

## Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

De Voorzitter van de Tweede Kamer der  
Staten-Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

### Directie Juridische Zaken

Korte Voorhout 7  
2511 CW Den Haag  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag  
www.rijksoverheid.nl

### Ons kenmerk

2021-0000028528

### Uw brief (kenmerk)

### Bijlagen

1

Datum 9 februari 2021  
Betreft Advies onafhankelijke deskundigheid inzake mogelijke  
nietigheid besluitvorming

Geachte Voorzitter,

Tijdens het Algemeen Overleg kinderopvangtoeslag van 15 december 2020 heeft Kamerlid Omtzigt (CDA) enige vragen gesteld over de rechtmatigheid van door de Belastingdienst/Toeslagen in het verleden genomen besluiten. Tijdens het AO heb ik uw Kamer toegezegd een onafhankelijke deskundige te vragen een juridische analyse maken van de conclusie die Kamerlid Omtzigt heeft getrokken over de aard van de groepen ouders die naast de CAF 11-groep onder de compensatieregeling zouden vallen op basis van de conclusies van het memo-Palmen uit 2017, de inhoud van het conceptadvies van de landsadvocaat uit 2009 en het rapport van de Autoriteit persoonsgegevens inzake gebruik van nationaliteit door de Belastingdienst/Toeslagen.

Naar aanleiding van het AO heb ik mr. dr. T.N. Sanders (dhr. Sanders) van het advocatenkantoor AKD gevraagd om deze analyse uit te voeren. Dhr. Sanders is expert in het (bestuursrechtelijke) handhavingsrecht en invorderingsrecht. Naast zijn werk als advocaat doceert hij bij het opleidingsinstituut voor de rechterlijke macht op deze onderwerpen. Verder is hij gepromoveerd proefschrift "Invordering door de overheid".

Meer concreet heb ik dhr. Sanders gevraagd of de informatie uit het memo-Palmen uit 2017, het conceptadvies van de landsadvocaat uit 2009 en het rapport van de Autoriteit persoonsgegevens vanuit juridisch oogpunt een ander licht werpen op de constatering in de rapporten "Omzien in verwondering" van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen en de wijzigingen in de Awir die op 1 juli jl. van kracht is geworden. Voor de behandeling van deze vraag heb ik de volgende documenten aan dhr. Sanders gestuurd:

1. Het relevante onderdeel van het verslag van het Notaoverleg Kinderopvangtoeslag van 15 december 2020;
2. Het conceptadvies van de Landsadvocaat uit 2009 inzake terugvorderingen bij de zaak 'de Appelbloesem';
3. Het memo 'Advies CAF dossier Hawaiï' uit 2017 van de vaktechnisch coördinator Toeslagen mw. Palmen;
4. Het rapport van de Autoriteit persoonsgegevens inzake gebruik van nationaliteit door de Belastingdienst/Toeslagen;

5. Het interim-rapport en het definitieve rapport 'Omzien in verwondering' van de Adviescommissie Uitvoering Toeslagen.

**Directie Juridische Zaken**

**Ons kenmerk**  
2021-0000028528

Op 5 februari jl. heeft dhr. Sanders mij zijn advies gestuurd. Bijgaand treft u het advies aan. In het advies wordt er in de eerste plaats geconcludeerd dat nietigheid zelden tot nooit wordt toegepast in de bestuursrechtspraak. Dat komt omdat nietigheid niet goed past in het systeem van het bestuursrecht. In de kern is nietigheid gereserveerd voor situaties waarin een bestuursorgaan evident nooit bevoegd was een besluit te nemen. Zoals wanneer een niet bestaande bevoegdheid wordt uitgeoefend. In het geval van de besluitvorming van Belastingdienst/Toeslagen met betrekking tot de kinderopvangtoeslag wordt die drempel niet gehaald.

Daarnaast concludeert dhr. Sanders dat het aannemen van de nietigheid van de genomen besluiten – waarvoor juridisch geen grondslag is - niet bijdraagt aan een snelle en eenduidige oplossing en dat dit het herstel aanzienlijk zal compliceren en vertragen. Nietigheid heeft tot gevolg dat de desbetreffende vraagouder tijdelijk recht heeft op de volledige uitbetaling van het oorspronkelijk toegekende voorschot. Tegelijkertijd zou Belastingdienst/Toeslagen (opnieuw) moeten beslissen op de aanvraag van de vraagouder om kinderopvangtoeslag. Nietigheid zou verder betekenen dat alle betalingen die over en weer zijn verricht buiten het kader van het oorspronkelijke voorschot onverschuldigd hebben plaatsgevonden en ongedaan moeten worden gemaakt. Nadat de Belastingdienst/Toeslagen het recht op kinderopvangtoeslag (opnieuw) heeft vastgesteld, ontstaan opnieuw betalingsverplichtingen. Los van het bovenstaande, zou dit aanpassing van wetgeving vereisen, hetgeen de nodige tijd vergt.

Ook concludeert dhr. Sanders dat het handhaven van de kinderopvangtoeslagbesluiten niet in algemene zin als een onrechtmatige overheidsdaad kan worden beschouwd. Dit komt doordat in het bestuursrecht het leerstuk van de formele rechtskracht geldt, wat betekent dat een bestuursrechtelijk besluit rechtens onaantastbaar wordt als er geen gewone rechtsmiddelen meer tegen open staan.

Met inachtneming van zijn bevindingen, concludeert dhr. Sanders dat de conclusies in het conceptadvies van de landsadvocaat en het memo van de vaktechnisch coördinator geen ander licht werpen licht op de zaak. Zij bevatten geen andere inzichten dan al volgden uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 maart 2017 (inzake de 'zachte stop') en 23 oktober 2019 (inzake de noodzaak tot een belangenafweging). Met deze uitspraken was de commissie-Donner bekend en deze uitspraken zijn dan ook meegewogen bij de vaststelling van de herstelregelingen.

De conclusie van de AP was dat de Belastingdienst/Toeslagen in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens en de Algemene Verordening Gegevensbescherming door bepaalde persoonsgegevens (nationaliteit) van vraagouders te verwerken. Deze inzichten waren niet bekend bij de commissie-Donner en zijn door de commissie-Donner ook expliciet buiten behandeling gelaten. Dit kon de commissie-Donner met het uitbrengen van haar eindrapport op 12 maart 2020 ook niet, omdat het rapport van de AP pas op 17 juli 2020 gepubliceerd is. Dhr. Sanders stelt vast dat de herstelregelingen op dit moment niet voorzien in een forfaitaire vergoeding voor de eventueel door vraagouders

geleden schade die direct of indirect is veroorzaakt door de verwerking van persoonsgegevens in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens en/of de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

**Directie Juridische Zaken**

**Ons kenmerk**  
2021-0000028528

Dhr. Sanders stelt daarnaast vast dat een vraagouder die op grond van de herstelregeling in aanmerking komt voor compensatie deze schade wel kan voorleggen aan de Commissie Werkelijke Schade. Anderen die menen geraakt te zijn door het rapport van de AP kunnen vergoeding van deze schade vorderen door middel van een dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter. Volgens dhr. Sanders kan dit leiden tot de toewijzing van een (geldelijk relatief beperkte) schadevergoeding indien de ouders aannemelijk kunnen maken dat zij daadwerkelijk gediscrimineerd zijn bij het in behandeling nemen van hun aanvraag en (im)materiële schade hebben geleden.

Ik ben dhr. Sanders erkentelijk voor het uitgebreide en doorwrochte advies. Het advies bevestigt dat het voor de ouders belangrijk is om nu voortvarend door te pakken op de ingeslagen weg. Ik ben dan ook van mening dat de huidige compensatieregeling in combinatie met de toegezegde eerste uitkering van €30.000 leidt tot een passende oplossing. Hiervan afwijken vanwege vermeende nietigheid ontbeert juridische grondslag en leidt vermoedelijk tot verdere vertraging, complexiteit en uitvoeringsproblemen. Het is desalniettemin goed om steeds met een open blik te blijven kijken naar onze werkwijze en de aannames die daaraan ten grondslag liggen.

Hoogachtend,

De staatssecretaris van Financiën –  
Toeslagen en Douane

Alexandra C. van Huffelen