van het gastouderbureau. Bovendien zijn in de loop van de tijd de voorwaarden en criteria waaraan toeslagaanvragers moeten voldoen in vele gedetailleerde regels en eisen vertaald. Dat is gedaan in het belang van rechtszekerheid en handhaving, maar het gevolg is ook dat het heel makkelijk is om één of meer van deze regels over het hoofd te zien.

Ieder van deze onderdelen is afzonderlijk goed verklaarbaar en verdedigbaar en was op het moment van invoering veelal vanzelfsprekend of zelfs onvermijdelijk. Tezamen hebben zij in het bijzonder de kinderopvangtoeslag echter gemaakt tot een stelsel met een groot risico op besluiten met schrijnende gevolgen voor ouders. Zij krijgen in beginsel zonder enige werkelijke controle vooraf, substantiële of zelfs zeer hoge bedragen in handen, op voorwaarde dat zij deze op korte termijn daadwerkelijk uitgeven aan kinderopvang. Daarbij lopen zij evenwel het risico dat deze bedragen, lang nadat zij zijn uitgegeven, alsnog geheel of gedeeltelijk worden teruggevorderd vanwege onachtzaamheid of mogelijke fouten hunnerzijds of zelfs factoren die goeddeels buiten hun macht liggen. Met de beslissing tot terugvordering treedt vervolgens een vergaand geautomatiseerd stelsel van verrekening en invordering in werking, dat stringenter wordt naarmate de in te vorderen bedragen hoger zijn.

De schrijnende gevolgen van handhaving van de KOT-regelgeving hangen niet noodzakelijkerwijs samen met bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik, zoals in het kader van de CAF-dossiers. Zij doen zich evenzeer voor bij reguliere handhaving. Ook al lang voor 2013, in de periode dat de nadruk nog vooral lag op snelle uitbetaling, zijn er veel toeslaggerechtigden geconfronteerd met hoge terugvorderingsbesluiten, waardoor zij in financiële moeilijkheden kwamen. Het zwartboek van de SP[26] bevestigt dit beeld; veel van de daarin genoemde gevallen dateren uit de eerste periode waarin KOT werd uitgekeerd.

Handhaving van de KOT-regelgeving is vanwege de hoge bedragen die kunnen worden aangevraagd, extra ´gevoelig´ voor een roep vanuit de publieke en politieke opinie om strikte handhaving, zoals die in 2013 ontstond.[27] Dat proces werd (en wordt vermoedelijk nog steeds) versterkt door de wijze van financiering van handhavingsactiviteiten en intensieve fraudebestrijding. Het betrokken beleidsdepartement (in casu het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) werd gekort op de begroting voor het bedrag van de verwachte opbrengst in teruggevorderde toeslagbedragen.[28] Er moest voor fraudebestrijding een ´business case´ worden opgesteld. Het begrotingsbedrag werd daarmee taakstellend voor de opbrengst van de uitvoering. Dan mag men zich niet verbazen over gevolgen zoals die zich voordeden in het CAF 11-dossier.

Natuurlijk zal ieder die toen betrokken was bij het opstellen van regelgeving en uitvoeringsbeleid nu stellen dat hij niet wist wat de mogelijke gevolgen waren; dat het zo niet was bedoeld en dat dus de verantwoordelijkheid voor de concrete gevolgen bij de uitvoering ligt. Gevreesd moet worden dat inderdaad maar heel weinigen van degenen die toen betrokken waren bij het opstellen van wetgeving en beleid werkelijk zicht hadden op de sociale gevolgen van de strikte handhaving van de KOT-regelgeving, hoewel die informatie wel voor handen was. De Belastingdienst heeft in het verleden (2012, 2013 en 2014) de nadelige gevolgen van de strikte handhaving van de KOT-regelgeving voor de burger bij het beleidsdepartement (SZW) aangekaart. De gewenste wijzigingen in de regelgeving en uitvoering om de nadelige gevolgen voor de burger te beperken, moesten immers door het beleidsdepartement worden goedgekeurd en in de regelgeving aangebracht. Achteraf bezien is hier weinig van terechtgekomen, omdat de politieke en maatschappelijke roep om fraudebestrijding steeds luider werd door nieuwe gevallen van fraude met toeslagen (zoals beschreven in de Kamerbrief van 15 november 2019). De vrees bij het beleidsdepartement om te ´soft´ op het fraudedossier te lijken, kreeg uiteindelijk de overhand en bovendien lag onmiddellijk de vraag op tafel wie dan wel voor dat soepeler beleid zou gaan betalen.

In dat licht is het verantwoord om de excessen van fraudebestrijding uit die tijd te identificeren en daar compensatie voor te bieden. Daar waar het echter om de gevolgen van reguliere handhaving gaat, kan men niet bij een verschuivend inzicht deze eenvoudig in de uitvoering terugdraaien of tot compensatie overgaan. Het betreft implicaties van keuzen die de wetgever heeft gemaakt. Het ligt voor de hand dat, wanneer de inzichten van die wetgever wezenlijk zijn gewijzigd, die wetgever op die basis de wetgeving wijzigt, zeker wanneer hij meent dat het in het verleden ook anders had gemoeten. Dan zal de wetgever moeten besluiten wat dit concreet betekent voor alle eerdere beschikkingen die indertijd zijn genomen. De enkele omvang van de aantallen die in het geding zijn, manen al tot grote terughoudendheid bij met terugwerkende kracht corrigerend ingrijpen in

[26] Zie https://www.sp.nl/rapport/2019/zwartboek-onterecht-stopgezette-kinderopvangtoeslag.

[27] Zie interim-advies § 3.3. Het stelsel is overigens niet minder 'gevoelig' voor druk in omgekeerde richting. Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat de lopende discussie over de excessen van fraudebestrijding tot gevolg zal hebben dat handhaving en toezicht de eerstkomende tijd bij Toeslagen weinig of geen aandacht krijgen uit vrees voor nieuwe publiciteit en kritiek, met als gevolg dat over zeg vijf jaar het debat weer zal gaan over falende fraudebestrijding en gebrek aan aandacht daarvoor.

[28] Kamerstukken 2013/14, 33754, nr. 7, pagina 31.

het verleden. Bovendien zal de wetgever wet- en regelgeving ook naar de toekomst toe moeten wijzigen. Daartoe is al vaker geadviseerd[29] maar de wetgever is daar tot dusver niet toe over gegaan.

2.3 De erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag

Er is een hardnekkige neiging om in de publiciteit en het debat over wat de toeslagenaffaire is gaan heten, dit te zien als een vraagstuk van onterechte terugvordering van toeslagen en een verkeerde cultuur bij Toeslagen. Dat is een onjuist beeld. Het optreden van Toeslagen bij de bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik, zoals in het CAF 11-dossier, vormde een antwoord op de roep in politiek en publieke opinie om een stevige fraudebestrijding. Die heeft in sommige gevallen geleid tot een excessieve handhaving, maar niet tot (volgens het toen geldende recht) onterechte terugvorderingen.

Belangrijker nog is het gegeven dat de 9.631 toeslaggerechtigden die sinds 2013 in een CAF-dossier voorkwamen[30] hooguit 1 procent vormen van alle personen die sinds 2013 KOT hebben ontvangen en minder dan 0,1 procent van alle personen die in de afgelopen negen jaar een toeslag hebben ontvangen. Zonder af te willen doen aan de moeilijkheden en zorg waarin gezinnen werden gebracht door terugvorderingen in het kader van een CAF-onderzoek, moet worden vastgesteld dat deze groep maar een klein deel vormt van de probleemgevallen die in de loop van het debat over het CAF 11-dossier in de media aan bod zijn gekomen of die zich hebben gemeld bij Toeslagen. In de meeste van die gevallen was er geen sprake van excessieve handhaving naar aanleiding van vermoedens van fraude, maar van reguliere besluiten volgens het geldende recht, dat tot voor burgers zeer ingrijpende besluiten leidde.

Nu vooral de nadelige erfenis van vijftien jaar toeslagen in beeld is en de roep om vervanging van het stelsel sterker wordt, is het goed even stil te staan bij de maatschappelijke problemen die destijds aanleiding waren voor invoering daarvan. Oogmerk was om de diverse inkomensafhankelijke regelingen die in de loop der tijd waren ontstaan te stroomlijnen en zo de problematiek van de armoedeval beter hanteerbaar te maken. De vervanging van het stelsel van ziekenfondsen door een verplichte algemene ziektekostenverzekering verhoogde de behoefte aan gerichte inkomensafhankelijke ondersteuning, terwijl in dezelfde tijd de algemene, voor ieder gelijke, inkomensondersteuning (kinderbijslag) meer omstreden raakte.

Het stelsel heeft de problemen van toen voor een deel ondervangen, maar dat is met weer nieuwe problemen gepaard gegaan, in het bijzonder met grote aantallen terugvorderingen, waarmee soms zeer hoge bedragen zijn gemoeid. Die terugvorderingen vertalen zich ook in de nog openstaande schulden. Op dit moment staat nog bijna € 1,3 mld. aan invordering open, waarvan € 443 mln. aan KOT-schulden bij ca. 130.000 burgers. Bijna 70 procent oftewel € 310 mln. daarvan wordt gevormd door schulden van meer dan € 10.000 die uitstaan bij ca. 12.000 burgers, waarvan 40 procent, oftewel €180 mln. aan schulden van meer dan € 25.000 bij ca. 4.500 burgers. In zijn rapport '*Toeslagen terugbetalen*'[31] waarschuwt de Algemene Rekenkamer (ARK) dan ook voor de groeiende schuldenproblematiek van gezinnen als gevolg van de terugvordering van toeslagen. Dat blijkt ook, want van de € 443 mln. openstaande KOT-schulden, betreft 65 mln. personen die in staat van insolventie verkeren en vindt bij € 157 mln. geen inning plaats bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Slechts voor ongeveer € 126 mln. wordt regulier afbetaald door de betrokken burgers, terwijl 42 mln. afbetaling op basis van beslag plaatsvindt. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de openstaande schuld en de invordering daarvan (zie § 4.5).

[29] IBO-rapport Vereenvoudiging toeslagen, door de staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer aangeboden op 16 oktober 2009 (Tweede Kamer 2009 –2010, 31 580, nr. 3) en brede heroverwegingen 17 Toeslagen (april 2010): https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/evaluaties-van-beleid/documenten/rapporten/2010/04/01/17-toeslagen.

[30] Zie ADR-rapport.

[31] 'Toeslagen terugbetalen' rapport van 13 juni 2019 van de Algemene Rekenkamer.

3 Eenpassende oplossing: het vervolg

OMZIEN

in *verwondering* 2

3.1 Vergelijkbare dossiers en aanverwante zaken

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de gevolgen van de handhaving van de toeslagenwetgeving in het algemeen en de kinderopvangtoeslag in het bijzonder. Gegeven de potentieel schrijnende gevolgen die de reguliere toepassing en handhaving van het recht kunnen hebben, is er reden te meer om te bezien wanneer er sprake is van een zodanige afwijking van de reguliere handhavingsmethoden dat dit aanleiding moet zijn om tot compensatie over te gaan. In het interim-advies heeft de commissie geconcludeerd dat de handelwijze van Toeslagen bij het onderzoek en de beoordeling van het CAF 11-dossier zodanig was, dat er aanleiding bestond om compensatie daarvoor aan te bieden aan de betrokken ouders. Het kabinet heeft dit advies inmiddels overgenomen en bij beleidsbesluit van 6 december 2019 een compensatieregeling tot stand gebracht[32] met betrekking tot de bij het CAF 11-dossier betrokken toeslaggerechtigden.

Er is geen reden om aan te nemen dat de handelwijze van Toeslagen in het CAF 11-dossier uniek was. Daarom zal hier eerst worden bezien (zie § 3.2) of en zo ja in welke dossiers toeslaggerechtigden de dupe zijn geworden van een met het CAF 11-dossier vergelijkbare werkwijze. Het gaat dan om een groepsgewijze aanpak van toeslaggerechtigden naar aanleiding van verdenkingen jegens een kinderopvanginstelling (kinderopvang of gastouderbureau), zonder concrete verdenkingen van onregelmatigheden ten aanzien van de individuele ouders. In dat kader is in de eerste plaats gekeken naar andere CAF-dossiers. Daarbij is gebruikgemaakt van het onderzoek dat door de Auditdienst Rijk (ADR) in opdracht van de toenmalige directeur-generaal Belastingdienst is verricht naar de vraag of de problematiek die zich bij CAF 11 heeft voorgedaan ook bij andere CAF-zaken heeft gespeeld. Vervolgens wordt echter ook bezien, op basis van hetgeen daarover bekend is, of dezelfde werkwijze mogelijk ook al voor het begin van de CAF-aanpak is gebruikt in eerdere dossiers.

In de gevallen waarin er sprake is van vergelijkbare gevallen, ligt toepassing van de compensatieregeling als passende oplossing voor de hand. Maar compensatie is geen op de persoonlijke situatie toegesneden schadevergoeding. In het vervolg wordt daarom ook ingegaan op de vraag of en wanneer naast compensatie ook (verdere) schade zou moeten worden vergoed.

In de opdracht aan de commissie wordt ook gevraagd naar een passende oplossing voor *aanverwante zaken*. Zoals eerder uiteengezet speelde bij die vraagstelling vooral het beeld van de 'onrechtmatige stopzetting'; het stopzetten van de betaling van voorschotten zonder voorafgaand onderzoek in individuele dossiers. In recente uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ook andere beslissingen van Toeslagen vernietigd. Tegen die achtergrond wordt in het tweede deel van dit hoofdstuk bezien (zie § 3.3) of er in het licht van die jurisprudentie, anders dan in het kader van een groepsgewijze behandeling, sprake is geweest van (stelselmatig) onjuist handelen van Toeslagen (bijv. stopzetting) dat aanleiding zou moeten zijn om thans alsnog tot een oplossing te komen voor betrokkenen.

3.2 Een met CAF 11 vergelijkbare werkwijze

3.2.1 Bestrijding van misbruik en fraude noodzakelijk

Bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik zijn onvermijdelijk gegeven de opzet en omvang van het toeslagenstelsel. De voorschotsystematiek leent zich bij uitstek voor misbruik of fraude. Na een summiere controle van essentiële gegevens ontvangt de toeslaggerechtigde substantiële bedragen aan voorschotten, op basis van schattingen en verwachtingen van gegevens die pas later vast komen te staan. Niet alleen de aanvrager kan proberen een verkeerde voorstelling van zaken te geven of wezenlijke veranderingen in zijn persoonlijke omstandigheden te verzwijgen. Ook de verschillende tussenschakels in het proces kunnen trachten op naam van al dan niet fictieve personen toeslagen te ontvangen. Oneigenlijk gebruik, misbruik en fraude zijn dan ook vanaf het begin van het stelsel voorgekomen en de publieke middelen moesten daartegen worden beschermd.

In de eerste jaren na invoering van het stelsel stond de snelle uitbetaling aan burgers centraal bij de uitvoering. Bij de overgang van de bestaande inkomensafhankelijke regelingen naar de nieuwe regeling was dat voor de Tweede Kamer de lakmoesproef van de aanvaardbaarheid daarvan. In de eerste periode na opbouw van het systeem ging daar de aandacht naar uit bij de uitvoering. Sinds 2012 werd de toegang ondersteund en vereenvoudigd met het burgerportaal 'Mijn toeslagen'. Toezichten controle vonden plaats na afsluiting van het berekeningsjaar en bij vermoedens van fraude werd veelal de FIOD ingeschakeld. Echter, op grond van signalen die wezen op regelmaat (bijv. gelijke valse stukken bij meerdere ouders), kwam ook de georganiseerde fraude in beeld. Daarbij richtte de aandacht zich geleidelijk ook op de tussenschakels, in het geval van de KOT de kinderopvanginstellingen. Het is in beginsel vanzelfsprekend dat in het verlengde van een onderzoek bij een dergelijke tussenschakel ook gecontroleerd werd bij vraagouders die daar gebruik van maakten. Het inzicht dat misbruik van toeslagen en van de KOT regelmatig een collectief, georganiseerd karakter had, was in de praktijk gegroeid en berustte op ervaring. Dit inzicht was gegroeid bij de verschillende pre-CAF-onderzoeken die hierna aan de orde komen (zie § 3.2.4).

[32] Gepubliceerd op 9 december 2019, Stcrt. 2019, nr 66172.

Tegen deze achtergrond en in de context van het publiek debat over fraude (zie interim-advies § 3.3) kwam vanaf 2013 de aanpak van fraude steeds meer centraal te staan. In het Bulgarendebat werd Toeslagen ernstig verweten de signalen van een georganiseerde praktijk te hebben verwaarloosd. Controle en toezicht verschoven naar een eerder moment in het proces en naar het moment van aanvraag. De CAF-aanpak werd ontwikkeld en er kwam een risicomodel op basis waarvan toekenningen werden geselecteerd die vervolgens handmatig werden beoordeeld. Hoewel die ontwikkeling ook leidde, zoals in het geval van het CAF 11-dossier, tot een soms excessieve handhaving, leidde het tegelijk tot een afname van het verschijnsel van hoge terugvorderingen. De 'meer ontspannen' wijze van toezicht en controle in de eerste jaren had namelijk ook tot gevolg dat fouten en onregelmatigheden pas lang na afsluiting van het berekeningsjaar werden vastgesteld, met als gevolg dat dan regelmatig over voor meerdere jaren verstrekte voorschotten tegelijkertijd werden teruggevorderd.

3.2.2 Een vergelijkbare werkwijze

Zoals in het interim-advies werd beschreven, waren toeslaggerechtigden in het CAF 11-dossier niet zozeer de dupe van onrechtmatige besluitvorming, als wel van een werkwijze waarbij zij als deel van een groep werden verondersteld onjuist te hebben gehandeld zonder dat daarvoor aanwijzingen waren vastgesteld in hun persoonlijke dossier. De aanspraken van de toeslaggerechtigden over meerdere jaren werden op een *zero tolerance*-wijze gecontroleerd, waarbij zelfs de geringste overtreding, fout of onregelmatigheid als voldoende reden werd gezien om vaak grote bedragen aan voorschot terug te vorderen. Er is (helaas) geen reden om aan te nemen dat de aanpak in dat dossier uniek is en geheel op zichzelf staat. Derhalve moet bezien worden of Toeslagen ook in andere dossiers op vergelijkbaar vooringenomen wijze te werk is gegaan.

Het is wel makkelijk om te praten over vergelijkbare dossiers, maar die dossiers vinden is wat anders. Dat begint al met het vinden van de dossiers waarbij groepen toeslaggerechtigden aan controle en toezicht werden onderworpen vanwege een gemeenschappelijke oorzaak, gelegen in de aanwijzingen of verdenkingen van georganiseerd misbruik of fraude jegens een derde (kinderopvanginstelling). Dat is niet een kwestie van de onderscheiden dossiers 'van de plank halen' en te bezien hoe daarin te werk is gegaan. Want wat nu als dossier wordt beschouwd is niet als zodanig terug te vinden in beschikbare bestanden en archieven. Weliswaar had de controle van toeslaggerechtigden een gemeenschappelijke aanleiding in de verdenking jegens een bepaald bureau, maar bij de controle en behandeling van afzonderlijke toeslaggerechtigden en hun aanspraken, verdampte de samenhang vaak snel. Om dan ook de werkwijze met betrekking tot de afzonderlijke toeslaggerechtigden in een bepaald dossier vast te kunnen stellen, moet eerst worden geïdentificeerd welke toeslaggerechtigden in dat dossier betrokken waren en vervolgens moet op basis van informatie uit de verschillende bronbestanden worden gereconstrueerd wat de concrete werkwijze daarbij was.

De CAF-aanpak biedt evenwel een aanknopingspunt. Deze was immers primair gericht op een tussenpersoon (facilitator), maar vervolgens werd vaak overgegaan tot onderzoek bij de betrokken vraagouders. De Auditdienst Rijk (ADR) heeft in opdracht van de toenmalige directeur-generaal Belastingdienst en in overleg met de commissie onderzoek gedaan naar de andere CAF-dossiers en de werkwijze daarin. [33] Zoals in het ADR-rapport is beschreven, was ook de ADR voor haar onderzoek afhankelijk van gegevens die ten dele geautomatiseerd en ten dele handmatig uit afzonderlijke zaakdossiers moesten worden gehaald; daarbij zijn achteraf ook weer fouten vastgesteld.[34]

Het ADR-onderzoek heeft 149 CAF-dossiers geïdentificeerd die betrekking hebben op de KOT. Het gaat bij deze dossiers om een heterogene verzameling onderzoeken verspreid over een aantal jaren waarin de werkwijze gaandeweg veranderde; kortom ieder dossier is anders. De werkwijze in een concreet dossier zal daarom moeten worden afgeleid uit wat er over de aanpak van het betreffende dossier als geheel (veelal opdrachtformulier of plan van aanpak) bekend is en over de behandeling van de afzonderlijke zaken daarin. De vraag of er sprake is van een met CAF 11 vergelijkbare institutioneel vooringenomen wijze van onderzoek en beoordeling, kan derhalve pas na onderzoek per CAF-dossier en een steekproef van de individuele zaken worden vastgesteld. Dat vergt een beoordelingsmaatstaf waarbij de relevante handelingen en beslissingen per burger in kaart moeten worden gebracht.

De beoordelingsmaatstaf voor de vaststelling van een vergelijkbare werkwijze kan worden afgeleid uit specifieke kenbare 'signalen' die wijzen op een vooringenomen houding jegens een groep toeslaggerechtigden welke resulteerde in een *zero tolerance*-controle. In het interim-advies is (in § 4.4 en concluderend in § 4.6) een beschrijving gegeven van de elementen van de behandeling van de KOT-zaken waaruit naar het oordeel van de commissie vooringenomenheid blijkt. Het gaat daarbij niet alleen om: 1) collectieve stopzetting zonder voorafgaande individuele beoordeling die dit rechtvaardigde (hierna: 'zachte stop'), maar vooral ook om het 2) breed uitvragen van bewijsstukken over één of meerdere jaren; 3) gevolgd door een *zero tolerance*-onderzoek naar fouten, tekortkomingen en ontbrekende bewijsstukken met (soms/veelal) een tweede check wanneer bij eerste lezing geen grond voor afwijzing was gevonden; 4) het niet nader uitvragen van informatie bij gebleken tekortkoming daarin en 5) het afwijzen of reduceren van de KOT-aanspraak bij de minste of geringste onregelmatigheid in de stukken.[35]

[33] Onderzoeksrapport 'Toeslaggerelateerde CAF-zaken'.
[34] Zie voor een beschrijving van de werkwijze het ADR-rapport, antwoord op vraag 2a.
[35] De ADR heeft dat aspect niet onderzocht.

Voor de beoordeling van de vergelijkbaarheid gaat het niet om de optelsom van deze kenmerken of het afzonderlijk aanwezig zijn daarvan, maar om het in samenhang voorkomen daarvan in een dossier. Ieder element afzonderlijk hoeft niet noodzakelijk te wijzen op vooringenomenheid, net zo min als dat het ontbreken van één element wijst op de afwezigheid daarvan. Juist de samenhang vormt een aanwijzing dat toeslaggerechtigden mogelijk op voorhand reeds werden verdacht van misbruik, zonder dat zij een reële mogelijkheid kregen om zich daartegen te verweren, tot het tegendeel bleek uit het feit dat niets kon worden gevonden. Een aanvullende aanwijzing van vooringenomenheid naast de hiervoor genoemde elementen valt soms te ontlenen aan het opdrachtformulier dat in de meeste CAF-dossiers werd opgesteld; de betekenis van de opdrachtformulieren als aanwijzing is echter wisselend (zie § 3.2.3.2). Het opdrachtformulier vormt vaak de start van het onderzoek naar de KOT van individuele vraagouders die in het zicht zijn gekomen door een CAF-onderzoek naar een facilitator (kinderopvanginstelling). In dit formulier worden instructies meegegeven over hoe deze individuele zaken dienen te worden behandeld. De opdrachtformulieren kunnen een indicatie vormen van mogelijke vooringenomenheid die in CAF-dossiers zou hebben gespeeld, maar dat vergt nader onderzoek. De handelwijze in individuele zaken van vraagouders kan namelijk afwijken van de instructies in het opdrachtformulier, zo is gebleken uit onderzoek van de ADR en uit informatie aangeleverd door Toeslagen. Men kan daarom niet alleen uitgaan van hetgeen in de opdrachtformulieren wordt beschreven. Het is noodzakelijk om bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid op individueel niveau te zoeken naar mogelijke vooringenomenheid.

Andere aspecten van de behandeling van de KOT-aanvragen in het kader van het CAF 11-dossier, zoals de duur van de behandeling van bezwaren, de moeilijkheden bij hernieuwde KOT-aanvragenen een strenge aanpak in de invorderingsfase, hebben ook gevolgen gehad voor belanghebbenden, maar zij zijn geen kenmerk van de institutioneel vooringenomen aanpak. Helaas was een dergelijke aanpak gebruikelijk bij alle toeslagbesluiten. Het zijn wel elementen die verzwarend hebben gewerkt op de gevolgen van de aanpak en beoordeling van de CAF 11-ouders in eerste instantie. Daarom vormt de duur van behandeling van bezwaarschriften wel een factor die meeweegt bij de berekening van de omvang van de compensatie, maar vormt dit geen indicator van vergelijkbaarheid voor andere dossiers.

3.2.3 Andere CAF-dossiers

3.2.3.1 Werkwijze in CAF-dossiers ten tijde van CAF 11[36]

Een eerste vraag die in dit verband onder ogen moet worden gezien is of de werkwijze in CAF-dossiers reeds een vergelijkbare aanpak als in het CAF 11-dossier oplevert. Daarbij zij wel aangetekend dat het Combiteam Aanpak Facilitators (hierna: CAF-team) niet specifiekvoor de KOT of toeslagen was opgericht; het bestrijkt het hele spectrum van de activiteiten van de Belastingdienst. Feit is echter dat op vijf dossiers na alle CAF-onderzoeken naar toeslagen de KOT betroffen.

Hier wordt een beschrijving gegeven van de CAF-werkwijze ten tijde van CAF 11. Op één onderdeel na komt dit grotendeels overeen met de huidige werkwijze van CAF. Toeslaggerelateerde CAF-zaken starten bij de directie Toeslagen met de beoordeling van een concreet intern of extern signaal aan de hand van de beschikbare informatiebronnen bij de Belastingdienst. Door het Combiteam wordt, mede aan de hand van deze door de directie Toeslagen aangeleverde signalen, de CAF-zaak in beeld gebracht.

CAF-zaken, ook het CAF 11-onderzoek, starten met de beoordeling van een concreet intern of extern signaal over mogelijk georganiseerd misbruik bij een facilitator aan de hand van de beschikbare informatie bij de Belastingdienst. Deze signalen komen binnen bij het CAF-team of het fraudemeldpunt van Toeslagen. Wanneer de beoordeling van een signaal aanwijzingen geeft van mogelijk georganiseerd misbruik kan het CAF-team dit bij een kinderopvanginstelling of de eventuele gastouders onderzoeken. Dit onderzoek is niet gericht op de toeslagen van de betrokken vraagouders. De werkwijze in deze fase is niet in generieke werkinstructies belegd, maar kent vanaf 2014 wel een min of meer standaard opzet. In het CAF 11-dossier eindigde deze fase met een advies aan het team Integraal Subjectgericht Toezicht (hierna: IST-team) van Toeslagen over de verdere behandeling van de individuele betrokken vraagouders.

Tegenwoordig kan het onderzoek naar individuele vraagouders gelijktijdig met het onderzoek naar de facilitator worden gestart, indien ook over die vraagouders signalen bestaan of het onderzoek naar de facilitator daar aanleiding voor geeft. Signalen over mogelijk georganiseerde misbruik bij individuele vraagouders worden door Toeslagen onderzocht en voorgelegd aan het TWO-overleg (IST, Fraude en Handhavingsregie)[37] waarbij globaal onderscheid wordt gemaakt tussen: 'geen verhoogd risico' (regulier toezicht); of 'verhoogd risico' (IST-team); of 'sterk vermoeden van fraude (fraudeteam)'. De individuele betrokken vraagouders komen vaak terecht bij het IST-team van Toeslagen. Zo ook de CAF 11-ouders die naar aanleiding van het onderzoek van de facilitator overgeheveld werden naar het IST-team (verhoogd risico). Een medewerker van het IST-team of van het team Handhavingsregie stelde, net als bij veel CAF-zaken, een opdrachtformulier op inclusief een voorstel voor de

[36] Gegevens met betrekking tot CAF-aanpak zijn in belangrijke mate ontleend aan het ADR-rapport en door ADR gecontroleerd en geverifieerd. Zie ADR-rapport antwoorden vraag 1.

[37] Zie voor een toelichting op deze begrippen paragraaf 5.2.2.

behandelwijze (zoals stopzetten van bevoorschotting), de uit te voeren controlewerkzaamheden (gerelateerd aan de signalen) en de uit te vragen informatie (welke bewijsstukken over welke toeslagjaren).

De procedures, richtlijnen en werkwijzen zijn vastgelegd in het Handboek Toeslagen, een generiek inhoudelijk naslagwerk. Daarin zijn wet, beleid en jurisprudentie verwerkt. Het Handboek Toeslagen biedt tevens algemene kaders voor toezicht en opsporing, daaronder de risicoclassificatie en toepassing daarvan, en het versterkt toezicht in de fase voorafgaand aan de voorlopige toekenning van een toeslag. Voor het onderzoek naar individuele vraagouders zijn daarnaast generieke werkinstructies uitgewerkt op basis van het IST-behandelkader. Zo specificeert de instructie 'beoordelen bewijsstukken' welke informatie moet worden aangeleverd en welke eisen aan contracten en betaalbewijzen worden gesteld. De opdrachtformulieren kunnen nadere aanwijzingen en aandachtspunten bevatten.

In geval er sprake is van verhoogd risico is het IST-behandelkader leidend. Dat geldt zowel voor toeslaggerechtigden die uit een CAF-dossier naar voren komen, als voor toeslaggerechtigden die via het risico-selectiemodel individueel zijn geïdentificeerd als verhoogd risico. Doel van de IST-behandeling is om zekerheid te krijgen dat de door de aanvrager gemelde basis om KOT te ontvangen juist is. Hiervoor moeten de grondslagen (die volgen uit de wet- en regelgeving) gecontroleerd worden bij een betrouwbare bron of bij de aanvrager zelf in de vorm van bewijsstukken. Als er twijfel is over één van de grondslagen en de aanvrager niet in staat is deze twijfel weg te nemen, dan is er volgens het behandelkader geen recht op toeslag.

Er is volgens de werkinstructies geen recht op toeslag indien door de aanvrager onvoldoende bewijsstukken worden aangeleverd om het recht op toeslag te kunnen vaststellen. Dit geldt zowel voor CAF-zaken als voor reguliere toeslagaanvragers. De bewijslast voor het recht op toeslag ligt bij de aanvrager (dit vloeit voort uit art. 18 Awir). De eisen die gesteld worden aan de betreffende bewijsstukken zijn opgenomen in de interne 'Richtlijnen beoordelen bewijsstukken'. Dit betreft bijvoorbeeld de specificatie van het opvangcontract (aantal uren per kind en uurprijs), de facturen (uren en uurprijs), de betaalbewijzen (betaling aan kinderopvang), de loonstroken van de ouders (inkomen en gewerkte uren) en de jaaropgaves van de kinderopvang (soort en type omvang, uren en uurtarief).

De beschreven opzet en werkwijze bieden geen aanleiding voor de conclusie dat de CAF-aanpak als zodanig reeds een vergelijkbare aanpak als in CAF 11 oplevert. Er is ook niet gebleken van instructies die alleen bij een CAF-aanpak gelden. Ook met betrekking tot de beoordeling van de aanspraken zouden in de instructies geen 'CAF-specifieke' elementen zijn opgenomen. De CAF-aanpak als zodanig is kortom niet automatisch vergelijkbaar met de CAF 11-aanpak, derhalve moeten de CAF-dossiers nader bezien worden op vergelijkbaarheid.

3.2.3.2 Uitkomst ADR-onderzoek

De Auditdienst Rijk (ADR) heeft als gezegd onderzocht of de behandelwijze die zich bij CAF 11 heeft voorgedaan ook in andere CAF-dossiers heeft gespeeld.[38] Dit onderzoek betreft de CAF-dossiers die betrekking hebben op toeslagen in de periode van 1 januari 2013 tot heden. De ADR heeft het eigen onderzoek nader kunnen aanscherpen en preciseren in het licht van het interim-advies en overleg met de commissie. De uitkomst van het onderzoek (hierna: ADR-rapport) is aan de interim directeur-generaal Toeslagen aangeboden. De commissie heeft eerder kennis kunnen nemen van het concept-eindadvies.

Het ADR-rapport biedt een vertrekpunt voor de identificatie van andere CAF-dossiers waarin Toeslagen op een vergelijkbare wijze te werk is gegaan als in het CAF 11-dossier. Het biedt daarover geen definitiefuitsluitsel; het berust op kwantitatieve indicatoren van een mogelijke werkwijze, maar niet op een kwalitatieve beoordeling van de concrete werkwijze in de onderscheiden dossiers. Het ADR-rapport betreft 149 CAF-dossiers (incl. CAF 11) die betrekking hebben op toeslagen.[39] Uit het onderzoek blijkt dat het waarschijnlijk is dat maar in een beperkt aantal CAF-dossiers op een met het CAF 11-dossier vergelijkbare wijze te werk is gegaan. De aanpak in het CAF 11-dossier was helaas niet uniek, maar gelukkig ook niet normaal. De institutioneel vooringenomen aanpak blijkt een werkwijze te zijn die voorkwam in de periode 2014 tot hooguit midden 2016.

De eerste van de eerdergenoemde elementen van vergelijkbaarheid (zie § 3.2.2), de 'zachte stop', komt blijkens het ADR-rapport in 107 dossiers niet voor. In 42 dossiers werd bij één of meer toeslaggerechtigden een 'zachte stop' toegepast, maar slechts in 17 dossiers (incl. CAF 11) komt de 'zachte stop' voor bij 50 procent of meer van de toeslaggerechtigden (wat een indicatie is van collectieve aanpak). Daarbij waarschuwt de ADR[40] dat het moeilijk is gebleken om vast te stellen wanneer er nu echt sprake is geweest van een 'zachte stop'. Het rapport wijst er in dat verband op dat de gegevens ten aanzien van de CAF 11-ouders, waar de commissie in het interim-advies van uitging, een hoger percentage van 'zachte stopzetting' te zien geven dan bij handmatig onderzoek door de ADR kon worden vastgesteld. Het verschil schuilt onder meer in bijvoorbeeld het gegeven dat in eerste instantie ook gevallen zijn meegeteld waarin ouders na de eerste aankondiging van voorgenomen

[38] Onderzoeksrapport 'Toeslaggerelateerde CAF-zaken'.

[39] Zoals in het antwoord op vraag 2a in het ADR-rapport wordt uiteengezet is op 17 december 2019 een overzicht aan de Tweede Kamer aangeboden waarin sprake was van 167 dossiers. Dit bevatte dubbeltellingen alsook vijftien dossiers waarin het onderzoek van fase 1 is gestart, maar nog niet tot fase 2 is besloten.

[40] Zie ADR-rapport, centrale boodschap, eerste bolletje.

stopzetting, zelf meedeelden dat de kinderopvang al eerder was gestopt. Ook noemt de ADR vier CAF-dossiers waarin voorschotten met terugwerkende kracht werden stopgezet. Dat berustte echter op de vaststelling door Toeslagen dat door ouders een gastouderbureau was opgegeven dat de activiteiten al had gestopt of dat een exploitatieverbod had gekregen. De stopzetting in die gevallen berustte dus wel degelijk op informatie welke de ouders individueel raakte.

De aanwezigheid van andere van de eerdergenoemde indicatoren van vergelijkbaarheid moeten worden gededuceerd uit de kwantitatieve informatie in het ADR-rapport en uit de opdrachtformulieren voor zover beschikbaar. Zo kan een hoog percentage ouders in een dossier van wie tenminste één toeslag is gestopt na onderzoek van de informatie, dienen als aanwijzing voor een *zero tolerance*-onderzoek en het 'makkelijk' afwijzen of reduceren van een aanspraak.[41] Een mogelijk tweede aanwijzing daarvoor is het percentage ouders dat in het betrokken dossier bezwaar heeft gemaakt en waarvan dit bezwaar vervolgens geheel of gedeeltelijk gegrond is bevonden. Wanneer bij een hoog percentage van de betrokken toeslaggerechtigden er maar een beperkt aantal bezwaar indient, suggereert dit dat de uitkomst enigszins 'verwacht' werd. Tweeaanvullende aanwijzingen voor een *zero tolerance*-aanpak lijken te zijn: het percentage aanvragen waarvoor bijzonder toezicht is toegepast en de brede uitvraag van informatie. De onderzoekers van de ADR hebben echter vastgesteld dat dit vrijwel steeds het geval was, zodat dit geen onderscheidende criteria oplevert. Of, en zo ja, hoe ontbrekende informatie nader werd uitgevraagd kan alleen door gericht onderzoek per zaak worden vastgesteld. De ADR heeft dat steekproefsgewijze gedaan, maar dat biedt vooralsnog slechts een algemeen beeld en geen gerichte informatie over bepaalde CAF-dossiers.[42]

Op basis van deze 'vertaling' van de eerdergenoemde indicatoren kan aan de hand van de gegevens uit het ADR-rapport een aantal CAF-dossiers worden geïdentificeerdwaarin een vergelijkbare behandeling *waarschijnlijk* is en dossiers waarin dit *mogelijk* het geval is. Daarbij heeft de commissie gebruikgemaakt van de gegevens uit bijlage 2 van het ADR-rapport. Bij de andere dossiers kan men op basis van het ADR-materiaal hooguit vaststellen dat er geen directe aanwijzingen zijn dat het gaat om een vergelijkbaar geval; uitgesloten is dat echter niet.

Tot de eerste categorie (*waarschijnlijk vergelijkbaar*) rekent de commissie die dossiers waarin bij meer dan de helft van de aanvragen de bevoorschotting is stopgezet zonder voorafgaand onderzoek ('zachte stop') en waarin bij meer dan 70 procent van de betrokkenen tenminste één aanspraak na onderzoek is afgewezen of neerwaarts gecorrigeerd. De stopzetting van voorschotten zonder voorafgaand onderzoek wijst op een groepsgewijze behandeling, terwijl een hoog percentage van afwijzing van aanspraken een indicator is van een mogelijke *zero tolerance*-controle. Ter vergelijking; het percentage stopzetting zonder onderzoek was volgens de ADR in CAF 11 53 procent en het percentage afwijzing was 91 procent.[43] Tegen deze achtergrond is de commissie van mening dat er sprake is van een *mogelijk vergelijkbare* behandeling in die dossiers waarin tussen 40 procent en 50 procent van de betrokken toeslaggerechtigden is geconfronteerd met stopzetting van voorschotten zonder voorafgaand onderzoek en tussen de 40 tot 70 procent van de betrokkenen na onderzoek is geconfronteerd met afwijzing of neerwaartse correctie van tenminste één aanspraak. Bij een 'zachte' stopzetting beneden de 40 procent vormt die stopzetting geen indicatie meer van een groepsgewijze behandeling en bij een percentage afwijzing beneden de 40 procent nadert men het gemiddelde percentage afwijzingen in alle CAF-dossiers, en dan biedt het percentage afwijzingen geen indicatie meer van een *zero tolerance*-controle.

Op deze basis rekent de commissie tot de eerste categorie *(waarschijnlijk vergelijkbaar)* de volgende 10 dossiers waarbij in totaal 945 toeslaggerechtigden betrokken zijn: Tonga-2014 (7-4-2014), CAF-Swierigheid (8-4-2014), CAF-Beilen (18-4-2014), CAF-Tonga2 (9-5-2014), CAF-Danny De (18-8-2014), CAF- Danny De Twins(14-11-2014), CAF-Vanuatu (16-3-2015), CAF-Horseshoe Bay (16-4-2015), CAF-Caledonie 2015 (9-7-2015), CAF-Kuil (9-7-2015).

Tot de tweede categorie *(mogelijk vergelijkbaar)* rekent de commissie de volgende 8 dossiers waarbij in totaal 358 toeslaggerechtigden betrokken zijn: CAF-Oahu (25-7-2014), CAF-Danny De Fase 2 (21-10-2014), CAF-Anker ( ) (10-12-2015), CAF-Inverness (10-12-2015), CAF-Balmaha (19-2-2016), CAF-Mundo (18-3-2016), CAF-Kidzzl/Kidzz, Palace (11-4-2016).

[41] De ADR heeft hier geen onderzoek naar gedaan.
[42] Zie ADR-rapport, centrale boodschap, vierde bolletje.
[43] Zie voor nadere toelichting het ADR-rapport: antwoord vraag 4b.

Aan de deze '*mogelijk vergelijkbaar*'-dossiers zouden naar de mening van de commissie de volgende dossiers moeten worden toegevoegd, waarbij in totaal 519 toeslaggerechtigden zijn betrokken:

- Caledonie (19-2-2014): dit dossier vertoont een zeer hoog percentage afwijzingen maar met een laag percentage zachte stopzetting. Het betreft hier een dossier dat is aangevat vlak voor de aanpak van CAF 11 en om die reden mede ter controle onderzocht zou moeten worden.

- CAF-Namdrik (24-4-2014): dit dossier loopt in de tijd gelijk met CAF 11 en heeft ook een hoog percentage afwijzingen en een hoog percentage bezwaar.

- CAF-Punta (9-5-2014): is een zaak die hoge percentages vertoont in verschillende kolommen, maar met aanzienlijke onzekerheid omtrent de betrouwbaarheid van de statistische gegevens (deze zaak dient daarom mede ter controle).

- CAF-Lanai (28-5-2014): dit is de Eftel-zaak die hierna wordt besproken (zie § 3.2.4.2).

Uit deze selectie kan niet worden afgeleid dat er ca. 1800 toeslaggerechtigden de dupe zijn geworden van een vergelijkbare behandeling als betrokkenen in het CAF 11-dossier; dat schept een onjuist beeld. De commissie wijst er nogmaals met nadruk op dat het hier een selectie betreft op basis van statistische indicatoren. Er is, zoals hierna wordt besproken, verder onderzoek nodig om vast te stellen of er daadwerkelijk sprake was van een vergelijkbare behandeling en vervolgens of de afwijzing niet berustte op de conclusie dat er evident geen aanspraak was op toeslag.

Uit het ADR-rapport blijkt dat veel dossiers die hoog scoren op de verschillende indicatoren van een vergelijkbare behandeling zijn gestart in 2014 en 2015. Het is ook aannemelijk dat de werkwijze die bij CAF 11 werd gehanteerd in dezelfde tijd ook bij andere CAF-dossiers werd gebruikt. Niets wijst erop dat het CAF 11-dossier een exclusieve behandeling kreeg. Vanaf begin 2016 is er een markante daling van het aantal dossiers dat aan de verschillende indicatoren voldoet. Het ADR-rapport bevestigt dat er vanaf mei 2016 geen 'zachte stop' meer heeft plaatsgevonden. Dat strookt met de informatie die aan de Tweede Kamer werd verstrekt in reactie op het rapport van de Nationale ombudsman.[44] Ook de opdrachtformulieren laten een geleidelijke verandering zien.

De commissie heeft de opdrachtformulieren met name gebruikt om de handelwijze van Toeslagen in de tijd uiteen te zetten. De beschikbare opdrachtformulieren van 2014 t/m 2019 schetsen namelijk een beeld van hoe de handelwijze van Toeslagen geleidelijk is veranderd van een strikte beoordeling van individuele dossiers in 2014 naar een meer onderbouwd onderzoek naar individuele vraagouders in latere jaren. Van 2014 tot halverwege 2016 werden bijvoorbeeld in bepaalde gevallen instructies gegeven voor een 'zachte stop'. De meest ingrijpende verandering die uit de opdrachtformulieren naar voren komt, is de instructie over onvolledige bewijsstukken. In 2014 kreeg men de instructie om bij onvolledige bewijsstukken het recht op KOT af te wijzen, maar vanaf 2015 is deze instructie gewijzigd naar het opvragen van bewijsstukken. Ook hier moet een kanttekening worden geplaatst. In het verdere verloop van het onderzoek naar individuele vraagouders is door Toeslagen regelmatig afgeweken van de instructies in het opdrachtformulier. Elk individueel onderzoek naar aanleiding van een CAF-dossier heeft uiteindelijk dus een eigen traject gekend en dient uiteindelijk op individueel niveau te worden beoordeeld op vergelijkbaarheid met CAF 11-dossier.

3.2.3.3 Een passende oplossing vergt nader onderzoek

Toeslaggerechtigden die in het kader van andere CAF-dossiers op een vergelijkbare wijze zijn behandeld als toeslaggerechtigden in het CAF 11-dossier zouden op dezelfde wijze voor compensatie in aanmerking moeten komen. Het ADR-rapport biedt een vertrekpunt bij het identificeren van de CAF-dossiers die daarvoor in aanmerking zouden kunnen komen, maar de daarin beschikbare kwantitatieve informatie biedt onvoldoende houvast voor de vaststelling of daarbij betrokken toeslaggerechtigden wel of niet voor compensatie in aanmerking komen. Deze vaststelling vergt dan ook nader onderzoek in het desbetreffende dossier en de daartoe behorende zaken. Daarbij moet worden vastgesteld of betrokken toeslaggerechtigden bij het onderzoek naar en de besluitvorming over hun aanspraak enkel op grond van hun betrokkenheid bij het dossier en zonder individuele aanwijzingen van onregelmatigheden zozeer werden verondersteld misbruik te hebben gemaakt van het KOT-stelsel, dat het gerechtvaardigd is om hen daarvoor te compenseren. Leidend daarbij zijn de elementen zoals die eerder werden genoemd (zie § 3.2.2). De compensatie wordt geboden aan ouders die groepsgewijs vooringenomen zijn behandeld. Het is dus niet voldoende dat het voorschot van één of een klein deel van de toeslaggerechtigden in een CAF-dossier is gestopt, of dat bij één of enkelen van de betrokkenen verder is doorgevraagd; het gaat erom dat excessieve controle het patroon was bij de groep als geheel.

Het nader onderzoek zal zich in de eerste plaats moeten richten op die dossiers waarin, op grond van de hiervoor genoemde criteria (zie § 3.2.3.2), waarschijnlijk sprake is van een vergelijkbare, institutioneel vooringenomen aanpak. Een meer gede-

[44] Zie brief staatssecretaris van Financiën van 7 november 2019. Zie ook hierna § 5.2.2.2.

tailleerd beeld van de wijze waarop aanspraken zijn onderzocht en beoordeeld, moet, aan de hand van de eerder genoemde elementen (zie § 3.2.2), inzicht geven of er inderdaad sprake is van vergelijkbaarheid met het CAF 11-dossier en of er dus reden is voor compensatie. Dat beeld zal alleen kunnen ontstaan door de individuele stukken van de betrokkenen te bekijken.

Bij dat nader onderzoek zal in het oog gehouden moeten worden dat het in de CAF-dossiers ging om fraudeonderzoek. In de aard van de vermoede fraude of het reeds gebleken georganiseerd misbruik van de toeslagen, kan een valide aanleiding gelegen zijn voor een bijzonder onderzoek en daarbij behorende maatregelen. Zoals het stopzetten van voorschotten (met terugwerkende kracht) in het dossier waarin werd vastgesteld dat voorschotten werden gegeven voor opvang via een gastouderbureau dat inmiddels was opgeheven of niet langer over de noodzakelijke registratie beschikte (de vier in het ADR-rapport genoemde dossiers). Feit is dat bij de in het voorgaande geïdentificeerde dossiers ook dossiers behoren waarin georganiseerd misbruik of fraude is vastgesteld. Dat is op zichzelf geen rechtvaardiging voor vooringenomenheid jegens de betrokken ouders, maar het kan wel een verklaring zijn voor een groot aantal correctiebesluiten. Ook moet worden onderkend dat een aantal CAF-dossiers een zeer beperkte populatie toeslaggerechtigden betreft, waardoor hoge percentages op bepaalde criteria verklaarbaar zijn.

Ook in die dossiers waarin op grond van de hiervoor genoemde criteria (zie § 3.2.3.2) *mogelijk* sprake is van een vergelijkbare aanpak, zal nader onderzoek nodig zijn om vast te stellen of dit feitelijk wel of niet heeft plaatsgevonden. De beoordeling of dit het geval is, geschiedt op dezelfde wijze als bij de vorige categorie (*waarschijnlijk vergelijkbaar*), maar het onderzoek naar de werkwijze bij beoordeling van aanspraken zal indringender moeten zijn, omdat de gegevens van het ADR-rapport minder aanleiding geven voor de conclusie dat dit wel het geval is geweest. Ook het tijdsgewricht waarin het onderzoek en de besluitvorming hebben plaatsgevonden, kan een rol spelen. Even hiervoor werd aangegeven dat er zowel in de kwantitatieve informatie als in de kwalitatieve informatie uit de opdrachtformulieren sprake is van een geleidelijke verandering in de handelwijze van Toeslagen met betrekking tot het onderzoek van individuele zaken van vraagouders die in het zicht zijn gekomen door een CAF-onderzoek. De aanpak van Toeslagen is op basis van de opdrachtformulieren geleidelijk veranderd van een strikte beoordeling van individuele dossiers in 2014 naar een meer onderbouwd onderzoek naar individuele vraagouders later.

Op welke wijze dit nader onderzoek moet plaatsvinden, voordat tot toepassing van de compensatieregeling voor dossiers kan worden besloten en hoe daarna met individuele zaken moet worden omgegaan, wordt hierna besproken (zie § 3.2.5.1).

3.2.4 Niet-CAF-dossiers

3.2.4.1 Onderscheiden dossiers

De CAF-aanpak ontstond met de oprichting van het Combiteam Aanpak Facilitators in september 2013. De collectieve aanpak van ouders in het CAF 11-dossier vloeide daaruit voort. In het voorgaande is besproken hoe de CAF-dossiers waarin mogelijk op vergelijkbare wijze te werk is gegaan, kunnen worden geïdentificeerd.In het publiek debat over het CAF 11-dossier is naar voren gekomen dat ook al eerder dan 2013 ouders collectief als verdachte van fraude zouden zijn aangemerkt en behandeld. Aangezien onderzoek naar fraude en georganiseerd misbruik voor 2013 niet systematisch werd uitgevoerd, maar een meer incidenteel karakter had, is de commissie daarbij aangewezen op wat nog bekend is omtrent deze onderzoeken.

In de jaren voorafgaand aan CAF heeft Toeslagen inderdaad meerdere onderzoeken naar fraude en georganiseerd misbruik gedaan. In verband met de discussie over CAF 11 worden drie onderzoeken naar gastouderbureaus vaak genoemd: 10.2.g 10.2.g (2009), Bebegim (2011) en Eftel (2014) en twee naar kinderopvangorganisaties: 't Paddestoeltje (2011) en De 10.2.g (2013). Het dossier Eftel is ná de start van CAF opgepakt als CAF 13-Lanai en komt als zodanig ook voor in het ADR-onderzoek. De dossiers Bebegim en Eftel hebben in zoverre verband met het CAF 11-dossier, dat een aantal ouders vanuit deze gastouderbureaus zijn overgestapt naar het gastouderbureau dat in CAF 11 voorwerp van onderzoek was.

Naast deze dossiers die regelmatig worden genoemd in verband met CAF 11, zijn er volgens Toeslagen nog zeker zes andere, oudere onderzoeken geweest: Dar el Hanan, GOB 4yourkids, CBK, Darkom, KOAH en Doltje.[45] Deze onderzoeken hangen ten dele samen, omdat de betrokken eigenaar/houder meerdere kinderopvanginstellingen runde (Dar El Hanan, GOB 4yourkids en gastouderbureau B. Holding waren alle gelieerd aan dezelfde eigenaar/houder).

3.2.4.2 Vergelijkbare werkwijze?

Bij de oudste zaken heeft naar alle waarschijnlijkheid geen stopzetting van lopende voorschotten plaatsgevonden, eenvoudig omdat in die jaren de controle pas na afloop van het berekeningsjaar plaatsvond en onregelmatigheden dan pas werden vastgesteld. Een vorm van stopzetting van lopende voorschotten heeft wel plaatsgevonden in de dossiers 10.2.g en 't Paddestoeltje. Dit hing evenwel samen met specifiekefeiten en omstandigheden in het fraudeonderzoek. In het dossier Appelsbloesem vloeide dit voort uit het feit dat veel betalingen door Toeslagen nog rechtstreeks gedaan werden aan het gastouderbureau dat van fraude werd verdacht. In het dossier 't Paddestoeltje werden een aantal toeslagen teruggevorderd bij ouders. Er was sprake van een vermoeden van fraude met deze aanvragen. Er werd geen zachte stop toegepast; het onderzoek

[45] Voor Dar el Hanan, zie de Volkskrant, september 2009; voor GOB 4yourkids zie publicatie OM 22 juni 2010.

geschiedde na afloopvan de berekeningsjaren. In de dossiers De[0.2.]gen Bebegim zou geen zachte stop hebben plaatsgevonden. In het geval van Eftel zou in een aantal zaken (64 van 174) een zachte stop zijn toegepast.

In de meeste van deze dossiers heeft het onderzoek geleid tot strafrechtelijke vervolging en veroordeling van de eigenaar/houder van de kinderopvanginstelling. In alle dossiers werden in het kader van het onderzoek ook de aanvragen van vraagouders intensief gecontroleerd. In de meeste gevallen gaven de feiten uit het onderzoek daarvoor ook aanleiding. In de casus [10.2.g], 't Paddestoeltje en De[0.2.]gtrokken de eigenaren van deze opvanginstellingen vraagouders aan door hen gratis opvang te beloven of door weinig tot geen eigen bijdrage af te spreken. In het dossier [10.2.g] geschiedde dit door de eigen bijdrage van de vraagouder door de opvangouder terug te laten 'schenken' aan de vraagouder, hetgeen met gesloten beurze geschiedde. Deze constructie is later aan de rechter voorgelegd. De Afdeling bestuursrechtspraak kwam tot de conclusie dat dit erop neerkwam dat de vraagouder in strijd met de wet geen eigen bijdrage betaalde.[46] Van de 2.000 vraagouders in dat dossier heeft Toeslagen in circa 1.400 zaken de aanspraak gecorrigeerd en de teveel verstrekte kinderopvangtoeslag teruggevorderd. De toeslagen van de overige 600 vraagouders werden na onderzoek niet gecorrigeerd en konden worden voortgezet. In de zaak van 't Paddestoeltje werden de toeslagen onterecht op het persoonlijke rekeningnummer van de houder van de kinderopvanginstelling gestort, waarbij de aanvragen doorliepen, ook nadat de opvanginstelling failliet was verklaard. In het geval van De[0.2.]gbood de eigenaar gratis opvang aan mensen met een laag inkomen. Deze gaven hun DigiD aan de eigenaar, die namens hen een maximale kinderopvangtoeslag aanvroeg, ongeacht het daadwerkelijk afgenomen aantal uren. De toeslagen van deze vraagouders werden ook niet stopgezet wanneer er geen opvang meer werd afgenomen. In deze zaak is onderzocht of de ouders zelf strafrechtelijk vervolgd zouden moeten worden, maar ook of zij voor een slachtofferregeling in aanmerking zouden moeten komen. Er zijn uiteindelijk geen vraagouders strafrechtelijk vervolgd en er zijn ook geen boetes opgelegd aan vraagouders. In veel gevallen zijn echter de voorschotten teruggevorderd, omdat de meeste ouders na onderzoek geen recht bleken te hebben op KOT.

In het dossier Bebegim (2011) werd bij onderzoek vastgesteld dat er aanvragen voor kinderopvangtoeslag met terugwerkende kracht waren ingediend. Er werd kinderopvangtoeslag aangevraagd voor een periode in het verleden, waarin geen sprake was van tussenkomst van het gastouderbureau. Bovendien zou de 'eigen bijdrage' niet zijn voldaan en voldeden contracten niet aan de wettelijke voorwaarden. Dit was aanleiding om de KOT-aanspraak van alle bij dit bureau betrokken vraagouders over de jaren 2007 tot en met 2011 te controleren. Wanneer niet kon worden aangetoond dat aan de voorwaarden was voldaan, werd de toeslag op nihil vastgesteld en het eerder uitbetaalde bedrag teruggevorderd. Het ging daarbij om 1.280 toeslaggerechtigden.

Niets in hetgeen daaromtrent nu valt te achterhalen, wijst erop dat er in voornoemde dossiers sprake is geweest van een vergelijkbare aanpak als in het CAF 11-dossier. Het ging in deze zaken om onderzoek naar georganiseerd misbruik van de KOT waarin ook de betalingen aan vraagouders een rol speelden. Dat laat onverlet dat in een aantal van die zaken mogelijk vruchtbaar een beroep op art. 33 Awir (verhaal op derden) gedaan had kunnen worden, indien dat artikel destijds al wettelijk zou zijn geregeld. Alleen in het Eftel (2014) dossier bestond er weinig verband tussen de feiten van het fraudeonderzoek en de controle bij de vraagouders. In de Eftel-zaak werd blijkens het ADR-onderzoek bij bijna 37 procent van de toeslaggerechtigden een 'zachte stop' toegepast. De feiten van het onderzoek gaven daar op zichzelf geen aanleiding toe. Aanleiding voor het onderzoek waren signalen dat het gastouderbureau de gastouders niet betaalde en de houder/eigenaar van het bureau naar het buitenland was vertrokken. De vraagouders stonden buiten deze problematiek. Toch is er overgegaan tot intensief toezicht bij de vraagouders. Dat heeft in bijna 60 procent van de zaken geleid tot neerwaartse correctie van de toeslag.

3.2.4.3 Conclusie

Uit de beschikbare informatie blijkt dat, met uitzondering van het dossier Eftel, het onderzoek naar de aanspraken van toeslaggerechtigden voortvloeide uit en verweven was met de feiten die aanleiding gaven tot het fraudeonderzoek. Voor zover valt na te gaan vloeide ook de besluitvorming over individuele aanspraken voort uit het verband met het misbruik van de KOT. Dit sluit niet uit dat mogelijk de omvang van de correctiebesluiten en de daaruit voortvloeiende terugvorderingen naar huidig inzicht niet geheel in verhouding stond tot de overtreding. Zulks vloeide evenwel, voor zover nu valt na te gaan, niet voort uit een groepsgewijze aanpak en vooringenomenheid, maar uit de toenmalige uitleg van de wet, waarbij Toeslagen geen ruimte had om bij de geconstateerde overtredingen minder streng te besluiten. Naar aanleiding van een aantal van deze oude zaken heeft Toeslagen naar mogelijkheden gezocht om de rigoureuze werking van de wet te matigen en deze gevolgen aangekaart bij het beleidsdepartement SZW. Voor de gewenste coulance richting ouders moest immers de regelgeving door het beleidsdepartement gewijzigd worden. Uiteindelijk is niet gekozen voor het wijzigen van regelgeving, omdat deze mogelijkheden werden overschaduwd door nieuwe fraudegevallen.

Het dossier Eftel heeft enkele kenmerken van een vergelijkbare werkwijze als in het CAF 11-dossier. Dit hoeft niet te bevreemden gegeven het feit dat het onderzoek van de individuele aanspraken in dezelfde periode plaatsvond als het onderzoek in het CAF 11-dossier. Het betreft hier een dossier dat weliswaar voor de CAF-aanpak is gestart, maar dat vervolgens in die

[46] Uitspraak ABRvS van 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2106.

aanpak is meegenomen als CAF-Lanai. In het voorgaande werd dit dossier dan ook reeds geïdentificeerdals dossier dat nader onderzocht zou moeten worden als 'mogelijk vergelijkbaar dossier'.

In het dossier Bebegim moet worden vastgesteld dat Toeslagen overging tot controle bij 1.280 toeslaggerechtigden naar de aanspraken tot vijf jaar terug. Gelet op de feiten van het onderzoek - aanvragen met terugwerkende kracht, geen tussenkomst betrokken gastouderbureau, geen eigen bijdrage - kan dit geheel wel gerechtvaardigd zijn geweest door de aanleiding voor het onderzoek en kunnen de neerwaartse correcties die daaruit voortvloeiden ook geheel verantwoord zijn geweest. Het Bebegim-dossier valt buiten het CAF-onderzoek van de ADR, zodat daarover geen nadere informatie beschikbaar is over de uitkomst. Gegeven de uitzonderlijke omvang in de jaren van de uitvraag van informatie, meent de commissie dat het Bebegim-dossier nader onderzoek behoeft. Dit onderzoek zou heel specifiekgericht moeten zijn op de vraag of daaruit het beeld van *zero tolerance*-controle naar voren komt. Het gaat daarbij dan niet alleen om het percentage afwijzingen, maar of de afwijzingen specifiekgerelateerd waren aan het misbruik dat in het onderzoek was gebleken, in hoeverre er gelegenheid werd geboden om informatie aan te vullen of te verduidelijken en of ook maar bij de geringste onregelmatigheid werd overgegaan tot afwijzing of correctie. Dit nader onderzoek zou kunnen plaatsvinden op de wijze als bedoeld in § 3.2.5.1.

Ten slotte heeft de commissie bezien of na de oprichting van het CAF in 2013 er buiten het CAF-kader nog sprake is van onderzoeken waarbij de toeslaggerechtigden collectief zijn aangepakt, waarbij hun aanspraken op toeslag op een vooringenomen wijze zijn onderzocht en beoordeeld. De commissie heeft daarover navraag gedaan bij Toeslagen. Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. Ook heeft de commissie geen signalen ontvangen uit het publiek debat of andere bronnen dat er wel sprake zou zijn van dergelijke onderzoeken. Dat is ook niet vreemd omdat Toeslagen zelf niet de capaciteit heeft voor dergelijk onderzoek, los van de controle van afzonderlijke aanspraken. Dat was - en is - voor Toeslagen nu juist de meerwaarde van het CAF-team. De commissie gaat er bij gebrek aan signalen die een andere richting op wijzen, dan ook vanuit dat dergelijke onderzoeken niet hebben plaatsgevonden.

3.2.5 Compensatie als passende oplossing

3.2.5.1 Werkwijze bij de toepassing

Uitgangspunt van de commissie is dat waar er in andere dossiers sprake is geweest van een werkwijze van Toeslagen vergelijkbaar met die in het CAF 11-dossier, de betrokken toeslaggerechtigden in aanmerking moeten komen voor eenzelfde compensatie als CAF 11-ouders hebben ontvangen. In het licht van wat nu bekend is over andere CAF-dossiers en niet-CAF-dossiers, kan worden geconcludeerd dat een vergelijkbare werkwijze van Toeslagen helaas niet uniek was, maar zeker ook niet normaal. De vaststelling in welke dossiers sprake is geweest van een institutioneel vooringenomen aanpak, behoeft nader onderzoek. Dat onderzoek kan worden uitgevoerd door Toeslagen en worden beoordeeld door de commissie van wijzen die inmiddels is ingesteld ten behoeve van de compensatie verstrekt aan de CAF 11-ouders.

Toepassing van de compensatieregeling met betrekking tot andere dossiers vergt evenals de toepassing van de regeling met betrekking tot het CAF 11-dossier de inschakeling van een commissie van wijzen.[47] Deze zou ook ingeschakeld kunnen worden bij de beoordeling van het nadere onderzoek van de dossiers dat nodig is.[48]

In een eerste stap dient Toeslagen via het eerder bedoelde nader onderzoek (zie § 3.2.3.3) de andere CAF-dossiers te identificerenwaarin op vergelijkbare wijze te werk is gegaan als in het CAF 11-dossier. Dit onderzoek betreft in de eerste plaats die dossiers waarvan aan de hand van de hiervoor genoemde criteria (zie § 3.2.3.2) het op het eerste gezicht *waarschijnlijk* is dat een vergelijkbare aanpak heeft plaatsgevonden. Wanneer bij nader onderzoek wordt vastgesteld dat in tot deze categorie behorende dossiers naar het oordeel van Toeslagen toch geen vooringenomen aanpak is gehanteerd, dan zou die conclusie ter bevestiging voorgelegd moeten worden aan de commissie van wijzen. Bij de dossiers van de tweede categorie *mogelijk vergelijkbaar* zou zowel de positieve als negatieve conclusie van Toeslagen ter bevestiging aan de commissie van wijzen moeten worden voorgelegd. Als Toeslagen ten aanzien van sommige van deze dossiers tot het oordeel komt dat er geen sprake is van een met de CAF 11-zaak vergelijkbare zaak, dan zou dit oordeel door de onafhankelijke commissie van wijzen moeten worden getoetst. Zo kan zeker worden gesteld dat geen dossiers die (enige) signalen bevatten die wijzen op een groepsgewijze, vooringenomen behandeling ten onrechte buiten de reikwijdte van de compensatieregeling worden geplaatst. Ook wanneer Toeslagen ten aanzien van deze gevallen tot het oordeel komt dat wel sprake is geweest van een vooringenomen behandeling moet met dat oordeel worden ingestemd door de commissie van wijzen. Het gaat immers om twijfelgevallen. Het is goed om daarover met de commissie van wijzen van gedachten te wisselen, zodat de grens met de categorie 'niet vooringenomen behandeld' wel doordacht wordt getrokken. Ook de conclusie die volgt uit het nader onderzoek in het Bebegim-dossier (zie § 3.2.4.3) moet aan de commissie van wijzen worden voorgelegd.

[47] Zie instellingsbesluit van de commissie van onafhankelijke deskundigen CAF 11/Toeslagen van 16 december 2020, gepubliceerd op 12 december 2020 in Stcrt. 2019 nr. 70689.

[48] Artikel 2 lid 3 van voormeld instellingsbesluit biedt die ruimte.

In een tweede stap zal Toeslagen alle toeslaggerechtigden die voorkomen in de dossiers die in stap 1 zijn geïdentificeerd, moeten aanschrijven en meedelen dat zij mogelijk voor compensatie in aanmerking kunnen komen. De suggestie dat zij sowieso recht hebben op compensatie zal moeten worden vermeden. Als er iets blijkt uit het ADR-rapport dan is het wel dat de situatie van iedere toeslaggerechtigde anders is. Dit betekent dat voor iedere ouder die betrokken was bij de in stap 1 geïdentificeerdedossiers individueel moet worden nagegaan wat de precieze omstandigheden waren op basis waarvan zijn aanspraak neerwaarts werd gecorrigeerd; of daarbij sprake was van evidente redenen of veeleer van vooringenomenheid.

Eventuele compensatie dient ook slechts op aanvraag van betrokken toeslaggerechtigde in behandeling te worden genomen. Daarmee wordt voorkomen dat ongevraagd jegens een burger beslissingen worden genomen. Het kan heel wel zijn dat iemand er niet op zit te wachten dat zijn dossier weer wordt geopend en oude zaken opnieuw worden opgerakeld, of dat een eenmalige uitkering mogelijk nadelige gevolgen voor hem heeft. Zeker waar de overheid zoals hier, onverplicht handelt voor wat juridisch gezien rechtmatig handelen was, dient zulks te geschieden op verzoek van betrokkenen. Daarom moeten zij wel in kennis worden gesteld dat zij in aanmerking *kunnen* komen, maar dienen zij eerst zelf aan te geven dat zij in aanmerking *willen* komen.[49] Wel zullen zij actief moeten worden ondersteund bij het doen van hun aanvraag.

In een derde stap zal Toeslagen de aanvragen om compensatie moeten beoordelen. Daarbij moet ook worden bekeken of er redenen zijn om niet tot compensatie over te gaan aan de hand van de criteria die reeds in het interim-advies werden genoemd (zie § 5.3.1). Het gaat daarbij om de vraag of er evident geen aanspraak op KOT was of sprake van andere ernstige onregelmatigheden, zoals het geheel wegblijven bij controle of nooit van zich hebben laten horen. Er is gebleken dat onderzoek naar deze omstandigheden bij de toepassing van de compensatieregeling op het CAF 11-dossier uiterst summier is geweest. Daardoor hebben mogelijk zelfs ouders die eertijds zelf de KOT al hadden stopgezet omdat er geen opvang meer was, alsnog compensatie gekregen. Bij toepassing van de compensatieregeling in andere dossiers dient zulks vermeden te worden. Uiteraard zal Toeslagen bij afwijzing van de aanvraag om compensatie in die gevallen, het voorgenomen afwijzingsbesluit ter bevestiging voor moeten leggen aan de commissie van wijzen.

In een vierde stap zal Toeslagen alle aanvragen moeten onderzoeken van toeslaggerechtigden die weliswaar niet in het kader van stap 2 zijn aangeschreven, maar die desalniettemin menen dat zij wel voor compensatie in aanmerking zouden moeten komen, omdat zij evenzeer op vergelijkbare wijze als de ouders in het CAF 11-dossier zijn behandeld. In die gevallen mag Toeslagen van de betrokken ouders, die zichzelf melden, vragen dat zij de informatie verschaffenop basis waarvan zij menen dat het aannemelijk is dat hun aanspraken op KOT in enig jaar eveneens onderdeel is geweest van een groepsgewijze, vooringenomen aanpak. De feiten die in een dergelijke zelfmelding worden genoemd, zullen door Toeslagen onderzocht moeten worden. Komt Toeslagen in een dergelijk geval tot het oordeel dat die zaak geen onderdeel vormt met een met CAF 11 vergelijkbaar dossier, dan wordt de aanvraag afgewezen. Dat levert (door het aanvraagsysteem) een appellabel besluit op waartegen, na bezwaar, automatisch[50] rechtsbescherming open staat bij de bestuursrechter. In dit geval zou de afwijzing niet eerst aan de commissie van wijzen hoeven te worden voorgelegd, maar zou de behandeling van het bezwaar door een onafhankelijke bezwaarschriftenadviescommissie[51] dienen te geschieden, zodat geschillen hierover onafhankelijk en eenduidig worden afgedaan.

Mocht Toeslagen op basis van onderzoek tot het oordeel komen dat de betreffendezaak – ondanks het feit dat er geen eerdere signalen waren in die richting – toch deel uitmaakt van een met de CAF 11 vergelijkbaar dossier, dan dient met dat oordeel te worden ingestemd met de commissie van wijzen. Het gaat immers om gevallen die niet eerder werden geïdentificeerd.Het is goed om daarover met de commissie van wijzen van gedachten te wisselen, zodat de grens met de categorie 'niet vooringenomen behandeld' steeds beargumenteerd en doordacht wordt getrokken.

3.2.5.2 Aanvullende compensatie bij groot materieel nadeel?

In het Kamerdebat op 4 december 2019 met de staatssecretaris werd opgemerkt dat de geboden compensatie niet in alle gevallen alle materiële gevolgen dekt van de stopzetting en terugvordering van de KOT in de CAF 11-zaak. De staatssecretaris zou het daarheen moeten leiden dat voor het meerdere ook compensatie geboden zou worden. Bij motie[52] werd de staatssecretaris opgeroepen om ervoor te zorgen dat burgers met meer schade dan er wordt gecompenseerd, zonder tegenwerking hun recht kunnen halen.

Het is juist dat de compensatieregeling die de commissie in het interim-advies voorstelt als passende oplossing voor de in het CAF 11-dossier betrokken toeslaggerechtigden, niet steeds het werkelijke nadeel zal vergoeden dat zij hebben ondervonden als gevolg van de afwijzing of vermindering van hun KOT-aanspraak voor 2012, 2013 en/of 2014 en daaropvolgende terug- en invorderingsbesluiten. Dat ligt besloten in het feit dat de voorgestelde compensatieregeling forfaitaire vergoedingselemen-

[49] De commissie had hetzelfde geadviseerd voor de toepassing van de compensatieregeling met betrekking tot het CAF 11-dossier. In de haast om nog voor Kerstmis tot betaling te komen is zulks overgeslagen. Dit verdient geen herhaling.

[50] Art. 1:3, lid 2, Awb.

[51] Als bedoeld in artikel 7:13 Awb.

[52] Motie Omtzigt 31066, nr. 551 en gewijzigde motie Van Raan; 31 066, nr. 587; TK 2019-2020.

ten bevat voor het eventueel geleden materiële en immateriële nadeel van de besluitvorming. Evenzo is het waarschijnlijk dat andere belanghebbenden meer ontvangen dan zij als nadeel hebben ondervonden; dat ligt evenzeer in de forfaitaire aanpak besloten. Er is wel een relatie tussen omvang van schade en compensatie, maar die loopt via de omvang van het bedrag dat belanghebbende aan KOT is misgelopen als gevolg van negatieve correctiebesluiten van Toeslagen en dat vervolgens is teruggevorderd. Vandaar dat werd voorgesteld om de compensatie voor materieel nadeel te stellen op 25 procent van het bedrag dat is gemoeid met de negatieve correctiebesluiten waarmee de getroffenouders werden geconfronteerd en om de compensatie voor immaterieel nadeel te maximeren op dat bedrag. Dit berust op de gedachte dat grote correcties waarschijnlijk grotere consequenties zullen hebben gehad dan kleine(re) correcties. Overigens is ook voorgesteld om de kosten die zijn ontstaan als gevolg van aanmaningen en dwangbevelen en invorderingsrente geheel te compenseren en om de schade die het gevolg was van gedwongen verkoop van bezittingen door dwanginvordering, geheel te vergoeden. Op belangrijke punten sluit de compensatieregeling dus wel aan op werkelijk geleden schade.

De commissie ziet voor overige materiële schadevergoedingen geen ruimte onder een compensatieregeling. Uitgangspunt van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is dat schadeaansprakelijkheid van de staat onrechtmatig handelen vereist. Dit betekent dat voor een vergoeding van de werkelijke schade door de betrokken toeslaggerechtigden de onrechtmatigheid van de negatieve correctie- en terugvorderingsbesluiten eerst gesteld en bewezen moeten worden voor de rechter. Ook zal in ieder individueel geval aangetoond moeten worden dat de meerdere schade die zij claimen uit die negatieve correctie van hun aanspraak voortvloeit (er moet een causaal verband zijn). Daarbij zullen onvermijdelijk bewijsproblemen ontstaan. Wat is het causaal verband tussen het KOT-besluiten nadelige gebeurtenissen zoals een echtscheiding of het verlies van een baan, welke concrete bedragen kunnen daaraan worden gekoppeld, heeft de toeslaggerechtigde genoeg gedaan om de omvang van deze schade te beperken, enzovoorts?

In het interim-advies heeft de commissie benadrukt dat voor materiële schade de weg naar de rechter open dient te blijven voor gedupeerden, ook als zij compensatie hebben ontvangen. Er zouden geen vaststellingsovereenkomsten gesloten moeten worden; dit is naar de commissie heeft begrepen ook niet gebeurd. De commissie onderkent dat het voor de betreffendeouders heel lastig kan worden om via een juridische procedure succes te boeken. Zij zullen namelijk eerst de onrechtmatigheid van hun negatieve correctiebesluiten dienen aan te tonen en vervolgens dat daaruit schade is voortgevloeid. Maar deze hobbels in de bewijsvoering gelden ook in alle andere situaties waarbij burgers de overheid aansprakelijk willen stellen voor schade die het gevolg is van een mogelijke onrechtmatige besluitvorming.

De staatssecretaris kan dan ook niet anders dan in de meest letterlijke zin voldoen aan de genoemde Kamermotie. Indien het recht op schadevergoeding van het meerdere dan de compensatie onherroepelijk vaststaat, zal zij zonder tegenwerking de betrokken ouders hun schade moeten vergoeden. Maar totdat dit vaststaat is het ondenkbaar dat de Staat alles wat wordt geclaimd zonder meer vergoedt.

3.3 Beleidsmatige misslagen in individuele zaken

3.3.1 'Aanverwante' en andere zaken

Het voorgaande heeft betrekking op die dossiers waarin toeslaggerechtigden de dupe zijn geworden van vergelijkbare vooringenomen werkwijze als in het CAF 11-dossier. Daarbij gaat het om dossiers waarin toeslaggerechtigden vooral in het kader van een groepsgewijze benadering zijn onderzocht en beoordeeld. Maar ook als toeslaggerechtigden niet de dupe zijn geworden van een vooringenomen groepsgewijze werkwijze, is het mogelijk dat zij de dupe zijn geworden van andere stelselmatige misslagen van Toeslagen en dat dit tot terugvordering van voorschotten heeft geleid. In dat verband wordt bijvoorbeeld vaak gewezen op de stopzetting van lopende bevoorschotting, zonder voorafgaande individuele beoordeling. Maar ook kan worden gedacht aan andere beslissingen van Toeslagen die in recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak werden vernietigd.

In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt onderzocht of er inderdaad sprake is geweest van stelselmatige misslagen die aanleiding zouden moeten zijn om tot een oplossing te komen voor betrokkenen. Naar de mening van de commissie wordt daar mede op gedoeld in de vraag naar een passende oplossing voor *aanverwante zaken* uit de eerste deelvraag. Het gaat daarbij dus niet om een groepsgewijze behandeling, maar om de vraag of toeslaggerechtigden individueel de dupe zijn geworden van stelselmatige misslagen. Daarbij ligt de nadruk op stelselmatige of beleidsmatige misslagen. Het gaat niet om mogelijke misslagen in afzonderlijke gevallen. Daartegen hebben de reguliere middelen van rechtsbescherming opengestaan. Er zijn geen aanwijzingen dat deze niet adequaat zouden hebben gewerkt in het kader van de handhaving van de KOT-regelgeving. Beslissingen van Toeslagen zijn regelmatig in beroep aan de rechter voorgelegd. In het merendeel van de zaken heeft deze de beslissingen van Toeslagen bevestigd en in andere gevallen is een nieuw besluit genomen waartegen opnieuw rechtsmiddelen openstonden. Wel zijn bezwaartermijnen soms (zeer) lang geweest. De rechter biedt daar zo nodig reeds een forfaitaire schadevergoeding voor.

Aan de orde is derhalve de vraag in hoeverre er sprake is van (stelselmatig) verwijtbaar handelen van Toeslagen in afzonderlijk behandelde zaken, dat aanleiding zou moeten zijn om betrokken toeslaggerechtigden voor compensatie of een andere passende oplossing in aanmerking te doen komen. Daartoe wordt eerst ingegaan op ´misslagen´ waar in de recente jurisprudentie de vinger bij is gelegd. Vervolgens wordt ingegaan op andere mogelijke misslagen van Toeslagen die zouden hebben geleid tot onterechte stopzetting en terugvordering van voorschotten.

3.3.2 Onderscheiden 'misslagen' blijkens recente jurisprudentie

3.3.2.1 Stopzetting voorschot zonder voorafgaand onderzoek

De conclusie van de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak van 24 april 2019 dat stopzetting van voorschotten zoals die in het CAF 11-dossier werd toegepast niet in overeenstemming was met het bepaalde in de Wko en de Awir, vormde indirect de aanleiding voor het instellen van de commissie. Met die uitspraak is in het publiek debat het beeld ontstaan dat alles wat toeslaggerechtigden in het CAF 11-dossier hebben ondervonden het gevolg was van onrechtmatig handelen van de overheid. In het interim-advies concludeerde de commissie evenwel reeds dat betrokken ouders niet zozeer de dupe zijn geworden van die stopzetting als wel van de vooringenomen wijze waarop hun aanspraken vervolgens zijn onderzocht en beoordeeld. Dat laat onverlet dat, zoals uit het ADR-rapport blijkt, toeslaggerechtigden ook in andere dossiers zijn geconfronteerd met stopzetting van hun lopend voorschot zonder voorafgaand onderzoek, ook al was dat geen onderdeel van een groepsgewijze benadering. Daarom staat de commissie hier stil bij de vraag of de onrechtmatige stopzetting in die andere gevallen dan niet zodanige gevolgen heeft gehad dat dit nu tot compensatie zou moeten leiden? De conclusie van de commissie is dat dit niet het geval is.

Stopzetting een verwarrend begrip: Een probleem bij de bespreking van de stopzetting zoals deze plaatsvond in het CAF 11-dossier is dat stopzetting in het jargon van Toeslagen een van de meest gebruikte begrippen is, maar daarbij voor diverse, juridisch te onderscheiden besluiten wordt gebruikt. Daarom is het een verwarrend begrip, want ´stopzetting´ zegt niets over de reden om met betaling van een voorschot te stoppen, noch over de juridische grondslag daarvoor. Strikt genomen is stopzetting de praktische uitvoering van de beslissing over een voorschot. Die achterliggende beslissing berust steeds op artikel 16 Awir, dat de toekenning van een voorschot regelt. Maar het kan heel uiteenlopende situaties betreffen. Stopzetting kan het gevolg zijn van de beëindiging door de ouders van de kinderopvang, maar ook van de ambtshalve beëindiging na vaststelling dat ouders ten onrechte een (te hoge) toeslag hebben ontvangen. Het ADR-rapport laat zien (zie § 3.2.3.2) dat ook binnen Toeslagen niet steeds eenduidig is wat precies wordt bedoeld met de onderscheiden vormen van stopzetting.

Stopzetting zonder voorafgaand onderzoek (zachte stop): De term stopzetting slaat als zodanig op het feitelijk stopzetten van betaling, maar wordt ook gebruikt voor het juridisch op nihilstellen van een voorschot of aanspraak en het terugvorderen van het eerder betaalde. In de praktijk is daarbij het onderscheid ontstaan tussen ´zachte stop´ en ´harde stop´. ´Zachte stop´ doelt op het enkel stopzetten van verdere betaling van een voorschot, ´harde stop´ duidt op het corrigeren van een eerder vastgestelde voorschotbeschikking onder terugvordering van het eerder betaalde. De 'zachte stop' is ontwikkeld als een soort conservatoire maatregel om te voorkomen dat hangende een onderzoek de bedragen die eventueel moeten worden teruggevorderd, verder oplopen. Als zodanig werd de zachte stop ook gebruikt als substituut voor opschorting. Harde stopzetting doet zich ook bij andere toeslagen voor, de zachte stopzetting vooral bij de KOT.

De criteria om de betaling van een voorschot stop te zetten en/of het eerder betaalde terug te vorderen, zijn wettelijk geregeld. Stopzetting is mogelijk wanneer blijkt dat er geen of minder aanspraak is op een toeslag of voorschot dan werd of wordt uitbetaald. Vandaar dat er een probleem is wanneer stopzetting plaatsvindt *zonder* nadere informatie over de concrete situatie van een toeslaggerechtigde, want dan ontbreekt ook de informatie op grond waarvan kan worden aangenomen dat er te veel toeslag wordt betaald. Dat is precies wat er wel gebeurde in het CAF 11-dossier en in andere CAF-dossiers (zie § 3.2.3.2). Daar werd de zachte stop gebruikt als provisorische opschorting van betalingen teneinde onderzoek te doen om te zien of er te veel werd betaald. [53] Het is die vorm van stopzetting - de 'zachte stop' zonder voorafgaand onderzoek naar de feiten - welke door de Afdeling in strijd met de Awir is bevonden.

Beperkte gevolgen zachte stop: Betekent dit dat in alle gevallen waar de 'zachte stop' zonder onderzoek naar de feiten is toegepast de daaropvolgende besluitvorming nietig is en er dus reden is tot herstel c.q. compensatie? Het antwoord daarop is: nee. De 'zachte stop' werd steeds na onderzoek van de gevraagde informatie gevolgd door een inhoudelijke beslissing over de aanspraak op KOT en de hoogte daarvan. De afwijzing van de aanspraak op toeslag of de neerwaartse correctie daarvan alsmede de terugvordering van eerder betaalde voorschotten, berustten op die tweede beslissing en niet op de provisorische 'zachte stop'. Hoewel stopzetting zoals die in CAF 11 werd toegepast weliswaar onrechtmatig was, heeft deze als zodanig geen andere materiële gevolgen dan de daaropvolgende inhoudelijke beslissing - na onderzoek - over de aanspraak op KOT en de hoogte daarvan.

[53] Provisorische stopzetting in geval van 'hoog risicoposten' op basis van selectie van het risico-selectiemodel, zoals beschreven in het ADR-rapport (antwoord vraag 1b), is daarom wat anders. In dat geval wordt een geautomatiseerd vermoeden verkregen op basis van informatie die de betrokken toeslaggerechtigde persoonlijk betreffen.

In de twee zaken waarin de Afdeling zich uitsprak over die stopzetting, was iets heel anders aan de hand. In die zaken had Toeslagen de verstoring in het regelmatig betalingsgedrag van de betrokken toeslaggerechtigden – die een gevolg was van de onderbreking van de voorschotbetaling - in het daaropvolgende inhoudelijk besluit over de aanspraak op toeslag, aangevoerd als grond voor de afwijzing van de aanspraak. In de uitspraak van 8 maart 2017 concludeerde de Afdeling eerst dat wanneer het voorschot wordt stopgezet en dit gevolgen heeft voor het betalingsgedrag, dit geen gevolg mag hebben voor de aanspraak op de toeslag in de periode voor de stopzetting. In de uitspraak van 24 april 2019 concludeerde de Afdeling dat dit ook geldt voor het recht op toeslag voor de periode na de stopzetting. Op de consequentie van deze uitspraken wordt hieronder ingegaan (zie § 3.3.2.2 en 3.3.2.3).

Conclusie: De onrechtmatigheid van de stopzetting van bevoorschotting maakt op zichzelf de daarop volgende inhoudelijke beslissing over de aanspraak op KOT niet onrechtmatig. Ook los van de 'zachte stop' is een toeslaggerechtigde gehouden om gevraagde informatie te verschaffenen wanneer daaruit blijkt dat geen of minder aanspraak op toeslag bestaat, dient Toeslagen op die basis te beslissen over de (hoogte van de) aanspraak. Een succesvol beroep tegen een zachte stop zou alleen tot gevolg hebben dat men een voorschot terugkrijgt dat vervolgens op grond van de tweede beslissing weer terug wordt gevorderd.[54] De materiële gevolgen van de zachte stop waren als zodanig dan ook beperkt, hoe hinderlijk dit ook geweest zal zijn voor ouders die de kosten van kinderopvang niet onmiddellijk uit eigen middelen konden betalen.[55] Om die reden is er geen reden voor compensatie enkel omdat er sprake is geweest van een zachte stop.

3.3.2.2 Betalingsproblemen als gevolg van stopzetting

In de uitspraken van 24 april 2019 en 8 maart 2017 vernietigde de Afdeling bestuursrechtspraak de aangevochten beslissingen niet vanwege de 'zachte stopzetting' als zodanig, maar omdat Toeslagen de verstoring van de regelmatige betalingen als gevolg van de stopzetting als grond gebruikte om de aanspraak op KOT voor het betreffendetoeslagjaar als geheel af te wijzen. [56] In de uitspraak van 8 maart 2017 had de Afdeling al geoordeeld dat deze redenering vanwege de onregelmatigheid van de stopzetting niet opging voor het deel van de aanspraak op toeslag tot het moment van stopzetting. In de uitspraak van 24 april 2019 stelde de Afdeling vast dat deze redenering ook niet opging voor het deel van de aanspraak na het moment van stopzetting. Beide uitspraken tezamen komen erop neer dat de verstoring door eigen (onrechtmatig) toedoen van Toeslagen, van een overigens regelmatig betalingsgedrag van een toeslaggerechtigde, geen grond oplevert voor afwijzing van de aanspraak op KOT.

In deze gevallen heeft de 'zachte stopzetting' als zodanig wel grote materiële gevolgen voor de betrokken toeslaggerechtigden gehad. Zij leidde immers tot verlies van aanspraak op toeslag over het betreffendetoeslagjaar en tot de terugvordering van het reeds betaalde voorschot voor dat jaar, op grond van een verstoring in het betaalgedrag dat door Toeslagen zelf was veroorzaakt.

Voor een deel zullen de ouders die zijn geconfronteerd met een zachte stop zonder voorafgaand onderzoek voorkomen in een dossier waarin een met het CAF 11-dossier vergelijkbare werkwijze is gebruikt. Zij komen dus in aanmerking voor compensatie.

Het ADR-onderzoek laat echter zien dat de 'zachte stop' ook is toegepast in dossiers waarbij overigens geen aanwijzingen zijn voor een vergelijkbare aanpak als in CAF 11. In die gevallen kan niet worden uitgesloten dat ouders hiervan nadeel hebben ondervonden. Tenaanzien van die gevallen zal hierna (zie § 3.3.4) worden overwogen of zij in aanmerking dienen te komen voor compensatie of een andere passende oplossing.

3.3.2.3 Afrondingsverschillen

In de uitspraak van 24 april 2019 speelde nog een andere kwestie. Toeslagen had, conform vast beleid de aanspraak op KOT voor 2013 geheel afgewezen, omdat er sprake was van een verschil tussen de totale kosten van kinderopvang en de totaal betaalde kosten aan kinderopvang. Het verschil betrof een bedrag van € 115,44 op een totaal van bijna € 12.000 aan toeslag. De Afdeling vernietigde dit besluit op grond van de overweging 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.'* De Afdeling week daarbij impliciet af van eerdere uitspraken waarin het leerstuk van de afrondingsverschillen nadrukkelijk niet was toegepast in geval dat er meer voorschot was ontvangen dan uitgegeven,[57] wat ook hier het geval was (zie ook interim-advies § 4.2.1).

[54] Verwarrend is dat ook in stukken van Toeslagen, voor zachte en harde stopzetting, hetzelfde begrip stopzetting wordt gebruikt. Die verwarring speelt ook parten in het zwartboek 'Misstanden stopgezette kinderopvangtoeslag' dat door de SP aan de staatssecretaris werd aangeboden op 28 augustus 2019. De overgrote meerderheid van stopzettingen die daarin aan de orde komt, betreft een harde stopzetting na onderzoek.

[55] Uit uitspraken van de Afdeling blijkt dat dit soms tijdelijk werd voorgeschoten door de opvanginstelling. Dat vormde voor Toeslagen evenwel juist aanleiding om te constateren dat de regelmatige betaling was onderbroken.

[56] Tot dusver heeft de Afdeling bestuursrechtspraak niet geoordeeld over de 'zachte stopzetting' in een rechtstreeks beroep daartegen, maar alleen in zaken waarin de gevolgen aan de orde waren die Toeslagen daaraan verbonden had bij de beoordeling van een aanspraak op toeslag zelf.

[57] ABRvS 17 januari 2018; ECLI:NL:RVS:2018:137.

De jurisprudentie inzake kleine afrondingsverschillen moet vermoedelijk onderscheiden worden van die inzake de evenredigheid welke in de volgende paragraaf wordt besproken. Bij de kleine afrondingsverschillen komt de Afdeling tot de conclusie dat het verschil genegeerd kan worden en er voldaan is aan de betalingsverplichting; mitsdien heeft men aanspraak op de hele toeslag. Dat moet onderscheiden worden van een aanspraak op een verminderde toeslag in evenredigheid met hetgeen betaald is, zoals dit uit de uitspraak van 23 oktober 2019 voortvloeit. In die zin behoudt deze jurisprudentie vermoedelijk een zelfstandige betekenis naast die waarbij getoetst wordt aan het evenredigheidsbeginsel.

Wat hiervan zij, geconstateerd kan worden dat de Afdeling in deze uitspraak impliciet terugkwam op eerdere jurisprudentie. Betwijfeld kan daarom worden of er sprake is van een verwijtbare stelselmatige misslag.

3.3.2.4 Ontbrekende evenredigheidstoets

Voor dit laatste, de vraag of er sprake is van een verwijtbare stelselmatige misslag, geldt zeker de nieuwe uitleg welke de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraken van 23 oktober 2019 heeft gegeven voor enkele sleutelbepalingen van de KOT-regelgeving. Deze worden hierna uitvoerig besproken in § 4.3.

3.3.3 Andere mogelijke 'misslagen'

In de loop van de discussie rond het CAF 11-dossier zijn nog andere mogelijke misslagen van Toeslagen gemeld; ongegronde verdenking van fraude, onterecht verwijderen van stukken uit het procesdossier, invordering van eerder verstrekte KOT hangende bezwaar, enzovoorts. Ten dele gaat het daarbij om verwijten die nader onderzoek behoeven, zoals het verwijt van het onterecht niet opnemen van stukken uit het procesdossier. De gegrondheid van dit verwijt zal in ieder afzonderlijk geval na onderzoek moeten blijken, want het is niet zo dat het integrale ambtelijk toeslagdossier steeds ongeschoond aan de rechter moet worden overgelegd. Bij andere van deze mogelijk misslagen, zoals bij invordering hangende bezwaar, gaat het om misslagen en fouten die soms zijn voorgekomen (zie interim-advies § 2.1.10), maar die niet voortvloeiden uit beleidsmatig handelen of beleidskeuzen, zoals bij de 'zachte stop' en de ontbrekende evenredigheidstoets. Voor het overige zijn uit het publiek debat over de kinderopvangtoeslag geen andere stelselmatige 'misslagen' naar voren gekomen, behoudens het verwijt dat toeslaggerechtigden als fraudeur zijn behandeld zonder dat daar feitelijke aanleiding voor bestond.

Het gevoel als fraudeur te zijn behandeld zonder dat daar feitelijke aanleiding voor bestond, is bij veel betrokken ouders een reden voor bijzondere verontwaardiging. Een aantal ouders heeft inmiddels inzage gevraagd in hun dossier om te bezien op welke feiten die verdenking berustte. Sindsdien is er discussie ontstaan over verschillende lijsten welke door de Belastingdienst zouden zijn bijgehouden over signalen van mogelijke fraude. Mede daardoor kan het beeld zijn ontstaan dat mogelijk het ontbreken van een gegronde aanleiding voor het uitoefenen van toezicht bij deze ouders, als zodanig niet rechtmatig was. Tegen die achtergrond is het goed hier kort ook aan dit element aandacht te besteden.

Bij het handhavend optreden van Toeslagen gaat het om bestuurlijke handhaving van de toeslagregelgeving. De uitoefening van bevoegdheden tot controle en handhaving is daarbij niet afhankelijk van het bestaan van een verdenking van misbruik of fraude. De bevoegdheid van Toeslagen (art. 18 Awir) om nadere informatie/bewijs op te vragen bij toeslaggerechtigden teneinde de geldigheid van hun aanspraak te verifiërenis door de wetgever niet nader genormeerd dan dat de gevraagde informatie voor de beoordeling van de aanspraak op of de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming van belang kan zijn. Het is ook de essentie van een controlebevoegdheid dat deze kan worden uitgeoefend zonder 'verdenking' of 'aanwijzing'. Ook het feit dat de controlebevoegdheid wordt uitgeoefend jegens een toeslaggerechtigde naar aanleiding van een (eventueel niet gefundeerde) verdenking van fraude jegens een gastouderbureau, maakt die uitoefening niet onrechtmatig.[58]

In de dossiers van de betrokken ouders zal men dan ook vermoedelijk tevergeefs zoeken naar informatie waarop een vermoeden van fraude werd gefundeerd, althans een expliciete motivering daarvan, want die was niet nodig om tot controles over te kunnen gaan. Wanneer Toeslagen met betrekking tot een toeslaggerechtigde werkelijk zou zijn gebleken van feiten die een vermoeden van fraude zouden hebben gerechtvaardigd, zou de zaak mogelijk ook niet door Toeslagen zelf zijn afgehandeld, maar over zijn gedragen aan het OM.

3.3.4 Passende oplossing voor aanverwante zaken?

In het voorgaande zijn de verschillende stelselmatige misslagen van Toeslagen besproken die in de zogenoemde toeslagenaffaire op enig moment aan de orde zijn gesteld. Vastgesteld kan worden dat het daarbij gaat om ´misslagen´ die aan het licht zijn gekomen door de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak of ´verwijten´ aan het adres van Toeslagen.

[58] Zie ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8833, r.o. 2.4.1.

Wat die laatsten betreft, is de commissie niet gebleken van stelselmatige of beleidsmatig misslagen. Dat betekent niet dat door Toeslagen in de afgelopen jaren geen fouten zijn gemaakt bij de uitvoering van de KOT. Daarbij gaat het om incidentele misslagen in afzonderlijke gevallen. Die zullen aan de orde moeten komen en onderzocht moeten worden in het kader van de procedures van reguliere rechtsbescherming. Dat rechtsbescherming niet alleen maar een theoretische mogelijkheid is, maar effectievebescherming biedt, blijkt alleen al uit het feit dat misslagen, zoals de zachte stop, afrondingsverschillen en de ontbrekende evenredigheidstoets, via de rechtspraak aan het licht zijn gekomen. Er is ook geen sprake van 'mogelijke misslagen' die uit het publiek debat over de kinderopvangtoeslag zijn gebleken en waartegen men zich indertijd niet kon verweren. Er is om die reden dus geen sprake een aanleiding om af te wijken van het uitgangspunt dat correctie van mogelijke 'misslagen' in de besluitvorming of behandeling dient te verlopen via de reguliere middelen van rechtsbescherming; bezwaar, beroep of herziening.

Wat betreft de misslagen die aan het licht zijn gekomen door jurisprudentie ligt dat anders. Wat de stopzetting zonder voorafgaand onderzoek betreft, is geconcludeerd dat dit weliswaar als beleidsmatige ´misslag´ kan worden gezien, maar dat dit als zodanig geen gevolgen heeft gehad die thans nog zouden moeten worden rechtgezet. Dit is mogelijk anders waar de stopzetting vanwege de gevolgen op het betalingsgedrag mogelijk heeft geleid tot vermindering van de aanspraak op toeslag. Ook in zaken waarin kleine tekorten in de betaling van de eigen bijdrage (afrondingsverschillen) hebben geleid tot afwijzing van de hele aanspraak op toeslag, gaat het om een beleidsmatige misslag met potentieel grote gevolgen voor belanghebbenden. Dat geldt helemaal voor de implicaties van de uitspraken van 23 oktober 2019.

Het gaat daarbij echter om 'misslagen' die uit de rechtspraak blijken. Dat gebeurt met grote regelmaat binnen het rechtssysteem. Wanneer de rechter een besluit vernietigt vanwege een ´fout´, zijn er meestal andere besluiten waarin dezelfde ´fout´ voorkomt en die niet aan de rechter zijn voorgelegd. Die veranderen dan niet; rechtspraak heeft in die zin geen terugwerkende kracht. Nieuwe jurisprudentie is voor de rechter geen novum dat grond biedt voor herziening van eerdere uitspraken. Ook als het gaat om de herzieningsbevoegdheid van het bestuur vormt nieuwe jurisprudentie geen grond daarvoor. Dat is in de toeslagregelgeving ook uitdrukkelijk bepaald.[59]

In het volgende hoofdstuk komt evenwel de vraag aan de orde in hoeverre, gelet op de soms schrijnende werking van de kinderopvangtoeslagregelgeving en de fundamentele betekenis van de uitspraken van 23 oktober 2019 voor die werking, er reden is om in bepaalde opzichten toch terug te komen op het verleden. De vraag in hoeverre voor de stelselmatige misslagen die uit de recente jurisprudentie zijn gebleken een passende oplossing mogelijk is, dient in dat kader aan de orde te komen.

3.4 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de financiëlemoeilijkheden waar toeslaggerechtigden in konden worden gebracht door terugvordering van substantiële bedragen, in het bijzonder aan het handelen van Toeslagen kan worden toegerekend. In dat verband is eerst bezien in welke gevallen er mogelijk sprake is van vergelijkbaar handelen als in het CAF 11-dossier en vervolgens of er sprake is van stelselmatige 'misslagen' of onrechtmatig handelen dat reden zou moeten zijn voor compensatie of schadevergoeding.

Geconcludeerd is dat de handelwijze van Toeslagen in het CAF 11-dossier weliswaar niet uniek is geweest, maar dat die handelwijze zeker niet normaal was. Het aantal toeslaggerechtigde dat mogelijk de dupe is geworden van een vooringenomen behandeling is gelukkig beperkt. Aan de hand van de gegevens van het ADR-rapport kan een aantal dossiers worden geïdentificeerdwaarin een vergelijkbaar handelen 'waarschijnlijk' respectievelijk 'mogelijk' is. Maar of dit daadwerkelijk het geval is zal nader moeten worden onderzocht door onderzoek in de individuele dossiers. Aangegeven is op welke wijze daarbij te werk kan worden gegaan. In die dossiers waarin blijkt van vooringenomenheid zullen betrokken toeslaggerechtigden moeten worden geïnformeerd, waarna - na aanvraag – de compensatie zal moeten worden vastgesteld (tenzij er evident geen aanspraak was op KOT). In welke volgorde daarbij te werk kan worden gegaan is aangegeven (zie § 3.2.5.1). Die werkwijze kan ook gelden voor pre-CAF-zaken die daarvoor in aanmerking komen.

Ten aanzien van de vraag of er daarnaast sprake is van zodanige stelselmatige of beleidsmatige 'misslagen' dat overwogen zou moeten worden daar thans nog een passende oplossing voor te bieden, concludeert de commissie dat zulks alleen denkbaar is met betrekking tot enkele ´misslagen´ die uit recente jurisprudentie blijken. Daarbij gaat het met name om gevallen waarin de aanspraak op toeslag werd afgewezen vanwege de gevolgen van onrechtmatige stopzetting op het betalingsgedrag van toeslaggerechtigde, en gevallen waarin volgens de nieuwste inzichten disproportioneel is besloten. De vraag of, en zo ja, op welke wijze in deze situaties een passende oplossing kan worden gevonden, vormt onderdeel van de vragen die in het volgende hoofdstuk aan de orde komen.

[59] Zie artikel 21a Awir jo. art. 5a Uitvoeringsregeling Awir.

4 Omgaanmet een erfenis van vijftien jaren wet en beleid

OMZIEN

in *verwondering* 2

4.1 De geschiedenis overdoen kan niet

In hoofdstuk 2 van dit advies is de werking van het wettelijke stelsel van toeslagen, de kinderopvangtoeslag in het bijzonder, geschetst en is gewezen op de potentiële gevolgen van de reguliere handhaving daarvan. In het voorgaande hoofdstuk is vervolgens ingegaan op die dossiers en zaken waarin deze gevolgen in het bijzonder aan de uitvoering door Toeslagen kunnen worden toegerekend. Het gaat daarbij om mogelijk ca. 1.800 maar vermoedelijk minder personen, die op vergelijkbare wijze als in het CAF 11-dossier object zijn geweest van een vooringenomen behandeling. Dat is een aanzienlijk aantal, maar het zijn bij lange na niet alle zaken waarvoor in debatten, het ´zwartboek´ of de aanmeldingen bij de Belastingdienst, aandacht is gevraagd.

Het gemeenschappelijke kenmerk van deze andere zaken is niet zozeer een verkeerde werkwijze van Toeslagen, als wel de financiëlemoeilijkheden waar men als gevolg van reguliere handhaving van de kinderopvangtoeslagregelgeving in terecht is gekomen. Die zaken vormen nog weer een klein deel van het totaal aan burgers bij wie in de afgelopen vijftien jaar KOT-voorschotten zijn teruggevorderd. Daarbij gaat het in totaal om 1,2 mln. mensen bij wie in totaal ca. € 4,3 mld. is teruggevorderd (op een totaal van 34,5 mld. aan KOT-toeslagen). Weliswaar gaat het meestal om relatief beperkte vorderingen, maar bij iets meer dan 90.000 personen is per persoon € 10.000 of meer teruggevorderd en bij hen gezamenlijk meer dan € 2,1 mld. Op dit moment staat nog € 440 mln. (10 procent) aan schulden open, waarvan het merendeel bij personen bij wie hoge KOT-bedragen zijn teruggevorderd.

Die gevolgen worden niet nu pas zichtbaar of bekend. Al in het eerste jaar van handhaving van de KOT, in 2006, werd bij ca. 40 procent van de toeslaggerechtigden geld teruggevorderd en ook toen ging het al om forse bedragen. Het aantal hoge terugvorderingen liep in de jaren daarop snel op en bereikte een piek in de jaren 2009-2011. Voor de situatie waarin ouders daardoor kunnen worden gebracht, wordt ook al langer aandacht gevraagd, onder andere door de Belangenvereniging van Ouders in de Kinderopvang (BOinK) en in de media.

Indien men nu vraagt naar een passende oplossing voor de gevolgen van de regelgeving waar deze burgers mee zijn geconfronteerd, vraagt men in wezen om vijftien jaar toepassing van de kinderopvangtoeslagregelgeving terug te draaien en alle besluitvorming over te doen. Dat is niet mogelijk. En het is al helemaal niet mogelijk om dat bij wege van ambtelijke reparatie te doen. Het betreft gevolgen die de wetgever weliswaar misschien niet zo heeft bedoeld, maar wel expliciet of impliciet zo heeft bepaald. Dan kan niet vervolgens bij ambtelijke regeling of beleid de werking van die wet ongedaan worden gemaakt; dat is aan de wetgever zelf.

Maar ook de wetgever kan het verleden niet ongedaan maken. De wetgever kan wel besluiten om nieuwe regelgeving te maken die gunstiger is voor de burgers en die met terugwerkende kracht in werking laten treden. Het maken van die regelgeving zal echter veel tijd vragen en bovendien ingewikkelde vragen oproepen. Want men kan niet eenvoudigweg iedereen die ooit iets heeft moeten terugbetalen dit bedrag weer retourneren. In veel gevallen was er immers evident geen (volledige) aanspraak op de verstrekte voorschotten, bijvoorbeeld omdat een kind in het geheel geen opvang had genoten of veel minder dan was opgegeven. ´Iets doen´ aan de financiëlegevolgen vergt derhalve een selectie die weer nieuwe verschillen schept tussen diegenen voor wie het verleden ongedaan wordt gemaakt en hen voor wie dit niet zo is. Daarbij moet willekeur worden voorkomen; niet alleen tussen KOT-gerechtigden, maar ook ten opzichte van gerechtigden van andere toeslagen. En is het niet uiterst willekeurig om niet de pijnlijke gevolgen van andere, vergelijkbare wetgeving[60] terug te draaien?

Het op grote schaal terugdraaien van (de gevolgen van) wetgeving schept een riskant precedent. Wanneer het een optie wordt om bij wet de financiëlegevolgen van eerdere wetgeving ongedaan te maken, zal blijken dat de wetgever binnen korte tijd nog vooral bezig is met het terugdraaien van wat door eerdere regeringscoalities tot stand is gebracht. De rechtszekerheid komt zo onder druk te staan. Bovendien moet de wetgever die het verleden wil terugdraaien eerst de wettelijke regeling wijzigen, die de gewraakte gevolgen heeft veroorzaakt. Want het is moeilijk voorstelbaar dat de wetgever de werking van de wet in het verleden herstelt, maar deze in heden en toekomst onveranderd laat. Dat betekent dus dat de wetgever eerst zal moeten bepalen of, en zo ja, op welke wijze het toeslagenstelsel zal worden veranderd of vervangen. Beslissen wat het alternatief gaat worden voor een stelsel waar 5,6 mln. huishoudens van afhankelijk zijn, is echter niet eenvoudig. Politiek is men het doorgaans sneller eens over wat men niet wil, dan over wat men daarvoor in de plaats wil.

Bij dat alles moet ook de praktische omvang van een eventuele reparatie worden onderkend. In het voorgaande zijn aantallen en bedragen genoemd. Dat veronderstelt dat het terugdraaien kan worden beperkt tot de kinderopvang, hetgeen niet zeker is, aangezien de gevolgen bij andere toeslagen niet heel anders waren.

[60] Denk aan de wetgeving inzake het persoonsgebonden budget die in bepaalde gevallen ook hard kan uitwerken.

Om al deze redenen meent de commissie dat het geen goed begaanbare weg is om gevolgen van vijftien jaar kinderopvangtoeslag, die niet langer verantwoord wordt gevonden, bij wet terug te draaien en ongedaan te maken. Daarom verkent de commissie hier de ruimte en mogelijkheden binnen het bestaand wettelijk kader. Dat betekent wel dat de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag het uitgangspunt is. Het gaat erom te identificerenvoor wie daarbinnen de mogelijkheid is, maar ook een zodanig dringende aanleiding, dat het gerechtvaardigd kan zijn om terug te komen op die uitkomst, als dat voor de meeste anderen niet het geval is.

4.2 Een passende invalshoek en een passende aanpak

Hoewel rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zwaarwegende redenen zijn in een rechtsstaat om niet in te grijpen in de uitkomst van vijftien jaar handhaving van wetgeving, beleid en rechtspraak, is niets doen ook geen optie. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak kwam tot die conclusie in twee uitspraken van 23 oktober 2019. Daarin kwam zij terug op haar bestendige jurisprudentie met betrekking tot de uitleg van de Wko en de Awir op twee cruciale punten. Als aanleiding daarvoor noemde de Afdeling dat de bestendige jurisprudentie tot gevolg had dat gezinnen langdurig in ernstige financiëlemoeilijkheden konden worden gebracht. Die uitspraken en de nieuwe uitleg van de Wko en de Awir hebben evenwel primair betekenis voor het toekomstig beleid. Gevolgen uit het verleden terugdraaien op basis van nieuwe rechtspraak is niet vanzelfsprekend en gaat niet vanzelf. Rechtspraak heeft in die zin geen terugwerkende kracht en de heropening van eerder besloten zaken in het licht daarvan, vergt een bijzonder reden daartoe. Het is één ding om te concluderen: zo kan het niet verder, maar iets heel anders om te zeggen: het verleden moet anders. Dat laat onverlet dat de Afdeling dat laatste niet uitsluit. In de slotoverweging van beide uitspraken concludeert zij dat het aan de staatssecretaris is om te beslissen of de nieuwe uitleg ook gevolgen moet hebben voor eerder besliste zaken en om op dat beleid te formuleren.

Bij de formulering van dat beleid behoeft de staatssecretaris een bijzondere, dringende reden om terug te komen op eerder onherroepelijk vastgestelde beslissingen vanwege nieuwe rechtspraak. Het terugkomen op wat inmiddels onherroepelijk recht is geworden, is uitzonderlijk en raakt aan beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het eenvoudig heropenen van beslissingen, omdat de uitkomst daarvan naar huidig inzicht niet meer kan, is niet mogelijk. Praktisch niet vanwege de aantallen die in het geding zijn en het feit dat niet alle dossiers meer toegankelijk zijn en juridisch niet omdat het bestuur niet eenvoudig zonder bijzondere, dringende reden de uitkomst van vijftien jaar toepassing van de wet kan veranderen. Dat is, als gezegd, een verantwoordelijkheid van de wetgever.

De staatssecretaris zou bij de aanpak van de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag bij de invalshoek van de Afdeling kunnen aansluiten. Een overweging zou dan zijn dat het nodig kan zijn om in bijzondere gevallen terug te komen op eerdere beslissingen, wanneer deze berusten op een verouderd inzicht in de feiten of het recht en die in het betrokken geval nog steeds zodanig bovenmatige gevolgen hebben voor betrokken personen, dat deze in redelijkheid niet voor hun rekening kunnen worden gelaten. Het nieuwe inzicht daarbij is in het bijzonder dat de wet naar huidig inzicht niet dwingend voorschrijft dat ook bij geringe tekortkomingen of onregelmatigheden aan de zijde van de toeslaggerechtigde, de gehele aanspraak op toeslag vervalt. Dit nieuwe inzicht kan met zich meebrengen dat waar bij oude beslissingen een grote wanverhouding is ontstaan tussen de beperkte aard en ernst van de geconstateerde onregelmatigheid en de bovenmatige omvang van de daaruit resulterende terugvordering, het zeer onredelijk kan zijn om belanghebbenden met die gevolgen te laten zitten. Die invalshoek zal dan evenwel consequent leidraad moeten zijn bij de invulling daarvan door middel van de beschikbare instrumenten: herziening van eerdere KOT-besluiten en de matiging van de invordering.

En ook bij een dergelijke invalshoek is er geen panacee voor de aanpak van ´de erfenis´. Het zal niet mogelijk zijn om aan de hand van algemene criteria en kenmerken op basis van de geautomatiseerde bestanden van Toeslagen vast te stellen in welke zaken er moet worden teruggekomen op oude besluitvorming en in welke niet. Zoals ook in het ADR-rapport wordt gewaarschuwd, kunnen achter ogenschijnlijk vergelijkbare dossiers geheel verschillende omstandigheden schuilgaan. Wat er precies is gebeurd moet per geval worden vastgesteld. Dat moet goeddeels handmatig, omdat de algemene termen die in de digitale systemen worden gebruikt op heel verschillende situaties betrekking kunnen hebben en 'het dossier' van toeslaggerechtigden in de praktijk niet bestaat. Er zijn allerlei gegevens over toeslaggerechtigden in verschillende systemen ondergebracht, passend bij de organisatie van Toeslagen en de Belastingdienst (invordering). Een individuele aanpak op basis van een aanvraag zal dus nodig zijn. En bij de beoordeling van die aanvraag zal steeds de vraag zijn wat de zaak zodanig bijzonder maakt dat het onredelijk is indien betrokkenen, in onderscheid met de meeste anderen, met de gevolgen van eerdere beslissingen zouden moeten blijven zitten.

Gegeven het belang van de recente jurisprudentie voor de aanpak van de bedoelde erfenis, wordt hier nu eerst ingegaan op deze uitspraken in aanvulling op hetgeen daarover werd gezegd in het interim-advies (§ 4.2). Tegen de achtergrond daarvan wordt vervolgens ingegaan op de verschillende stappen in de aanpak van die erfenis.

4.3 De uitspraken van 23 oktober 2019

Op 23 oktober 2019 is de Afdeling bestuursrechtspraak in een tweetal uitspraken teruggekomen op eerdere, bestendige jurisprudentie die inhield dat het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb niet van toepassing is bij het vaststellen van KOT-aanspraken. De Afdeling motiveert het ´omgaan´ in beide uitspraken met de overweging dat in de loop der jaren duidelijk is geworden dat deze interpretatie van de wetgeving gezinnen langdurig in grote financiële problemen kan brengen.

In een eerste uitspraak[61] (hierna: vaststellingsuitspraak) komt 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. Dit brengt mee dat, … Toeslagen bij de bepaling van het recht op voorschotten kinderopvangtoeslag kan beoordelen welk bedrag aan kinderopvangtoeslag moet worden vastgesteld indien een deel van de kosten is betaald. Bij deze beoordeling moet Toeslagen ingevolge artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de 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.*

Vaste jurisprudentielijn tot dan toe was bij de uitleg van art. 18 Awir in samenhang met art. 1.7, eerste lid, aanhef en onder b, Wko *dat [ook] als een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan, geen aanspraak kan worden gemaakt op een lagere tegemoetkoming.* In samenhang met de bestendige jurisprudentie: *[dat] in artikel 26 van de Awir dwingendrechtelijk [is] 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*,[62] leidde dit tot grote bedragen die moesten worden terugbetaald (ook) als kleine tekortkomingen werden geconstateerd.

In een tweede uitspraak[63] (hierna: terugvorderingsuitspraak) van dezelfde datum komt de Afdeling terug op de bestendige uitleg van art. 26 Awir. Die hield in dat deze bepaling zich ertegen verzette dat Toeslagen van terugvordering afziet, dan wel het te vorderen bedrag matigt. Tedien aanzien overweegt de Afdeling nu dat zij: '*aanleiding [ziet] om tot een andere uitleg van artikel 26 van de Awir te komen. … weliswaar (is) in die bepaling een betalingsverplichting van de belanghebbende neergelegd, maar is hierin niet imperatief voorgeschreven dat … het gehele bedrag van de belanghebbende moet terugvorderen. De bepaling biedt … discretionaire ruimte bij de vaststelling van het bedrag dat wordt teruggevorderd. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen en onder bijzondere omstandigheden van terugvordering kan afzien of het terug te vorderen bedrag kan matigen, ook als die omstandigheden al bij de vaststelling van de kinderopvangtoeslag aan de orde konden komen. Op grond van artikel art. 3:4, tweede lid, van de Awb mogen de nadelige gevolgen van dat besluit voor een belanghebbende namelijk niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.*´

In deze zaak ging het om een ouder die de dupe was geworden van een gastouderbureau dat ten onrechte in haar naam kinderopvangtoeslag had aangevraagd en geïnd. Zowel de rechtbank als de Afdeling komen, zij het op verschillende gronden, tot de conclusie dat de personen achter dit gastouderbureau niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Vervolgens komt de Afdeling tot herinterpretatie van art. 26 Awir en concludeert zij dat in de gegeven situatie onverkorte terugvordering van de teveel betaalde voorschotten bij de persoon die slachtofferwas geworden van de onrechtmatige inning van voorschotten op haar naam, onevenredig is.

Met deze uitspraken heeft de Afdeling de werking van de KOT-regelgeving gewijzigd op twee punten die tot dat moment vaak oorzaak waren van schrijnende gevolgen. Inmiddels heeft de staatssecretaris de implicaties daarvan vertaald in een beleidsbesluit (hierna: het beleidsbesluit), dat inhoudt dat de kinderopvangtoeslag voortaan niet meer geheel zal worden gekort wanneer de kosten van kinderopvang niet geheel zijn betaald, maar alleen nog in evenredigheid met de niet-betaalde kosten.[64] Hierna (§ 6.2) zal worden ingegaan op de betekenis van deze uitspraken voor toekomstig beleid en de druk om op korte termijn tot bijstelling te komen van het toeslagenstelsel.

4.4 Herziening; beperking en mogelijkheden

4.4.1 Herziening en de nieuwe jurisprudentie

De nieuwe jurisprudentie verandert weliswaar het kader voor de besluitvorming over de KOT, maar dat heeft primair betekenis voor de toekomst. Rechtspraak heeft geen terugwerkende kracht voor eerder afgedane gevallen om dezelfde reden als waarom de wetgever in beginsel niet met terugwerkende kracht rechtsverhoudingen moet veranderen.

[61] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3535.
[62] ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1610.
[63] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3601.
[64] Beleidsbesluit van de minister van Financiën van 20 december 2019 en gepubliceerd op 24 december 2019; Stcrt. 2019, nr. 70486.

Het betekent niet dat er in het geheel geen gevolgen zijn. In de eerste plaats valt op dat de spraakmakende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak betrekking hebben op besluiten die soms al jaren geleden zijn genomen. Er is kortom nog steeds een stroom zaken in behandeling binnen de keten van rechtsbescherming, waarvoor de nieuwe uitleg van de Afdeling rechtstreeks betekenis heeft, omdat daarover nu nog besluiten moeten worden genomen. In de tweede plaats kan het onder omstandigheden mogelijk zijn om over zaken die al eerder besloten zijn een nieuw besluit uit te lokken, waarbij dan rekening zal moeten worden gehouden met de nieuwe jurisprudentie. Dit kan bijvoorbeeld een rol gaan spelen met betrekking tot besluiten over invordering. Daar wordt hierna nog op ingegaan. Voorts is er het gegeven, zoals reeds in het interim-advies werd opgemerkt (§ 4.3.3), dat Toeslagen in bepaalde gevallen nog niet definitief heeft beslist op aanspraken op toeslag van jaren geleden. De besluitvorming is in die zaken blijven hangen in beslissingen over het voorschot. In die zaken kan ook nu nog, na het verstrijken van vele jaren, alsnog worden gevraagd om een definitieve vaststelling van de aanspraak op KOT. Bij het nemen van dat besluit zal het nu geldende recht, inclusief de nieuwe uitleg daarvan door de Afdeling bestuursrechtspraak, worden toegepast.

Tenslotte zet de Afdeling, zoals gezegd, in beide uitspraken de deur 'op een kier' als het gaat om de toepassing van de nieuwe uitleg op eerdere besluiten. Weliswaar overweegt de Afdeling dat het op de weg van Toeslagen ligt om te bepalen hoe om te gaan met andere gevallen waarin hij eerder heeft beslist. Maar als Toeslagen categoraal zou weigeren om eerdere besluiten te herzien, moet er rekening mee gehouden worden dat er sprake kan zijn van een situatie waarin het 'evident onredelijk is' om te weigeren een herzieningsbesluit te nemen naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie.[65] Tot dusver is daarover echter nog geen standpunt ingenomen. Het beleidsbesluit van 20 december 2019 beoogt uitvoering te geven aan de vaststellingsuitspraak voor wat betreft het toekomstig beleid. Daarin valt nog geen standpunt te lezen over hoe omgegaan zal worden met andere gevallen waarin eerder is beslist, tenzij het stilzwijgen op dit punt als weigering om dat te doen moet worden uitgelegd.

De nieuwe jurisprudentie en het beleidsbesluit veranderen dus uit zichzelf niets in de situatie van mensen die in het verleden zijn geconfronteerd met de harde werking van de KOT-regelgeving, en daar nu nog steeds de lasten van dragen. Dat vergt een nader besluit, dan wel van het bestuur, dan wel van de rechter. Het gebruikelijke instrument voor het bestuur om terug te komen op eerdere beslissingen is de herziening. De bestaande regeling van de herziening in het kader van de Awir maakt dat instrument daarvoor evenwel vooralsnog minder bruikbaar.

Het interim-advies (zie § 4.3.) schetst de bevoegdheid tot herziening. Daarin is uiteengezet dat een bestuursorgaan, op verzoek of ambtshalve, een eerder genomen besluit in het voordeel van de burger kan herzien en dat het bij het nemen van dergelijke besluiten in beginsel over veel beleidsvrijheid beschikt. De Awir kent echter een bijzonder regime. Ingevolge art. 21a van de Awir[66] is herziening van onherroepelijke besluiten mogelijk *in bij ministeriële regeling aan te wijzen gevallen*. Die bepaling is exclusief bedoeld: *alleen* in gevallen waarop deze bepalingen ziet, kan een onherroepelijk besluit worden herzien ten gunste van de belanghebbende.[67] Ingevolge art. 5a UR Awir, dat strekt tot uitvoering van art. 21a Awir, wordt een toeslag die op een te laag bedrag is vastgesteld in het voordeel van de belanghebbende herzien, ook als zij onherroepelijk is geworden, 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, zo nodig in overeenstemming met de Ministers die het aangaat, anders heeft bepaald;* (c) *de onjuistheid van de tegemoetkoming voortvloeit uit beleidsregels van de Minister van Financiën of de Ministers die het aangaat, die eerst zijn uitgevaardigd nadat die tegemoetkoming onherroepelijk vast is komen te staan, tenzij de Minister van Financiën, zo nodig in overeenstemming met de Ministers die het aangaat, anders heeft bepaald;"* (…). Van deze laatstgenoemde uitzonderingsmogelijkheid (herziening op basis van jurisprudentie) is, voor zover de commissie bekend, tot op heden nog geen gebruikgemaakt.

De bevoegdheid van Toeslagen tot herziening van onherroepelijk geworden KOT-besluiten is kortom beperkt tot vijf jaar na het jaar waarvoor de toeslag werd verstrekt, en zij kan in beginsel niet worden gebruikt naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie of nieuwe beleidsregels.

4.4.2 Selectieve verruiming van de herzieningsbevoegdheid

Het bepaalde in art. 5a UR Awir, dat de herziening in het voordeel van belanghebbenden regelt, voorziet evenwel in de mogelijkheid tot verruiming van deze bevoegdheid. Bij besluit van de minister van Financiën in overeenstemming met de minister die het aangaat (in casu Sociale Zaken en Werkgelegenheid) kan worden afgeweken van de beperking ten aanzien van nieuwe jurisprudentie of nieuwe beleidsregels. Van deze mogelijkheid is, voor zover de commissie kan nagaan, tot nu toe nooit gebruikgemaakt. Het is ook een riskante weg en schept een 'gevaarlijk' precedent. Maar het biedt een mogelijkheid om de verandering in het kader van besluitvorming, welke het gevolg is van de uitspraken van 23 oktober 2019, ook betekenis te geven voor zaken die gesloten zijn.

[65] Zie bijvoorbeeld de recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep over het herzien van boetebesluiten in het sociaal domein n.a.v. nieuwe rechtspraak (CRvB 7 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:659).

[66] Stb. 2010, 873.

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

Het wegnemen van de beperkingen op de herzieningsbevoegdheid in art. 5a UR Awir lijkt een ongekende mogelijkheid om het toeslagenverleden naar huidig inzicht te herscheppen. Daarom past een waarschuwing. Niet voor niets is nog nooit van de mogelijkheid gebruikgemaakt. Het wegnemen van de beperking aan de herzieningsmogelijkheid betekent dat zaken steeds opnieuw kunnen worden heropend. Zou de beperking ten aanzien van nieuwe jurisprudentie worden geschrapt, dan dreigt dat iedere nieuwe uitleg van een bepaling door de rechter een golf van herzieningsverzoeken kan uitlokken. Bij iedere vernieuwende uitspraak van de rechter moeten alle oude beslissingen worden doorgenomen om ze met de nieuwe jurisprudentie in overeenstemming te brengen. En de verruiming van de herzieningsbevoegdheid op één terrein zal onvermijdelijk een precedentswerking hebben voor aanverwante terreinen. Verruiming van de herzieningsbevoegdheid in art. 5a UR Awir zou potentieel ook gevolgen hebben voor de herziening van andere toeslagen - en dat betreft vele miljoenen beschikkingen per jaar. Verruiming van de herzieningsbevoegdheid zal dan ook selectief moeten zijn.

Het bepaalde in art. 5a, UR Awir biedt twee mogelijke alternatieven bij een gerichte verruiming van de bevoegdheid tot herziening. Enerzijds kan op basis van het bepaalde sub b. de mogelijkheid worden geopend om beslissingen te herzien in het licht van de recente jurisprudentie. Op basis van het bepaalde in art. 5a, sub c., UR Awir kan anderzijds de mogelijkheid worden geopend om beslissingen te herzien in het licht van het beleidsbesluit van 20 december 2019. Gegeven dat het beleidsbesluit de implementatie voor de toekomst is van de uitspraken van 23 oktober, is het minder zinvol de twee mogelijkheden te cumuleren. Verruiming van de herzieningsbevoegdheid op het punt van de jurisprudentie verdient naar de mening van de commissie de voorkeur. Het beleidsbesluit van 20 december 2019 is enerzijds ruimer dan nodig, maar tegelijk wezenlijk beperkter dat de nieuwe jurisprudentie.

Het beleidsbesluit is specifiekgericht op vaststellingsbesluiten en daarbij op één mogelijke vorm van onevenredigheid, te weten de situatie dat slechts een deel van de eigen bijdrage is betaald. Op dat punt is het besluit ruimer dan de vaststellingsuitspraak van 23 oktober vereist. Het beleidsbesluit heeft namelijk het evenredigheidsbeginsel vertaald in een regel van rekenkundige rechtevenredigheid. Als er maar aantoonbaar kosten zijn gemaakt voor kinderopvang krijgt men dus altijd een deel vergoed. Dat is wat anders dan voldoen aan de eis dat er een belangenafweging wordt gemaakt waarbij het evenredigheidsbeginsel moet worden gerespecteerd. Het is heel goed denkbaar dat na die belangenafweging een aanspraak op KOT op nul kan worden gesteld, ook als er wel kosten voor kinderopvang zijn gemaakt, zonder dat dit strijd met het evenredigheidsbeginsel oplevert. In dat opzicht is het beleidsbesluit dus coulant te noemen. De uitspraken van 23 oktober 2019 hebben evenwel een ruimere strekking dan het beleidsbesluit. De uitspraken zien niet alleen op vaststellingsbeslissingen, maar ook op terugvorderingsbeslissingen; op de betekenis van dit laatste wordt hierna ingegaan. Wat de beslissingen inzake de vaststelling toeslagen betreft, is het beleidsbesluit bovendien beperkt tot de problematiek van de onbetaalde eigen bijdrage. De uitspraken hebben daarnaast ook relevantie voor andere gevallen waarin mogelijk inbreuk is gemaakt op het evenredigheidsbeginsel, zoals de situatie dat op grond van een ontbrekend bewijsstuk de aanspraak op een heel jaar KOT werd afgewezen en alle voorschotten werden teruggevorderd.

Om verschillende redenen verdient verruiming van de herzieningsbevoegdheid gericht op de gewijzigde jurisprudentie dus de voorkeur. Daarbij zou het echter niet gaan om het openen van de algemene mogelijkheid om een beroep te doen op nieuwe jurisprudentie, maar de mogelijkheid om gericht een beroep te doen op de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 april 2019 en van 23 oktober 2019. Drie relevante categorieën beslissingen komen daarmee voor herziening in aanmerking, te weten: (1) gevallen waarin kleine betalingsverschillen Toeslagenertoe hebben geleid om de aanspraak op KOT op nihil te zetten, (2) gevallen waarin problemen in het betalingsgedrag, die te wijten waren aan onterechte stopzettingsbesluiten ten onrechte aan de KOT-gerechtigden, zijn toegerekend[68] en 3) gevallen waarin Toeslagen bij het vaststellen van de aanspraken op KOT en bij eventuele terugvordering van onverschuldigd betaalde KOT het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden.

4.4.3 Beperking naar hoogte van terugvordering

De verruiming van de herzieningsbevoegdheid dient echter niet alleen beperkt te zijn naar deze in de jurisprudentie gesignaleerde gevallen, maar ook wat betreft ´de omvang´ van de vaststelling of terugvordering waarvoor herziening wordt gevraagd. Benadrukt is reeds (§ 4.2) dat het hoogst uitzonderlijk is om de werking van wetgeving terug te draaien. Daar moet een bijzondere, dringende reden voor zijn. Die reden zou, zoals hiervoor uitgelegd, gelegen kunnen zijn in de wanverhouding tussen de bovenmatige omvang van de terugvordering en de beperkte aard en ernst van de onregelmatigheid die daar aanleiding voor gaf. Ter uitwerking van deze rechtvaardigingsgrond zal de verruiming dus ook beperkt moeten zijn ten aanzien van de hoogte van het bedrag dat was gemoeid met de correctiebesluiten waarvan herziening kan worden gevraagd. Zonder een dergelijke ´drempel´ zou niet alleen de rechtvaardiging ontbreken voor de uitzonderlijke stap om terug te komen op het verleden, maar het leidt ook tot ´praktische´ onbillijkheid. Bij verruiming van de herzieningsbevoegdheid zonder een dergelijke ´drempel´ zou van alle vaststellingsbesluiten, ongeacht het bedrag dat daarmee in het geding is, herziening kunnen worden gevraagd. Het gaat daarbij om mogelijk meer dan honderdduizend dossiers die op verzoek opnieuw zouden moeten worden doorgenomen. De uitvoering zal daarin onvermijdelijk vastlopen, met als gevolg dat belanghebbenden die bovenmatig hard werden getroffen, alsnog eindeloos op afwikkeling moeten wachten.

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

Als uitgangspunt zou kunnen gelden dat het bij herziening moet gaan om beslissingen waarbij een aanspraak op toeslag met € 10.000 of meer, neerwaarts wordt bijgesteld. De invalshoek dat het moet gaan om excessieve gevolgen die in redelijkheid niet voor rekening van betrokken toeslaggerechtigden kunnen worden gelaten, laat zich weliswaar niet met precisie vertalen in een concreet bedrag, maar het betekent wel dat het niet om reguliere gevallen moet gaan. Een bedrag van € 10.000 per toeslagjaar is gelijk aan tweemaal de gemiddelde hoogte van de toegekende KOT. Het gaat daarbij kortom niet om een regulier bedrag van terugvordering. Tegelijk vormen terugvorderingsbesluiten van € 10.000 (helaas) niet een zeldzaamheid. Het probleem wordt met die grens dus zeker niet weggedefinieerd.Sinds 2017 [69] vormt € 10.000 bovendien de grens voor de beoordeling van een verzoek om een persoonlijke betalingsregeling. Beneden dat bedrag kan iedereen een persoonlijke betalingsregeling krijgen, waardoor de terugbetaling wordt afgestemd op het persoonlijk draagvermogen (zie § 4.5.2) en er dus al matiging mogelijk was.

Uiteraard hangt de impact van de terugvordering van een dergelijk bedrag af van iemands draagkracht en persoonlijke omstandigheden. En bij vrijwel ieder inkomen geeft het bericht dat er € 10.000 of meer moet worden terugbetaald een schok. Echter, bij toeslagen is de hoogte van de toeslag mede een indicatie van de sociaaleconomische positie van betrokken toeslaggerechtigden en het aantal kinderen dat moet worden opgevangen. Om al deze redenen vormt de introductie van een bedrag van € 10.000 een te verantwoorden vertaling van genoemde invalshoek.

Rond die afbakening zullen zich evenwel grensvraagstukken voordoen. Bijvoorbeeld dat een toeslag cumulatief met meer dan € 10.000 in een jaar wordt verminderd, maar dat dit niet gebeurt in één beslissing. Ook is denkbaar dat iemand in één jaar met een terugvordering te maken krijgt van meer dan € 10.000, maar dat het daarbij gaat om de vaststellingen over verschillende toeslagjaren, waarvan geen afzonderlijke toeslag leidt tot terugvorderingsbesluiten die meer dan € 10.000 betreffen, maar die daar gezamenlijk ver bovenuit stijgen. Een regeling treffendie alle denkbare en nu nog niet-denkbare grensproblemen omvat, is niet mogelijk, alleen al doordat door iedere verfijningvan de afbakening die de commissie hier kan suggereren, weer nieuwe grensgevallen zullen ontstaan.

Overwogen zou moeten worden om in het besluit op grond van art. 5a, onder b, Awir, waarbij wordt geregeld dat nieuwe jurisprudentie in dit geval leidt tot een herzieningsbevoegdheid, een bepaling op te nemen die het mogelijk maakt om in een concreet geval tegemoet te komen 'aan onbillijkheden van overwegende aard'; oftewel een hardheidsclausule. Zo'n clausule maakt het mogelijk om geleidelijk, op basis van de gevallen die zich concreet presenteren, nader invulling te geven aan de toepassing van de voorgestelde grens van € 10.000 per jaar. De beslissing op een verzoek om herziening - en daarmee ook de beslissing over toepassing van deze hardheidsclausule - is een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaan. Daarbij doet Toeslagen er verstandig aan te verzekeren dat de behandeling van bezwaren over herzieningsbesluiten en dus ook over de toepassing van de voorgestelde hardheidsclausule in één hand liggen, zodat consistentie in de gemaakte uitzonderingen kan worden gewaarborgd.

4.4.4 Beperking naar terugwerking in de tijd

Op het oog lijkt er nog een andere, aanvullende mogelijkheid te bestaan om de herzieningsbevoegdheid te verruimen. Zoals uiteengezet is de herzieningsbevoegdheid van Toeslagen met betrekking tot onherroepelijk geworden beslissingen beperkt tot vijf jaar na het berekeningsjaar waarvoor de toeslag werd verstrekt. In 2020 is herziening alleen nog mogelijk van definitieve vaststellingsbesluiten die betrekking hebben op 2015 en daarna. Gelet op het feit dat veel van de zaken die in het debat onder de aandacht zijn gekomen, betrekking hebben op de periode voor 2015 lijkt het een optie om deze beperking op te rekken of weg te nemen. De termijn is immers bij ministeriële regeling gesteld en vloeit niet voort uit de wet. Dat zou echter onverstandig zijn.

Rechtszekerheid vergt dat na verloop van tijd besluiten onaantastbaar worden, ook al zouden ze nog kunnen worden verbeterd (zie ook interim-advies § 4.3.2). Geschillen moeten worden afgesloten om verder te kunnen gaan. Daarom dient er een grens te zijn aan de mogelijkheid om oude vragen opnieuw aan de orde te stellen. Rechtsgelijkheid en rechtseenheid vergen dat de termijn die daarvoor geldt zoveel mogelijk in alle gevallen gelijk is; dat schept duidelijkheid en voorkomt willekeur. In die zin is het hebben van een dergelijke beperking in de tijd aan de mogelijkheid om terug te komen op oude vragen een van de wezenlijke onderdelen van het rechtssysteem. Tekenend in dat verband is dat de regeling van art. 5a, UR Awir op dat punt ook geen afwijking mogelijk maakt, zoals ten aanzien van sommige andere beperkingen.

Niets zegt dat die grens op vijf jaar moet liggen; die termijn is in de praktijk en jurisprudentie geleidelijk ontstaan. Deze termijn is nu echter een algemeen gangbare periode in de belastingwetgeving en ook daarbuiten. Daarom kan zij niet 'pour besoin de la cause' in onderscheiden situaties weer opzij worden gezet. Deze termijn werkt namelijk ook door in andere regels, zoals in de vijfjaarstermijn,die geldt voor de verplichting tot het bewaren van bescheiden. [70] Overigens is ook de beschikbare informatie aan overheidszijde over beslissingen uit het verre verleden, zeer summier. De parate kennis gaat niet veel verder terug dan 2011, het jaar waarin een wiseling van ICT-programma heeft plaatsgevonden.

[69] Voor die tijd lag dit bedrag op € 1700

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

Wanneer de bestaande termijn wordt losgelaten, valt er bovendien geen rechtvaardiging te vinden voor een andere termijn. Zou men de termijn van vijf jaar van art. 5a, onder a., UR Awir veranderen, dan is er geen alternatief dan terug te gaan tot het begin. Dat roept de vraag op of dit alleen moet gelden voor KOT-besluiten. Zeer goed denkbaar is een uitstralingseffectnaar andere toeslagen en wellicht ook naar het terrein van de belastingwetgeving en vervolgens naar andere (financiële)rechtsgebieden. Zo kan een aardverschuiving ontstaan in zaken die dan opnieuw aan de orde zouden kunnen worden gesteld.

De termijn van vijf jaar betekent niet dat er dus niets gedaan kan worden aan de zaken die daardoor worden uitgesloten van herziening. Het betekent, zo dit wordt gewenst, dat daarvoor een ander benadering nodig is dan herziening van de oorspronkelijke besluitvorming. Op de daarvoor beschikbare mogelijkheden wordt hieronder verder ingegaan.

4.4.5 Herziening op verzoek; geen compensatie of schadevergoeding

Op de praktische uitvoering van deze aanpak van de ´erfenis´ via de ingang van de herziening zal hieronder nader worden ingegaan (§ 4.7). Eerst wordt hier echter nog gewezen op twee belangrijke andere punten.

In de eerste plaats zal uitdrukkelijk moeten worden bepaald dat de bijzondere herziening die hier bedoeld is, uitsluitend op aanvraag geschiedt. De aanhef van art. 5a, UR Awir kan in dat opzicht verwarring scheppen. Ingevolge die aanhef moet Toeslagen ook uit eigen beweging een toeslag herzien indien is gebleken dat deze te laag is vastgesteld. Met betrekking tot de verruimde bevoegdheid is het, mede vanwege het uitzonderlijk karakter daarvan en de selectiviteit die daarbij betracht moet worden, nodig dat de herziening steeds start met een daartoe strekkend verzoek van belanghebbenden. Het zet bovendien een proces in gang dat uitmondt in een voor beroep vatbare beslissing. De bepalende kenmerken voor toepassing van de verruimde herzieningsbevoegdheid zijn ook kenbaar voor betrokkenen (hoogte teruggevorderde bedrag, berekeningsjaar en motivering besluit). Het is ernstig de vraag of Toeslagen de belanghebbenden adequaat kan identificerenen, wanneer het alle mogelijke belanghebbenden eerst zou gaan aanschrijven, schept dat veel misplaatste verwachtingen en dus nieuwe teleurstellingen en frustratie. Dit is wezenlijk anders dan bij de compensatieregeling die moet worden verbreed in verband met vergelijkbare dossiers als het CAF 11-dossier; daar is bekend welke ouders zijn betrokken. Dat Toeslagen niet iedereen die wellicht voor een herziening in aanmerking kan komen kan aanschrijven, laat onverlet dat Toeslagen ten tijde van de verruiming van de herzieningsbevoegdheid daarover goed zal moeten communiceren, zodat eenieder op eenvoudige wijze kan weten van de verruimde mogelijkheid.

In de tweede plaats dient duidelijk te zijn dat herziening van wezenlijk andere aard is dan de compensatie die in de CAF 11-zaak en vergelijkbare zaken wordt geboden voor het vooringenomen handelen van Toeslagen. Herziening leidt tot een nieuw besluit over de vaststelling van de hoogte van de aanspraak op toeslag en kan ertoe leiden dat die toeslag alsnog geheel of ten dele wordt betaald. Compensatie of schadevergoeding is daarbij niet aan de orde. Daarvoor is geen aanleiding. De herziening berust in deze zaken op nieuwe inzichten. Er is geen sprake van onrechtmatige besluitvorming (nodig voor schadevergoeding), noch van een excessieve aanpak door Toeslagen (nodig voor compensatie); het betreft reguliere handhaving van de wet- en regelgeving. Dat laat onverlet dat een besluit op een herzieningsverzoek een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit oplevert. Belanghebbenden kunnen natuurlijk altijd in bezwaar of beroep stellen, dat in hun geval het genomen correctiebesluit wel onrechtmatig was en schadevergoeding op zijn plaats is. Gegeven echter dat de herziening berust op inzichten die op het moment van beslissing nog niet bestonden, is de kans gering dat de rechter schadevergoeding zal toekennen.

4.5 Terugvordering en invordering van openstaande toeslagschuld

4.5.1 Terugvordering en het omgaan met het verleden

De werking van de handhaving van kinderopvangtoeslag vertaalt zich in terugvordering van te veel betaalde voorschotten en vervolgens in de invordering van de verschuldigde bedragen. De schrijnende werking was vooral gevolg van het feit dat als het goed was de ontvangen gelden op het moment dat ze werden teruggevorderd reeds aan kinderopvang waren besteed. Naarmate de teruggevorderde bedragen hoger waren - hetgeen teken is van een lage betalingscapaciteit - liepen de schulden sneller op en verspreiden zij zich via het mechanisme van verrekening, ook naar andere delen van het maatschappelijk leven van betrokkenen.

De erfenis van vijftien jaar werking van de KOT komt dus mede tot uitdrukking in de nog openstaande schuld. Eerder werd al stilgestaan bij de omvang van de bedragen waar het om gaat. Sinds het begin van de regeling is € 4,2 mld. aan KOT teruggevorderd waarvan op dit moment nog € 443 mln. openstaat bij 130.000 burgers. Die bedragen zijn uitdrukking van de aard en omvang van de problematiek van de werking van de KOT-regelgeving, zeker wanneer men die € 443 mln. aan openstaande schulden in een context plaats. Bijna 70 procent oftewel € 310 mln. daarvan wordt gevormd door schulden van meer dan € 10.000, die uitstaan bij ca. 12.000 burgers. Daarvan bestaat 40 procent, oftewel € 180 mln. uit schulden van meer dan € 25.000 bij ca. 4.500 burgers. Niet voor niets waarschuwt de Algemene Rekenkamer (ARK) in zijn rapport '*Toeslagen terugbetalen*'[71] voor de schuldenproblematiek van gezinnen als gevolg van de terugvordering van toeslagen.

[71] '*Toeslagen terugbetalen*', rapport van 13 juni 2019 van de Algemene Rekenkamer.

Tegen deze achtergrond is er aanleiding om te bezien in hoeverre de erfenis van het verleden mede kan worden aangepakt via het terugvorderings- en invorderingsbeleid van de Belastingdienst. Daarbij past de kanttekening dat terugvorderingsbeleid tot dusver niet bestaat en nog ontwikkeld moet worden. Op grond van art. 26 Awir werd terugvordering gezien als een van rechtswege gevolg van de neerwaartse herziening van een toeslag of voorschot en het gehele bedrag van de terugvordering was verschuldigd. Er was, met andere woorden, geen ruimte voor beleid. Er was geen aanleiding om de terugvorderingsbeslissing te onderscheiden van de vaststellingsbeslissing. Het enige wat er tot dusver was, is een invorderingspraktijk met bijbehorend beleid. Dat bood, mede op grond van art. 7 UR Awir, enig soelaas via de persoonlijke betalingsregeling en de 'niet verder bemoeilijken'-beslissingen, maar dat laat onverlet dat de openstaande toeslagschulden van personen vaak hoog en uitzichtloos zijn.

De mogelijkheid om langs deze weg terug te komen op het verleden moet worden bezien tegen de achtergrond van de bestaande invorderingspraktijk. Daarom wordt daarop nu eerst ingegaan. In het bijzonder gaat het om een drietal aspecten; verrekening, de ´niet verder bemoeilijken´-beslissing en de beslissing over opzet & grove schuld (OGS).

4.5.2 Bestaande invorderingspraktijk

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. De grondregel is dat neerwaartse correctie van de aanspraak op toeslag of van een voorschot leidt tot een terug te vorderen bedrag dat in zijn geheel verschuldigd is en binnen zes weken na de beschikking moet worden terugbetaald. Ingevolge art. 7 UR Awir krijgt iedereen de mogelijkheid om het bedrag in 24 maandelijkse termijnen terug te betalen (standaardbetalingsregeling). Kan een belanghebbende daar vanwege zijn betalingscapaciteit niet aan voldoen, dan kan hij verzoeken om een op zijn betalingscapaciteit afgestemde betalingsregeling (persoonlijke betalingsregeling). Een verzoek om persoonlijke betalingsregeling wordt geweigerd indien de terugvordering is te wijten aan opzet of grove schuld van belanghebbende. De beslissing op het verzoek om een persoonlijke betalingsregeling is een voor bezwaar vatbare beschikking.

Voldoet de belanghebbende niet aan de verplichtingen van een (standaard of persoonlijke) betalingsregeling, dan vervallen deze en volgen aanmaning en dwangbevel. Primair wordt de schuld verrekend met andere toeslagen of een teruggave inkomstenbelasting en als dit niet voldoende dekking biedt, dan worden andere invorderingsmaatregelen ingezet (overeenkomend met die van belastingen). De bijkomende kosten van alle invorderingsmaatregelen werden in rekening gebracht (zoals aanmaningskosten, kosten van dwangbevelen en invorderingsrente) en verhogen dus de uitstaande schuld bij de Belastingdienst. In de praktijk beoordeelt Invordering voordat tot daadwerkelijke invordering wordt overgegaan of er verhaalsmogelijkheid is. Is dat niet het geval dan wordt er doorgaans wel een dwangbevel verstuurd, maar volgt geen beslag. De werkelijkheid van de invordering geeft dan ook een meer genuanceerd beeld dan de absolute cijfers.[72]

´Niet verder bemoeilijken´-beleid: Bij een persoonlijke betalingsregeling wordt de resterende schuld na 24 maanden niet meer actief ingevorderd. Wel kan de resterende schuld nog in de daaropvolgende drie jaren worden verrekend met nabetalingen van toeslagen en eenmalige teruggaven inkomstenbelasting. Als er na die drie jaar nog steeds een schuld resteert, dan geeft Toeslagen een ´niet verder bemoeilijken´-beschikking af, waarmee de terugvordering definitief buiten invordering wordt gesteld. Op deze wijze kan een belanghebbende na vijf jaar in de praktijk schuldvrij zijn. De schuld kon tot dusver niet worden kwijtgescholden vanwege de strikte uitleg van art. 26 Awir. Wat opvalt, is dat ondanks deze aantrekkelijkheid van de persoonlijke betalingsregeling maar een beperkt deel betrokkenen een dergelijke regeling heeft. Mogelijk speelt hier een rol dat deze mogelijkheid minder bekend is en de persoonlijke betalingscapaciteit onvoldoende moet zijn voor de standaard betalingsregeling.

Verrekening: Ingevolge art. 30, lid 1, Awir is Toeslagen bevoegd tot verrekening van een verschuldigd bedrag aan terugvordering met een aan de betrokken toeslaggerechtigde andere toeslag of voorschot daarop, ongeacht de desbetreffende regeling en het berekeningsjaar. Datzelfde geldt ingevolge het tweede lid vooruit te betalen bedragen aan belastingteruggave, premie volksverzekering en belastingrente. Het is een op het eerste gezicht begrijpelijke regeling; dat Toeslagen niet doorgaat met betalen van een voorschot als er bij een andere toeslag een schuld bestaat, maar dat dit door verrekening wordt gecompenseerd. Gevolg hiervan is echter dat het effect van schulden die bij handhaving van de KOT ontstaan, zich kan verplaatsen naar andere toeslagen, en ook dat het minder eenvoudig is om in de praktijk de herkomst van openstaande schulden te herleiden tot de terugvordering van kinderopvangtoeslag.

Opzet en grove schuld (OGS): Zoals hiervoor aangegeven is het voor het kunnen verkrijgen van een persoonlijke betalingsregeling en daarmee of men onder de 'niet verder bemoeilijken'-praktijk viel, bepalend of er door Toeslagen werd gesteld dat betrokkene opzet en grove schuld kon worden verweten. Daarvan was en is sprake indien belanghebbende, volgens criteria van het besluit van 1 juli 2009[73], '*redelijkerwijs had moeten of kunnen begrijpen dat zijn gedrag tot gevolg kon hebben dat een te hoog bedrag aan toeslag wordt toegekend*'. Volgens het besluit is dit onder meer het geval: indien er geen eigen bijdrage wordt be-

[72] Volgens Invordering wordt van de 442, 5 mln. openstaande schuld op dit moment 177,5 mln. regulier geïnd, waarvan 104,5 mln. via de standaardregeling en 20 mln. via persoonlijke betalingsregeling (voor 18 mln. geldt uitstel en 34 mln. is recent). Van de resterende 265 mln. wordt 42 mln. geïnd via beslag, voor 65,5 mln. is verwikkeld in insolventie en aan 157 mln. wordt verder niets gedaan bij gebrek aan verhaalsmogelijkheid.

[73] Beleidsbesluit 1 juli 2009, CPP 2009/905M, Stcrt. 2009, 10311.

taald (betrokkene dient te weten dat de toeslag altijd lager moet zijn dan de betaalde opvangkosten); indien er geen kinderen zijn; indien de opvanginstelling niet is geregistreerd; indien er te veel uren zijn aangevraagd en deze niet door belanghebbende zijn aangepast; indien niet wordt gereageerd op een verzoek om informatie; indien wel maximale kinderopvangtoeslag wordt gevraagd, maar slechts een deel van de week wordt gewerkt of geheel niet wordt gewerkt.

De vraag of er sprake is van opzet of grove schuld komt nadrukkelijk aan de orde wanneer men bij een toeslagschuld van meer dan € 10.000 (tot 2017 lag deze grens op € 1.500) een persoonlijke betalingsregeling aanvraagt; beneden dit bedrag wordt steeds een persoonlijke betalingsregeling toegekend indien men daarvoor in aanmerking komt. De beslissing wordt genomen door Toeslagen. Als een persoonlijke betalingsregeling wordt geweigerd, staat tegen die beslissing bezwaar en beroep open. Daar wordt met enige regelmaat ook gebruik van gemaakt.

4.5.3 Nieuw beleid nodig

In het voorgaande is de strekking van terugvorderinguitspraak van 23 oktober 2019 uiteengezet (zie § 4.3). De Afdeling heeft Toeslagen daarin 26 weken gegeven om in de aanhangige zaak met een nieuw besluit te komen. Verder overweegt de Afdeling ook in deze uitspraak dat het op de weg van Toeslagen ligt om te bepalen hoe om te gaan met eerdere onherroepelijk geworden terugvorderingsbesluiten. Op beide punten zal nog een standpunt moeten worden ingenomen.

Op het terrein van de terug- en invordering heeft de uitspraak een belangrijke betekenis. Zoals gezegd, werd eerder vanwege de uitleg van art. 26 Awir in beginsel geen verschil gemaakt tussen de vaststellingsbeslissing en de terugvorderingsbeschikking. Vanwege de imperatieve uitleg van deze bepaling werd niet veel vrijheid gevoeld om bij de invordering tot matiging of kwijtschelding van schulden te komen. De uitspraak verandert deze situatie. *´Het gevolg van deze nieuwe uitleg van artikel 26 van de Awir is*' in de woorden van de Afdeling *´dat de Belastingdienst/Toeslagen bij de terugvordering van toeslagen meer mogelijkheden krijgt om in individuele gevallen maatwerk te leveren.*' Die ruimte moet wel gezien worden tegen de achtergrond van eenzelfde ruimte welke de Afdeling op dezelfde dag mogelijk maakte met betrekking tot het vaststellingsbesluit. Naarmate daarbij reeds met alle betrokken belangen rekening moet worden gehouden, is er minder ruimte zijn om vervolgens met betrekking tot de terugvordering tot nog weer een andere beslissing te komen. Desalniettemin maakt de terugvorderingsuitspraak een meer genuanceerd beleid mogelijk. Zo ontstaat de mogelijkheid om wanneer de aanspraak op toeslag op nihil moet worden gezet, bijvoorbeeld omdat daarop evident geen aanspraak bestond, toch niet (althans niet het gehele bedrag aan toegekende voorschotten) wordt teruggevorderd, bijvoorbeeld vanwege de financiële omstandigheden waarin belanghebbende zich bevindt.

Daarbij zij opgemerkt dat de uitspraak betrekking heeft op de terugvordering. Die moet worden onderscheiden van de invordering. Dat is de uitvoeringsfase van het terugvorderingsbesluit. Maar omdat de Afdeling in de uitspraak de lezing heeft losgelaten dat art. 26 Awir dwingend voorschrijft dat het gehele bedrag moet worden teruggevorderd, zal de uitspraak niet nalaten ook gevolgen te hebben voor de invordering.[74] De invorderingspraktijk zit immers ook niet meer gevangen in de dwingende lezing van art. 26 Awir. Zo wordt het mogelijk om een coherent en ruimer beleid te voeren met betrekking tot het einde van de verplichting tot betaling. In de huidige invorderingspraktijk zijn daarvoor, zoals beschreven, al verschillende vormen ontwikkeld die echter tot dusver juridisch lastig konden worden geformaliseerd vanwege de toen geldende lezing van art. 26 Awir.

Het is dringend gewenst dat de staatssecretaris met betrekking tot deze onderscheiden aspecten een duidelijke beleidslijn vaststelt. Anders zal het beleid zich ´stukje bij beetje´ op ad hoc basis gaan ontwikkelen in reactie op de verschillende zaken en rechtsvragen die zich aandienen. Gegeven de vitale betekenis van dit beleid voor het vraagstuk van de omgang met de erfenis en voor de handhaving in de toekomst, dient een dergelijk verbrokkelde beleidsontwikkeling te worden vermeden. Overigens heeft de staatssecretaris op een punt reeds een herziening aangekondigd. Het betreft het beleid met betrekking tot de vaststelling van opzet & grove schuld (OGS).[75] Aangezien de status OGS direct gevolgen heeft voor de mogelijkheid om een (persoonlijke) betalingsregeling aan te vragen, is het beleid op dit punt van wezenlijke betekenis bij de invordering van toeslagschulden. Eerder is er al op gewezen dat de thans gehanteerde 'drempel' van € 10.000 hier een 'averechts' effect heeft, omdat huishoudens met een laag gezinsinkomen daardoor onevenredig worden geraakt door het OGS-beleid.

4.5.4 Betekenis voor openstaande schulden

Bij terug- en invordering lopen toekomst en verleden in elkaar over. Het gaat om het ontwikkelen van beleid dat (ook) zal gaan gelden met betrekking tot de omgang met de erfenis van vijftien jaar beleid: de invordering van openstaande schulden. Vandaar dat eerst is stilgestaan bij de bestaande invorderingspraktijk en het nieuw te ontwikkelen beleid. Zeker als gaat om invordering en oude schulden zijn toekomst en verleden nauw met elkaar verweven. Dat laat onverlet dat via de ingang van de terug- en invordering ook een meer gerichte aanpak mogelijk is. Daarbij gaat het om de volgende punten:

[74] Zie bijv. ECLI:NL:RVS:2020:356, waarin de evenredigheidseis wordt toegepast op een geschil dat is ontstaan door een verrekening van KOT-aanspraken en schulden.

[75] Bij brief van de staatssecretaris van Financiën van 15 november 2019 (onderdeel B6), Stscrt. 31066, 538.

Terugvordering: Nu vaststelling en terugvordering door de uitspraak van 23 oktober duidelijker moeten worden onderscheiden als zelfstandig besluit, betekent dit dat ook zelfstandig herziening van de terugvorderingsbeslissing mogelijk zal zijn. Onder de nieuwe lezing van art. 26 Awir kan het zinvol zijn om herziening van een eerdere terugvorderingsbeslissing aan te vragen. Om die reden is het dringend gewenst dat het juridisch kader voor de behandeling daarvan wordt vastgesteld. Het wettelijk regime van de art. 21a Awir jo. 5a UR Awir heeft strikt genomen slechts betrekking op het herzien van vaststellingsbesluiten. Omdat tot dusver geen onderscheid werd gemaakt tussen vaststelling en terugvordering, was dat voldoende en is er niets uitdrukkelijk geregeld voor de bevoegdheid tot het herzien van het terugvorderingsbesluit. De commissie acht het de meest voor de hand liggende keuze om voor de herziening van terugvorderingsbesluiten aan te sluiten bij het regime van art. 21a Awir jo. 5a UR Awir, maar die keuze moet wel expliciet worden gemaakt.

Invorderingsbeslissing: De erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag ligt mede besloten in nu nog openstaande schulden waarop nog steeds wordt afbetaald. Nu art. 26 Awir niet langer wordt gelezen als verplichting om het gehele bedrag dat onverschuldigd is betaald, terug te vorderen, biedt dat een mogelijkheid voor een algemene en gerichte aanpak van die 'erfenis' via nog openstaande schulden. Daar is echter voor nodig dat wordt gepreciseerd wordt onder welke omstandigheden en via welk besluit de toeslaggerechtigde kan vragen om verdere invordering van KOT-schuldenstop te zetten of te matigen. Het gaat daarbij om een andere beslissing en afweging dan die over het terugvorderingsbesluit.

De vraag naar de redelijkheid van verdere invordering zal ook los van enige beleidsbeslissing gesteld gaan worden. De vraag kan aan de orde komen bij een nieuw verzoek om een betalingsregeling of bij het verweer tegen de voortgezette invordering van een toeslagschuld, bijvoorbeeld wanneer het huidig moratorium/pauze op invorderingsmaatregelen in die zaken waar deze is stopgezet in afwachting van voorliggend advies, weer wordt opgeheven en de staatssecretaris besluit de invordering te hervatten.[76] Wanneer de vraag of verdere invordering nog proportioneel is op ieder moment opnieuw en in de context van verschillende besluiten kan worden opgeworpen, zal dit een aanzienlijke nieuwe werkstroom op gang brengen. Ook om die reden is het zinvol om, door aanwijzing van een voor iedereen die nog betaalt aan te vragen besluit, deze stroom te kanaliseren. Bijvoorbeeld door het mogelijk te maken in deze gevallen een verzoek tot kwijtschelding te doen.

Gerichte schuldsanering: Indien in het kader van de aanpak van de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag de herzieningsbevoegdheid wordt verruimd langs lijnen zoals in het voorgaande geschetst, zal in aanvulling daarop een gerichte sanering van openstaande schulden moet worden overwogen. De vijf jaar termijn heeft potentieel tot gevolg dat de situatie ontstaat dat belanghebbenden die niet in aanmerking kunnen komen voor herziening, gegeven het berekeningsjaar waar de terugvordering betrekking op heeft, doorgaan met afbetaling op grond van een vaststellings- en terugvorderingsbeslissing die bij anderen inmiddels via herziening is gecorrigeerd naar de huidige inzichten. Uiteraard hangt dat samen met de overwegingen die zich verzetten tegen het loslaten van de beperking in de tijd van de herzieningsbevoegdheid. Dat laat echter onverlet dat aan het nadeel daarvan, te weten de verschillen die ontstaan tussen schulden ontstaan vanaf het toeslagjaar 2015 en de periode daarvoor, kan worden verzacht door een gerichte schuldsanering.

In dat kader raadt de commissie aan om openstaande schulden te saneren van personen die aannemelijk kunnen maken dat hun schuld berust op een vergelijkbare vaststellings- en terugvorderingsbeslissing als die nu nog wel in aanmerking komen voor herziening. Dit zal gesteld en aannemelijk gemaakt moeten worden door betrokken belanghebbende en getoetst moeten worden door Toeslagen,zij het met begrip voor de moeilijkheid om het verleden terug te halen. Daartoe zou het team kunnen worden ingeschakeld dat ook belast is met de afhandeling van de verzoeken om herziening. Indien blijkt dat er daadwerkelijk sprake is van een vergelijkbaar besluit dat tot een KOT-schuld heeft geleid, dan zou besloten moeten worden welke gevolgen dat moet hebben voor verdere invordering (of deze kan worden gematigd of dat daarvan geheel kan worden afgezien.

Deze gerichte schuldsanering zou beperkt moeten zijn tot schulden die betrekking hebben op een berekeningsjaar waarvoor geen herziening meer mogelijk is. Het betreft immers een aanvulling op de verruimde herzieningsbevoegdheid. Indien nog herziening mogelijk is, dient die weg te worden bewandeld en niet die van schuldsanering.

Algemene sanering: Een substantieel deel van de €443 mln. aan openstaande toeslagschulden betreft schulden ten aanzien waarvan op dit moment geen actieve invordering plaatsvindt bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden. Het gaat in het bijzonder om personen aan wie wel een dwangbevel is verstuurd, maar bij wie geen beslag plaatsvindt bij gebrek aan verhaalsmogelijkheden, en om personen die insolvent zijn. Dat zijn respectievelijk 14.200 en 5.900 personen en daar zijn respectievelijk € 157 mln. en € 65, 5 mln. mee gemoeid. De nieuwe lezing van art. 26 Awir maakt het logisch om te bezien of en onder welke omstandigheden ook deze openstaande schulden expliciet kunnen worden beëindigd.

Billijkheid: Een nieuw op te stellen terug- en invorderingsbeleid voor toeslagen biedt kortom een andere mogelijkheid om met de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag om te gaan. Daarbij moet echter worden onderkend dat een besluit om in bepaalde gevallen af te zien van verdere invordering altijd ook gevoelens van onrechtvaardigheid zal oproepen bij hen die inmiddels hun

[76] Zie brief van de minister van Financiën en de staatssecretaris van Financiën, Toeslagen en Douane van 4 februari 2020, 2020Z00176.

schuld hebben afbetaald. Het betekent immers dat in gelijke gevallen de burger die aan zijn verplichtingen heeft voldaan en zijn schuld heeft afbetaald niets krijgt, terwijl degene die de betalingen heeft ´laten lopen´ niet(s) meer hoeft te betalen. Vandaar dat niet al te lichtvaardig besloten mag worden om verder af te zien van invordering. Ook nu al geldt echter dat in de hier bedoelde gevallen vaak niet verder wordt geïnd, zij het dat dit door de wijze waarop dit gebeurt minder aandacht trekt. Bovendien kan er gegeven de financiëlesituatie, waarin gezinnen zijn gebracht en nog verkeren door de handhaving van de KOT-regelgeving, worden geconcludeerd dat verdere invordering in het heden gezinnen gevangen houdt in een uitzichtloze situatie. Daar iets aan doen, sluit aan bij de hiervoor geschetste aanvliegroute voor het omgaan met de erfenis van vijftien jaar beleid.

4.6 Een regeling voor ergste onbillijkheid

4.6.1 Wettelijke mogelijkheden uitgeput

In het voorgaande zijn de verschillende mogelijkheden verkend om binnen het kader van de bestaande wettelijke regeling voor KOT een passende oplossing te vinden voor toeslaggerechtigden die in het verleden terugvorderingsbesluiten hebben gekregen die naar huidig inzicht niet langer verantwoord worden geacht en die zulke onevenredige gevolgen hebben gehad dat deze niet voor hun rekening kunnen worden gelaten. Het gaat daarbij met name om beslissingen waar een grote wanverhouding is ontstaan tussen de beperkte aard en ernst van de geconstateerde onregelmatigheid en de bovenmatige omvang van de daaruit resulterende terugvordering. Het feit dat het niet de wetgever is die de wet wijzigt, maar dat Toeslagen,als uitvoerende dienst, ingrijpt in gevolgen van wetgeving die de wetgever heeft vastgesteld, betekent dat dit terughoudend moet gebeuren. Centraal staat steeds de vraag wat bepaalde gevallen zodanig bijzonder maakt dat het onredelijk is indien betrokkenen met de gevolgen van eerdere besluiten moeten blijven zitten. Die vraag moet indringend worden gesteld omdat de meesten wél met de gevolgen van eerdere, onaantastbaar geworden besluiten achter zullen blijven.

Vanuit die invalshoek zijn er in het voorgaande twee ingangen geschetst waarlangs, in bepaalde gevallen, kan worden teruggekomen op eerdere besluiten of de gevolgen daarvan: de herziening van KOT-besluiten en het stopzetten of matigen van de invordering van openstaande schulden. De bestaande herzieningsbevoegdheid zou kunnen worden verruimd, zodat herziening mogelijk wordt naar aanleiding van de recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. De focus moet liggen op de meest harde gevallen en in dat kader heeft de commissie een grens voorgesteld bij besluiten waarbij € 10.000 of meer in een jaar is teruggevorderd.

Binnen de kaders van de toeslagenwetgeving blijven, betekent echter dat beslissingen over KOT-aanspraken over een berekeningsjaar dat meer dan vijf jaar in het verleden ligt, niet voor herziening in aanmerking komen. In die gevallen zou wel van verdere invordering van openstaande schulden kunnen worden afgezien, indien deze schulden voorvloeien uit een besluit dat dezelfde disproportionele kenmerken vertoont als besluiten ten aanzien van toeslagjaar 2015, of later, die wel worden herzien.

4.6.2 Overwegingen bij een verdergaande oplossing

Langs deze weg kan in een substantieel aantal van de zaken uit het verleden waarin, naar het inzicht van nu, mensen op onredelijke wijze bovenmatig hard zijn getroffendoor de werking van de wet, alsnog enig herstel plaatsvinden. Maar deze mogelijkheden kennen hun beperking. Er zullen gevallen blijven waarin ouders in grote financiëlemoeilijkheden zijn geraakt door vergelijkbare disproportionele beslissingen, waarvoor binnen het huidige wettelijke kader geen mogelijkheid van enig herstel kan worden gevonden. Die doen zich met name voor daar waar het gevolgen betreft van beslissingen die een toeslagjaar voor 2015 betreffenen waarvoor herziening dus niet mogelijk is en waar inmiddels de toeslagschuld (deels) is afbetaald, maar men nog steeds met de gevolgen daarvan moet leven.

Deze situaties hangen nauw samen met twee beperkingen, te weten de beperking in de tijd van beslissingen waarvan herziening kan worden gevraagd en het gegeven dat de terugbetalingen die op die grond zijn gedaan niet onverschuldigd zijn betaald. Die beperkingen zijn nauw verweven met het beginsel van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Zij kunnen daarom niet lichtvaardig terzijde worden geschoven. Soms kent de wet voor situaties waarin de strikte toepassing van de wet en de eisen van de rechtsorde tot 'onbillijkheid van overwegende aard' leiden, de mogelijkheid van toepassing van een hardheidsclausule. Een dergelijke clausule is in het voorgaande voorgesteld met betrekking tot de toepassing van de € 10.000 beperking in de verruimde herzieningsbevoegdheid. De Awir zelf kent ook een dergelijke 'hardheidsclausule'. Art. 47 Awir biedt de minister van Financiën, in overeenstemming met andere betrokken ministers, de mogelijkheid om tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard die zich bij de toepassing van de wet voordoen. Maar die bevoegdheid is beperkt tot specifieke bepalingen van de Wet op de zorgtoeslag en de Wet op het kindgebonden budget. Voor de KOT biedt dit dus geen oplossing.

Dat de KOT-regelgeving geen hardheidsbepaling bevat welke een oplossing kan bieden voor de problematiek die zich thans presenteert, is overigens goed verklaarbaar. Het gaat daarbij immers om een situatie waarin van de regering wordt verwacht dat zij terugkomt op de werking van vijftien jaar van wet, beleid en rechtspraak. Het zou veronderstellen dat de wetgever indertijd in staat zou zijn geweest om over de eigen schaduw heen te springen en reeds toen te voorzien dat wat toen aanvaardbaar was, dat naar huidig inzicht niet meer is. Daarmee is ook het bijzondere karakter getypeerd van het vraagstuk dat zich nu presen-

teert; de wens om buiten de mogelijkheden die de KOT-regelgeving daartoe biedt, tot wijziging te komen om naar huidig inzicht te verbeteren wat in het verleden rechtmatig is geschied.

Binnen de rechtstaat bestaan daarvoor geen goede precedenten. Wat kan - en wat binnen het rechtssysteem regelmatig voorkomt - is dat bij voortschrijdend inzicht consequenties die aanvankelijk aanvaardbaar werden geacht of niet werden voorzien, niet langer gerechtvaardigd zijn, waarna de wettelijke regeling wordt gewijzigd naar de toekomst en de wetgever bij wijze van overgangsregeling de voordelen van de nieuwe regeling ten goede laat komen aan nog lopende rechtsverhoudingen uit het verleden. Dat is echter iets anders dan, zoals hier aan de orde is, talloze zaken uit het verleden die onherroepelijk zijn geworden heropenen en daarover naar huidig inzicht opnieuw beslissen.

Verder dient te worden onderkend dat ook in situaties waarin de, in het voorgaande geschetste, aanpak van herzieningen en nieuw invorderingsbeleid kan worden toegepast, er situaties zullen blijven waarin de werking van de KOT-regelgeving toeslaggerechtigden in financiëlemoeilijkheden heeft gebracht zonder dat daar nu herstel voor mogelijk is. De oorzaak van die moeilijkheden is immers het centrale mechanisme van het toeslagensysteem, te weten dat toeslaggerechtigden substantiële bedragen in handen krijgen, welke echter nadat zij zijn uitgegeven voor de beoogde bestemming, weer terug kunnen worden gevorderd wanneer niet aan de voorwaarden blijkt te zijn voldaan of bij gebleken onregelmatigheid. Ook de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak veranderen dat mechanisme niet ten principale; zij matigen de gevolgen daarvan en ontnemen er het 'alles-of-niets'-karakter aan. Zolang dat mechanisme niet is gewijzigd kan men niet de werking daarvan in het verleden veranderen, terwijl dit in het heden nog steeds diezelfde gevolgen produceert. Alleen voor zover met de uitspraken van 23 oktober 2019 de lezing van de KOT-regelgeving is gewijzigd voor de toekomst, is het mogelijk om de gevolgen van vergelijkbare besluitvorming in het verleden aan te passen. Meer is niet mogelijk voor de wetgever zonder dat deze in tegenspraak met zichzelf komt.

Tegen deze achtergrond moet de wenselijkheid en mogelijkheid van verdergaande oplossingen dan een nieuwe herzieningsbevoegdheid en nieuw invorderingsbeleid worden overwogen. Daarbij is de wetgever - want de mogelijkheden van het bestuur binnen de wettelijke regeling zijn uitgeput - terug bij ´af´ zoals dat aan het begin van dit hoofdstuk werd geschetst. De wet terugdraaien met al zijn gevolgen is niet mogelijk. Bepaalde schrijnende gevolgen terugdraaien, vergt eerst een nieuwe wettelijke regeling waarin gelijke effectenworden vermeden, welke dan mogelijk in bepaalde gevallen met terugwerkende kracht kan worden gegeven. Daarbij zullen in alle gevallen keuzen moeten worden gemaakt. Het vergt vermoedelijk geruime tijd voor dat dit is geregeld en het zal misschien bij velen ´oude wonden´ heropenen die een litteken waren geworden, zonder dat is gegarandeerd dat voor het concrete geval nu wel een werkelijk bevredigende oplossing zal kunnen worden geboden.

4.6.3 Een hardheidsregeling

De commissie is zich evenwel bewust dat er grote politieke en maatschappelijke druk ligt op de regering en de staatssecretaris om ongeacht overwegingen die daartegen pleiten, toch 'iets te doen' voor de meest schrijnende gevallen die buiten het hiervoor geschetste nieuwe herzieningen en invorderingsbeleid vallen. Zolang het wettelijke stelsel van toeslagen niet is aangepast, kan de grondslag voor een dergelijke regeling slechts worden gevonden in de overweging dat de eerbiediging van beperkingen die voorvloeien uit het wettelijk systeem en uit dwingende eisen van de rechtsorde, desalniettemin tot zodanige onbillijkheid van overwegende aard kan leiden, dat het onredelijk is deze voor rekening van betrokkenen te laten.

In wezen hebben we het dan over een hardheidsregeling. Het zal daarbij echter niet gaan om een regeling met algemene criteria en voorwaarden die nauwkeurig omschrijven wie wel en wie niet in aanmerking komt, maar om het regelen van een bevoegdheid om op basis van bepaalde kenmerken en algemene elementen aan personen een tegemoetkoming toe te kennen in het licht van de omstandigheden van het concrete geval. Bij toepassing zal steeds de bijzondere hardheid van de omstandigheden de doorslag moeten geven.

Een dergelijke regeling vergt een wettelijke basis. Het betreft een regeling op basis waarvan mogelijk honderden miljoenen uitgegeven zullen worden, waarvoor een groot uitvoerend apparaat nodig zal zijn. Het is niet goed met de Comptabiliteitswet verenigbaar dat deze op provisorische basis alvast uitgegeven worden, waarna men nog wel ziet op welke basis dit geschiedt. In het kader van het interim-advies is reeds vastgesteld dat bestaande wettelijke regelingen geen adequate grondslag bieden voor een dergelijke bijzondere tegemoetkoming.

Een dergelijke 'hardheidsregeling' zal bovendien aan een aantal additionele eisen moeten voldoen, indien deze zou moeten functioneren naast een aanpak binnen het kader van de wet, zoals in het voorgaande geschetst. Het gaat daarbij om de volgende eisen.

Aanvullend karakter: Een dergelijke 'hardheidsregeling' zal moeten passen binnen de parameters van een aanpak op basis van de bestaande wettelijke regeling, zoals die hiervoor zijn geschetst. Anders ontstaat al snel de situatie dat een oplossing op basis van deze 'hardheidsregeling' meer biedt aan getroffenburgers, dan de oplossing welke binnen het wettelijk kader kan worden geboden. Daarmee vermindert de onbillijkheid niet, maar neemt deze zelfs toe. Het gaat dan in het bijzonder om het vereiste dat het daarbij alleen kan gaan om een tegemoetkoming in gevallen waarin er KOT is terugbetaald op basis van een vaststellings- of terugvorderingsbesluit dat zonder de vijfjaarstermijn in aanmerking zou komen voor herziening.

Bijzondere hardheid: Een dergelijke 'hardheidsregeling' behoeft ook een duidelijke afbakening van personen die daar een beroep op kunnen doen. Het kan daarbij in de eerste plaats uitsluitend gaan om personen die geen beroep kunnen doen op een oplossing binnen het wettelijk kader, omdat hun correctiebesluiten betrekking hadden op berekeningsjaren die ouder zijn dan de vijfjaarstermijnvan de herzieningsbevoegdheid. Bovendien moet het gaan om situaties waarin de werking van die vijfjaarstermijn tot een bijzondere hardheid leidt.

Een afbakening in de zin van algemene eisen en criteria die vervolgens eenvoudig kunnen worden toegepast, zal niet mogelijk zijn. De bijzondere hardheid zit namelijk niet in de redenen waarom Toeslagen tot een besluit is gekomen, maar in de bijzondere omstandigheden waarin dit besluit uitwerkte. Het gaat hier om uitzonderlijke zaken, waarvoor het oude adagium ´hard cases make bad law´ geldt. Wanneer men het uitzonderlijke karakter van de zaken in algemene regels tracht te vatten, zal dit steeds tekortschieten; te krap in sommige gevallen, te ruim in andere. Het zal derhalve ook vooral aankomen op de procedure van toepassing, waarbij steeds, mede in het licht van de veelheid van situaties die zich presenteren, moet worden bezien wat in het specifieke geval zo onbillijk heeft uitgepakt dat het onredelijk is om ´niets´ te doen.

Bij de toepassing van deze hardheidsregeling moet worden gewaakt voor druk vanuit aanhoudende media-aandacht en het publieke debat. Voorkomen moet worden dat deze geleidelijk verandert in een algemene grond om alle pijnlijke situaties die zich presenteren, maar die evident niet binnen de grenzen van de herzieningsbevoegdheid vallen, toch via een tegemoetkoming 'goed te maken'. Dat is verleidelijk, maar daarmee ondergraaft men de rechtvaardiging om bij uitzondering terug te komen op oude beslissingen in het licht van nieuwe jurisprudentie en leidt tot spanningen met het gelijkheidsbeginsel.

Op verzoek: Deze ´hardheidsregeling' kan alleen op verzoek worden toegepast, waarbij betrokkene aannemelijk moet kunnen maken dat zijn betalingen zijn gebaseerd op een vaststellings- en terugvorderingsbesluit, dat als de vijfjaarstermijn daaraan niet in de weg zou staan, in aanmerking zou komen voor herziening. Deze aanvragen om een vergoeding zouden bij voorkeur moeten worden behandeld door het gespecialiseerde team bij Toeslagen, dat ook is belast met de afhandeling van de verzoeken om herziening. Het verdient ook aanbeveling dat de behandeling van bezwaren wordt geconcentreerd bij een commissie teneinde een zo groot mogelijke eenheid in toepassing te waarborgen.

Vergoeding voor wat is betaald: Het kan bij de een dergelijke 'hardheidsregeling' uitsluitend gaan om een vergoeding voor wat eerder aan schuld is betaald. Het gaat immers niet om herstel van de toekenning van een aanspraak op toeslag in het verleden. Dat laatste is uitsluitend mogelijk op basis van de wettelijke regeling inzake KOT en die bevat de vijfjaarstermijn. Verder zal slechts het oneven redige deel van de terugbetaalde bedragen voor een vergoeding in aanmerking mogen komen om rechtsongelijkheid te voorkomen.

4.7 Praktische uitvoering en aanpak

In het voorgaande is geschetst op welke wijze en langs welke ingangen het denkbaar is om in bepaalde opzichten terug te komen op de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag. Daarbij dient steeds te worden onderkend dat het om een hoogst ongebruikelijke operatie gaat. Het betreft niet het herstel van wat er mis is gegaan, maar het – ten dele – wegnemen of althans verzachten van gevolgen van de legale werking van wet, beleid en rechtspraak, zoals deze in de afgelopen vijftien jaar verantwoord en aanvaardbaar werden geacht. Het gaat niet om het voldoen aan een rechtsplicht, maar om een politieke keuze, omdat de gevolgen van wet, beleid en rechtspraak naar huidig inzicht onverantwoord worden geacht en niet langer aanvaardbaar. De onvrede zal mogelijk niet minder worden. Velen van wie geld terugkrijgen of van wie schuld wordt verminderd, zullen het te laat en te weinig vinden; velen die niet voor herziening in aanmerking komen, zullen het als 'onrecht' ervaren dat zij niets krijgen. Maar 'recht doen' aan gevoelens van eenieder die negatief in aanraking is gekomen met de werking van het systeem, is niet mogelijk; 'recht doen' aan die gevoelens zou weer onrechtvaardig zijn jegens anderen die de ´dupe´ zijn van de werking van andere wetgeving. In die zin is het terugkomen op jaren van toepassing van wetgeving het openen van een ´doos van Pandora´.

Omdat niets doen, na alles wat er bekend is geworden, geen optie meer is, zal verzekerd moeten zijn dat bij de uitvoering van de hersteloperatie aan een aantal voorwaarden is voldaan, om te voorkomen dat zij verdere voeding geeft aan gevoelens van ongenoegen. De commissie noemt hieronder enkele aspecten waaraan voldaan moet zijn.

Voldoende capaciteit: Een aanpak van de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag langs lijnen, zoals geschetst in het voorgaande, wordt een uitzonderlijk groot project. Niet primair vanwege de middelen die nodig zijn, maar vanwege het aantal, dat de afgelopen vijftien jaar nadelig getroffenis door de werking van de KOT en mogelijk een verzoek zal indienen tot herziening of aanpassing van de terugvordering. Het gaat daarbij al snel om vele tienduizenden burgers.

Het is niet mogelijk om categorieën personen bij algemene regeling collectief ambtshalve af te doen. De aard van de aanpak via herziening en/of aanpassing van de terugvordering van openstaande schulden vergt individuele aanvraag, een aparte

beoordeling en onderzoek van het onderliggend dossier. Het risico is daarom reëel dat het ambtelijk apparaat dat belast zal worden met de uitvoering binnen korte tijd zal worden overstroomd door een golf aan verzoeken en daarin zal verdrinken. Dat moet niet onderschat worden. Het beeld dat met enig speurwerk in bestanden alle relevante informatie beschikbaar is, is onjuist. De informatie zit voor een deel in oudere bestanden die thans onvolledig en gebrekkig zijn. Bovendien zijn ook de ´modernere´ bestanden niet aangelegd met het oog op raadpleging achteraf. Aan de voorwaarde van uniforme indeling en gestandaardiseerde aanduidingen is niet voldaan. De zaakdossiers zullen derhalve eerst moeten worden gereconstrueerd uit vaak verschillende bestanden en dan opnieuw geanalyseerd. Dit zal veel tijd vergen per zaak. Tegelijk is het echter niet wenselijk dat ouders, na alles wat zij hebben meegemaakt nu weer geconfronteerd worden met procedures die zich eindeloos voortslepen.

Indien dan ook voor deze aanpak wordt gekozen, moet vanaf het begin zeker zijn dat er voldoende capaciteit beschikbaar is en dat deze op ieder moment kan worden aangevuld. Aangezien tegen de verschillende beslissingen ook bezwaar en beroep kan worden ingesteld, zullen ook de instanties later in de keten voldoende bemand moeten zijn.

Geïntegreerde aanpak bij apart herstelloket: De verschillende onderdelen van de aanpak van de erfenis van vijftien jaar beleid vergen nog aanzienlijke voorbereiding. De herzieningsbevoegdheid zal moeten worden verruimd bij besluit van de minister van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het beleid met betrekking tot terug- en invordering van openstaande schulden zal moeten worden bepaald, alsmede het beleid inzake gebruik van de kwalificatieOGS. Procedures zullen moeten worden doordacht en de uitvoerende ambtenaren zullen moeten worden geïnstrueerd. Politiek zal er grote druk zijn om zo snel mogelijk 'wat te doen', daardoor zal de neiging groot zijn om met de onderscheiden onderdelen (herziening, invordering, OGS) te beginnen wanneer men op dat onderdeel klaar is, zonder te wachten totdat ook de andere stappen genomen zijn. Dat betekent echter dat de belanghebbende burgers geconfronteerd worden met een versnipperde aanpak, waarbij zij opnieuw met hun vragen en problemen van het ene loket naar het andere worden gestuurd.

Een effectieveaanpak van de erfenis vergt echter een coherente, geïntegreerde aanpak van de verschillende vragen waar burgers mee kunnen komen. De meesten zullen slechts een vaag beeld hebben van wat er mogelijk is en moeten ondersteund worden bij het indienen van de onderscheiden verzoeken die aan de orde kunnen zijn. Belanghebbenden moeten op het moment dat zij contact opnemen een volledig beeld kunnen krijgen van wat de mogelijkheden zijn en wat niet. Zij zullen daarbij ook actief moeten worden ondersteund en geholpen. Dat is alleen mogelijk indien op het moment dat 'het loket' wordt opgesteld, alle noodzakelijke 'instrumenten' beschikbaar zijn en de burger met één (contact)ambtenaar wordt geconfronteerd die over alle informatie beschikt, die hem kan helpen bij het indienen van de juiste aanvragen en die hem kan wijzen op andere mogelijkheden van hulp en ondersteuning.

In het belang van een geïntegreerde en samenhangende toepassing zou ook hier de behandeling van bezwaar geconcentreerd dienen te worden bij gespecialiseerde teams die uitsluitend hiermee belast zijn. Onderkend moet worden dat, in de ogen van veel betrokken ouders, het beeld zal bestaan dat de Belastingdienst in deze in eigen zaak beslist over wat er in het verleden is misgegaan. Dat beeld doet geen recht aan de loyale inzet van de medewerkers van de Belastingdienst, maar met het bestaan van dat gevoel moet wel rekening gehouden worden. De wijze waarop de behandeling van bezwaar wordt ingericht kan daarbij helpen. Maar die opzet mag daarbij niet een knelpunt gaan vormen bij de afhandeling van het bezwaar.

Ondersteunend en dienstverlenend: Om in korte tijd een omvangrijke golf van aanvragen in behandeling te nemen, te onderzoeken en eenvormig af te doen, is een omvangrijke en doelmatige organisatie nodig. Nu is dat iets waar de Belastingdienst over beschikt. In de regel worden dan evenwel de ambtelijke organisatie en werkwijze ingericht rond het proces van besluitvorming en gericht op een eenvormige uitkomst, waarbij de verantwoordelijkheid voor de aanlevering van informatie in het proces bij de burger worden gelegd. Bij de behandeling van aanvragen rond herziening en stopzetting van invordering, om de erfenis van vijftien jaar beleid te behandelen, dient de organisatie daarentegen primair te zijn ingericht op ondersteuning en dienstverlening van aanvragers die niet weten welke informatie nodig is en welke keuzen moeten worden gemaakt. Daarom zal de uitvoeringsorganisatie benaderbaar en gedeconcentreerd moeten werken, waarbij tegelijk zo veel mogelijk gelijkheid in besluitvorming verzekerd moet zijn. Op zichzelf ligt het voor de hand dat bij de organisatie van de uitvoerende dienst wordt aangesloten bij de over het land verspreide vestigingen van de Belastingdienst. Uit een oogpunt van empathie met mensen die vaak een weinig gunstige ervaring hebben gehad met de Belastingdienst, valt evenwel te overwegen om niet vanuit dezelfde lokaliteit te werken.

Anders dan bij toepassing van de compensatieregeling ligt de verantwoordelijkheid voor het opsporen van belanghebbenden niet bij Toeslagen. Er zal rond de verruiming van de herzieningsbevoegdheid en de invulling van het terug- en invorderingsbeleid actief en breed voorlichting moeten worden gegeven. Het is echter wezenlijk dat het initiatief in individuele gevallen bij belanghebbenden zelf ligt. Doordat wordt beslist op basis van een verzoek, levert de besluitvorming een voor beroep vatbare beslissing op. De bepalende kenmerken voor toepassing van de verruimde herzieningsbevoegdheid zijn voor betrokkenen kenbaar (hoogte teruggevorderde bedrag, berekeningsjaar en motivering besluit), zodat dit geen bezwaar hoeft te zijn. Wel zal de uitvoeringsorganisatie aanvragers daarbij zoveel mogelijk moeten ondersteunen en behulpzaam zijn bij het verstrekken van informatie en het maken van de noodzakelijke keuzen.

4.8 Conclusies en aanbevelingen

De kern van wat inmiddels de 'toeslagenaffaire'is gaan heten, is niet de problematiek rond het CAF 11-dossier en vergelijkbaar vooringenomen handelen van Toeslagen in andere dossiers. Dat is er geweest, maar de omvang daarvan blijkt gelukkig relatief beperkt. Ook is onrechtmatig handelen van Toeslagen geen wezenlijk kenmerk van de problematiek. Hoewel dat is voorgekomen, zoals bij de stopzetting van voorschotten zonder voorafgaand onderzoek, zijn omvang en gevolgen daarvan beperkt geweest.

Het werkelijke probleem is dat grote aantallen huishoudens in ernstige en soms blijvende financiëleproblemen zijn gebracht, door de reguliere werking en handhaving van de KOT-regelgeving en de uitleg die daaraan in uitvoering en rechtspraak is gegeven. De gevolgen daarvan zijn niet pas sinds kort zichtbaar geworden en bekend geraakt; dat waren zij al vanaf het begin. Die gevolgen hebben de Afdeling bestuursrechtspraak eind vorig jaar tot het inzicht gebracht dat de Afdeling terug moest komen op haar bestendige uitleg van de wet, en deze op twee essentiële punten diende aan te passen. Die wijziging in uitleg biedt een oplossing voor het beleid in de toekomst, maar verandert het verleden niet.

Indien men nu vraagt om een passende oplossing voor dit werkelijke probleem, vraagt men in feite om vijftien jaar toepassing van kinderopvangtoeslag terug te draaien en over te doen. Dat is niet mogelijk en het is al helemaal niet mogelijk om dat bij wege van ambtelijke reparatie te doen. Het betreft gevolgen die de wetgever impliciet of expliciet gewild heeft en die kunnen niet eenvoudig op uitvoerend niveau weer ongedaan worden gemaakt - nog afgezien van het werk en de middelen die dat zal vereisen. Tochis ingrijpen in het verleden door middel van wetswijziging geen begaanbare optie. Derhalve moet gebruik worden gemaakt van de ruimte en mogelijkheden van de bestaande wetgeving en de veranderde uitleg daarvan door de Afdeling bestuursrechtspraak.

Twee invalshoeken bieden zich daarbij aan; herziening van ´oude´ beslissingen en het niet langer invorderen van ´oude´ schulden. Daartoe zou de herzieningsbevoegdheid verruimd moeten worden, zodat ook beroep kan worden gedaan op de nieuwe jurisprudentie van de Afdeling. Die verruiming zou correctiebesluiten moeten betreffenwaarbij meer dan € 10.000 is gemoeid (waarbij een hardheidsclausule moet gelden). Herziening op basis van nieuwe jurisprudentie is uitzonderlijk, maar kan gerechtvaardigd worden omdat er sprake is van zodanig bovenmatige gevolgen van disproportionele beslissingen, dat deze in redelijkheid niet voor rekening van betrokkene kunnen blijven. De herzieningsbevoegdheid werkt echter slechts tot vijf jaar terug. Aan die grens moet niet getornd worden. Dat laat onverlet dat bij toeslaggerechtigden met nog openstaande schulden van oudere jaren, deze geheel of gedeeltelijk zou kunnen worden kwijtgescholden voor zover deze schuld voortvloeit uit vergelijkbare beslissingen als waarvoor herziening mogelijk wordt.

Verdergaande mogelijkheden om binnen de bestaande wetgeving terug te komen op het verleden zijn er niet. Dit kan echter bovenmatig hard zijn jegens personen die in een verder verleden dan vijf jaar, met vergelijkbare disproportionele beslissingen zijn geconfronteerd en nog steeds met de gevolgen daarvan moeten leven, maar die hun schulden inmiddels (deels) hebben afbetaald. Voor die personen zou een 'hardheidsregeling' kunnen worden ontworpen. Die zou een aanvullend karakter moeten hebben en personen betreffenvoor wie de werking van de vijfjaarstermijntot bijzondere hardheid leidt. Deze zouden geheel of gedeeltelijk terug kunnen krijgen wat zij in het verleden hebben betaald. De ´hardheidsregeling´ vergt een eigen wettelijke basis, hetgeen absoluut nodig is gelet op de bedragen die daarmee gemoeid kunnen zijn en het uitvoeringsapparaat dat daarvoor nodig zal zijn.

De uitvoering van de verschillende hier geschetste ingangen zou via een bijzonder herstelloket moeten geschieden, dat gedeconcentreerd in het land bereikbaar is. Potentiele gerechtigden zouden hier ondersteund en geholpen moeten kunnen worden bij het uitzoeken van hun mogelijkheden en het indienen van een verzoek. Daarom zou de uitvoering ook niet moeten beginnen voordat alle elementen van de ´hersteloperatie´ beschikbaar zijn, zodat betrokkenen niet nog weer met verwijzing, uitstel of onduidelijkheid worden geconfronteerd. Het uitvoerend apparaat zou vanaf het begin voldoende capaciteit moeten hebben, om de niet onaanzienlijke stroom verzoeken die verwacht mag worden, te verwerken, waarbij het werk dat in ieder individuele zaak nodig zal zijn, niet onderschat moet worden. De gedachte dat zaakdossiers met een druk op de knop uit de computer rollen is een illusie. Het uitzoeken zal per zaak veel tijd vergen en voorkomen moet worden dat ouders, na alles wat zij hebben meegemaakt, nu weer geconfronteerd worden met procedures die zich eindeloos voortslepen.

5 Werkwijzeen organisatie Toeslagen

OMZIEN

in *verwondering* 2

5.1 Algemene beschouwing en vraagstelling

In het tweede deel van haar opdracht wordt de commissie gevraagd de werkwijze van Toeslagen te beoordelen in *andere* zaken waarin vermoedens van georganiseerde fraude aan de orde zijn. Het is een bij dit soort opdrachten gebruikelijke vraag: Wat moet er verbeteren om herhaling te voorkomen?

Als dingen onverwachts niet gaan zoals we hadden gedacht dat ze zouden gaan, hebben Nederlanders een onverbeterlijke neiging om naar de oorzaak te zoeken, om schuldigen aan te wijzen en om herhaling te voorkomen; met nieuwe regels, nieuwe procedures en nieuwe structuren. Dat dingen mis kunnen gaan en zullen (blijven) gaan, en dat wij dat niet (geheel) kunnen voorkomen, wat wij ook aan maatregelen treffen,is een zekerheid die wij verwerpen, zeker als dit het functioneren van de Nederlandse overheid betreft. Hoewel mathematisch zeker is dat wat onwaarschijnlijk is waarschijnlijk ooit zal gebeuren, en dat in dynamische systemen een klein incident (een vlinderslag) op één plaats een catastrofe (orkaan) elders teweeg kan brengen, gaan wij er toch vanuit dat dit bij de Nederlandse overheid is uitgesloten.

Maar wie zich neerlegt bij dingen zoals ze gaan, moeten ouders wier leven is vergald door de gang van zaken in het CAF 11-dossier zeggen: ´jammer dan, dingen gebeuren´. Dan eindigt men met alles normaal te vinden. Als er lessen zijn te trekken uit de betreurenswaardige gang van zaken in dat dossier, dan dienen wij daar iets van te leren. Dat is de achtergrond voor de tweede deelvraag aan de commissie. Hoe gaat Toeslagen te werk bij zaken waarin vermoedens van georganiseerde fraude aan de orde zijn, wat is de beleids- en beoordelingsruimte daarbij en is de bescherming van de belangen van toeslaggerechtigden daarbij voldoende gewaarborgd?

Met 'andere zaken' wordt in dat verband gedoeld op andere zaken dan die waarin sprake is van een vergelijkbare aanpak als in het CAF 11-dossier. Hoe de commissie oordeelt over de werkwijze in het CAF 11-dossier zal duidelijk zijn. Dat betekent echter niet dat vermoedens omtrent georganiseerd misbruik niet zouden moeten worden 'vertaald' in toezicht op individuele aanspraken. Daarom is het een geldige vraag hoe dit op een ordentelijke wijze kan plaatsvinden.

Vooronderstelling van de tweede deelvraag is dat de CAF 11-problematiek is ontstaan door de ´vertaling´ van vermoedens jegens een gastouderbureau in een handelwijze jegens ouders. Dat is echter maar een deel van de oorzaak. De ontstane situatie hangt niet minder samen met de werkwijze van grote organisaties en massale uitvoeringsprocessen. Rechtsregels, nieuwe jurisprudentie en ingewikkelde afwegingen moeten daarbij worden omgezet in algoritmen, instructies, richtsnoeren, leidraden en checklists, om door het beschikbare personeel te kunnen worden toegepast binnen aanvaardbare termijnen. De wendbaarheid van het geheel dat zo ontstaat, is beperkt. En daar is in de afgelopen jaren ook nog stelselmatig op bezuinigd.[77] Het 'doenvermogen' van burgers trekt de laatste tijd veel aandacht, maar het doenvermogen van omvangrijke overheidsorganisaties[78] die volgens regels en ambtelijke processen dienen te functioneren, is een verwaarloosd onderwerp. De commissie zal daar kort bij stilstaan als relevant element voor de gang van zaken in het CAF 11-dossier en vergelijkbare dossiers.

De overkoepelende vraag aan de commissie luidt: *Op welke wijze kan Toeslagen bij de uitvoering van de Wko (en wetgeving inzake andere toeslagen) in de praktijk beter rekening houden met belangen van toeslaggerechtigden en maatwerk bieden*? Het zou natuurlijk mogelijk zijn om, gelet op de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019 en het IBO-deelrapport *Eenvoud of maatwerk: uitruilen binnen het bestaande toeslagenstelsel*,[79] eerst eens rustig af te wachten wat dit voor veranderingen gaat opleveren. Er gaan inmiddels ook stemmen op dat het toeslagenstelsel als geheel 'op de schop' moet. Nu zal er ongetwijfeld ook discussie ontstaan over vervanging van het stelsel van toeslagen. Maar met ca. 5,6 mln. huishoudens die van de werking van dit stelsel afhankelijk zijn, wordt dat geen eenvoudige en ook geen snel af te ronden discussie. De commissie zal de afloopdaarvan in ieder geval niet beleven, althans niet als commissie. Dit advies richt zich dan ook op de mogelijkheden om in het licht van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak het bestaande kader beter te doen functioneren met gebruik van de ´nieuwe beleidsruimte´. Dat zal vermoedelijk langer nodig zijn, dan door velen wordt gewenst.

Hieronder wordt eerst ingegaan op de organisatie en werkwijze bij handhaving van de wet en de bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik, en op de ´zwakke plekken´ daarin. Vervolgenswordt stilgestaan bij het doenvermogen van Toeslagen en ten slotte bij de mogelijkheden en onmogelijkheden om binnen het bestaande stelsel maatwerk te bieden.

[77] Zie interview met de president van de Algemene Rekenkamer, drs. A.P. Visser "De verleiding van gratis geld" Elsevier Weekblad 8 januari 2020.

[78] Bij de Belastingdienst werken bijna 30.000 fte's, zie pagina 11 van het Jaarplan 2020 van de Belastingdienst.

[79] Bij brief van 11 november 2019 van de staatssecretaris van Financiën en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangeboden aan de Tweede Kamer; Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 540.

5.2 Handhaving en fraudebestrijding

5.2.1 Organisatie en werkwijze

In het interim-advies en in hoofdstuk 2 van dit eindadvies zijn de opzet en omvang van het toeslagenstelsel geschetst. Voor de uitvoering en handhaving is een apparaat beschikbaar van ca. 1.500 fte; waarvan 900 fte bij Toeslagen, 300 fte bij inning en terugvordering en de overige bij de Belastingdienst (ICT, bezwaren). De KOT is in omvang van het aantal toeslaggerechtigden weliswaar de kleinste van de toeslagen die worden verstrekt op grond van de Awir, maar in bewerkelijkheid de grootste daarvan, gegeven de complexiteit daarvan.

De voorschotsystematiek in het toeslagenstelsel maakt bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik noodzakelijk (zie ook § 3.2.1). De aanpak daarvan heeft geleidelijk meer aandacht gekregen. Vóór 2010 vonden controle en toezicht vooral plaats na afsluiting van het berekeningsjaar. Vanaf 2010 zijn toezicht en controle naar voren geschoven in de tijd, naar het moment van aanvraag. Een gunstig effect daarvan is een daling van het aantal zeer omvangrijke terugvorderingen.[80]

Toeslagen heeft op grond van de Awir een ruime controlebevoegdheid. Ingevolge art. 17 Awir dienen belanghebbenden Toeslagen uit eigen beweging te informeren over alle relevante wijzigingen in omstandigheden die van belang zijn voor de beoordeling van hun aanspraak. Verder dienen zij (art. 18 Awir) desgevraagd de informatie en bewijsstukken te leveren waaruit hun aanspraak blijkt. Het is heel goed mogelijk dat het toezicht op individuele aanspraken wordt geactiveerd door vermoedens van fraude bij bijvoorbeeld een kinderopvangbureau. De rechter heeft vastgesteld dat ook indien later blijkt dat niet tot vervolging van het opvangbureau wordt overgegaan, dit de daarmee samenhangende controle van individuele aanspraken niet ongeldig maakt.

Het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) ontstond in 2013. Op de aanleiding voor instelling is reeds meermalen ingegaan. Doel was om georganiseerde fraude/misbruik van belastingen, toeslagen, enzovoorts aan te pakken door snelle interventie. Het CAF-team functioneert ten dienste van de gehele Belastingdienst en het CAF raakt alle uitvoerende dienstonderdelen. Voor Toeslagen is de meerwaarde van de CAF-aanpak in het bijzonder gelegen in de mogelijkheid om door data-analyse, informatie uit verschillende bronnen en actueel toezicht, een beeld te verkrijgen van mogelijke georganiseerde fraude. In de loop der tijd wordt daarbij vaker gebruikgemaakt van IP-analyses, automatisch herkennen van vervalste stukken en van bankgegevens (art. 1a, eerste lid, onder c, Uitvoeringsbesluit Awir). Toeslagen maakt, bij gebrek aan een buitendienst, ook gebruik van het CAF voor feitelijk onderzoek ter plaatse (bij bijvoorbeeld een kinderopvanginstelling).

In 2013 kwam er daarnaast een risicoclassificatiemodel tot stand, op basis waarvan potentieel risicovolle toekenningen automatisch werden geselecteerd, die vervolgens handmatig werden beoordeeld. Bij beide aspecten wordt hiernastilgestaan. Sinds 2016 is Toeslagen in aanvulling daarop begonnen met het actief ondersteunen van burgers bij het maken van schattingen van het inkomen en het doorgeven van tussentijdse wijzigingen. Het doel hiervan is om het risico op fouten en misbruik te verkleinen. Het is de bedoeling deze proactieve dienstverlening de komende jaren verder uit te breiden aan de hand van data-analyse en structurele koppeling van data, bijvoorbeeld met gegevens van kinderopvangorganisaties over het aantal opvanguren (uiteraard onder eerbiediging van de privacywetgeving).

5.2.2 De CAF-aanpak

Organisatie: De CAF-aanpak werd reeds beschreven in § 3.2.3.1. Daar richtte de aandacht zich vooral op de werkwijze ten tijde van CAF 11. De werkwijze van toen en nu verschilt echter vooral op het punt dat sinds midden 2018 een CAF-onderzoek dat betrekking heeft op toeslagen alleen met instemming van Toeslagen kan worden gestart. Daardoor is meer regie ontstaan. Voor het overige komt de huidige aanpak in essentie overeen met de aanpak ten tijde van CAF 11. Daarom is voor een beschrijving van die werkwijze verwezen naar de eerdere beschrijving. In deze paragraaf gaat de aandacht vooral uit naar de organisatie.

Signalen (extern en/of intern) over een facilitator of mogelijk georganiseerd misbruik worden binnen een aparte afdeling (STEAM) op prioriteit gescreend en verwerkt in een quickscan, die een overzicht bevat van de soort toeslag, de aantallen en woonplaatsen van vraagouders en de mogelijke financiëleomvang. De quickscan wordt besproken in het zogenoemde TWO-overleg waarin de Handhavingregie, het IST (Integraal Subjectgericht Toezicht)en het Fraudeteam zijn vertegenwoordigd.[81] In dat overleg wordt op basis van een risico-inschatting de zaak een bepaalde 'lijn' ingeschoven voor verder onderzoek. Als alles normaal lijkt, gaat de zaak naar regulier toezicht. Als er mogelijk misbruik of onregelmatigheden in het geding zijn, wordt de zaak aan het IST toegewezen en bij signalen met een vermoeden van fraude, wordt de zaak toebedeeld aan de afdeling Fraude. De signalen gericht op de facilitator kunnen worden verwezen naar het CAF-team dat zich daar op richt.

[80] Tussen 2008 en 2011 schommelde het aantal terugvorderingen van meer dan € 10.000 tot over de 5000 per jaar. Sindsdien is het gedaald tot minder dan 800.

[81] De beschrijving berust op informatie van de Belastingdienst verzoek van de commissie.

Signalen die betrekking hebben op individuele toeslaggerechtigden, waarbij geen facilitator of georganiseerde misbruik in het geding is, worden door het fraudemeldpunt verdeeld over Toezicht, IST of het fraudeteam voor verder onderzoek.

Ook het IST en het fraudeteam kunnen bij individuele vraagouders die betrokken zijn bij een onderzochte kinderopvangorganisatie informatie opvragen, zoals overeenkomsten, facturen en betaalbewijzen voor de hele periode waarop het vermoeden/signaal betrekking heeft. De behandeling geschiedt volgens de aanwijzingen in het Handboek Toeslagen.[82]

Ontstaat uit signalen het beeld van mogelijke fraude, dan worden deze via het fraudeteam (of het CAF-team in geval van een facilitator) opgewerkt tot strafrechtelijk dossier. De gegrondheid van een vermoeden van fraude, wordt altijd door een tweede medewerker van het fraudeteam gecontroleerd. Blijkt het vermoeden gegrond, dan kan dit resulteren in een voorstel tot het opleggen van een boete. Bij omvangrijk fraude wordt het dossier overgedragen aan het OM in nauw overleg met Toeslagen, de FIOD en de officier van justitie.

Resultaat: De CAF-aanpak is niet zonder resultaat gebleven. In twee zaken hebben inmiddels strafrechtelijke veroordelingen plaatsgevonden. In dat kader zijn niet alleen kinderopvangbureaus en -instellingen aangepakt, maar zijn ook de dossiers met zo´n 200 vraagouders overgedragen aan het OM wegens gebruik van vervalste stukken. Op dit moment lopen nog ongeveer tien strafzaken. Het resultaat van een CAF-onderzoek kan ook zijn dat personen via fiscale boetes worden aangepakt.

Regelmatig voorkomende fraudes die zijn ontdekt met de CAF-aanpak betreffen het onterecht aanvragen van kinderopvangtoeslag met gebruik van een landelijk registratienummer (LRN) van een kinderopvangcentrum, zonder dat daar daadwerkelijk kinderen worden opgevangen. Een andere fraudevorm is de samenspanning tussen kinderopvangorganisatie of gastouder en een aanvrager, waarbij onterecht aanvragen voor KOT worden gedaan. Nog weer een andere verschijningsvorm van fraude is het pretenderen van een andere gezinssamenstelling dan de daadwerkelijke, feitelijke situatie, om zo een hogere toeslag te verkrijgen. Dat kan bijvoorbeeld doordat een partner zich laat uitschrijven, zodat er op papier een eenoudergezin ontstaat, waar men in werkelijkheid gewoon blijft samenwonen. Ook wordt regelmatig geprobeerd het inkomen laag te houden om zo een (hogere) toeslag te verkrijgen. Er zijn zelfs gevallen geregistreerd met 'verzonnen tweelingen'.

Evolutie werkwijze: Hoewel de werkwijze bij de CAF-aanpak weinig is veranderd in de afgelopen vijf à zes jaar, is de werkwijze van Toeslagen bij controle en toezicht dat wel. Deze wijzigingen zijn in brieven met de Tweede Kamer gecommuniceerd. Sinds juli 2016 zijn in het bijzonder de volgende processen en behandelwijzen van Toeslagen verbeterd. De ´zachte stop´ wordt niet meer toegepast. Pas wanneer na het onderzoek blijkt dat er geen aanspraak bestaat, wordt de bevoorschotting gestopt. In de communicatie naar de aanvragers wordt duidelijker aangegeven waarom er geen recht op de toeslag bestaat. Indien de reden daarvoor is gelegen in het ontbreken van stukken, wordt duidelijk aangegeven welke stukken ontbreken of niet voldoen. Er wordt beter gestuurd op tijdige afhandeling van de bezwaarschriften. Een aanvrager die informatie wil hebben over een beslissing of de status van een lopende procedure, wordt zo goed mogelijk ingelicht. Het blijft onverminderd dat er situaties kunnen zijn waarin bepaalde informatie niet kan worden gegeven in verband met het lopende onderzoek. [83]

5.2.3 Individuele risicoselectie[84]

Toeslagen oefent ook toezicht uit door middel van risicoselectie van individuele toeslaggerechtigden. Daartoe wordt op de huur- en kinderopvangtoeslag een geautomatiseerde controle uitgevoerd, waarbij het zogeheten risicoclassificatiemodel wordt gebruikt; algoritmes die selecteren op basis van tientallen indicatoren, zoals de afstand tussen het woonadres van ouders en de locatie van de kinderopvang of gastouder. Per indicator krijgt een aanvrager een risico-inschatting in punten, waarna het totaal aantal punten de risicoscore bepaalt. De risicoscore speelt een doorslaggevende rol bij het selecteren van de aanvragen of doorgegeven wijzigingen voor nadere controle en beoordeling. Een behandelend medewerker weet niet op grond van welke indicator(en) een individuele casus is geselecteerd. Op basis hiervan heeft volgens de gegevens van de Belastingdienst van 2014 tot en met 2019 bij 62 procent van de aldus gecontroleerde aanvragen een neerwaartse bijstelling plaatsgevonden, waarbij het om een gemiddelde vermindering van 45,2 procent van het aangevraagde toeslagbedrag ging.

Aan de hand van zaken waarin een grote correctie plaatsvindt, bepaalt het model de score per indicator. De algoritmes van het model zijn dus 'self-learning' en worden regelmatig bij de tijd gebracht, waarbij indicatoren kunnen verdwijnen of worden toegevoegd al naar gelang de resultaten die zij hebben opgeleverd. De hoogte van de toeslag is volgens de informatie van Toeslagen geen selectiecriterium. De behandeling van zaken met een verhoogd risico geschiedt volgens het IST-behandelkader op gelijke wijze als in CAF-zaken.

Daarnaast is er voor hoge toekenningsbesluiten een aparte procedure: '*Hoge toeslag, Hoog risico*'. Die vindt plaats voordat nieuwe aanvragen of wijzigingen bij de kinderopvangtoeslag worden toegekend en uitbetaald. Enig selectiecriterium is dat

[82] Zie ook het ADR-rapport in antwoord op vraag 1.
[83] Brief van de staatssecretaris van Financiën van 7 november 2017 als reactie op het rapport van de Nationale ombudsman "geen powerplay, maar fair play".
[84] De gegevens van deze paragraaf zijn ontleend aan informatie van de Belastingdienst.

het toeslagbedrag boven de € 20.000 op jaarbasis ligt. Doel hiervan is om nog voor het toekennen of wijzigen van de toeslag contact met belanghebbende op te nemen om zo (hoge) terugvorderingen te voorkomen. De behandeling heeft dan ook een dienstverlenend karakter. Van 2014 tot en met 2019 heeft er bij 47 procent van de volgens dit proces gecontroleerde aanvragen een neerwaartse bijstelling plaatsgevonden van gemiddeld 29,8 procent van het aangevraagde toeslagbedrag.

Hoewel beide selectiemechanismen van verschillende criteria uitgaan, valt op dat zij bij vergelijkbare groepen burgers uitkomen, te weten: aanvragers uit een stedelijk gebied, een gezinsinkomen onder de € 20.000, veelal zonder partner, met meerdere kinderen in de opvang, die veel opvanguren aanvragen en die ver van hun opvang wonen.

5.2.4 Zwakke plekken in het proces

De commissie is niet zodanig samengesteld dat zij een gefundeerd en deskundig oordeel kan geven over de vraag of aanwijzingen van georganiseerd misbruik en fraude op forensisch verantwoorde wijze worden vertaald naar individuele ouders. Wel kan de commissie in het licht van de verkregen inzichten in wat er is misgegaan in het CAF 11-dossier, enkele 'zwakke' plekken identificeren in de 'vertaalslag' van vermoedens naar individuele controle. Deze vergen aandacht om de gerechtvaardigde belangen van de betrokken ouders te waarborgen.

Onderscheid fraude, misbruik en onregelmatigheid: Het begint bij de termen onregelmatigheid, fout, oneigenlijk gebruik, misbruik, georganiseerd misbruik en fraude. Georganiseerd misbruik en fraude vormen het uiterste van een spectrum van wat er mogelijk mis kan gaan in de relatie burger–overheid rond toeslagen. Wanneer men in de administratieve praktijk en het spraakgebruik al deze termen door elkaar gebruikt, dreigen ook geringe ongerechtigheden of fouten al gauw voor veel zwaardere vormen van misbruik te worden gehouden. Dat is wat er is gebeurd tijdens het publiek debat rond de Bulgarenfraude, waarbij ook kleine onregelmatigheden al snel voor fraude werden gehouden, om vervolgens als zodanig te worden behandeld. De neiging tot terminologische inflatie doet zich in de eerste plaats voor in het publiek debat en de media om het belang van het onderwerp waar men aandacht voor vraagt, wat 'aan te dikken'. Wanneer dat overslaat op de ambtelijke processen kan dat leiden tot verschijnselen van institutionele vooringenomenheid, zoals die zich hebben voorgedaan in het CAF 11-dossier.

Die ontwikkeling wordt in potentie versterkt door de werkwijze bij Toeslagen (zie § 5.2.2). Uit de beschrijving van de werkprocessen blijkt dat daarbij aan het begin van het proces wordt onderscheiden naar regulier, verhoogd risico en vermoeden van fraude. Op die basis wordt een zaak aan de daarvoor aangewezen teams doorverwezen. Het is dan vooral van belang te weten wat er gebeurt in geval van twijfel. Het is voorstelbaar dat in de praktijk in geval van twijfel de zaak 'voor alle zekerheid' naar een hoger niveau van verdenking schuift. Dan dreigen signalen al snel als aanwijzing van mogelijk misbruik te worden aangemerkt, waardoor zij bij het IST terechtkomen. Als de zaak eenmaal in een bepaalde zwaardere behandelingsprocedure is ingedeeld, dreigt iedere gevonden onregelmatigheid een bevestiging te vormen van de juistheid van die indeling.

Financiering van handhaving en fraudebestrijding: Een tweede zwakke plek in het systeem van handhaving en bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik is de wijze van financieringdaarvan. In het bijzonder in de periode van 2012 tot 2015, toen alom bezuinigd moest worden, was het niet ongebruikelijk dat extra inzet van menskracht op het punt van handhaving en bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik zichzelf moest terugverdienen, door de opbrengst van de bedragen die dit opleverde. Zo is de begroting van 2014 van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gekort voor de extra middelen die werden uitgetrokken voor intensivering van wat fraudebestrijding heette, maar in de praktijk vooral verscherpt toezicht en handhaving was. Een ander voorbeeld hiervan waren boeteopbrengsten die taakstellend in de begroting werden opgenomen (bijvoorbeeld de opbrengst van verkeersboetes in de Justitiebegroting).

Het zal duidelijk zijn dat dit een volstrekt oneigenlijke prikkel oplevert bij de handhaving en al helemaal op het terrein van sociale uitkeringen en toeslagen. Wanneer een individuele ambtenaar zijn inkomen moet aanvullen uit boetes die hij oplegt, dan heet dat corruptie. Deze wijze van financieringlevert bij overheidsorganisaties een vorm van morele corruptie op. Men krijgt er institutioneel belang bij dat zoveel mogelijk uitkeringen of toeslagen worden gekort om geen tekorten op de begroting te krijgen, waarbij de zorgvuldige en evenwichtige behartiging van de toevertrouwde publieke belangen welhaast automatisch in de knel komt.

Van vermoeden naar beslissing: In theorie is het alleszins mogelijk dat een vermoeden van fraude of georganiseerd misbruik van toeslagen leidt tot verscherpte controle bij vraagouders of gastouders. Dat kan het georganiseerde karakter van het misbruik aan het licht brengen, evenals de betrokkenheid daarbij van anderen. De praktijk heeft dit bevestigd. Het CAF 11-dossier toont echter de keerzijde van deze aanpak. Op basis van een mogelijk misbruik door het gastouderbureau werden alle daarbij betrokken ouders verdacht van misbruik en als zodanig behandeld. Daarbij valt echter op dat bij het onderzoek naar de individuele aanspraken het verband met verdenking, die daar aanleiding voor was, verdween. Als er een verband werd gezien, zouden er instructies moeten zijn geweest om op bepaalde aspecten of bepaalde patronen, die kunnen wijzen op georganiseerd misbruik, te letten. Die waren er niet. Sterker nog, het onderzoek was zo georganiseerd dat bij evaluatie werd geconcludeerd dat ook als men een patroon had willen vinden dit niet mogelijk zou zijn geweest, omdat het overzicht over de

betrokken zaken kwijt was. Zo werd het onderzoek naar het gastouderbureau niets meer dan een aanleiding om de aanspraak op KOT van een groot aantal ouders verscherpt te controleren. Zou de samenhang in behandeling bewaard zijn gebleven, dan had het hoge percentage neerwaartse correctie (91 procent) waarin dit uitmondde, toen al te denken moeten geven. Een dergelijk hoog percentage is immers niet normaal; dan is er óf daadwerkelijk georganiseerd misbruik, óf er is iets mis met de controle. Als gezegd, er is niets mis mee wanneer een onderzoek naar een 'facilitator' tot controle bij derden leidt, maar dat is anders als dat uitmondt in een 'heksenjacht' op ook maar de kleinste fout. Zeker in een stelsel zoals de KOT, dat nauw luistert en waarin bijna iedereen wel eens een fout maakt.

Uit de beschrijving van de processen krijgt de commissie de indruk dat er inmiddels bewakingsmechanismen bestaan om te voorkomen dat het vermoeden van fraude jegens een derde (facilitator) te lichtvaardig wordt ´vertaald´ in een vermoeden van fraude jegens toeslaggerechtigden. Waar er sprake is van ´hoog risico´ zijn er echter minder waarborgen. De concentratie van de behandeling bij het IST is een waarborg van gelijke behandeling van die gevallen, maar schept de mogelijkheid dat ´reguliere´ zaken voor de zekerheid als ´hoog risico´ en dus extra streng worden behandeld.

Automatisering: Een stelsel waarin jaarlijks ca. 7,4 mln. toeslagen omgaan en ca. 4,3 mln. mutaties nodig zijn, zou zonder computers, algoritmen en geautomatiseerde processen niet kunnen functioneren. Zeker niet na alle bezuinigingen op het overheidsapparaat in de afgelopen jaren, waaronder op de Belastingdienst. Digitale besluitvorming is dus noodzakelijk, maar leidt ook tot nieuwe risico´s. Het CAF 11-dossier bevat diverse voorbeelden waarin werd afgeweken van de wettelijke regeling als gevolg van de automatisering van de besluitvorming. De onrechtmatige ´zachte stop´ van voorschotten bij gebrek aan een 'knop' voor schorsing in het geautomatiseerd proces is daarvan een sprekend voorbeeld. De computer die na zes maanden uitstel van betaling te hebben verleend, uit zichzelf de invordering weer opstart, is net zo zorgwekkend. Automatisering biedt geen excuus om niet aan de wet- en regelgeving te voldoen.

Het gegeven dat een stelsel als dat van toeslagen niet zou kunnen functioneren zonder automatisering, zou echter kunnen impliceren dat men niet de automatisering aanpast aan wet- en regelgeving, maar omgekeerd, wet- en regelgeving in overeenstemming brengt met wat binnen de grenzen van (betaalbare) geautomatiseerde systemen mogelijk is. In de afgelopen dertig jaar was iedereen gefascineerd door de mogelijkheden en voordelen van de automatisering van besluitvormingsprocessen, maar in de casus van de Toeslagen worden ook de beperkingen daarvan, zoals standaardisering, afhankelijkheid van algemene automatiseringsprogramma's en daaruit voortvloeiende beperkingen, pijnlijk zichtbaar.

Het is wezenlijk te onderkennen dat digitale besluitvorming voorlopig nog vaak iets anders is dan bestuurlijke besluitvorming door een ambtenaar. Uiteraard maakt de ontwikkeling van nieuwe systemen steeds genuanceerdere besluiten mogelijk, maar grote overheidsorganisaties werken meestal niet met de nieuwste programma´s. Met als gevolg dat de computer zich richt op het ´uitwerpen´ van wat niet voldoet aan de beschreven parameters, terwijl een ambtenaar vaak tracht om de maatschappelijke diversiteit nog onder dezelfde regel te brengen. Essentieel bij het 'bewaken' van een doorsnee geautomatiseerd systeem, zoals dat nu voor besluitvorming wordt gebruikt door overheden, is te voorkomen dat afwijkingen te snel worden afgewezen en te bezien of de omstandigheden niet toch een positieve beslissing rechtvaardigen.

Inmiddels is reeds veel geschreven over het gebruik van algoritmen in het proces van bestuurlijke besluitvorming.[85] Het vergt nieuwe vormen van openbaarheid, toezicht en kwaliteitscontrole die te grote rechtlijnigheid corrigeren en fouten opsporen, ook als de burger (nog) niet klaagt. De commissie signaleert dit, maar gaat daar in het bestek van dit advies niet dieper op in. Wel wil de commissie erop wijzen dat uit de beschrijving van de handhavings- en controleprocessen binnen Toeslagen niet is gebleken van bewakings- of monitoringsmechanismen, die tijdig zouden kunnen waarschuwen voor besluitvorming die uit de rails loopt. Dit vergt aandacht.

5.2.5 Beoordeling

Is daarmee alles gezegd en de vraag aan de commissie beantwoord? Is de positie van de toeslaggerechtigden voortaan voldoende gewaarborgd als de fouten uit het verleden niet worden herhaald en aandacht wordt besteed aan de gesignaleerde zwakke plekken?

De CAF-werkwijze is in de loop van de jaren aangepast. De stopzetting van de bevoorschotting van KOT, zoals in 2014 toegepast, wordt sinds 2016 zo niet meer gebruikt. De praktijk van de CAF-dossiers laat zien dat er sprake is van een meer evenwichtige wijze van behandeling, dat procedures mede op 'dienstverlening' zijn gericht en dat er procedurele waarborgen zijn ontstaan in de 'vertaling' van algemene vermoedens naar concrete beslissingen. Maar ook blijkt dat het bestuurlijk-geautomatiseerd proces van handhaving nog steeds geen 'functionaliteit' kent om opschorting van bevoorschotting mogelijk te maken; men werkt daar eenvoudig 'omheen' door de bevoorschotting niet op te schorten, maar door voorschotbesluiten te

[85] Zie bijvoorbeeld Johan Wolswinkel, Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht, oratie Tilburg University 2020 en 'Algoritmes & Besluiten' van C. Adriaansz; doctoraalscriptie bekroond met Piet Hein Donner scriptieprijs van de Raad van State. Zie ook advies van de Raad van State, Afdeling advisering, van 31 augustus 2018 over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen; Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

herzien. Tegelijkgeldt dat de 'zwakke plekken' slechts kunnen worden gesignaleerd, omdat ze nog niet volledig zijn verdwenen, zeker niet daar waar het de financiering en automatisering betreft.

Maar ook indien herhaling van fouten uit het verleden zou kunnen worden uitgesloten en zwakke plekken de aandacht zouden krijgen die ze verdienen, is daarmee de menselijke factor niet uitgeschakeld. Dat was in het CAF 11-dossier (en vergelijkbare dossiers) een politiek-bestuurlijke leiding van de Belastingdienst/Toeslagen die te veel onder de indruk was van de ´onrust´ in politiek en media over fraude in de sociale zekerheid, en die wilde tonen dat men daar gevoelig voor was. Die gevoeligheid is er nog steeds. Tekenendwat dat betreft, is dat sinds het debat over CAF 11 in volle hevigheid is losgebarsten er geen nieuwe CAF-dossiers met betrekking tot KOT-toeslagenzijn geopend. Vermoedelijk vanuit dezelfde gevoeligheid; vrees voor kritiek en om iets te doen wat straks misschien als 'fout' wordt bestempeld. Maar als over enkele jaren blijkt dat fraude en het georganiseerd misbruik van toeslagen zijn toegenomen, en er een discussie losbarst dat handhaving en fraudebestrijding zijn verwaarloosd, is er dan nog iemand die zich het huidig debat herinnert?

Wat er misging in het CAF 11-dossier was niet ambtelijke wetsovertreding en inbreuk op procedures, maar het ten volle gebruiken van regels om 'fouten' vast te stellen, het 'blindelings' volgen van procedures en instructies, uit vrees om 'fouten' te maken, daarover verwijten te krijgen en om toch vooral te doen wat er werd verwacht. De reden om nu compensatie te bieden voor het handelen toen is niet de onrechtmatigheid van het handelen, maar het excessief 'rechtmatig' handelen, zonder voldoende rekening te houden met het feit dat het niet om dossiers, maar om mensen ging en zonder oog voor de gevolgen van het handelen. Die werkwijze hangt samen met de organisatie en verwerking van een omvangrijk bestuurlijk proces, de noodzaak om daarin gelijkheid en regelmaat te waarborgen en de politieke en maatschappelijke druk om voortvarend te handelen. De problematiek van CAF 11 is daarom niet alleen een vraagstuk van handhaving en het voorkomen van georganiseerd misbruik, van gevoeligheid voor de heersende publieke en politieke opinie, maar ook van organisatie en sturing van een massaal bestuurlijk proces met behoud van een menselijk gezicht en maat.

5.3 Werkwijze en doenvermogen

5.3.1 Problemen aangepakt, oorzaken weggenomen, vraagstuk opgelost?

Deconclusie dat wat er misging in het CAF 11-dossier mede onderdeel is van een breder vraagstuk van uitvoering, verwerking en sturing van een massaal bestuurlijk proces, sluit makkelijk aan bij meer algemeen bestaande (voor)oordelen over de CAF 11-problematiek en de oplossing daarvan. Dat het een symptoom is van problemen bij de Belastingdienst; dat toeslagen en belastingen niet bij elkaar horen omdat geld binnenhalen wat anders is dan weggeven; dat het een kwestie is van organisatie en gebrek aan maatwerk. Veronderstellingen die ook ten grondslag liggen aan de vraag aan de commissie; *´op welke wijze Toeslagen bij de uitvoering van de Wko (en wetgeving inzake andere toeslagen) in de praktijk beter rekening kan houden met belangen van toeslaggerechtigden en maatwerk kan bieden.´*

'Als we het nu maar anders organiseren en inrichten, kan het allemaal beter en zijn problemen zoals bij CAF 11 te voorkomen', dat is de impliciete vooronderstelling van de vraag aan de commissie. Inmiddels is besloten tot ontvlechting van Toeslagen en de Belastingdienst. Er is een nieuw directoraat-generaal Toeslagen, er is een aparte staatssecretaris voor Toeslagenen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is ruimte gevonden voor maatwerk.[86] In brieven aan de TweedeKamer is aangekondigd dat bij Toeslagen diverse maatregelen zijn genomen om tot maatwerk te komen. Het lijkt er kortom op, dat de problemen zijn aangepakt, de oorzaken zijn weggenomen en het vraagstuk is opgelost. Dat is echter een te eenzijdig beeld.

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet dat de schrijnende gevolgen van de kinderopvangtoeslagregelgeving de consequenties zijn van wetgeving en de uitleg daarvan in beleid en rechtspraak. Dat laat zich niet veranderen met reorganisatie en verandering in de besturing. Ook de CAF 11-problematiek vindt haar oorzaak niet hoofdzakelijk in organisatie of besturing. Niets in de gang van zaken rond de besluitvorming in 2014 over de aanpak van fraude en georganiseerd misbruik suggereert dat dit anders zou zijn gelopen indien Toeslagengeen onderdeel van de Belastingdienst zou zijn geweest. De ruimte om maatwerk te bieden zou zeker verschil hebben gemaakt, maar om dat ook daadwerkelijk te realiseren is niet primair een kwestie van organisatie en besturing.

[86] In zijn brief van 11 januari 2020 heeft de minister van Financiën een ambtelijke ontvlechting van de Belastingdienst in Belastingen, Douane en Toeslagen die ambtelijk worden aangestuurd door drie verschillende DG's. Bij de brief van de minister-president van 30 januari 2020 zijn afschriften gevoegd van de benoemingen van twee staatssecretarissen voor Financiën, dr. J.A. Vijlbrief en mw. drs. A.C. van Huffelen (Kamerstukken II, 2019/20, 35371, nr. 2).

Onderkend moet worden dat Toeslagen is opgezet en georganiseerd om een massale werkstroom doelmatig, tijdig en uniform (gelijkheidsbeginsel) af te doen tegen zo laag mogelijke kosten. Daartoe is het hele proces tot in detail ingeregeld in werkinstructies, handleidingen en afvinklijsten zodat medewerkers op een laag schaalniveau en uitzendkrachten die snel ingezet kunnen worden, het werk kunnen doen. Die werkprocessen impliceren onvermijdelijk een spanningsveld tussen individuele afweging en reguliere afdoening, tussen kennis van specifieke omstandigheden en algemene kenmerken en tussen persoonlijke bejegening en bureaucratische 'botheid'. Maatwerk vergt dan ook niet alleen meer tijd, middelen en menskracht, maar zeker ook een ander soort medewerkers.

De nadelen van de hiervoor beschreven werkwijze en bedoelde spanning zijn in het afgelopen decennium toegenomen door opeenvolgende bezuinigingen op het overheidsapparaat.[87] Men is zich gaan concentreren op 'sterke' punten: het verwerken en tijdig afdoen van een massale stroom aan beschikkingen, met veronachtzaming van 'zwakke' kanten. De organisatie heeft gedurende de jaren van crisis toenemende achterstanden in investering en organisatie opgelopen.[88]

De commissie heeft zich niet verder gebogen over de 'governance' en organisatie van Toeslagen, gegeven de veranderingen die inmiddels in gang zijn gezet. Duidelijk is dat er in de jaren waarin de CAF 11-problematiek ontstond een grote afstand bestond tussen de leiding en de werkvloer. Dit verklaart vermoedelijk mede dat bij het management minder zicht bestond op de uitwerking van beleidsbeslissingen en dat vooral op wenselijke, telbare uitkomsten werd gestuurd: het aantal correctiebesluiten en de opbrengst van de terugvordering van het te veel betaalde.[89] Het is evenwel minder aannemelijk dat een andere verhouding tot een gematigder aanpak van de bestrijding van fraude en georganiseerd misbruik zou hebben geleid. De besluiten daarover werden immers in het managementteam genomen en niet op de werkvloer, en het management had vooral de drijfveer om aan de politieke aandacht voor fraudebestrijding tegemoet te komen en verdere kritiek inzake laksheid en het negeren van signalen aan het adres van Toeslagen te vermijden.

Wat de organisatie en werkwijze betreft, wil de commissie hier de aandacht nog vragen voor de inherente beperkingen van de noodzakelijke inrichting van het werkproces van Toeslagen en de behoefte aan en mogelijkheid van het bieden van maatwerk in dat kader. In de slotparagrafen van dit hoofdstuk wordt vervolgens vooral aandacht gevraagd voor de organisatie van het vermogen om tijdig te onderkennen dat zaken mislopen en om de gevolgen daarvan te beperken en te herstellen.

5.3.2 Het doenvermogen van Toeslagen

Toeslagen is ontstaan en vanaf het begin gebouwd rond de behoefte aan een uitvoerend apparaat dat in staat moest zijn om miljoenen beschikkingen per jaar vast te stellen en te wijzigen en - naar huidige stand - de tijdige betaling (99,9 procent) van ca. 12,7 mld. aan ca. 5,6 mln. huishoudens te verzekeren.[90] In het recente IBO-deelrapport is uiteengezet hoe de keuze van de wetgever voor *gerichtheid* en *tijdigheid* (dat wil zeggen snel uitkeren, maar tot op de euro nauwkeurig afrekenen) de inrichting van het proces, de complexiteit en de bewerkelijkheid daarvan hebben bepaald.

De combinatie van massaliteit, complexiteit en voortdurende aanpassingen van het bedrag aan toeslag(voorschotten) aan nieuwe omstandigheden maakt de werkprocessen van Toeslagen kwetsbaar. Daarbij komt dat zij moeten worden uitgevoerd door medewerkers op een laag schaalniveau en, tijdens pieken, door uitzendkrachten die snel kunnen worden ingezet. De werkprocessen zijn daarom tot in detail vastgelegd in werkinstructies, handleidingen en afvinklijsten. Bij de uitvoering zal de vrees om fouten te maken doorgaans sterker zijn dan de neiging om naar eigen professioneel inzicht af te wijken van de instructies, hoewel dit zeker ook voorkomt. Het grootste deel van het proces is daarbij geautomatiseerd. Wijzigingen in de regels, nieuwe jurisprudentie en ingewikkelde afwegingen moeten daarom worden vertaald in algoritmen, instructies, richtsnoeren en leidraden om in de praktijk toegepast te worden. Voor medewerkers bestaan slechts die werkinstructies; van de achterliggende wetteksten en uitspraken daarover van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hebben zij vermoedelijk weinig of geen kennis.

De kracht van een dergelijk uitvoeringsapparaat is gelegen in verwerkingscapaciteit, routine, een eenduidige en nauwkeurige afhandeling en voldoende voortgang. Maar daarin ligt ook de zwakke kant van zo'n organisatie; weinig gevoel voor het afwijkende, bijzondere en uitzonderlijke. Het verklaart ook waarom bij een 'gezaghebbende' instructie van het CAF-team om de betaling van voorschotten stop te zetten, geen van de uitvoerders zich heeft afgevraagd of dat wel mocht. Het is logisch dat in een dergelijk uitvoeringsproces alles wat een bijzondere afweging of behandeling vergt naar een apart, daarvoor ingericht team gaat (IST, HOTHOR-team, fraudeteams). Ieder team heeft een eigen werkterrein en eigen routines. Die werkwijze bergt het risico in zich dat de indeling en afhandeling in een bepaalde werkstroom leidt tot een zekere vooringenomenheid bij het

[87] Zie interview met de president van de Algemene Rekenkamer, drs. A.P. Visser "De verleiding van gratis geld" Elsevier Weekblad 8 januari 2020.

[88] In mei 2015 werd met het oog daarop met de Investeringsagenda een veelomvattend meerjarig (vijf tot zeven jaar) verbeterprogramma begonnen. In het kader daarvan kwam eind 2015 een vertrekregeling tot stand die leidde tot een substantiële uitstroom van menskracht. De situatie die daardoor ontstond, was voorwerp van onderzoek van de Commissie Onderzoek Belastingdienst (COB; 2016). Het rapport van deze commissie leidde tot verdere veranderingen in de governance en organisatie van de Belastingdienst en de verhouding tot het departement.

[89] De motie Koolmees c.s. had tijdens het vervolgdebat over de Bulgarenfraude om een maximale inzet gevraagd 'op het innen van deze toeslagen en boetes en op het iedere twee maanden een rapportage aan de Kamer te sturen over de voortgang en de inzet van de staatssecretaris op dit punt'.

[90] Cijfers ontleend aan het 'Jaarplan 2020: Belastingdienst'.

afdoen van de zaken; ´als een zaak eenmaal in een gegeven werkstroom zit, zal daar wel over nagedacht zijn en dus wordt de zaak volgens die werkstroom afgedaan´.

In dit licht zal duidelijk zijn dat het toedichten van persoonlijke kwaliteiten aan de Belastingdienst verkeerde verwachtingen wekt. De Belastingdienst ´doet´, ´zegt´, ´denkt´, ´weet´, enzovoorts; dergelijke formuleringen scheppen een beeld van de dienst als persoon, wat nog versterkt wordt door de personificatie in de staatssecretaris als ministerieel verantwoordelijke. Het wekt de indruk van een dienst die flexibel, wendbaar en besluitvaardig handelt, terwijl de werkelijkheid meer heeft van de vaart van een mammoettanker.

5.3.3 Maatwerk

Deze zojuist beschreven opzet en organisatie van Toeslagen maakt de introductie van maatwerk en 'rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van het geval' niet eenvoudig. De kracht van de huidige organisatie is het op eenvormige wijze tijdig afdoen van een groot aantal beschikkingen. Inmiddels is in het licht van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober besloten dat er meer maatwerk zal worden geboden en de voorbereidingen daarvoor worden getroffen. Maar maatwerk, het op de maat van de omstandigheden van het geval nemen van beslissingen, vergt een andere inrichting van de werkprocessen, andere kwaliteiten van de uitvoerende medewerkers en een omvangrijk afstemmingsapparaat, zodat ondanks het maatwerk, toch eenheid van beleid en gelijke behandeling te verzekeren.

Daarbij komt dat er bij de toepassing van toeslagen en zeker bij de kinderopvangtoeslag juist al veel maatwerk wordt geleverd; dat maakt de uitvoering van de toepassing nu juist zo arbeidsintensief en de kans op terugvordering zo hoog. Het maatwerk ligt besloten in de verschillende variabelen die de aanspraak en de hoogte van de kinderopvangtoeslag bepalen. Juist dat maakt het verschijnsel van mutaties achteraf een inherent aspect van het bestaande stelsel. Gebruikers waarderen dat ook bij de beoordeling van de KOT. Op het moment van toekenning van een voorschot wil men vooral weten waar men aan toe is en dat bedrag snel en met regelmaat ontvangen. Toeslagen is in dat opzicht succesvol. Onderzoek[91] wijst uit dat juist de voorspelbaarheid en stabiliteit van de toeslag en het feit dat deze sterk aansluit bij de persoonlijke omstandigheden, als meest gewaardeerde kenmerken van het bestaande systeem naar voren komen. In het IBO-rapport worden, met het oog op het verminderen van het hoge percentage aan mutaties, vereenvoudigingen voorgesteld. Maar mogelijke alternatieven scoren in dat opzicht, blijkens het zojuist bedoelde onderzoek, juist aanzienlijk minder bij burgers.[92]

Toeslaggerechtigden krijgen doorgaans meer behoefte aan zicht op en begrip voor de eigen situatie op het moment van vaststelling van de toeslag en de eventuele terugvordering van het te veel betaalde. Maatwerk zal zich derhalve vooral moeten richten op de besluitvorming over de proportionaliteit van de herziening, de terugvordering en de maatregelen van invordering. De uitspraken van 23 oktober 2019 van de Afdeling bestuursrechtspraak bieden vooral daar ook meer ruimte voor maatwerk dan voorheen. Overigens moet worden onderkend dat de dienst Invordering in de praktijk al maatwerk levert; via het mechanisme van de persoonlijke betalingsregeling, de 'niet verder bemoeilijken' beslissing (zie §4.5.2) en de praktijk van het nalaten van actieve invordering, daar waar geen mogelijkheden van verhaal zijn. Hoge terugvorderingsbedragen worden en zijn lang niet altijd ook daadwerkelijk terugbetaald. Met de figuur van de belastingdeurwaarder heeft/had Invorderingen ook een belangrijk 'instrument' van maatwerk. Door zijn contact met de 'schuldenaren' heeft de belastingdeurwaarder veelal direct zicht op de persoonlijke omstandigheden en mogelijkheden van toeslaggerechtigden.

Ook als men zich in het bijzonder richt op de terug- en invordering van KOT, blijft het een vraag op welke wijze dit in het proces van besluitvorming moet worden ingevlochten. De informatie die om maatwerk vraagt, zal doorgaans pas door belanghebbenden worden gegeven op het moment dat zij met een neerwaartse correctie van een besluit worden geconfronteerd. Dit kan betekenen dat de besluitvorming over het maatwerk binnen Toeslagen zich gaat concentreren op de besluitvorming in de bezwaarfase. Maatwerk heeft daarom mogelijk in het bijzonder gevolgen voor de inrichting van de behandeling van bezwaren bij toeslagen. Echter, ook bij terug- en invorderingsbesluiten zal maatwerk moeten worden geboden en zal de organisatie daarop moeten worden ingericht.

5.4 Het vermogen tot signaleren, reageren en repareren

5.4.1 'Shit happens'

Met de neiging om eerder gemaakte fouten voortaan te voorkomen is op zich niets mis; we kennen verschillende gezegden die dit aanprijzen, bijvoorbeeld over een gewaarschuwd mens en ezels die zich niet tweemaal stoten. Bij overheden uit die neiging zich evenwel vooral in nieuwe regels, procedures en waarborgen. De overheid is als het ware ´verslaafd´ aan nieuwe wetgeving in dat soort gevallen, waarschijnlijk vanwege de schijn van zekerheid die dit biedt. De wetgever toont zo zijn verantwoor-

[91] Zie de rapportage bij het IBO-onderzoek: 'Burgerperspectief op het toeslagenstelsel: rapportage van een kwalitatief onderzoek', [redacted], Hoogeveen & de la Mar, september 2019.

[92] Zie [redacted].

delijkheid, uitvoerende diensten weten wat ´fout´ is en ´goed´, de rechter heeft meer grondslag waar hij zijn oordeel op kan bouwen en burgers en ondernemingen weten waar zij aan toe zijn. Maar bij snel toenemende complexiteit van regelgeving dreigt die zekerheid in haar tegendeel te verkeren, en ontstaat er een nieuwe zekerheid: regels zullen worden overtreden en dus zullen er opnieuw zaken fout gaan.

Ook nu klinkt in reactie op de gang van zaken rond het CAF 11-dossier dat wellicht het systeem van toeslagen moet worden aangepast. Het is uiteraard aan de wetgever om daarover te beslissen, maar de commissie wil daarbij waarschuwen voor de inzet op nieuwe regels. De gang van zaken in het CAF 11-dossier was immers vooral het gevolg van een te veel aan regels die veelal waren vastgesteld om herhaling van eerder gebleken fouten voortaan te voorkomen.

In een complex bestel van regelgeving is het vrijwel onvermijdelijk dat er zaken 'mis' zullen blijven gaan. Het aanvullen van het systeem met nieuwe regels en procedures teneinde nieuwe 'missers' te voorkomen, maakt de kans daarop vaak alleen maar groter. Tegen die achtergrond is het op een goed moment doelmatiger om het institutioneel vermogen om effectiefte reageren op 'missers' te versterken, dan om steeds weer nieuwe wettelijke bepalingen toe te voegen om deze te voorkomen. Vanuit die invalshoek dient te worden geïnvesteerd in de professionele kwaliteit van het uitvoerend personeel, in het scheppen van mechanismen die het mogelijk maken tijdig te signaleren dat er mogelijk 'missers' zijn begaan, en in de nodige bevoegdheid om 'missers' te herstellen.

5.4.2 Ambtelijke professionaliteit

Een eerste element van het institutioneel vermogen om 'missers' te signaleren en te repareren, is de ambtelijke professionaliteit van het uitvoerend apparaat. Dat betreft in de eerste plaats de vaktechnische kennis en vaardigheid. Op dat punt zijn in de afgelopen tijd diverse stappen genomen en maatregelen getroffenom betrokken medewerkers in staat te stellen meer maatwerk te leveren, alsmede meer gevoel te kweken bij de medewerkers waar 'de ruimte' binnen wet- en regelgeving zit. In dat kader komt er ook een generieke werkinstructie voor het maken van een belangenafweging bij de besluitvorming en de motivering daarvan. De maatregelen beogen voorts een versterking van vaktechnische vaardigheden en ondersteuning van het besluitvormingsproces, alsmede een herijking van de toezichtfilosofie.Tenslotte zal meer aandacht worden besteed aan de begeleiding van de burger bij voorgenomen negatieve besluiten, bijvoorbeeld door zo mogelijk al voor het nemen van zo'n besluit contact op te nemen. In de brief aan de TweedeKamer van 15 november 2019[93] is de staatssecretaris nader ingegaan op deze voorgenomen maatregelen.

Het zijn ongetwijfeld noodzakelijke maatregelen om de vaktechnische kwaliteit van het apparaat te versterken. Ambtelijke professionaliteit is echter meer dan vaktechnische kwaliteit. Het meeste wat er misging in het CAF 11-dossier was niet het gevolg van ondeskundige of onrechtmatige besluitvorming. Er werd gebruikgemaakt van iedere mogelijkheid om aanspraken van burgers af te wijzen of te korten, zonder oog voor de proportionaliteit van de gevolgen voor betrokkenen. Ambtelijke professionaliteit is niet alleen gelegen in de juistheid van ieder afzonderlijke beslissing, maar ook in de eenheid en consistentie van beleid en de algemene beleidslijn en in het oog hebben voor de vraag of de effectenvan het beleid de publieke belangen nog dienen. Ambtelijke professionaliteit is tevens het vermogen om tegenspraak te bieden tegen de waan van de dag. Daar heeft het in het CAF 11-dossier in het bijzonder aan ontbroken, niet bij de uitvoerende medewerkers, maar bij het management en de leiding van Toeslagen. Ambtenaren zijn niet alleen uitvoerders van politieke wensen van bewindslieden of de Kamer, maar ook zelfstandige dragers en behartigers van het algemeen belang.

5.4.3 Bewaking van processen

Een tweede element van het institutioneel vermogen om 'missers' te signaleren en te repareren, is de stelselmatige bewaking van bestuurlijke werkprocessen. Dat betreft primair de bewaking van de voortgang, doelmatigheid, rechtmatigheid en uitkomsten daarvan. In een uitvoerende dienst waarin jaarlijks zeer grote aantallen beschikkingen worden genomen, is het welhaast onvermijdelijk dat productietechnische parameters van kwantiteit, tijdigheid en feitelijke juistheid geleidelijk aan voorrang krijgen boven juridische parameters die minder vaak spelen; op de eerste wordt dagelijks gestuurd, de tweede zijn zo af en toe aan de orde. Een oplossing als de ´zachte stop´ wordt dan makkelijk een praktisch alternatief voor opschorting van de bevoorschotting. Tekenend in dat verband is dat het juridisch aspect van de besluitvorming in de terminologie van Toeslagen als 'vaktechniek' wordt beschouwd.

De opzet van de werkprocessen binnen Toeslagen is in dit opzicht tekortgeschoten. In het werkproces werden de juridische regels en beperkingen vertaald in de werkinstructies en handboeken. In concrete situaties, waarin een afweging van juridische en andere aspecten vereist was, waren juristen niet of onvoldoende betrokken of hun advies werd 'overruled' vanwege andere prioriteiten. Het beperkte aantal goed ingevoerde juristen dat er was, had - alleen al vanwege de werklast - een marginaal gewicht in een omgeving van overwegend andersgeschoolde medewerkers. Als er al een conflicttussen juridische en andere aspecten van de besluitvorming werd gezien, was er geen adequaat mechanisme om dit te beslechten. Slechts op enkele,

[93] Kamerstukken II, 31066, nr. 538.

juridisch zeer gevoelige plaatsen, was een extra juridische bewaking van het werkproces aangebracht, zoals de functie van de boete-fraudecoördinator. Deze tekortkomingen zijn overigens reeds onderkend door Toeslagenen in een aantal maatregelen geadresseerd.

Bewaking van de rechtmatigheid van de besluitvorming is vaak al niet eenvoudig. Het is nog veel moeilijker om te onderkennen dat ook wanneer de besluitvorming rechtmatig is, het besluitvormingsproces toch een 'maatschappelijk ondeugdelijk' resultaat oplevert. Dat was wat er in de jaren 2014-2016 misging. De basis voor compensatie in het CAF 11-dossier is niet de onrechtmatigheid van de besluitvorming, maar de vooringenomenheid en excessieve nauwgezetheid waarmee de regelgeving werd gehandhaafd. Bij gebrek aan overzicht ´op afstand´ en reflectieover waar men mee bezig was, is het misgegaan. En toen dat eenmaal bleek - onder meer door het rapport van de Nationale ombudsman - was het alsnog uiterst moeilijk om te (h)erkennen dat er meer was misgegaan dan de stopzetting va de bevoorschotting zonder controle vooraf.

Nu is dit vermoedelijk een punt waar 'de beste stuurlui aan wal staan'. Het vermogen om te erkennen dat ook als een proces rechtmatige beslissingen oplevert, de uitkomst van het proces desalniettemin 'scheef' kan zijn, is niet velen gegeven. Gegeven de storm van verontwaardiging die veelal opsteekt bij erkenning dat er iets niet goed is gegaan, zullen betrokkenen instinctief geneigd zijn te benadrukken dat het ´toch rechtmatig was´. Zeker ook omdat de nuance dat iets ´niet goed´ is gegaan, maar het geheel daarmee nog niet onrechtmatig was, al gauw verloren gaat in alle publiciteit en het publiek debat. Maar wanneer de overheid niet in staat is om tijdig te onderkennen dat processen scheef lopen, om te erkennen dat het niet goed is gegaan en om daarnaar te handelen, zal de correctie uiteindelijk met meer pijn, schade en lasten gepaard gaan.

5.4.4 Gevoeligheid voor en omgaan met signalen

Een derde element van het vermogen tot signaleren, reageren en repareren is de gevoeligheid voor signalen dat er iets 'misgaat'. Nu zijn er in de normale werkprocessen doorgaans reeds een aantal mechanismen aangebracht die tot doel hebben om signalen op te vangen en het lerend vermogen van de organisatie te bevorderen. Zo kennen diverse eenheden van de Belastingdienst één of meer klachtcoördinatoren. Klachten en hun afdoening worden geregistreerd op basis waarvan maandelijks een landelijke rapportage wordt opgesteld met een analyse van de ingediende klachten en mogelijke verbetermaatregelen. Voorts zijn er bij alle eenheden van de Belastingdienst vaktechnische aanspreekpunten en specialisten die als coördinator fungeren. Tenslotte zijn er bij iedere eenheid een of meer vertrouwenspersonen integriteit aangesteld. Tenminsteeenmaal per jaar vindt er een terugkoppeling plaats met het managementteam over de ontvangen signalen.

Uiteraard is een structuur alleen niet voldoende en hangt het succes daarvan af van de wijze waarop deze wordt gebruikt, maar er is geen aanleiding om te vermoeden dat deze structuur niet zou werken. Wat wel opvalt, is dat er geen mechanisme - formeel of informeel - is voor signalen vanuit het uitvoerend apparaat over het beleid zelf. De geschetste structuur betreft klachten van buiten, juridische problemen en integriteitsproblemen. Onduidelijk is wat er gebeurt met reflecties,suggesties of kanttekeningen van medewerkers met betrekking tot het gevoerde beleid. Dat valt op omdat uit het CAF 11-dossier blijkt dat deze potentieel (zeer) waardevol kunnen zijn. Reeds voor de CAF-aanpak waren er signalen vanuit de uitvoerende dienst over het disproportionele effectvan de KOT-voorwaarde van volledige betaling van alle kosten van kinderopvang. Die signalen hebben in 2012, 2013 en 2014 geleid tot stappen richting het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over een mogelijke beleidswijziging op dit punt. Evenzo waren er in de loop van 2014 en 2015 signalen van medewerkers dat de aanpak van onderzoek en daarop volgende besluitvorming wel erg rigoureus waren.

Hoewel deze signalen toen niet tot het gewenste resultaat hebben geleid, wijst het op de potentiële waarde van signalen uit het uitvoeringsapparaat. Nu is het zonder meer zo dat men achteraf, als het mis is gegaan, altijd precies weet naar welke signalen had moeten worden geluisterd. Vooraf is dat meestal minder duidelijk, ook omdat er op dat moment vaak tegengestelde geluiden zijn. Het feit dat het nodig zal zijn om het 'kaf van het koren' te scheiden en dat zulks niet eenvoudig is, mag echter geen argument zijn om alle geluiden dan maar te negeren. Die geluiden en signalen zijn potentieel wezenlijke input voor het vermogen tot signaleren, reageren en repareren. Het opvangen van die geluiden moet dus worden georganiseerd. Een open werkklimaat waarin medewerkers zich veilig voelen, waarin kritiek wordt gehoord en waarin fouten mogen worden gemaakt is een belangrijk aandachtspunt bij het aspect cultuur.

5.4.5 Repareren, herstellen en herzien

Ambtelijke professionaliteit, effectievebewaking van processen en gevoeligheid voor signalen hebben op zichzelf reeds een belangrijke functie bij het voorkomen van misslagen en het tijdig terugbuigen van de effectendaarvan. Dat neemt niet weg dat, als er geen effectievemogelijkheden en middelen zijn om in voorkomende gevallen de gevolgen van misslagen te kunnen herstellen, te repareren of zelfs te compenseren, de roep om nieuwe maatregelen en procedures om herhaling te voorkomen alleen maar sterker zal zijn.

In het interim-advies (§ 4.3) is reeds stilgestaan bij de mogelijkheden en beperkingen van de mogelijkheden van herstel en reparatie in het recht. Met de uitspraak van 23 oktober 2019 zijn daar voor wat betreft het stelsel van toeslagen belangrijke mogelijkheden bijgekomen. Met name de ruimte die de Afdeling heeft gevonden op het punt van de vaststelling van een even-

redig recht op KOT en de evenredige invordering van onverschuldigd betaalde bedragen, biedt daarbij een nuttige aanvulling. Veel zal afhangen van hoe deze jurisprudentie in de uitvoeringspraktijk wordt opgepakt en hoe een en ander wordt vertaald in beleid. In het voorgaande hoofdstuk is ingegaan op de wijze waarop van verschillende mogelijkheden gebruik kan worden gemaakt wat de erfenis van de afgelopen vijftien jaar betreft.

5.5 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk is de commissie ingegaan op de vraag wat er in de werkwijze van Toeslagen kan en moet veranderen en verbeteren, om herhaling van een gang van zaken zoals in het CAF 11-dossier en andere dossiers te voorkomen. Uitgangspunt is dat in een stelsel, zoals dat van de toeslagen, controle op fraude en georganiseerd misbruik nodig is. In dat kader kan het nodig zijn om vermoedens van fraude en misbruik jegens een tussenschakel (facilitator) te vertalen in controle bij vraagouders. In de wijze waarop dat nu binnen Toeslagen is opgezet, is structureel niets mis. Wel zijn er vier zwakke plekken die steeds aandacht zullen behoeven, namelijk: het onderscheid tussen onregelmatigheden en fouten enerzijds en misbruik en fraude anderzijds, de wijze van financieringvan de extra kosten van de bestrijding van misbruik, de vertaling van vermoedens van fraude in concrete beslissingen en de geautomatiseerde processen van besluitvorming en risicoselectie.

De commissie constateert dat in de werkwijze van Toeslagen het gevaar van institutionele vooringenomenheid steeds op de loer ligt, vanwege de vertaling van signalen, risico's en vermoedens in onderscheiden werkprocessen. Die werkwijze is evenwel nauw verweven met het doenvermogen van Toeslagen als geheel. Zeer recent zijn de organisatie, werkwijze en besturing van Toeslagen veranderd met het besluit tot ontvlechting van de ambtelijke organisatie van en politieke verantwoordelijkheid voor Toeslagen en de Belastingdienst. Daarnaast is in recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak ruimte gevonden voor evenredigheid in de besluitvorming over de aanspraak op toeslag en maatwerk bij de terugvordering van te veel betaalde voorschotten. Weliswaar schept de nieuwe jurisprudentie een andere context voor de uitvoering van de kinderopvangtoeslagregelgeving, maar kenmerkend voor het doenvermogen van Toeslagen blijft desalniettemin het gegeven dat dit is ingericht op de doelmatige, tijdige en uniforme afdoening van een massale werkstroom, op een efficiënte werkwijze tegen zo laag mogelijke kosten. Daarbij moet worden onderkend dat een belangrijke oorzaak van de problematiek rond de toepassing van de KOT juist is gelegen in het maatwerk in de besluitvorming dat nu al is beoogd met de regelgeving. Bij de invoering van de nieuwe mogelijkheden van maatwerk zou men zich dan ook vooral moeten richten op de evenredigheid van de vaststelling en terugvordering, en het maatwerk bij de invordering.

Bij alle veranderingen en verbeteringen in organisatie en regelgeving dient echter te worden onderkend dat het desalniettemin waarschijnlijk is dat, gegeven de complexiteit en massaliteit van de werkprocessen, er in de toekomst weer 'dingen mis zullen gaan'; dat laat zich niet wegregelen en organiseren. Vanuit die optiek behoeft de ontwikkeling van het vermogen van Toeslagen tot het signaleren van, reageren op en repareren van processen die 'misgaan', meer aandacht. Op dat punt zijn in de afgelopen tijd al een groot aantal veranderingen en verbeteringen in gang gezet. Die richten zich evenwel vooral op verbetering van de juridische kwaliteit van de processen en de rechtmatigheid van de besluitvorming. Dat is wenselijk en nodig, maar niet voldoende. Het gaat bij de ontwikkeling van bedoeld vermogen ook om de ambtelijke professionaliteit om tegenspraak te bieden, ondanks de druk van de waan van de dag, om het besef dat ook als besluitvorming als rechtmatig is beoordeeld, de uitkomst toch maatschappelijk ondeugdelijk kan zijn, om het vermogen tot voldoende zelfreflectieen om de mogelijkheden en bevoegdheden om te repareren wat er 'mis' is gegaan.

6 De werking van wet, beleid en uitvoering

OMZIEN

in *verwondering* 2

6.1 Niet een gebrek aan rechtsbescherming, maar het gevolg van de wet

De derde deelvraag aan de commissie betreft de praktische rechtsbescherming van de toeslaggerechtigden en mogelijke verbeteringen daarin. Die vraag vloeit vermoedelijk mede voort uit een door de heer Omtzigt ingediende motie, waarin werd gevraagd om een extern onderzoek naar mogelijke verbetering van de praktische rechtsbescherming van de burger in belasting- dan wel toeslagzaken.[94]

Zowel de vraag als de motie lijken te berusten op de vooronderstelling dat als de toegang tot rechtsbescherming praktisch beter zou functioneren, een gang van zaken als in het CAF 11-dossier en schrijnende gevolgen zoals die in beeld zijn gekomen, niet zouden zijn voorgekomen. Die vooronderstelling is niet juist. Vastgesteld kan worden dat toeslaggerechtigden in het CAF 11-dossier hun weg naar de rechtsbescherming goed hebben kunnen vinden.[95] 80 procent van de betrokken toeslaggerechtigden diende tenminste één bezwaar in. Van degenen van wie het bezwaar (deels) ongegrond werd bevonden of niet ontvankelijk, vond vervolgens de helft de weg naar de bestuursrechter. Het ADR-rapport laat zien dat de percentages per dossier variëren, maar dat soortgelijke hoge percentages ook in andere CAF-dossiers voorkwamen. De bestuursrechter, die de interpretatie van de wet door Toeslagen steeds had gebillijkt, liet deze beslissingen vrijwel in alle gevallen overeind; zij waren immers in lijn met de vaste jurisprudentie.

Ook de vooronderstelling dat de uitkomst in het CAF 11-dossier en de schrijnende gevolgen van handhaving van de KOT-regelgeving meer in het algemeen het gevolg zijn van verkeerde of inhoudelijk onrechtmatige besluitvorming, die in het proces van rechtsbescherming recht had kunnen worden gezet, is niet juist. Zowel in het interim-advies, als in het voorliggende eindadvies wordt geconcludeerd dat de financiële moeilijkheden waarin huishoudens werden gebracht, meestal niet het gevolg waren van onjuiste besluitvorming, maar van de reguliere toepassing van de KOT-regelgeving. Als men dan ook vergelijkbare gevolgen in de toekomst wil voorkomen, is dat minder een kwestie van praktische verbetering in de rechtsbescherming, dan wel van wijziging van de opzet en inrichting van de wettelijke regeling. Er is al gewezen op geluiden die pleiten voor een algehele wijziging van het toeslagenstelsel.

De commissie acht zich niet geroepen om thans in antwoord op de gestelde derde vraag voorstellen te ontwikkelen voor een nieuw wettelijk stelsel. Het vervangen van het huidige stelsel, waarin jaarlijks ca. 7,5 mln. toeslagen aan ca. 5,6 mln. huishoudens worden verstrekt, zal niet eenvoudig zijn en geruime tijd vergen. Gelukkig nemen de uitspraken van 23 oktober 2019 van de Afdeling bestuursrechtspraak een belangrijk deel van de druk weg om thans, overijld tot veranderingen over te gaan. De commissie verkent in dit hoofdstuk op hoofdlijnen de implicaties van deze nieuwe jurisprudentie voor de werking van de toeslagenregelgeving in de toekomst. Geconstateerd wordt dat met bepaalde flankerende wijzigingen in het beleid en met een ondersteunende uitvoering, de effecten van deze regelgeving die zich in het verleden hebben voorgedaan, kunnen worden voorkomen, althans drastisch beperkt. Dat geeft ruimte om over een nieuw stelsel grondig na te denken.

6.2 De veranderde werking van de wettelijke regeling

6.2.1 De werking voor 23 oktober 2019

In het interim-advies van de commissie (§ 3.2) is de opzet van de Wet kinderopvang en van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) beschreven. In het voorgaande is ingegaan op de werking van de wet in de praktijk (§ 2.2). Doel van de regeling is om burgers in staat te stellen bepaalde voorzieningen te bekostigen waarvoor zij anders geen geld zouden hebben (zorgverzekering, huur, kinderopvang). Dat heeft slechts zin als men het geld heeft op het moment dat de voorziening moet worden betaald. De aanspraak op en hoogte van de toeslag zijn echter afhankelijk van gegevens die pas komen vast te staan nádat men het geld heeft uitgegeven. Die discrepantie wordt opgelost door het benodigde geld voor te schieten en de definitieve aanspraak daarop achteraf vast te stellen. Zolang alles goed gaat, is dit een praktische oplossing. Maar als het ´misgaat´ ontdekt de toeslaggerechtigde dat hij al gauw duizenden euro's, die hij als voorschot heeft ontvangen en uitgegeven, weer terug moet storten. Gevolg is dat hij de voorziening (kinderopvang) die hij zelf niet kon betalen, alsnog geheel op eigen kosten moet dragen.

De kans dat er iets niet goed gaat, is zeker bij de KOT, niet verwaarloosbaar. Niet alleen zijn de aanspraak en de hoogte daarvan afhankelijk van onzekere factoren, in de KOT-regelgeving komen daar veel bijzondere regelingen en eisen bij, bedoeld om nevendoelstellingen, zoals arbeidsparticipatie en de kwaliteit van kinderopvang te bevorderen en om misbruik of oneigenlijk gebruik daarvan te voorkomen. Bovendien heeft de regeling een sterk alles-of-niets-karakter; als er iets niet klopt, vervalt de aanspraak – althans zo was het tot voor kort – geheel (zie interim-advies § 3.2.2.4).

[94] Kamerstukken II, 31066, nr. 468.
[95] Het ADR-rapport, Bijlage 2.

Die risico's zijn geheel bij de toeslaggerechtigde gelegd. Hij is gehouden 'de voor de beslissing op de aanvraag benodigde informatie duidelijk, stellig en zonder voorbehoud te verstrekken' (art. 15, lid 2 Awir). Toeslagen heeft geen onderzoeksplicht ten aanzien van de aangeleverde informatie, maar mag daar zonder meer op afgaan.[96] Indien naar het oordeel van Toeslagen onvoldoende gegevens bekend zijn, kan een aanspraak op toeslag om die reden worden afgewezen. Daarbij komt dat zekerheid over het recht en de hoogte daarvan veelal pas na geruime tijd ontstaat. De vaststelling van het gezinsinkomen en andere gegevens waar toekenning van de KOT op berust staan pas na afloop van het berekeningsjaar vast. Door dit alles kan de periode van onzekerheid over definitieve aanspraken vrij lang zijn; tot vijf jaar na het betrokken jaar of langer. Als gevolg daarvan bestaat de mogelijkheid dat toeslaggerechtigden die in achtereenvolgende jaren een voorschot hebben ontvangen, dit over meerdere jaren tegelijk moeten terugbetalen vanwege eenzelfde onjuistheid die in meerdere jaren speelt. Waar dit alles al snel leidt tot een substantiële terugvordering, was hij het verschuldigde bedrag tot voor kort[97] bovendien steeds in zijn geheel verschuldigd (art. 26 Awir).

6.2.2 Het gewijzigd regime sindsdien

In het voorgaande (zie § 4.3) is ingegaan op de strekking van de twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019. De Afdeling komt daarin terug op bestendige jurisprudentie en gaat over tot een herlezing van de Awir op twee punten. In de eerste plaats de lezing dat indien de kosten van kinderopvang niet volledig zijn voldaan er geen aanspraak bestaat op toeslag. Het tweede punt betreft de lezing dat art. 26 Awir dwingend voorschrijft dat een terug te vorderen bedrag steeds in zijn geheel is verschuldigd. In de eerste uitspraak van 23 oktober 2019[98] concludeert de Afdeling dat als gebleken is dat de kosten niet volledig zijn voldaan Toeslagen kan beslissen alsnog een lager bedrag aan KOT toe te kennen, waarbij het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 van de Awb van toepassing is. In de tweede uitspraak[99] concludeert de Afdeling dat art. 26 Awir niet dwingend voorschrijft dat het gehele verschuldigde terugvorderingsbedrag daadwerkelijk wordt teruggevorderd, maar Toeslagende ruimte laat om ook bij terugvordering betrokken belangen af te wegen waarbij ook het evenredigheidsbeginsel van toepassing is. In beide uitspraken beperkt de Afdeling zich tot de vaststelling dat de aangevochten beslissing niet (langer) gerechtvaardigd is door de overwegingen waarop deze berust. Beide besluiten zijn dus onvoldoende gemotiveerd en worden om die reden vernietigd. Maar in geen van beide zaken gaat de Afdeling ertoe over om zelf te bepalen 'hoe het wel moet'. Dat wordt aan Toeslagen overgelaten.

Deze uitspraken zullen vermoedelijk nog veel inkt doen vloeien. Mede omdat de implicaties daarvan nog allerminst duidelijk zijn. Duidelijk is wel dat de Afdeling terugkomt op de uitleg van twee van de sleutelmechanismen in de KOT-regelgeving die tot dusver vaak tot schrijnende gevolgen leidden bij de handhaving van de kinderopvangtoeslag; het 'alles-of-niets'-karakter en de onmogelijkheid tot matiging bij de invordering.

Door deze uitspraken verandert het paradigma van de besluitvorming over KOT-aanspraken. De introductie van het concept dat de beslissingen inzake de aanspraak op KOT niet dwingend voortvloeien uit het samenstel van toepasselijke regels, maar uitkomst dienen te zijn van een afweging van betrokken belangen, welke moeten voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, maakt dat de werking van het wettelijk stelsel en de besluiten die daaruit voortvloeien substantieel kan veranderen, zonder dat de wetgeving daarvoor ingrijpend moet worden gewijzigd.

Bij besluit van de minister van Financiën van 20 december 2019[100] is inmiddels vastgesteld op welke wijze Toeslagen in de toekomst zal besluiten als een ouder in een berekeningsjaar de kosten van kinderopvang gedeeltelijk heeft betaald. In die situatie zal Toeslagen het recht op kinderopvangtoeslag niet meer op nihil vaststellen, maar naar rato van het bedrag aan kosten dat de ouder tijdig heeft betaald aan de kinderopvangorganisatie. Daarmee is, ruimer wellicht dan vereist door de uitspraak van de Afdeling, een evenredige vaststelling van het recht op kinderopvangtoeslag geregeld. Hoe dit gaat uitwerken in een stroom van honderdduizenden beschikkingen die jaarlijks moeten worden verwerkt, zal nog moeten blijken. Dat geldt ook voor de vraag of deze aanpak er inderdaad, zoals eerder door Toeslagen werd gesteld, toe gaat leiden dat bepaalde toeslaggerechtigden nu systematisch een te hoog voorschot zullen aanvragen om, wanneer dit bij controle duidelijk wordt, alsnog een evenredig deel te claimen. De Afdeling noemde dit risico niet geheel onwaarschijnlijk, maar daarmee nog geen reden om de oude interpretatie van de toepasselijke bepalingen te handhaven.

Hoewel met de uitspraken van 23 oktober 2019 de druk om overijld tot wijziging van het toeslagenstelsel te komen minder is geworden, betekent dit niet dat wijziging op onderdelen niet zou kunnen worden overwogen. Zo bepleit de Belangenvereniging van Ouders in de Kinderopvang (BOinK) dat de rol van gastouderbureaus en de verdeling van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid nader wordt bekeken. Dergelijke voorstellen liggen echter buiten het bereik van de vraagstelling aan de commissie. Daarom heeft de commissie zich daar niet over gebogen.

[96] ECLI:NL:RVS:2011:BR5166.
[97] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3535.
[98] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3535.
[99] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3601.
[100] Staatscourant 2019 nr. 70486 van 24 december 2019.

6.3 Nadere aanvulling en invulling

6.3.1 Evenredigheid in de besluitvorming

Met de uitspraken van 23 oktober 2019 en de daarin binnen de Awir gevonden ruimte voor maatwerk in de besluitvorming is een belangrijke stap gezet in de richting van een stelsel waarin *'in de praktijk beter rekening kan worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de toeslaggerechtigden'*, zoals dit in de overkoepelende vraag aan de commissie werd gevraagd. De uitspraken hebben afzonderlijk en in onderlinge samenhang in potentie een veel bredere betekenis voor de werking van het stelsel dan de specifiekecasus die in beide zaken voorlagen. Hoe breed de betekenis is, zal nog in nadere rechtspraak moeten worden vastgesteld. In de eerste uitspraak over de evenredige vaststelling van KOT-aanspraken lijkt de Afdeling zich te beperken tot de kinderopvangtoeslagen. In de terugvorderingsuitspraak wordt de toepassing van het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb evenwel gekoppeld aan de besluitvorming van Toeslagen op grond van de Awir. Dat heeft potentieel een bredere uitstraling dan alleen voor de kinderopvangtoeslag.

Het kader van de besluitvorming over de KOT verandert daarmee fundamenteel, ook als men ervan uit gaat dat de uitspraken primair of uitsluitend betrekking hebben op de KOT. Het zal nog tal van lastige vragen oproepen met betrekking tot criteria die in de beoordeling worden gehanteerd. Is het evenredig om de hele aanspraak af te wijzen als één handtekening op het contract ontbreekt Wat als de uren niet lijken te kloppen of het verkeerde kind is aangemeld? De uitleg van art. 26 Awir heeft bovendien niet alleen betekenis voor de KOT; die raakt in potentie de toepassing van alle toeslagen. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel binnen het bereik van de Awir vergt nadere invulling op tal van punten en een heroverweging van de bestaande onderdelen van het beleid. Dat zal bovendien moeten worden 'vertaald' voor een arbeidsproces waarin jaarlijks miljoenen beslissingen genomen moeten worden.

Bij de nadere implementatie van het evenredigheidsbeginsel in de besluitvorming zal ook de vraag onder ogen moeten worden gezien op welke wijze de informatie over de belangen van toeslaggerechtigden die in een evenredige afweging een rol moeten spelen, verkregen worden. Nu is de gegevensstroom richting Toeslagen geheel gericht op toepassing van de onderscheiden toeslagen en de daarvoor vereiste informatie. Informatie over persoonlijke omstandigheden waardoor het onredelijk of onevenredig zou zijn om een ander besluit te nemen dan uit de regels van het beleid voortvloeit, zal doorgaans pas in de fase van het bezwaar naar voren worden gebracht. Dit kan betekenen dat de besluitvorming over het maatwerk binnen Toeslagen zich concentreert op de besluitvorming op bezwaar. Dat zou dan gevolgen moeten hebben voor de inrichting van de behandeling van bezwaren bij toeslagen.

De nadere uitwerking van het evenredigheidsbeginsel is een belangrijk element van de aanpak om de werking van het toeslagenstelsel en die van de kinderopvangtoeslag in het bijzonder, evenwichtiger te maken, zonder dat daartoe de wet ten principale moet worden gewijzigd. Dat is echter niet voldoende. Ook andere risicoscheppende onderdelen van het bestaande stelsel behoeven aandacht. Weliswaar laat de belangrijkste risicofactor - de verstrekking van grote bedragen als voorschot op een recht dat nog onzeker is - zich niet zonder ingrijpende wetswijziging veranderen, maar dat betekent niet dat niet nog beter dan nu kan worden voorkomen dat de terug te vorderen bedragen snel oplopen. Evenzo kan bezien worden of meer evenwicht kan worden gebracht in het stelsel met betrekking tot de informatieplicht van de toeslaggerechtigde, met name daar waar Toeslagen de benodigde informatie ook op andere wijze kan verkrijgen. Niet minder belangrijk is de nadere invulling van maatwerk die de staatssecretaris bij de nieuwe uitleg van art. 26 Awir zal gaan hanteren. Bij deze aspecten wordt hierna afzonderlijk stilgestaan. Wezenlijk daarbij is ook een juist begrip van het verschijnsel toeslag in regelgeving en beleid.

6.3.2 Toeslagen: 'an offer you can't refuse'

Het verschijnsel toeslag in de huidige vorm bestaat vijftien jaar. Het verschijnsel inkomensafhankelijke bestemmingsbijdragen is al ouder. De toeslagenregelingen zoals die in 2005 tot stand kwamen, maken deel uit van zowel het beleidsinstrumentarium op een bepaald terrein (toegankelijk houden van zorg, wonen en kinderopvang), als van het instrumentarium van het inkomensbeleid. De vier toeslagen (zorgtoeslag, huurtoeslag, kinderopvangtoeslag en kindgebonden budget) hebben alle als uitgangspunt dat de hoogte van de toeslag samenhangt met de hoogte van de uitgaven en de draagkracht van het huishouden. Opzet, karakter en invulling van de verschillende toeslagen verschilt echter onderling; in dat opzicht is de stroomlijning van de onderscheiden regelingen binnen het fiscale kader nooit geheel gelukt.

De keuze om de uitvoering van het toeslagenbestel bij Financiën onder te brengen berustte op de gedachte dat daardoor een nauwe afstemming met de bestanden van de Belastingdienst mogelijk werd. Van de zijde van de Belastingdienst (waar toeslagen als een wezensvreemd element werd beschouwd) werd daarbij als voorwaarde gesteld dat zo nauw mogelijk op de bestaande fiscaleconcepten en regels zou worden aangesloten, om te voorkomen dat de Belastingdienst met twee te onderscheiden rechtsregimes zou worden geconfronteerd. De wetgever kwam hier deels aan tegemoet. Zo werd bijvoorbeeld de subsidietitel (titel 4.2) van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing verklaard.[101]

[101] Zie nader interim-advies § 3.2.1.

Tegen die achtergrond is het niet vreemd dat bij de uitwerking in regelgeving en beleid van het concept toeslag, de concepten en regels van de belastingwetgeving een belangrijke rol hebben gespeeld. Zo werd min of meer vanzelfsprekend gevonden dat men, net als bij een belastingaftrekpost, in beginsel zelf eerst de kosten maakt, waarna men via een 'tegemoetkoming' een deel terugontvangt. In die benadering van de toeslag als een soort 'negatieve belasting' is het vanzelfsprekend dat wanneer de eigen bijdrage niet wordt betaald, men niets ontvangt.

Het beeld van toeslagen als een vorm van 'negatieve belasting' is echter onjuist en heeft averechtse effecten op zowel de invulling in regelgeving van het begrip toeslag als op de handhaving en invordering van toeslagen. Toeslagen zijn niet een negatief van belastingen, maar een spiegelbeeld; niet een lineair verlengstuk in het negatieve, maar een spiegeling. Bij belastingen zijn hoge bedragen doorgaans een indicatie van een hoog inkomen of een hoge winst en sterke schouders die dit kunnen dragen. Bij toeslagen en zeker bij de KOT is het precies omgekeerd; de grootste bedragen worden uitgekeerd aan mensen met de zwakste schouders. Die zullen financieel ook het snelst 'klem' komen te zitten wanneer een voorschot geheel of ten dele wordt teruggevorderd. Het gaat bij belastingen om het afdragen van geld dat men 'heeft'; bij toeslagen om het ontvangen van geld als tegemoetkoming in kosten van essentiële voorzieningen (ziektekosten, huisvesting, zorg kinderen en kinderopvang) die men anders niet kan betalen. Het aanvragen van een toeslag is daarom niet werkelijk vrijwillig; het is wat in sommige kringen wel wordt genoemd: 'an offer you can't refuse'.

Hoe harder men de toeslag nodig heeft, des te minder is men in staat de middelen zelf voor te schieten en des te sneller zit men financieel klem bij terugvordering van middelen die inmiddels zijn uitgegeven. Gevolg is dat kwetsbare groepen met bescheiden middelen worden geconfronteerd met ingrijpende besluiten, waardoor zij, mede via het mechanisme van verrekening met toekomstige aanspraken en rechten, in een snel groeiende schuldenproblematiek terecht kunnen komen, zonder perspectief daar weer uit te komen.

In het beleid wordt tot dusver veelal onvoldoende rekening gehouden met deze kenmerken van toeslagen. Het betekent dat in de toekomst zorgvuldiger bezien zal moeten worden of beleidsregels of een beleidsaanpak die met het oog op belastingen is opgesteld, ook toegepast kunnen worden met betrekking tot toeslagen.[102] Ook kan men niet zonder meer de redenering toepassen dat wie een toeslag aanvraagt daarmee ook verantwoordelijkheid aanvaardt. Een overheid die een potentieel zo riskante voorziening als toeslagen aanbiedt aan personen met een mogelijk beperkt doenvermogen, zal waar mogelijk hun risico's moeten beperken.

6.3.3 Voortschrijdende rechtszekerheid

Kern van het risico rond toeslagen is dat de toeslaggerechtigde geld ontvangt op voorwaarde dat hij het uitgeeft aan de bestemming waarvoor deze gegeven wordt, maar niet weet of het bedrag niet later geheel of gedeeltelijk zal worden teruggevorderd. Die zekerheid ontstaat pas geleidelijk door de definitievevaststelling en verloop van tijd (vijf jaar, zie art 21, lid 2, Awir). Vanwege de praktijk van Toeslagen om de definitievevaststelling uit te stellen tot alle relevante informatie vaststaat en daarvoor steeds de voorschot beschikking te wijzigen, kan de periode van onzekerheid zeer lang bestaan.

Rechtszekerheid ontstaat in deze doordat ontvangen gelden niet meer of nog slechts in uitzonderingsgevallen kunnen worden teruggevorderd. Dat is bijvoorbeeld mogelijk door aanspraken niet meer op basis van schatting vooraf, maar op basis van declaratie achteraf vast te stellen. Maar dat impliceert dat de toeslaggerechtigde de kosten van de voorziening eerst zelf betaalt. De toeslagen zijn nu juist ontwikkeld op basis van de vaststelling dat zeer veel mensen daar niet toe in staat zijn en dan van de voorziening verstoken zullen blijven. Maar omdat de toeslag van gegevens en feiten (inkomen) pas achteraf vaststaat, is een tegemoetkoming zoals de wetgever die ambieert niet verenigbaar met meer rechtszekerheid vooraf omtrent hoogte en aanspraak. Door het instituut [redacted] zijn ten behoeve van het IBO-deelrapport alternatieven onderzocht die beogen zekerheid op voorhand te versterken en het aantal mutaties achteraf te beperken, maar deze blijken alle door toeslaggerechtigden als minder aantrekkelijk te worden beschouwd.[103]

Grotere rechtszekerheid scheppen voor toeslaggerechtigden aan het begin van het proces is dan ook niet goed mogelijk zonder het stelsel ten principale te veranderen in een declaratiestelsel. Maar dat voldoet dan weer niet aan het oogmerk om belanghebbenden in bezit te stellen van de nodige middelen op het moment dat zij moeten betalen. Overigens impliceert de uitspraak over een evenredige vaststelling van de KOT-aanspraak reeds dat Toeslagen bij vaststellingsbesluiten voortaan rekening zal moeten houden met wat werkelijk betaald is aan kinderopvang en niet alleen met wat had moeten worden betaald. In die zin schuift het stelsel reeds meer de richting op van een declaratiestelsel. Langs drie invalshoeken kan het risico voor belanghebbenden verder worden beperkt, te weten door eerder te komen tot een definitievevaststelling van de aanspraak, door een meer evenwichtige informatieverantwoordelijkheid en door nog sneller te reageren bij signalen die wijzen op een discrepantie tussen de hoogte van de verstrekte voorschotten en de werkelijk genoten kinderopvang.

[102] Overigens impliceren de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019 op zichzelf reeds dat regelgeving en beleid voor toeslagen geleidelijk steeds meer een eigen, van het fiscale recht onderscheiden weg zullen gaan.

[103] Zie [redacted]: 'Burgerperspectief op het toeslagenstelsel: rapportage van een kwalitatief onderzoek', [redacted], Hoogeveen & de la Mar, september 2019.

In de eerste plaats valt meer winst te behalen aan de 'achterkant' van het proces. Zoals gezegd wordt in de huidige uitvoeringspraktijk de definitievevaststelling van een toeslag uitgesteld tot alle variabelen zeker zijn, en zelfs dan blijft de aanspraak soms nog 'hangen' als (gewijzigd) voorschotbesluit.[104] Gevolg daarvan is dat de betrokken burgers gedurende lange tijd geen zekerheid hebben omtrent hun definitieveaanspraak en de hoogte daarvan. In de meeste gevallen wordt daarmee geleefd, hoewel de terugvordering bij alle toeslaggerechtigden als hinderlijk, zo niet als een probleem wordt ervaren. Maar wanneer in enig jaar een onderzoek gestart wordt, kunnen daarbij ook voorgaande jaren worden betrokken. Dan kan mogelijk in meerdere jaren van een gelijke of van andere fouten blijken. Dat is ook wat er in het CAF 11-dossier is gebeurd. Het was er oorzaak van dat het gezamenlijk terug te vorderen bedrag soms 'torenhoog' was. In de vroege jaren na invoering van het toeslagenstelsel was dit probleem overigens nog groter, omdat pas (lang) na afsluiting van het berekeningsjaar gecontroleerd werd, met als gevolg dat toeslaggerechtigden soms na jaren alsnog een of meerdere jaren voorschot terug moesten betalen.

Er is inmiddels veel verbeterd, omdat vroeger in het proces wordt gecontroleerd. Desondanks blijft de definitievevaststelling vaak nog zeer lang hangen in de fase van voorlopige vaststelling. Op dat punt zou in de uitvoeringspraktijk verdere verbetering kunnen worden gerealiseerd, ook als nog niet alle elementen vaststaan. Ook op een definitievevaststelling kan immers terug worden gekomen, zij het alleen indien er sprake is van een nieuw feit (art. 21 lid 1 Awir). Daarmee kan, ook als de hoogte van het inkomen en de gewerkte uren nog niet vaststaan, meer zekerheid worden geschapen met betrekking tot variabelen zoals afgenomen uren, enzovoorts.

6.3.4 Evenwicht in informatie en communicatie

In de afgelopen vijftien jaar is de KOT van alle toeslagsoorten het meest kwetsbaar gebleken voor misbruik, oneigenlijk gebruik of zelfs fraude. Daarom zijn in de loop van de tijd steeds meer voorschriften en bewijsregels ontstaan om oneigenlijk gebruik en misbruik te voorkomen. Daarmee zijn de risico's van een al riskante voorziening verder toegenomen, gegeven het feit dat de verantwoordelijkheid voor de juistheid en de volledigheid van de gegevens geheel bij de toeslaggerechtigde is gelegd. '*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.*'[105] Daarbij komt dat de betrokken huishoudens, zeker die met de hoge bedragen aan KOT, vaak ook andersoortige toeslagen ontvangen alsook andere (gemeentelijke) inkomensafhankelijke regelingen; ieder daarvan vaak met weer een eigen definitievan inkomen, huishouden, enzovoorts (hoewel uniformiteit was beoogd). Het systeem stelt, zeker als meerdere toeslagen in het geding zijn, hoge eisen aan het 'doenvermogen' van burgers; niet in de minste plaats vanwege de geautomatiseerde en gestandaardiseerde correspondentie over informatie die nog moet worden aangeleverd.[106] Dat moet worden geplaatst in het licht van hetgeen zojuist is opgemerkt over de specifiekekenmerken van toeslagen. De hoogste bedragen komen terecht bij gezinnen die vaak een minder dan gemiddeld doenvermogen hebben.

Tegen deze achtergrond is een voor de hand liggende vraag of niet een evenwichtiger verhouding mogelijk is tussen toeslaggerechtigden en Toeslagen voor wat betreft de verantwoordelijkheid voor informatieverstrekking en voor onjuistheden daarin. Vanouds wordt in deze context gezocht naar mogelijkheden tot vereenvoudiging van regelgeving en verbetering van de communicatie en dienstverlening daarover. Dit wordt ook steevast bepleit in rapporten over het toeslagenstelsel.[107] Maar vereenvoudiging blijkt in dit verband een dubbelzinnig begrip. Nuances in regelgeving zijn immers uitkomst van compromissen tussen verschillende belangen en het streven om met beperkte middelen diverse doelstellingen te realiseren. Werkelijke vereenvoudiging stuit daarom doorgaans op grote weerstand. Het streven naar vereenvoudiging leidt in de praktijk dan ook vooral tot administratieve vereenvoudiging waarbij het gaat om een reductie van een gevarieerde werkelijkheid tot administratief eenvoudige zwart-wit-situaties, die weinig recht doen aan de verscheidenheid van de werkelijkheid.

De vereenvoudiging naar de gebruiker toe wordt vaak vooral gezocht in eenvoudige en 'heldere' communicatie. Nu valt er, zoals het CAF 11-dossier toont, veel te verbeteren aan de communicatie tussen Toeslagen en toeslaggerechtigden, gezien de stroom geautomatiseerde brieven die ouders vaak ontvangen. Daaruit valt moeilijk af te leiden wat nu precies van hen wordt verwacht. Maar duidelijk mag zijn dat de wens om complexe regelgeving op eenvoudige wijze weer te geven, eigen beperkingen en risico's kent. Dit blijkt onder meer uit een studie die ten behoeve van het IBO-deelrapport werd verricht door het bureau [redacted].[108] Een eerste conclusie van die studie is: '*Doordat het aanvragen van toeslagen in de afgelopen jaren sterk vereenvoudigd is, zijn mensen in de veronderstelling dat zij verstand hebben van toeslagen. De daadwerkelijke kennis is echter beperkt en men doorgrondt de achterliggende systematiek onvoldoende.*' Het leidt tot de verzuchting: '*Het is niet moeilijk maar toch moet ik ieder jaar geld terugbetalen.*' Een tweede conclusie van de studie is: '*Toeslagen worden in beginsel gepercipieerd als iets positiefs, maar onbegrip, vergeetachtigheid, informatiegebrek en een gebrek aan gepercipieerde urgentie zorgen ervoor dat men maar beperkt in actie komt.*' Dit illustreert dat het riskant kan zijn om iets wat complex is in de communicatie te versimpelen tot het punt

[104] Overigens heeft deze praktijk nu voordeel voor belanghebbenden; zij kunnen nu, vaak na jaren, alsnog een definitieve vaststelling vragen waarbij dan de jongste jurisprudentie van toepassing is. De beperking zoals bij herziening tot vijf jaar na afsluiting van het berekeningsjaar is daarbij niet van toepassing.

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

[106] Zie interim-advies § 2.1.3.

[107] Zie recent IBO-deelrapport en het eerdere IBO-rapport.

[108] 'Burgerperspectief op het toeslagenstelsel: rapportage van een kwalitatief onderzoek' [redacted] Hoogeveen & de la Mar; september 2019.

dat het simpel lijkt. Bovendien helpt het ook onvoldoende wanneer blijkt dat de toeslaggerechtigden om allerlei redenen maar ´beperkt in actie´ komen. Tegemoetkomen aan het beperkte ´doenvermogen´ van burgers moet dan ook niet worden gezocht in verdere vereenvoudiging van communicatie over iets wat heel complex is, maar in ondersteuning van ouders om in dat complexe systeem de juiste acties te ondernemen en hen bewust te maken van de risico's als zij dat onvoldoende doen. Daar wordt hierna nader op ingegaan (zie § 6.4.2).

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat een structurele verschuiving in de verhouding tussen toeslaggerechtigden en Toeslagen op het punt van de informatieplicht maar beperkt mogelijk is. Dat laat onverlet dat Toeslagen met betrekking tot bepaalde variabelen de informatie direct kan verwerven. Zo wordt er, naar de commissie begrijpt, nu reeds gewerkt aan het direct informeren door gastouderbureaus en kinderopvanginstellingen over het aantal uren waarvoor opvang is ontvangen. Niet alleen kan Toeslagen hierdoor veel eerder het signaal krijgen dat er mogelijk een discrepantie is tussen het aantal geclaimde en het aantal werkelijk ontvangen uren opvang, maar het kan daar eventueel ook reeds op ageren om te voorkomen dat de omvang van het terug te vorderen bedrag groter wordt. Het meermaals genoemde art. 23 Awir inzake opschorting van de uitbetaling van voorschotten lijkt bij uitstek geschikt voor dit soort situaties, maar dan moet wel eerst ´de vereiste functionaliteit´ of met andere woorden het ´juiste knopje´ in het digitale systeem worden aangebracht.

Wat het gezinsinkomen betreft en mogelijk ook wat het aantal gewerkte uren betreft, kan Toeslagen bovendien veel informatie direct via de Belastingdienst verkrijgen. Het is de vraag in hoeverre de toeslaggerechtigde dan nog moet worden aangesproken op informatie die Toeslagen ook reeds direct kan verwerven. Indien dit signalen oplevert dat het voorschot mogelijk te hoog is vastgesteld, lijkt ook hier gebruik van de schorsingsmogelijkheid van art. 23 Awir aangewezen.

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel zal ook gevolgen kunnen hebben voor de bevoegdheid van Toeslagen om tot nihilstelling van een voorschot of aanspraak over te gaan wegens ontbrekende informatie. Goed voorstelbaar is dat bij het op nihilstellen of verminderen van een voorschot of aanspraak vanwege ontbrekende informatie of bewijs, steeds zal moeten worden afgewogen of de aard van de betreffende onregelmatigheid en het effect van het daaropvolgende handhavingsbesluit op het betrokken huishouden, in verhouding staat tot de met handhaving gediende belangen.

6.3.5 Invordering

Als derde invalshoek voor de mogelijk aanvullende verbetering van de rechtspositie van toeslaggerechtigden werd de invorderingsfase genoemd. Daarin zou meer maatwerk mogelijk zijn.

Op de strekking en betekenis van de uitspraak van 23 oktober 2019[109] van de Afdeling bestuursrechtspraak voor de terugvordering is in het voorgaande ingegaan (zie § 4.3 en § 4.5.3). Als gevolg van de nieuwe uitleg van artikel 26 van de Awir heeft Toeslagen meer mogelijkheden om bij de terugvordering van toeslagen maatwerk te leveren, waarbij het belang van het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van toeslagen meer in evenwicht moet worden gebracht met de gerechtvaardigde belangen van de burger. Het impliceert dat zelfstandig beleid voor terugvorderingsbesluiten moet worden opgesteld waarin het evenredigheidsbeginsel wordt verdisconteerd.

In § 4.5.3 is verkend op welke punten nader beleid mogelijk en nodig is. Daar zij hiernaar verwezen.

Voor wat de invulling van dat beleid betreft zij ook verwezen naar de pleidooien van zowel de minister voor Rechtsbescherming Dekker als andere sprekers op het congres '25 jaar Awb´ op 8 februari 2019 over de mogelijkheid om in de Awb een bepaling op te nemen die regelt dat in schrijnende gevallen een bestuursorgaan een geldschuld volledig of deels kan kwijtschelden. Vooruitlopend op een algemene bepaling zou met betrekking tot toeslagen dit alvast in het beleid kunnen worden vertaald, mede gelet op de bevinding van de Algemene Rekenkamer dat in het bijzonder ook toeslagschulden een rol spelen bij de groeiende schuldenproblematiek.[110]

Ook andere aspecten van het invorderingsregime zouden nader bezien moeten worden als het gaat om de invordering van toeslagschulden. Zo zou bezien moeten worden of wat betreft de wettelijke rente niet een bijzondere regeling gewenst is. Nu begint deze ook te lopen als er bezwaar wordt ingediend. Gelet op de kenmerken van toeslagen en de gevolgen van terugvordering van voorschotten, lijkt dit, mede gelet op de soms zeer lange termijnen bij de behandeling van bezwaar en de hoge bedragen die in het geding zijn, niet altijd evenredig. Dit zal a fortiori het geval zijn indien de beslissing op bezwaar een bijzondere rol krijgt bij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op de besluitvorming, zoals geopperd in het voorgaande (zie § 6.3.1). Ook andere mechanismen van invordering, met name het in rekening brengen van de kosten van invordering, behoeven nadere bezinning in het licht van de verschillen tussen belastingen en toeslagen. Nu raken zij degenen met de 'zwakste schouders' vaak het hardst.

[109] Uitspraak van 23 oktober 2019; ECLI:NL:RVS:2019:3601.
[110] 'Toeslagen terugbetalen' rapport van 13 juni 2019 van de Algemene Rekenkamer.

6.4 Praktische rechtsbescherming

6.4.1 De reguliere rechtsbescherming

De commissie is gevraagd naar de praktische rechtsbescherming van de toeslaggerechtigden en mogelijke verbeteringen daarin. Daarbij zou mede bezien moeten worden dat toeslaggerechtigden kunnen behoren tot *kwetsbare groepen waarvoor niet altijd voldoende duidelijk is wat van hen wordt verwacht*.

In het voorgaande is uiteengezet dat de penibele rechtspositie van toeslaggerechtigden niet zozeer werd bepaald door de mogelijkheid om genomen besluiten te doen toetsen aan de geldende regels, maar door de werking van de geldende regels zelf. Die situatie is aanzienlijk verschoven door de uitspraken van 23 oktober 2019, ook al is nadere invulling en aanvulling van de eisen die het evenredigheidsbeginsel stelt aan KOT-besluiten wenselijk en mogelijk. De rechtspositie van toeslaggerechtigden zal nu ook in de eerste plaats afhankelijk zijn van de vertaling van de nieuwe jurisprudentie in beleid en besluiten. Er is op dat punt al veel in gang gezet. In diverse brieven van de staatssecretaris van Financiën is de TweedeKamer daarover ingelicht. Veel zal afhangen van de wijze waarop het 'maatwerk' en de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op verschillende plaatsen in het proces concreet zullen worden ingevuld.

Hoe de invulling van 'maatwerk' en het evenredigheidsbeginsel ook verder zal worden vormgegeven, zeker is dat dit de eerstkomende jaren tot aanzienlijk meer bezwaar en beroepsprocedures zal leiden. Temeer daar naar alle waarschijnlijkheid de informatie die nodig is voor de afweging van met name de persoonlijke omstandigheden van de toeslaggerechtigden die zich verzetten tegen volledige terugvordering, pas bij het bezwaar tegen het besluit naar voren zullen worden gebracht. Voor dat moment zal de inzet van de aanvrager er vooral op zijn gericht om Toeslagen te overtuigen dat er een geldige aanspraak is op toeslag en dat aan alle voorwaarden is voldaan.

Tegen die achtergrond behoeft in het bijzonder ook de afdeling die bij Toeslagen is belast met de behandeling van bezwaarschriften versterking; daar zal het grootste deel van de nieuwe afweging moeten worden gemaakt. Bovendien loopt die afdeling in de komende tijd het risico 'overstroomd' te worden door grote aantallen bezwaren, om de implicaties en grenzen van de nieuwe jurisprudentie uit te proberen. De ervaring met de lange behandelingsduur in het CAF 11-dossier onderstreept het belang van het tijdig versterken van de betrokken afdelingen (of 'teams').

6.4.2 Kennis, dienstverlening en verantwoordelijkheid

De beste versterking van de rechtspositie van toeslaggerechtigden is het investeren in de kwaliteit van het functioneren van Toeslagen en de juridische kennis bij de toepassing van de KOT. In het voorgaande (zie § 5.3) is de werkwijze beschreven. Daarin is niet op voorhand gewaarborgd dat de meeste recente jurisprudentie en de ervaring en inzichten die bij de behandelingen van bezwaren zijn verkregen, worden 'vertaald' in de toepassingspraktijk. Het zijn tekortkomingen die inmiddels ook door Toeslagen zijn onderkend en blijkens de brieven van de staatssecretaris aan de TweedeKamer worden geadresseerd. In de brieven van 15 november 2019 wordt daar uitvoerig op ingegaan. De commissie heeft daarvan kennis genomen en ziet geen aanleiding voor commentaar. Zij wijst er alleen op dat de in gang gezette verandering en verbetering een kwestie van lange adem zijn. In de tussentijd zal Toeslagen extra afhankelijk zijn van het vermogen om tijdig nieuwe 'missers' te onderkennen en recht te zetten. Dat is vooral ook een kwestie van bewaking van de processen (zie § 5.4).

Meer aandacht voor maatwerk betekent echter bovenal meer menskracht. In de afgelopen tien jaar is er sterk bezuinigd op het overheidsapparaat; een kleiner overheidsapparaat en minder ambtenaren was veelal de panacee voor politieke keuzen. Nu gaat men de slijtplekken zien en merken. Een tekort aan gekwalificeerde ambtenaren was weliswaar niet de hoofdoorzaak van wat er misging in het CAF 11-dossier en andere zaken, maar het is wel een wezenlijke beperking bij het herstel dat nodig is. Temeer waar Toeslagen geconfronteerd gaat worden met een taakverzwaring in drie opzichten. In de eerste plaats de implementatie van nieuw beleid naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie, in de tweede plaats de herziening van oude besluiten en andere herstelmaatregelen en in de derde plaats de afhandeling van de normale werkstroom, waarbij men de grenzen van de nieuwe jurisprudentie en van het nieuwe beleid zal willen uitproberen. Met andere woorden: de winkel moet draaiend gehouden worden tijdens de verbouwing.

Een belangrijk aspect van versterking van praktische rechtsbescherming is de dienstverlening en communicatie door Toeslagen aan toeslaggerechtigden. Zoals in het IBO-deelrapport wordt beschreven, heeft er sinds 2016 op dat punt reeds een verschuiving van aandacht plaatsgevonden. Daarbij gaat het om dienstverlening in het algemeen. Meer recent is daarbij de aandacht ook gericht op die punten, waar de grootste risico's op omvangrijke terugvordering ontstaan. In de brief van 15 november 2019 wordt meegedeeld dat er sinds medio 2018 met betrekking tot de kinderopvangtoeslag samen met het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid speciaal wordt ingezet op verbetering van de dienstverlening aan ouders met als doel om de problematiek van hoge terugvorderingen terug te dringen. Daartoe moeten kinderopvangorganisaties maandelijks actuele gegevens over de opvang aan de Belastingdienst leveren, zodat tijdig inzicht wordt verkregen in de afwijking tussen door de ouder geschatte en daadwerkelijk afgenomen opvanguren. Met die gegevens kan de Belastingdienst afwijkingen eerder signaleren en de juiste dienstverlening bieden aan ouders, zoals ouders tijdig op deze afwijking attenderen.

Een ander aspect van deze dienstverlening werd eerder beschreven (zie § 5.2.3). Het betreft de controle vooraf op hoge toekenningen, zodat reeds voor het uitbetalen van nieuwe aanvragen of wijzigingen bij de kinderopvangtoeslag contact kan worden opgenomen met ouders over de mogelijke risico's, om zo (hoge) terugvorderingen te voorkomen. Bij dat alles dient echter het karakter van toeslagen als een 'offeryou can't refuse' te worden onderkend. Indien men het alleen laat bij informatie en communicatie blijft het resultaat afhankelijk van wat belanghebbenden met de informatie doen. Die zitten echter vast tussen de bijna onweerstaanbare aantrekkelijkheid van de toeslag en informatie over wat mogelijk het gevolg van het aanvragen daarvan kan zijn. Het kan dan ook nodig zijn dat Toeslagen ingrijpt waar de risico's cumuleren en belanghebbenden kennelijk niets doet met de informatie over zijn risico's. Ook daar kan het gebruik van de mogelijkheid van schorsing een nuttig instrument zijn. Het klinkt allemaal erg bevoogdend en dat is het ook. Maar indien men een dergelijke vorm van ondersteuning niet accepteert, dreigt de problematiek van de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslag zich te continueren.

Bij het bieden van aandacht en ondersteuning vormt de hoogte van de toeslag een onderscheidend kenmerk ten aanzien van het risico. Het inkomensafhankelijke karakter van toeslagen heeft als kenmerk dat hoe hoger de toeslag is, des te lager het gezinsinkomen is (of hoe meer kinderen er moeten worden opgevangen). In die situaties zijn de financiële moeilijkheden indien de toeslag wordt teruggevorderd al snel heel groot. Nu al vormt de hoogte al een indicatie voor extra aandacht in het kader van het HOTHOR-mechanisme. De extra aandacht voor financieel kwetsbare toeslaggerechtigden laat zich wellicht uitbreiden. De hoogte van het voorschot zou dus niet moeten dienen als reden voor extra gestrengheid bij de invordering - zoals nu met de verhoogde kans op OGS -, maar zou reden moeten zijn voor bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid voor de ontvanger. Dat uitgangspunt komt ook tegemoet aan inzichten over het 'doenvermogen' van burgers, zoals die zijn vervat in het WRR-rapport 'Weten is nog geen doen' uit 2017.

6.5 Conclusies en aanbevelingen

De recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak verandert het paradigma van de besluitvorming over KOT-aanspraken van burgers. Daarin komt de Afdeling terug op bestendige jurisprudentie en gaat zij over tot een herlezing van de Awir op twee punten. Daarmee verdwijnen twee oorzaken van de soms schrijnende werking van de KOT-regelgeving: het gebrek aan proportionaliteit tussen een eventuele tekortkoming in de verplichtingen en de gevolgen voor de aanspraak, en de onmogelijkheid tot matiging bij de terugvordering van onverschuldigd uitbetaalde KOT. Door deze wijziging in twee sleutelmechanismen van de KOT-regelgeving vervalt een belangrijk deel van de druk om thans overijld tot wijziging van de KOT over te gaan. Met bepaalde aanvullende wijzigingen in beleid en uitvoering, kunnen extreem harde effecten,zoals die zich in het verleden hebben voorgedaan, worden voorkomen of beperkt.

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel is daarbij een belangrijk element, maar het is niet voldoende. Daarnaast moet in beleid en uitvoering meer rekening gehouden worden met het karakter van toeslagen als 'an offeryou can't refuse'. Hoe harder men de toeslag nodig heeft, des te minder is men in staat de middelen zelf voor te schieten en des te sneller zit men financieel klem bij terugvordering van middelen die inmiddels zijn uitgegeven. Toeslagen zijn niet een soort belasting in het negatieve, maar het spiegelbeeld van belastingen; hoe hoger de toeslag, des te minder de draagkracht. Dat betekent ook; hoe hoger het voorschot, des te groter de verantwoordelijkheid van de overheid voor de ontvanger. Dit zou mede in ondersteuning, dienstverlening, maar ook in waakzaamheid tot uitdrukking moeten komen.

In het bestaande stelsel kan langs drie invalshoeken het risico voor belanghebbenden verder worden beperkt, te weten: door sneller tot vaststelling van de aanspraak te komen, door een meer evenwichtige risicoverdeling op het punt van informatievergaring en door sneller te reageren bij signalen die wijzen op een discrepantie tussen de hoogte van de verstrekte voorschotten en de werkelijk genoten kinderopvang. Voor een snellere vaststelling van de aanspraak is het slechts nodig om de wet op dit punt beter uit te voeren. Door directe informatie te ontwikkelen over de uitvoering van de kinderopvang, kan Toeslagen eerder signalen krijgen dat een toeslag te hoog is vastgesteld en zou het, eventueel met gebruik van de schorsingsbevoegdheid, het oplopen van schulden moeten kunnen voorkomen. Dit geldt mogelijk ook voor andere vitale gegevens, zoals het gezinsinkomen of het aantal gewerkte uren.

Het terug- en invorderingsbeleid behoeft een nadere invulling en uitwerking in het licht van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak. In dat kader zullen ook het beleid inzake OGS en het verdere invorderingsregime moeten worden heroverwogen. Beide houden thans onvoldoende rekening met het bijzondere karakter van toeslagen.

Verbetering van de praktische rechtsbescherming van toeslaggerechtigden vergt geen nieuwe procedures en aparte voorzieningen, maar vooral een uitvoering gericht op ondersteuning volgens het beginsel: hoe hoger de toeslag, des te groter de verantwoordelijkheid van het bestuur om hoge terugvordering te voorkomen.

Totbesluit

OMZIEN

in *verwondering* 2

De commissie werd ingesteld om te adviseren over een passende oplossing voor de zogenoemde CAF 11-ouders, die in de zomer van 2014 werden geconfronteerd met de plotselinge stopzetting van het voorschot kinderopvangtoeslag 2014 dat zij maandelijks ontvingen. De commissie bracht in november 2019 een interim-advies uit, waarin geadviseerd werd om de betrokken ouders compensatie te bieden. Daaraan is inmiddels uitvoering gegeven. Met het voorliggend advies rondt de commissie haar opdracht af. In antwoord op de gestelde vragen wordt daarin ingegaan op mogelijk met het CAF 11-dossier vergelijkbare gevallen en op de vraag in hoeverre de werkwijze en rechtsbescherming mede debet zijn aan de gang van zaken, zoals gebleken in het CAF 11-dossier. Die vragen zijn in de afgelopen maanden door de loop van het publiek debat evenwel in het teken komen te staan van bredere vragen over de werking van vijftien jaar kinderopvangtoeslagregelgeving, mede tegen de achtergrond van fundamentele verandering van de interpretatie daarvan door de Afdeling bestuursrechtspraak in haar uitspraken van 23 oktober 2019.

De commissie begint dit advies met een beschouwing over het verschuivend perspectief sinds de aanvang van haar werkzaamheden. Die verschuiving is opmerkelijk; in meer dan één opzicht. De commissie werd ingesteld naar aanleiding van de verontwaardiging toen bleek dat de stopzetting van bevoorschotting in het CAF 11-dossier onrechtmatig was. Met het interim-advies verschoof de aandacht naar de institutioneel vooringenomen werkwijze van Toeslagen. In dit eindadvies staat in het bijzonder de erfenis van vijftien jaar kinderopvangtoeslagregelgeving centraal. Daarmee verschuift ook de basis voor een passende oplossing; van onrechtmatig handelen, via excessief toezicht, naar reguliere handhaving van de wet. Daarmee verschuift ook de oorzaak van de problematiek van het excessief handelen van Toeslagen naar de besluitvorming van de wetgever, beleidsvorming van Toeslagen en oordering daarvan door de rechter. Ook de aantallen die in het geding zijn, verschuiven: van ca. 300 CAF 11-ouders, via zo'n 9.400 ouders in CAF-dossiers naar ca. 91.000 toeslaggerechtigden bij wie meer dan € 10.000 is teruggevorderd tot 1,2 mln. toeslaggerechtigden bij wie ooit enig bedrag is teruggevorderd (op 1,5 mln. gebruikers van kinderopvangtoeslag). Tenslotte is er een verschuiving in beschikbare informatie over het object van advies; van een overzicht van de concrete casus in het CAF 11-dossier, via globale cijfers (ADR-rapport) over de CAF-aanpak naar grote getallen en statistische gegevens over de erfenis van vijftien jaar wet, beleid en rechtspraak.

Mede tegen deze achtergrond moet voorliggend advies worden bezien. De commissie komt daarin niet met concrete voorstellen voor compensatie of een andere passende oplossing voor welbepaalde groepen toeslaggerechtigden, zoals in het interim-advies. Dat is niet mogelijk. Ook het ADR-rapport levert slechts indicaties op van een mogelijk of waarschijnlijk vergelijkbare behandeling als die voorkwam in het CAF 11-dossier. De concretisering tot bepaalde dossiers vergt nader onderzoek. En vervolgens zal binnen die dossiers nauwkeurig moeten worden bezien wie wel in aanmerking moet komen voor compensatie en wie niet. Het ADR-rapport benadrukt niet voor niets dat individuele zaken, ook als het ogenschijnlijk vergelijkbare zaken betreft, bij nader onderzoek toch weer sterk van elkaar kunnen verschillen.

Waar bij de CAF-dossiers al nader onderzoek nodig is, geldt dit nog veel meer daar waar het gaat om de erfenis van vijftien jaar KOT-regelgeving. Dan zijn er alleen de grote getallen, waarbij wordt gewaarschuwd dat over de periode voor 2011 (vanwege een wisseling van computerprogramma's)de informatie beperkt is. Hoewel de commissie dit op verschillende manieren heeft geprobeerd, laten zich langs die weg geen groepen identificerendie bijzondere aandacht verdienen vanwege de besluitvorming waarmee zij werden geconfronteerd. De commissie kan daarom slechts de maatregelen beschrijven waarmee en de weg waarlangs binnen het wettelijk bestel oplossingen mogelijk zijn. Zo kunnen de ergste onbillijkheden uit het verleden worden verzacht. Steeds zal op basis van zelfmelding en verzoek moeten worden gewerkt, waarbij betrokkenen actief moeten worden ondersteund.

De commissie wil hier tot besluit van het advies nogmaals het uitzonderlijk karakter van deze operatie benadrukken. Veruit het grootste deel daarvan betreft het terugkomen op het reguliere en (tot voor kort) als rechtmatig beoordeelde handelen van Toeslagen. Het is zeer uitzonderlijk, zo niet uniek, dat wordt teruggekomen op de reguliere werking van een wet, zoals deze bij voortduring is gebillijkt door rechter en politiek. Daarbij kunnen de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 oktober 2019 een aanknopingspunt bieden. Zonder die uitspraken zou dit advies, afgezien van de CAF 11-problematiek, een andere strekking hebben gehad. Dan zou de commissie erop hebben gewezen dat, om de problematiek van de soms grote financiëlemoeilijkheden waarin mensen terecht komen te vermijden, de wetgever de wettelijke regeling ingrijpend zou moeten aanpassen, in het bijzonder vanwege de proportionaliteit van KOT-besluiten. In het kader van een nieuwe wettelijke regeling zou dan bezien moeten worden of een overgangsregeling voor zaken die in het verleden speelden, zou moeten worden ingevoerd. En ook dat laatste zou zeer uitzonderlijk zijn.

Dat de commissie in dit advies mogelijkheden kan aanwijzen, waarop nu reeds in een substantieel aantal zaken herstel kan worden geboden van de werking van eerdere disproportionele beslissingen, is het gevolg van nieuwe jurisprudentie. Dat biedt in dit geval enige soelaas, maar het is een 'sluipweg' binnen het proces van wetgeving. Dat moet in dit geval worden aanvaard, gelet op de soms zeer schrijnende situatie waarin gezinnen verkeren. Maar het bergt ook een risico in zich. Want langs deze sluipweg wordt een proces in gang gezet dat potentieel grote kosten met zich meebrengt en aanzienlijke precedentswerking voor toekomstige misslagen in de wetgeving. Een en ander geschiedt bovendien in een politiek emotioneel geladen sfeer, waarbij eenieder al gauw niet onder wil doen in ruimhartigheid voor anderen, en dan wordt wat een hoge uitzondering moet blijven binnen een geordend rechtssysteem al gauw het nieuwe normaal voor pijnlijke zaken. Juist in zo'n situatie zijn de gebruikelijke waarborgen en zorgvuldige afweging van het reguliere wetgevingsproces hard nodig.

Met voorliggend advies acht de commissie aan haar opdracht te hebben voldaan en beëindigt hiermee haar werkzaamheden.

OMZIEN

in *verwondering* 2