



## Reactie Commissie Werkelijke Schade bij ongevraagd advies Bestuurlijke Adviesraad Kinderopvangtoeslag d.d. 15 december 2022

### **Inleiding**

De Bestuurlijke Adviesraad Kinderopvangtoeslag (“BAK”) heeft half december ongevraagd advies uitgebracht over de rol en positie van de Commissie Werkelijke Schade (“CWS”), de opdracht die de CWS heeft gekregen en de invulling die daaraan wordt gegeven.

De CWS heeft met belangstelling kennis genomen van het advies van de BAK. De CWS is doorlopend bezig met verbeteringen in het proces en de werkwijze van de CWS. Alles met als doel om de gedupeerde ouders zo goed en voortvarend mogelijk te helpen. Gevraagde en ongevraagde adviezen van onder andere de BAK en het Ouderpanel kunnen hieraan bijdragen.

De CWS is aanvankelijk niet gevraagd om een reactie op het advies van de BAK. Hier hebben in het voortraject ook geen gesprekken over plaatsgevonden tussen de BAK en de CWS. Het lijkt erop dat er door de BAK voor het advies gebruik is gemaakt van bronnen die niet in alle opzichten de meest recente stand van zaken weergeven. Vanuit de CWS is de behoefte uitgesproken om de BAK van nadere feitelijke informatie te voorzien.

Onlangs heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de voorzitter en secretaris van de BAK en de voorzitter en een teamleider van de CWS. Daarin is de afspraak gemaakt dat er vanuit de CWS een separate reactie volgt op het advies van de BAK. Deze reactie zal als addendum aan het advies worden toegevoegd. Daarnaast zal het advies op onderdelen zo nodig worden aangepast. De financiële commissie van de Tweede Kamer wordt ingelicht dat dit proces nog loopt.

In dit document reageert de CWS op het advies van de BAK. Bij de reactie van de CWS is zoveel mogelijk de volgorde aangehouden van het BAK advies. Soms is er vanwege de inhoudelijke samenhang voor gekozen om zaken samen te voegen. Voor de overzichtelijkheid is (ook daarom) gekozen voor het werken met tussenkopjes.

De reactie van de CWS betreft een reactie op hoofdlijnen en is niet limitatief.

### **De CWS als onderdeel van de herstelketen**

Het advies van de BAK stelt dat de CWS is ingesteld als sluitstuk van de herstelketen. Deze stelling kan zonder nadere toelichting mogelijk voor verwarring zorgen. Het klopt dat gedupeerden bij UHT eerst de fases doorlopen van de lichte toets en toekenning van de eerste 30K, en vervolgens van de Integrale Beoordeling (IB). Dit houdt verband met de gedachte(n) achter het instellen van de CWS, waarin werd beoogd dat zonder een al te grondig onderzoek al een aantal vaste stappen zou kunnen worden doorlopen richting herstel. Als het aankomt op financiële compensatie bepaalt de wet nauwkeurig welke stappen dat zijn. Wanneer de gedupeerde ouder van mening is dat zijn werkelijke schade hoger ligt dan op basis van (grotendeels) gestandaardiseerde en forfaitaire bedragen voor



bepaalde schadeposten door UHT wordt toegekend, kan een ouder om een individuele beoordeling door de CWS vragen. De wettelijke basis hiervoor is art. 2.1 lid 3 van de Wet Hersteloperatie toeslagen (“WHT”).

De CWS toetst daarbij per geval aan de hand van de individuele omstandigheden, waarbij de gegevens afkomstig zijn van zowel UHT als de betrokken ouder. Het uitgangspunt is dat het aan de ouder is om de aanvullende werkelijke schade aannemelijk te maken en hiervoor informatie te verschaffen. Dit volgt uit de WHT (hiervoor: artikel 4.2 van de Compensatieregeling).

Gezien de tijd die hiermee is gemoeid, werd aanvankelijk inderdaad gedacht aan een beperkt aantal verzoeken, zoals de BAK in het advies aangeeft. Momenteel heeft de CWS echter al meer dan 1100 dossiers in behandeling genomen, terwijl de termijn voor het indienen van een verzoek pas eind 2023 afloopt (en vermoedelijk zal worden verlengd, gezien de vertraging die in het hele proces is ontstaan). Dit betekent dan ook dat de CWS naar verwachting ruim over de 1750 verzoeken heen zal gaan, die de BAK nu in het advies als maximum noemt.

Na advisering door de CWS moet UHT een beslissing nemen op het verzoek. In zoverre is de term sluitstuk enigszins misleidend. Daarbij neemt UHT het advies over na zich ervan te hebben vergewist dat het onderzoek zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Dit betreft een marginale toets op basis van de zogenaamde “vergewisplicht” (artikel 3:9 Awb). Tegen die beslissing (beschikking) van UHT staat vervolgens nog bezwaar en beroep open. Al met al kan er derhalve na het advies van de CWS nog behoorlijk wat tijd overheen gaan voordat de betrokkene weet waar hij aan toe is.

### **Bejegening van ouders**

Volgens de BAK zien ouders de CWS als logische volgende stap, na hun integrale beoordeling. De vraag is waarom. Vinden ouders de financiële compensatie na de IB onvoldoende, of gaat het hen om andere zaken? Willen ze bijvoorbeeld ook begeleid worden in hun emotionele herstel? Ouders willen volgens de BAK “recht gedaan worden voor de schade die zij hebben geleden”. Met andere woorden, ook immateriële schade zoals emotionele schade zou in beeld moeten worden gebracht. Mogelijk zouden hiervoor ook andere voorzieningen kunnen worden getroffen. Echter, UHT heeft het aanbod op dit punt na verloop van tijd teruggebracht. De CWS spreekt tijdens de toelichtingsgesprekken veel ouders die zeggen: “Dit is voor het eerst dat er echt naar ons wordt geluisterd”. Dat is nog voordat de ouders weten welk bedrag er al dan niet aan hen zal worden toegekend. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de toelichtingsgesprekken meerdere doelen dienen; zonder dat het extra tijd kost kan er op deze wijze dus ook aan een andere vorm van herstel worden gewerkt, en dat is positief.

Wij lezen dit niet terug in het oordeel van de BAK op dit punt. Daarin valt te lezen dat de CWS niet alleen wordt geconfronteerd met grotere aantallen maar ook met “begrijpelijke verwachtingen van gedupeerde ouders die zij niet kunnen waarmaken”. Het is onduidelijk wat de BAK precies bedoelt met deze verwachtingen en of die over financiële compensatie gaan dan wel over andere zaken, zoals het emotionele herstel. De vraag is ook met welke ouders is gesproken en in welke periode. Dat is wel van belang; de ervaringen van een specifieke groep (zoals een ouderpanel) hoeven niet

representatief te zijn voor de hele groep ouders. Binnenkort laat de CWS het voeren van de toelichtingsgesprekken extern evalueren door Motivaction, een onafhankelijk onderzoeksbureau. Dit kan bijdragen aan een beter beeld van wat ouders ervaren.

### **Positie en rol Commissie Werkelijke Schade**

De BAK plaatst in het advies ook een aantal kanttekeningen bij de positie van de CWS. Wij delen de opvatting dat de CWS onderdeel is van de herstelketen. Dat een onafhankelijke en onpartijdige rol in de weg staan van het werken met een eigen verzoekformulier, delen wij niet. Dit blijkt ook uit voorbeelden elders, zoals het onafhankelijke Schadebureau Noord-/Zuidlijn van de gemeente Amsterdam en de onafhankelijke Commissie Mijnbouwschade in Groningen. De bestuursrechtelijke positie van de CWS is lastig te duiden omdat zij weliswaar een (deskundigen)adviseur is, en vanuit die deskundigheid ook de publieke taak heeft gekregen om aanvragen te toetsen en van advies te voorzien, maar niet zelf over de schadeafhandeling beslist. Het verzoekformulier is bedoeld om de ouder te helpen de juiste informatie te verschaffen om een goed advies te kunnen uitbrengen.

Over de positie van de CWS zegt de BAK daarnaast het volgende:

*“De BAK ziet echter een meer fundamenteel probleem in de rol en positie van de CWS. De CWS is in het leven geroepen met een specifieke bedoeling en opdracht: in incidentele gevallen geeft een aantal deskundigen een advies op maat over de schadebeoordeling en -afhandeling. De CWS leek daarmee een hulpconstructie buiten het herstelproces / het systeem. De BAK is van mening dat er onvoldoende regie is gevoerd – zowel vanuit UHT als door de CWS zelf – om die positie van de CWS te bewaken. De CWS is namelijk al vrij snel het systeem ingetrokken en onderdeel geworden van dat systeem, doordat veel meer gedupeerde ouders dan op voorhand werd verwacht, zich tot de CWS wendden. Volgens de BAK is deze ontwikkeling te verklaren doordat het binnen het systeem lijkt te ontbreken aan een structurele en stevig verankerde plek waar gedupeerde ouders terecht kunnen voor beoordeling en waardering van hun materiële en immateriële schade. Van de hulpconstructie die CWS had moeten zijn, mag deze rol niet worden verwacht. Sterker nog, zij kan dit ook niet waarmaken. De onvrede die hierover bij alle betrokkenen is ontstaan, is begrijpelijk en vanzelfsprekend onwenselijk. In dat licht waarschuwt de BAK voor symptoombestrijding in plaats van het daadwerkelijk aanpakken van de oorzaken van het probleem. De BAK heeft waardering voor de inzet vanuit het ministerie om alternatieven uit te werken die de CWS kunnen ontlasten. We noemen bijvoorbeeld de vaststellingsovereenkomst (nog in de pilotfase), mediation en de inrichting van een fast lane bij de CWS voor relatief eenvoudige en kleine schadeverzoeken. De BAK kan zich voorstellen dat deze varianten zouden kunnen werken, mits voor gedupeerde ouders op voorhand duidelijk is wat zij hiervan mogen verwachten en wat dit van hen zelf vraagt. De BAK is beducht voor verplaatsing van het probleem en het wekken van nieuwe verwachtingen bij gedupeerde ouders die onvoldoende waargemaakt kunnen worden.”*

De conclusie hierboven kunnen wij niet plaatsen in het licht van de Instellingsregeling en de Wet Hersteloperatie toeslagen. De CWS is nooit bedoeld als een hulpconstructie buiten het herstelproces. Vanaf het allereerste begin heeft de staatssecretaris ons gezegd dat de CWS een integraal onderdeel uitmaakt van de hersteloperatie. Wij hebben dus zeker niet onvoldoende regie gevoerd om buiten het systeem te blijven, onze opdracht was juist vanaf het begin om integraal onderdeel te zijn van het systeem. Bovendien is de CWS wel degelijk een structurele en stevig verankerde plek waar ouders terecht kunnen met hun materiële en immateriële schade. Tot nu toe heeft nog geen enkele belangenorganisatie van ouders of gemachtigden aangegeven dat dit niet zo is. Deze interpretatie door de BAK van wat de rol en positie van de CWS vanaf het begin zou moeten zijn geweest, herkennen wij dan ook niet uit de bestaande regelingen en documenten. Graag gaat de CWS hierover verder met de BAK in gesprek.

### **Moeten ouders op een niet-gejuridificeerde behandeling kunnen rekenen bij de CWS?**

De BAK pleit ervoor dat gedupeerden erop mogen vertrouwen dat in alle fasen van de hersteloperatie dezelfde (kern)waarden en uitvoeringsprincipes gehanteerd worden, maar ook dat aanpassing in de processen plaats kan vinden op basis van evaluaties van de uitvoeringspraktijk. Het uiteenlopen van de principes tussen UHT en CWS (forfaitaire toekenning en omgekeerde bewijslast versus werkelijke schadeberekening en aannemelijk maken door de ouder), vindt de BAK in dat opzicht problematisch. De BAK vindt dat gedupeerde ouders ook in de latere fasen – schadeafhandeling en nazorg – op een niet-gejuridificeerde aanpak moeten kunnen rekenen, en dat de juridische benadering eigenlijk alleen voor bezwaar en beroep zou moeten gelden.

Deze conclusie van de BAK verhoudt zich naar onze mening niet goed tot de Wet Hersteloperatie Toeslagen en andere toepasselijke regelingen. Op basis daarvan moet de ouder immers aannemelijk maken dat “overeenkomstig het civiele schadevergoedingsrecht” sprake is van aanvullende werkelijke schade. Aangezien de CWS hierover moet adviseren, en het dus om een toetsing (mede) aan de hand van het toepasselijke recht moet gaan, is een toetsing aan juridische uitgangspunten een onvermijdelijk en noodzakelijk onderdeel van een advies van de CWS. Dat wil overigens niet zeggen dat alleen vanuit een juridische bril wordt gekeken.

De conclusie van de BAK dat de juridische benadering alleen voor bezwaar en beroep zou moeten gelden staat daarmee haaks op een van de pijlers in de wettelijke regeling die de grondslag vormt voor aanvullende schadevergoeding.

Dat neemt niet weg dat de CWS de opvatting van de BAK deelt dat in de wijze waarop met verzoeken wordt omgegaan niet onnodig moet worden gejuridificeerd, en zoveel mogelijk recht moet worden gedaan aan het verhaal achter het verzoek. Ook moeten aan ouders niet te zware eisen worden gesteld als het gaat om het aannemelijk maken van de schade, zie daarover hierna.

### **Ruimhartigheid mede in relatie tot bewijslast**

Naast rechtmatigheid is ook de wens om ruimhartig (of zo men wil coulant) te zijn een belangrijk uitgangspunt. Dit vertaalt zich op verschillende wijzen, o.a. in de omgang met bewijslast. De BAK zegt hierover het volgende:

*“De huidige aanpak (i.e. op basis van lichte toets toekenning van €30K en de omkering van de bewijslast) en de voorgestelde kernwaarde om uit te gaan van keuzevrijheid van de gedupeerde, kunnen ertoe leiden dat gedupeerden meer compensatie en schadevergoeding krijgen dan waar zij volgens de normen van rechtmatigheid aanspraak op zouden kunnen maken. De BAK is van mening dat ruimhartigheid boven rechtmatigheid gaat en dat dit geen punt van discussie mag zijn.”*

De BAK lijkt hiermee aan te geven dat ruimhartigheid altijd boven rechtmatigheid moet gaan. Dit laatste voert te ver. De keerzijde van ruimhartigheid als grondslag voor (over)compensatie is immers het risico op willekeur en rechtsongelijkheid. Aan de ene kant moet de overheid er dus voor waken te ruimhartig schade te vergoeden en dient de vergoeding te berusten op een weging van juridische uitgangspunten zoals oorzakelijk verband, de ernst van de fout van de overheid, redelijke toerekening, etc. Aan de andere kant geldt als eis dat als de burger terecht een schadeverzoek indient de overheid moet faciliteren dat de schade soepel en zonder al te veel kosten en ergernis afgewikkeld kan worden (rapport Behoorlijk omgaan met schadeclaims, Nationale Ombudsman, rapportnr. 2009/135). Dit laatste betekent ook dat uitgangspunt is dat de ouder geen (of althans geen onnodige of onredelijke) bewijslast krijgt opgelegd, maar uitsluitend aannemelijk hoeft te maken dat hij schade heeft geleden als gevolg van het overheidshandelen.

#### **Schadeafhandeling zoals nu door de CWS gebeurt deels opnemen in de Integrale Beoordeling?**

De BAK doet ook uitspraken over de uitbreiding van het traject van de Integrale Beoordeling. Een belangrijke passage in het advies hierover is de volgende:

*“In de kern adviseert de BAK om recht te doen aan de rol en de positie die oorspronkelijk aan de CWS waren toebedeeld. En om tegelijkertijd in het herstelproces zelf ruimte te scheppen voor een transparante en ruimhartige manier van schadebeoordeling en -afhandeling. De ontwikkeling van het beoordelingskader voor bepaling van immateriële schade vindt de BAK een goede stap, evenals de plannen om tot een vergelijkbaar kader te komen voor bepaling van materiële schade. Doordat hierbij sprake is van een meer methodische aanpak met forfaitaire bedragen zou de schadeafhandeling een plaats kunnen krijgen in de integrale beoordeling, en daarmee dus integraal onderdeel kunnen worden van het herstelproces.”*

Dit voorstel is al meerdere malen door verschillende politieke partijen en belangenorganisaties gedaan, onder meer in het herijkingsproces. Steeds komt men zowel binnen UHT als het ministerie van Financiën tot de conclusie dat dit zich niet verhoudt met de uitgangspunten van de vergoeding van werkelijke schade en maatwerk. De CWS raadt dit sterk af. Dit zou afbreuk doen aan het specialistische karakter van de advisering en de noodzaak te kijken naar de individuele omstandigheden van elk geval. Wel is de CWS doende een “trage” uit te werken waarbij aan de voorkant wordt bekeken of zaken die op het bordje van de CWS komen daadwerkelijk daar thuishoren, of een ander, sneller traject kunnen volgen. Hierbij zullen ook de andere ketenpartners worden betrokken.

**Tot slot**

Belangrijk is dat binnen de herstelketen dezelfde beelden bestaan bij ieders rol en positie, en dat van daaruit heldere afspraken worden gemaakt over samenwerking vanuit het gezamenlijke doel. De komende tijd zal daarover op initiatief van de nieuwe voorzitter van de CWS het gesprek worden gevoerd met alle betrokken partijen, inclusief ervaringsdeskundigen vanuit de ouders. Dit om ervoor zorg te dragen dat verzoeken van ouders om aanvullende schade onafhankelijk, rechtvaardig, ruimhartig en zo voortvarend mogelijk worden afgedaan.