To: Gelder, JH (Han) van (pSG)[Gelder]; Uijlenbroek, JJM (Jaap) (MT)[Uijlenbroek]; Wesseling, JK (Jasper) (AFP)[Wesseling]
Cc: Leijten, MR (Manon) (SG)[Leijten]; Willems, TJ (Talien) (COMM)[Willems]; Stein, P (Peter) (BOA)[Stein]; [redacted]) (HDFEZ/BC)[redacted]; [redacted]) (BJZ/JZ)[redacted]; [redacted]) (DB/FRI)[redacted]; [redacted]) (FISCALITEIT)[redacted]
From: Bogtstra, MS (Marijke) (BJZ/JZ)
Sent: Fri 6/7/2019 3:12:28 PM
Importance: Normal
Subject: concept notitie tegemoetkoming
MAIL_RECEIVED: Fri 6/7/2019 3:12:29 PM
20190607 Advies tegemoetkoming Caf11.pdf
MR Notitie CAF 11.docx
notitie advies tegemoetkoming CAF 11.docx

Dag allen,

Bijgaand het concept-advies van DJZ, het advies van de landsadvocaat en de juridische MR-notitie, allen betrekking hebbend op de juridische mogelijkheden van een tegemoetkoming in de CAF11-zaak. De notitie is afgestemd met de juristen van FRI en FJZ.

Groet,

Marijke

Aanleiding
Er is gezocht naar een mogelijkheid om alle ouders in de CAF11-zaak in één keer te helpen en daarnaast ook een genereus gebaar maken. Hiertoe zijn verschillende opties verkend. Nadeel van iedere optie is mogelijke precedentwerking naar andere toeslagzaken en andere gevallen waarin de overheid mogelijk onzorgvuldig danwel onbehoorlijk heeft gehandeld.

Afbakening
Wij adviseren u de vraagouders in de CAF11-zaken actief te benaderen om een oplossing te vinden voor de problematiek in de CAF11-dossiers. Hieronder vindt u een beschrijving van de mogelijkheden.

Afbakening en precedentwerking
De afbakening van de CAF11-zaken vraagt aandacht vanwege mogelijke precedentwerking naar andere casussen waarbij het handelen van de overheid als onbehoorlijk wordt ervaren (waaronder de CAF-zaken) en waar wetgeving als onredelijk wordt ervaren. Wij adviseren u deze groep en de redenen waarom u tot een oplossing komt zeer specifiek mogelijk te beschrijven. Daartoe zien wij aanknopingspunten in de uitlatingen die zowel de Nationale Ombudsman[1] als de Raad van State[2] hebben gedaan omtrent het onbehoorlijk handelen van de Belastingdienst/Toeslagen waarbij het burgerperspectief uit het oog is verloren en de niet de vereiste zorgvuldigheid is betracht. Daarnaast is door de Belastingdienst/Toeslagen te zeer afstand genomen van de toezichtsfilosofie die wordt voorgestaan, waarbij het bevorderen van de compliance het uitgangspunt vormt, dat het de vraag is of de uitkomst van de weging van de bedoelde signalen in alle gevallen en het daaropvolgende proces (inclusief de gebruikte informatie en de daaropvolgende genomen beslissingen binnen de organisatiestructuur van Belastingdienst/Toeslagen) wordt gedragen door de geconstateerde feiten. Hoewel de Belastingdienst/Toeslagen op onderdelen ook regelmatig door de rechter in het gelijk gesteld is gesteld, lijken alle aspecten van dit project in onderlinge samenhang bezien reden om afstand te nemen van het totaalbeeld dat wordt opgeroepen De specifieke omstandigheden van CAF11-project maken dat dit project op de voorgestelde wijze zou kunnen worden opgelost.

De vraag of bij de andere CAF-zaken vergelijkbare conclusies getrokken moeten worden, adviseren wij u onderdeel te laten zijn van het bredere onderzoek door de adviescommissie.

Herziening toeslagen
Afgewezen toeslagaanvragen kunnen op basis van een integrale heroverweging van het feitencomplex ambtshalve worden herzien. Wij ontraden u deze optie, omdat dit geen volledige oplossing biedt voor de CAF11-zaken.

Bij een ambtshalve herziening wordt de eerdere beslissing teruggedraaid (negatief besluit, afgewezen bezwaar, verloren procedure). De ruimte hiervoor zou gevonden kunnen worden in het voortschrijdende inzicht over het proces dat ten grondslag ligt aan de CAF11-zaken. Het voordeel van deze optie is dat dit relatief eenvoudig uitvoerbaar is voor de Belastingdienst/Toeslagen. Er zijn echter diverse forse nadelen:

- Ambtshalve herziening is gebonden aan een vijfjaarstermijn waardoor de toeslagaanvragen over 2012 en 2013 wettelijk niet kunnen worden herzien en deze optie de vraagouders financieel geen soelaas zal bieden. De CAF11-zaken worden daarmee in het merendeel van de gevallen *niet* opgelost.
- In deze optie is het bovendien niet mogelijk om een bedrag voor leed (frustratie en onbegrip) toe te kennen. Dat zou apart geregeld moeten worden, bijvoorbeeld via schadevergoedingen.
- Het probleem van de knellende kinderopvangtoeslagwetgeving wordt niet opgelost, want daarvoor is op basis van de wetgeving en de jurisprudentie (inclusief de RvS-uitspraak van 24 april jl.) zeer beperkt ruimte.

Ruimte in het huidige wettelijk kader of wetswijziging

[1] NO 9 augustus 2017, nr. 2017/095.
[2] ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:589, r.o. 4.3 en 4.4 en ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1333

Een mogelijkheid is om ruimte te zoeken in het huidige juridische kader van de Wet Kinderopvang om de afgewezen toeslagaanvragen van CAF11-aanvragers alsnog ruimhartig toe te kennen. Wij ontraden u om deze mogelijkheid zelf te zoeken, omdat dit raakt aan de wortels van het systeem van de kinderopvangtoeslag en zeer grote gevolgen heeft.

Bij deze mogelijkheid moet gezocht worden naar een muizengaatje om alsnog de toeslagaanvragen in CAF11-zaken toe te kennen. Deze ruimte is echter niet aanwezig en daarom is deze meer fundamentele vraag omtrent de stringente toeslagwetgeving belegd bij de adviescommissie, het IBO Toeslagen en het gezamenlijke SZW/Toeslagen-programma verbetermaatregelen kinderopvangtoeslag. Wij adviseren u de uitkomsten van het onderzoek van de adviescommissie af te wachten.

Voor de CAF11-ouders laten deze uitkomsten te lang op zich wachten (tussenrapportage september 2019). Gezien het onderzoek van de adviescommissie ontraden wij u om daarop vooruitlopend (en samen met SZW) een wetswijziging aan te kondigen. Niet alleen adviseren wij u de uitkomsten van het onderzoek af te wachten, ook brengt een wetswijziging grote gevolgen met zich. Om de CAF11-zaken op te lossen, is immers terugwerkende kracht tot en met 2012 noodzakelijk met grote uitstralingseffecten. Mogelijk kunnen alle kinderopvangtoeslagaanvragers (circa 600.000; cijfer 2018) met terugwerkende kracht dan alsnog een ruimere toeslag claimen. Dit is zowel vanuit het wetgevings-, budgettair en uitvoeringsoogpunt ongewenst:

- Voor de kinderopvangtoeslag is na het Bulgarendossier een aantal maatregelen getroffen om fraude en oneigenlijk gebruik aan te pakken en is de terugwerkende kracht beperkt tot de lopende maand en de drie voorafgaande maanden.
- Een wetswijziging betekent voor de Belastingdienst/Toeslagen enorme uitvoeringsproblematiek, omdat in potentie over de periode 2012-2019 van miljoenen aanvragen de kinderopvangtoeslag moet worden herzien.
- Daarnaast gaat een wetswijziging met terugwerkende kracht zeer waarschijnlijk gepaard met grote budgettaire gevolgen. Een goede inschatting is op korte termijn niet mogelijk. Gezien de omgang van de groep is de verwachting dat het om een zeer fors bedrag gaat.

Noodwetgeving

U heeft gevraagd of het een oplossing kan zijn om voor de gewenste correcties in de jaren 2012 en 2013 een specifieke wettelijke grondslag op te nemen, mogelijk met het opstellen van een noodwet. Wij ontraden u deze optie.

Mogelijkheden voor de door u gewenste correcties zien op spoedwetgeving, omdat noodwetgeving specifiek ziet op wetten en regels in een land die betrekking hebben op noodsituaties. Daar is hier geen sprake van.

- Bij spoedwetgeving worden alle stappen in het wetgevingsproces (zeer) sterk ingekort waardoor zowel Raad van State als parlement gevraagd worden om de wetgeving in korte tijd te behandelen. Gebruikmaking van deze procedure gebeurt alleen bij hoge uitzondering. Het toepassen van spoedwetgeving op de voorliggende casus wordt afgeraden:
- Spoedwetgeving is geen geschikt instrument om te komen tot een tegemoetkoming in een specifieke casus. Daarvoor is het instrument te zwaar; er zijn geschiktere methodes zoals het opstellen van een regeling, vaststellingsovereenkomst of beleidsregel. Kiezen we desondanks voor wetgeving om iets voor individuele gevallen te regelen, dan lopen we het risico een negatief advies te krijgen van de Raad van State (zwaarste dictum is: wetsvoorstel niet indienen). Een dergelijk dictum zal vertragend werken.
- Spoedwetgeving is pas mogelijk als het parlement en de Raad van State daar medewerking aan verlenen. Het is onzeker of die medewerking er onverkort komt, omdat er gewezen zal worden op effectievere mogelijkheden om te komen tot een tegemoetkoming of schadeloosstelling in een individuele zaak.
- Het regelen van een tegemoetkoming bij wet zorgt ervoor dat de Kamer er via amendementen nog een andere regeling van kan maken, met wellicht ook een ander budgettair beslag.

- Wordt er in het kader van CAF11 gekozen voor het toekennen een individuele tegemoetkoming in specifieke zaken, dan is een wet daarvoor niet het geëigende instrument.

Compensatieregeling voor CAF 11-vraagouders

Beslispunt 1. Stemt u in om met alle vraagouders een individuele vaststellingsovereenkomst te sluiten?

Gezien de grote bezwaren omtrent de voorgaande opties adviseren wij u om alle vraagouders in het CAF11-dossier te benaderen om een individuele vaststellingsovereenkomst te sluiten, tenzij uit het feitencomplex blijkt dat ook met de meeste coulante benadering er evident sprake is van fraude.

Een vaststellingsovereenkomst is een gangbare methode om geschillen of onzekerheden op te lossen. In zowel de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst als in vergelijkbare casussen (bijvoorbeeld chroom 6) wordt zeer regelmatig met vaststellingsovereenkomsten gewerkt. De volgende voordelen zijn te benoemen:

- In een vaststellingsovereenkomst kunnen alle discussies worden opgelost, dus zowel met betrekking tot de kinderopvangtoeslagbedragen, de te vergoeden invorderingsrente en de proceskostenvergoeding. Ook de jaren buiten de herzieningstermijn (2012 en 2013), maar waar wel de CAF11-problematiek op ziet, maken – in tegenstelling tot de andere opties – onderdeel uit van deze oplossing.
- Indien u eveneens een schadevergoeding zou willen toekennen (zie hierna), dan kan deze vergoeding onderdeel uitmaken van de te sluiten vaststellingsovereenkomsten.
- Bij deze optie kan de reikwijdte worden beperkt tot CAF11-zaken. De uitvoeringseffecten en budgettair beslag zijn daarom – in tegenstelling tot de andere opties – relatief overzichtelijk.

De afbakening van de CAF11-groep en de redenen om tot een oplossing te komen dient waar mogelijk juridisch zeer goed afgebakend te worden om het risico van uitstralingseffecten en precedentwerking zoveel mogelijk te mitigeren.

Beslispunt 2. Stemt u in met het maken van een ruimhartig gebaar door de toekenning van een schadevergoeding van € 5.000 per vraagouder in de CAF11-zaak om hun leed te erkennen en de politieke risico's te verminderen?

Wij adviseren u om naast de te vergoeden kinderopvangtoeslag, invorderingsrente en proceskosten ook een schadevergoeding toe te kennen aan de vraagouders in de CAF11-zaken, tenzij uit het feitencomplex blijkt dat ook met de meeste coulante benadering er evident sprake is van fraude. De vraagouders geven in zowel de media als in de oudergesprekken aan behoefte te hebben aan erkenning van het door hen ervaren leed. Ook de Nationale Ombudsman heeft de staatssecretaris opgeroepen om een gebaar te maken. Een schadevergoeding zal nooit de ervaren frustraties en onbegrip wegnemen, maar kan een belangrijke bijdrage leveren aan deze erkenning. Ook de politieke risico's zullen bij de toekenning van een schadevergoeding worden verminderd.

Over de omvang van de vergoeding kan worden gediscussieerd. Gerekend vanaf 2014 komt het bedrag ongeveer overeen met dat voor vertragingsschade in reguliere procedures.

Het is van belang dat een schadevergoeding niet wordt ervaren als afkoop door deze vraagouders. Zorgvuldige communicatie is daarom essentieel waarbij de nadruk moet liggen op de te geven erkenning van het ervaren leed. Ook het nut en de noodzaak van de adviescommissie en de andere stappen die gezet zullen moeten worden binnen de organisatie van de Belastingdienst om lering te trekken uit deze lessen, moeten daarbij worden benadrukt.

De schadevergoeding en de toeslaguitbetaling die de CAF11-vraagouders zullen ontvangen, kunnen fiscale gevolgen hebben. Het vermogen kan op peildatum worden beïnvloed (box 3-heffing) mits de

vraagouders boven de vrijstelling uitkomen. Hoewel de kinderopvangtoeslag niet wordt beïnvloed door de hoogte van het vermogen, geldt dit niet voor de andere toeslagen.

Het financiële belang:
Er waren 302 ouders betrokken bij CAF11. In de jaren 2012, 2013 en 2014 is er een bedrag van circa € 2,8 miljoen aan toeslag niet uitgekeerd of teruggevorderd terwijl dit wel is aangevraagd.

De kosten van een schadevergoeding aan alle ouders kunnen, afhankelijk van de keuze die worden gemaakt, oplopen tot:
€ 2,8 miljoen (gemiste toeslag)
€ PM (teruggave ten onrechte inrekening gebrachte invorderingsrente)
€ PM (verschuldigde proceskostenvergoeding)
€ 1,5 miljoen (overige materiële en immateriële schadevergoeding)

Tussenvariant
Vooralsnog geen schadevergoeding toekennen, maar alleen de aangevraagde toeslag alsnog toekennen. Dit zou eveneens door middel van een vaststellingsovereenkomst moeten worden geregeld omdat we buiten de vijfjaarstermijn treden. De vraag of een schadevergoeding op zijn plaats is wordt daarmee overgelaten aan de commissie Donner dan wel aan de rechter. Een andere variant is de vaststellingsovereenkomst afhankelijk maken van het afzien van een schadevergoeding.
Nadeel van deze tussenvarianten is dat er nu geen genereus gebaar wordt gemaakt en – behalve in de variant van het afzien van een schadevergoeding - ook geen definitieve oplossing wordt geboden.

Aanleiding
Uw vraag welke mogelijkheden er zijn om de betrokken vraagouders in de CAF11 zaak tegemoet te komen.

Kernpunt
De Landsadvocaat heeft op ons verzoek advies uitgebracht. De Landsadvocaat ziet twee oplossingsrichtingen voor een tegemoetkoming. Vanwege juridische risico's adviseert de landsadvocaat echter met een tegemoetkoming te wachten op het advies van de Commissie Donner.

Indien - alles in aanmerking nemende – er toch gekozen wordt voor een tegemoetkoming, wordt u geadviseerd te kiezen voor het opstellen van een separate regeling op basis waarvan een tegemoetkoming kan worden verstrekt. Die zal vervolgens in individuele vaststellingsovereenkomsten worden vastgelegd. Deze regeling beoogt dan uitsluitend een recht op tegemoetkoming te geven aan de vraagouders in het CAF 11-dossier waarin de toeslag weliswaar is aangevraagd, maar uiteindelijk niet of niet geheel is toegekend.

Toelichting

1. De Landsadvocaat heeft in essentie twee oplossingsrichtingen onderzocht:
   (a) Het herzien van toeslagen over de desbetreffende jaren (2012, 2013 en 2014).
   (b) Het opstellen van een separate regeling op basis waarvan een tegemoetkoming kan worden verstrekt die vervolgens in individuele vaststellingsovereenkomsten wordt vastgelegd.

2. Belangrijke notie is dat bij een tegemoetkoming bedoeld voor CAF11-zaken, er een risico is op precedentwerking omdat de betrokkenen uit de CAF11-zaak mogelijk onvoldoende onderscheiden kunnen worden van betrokkenen uit andere CAF-zaken die iets vergelijkbaars hebben meegemaakt. Daarnaast is er een risico dat ook buiten de CAF-zaken er precedentwerking op kan treden.

3. De kans bestaat verder dat niet iedereen in zal gaan op het aanbod en dat een aantal vraagouders persisteert in het alsnog ontvangen van toeslag en eventuele verder schade en de procedures voortzet. Een tegemoetkoming uit coulance is strikt juridisch bezien namelijk niet hetzelfde als het alsnog ontvangen van een toeslag.

4. Indien de juridische risico's zich verwezenlijken zal eerder het tegendeel worden bereikt van wat met de gewenste snelle oplossing wordt beoogd. De kans op procedures neemt dan toe, bijvoorbeeld van vraagouders in het CAF11-dossier die van oordeel zijn dat de tegemoetkoming onvoldoende tegemoet komt aan hun schade of van vraagouders die zich op het standpunt stellen dat zij ook in aanmerking komen voor een tegemoetkoming omdat ten aanzien van hun ook onzorgvuldig is gehandeld.

5. Vanuit juridisch oogpunt adviseren wij u om bovenstaande redenen pas over te gaan tot een tegemoetkoming indien de commissie Donner daartoe adviseert.

6. Indien niettemin de bereidheid bestaat de bovengenoemde risico's te nemen en nu tegemoet te komen aan de vraagouders in het CAF11-dossier, wordt geadviseerd dit vorm te geven in een regeling (optie b) met een individuele vaststellingsovereenkomst. Omdat de oplossingsrichting

in haar uitwerking relatief eenvoudig is. De hoogte van de tegemoetkoming is – naar wij begrijpen – duidelijk. Een nadere beoordeling met bijbehorende kans op procedures, is dan niet nodig. In een dergelijke regeling zullen uiteraard alle feiten/ omstandigheden worden betrokken die de regeling zo veel als mogelijk uniek maken voor CAF-11.

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
M.S. Bogtstra