

PELS RIJCKEN

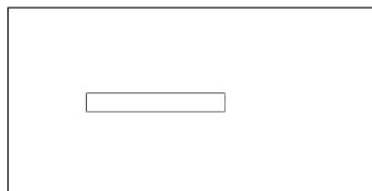
Landsadvocaat

Ministerie van Financiën
Directie Juridische Zaken
Mevrouw mr. M.S. Bogtstra
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

onze ref. RV/SR/11009868

uw ref.

inzake Advies tegemoetkoming CAF11



7 juni 2019

Geachte mevrouw Bogtstra,

Tijdens onze bespreking gistermiddag heeft u toegelicht dat in het kader van de zogenaamde CAF11-zaken wordt gezocht naar een mogelijkheid om alle vraagouders in één keer tegemoet te komen. Concreet betekent dit dat wordt gezocht naar een mogelijkheid om zonder nader onderzoek per geval alle vraagouders alsnog de door hen over de jaren 2012, 2013 en 2014 aangevraagde, maar niet toegekende kinderopvangtoeslag te betalen (hierna: de Tegemoetkoming).

Naar wij begrijpen gaat het bij de Tegemoetkoming in ieder geval voor een deel om vraagouders die rechtens geen aanspraak kunnen maken op toekenning van deze toeslag en gevallen waarin daarover op zijn minst onduidelijkheid bestaat. Het gaat derhalve (deels) om een rechtens onverplichte tegemoetkoming. Schadevergoeding als gevolg van de stopzetting of niet toegekende kinderopvangtoeslag maakt geen onderdeel uit van de beoogde regeling, zo begrijpen wij. Tijdens de bespreking heeft u ons de notitie van 5 juni 2019, het document "afbakening en precedentwerking" en "handreiking Onverplicht tegemoetkomen" gegeven.

U heeft ons tegen de achtergrond van onze bespreking en deze stukken gevraagd op welke manier de Tegemoetkoming zou kunnen worden vormgegeven en welke



datum 7 juni 2019
onze ref. RV/SR/11009868

2/9

eventuele juridische voordelen en risico's daaraan kleven. Voor dit advies geldt de wenselijkheid van een dergelijke regeling als uitgangspunt. Zoals besproken komt in dit advies de route van een wetswijziging of spoedwetgeving niet aan de orde. Daarop is reeds op ingegaan in de notitie van 5 juni 2019. Gelet op het korte tijdsbestek beperken wij ons tot de hoofdlijnen.

Dit advies is tot stand gekomen in samenwerking met mijn kantoorgenote mr. C.M. Bergman. Tot een nadere uitwerking zijn wij graag bereid.

1 Samenvatting en conclusie

- Het is naar ons oordeel niet goed mogelijk de Tegemoetkoming vorm te geven door (voor alle gevallen) de niet (volledig) toegekende kinderopvangtoeslag ambtshalve in het voordeel van de vraagouders te herzien, zodat aan hen alsnog een recht op kinderopvangtoeslag wordt toegekend.
- Wel is denkbaar de Tegemoetkoming vorm te geven door aan de vraagouders een (rechtens onverplichte) tegemoetkoming te verstrekken ter hoogte van de door hen over de jaren 2012, 2013 en 2014 aangevraagde, maar uiteindelijk niet toegekende kinderopvangtoeslag. Voor deze oplossingsrichting geldt echter dat het risico op precedentwerking op dit moment niet goed kan worden vastgesteld. Reden hiervoor is dat niet duidelijk is in hoeverre de rechtens relevante omstandigheden in de CAF11-zaken, zich ook hebben voorgedaan in andere CAF-onderzoeken. Vanuit juridisch oogpunt zou daarover eerst duidelijkheid moeten bestaan.¹
- Indien niettemin voor deze oplossingsrichting wordt gekozen, is noodzakelijk dat de Tegemoetkoming in individuele vaststellingsovereenkomsten (art. 7:900 BW) wordt neergelegd. Daarin zou moeten worden afgesproken dat lopende procedures worden ingetrokken en/of dat afstand wordt gedaan van een eventueel recht op herziening. Er moet rekening mee worden gehouden dat niet alle vraagouders hiertoe bereid zullen zijn, zeker in de gevallen waarin op basis van de recente rechtspraak een herziening of gegrond beroep in de rede ligt.
- Reden daarvoor is dat het voor hen dan niet meer goed mogelijk is een aanspraak op schadevergoeding te verkrijgen. In die gevallen lijkt het alleen mogelijk om tot overeenstemming te komen indien in het kader van de vaststellingsovereenkomst ook de bereidheid bestaat afspraken te maken over schadevergoeding. Een andere mogelijkheid is om in die specifieke

¹ Vgl. in dit verband ook handreiking 22 van de handreiking Onverplicht tegemoetkomen? (september 2014), 32-5725.

gevallen in plaats van een vaststellingsovereenkomst alsnog een aanspraak op kinderopvangtoeslag toe te kennen indien een individuele beoordeling daartoe aanleiding geeft. Daarmee is echter van een uniforme regeling voor alle CAF11-vraagouders geen sprake meer.

- Vanuit juridisch oogpunt verdient het ons inziens dan ook de voorkeur het advies van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen af te wachten en op basis daarvan te bezien of een specifieke regeling voor de CAF11-vraagouders mogelijk en wenselijk is, tenzij de bereidheid zou bestaan bovenstaande risico's en nadelen voor lief te nemen. Daarbij moet worden bedacht dat als de risico's zich daadwerkelijk verwezenlijken eerder het tegendeel wordt bereikt van wat met de gewenste snelle oplossing wordt beoogd.

2 Herziening Toeslagen

- 2.1 Een eerste oplossingsrichting is de Tegemoetkoming vorm te geven door de niet (volledig) toegekende kinderopvangtoeslag ambtshalve in het voordeel van de vraagouders te herzien, zodat aan hen alsnog een recht op kinderopvangtoeslag wordt toegekend.
- 2.2 Ingevolge artikel 21a van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: AWIR) herzielt de Belastingdienst/Toeslagen in bij ministeriële regeling aan te wijzen gevallen een toegekende of herziene tegemoetkoming die onherroepelijk is geworden in het voordeel van de belanghebbende. In artikel 5a Uitvoeringsregeling AWIR is neergelegd in welke gevallen de Belastingdienst/Toeslagen tot herziening van een tegemoetkoming overgaat. Dat doet de Belastingdienst/Toeslagen zodra is gebleken dat die tegemoetkoming op een te laag bedrag is vastgesteld. De mogelijkheid om tot herziening over te gaan is in tijd beperkt. Indien vijf jaren zijn verstreken na de laatste dag van het berekeningsjaar waarop de tegemoetkoming betrekking heeft en de belanghebbende niet binnen een jaar na de dagtekening van de beschikking tot toekenning om herziening heeft verzocht, vindt geen herziening in het voordeel van de belanghebbende plaats, zo volgt uit artikel 5a, sub a, van de Uitvoeringsregeling AWIR. Uit art. 5a, sub b en c, van de Uitvoeringsregeling AWIR volgt dat indien nadat de tegemoetkoming onherroepelijk is komen vast te staan de onjuistheid van de tegemoetkoming voortvloeit uit nieuwe jurisprudentie of uit nieuwe beleidsregels, de tegemoetkoming ook niet wordt herzien, tenzij de Minister van Financiën anders heeft bepaald. Een beslissing van de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 5a Uitvoeringsregeling AWIR is voor bezwaar en beroep vatbaar.

Voor- en nadelen van herziening

- 2.3 Op basis van deze herzieningsregeling kan de Belastingdienst/Toeslagen ambtshalve tot herziening van tegemoetkomingen in het voordeel van de vraagouders overgaan



indien gebleken is dat de kinderopvangtoeslag op een te laag bedrag is vastgesteld.
Aan deze regeling kleven ons inziens de volgende nadelen:

1. Door de beperking tot vijf jaar na de laatste dag van het berekeningsjaar, kunnen tegemoetkomingen over de jaren vóór 2014 in principe niet meer worden herzien. Wij begrijpen dat daarmee het grootste deel van de CAF11-zaken niet voor herziening op grond van artikel 5a Uitvoeringsregeling AWIR in aanmerking komt. De specifieke omstandigheden van het CAF11-project zouden mogelijk aanleiding kunnen zijn om – ten gunste van de vraagouders – coulant met deze vijfjaarstermijn om te gaan.²
2. Deze herziening in het voordeel van de vraagouder kan alleen plaatsvinden indien is gebleken dat de tegemoetkoming op een te laag bedrag is vastgesteld. Dit vergt derhalve een individuele beoordeling van alle CAF11-zaken. Daarbij is de Belastingdienst/Toeslagen gebonden aan de wet en jurisprudentie. In dit kader wijzen wij erop dat het vaste rechtspraak van de Afdeling is dat uit artikel 18, lid 1 AWIR, in verbinding met artikel 1.7, lid 1, aanhef en onder b van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (hierna: Wko) volgt dat degene die aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag moet kunnen aantonen dat hij kosten van kinderopvang heeft gehad en wat de hoogte ervan is en dat het de verantwoordelijkheid van de ontvanger van de kinderopvangtoeslag is om daartoe een deugdelijke administratie bij te houden. Het is ook vaste rechtspraak van de Afdeling dat er geen aanspraak op kinderopvangtoeslag bestaat indien de vraagouder niet kan aantonen dat hij het volledige bedrag aan kosten ook daadwerkelijk heeft betaald en er geen aanspraak kan worden gemaakt op een evenredig lager voorschot of lagere tegemoetkoming indien een deel van de kosten aantoonbaar is voldaan.
3. Voor zover de onjuistheid van de tegemoetkoming voortvloeit uit jurisprudentie die is gewezen nadat die tegemoetkoming onherroepelijk is komen vast te staan, zoals de uitspraak van de ABRvS van 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333, kan niet tot herziening worden overgegaan, tenzij de Minister anders heeft bepaald.
4. Deze herziening kan niet verder gaan dan een vaststelling van de toeslag op het juiste bedrag. Een rechtens onverplichte tegemoetkoming is op grond van deze herzieningsregeling niet mogelijk. Een herziening kan mogelijk leiden tot verzoeken om schadevergoeding waardoor alsnog individuele beoordelingen moeten worden gemaakt.
5. Nu een herziening vatbaar is voor bezwaar en beroep, is de kans op juridische procedures groot.

² Vergelijk ABRvS 27 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2018:2140. Om precedentwerking te voorkomen zal dan wel tot een goede afbakening van de groep moeten worden gekomen, die voldoende onderscheidend is ten opzichte van andere vraagouders. Zoals hierna is toegelicht, kan op dit moment niet worden vastgesteld of dat goed mogelijk is.

- 2.4 De oplossingsrichting om de Tegemoetkoming vorm te geven door de niet (volledig) toegekende kinderopvangtoeslag ambtshalve in het voordeel van de vraagouders te herzien, zodat aan hen alsnog een recht op kinderopvangtoeslag wordt toegekend, is niet goed in te passen in de wettelijke regeling en zal de nodige problemen opleveren. Een herziening van kinderopvangtoeslagen op grond van artikel 5a Uitvoeringsregeling AWIR zal in een (groot) deel van de CAF11-zaken niet mogelijk zijn. Ook indien coulant met de vijfjaarstermijn zou worden omgegaan geldt nog dat de herziening in het voordeel van de vraagouder ingevolge artikel 5a alleen kan plaatsvinden indien is gebleken dat de tegemoetkoming op een te laag bedrag is vastgesteld. Indien ervoor gekozen wordt om ook (al dan niet ook buiten de vijfjaarstermijn) in het voordeel van de vraagouder te herzien indien niet is gebleken dat de tegemoetkoming op een te laag bedrag is vastgesteld, wordt afgeweken van de in art. 5a Uitvoeringsregeling neergelegde herzieningsregeling en past ook overigens niet in het toepasselijk wettelijk kader. Daarmee ontstaat een risico van uitstralingseffecten en precedentwerking, waarbij niet goed valt uit te leggen waarom hier wel van de wettelijke regeling wordt afgeweken en in andere gevallen niet.

3 Compensatie

- 3.1 Een tweede oplossingsrichting om de Tegemoetkoming vorm te geven is door aan de vraagouders een tegemoetkoming te verstrekken ter hoogte van de door hen over de jaren 2012, 2013 en 2014 aangevraagde, maar uiteindelijk niet toegekende kinderopvangtoeslag.
- 3.2 Met deze oplossingsrichting wordt aan de vraagouders niet alsnog een recht op kinderopvangtoeslag toegekend of aansprakelijkheid erkend, maar wordt in het optreden van de Belastingdienst/Toeslagen en de overige omstandigheden in het CAF11-dossier aanleiding gezien een rechtens onverplichte tegemoetkoming te verstrekken die gelijk is aan de door hen over de jaren 2012, 2013 en 2014 aangevraagde, maar niet toegekende kinderopvangtoeslag. De redenering zou kunnen zijn dat hoewel niet (zonder meer) kan worden aangenomen dat er in alle gevallen een aanspraak op de aangevraagde kinderopvangtoeslag bestaat, in de gegeven omstandigheden moet worden vastgesteld dat de vraagouders mede door optreden van de overheid tussen wal en schip zijn geraakt en dat daarvoor op de kortst mogelijke termijn een oplossing moet worden gerealiseerd. Die oplossing bestaat er uit dat aan de vraagouders coulanchehalve een financiële compensatie wordt geboden.

Opmerking verdient wel dat de redenen voor de financiële tegemoetkoming op zichzelf niet zonder meer aanleiding geven om een bedrag te verstrekken ter hoogte van de wel aangevraagde, maar niet toegekende kinderopvangtoeslag. Een andere route zou kunnen zijn om de hoogte van de tegemoetkoming meer af te stemmen op de omstandigheden van onderhavig geval, al dan niet door het hanteren van een vast bedrag of forfaitaire bedragen. Hiermee wordt

echter niet aan de wens voldaan dat aan alle vraagouders in één keer volledig tegemoet wordt gekomen noch dat verdere procedures worden voorkomen. Wij laten dit aspect verder rusten.

3.3 Aan deze oplossingsrichting kleven de volgende juridische voor- en nadelen.

Voordelen

- Deze oplossingsrichting is relatief eenvoudig. De hoogte van de tegemoetkoming is – zo begrijpen wij – duidelijk. Een nadere beoordeling, met bijbehorende kans op nieuwe procedures, is niet nodig.³
- Doordat geen sprake is van herziening, blijven de reeds onherroepelijke kinderopvangtoeslagen in stand. Hoewel niet uitgesloten is dat de Tegemoetkoming, al dan niet in combinatie met andere omstandigheden, bijdraagt aan de vaststelling van onrechtmatigheid, is de kans daarop kleiner dan ingeval van herziening van de toeslagen.

Nadelen

- Doordat een beoordeling uitblijft (met uitzondering van evidente fraude), zal ook een bedrag ter hoogte van de kinderopvangtoeslag worden toegekend in gevallen waarin daarvoor waarschijnlijk geen of minder aanleiding bestaat.
- Niet kan worden uitgesloten dat vraagouders lopende procedures voortzetten of om herziening verzoeken om naast de tegemoetkoming alsnog een aanspraak op kinderopvangtoeslag te verkrijgen, al dan niet in combinatie met of met het oog op een schadevergoeding. Om dit te voorkomen is het sluiten van individuele vaststellingsovereenkomsten noodzakelijk, waartoe mogelijk niet alle vraagouders bereid zullen zijn.⁴
- Precedentwerking en kans op nieuwe procedures (zie hierna).

Precedentwerking

3.4 In juridische zin komt precedentwerking neer op een beroep op het gelijkheidsbeginsel: tussen gevallen die (in relevante opzichten) gelijk zijn mag niet zonder een deugdelijke rechtvaardiging onderscheid gemaakt worden. Dat gevallen daadwerkelijk (voldoende) gelijk zijn om aanspraak te hebben op gelijke behandeling wordt door de rechter weliswaar niet snel aangenomen, maar er zal wel goed moeten kunnen worden gemotiveerd waarin de grondslag voor een gemaakt onderscheid is gelegen.

³ In de rede ligt om als onderdeel van de Tegemoetkoming ook door vraagouders betaalde invorderingsrente terug te betalen. Wel zal in dit verband aandacht moeten worden besteed aan de vraag of gelet op artikel 27 AWIR ook rente onderdeel uitmaakt van de Tegemoetkoming.

⁴ Zie hierover randnummer 3.13 e.v. van dit advies. Indien de wens bestaat nieuwe procedures over schadevergoeding te voorkomen zal in de vaststellingsovereenkomst finale kwijting moeten worden bedongen.

- 3.5 De omstandigheid dát de Staat in een bepaald geval – zoals bij de voorgenomen Tegemoetkoming – bereid is om tegemoet te komen aan aanspraken of claims die geen juridische basis hebben, leidt er in de praktijk toe dat anderen zich op het standpunt gaan stellen dat de Staat zich ook andere claims behoort aan te trekken, en het niet op een gerechtelijke procedure behoort te laten aankomen. Ook wanneer het strikt genomen niet gaat om “gelijke gevallen” (en een beroep op het gelijkheidsbeginsel dus niet aan de orde is), kan dit wel leiden tot (aanvullende) politieke en publicitaire druk.
- 3.6 Dit betekent dat goed moet kunnen gemotiveerd op welke gronden de vraagouders in de CAF11-zaken zich zodanig onderscheiden van andere vraagouders dat het onderscheid in behandeling (wel en geen tegemoetkoming) is gerechtvaardigd. Dit geldt te meer nu de hoogte van de tegemoetkoming gelijk is gesteld aan de aangevraagde (maar niet toegekende) kinderopvangtoeslag en in feite is losgekoppeld van het nadeel dat door het overheidsoptreden is ondervonden. Daarmee ligt het verwijt van willekeur op de loer.
- 3.7 In het document “afbakening en precedentwerking” is ter afbakening van de CAF11-vraagouders genoemd dat de Belastingdienst/Toeslagen niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht bij het stopzetten van de kinderopvangtoeslag in het CAF-11 dossier. Daarbij is gewezen op de berichtgeving aan de Tweede Kamer en het rapport van de Nationale Ombudsman (2017/095). Meer concreet worden in het document de volgende omstandigheden van belang geacht:
- Er is twijfel of de signalen die hebben geleid tot het starten van een onderzoek bij het gastouderbureau voldoende gerechtvaardigd waren voor de schaal van de maatregelen;
 - Stopzetting van (het voorschot op) de kinderopvangtoeslag vond plaats voordat (in voldoende mate) bewijsstukken en gegevens waren opgevraagd;
 - Aan de ouders is niet of onvoldoende duidelijk gemaakt welke bewijsstukken zij aan de Belastingdienst dienden over te leggen.
 - Er is in veel gevallen sprake geweest van een aanzienlijke vertraging in het behandelen van ingediende bezwaar- en beroepschriften.
 - In het algemeen is er gebrekkig gecommuniceerd naar de ouders, terwijl zij al die tijd geen kinderopvangtoeslag ontvingen en in onzekerheid verkeerden over het recht daarop.
 - Het handelen van de Belastingdienst heeft voor de ouders (vaak grote) financiële gevolgen gehad mede door de lange afhandelingsstijden. De Belastingdienst had minder ingrijpende manieren voorhanden om het toezicht uit te voeren.

- Een bevredigende oplossing waarbij mogelijk ten onrechte stopgezette en/of teruggevorderde toelagen alsnog worden toegekend heeft (te) lang op zich laten wachten.

- 3.8 Naar ons oordeel zouden deze omstandigheden op zichzelf gezien voldoende onderscheid kunnen opleveren om een toets aan het gelijkheidsbeginsel te doorstaan. Daarvoor is echter wel noodzakelijk dat de omstandigheden uniek zijn voor CAF11-vraagouders en zich dus niet ook hebben voorgedaan in andere CAF-onderzoeken. U heeft toegelicht dat op dit moment niet duidelijk is in hoeverre daarvan sprake is. Het is in ieder geval niet onwaarschijnlijk dat deze omstandigheden in meer of mindere mate ook op andere CAF-onderzoeken van toepassing zijn. Indien komt vast te staan dat het CAF11-dossier niet op zichzelf staat, moet er rekening mee worden gehouden dat andere vraagouders op wie vergelijkbare omstandigheden van toepassing zijn met een beroep op het gelijkheidsbeginsel ook aanspraak hebben op compensatie.
- 3.9 Voorgaande onzekerheid brengt mee dat het risico op precedentwerking niet goed kan worden vastgesteld. Indien – bijvoorbeeld op basis van het onderzoek van de Adviescommissie Uitvoering Toelagen – blijkt dat de hiervoor genoemde omstandigheden niet uniek zijn voor CAF11-vraagouders is het risico op precedentwerking heel groot.
- 3.10 In dat geval zal de compensatie ook aanleiding kunnen geven tot een groot aantal nieuwe procedures van vraagouders die zich op het standpunt stellen dat zij ook in aanmerking komen voor een tegemoetkoming omdat ten aanzien van hen ook onzorgvuldig is gehandeld. Daarmee zal sprake zijn van het tegendeel van hetgeen met de compensatie is beoogd.
- 3.11 Vanuit juridisch oogpunt verdient het dan ook de voorkeur het advies van de Adviescommissie Uitvoering Toelagen af te wachten en op basis daarvan te bezien of een specifieke regeling voor de CAF11-vraagouders mogelijk en wenselijk is, tenzij de bereidheid bestaat bovenstaande risico's voor lief te nemen.

Vormgeving van de compensatie

- 3.12 Indien er niettemin voor wordt gekozen de Tegemoetkoming via een compensatie vorm te geven zijn, ligt in de rede de Tegemoetkoming neer te leggen in individuele vaststellingsovereenkomsten (7:900 BW).⁵ Daarmee kan worden bewerkstelligd dat de vraagouder aan wie een tegemoetkoming is toegekend, eventuele lopende procedures intrekt en/of niet alsnog om herziening verzoekt. Dit is noodzakelijk omdat anders een

⁵ In de vaststellingsovereenkomst kan desgewenst worden verwezen naar een (informele) beleidslijn of kamerbrief waarin op de achtergronden en reikwijdte van Tegemoetkoming wordt ingegaan. Om het risico op precedentwerking zo veel als mogelijk te beperken zal precies moeten worden gekeken hoe de achtergronden en aanleiding voor de Tegemoetkoming worden gemotiveerd.



datum 7 juni 2019
onze ref. RV/SR/11009868

9/9

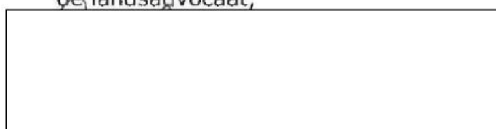
vraagouder naast de tegemoetkoming ook alsnog aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag.

- 3.13 Er moet echter rekening mee worden gehouden dat niet alle vraagouders hiertoe bereid zullen zijn, zeker in de gevallen waarin een herziening of gegrond (hoger) beroep in de rede ligt. Reden daarvoor is dat het voor hen dan niet meer mogelijk is de onrechtmatigheid van het afwijzingsbesluit vastgesteld te krijgen en (op basis daarvan) een aanspraak op schadevergoeding te verkrijgen.⁶ In die gevallen lijkt het alleen mogelijk om tot overeenstemming te komen indien in het kader van de vaststellingsovereenkomst ook de bereidheid bestaat afspraken te maken over schadevergoeding. Een andere mogelijkheid is om in die gevallen al dan niet via een herziening alsnog een aanspraak op kinderopvangtoeslag toe te kennen. Daarmee is echter van een uniforme regeling voor alle CAF11-vraagouders geen sprake.
- 3.14 Ook wat dit betreft zou het ons inziens de voorkeur verdienen het advies van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen af te wachten en op basis daarvan te bezien of een specifieke regeling voor de CAF11-vraagouders mogelijk en wenselijk is, tenzij de bereidheid bestaat bovenstaand risico's en nadelen voor lief te nemen. Indien de wens bestaat nieuwe procedures over schadevergoeding te voorkomen zal in de vaststellingsovereenkomst finale kwijting moeten worden bedongen.

4 Afsluiting en conclusie

- 4.1 Voor de conclusie verwijzen wij naar onderdeel 1 van dit advies. Tot een nadere toelichting zijn wij graag bereid.

Met vriendelijke groet,
de landsadvocaat,



⁶ Daarmee verhoudt zich niet goed dat het naar wij hebben begrepen juist niet de bedoeling is dat in de vaststellingsovereenkomst finale kwijting wordt bedongen. Overigens geldt dat zonder een dergelijk beding voor lief moet worden genomen dat als gevolg van de compensatie nieuwe verzoeken om schadevergoeding kunnen worden gedaan.