

ABRvS van 24 april 2013, LJN: BZ8406, zaaknr. 201202458/1/A2 en 201202462/1/A2

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BZ8406>

Art.: 14 en 16, lid 5, Awir, 2:16, 3:4, lid 2, 7:2, lid 1, 7:3, sub b, 8:72, lid 3 en 4, Awb

Trefw.: Belastingdienst/Toeslagen, kinderopvangtoeslag, digitale aanvragen door een derde, toekenning, voorschotten, overmaking op rekening derde, terugvordering, elektronische handtekening, DigiD, betrouwbaarheid, risico identiteitsfraude bij de aanvrager, systeemfraude toeslagsysteem, opsporingsonderzoek FIOD, afzien van horen wegens kennelijke ongegrondheid bezwaar, evenredigheidsbeginsel, griffierechten

Samenvatting

Op 5 maart 2010 zijn op naam en adres van appellant door een derde digitale aanvragen kinderopvangtoeslag voor de jaren 2009 en 2010 door de Belastingdienst/Toeslagen ontvangen. Bij besluiten van 4 en 6 mei 2010 is aan appellant voor deze jaren een voorschot kinderopvangtoeslag toegekend van in totaal ruim 50.000 euro. Deze bedragen zijn op het rekeningnummer van deze derde overgeboekt. Bij besluiten van 12 augustus 2010 is bepaald dat appellant geen recht heeft op deze kinderopvangtoeslag en dat de eerder verleende voorschotten dienen te worden terugbetaald. Niet in geschil is dat appellant over de jaren 2009 en 2010 geen recht had op kinderopvangtoeslag. Partijen zijn verdeeld over de vraag of de aanvragen die op naam van appellant zijn ingediend in dit geval ook voor diens rekening komen, zodat de Belastingdienst de ten onrechte uitgekeerde voorschotten ingevolge artikel 16, vijfde lid, Awir bij hem mag terugvorderen. Appellant voert tevens aan dat de rechtbank heeft miskend dat de Belastingdienst hem ten onrechte niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn bezwaren mondeling toe te lichten.

De Afdeling oordeelt ten aanzien van het niet-horen in bezwaar als volgt.

Het horen vormt een essentieel onderdeel van de bezwaarschriftprocedure. De beslissing om met toepassing van artikel 7:3, aanhef en onder b, Awb van horen af te zien dient te worden genomen op grond van hetgeen in het bezwaarschrift is gesteld. Hetgeen appellant hierin heeft aangevoerd ten betoge dat hij de aanvraag niet zelf heeft ingediend en dat hij de kinderopvangtoeslag niet zelf heeft ontvangen, rechtvaardigde niet de conclusie dat reeds aanstonds duidelijk was dat zijn bezwaren ongegrond waren en daarover redelijkerwijs geen twijfel mogelijk was. Het besluit op bezwaar is derhalve in strijd met artikel 7:2, eerste lid, Awb tot stand gekomen. De aangevallen uitspraken en dat besluit komen reeds hierom voor vernietiging in aanmerking. Met het oog op artikel 8:72, derde of vierde lid, Awb gaat de Afdeling vervolgens over tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil.

Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte als vaststaand feit heeft aangenomen dat hij de aanvragen kinderopvangtoeslag over 2009 en 2010 zelf heeft ingediend. Volgens hem heeft identiteitsfraude plaatsgevonden en zijn de aanvragen door een voor hem onbekende derde, een Haagse BV, ingediend. De toeslag is op het rekeningnummer van deze BV overgemaakt, waardoor hij zelf nooit de beschikking heeft gehad over het geld. Nu dit rekeningnummer niet op naam van appellant staat en de aanvragen ook andere fouten bevatten, heeft de Belastingdienst door zonder nader onderzoek de voorschotten kinderopvangtoeslag op het rekeningnummer over te maken, onzorgvuldig gehandeld en mag het deze voorschotten niet bij hem terugvorderen. Dat dergelijke fraude door middel van DigiD mogelijk is, toont aan dat DigiD onvoldoende betrouwbaar is en niet aan het vereiste van een elektronische ondertekening als bedoeld in artikel 2:16 van de Awb voldoet, aldus appellant.

Ingevolge artikel 2:16 Awb is aan het vereiste van ondertekening voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. Ingevolge artikel 14, eerste lid, van de Awir, wordt een tegemoetkoming op aanvraag toegekend door de Belastingdienst. Deze kan daarbij in beginsel uitgaan van de juistheid van een aanvraag. Vast staat dat de Belastingdienst op 5 maart 2010 een digitale aanvraag om tegemoetkoming kinderopvangtoeslag voor de jaren 2009 en 2010 heeft ontvangen op naam en adres van appellant. Voor het indienen daarvan is vereist dat deze door de aanvrager met zijn

DigiD wordt ondertekend. DigiD is een persoonlijke inlogcode, voorzien van een wachtwoord, waarmee een persoon zich kan identificeren op websites van de overheid. Nu de aanvraag op naam van appelland is gedaan, moet het er in beginsel voor worden gehouden dat de aanvraag door hem is ingediend, of dat de aanvraag is ingediend door iemand aan wie appelland zijn DigiD ter beschikking heeft gesteld. In het laatste geval zijn de aanvragen aan appelland toe te rekenen. De gebruikersnaam en het wachtwoord voor de DigiD zijn immers strikt persoonlijk. Het voorgaande laat onverlet dat ter zitting is komen vast te staan dat het gedurende een beperkte periode in 2010 mogelijk is geweest om met een DigiD een aanvraag in te dienen op naam van een ander. Het kan dan ook niet uitgesloten worden geacht dat een derde door middel van een door hem aangemaakte DigiD een aanvraag op naam van appelland heeft ingediend, zonder dat appelland hiervan op de hoogte was. In dat geval zijn de aanvragen niet aan appelland toe te rekenen. De FIOD heeft geen uitputtend onderzoek gedaan. Bovendien zijn ook andere gevallen bekend waarbij de Haagse BV toeslagen op naam dan wel met de DigiD van anderen heeft aangevraagd. Onder deze omstandigheden heeft de Belastingdienst op grond van de beschikbare gegevens de aanvragen dan ook niet aan appelland mogen toerekenen. Dit betekent dat de Belastingdienst in dit geval de reeds uitbetaalde voorschotten niet van appelland mocht terugvorderen. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Voor zover appelland betoogt dat de rechtbank ten onrechte twee uitspraken heeft gewezen waardoor in hoger beroep twee keer griffierecht moest worden betaald, slaagt dit betoog eveneens. De rechtbank heeft niet onderkend dat de Belastingdienst voor de jaren 2009 en 2010 één besluit op bezwaar heeft genomen waartegen één beroepschrift is ingediend. De omstandigheid dat de rechtbank twee uitspraken heeft gedaan waardoor appelland ingevolge artikel 51, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, voor het hoger beroep tweemaal griffierecht was verschuldigd, dient daarom niet voor diens rekening te komen.

Noot

1. Dit is de eerste maal dat de Afdeling een verweer van DigiD-fraude, dus identiteitsfraude, accepteert bij de terugvordering door Belastingdienst/Toeslagen van eerder verstrekte voorschotten kinderopvangtoeslag. Een zwaluw maakt echter nog geen zomer. Hoewel deze zaak door de ondersteuning van een vasthoudende en creatieve advocaat voor betrokkenen dus goed afloopt, zet deze wel de schijnwerper op de risico's van het toeslagsysteem. Niet alleen door de inrichting van het elektronische werkproces door Belastingdienst/Toeslagen en de beperkingen van DigiD als elektronische handtekening, maar ook door de vaste rechtspraak van de Afdeling. Sinds de crisis over de Bulgaren-fraude (Kamerstukken II 2012/13, 17050, nrs. 429 t/m 432), die de staatssecretaris van Financiën bijna de politieke kop kostte, is algemeen bekend dat het toeslagsysteem sterk onder druk staat van georganiseerde criminaliteit. Uitgaande van het procesdossier, dat ik door welwillende medewerking van de advocaat van appelland geanonimiseerd ter beschikking kreeg, is aannemelijk dat het in deze zaak gaat om een onderdeel van de grootschalige systeemfraude (toeslagen en voorlopige teruggaven belastingen) op basis van identiteitsfraude en - misbruik, met name in Rotterdam en Amsterdam, die in 2010 in de pers kwam, destijds veel politieke aandacht heeft gekregen en niet alleen tot belangrijke wetsaanpassingen heeft geleid maar, als onderdeel van de wijziging van het uitvoeringsproces, ook tot aanpassing van de DigiD-authenticatie. Appelland heeft deze relatie ook gelegd, door in (hoger) beroep naar het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op kamervragen over grootschalige fraude door middel van DigiD met kinderopvang-, huur- of zorgtoeslagen (Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 33) te verwijzen. Hoewel uiterst cryptisch verwoord, is deze verwijzing ook in de overwegingen van de Afdeling terug te vinden. Deze grootschalige systeemfraude deed zich vooral voor in Rotterdam en Amsterdam. Deze betrof niet alleen toeslagfraude, maar ook belastingfraude op basis van een voorlopige teruggaaf (Vgl. Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 1324). Een aantal van deze zaken hebben inmiddels geresulteerd in strafrechtelijke veroordelingen door enkele rechtbanken. Sindsdien is ook meer publieke informatie beschikbaar over de modus operandi, het grootschalige en georganiseerde karakter van deze grootschalige fraudes en de zwakke punten in het digitale werkproces van Belastingdienst/Toeslagen, waarvan voorschotverlening (zonder onderzoek) en eventuele terugvordering (op basis van onderzoek) op een later tijdstip de kern vormen. Overigens is grootschalige toeslagfraude geen nieuw verschijnsel. In de Verenigde Staten en Engeland is reeds

veel eerder over dit type systeemfraude door georganiseerde criminaliteit gerapporteerd, evenals over de grote bedragen die daarmee gemoeid zijn. Vandaar, met name in de VS, de grote aandacht voor identiteitsfraude bij de uitvoeringsorganisaties.

2. In dit type zaken is sprake van een dubbele wisselwerking. Allereerst die tussen wetgeving – in dit geval de Awb en de Awir - die elektronische uitvoeringsprocessen faciliteert, en de feitelijke inrichting ervan, alsmede wat inrichtingsvoorwaarden en rechtsbescherming betreft die tussen de uitvoering en het door de rechter - in toelagzaken de Afdeling bestuursrechtspraak - gehanteerde normatieve toetsingskader. Zo is het niet-horen van de bezwaarde in de voorliggende casus rechtstreeks herleidbaar tot de vaste rechtspraak van de Afdeling. De uitkomst werd immers al als op voorhand vaststaand aangenomen. Het is om die reden dat, hoe positief ook de uitkomst in de hiervoor opgenomen uitspraak, deze niet kan worden losgezien van de vaste rechtspraak van de Afdeling, die overigens in deze uitspraak opnieuw wordt bevestigd. De door de Afdeling aan het gebruik van DigiD verbonden rechtsgevolgen voor degene op wiens naam een DigiD is afgegeven, vormen hierin een centraal element. Hoewel niet genoemd gaat het daarbij om uitleg en toepassing van artikel 2:16 van de Awb, als implementatie van de EU-richtlijn elektronische handtekeningen.

3. Eerst echter iets over de achterliggende casus bij deze uitspraak. Vanaf het bezwaarschrift tegen de terugvordering door Belastingdienst/Toeslagen van verleende kinderopvangtoeslagen heeft appellant drie verweren gevoerd, te weten: (a) dat hij geen aanvraag kinderopvangtoeslag had gedaan, geen beschikkingen had ontvangen en evenmin een voorschot op zijn rekening kreeg overgeboekt, (b) dat hij ten tijde van aanvraag en voorschotverlening niet beschikte over een DigiD en dus geen elektronische aanvraag kon hebben ingediend en (c) dat de gedane aanvraag zodanige fouten en ongerijmdheden bevatte, dat Belastingdienst/Toeslagen gezien de reeds bij deze uitvoeringsinstantie aanwezige (toeslag)informatie over zijn, in Rotterdam wonende gezin, bij de voorschotverlening had moeten zien, dat de aanvraag kinderopvangtoeslag niet van hem afkomstig kon zijn. Vandaar het verweer van een onzorgvuldige voorschotverlening. Uit nadere informatie door Belastingdienst/Toeslagen aan betrokkene was inmiddels gebleken, dat de elektronische aanvraag kinderopvangtoeslag door een bemiddelingsbureau was ingestuurd, onder gebruikmaking van diens DigiD, en de verleende voorschotten voor de jaren 2009 en 2010 op de rekening van dit bureau waren overgeboekt. Uit nader onderzoek door de advocaat van appellant in de beroepszaak bleek, dat het bemiddelingsbureau een in Den Haag gevestigde BV was (doelomschrijving: Import en export van levensmiddelen en zuidvruchten, alsmede het kopen en verkopen van winkeldochters, groothandel in rijst), die op 21 september 2011 door de Kamer van Koophandel is ontbonden op grond van de in artikel 2:19a, eerste lid, BW genoemde omstandigheden. Het rekeningnummer van deze BV bleef echter bestaan.

4. In bezwaar werd niet inhoudelijk op het vervoerde verweer ingegaan. Met een beroep op de artikelen 17, eerste lid, en 24, tweede en derde lid, van de Awir werd het bezwaarschrift kennelijk ongegrond verklaard, waarbij met een beroep op artikel 7:3 Awb werd afgezien van het horen van belanghebbende.

Uit het bij de rechtbank ingediende beroepschrift blijkt, dat veronderstelde aanvrager inmiddels door de FIOD als verdachte was verhoord. Van dit verhoor is proces-verbaal opgemaakt. Betrokkene kreeg dat stuk niet uitgereikt, maar beriep zich daar bij de bestuursrechter wel op (artikel 8:42 Awb), echter tevergeefs. Uit het verdere verloop blijkt dat de FIOD deze zaak verder heeft laten rusten, dus actief heeft afgezien van voortzetting van het opsporingsonderzoek naar oplichting c.a. Belastingdienst/Toeslagen voert in beroep bij de rechtbank Den Haag het volgende verweer: (a) eiser heeft nooit op de voorschotbeschikkingen gereageerd (betrokkene was tussentijds verhuisd), (b) ingevolge de vaste rechtspraak van de ABRvS, in het bijzonder de uitspraak van 30 maart 2011, LJN: BP9546, moet teruggevorderd worden en (c) Belastingdienst/Toeslagen heeft als beleid dat onverschuldigd betaalde bedragen altijd worden teruggevorderd omdat het gaat om publieke middelen die rechtmatig besteed moeten worden, wel is er de mogelijkheid van een betalingsregeling (standaard of op maat). Hierop reagerend verwees de advocaat van appellant naar perspublicaties over de kwetsbaarheid van DigiD

(“DigiD zo lek als een mandje”), met name door het onderscheppen of verduisteren (PostNL) van toegezonden post met de activeringscode van DigiD, met een beroep op artikel 2:16 Awb stellend, dat gezien de tekortschietende betrouwbaarheid van DigiD in de digitale aanvragen van 5 maart 2011 niet aan het vereiste van ondertekening was voldaan.

Uit het proces-verbaal van de zitting van de enkelvoudige kamer van de rechtbank Den Haag van 18 januari 2012 blijkt, dat appelland eerst toen van de zijde van de Belastingdienst hoorde dat eerder eenzelfde procedure bij de rechtbank Dordrecht was gevoerd, waar de Haagse BV bij was betrokken. In dat geval waren de aanvragen op een vergelijkbare wijze ingevuld en ook daar zijn poststukken tussentijds kwijtgeraakt. Het helpt appelland echter niet. Uit het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak van 25 januari 2012 wordt het beroep ongegrond verklaard. Naar hieruit blijkt heeft de rechtbank zich mede laten leiden door de vaststelling dat gesteld nog gebleken is dat eiser aangifte heeft gedaan tegen de Haagse BV wegens gebruik van privacygevoelige gegevens voor de fraudeaanvraag. Afsluitend oordeelt de rechtbank: “De enkele ontkenning van de ontvangst van deze beschikking (voorschotverlening, schr.) kan de rechtbank niet tot het oordeel leiden dat verweerder niet mocht uitgaan van de op dat moment bekende gegevens van de aanvraag. Gelet op het voorgaande concludeert de rechtbank dan ook dat een aanvraag is ontvangen bij verweerder en in overeenstemming met de bij verweerder door te lopen procedure is afgehandeld.” Het is tegen deze uitspraak van de rechtbank Den Haag dat hoger beroep bij de Afdeling is ingesteld.

5. Hiervoor noemde ik reeds, dat inmiddels een reeks strafzaken zijn gevoerd tegen de plegers van hier aan de orde zijnde systeemfraude (belasting- en toeslagfraude), waaronder identiteitsfraude. In een aantal gevallen is de werkwijze van de daders beschreven, waaronder ook het op oneigenlijke gronden verkrijgen en gebruiken van DigiD's van derden, gebruikmakend van kennistekorten en gebrek aan digitale vaardigheden (werven in de moskee), verduistering en onderscheppen van poststukken en het zelfstandig aanvragen van DigiD's op basis van onrechtmatig verkregen persoonsgegevens, waaronder burgerservicenummers. Zie al dan niet in onderlinge samenhang, de uitspraken van de rechtbank Amsterdam van 14 januari 2010, BK9414, van 10 januari 2011, LJN: BO7197 en LJN: BO7198 en van 8 december 2011, LJN: BV1468; van de rechtbank Rotterdam van 5 september 2012, LJN: BX6605; van de rechtbank Dordrecht van 20 juli 2010, LJN: BN5089, BN5090, BN5093 en BN5094, de rechtbank Den Haag van 16 april 2012, LJN: BX0774 en van de rechtbank Zutphen van 23 mei 2012, LJN: BW6473.

6. Zoals hiervoor opgemerkt is sindsdien de wetgeving op een aantal punten gewijzigd. Dat gebeurde via de Wet Overige fiscale maatregelen 2012, Stb. 2011, 640. Deze wet voorziet in een groot aantal uitzonderingsbepalingen op de Awb. Ook de Wet inkomensafhankelijke regelingen is hierin gewijzigd. Zie in dit verband tevens de reactie van staatssecretaris Weekers in een brief aan de Tweede Kamer op het “actieboek” van AbvoKabo FNV over de Belastingdienst, Kamerstukken II 2011/12, 31066, nr. 127, met name over risicoselectie en het voorkomen van fraude via “intelligence”. De Bulgaren-fraude, waarover recent zoveel ophef ontstond, is een nieuwe vorm van systeemfraude, waarbij via georganiseerde criminaliteit is ingezet op de zwakheden van het inschrijvingsproces in de GBA en de daaraan gekoppelde uitgifte van een burgerservicenummer, op basis waarvan een DigiD kon worden verkregen. Op basis hiervan lag de weg naar het toeslagsysteem open. Het lijkt er op dat deze zaak vooral aan het rollen kwam door ruzie tussen fraudeurs en hun Bulgaarse “katvangers”. Dat Belastingdienst/Toeslagen de problematiek van de grootschalige toeslagfraude niet onder controle had/heeft en mogelijk ook niet kan krijgen, was/is breed bekend. Het wordt steeds duidelijker dat digitale uitvoeringsprocessen nieuwe vormen van (georganiseerde) criminaliteit uitlokken. De efficiencywinst in de uitvoering vloeit derhalve gedeeltelijk weg via uitkeringsfraude. Preventiemaatregelen in de vorm van “intelligence”, dat wil zeggen integriteitsprofilering van individuele aanvragers, zal vrijwel zeker protesten gaan uitlokken op basis van privacy-overwegingen, nog afgezien van aan het gelijkheidsbeginsel te onttelen bezwaren tegen een gedifferentieerde uitvoeringspraktijk. Zie in dit verband de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 7 september 2011 met betrekking tot controlemaatregelen bij de uitgifte in persoon van de

rijkspas aan ambtenaren, alsmede mijn noot bij deze uitspraak (Rb. Den Haag van 7 september 2011, JB 2011/245). Opmerkelijk is dat de minister van BZK van deze uitspraak van de rechtbank, waarin de beveiligingvoorziening bij uitgifte om privacyredenen de facto werd gereduceerd, niet in hoger beroep is gegaan. Alleen al om principiële redenen had dat moeten. Onder het beslag van de nieuwe EU Privacy-verordening, zoals thans bij het Europees Parlement aanhangig, worden de eisen met betrekking tot “(risico)profilering” nog verder aangescherpt, in het verlengde van aanbevelingen van de Raad van Europa op basis van het Europees Dataoverdrag van 1981.

Ook overigens is het werken met (ongevraagde) voorschotten in combinatie met eventuele terugvorderingen uit een oogpunt van uitvoerbaarheid van het toeslagensysteem, als moderne vorm van “armoedeval”, terecht aan kritiek onderhevig. Deze inrichting van het besluitvormingsproces impliceert een groot financieel risico voor de aanvrager. Als regel gaat het om financieel minder draagkrachtige groepen. Terugvordering, hoe terecht ook, kan betrokkenen net over de armoedegrens duwen. Dat geldt in het bijzonder voor de toeslag kinderopvang, waarbij het, zoals ook uit de hiervoor opgenomen uitspraak blijkt, als regel om grote bedragen gaat. Dit is geen dienstverlening aan de burger, maar het toeschuiven van uitvoeringsrisico’s (c.q. –beperkingen) naar de burger.

7. Een belangrijke trend in de ontwikkeling van een elektronische overheid is niet alleen dat efficiencywinst wordt gevonden in het verschuiven van werkzaamheden naar de burger, in het bijzonder het verplichte aanleveren van digitale documenten, maar ook, dat de aan elektronische werkprocessen verbonden risico’s worden afgewenteld op de burgers. Dit gebeurt door risicoverdeling in combinatie met bewijslastverdeling, door de wetgever, de bestuursrechter of een combinatie van beide. Krijgt de burger de bewijslast en daarmee het bewijsrisico toegeschoven, dan staat de uitkomst als regel op voorhand reeds vast. Want dan zal in veel gevallen blijken dat de burger niet over de informatie beschikt c.q. kan beschikken om voldoende weerwerk te bieden, ook in gevallen dat de noodzakelijke informatie wel bij de overheid aanwezig is. Dat het verdedigingsbeginsel hierdoor in de knel komt, zal duidelijk zijn. De jurisprudentie van de Afdeling inzake de terugvordering van verstrekte voorschotten op toeslagen illustreert dit probleem bij uitstek.

8. De vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van betwiste digitale aanvragen met gebruik van DigiD is als volgt. De eerste uitspraak waarin het probleem van de identiteitsfraude uitdrukkelijk wordt opgeworpen is, voor zover ik heb kunnen nagaan, de uitspraak van de Afdeling van 9 mei 2012, LJN: BW5245. Zoals de meeste van deze uitspraken ging ook deze over de terugvordering van een verleend voorschot kinderopvangtoeslag. De Afdeling overweegt hierin: “Zoals de rechtbank terecht en op goede gronden heeft overwogen mocht de Belastingdienst ingevolge artikel 14, eerste lid, van de Awir, de voorschotten kinderopvangtoeslag baseren op de bij hem ingediende aanvraag, die hij vanwege de gebruikte persoonlijke en geheime DigiD als van appellante afkomstig mocht beschouwen. De handelwijze van de Stichting (intermediair, schr.) bij deze aanvraag komt voor rekening van appellante, mede omdat appellante deze stichting heeft ingeschakeld. De rechtbank heeft hierbij terecht overwogen dat er voor de Belastingdienst geen aanleiding was nader onderzoek te doen. (...) De voorschotten kinderopvangtoeslag zijn toegekend aan appellante als belanghebbende. Weliswaar heeft de Belastingdienst overeenkomstig artikel 25, eerste lid, van de Awir de voorschotten door bijschrijving op een bankrekeningnummer van de stichting uitbetaald, omdat dit op het aanvraagformulier van appellante was opgegeven, maar die betaalwijze doet er, zoals de rechtbank met juistheid heeft overwogen, niet aan af dat het voorschotten aan appellante betreft en geen voorschotten aan de stichting. Daarmee faalt ook dit betoog.” De Afdelingsuitspraak van 11 juli 2012, LJN: BX1062 gaat over het risico van DigiD bij gebruik door huisgenoten, in dit geval door de voormalige echtgenote van betrokkene. Ook in dit geval is het risico voor betrokkene. “Nu de aanvraag is ondertekend met de DigiD van appellant, moet het ervoor worden gehouden dat de aanvraag door hem is ingediend. Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat zijn toenmalige echtgenote de aanvraag zonder zijn medeweten in zijn naam heeft gedaan. (...) Appellant en zijn voormalige echtgenote waren ten tijde van de aanvraag nog met

elkaar gehuwd en woonachtig op hetzelfde adres, zodat niet kan worden uitgesloten dat de gegevens (telefoon- en rekeningnummer van echtgenote, schr.) met goedvinden van appellant op het aanvraagformulier zijn vermeld.” De Afdelingsuitspraak van 18 juli 2012, LJN: BX1822, volgt eenzelfde lijn van redeneren. In dit geval ging het om eerder samenwonende partners en de terugvordering van zorgtoeslag. Hierin wordt voor het eerst overwogen, dat de Belastingdienst/Toeslagen op grond van artikel 14, eerste lid, Awir in beginsel kan uitgaan van de juistheid van een (elektronisch ingediende) aanvraag. Dat de (inmiddels vertrokken) partner zonder medeweten van appellant beide aanvragen zou hebben ingevuld, is niet aannemelijk, nu gebruikmaking van een elektronische aanvraag slechts mogelijk is met DigiD. In reactie op de klacht van betrokkene tijdens de bewaarschriftprocedure niet gehoord te zijn overweegt de Afdeling: “Appellant betoogt tevergeefs dat de rechtbank heeft miskend dat de Belastingdienst/Toeslagen artikel 7:3 van de Awb heeft geschonden door hem niet te horen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de Belastingdienst/Toeslagen, gelet op hetgeen appellant in bezwaar heeft aangevoerd, zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het bezwaar kennelijk ongegrond was.” In de Afdelingsuitspraak van 28 november 2012, LJN: BY4444, waarin het ging om terugvordering van op een rekening van een frauduleus gastouderbureau overgemaakt voorschot kinderopvangtoeslag, oordeelt de Afdeling: “Aangezien de aanvraag voor kinderopvang aan de Belastingdienst/Toeslagen is ingediend op naam van appellante moet het ervoor worden gehouden dat deze aanvraag is gedaan met toestemming van appellante, dan wel dat zij haar persoonlijke en geheime DigiD-code aan een ander heeft verstrekt. In beide gevallen komt de onjuistheid van de aanvraag voor rekening van appellante en mocht de Belastingdienst/Toeslagen ingevolge artikel 14, eerste lid, van de Awir de voorschotten kinderopvangtoeslag ingevolge artikel 14, eerste lid, van de Awir de voorschotten kinderopvangtoeslag van appellante terugvorderen. De Belastingdienst/Toeslagen hoefde niet te controleren of de tenaamstelling van het opgegeven rekeningnummer overeenkwam met de naam van appellante, te minder nu bijschrijving van de voorschotten op een rekeningnummer van een ander mogelijk is op grond van artikel 25, eerste lid, van de Awir.” De Afdelingsuitspraak van 23 januari 2013, LJN: BY9232, ligt in dezelfde lijn. Ondertekening van een aanvraag met DigiD betekent dat het er voor moet worden gehouden dat betrokkene zelf de kinderopvangtoeslag heeft aangevraagd. Dat zij het voorschot niet zelf heeft ontvangen doet daar niet aan af, nu dat is overgemaakt naar de in de aanvraag vermelde rekening.

9. De Afdelingsuitspraak van 27 december 2012, LJN: BY7306, ziet eveneens op een geval van risico's van DigiD-gebruik in de huiselijke sfeer. Ook nu weer gaat het om een geval van terugvordering van een voorschot kinderopvangtoeslag. Twee aspecten maken deze uitspraak bijzonder. Allereerst omdat de identiteitsfraude bekend is, evenals de pleegster ervan (een nicht van de echtgenoot van appellante). En voorts omdat deze uitspraak de bijzondere risico's van etnische minderheden illustreert, niet alleen uit een oogpunt van taal- en kennistekorten en digitale vaardigheden, maar ook vanwege de familiecultuur. Ook in dit geval is de Afdeling echter niet te vermurwen. De kernoverweging luidt als volgt: “De rechtbank heeft terecht en op juiste gronden overwogen dat, voor zover sprake is geweest van fraude, deze fraude heeft plaatsgevonden in de woning van appellante. Vanuit welke locatie de aanvraag is ingediend, is in dit kader niet relevant. anders dan gesteld, is niet aannemelijk geworden dat het adres van appellante is aangepast, waardoor er vanuit moet worden gegaan dat de berichtgeving van de Belastingdienst op het adres van appellante is bezorgd. De rechtbank heeft terecht overwogen dat in de woning van appellante toegang werd verkregen tot belangrijke documenten en gegevens en dat de post van appellante in haar eigen woning werd onderschept. Dat het, naar appellante stelt, binnen de Marokkaanse cultuur gebruikelijk is dat familieleden elkaar zeer frequent in de woning van een van hen treffen en dat niet geregeld bij appellante thuis kwam, waardoor zij de beschikking kon krijgen over de post, dient voor het risico van appellante te blijven. Ter zitting is voorts komen vast te staan dat appellante de behandeling van haar post aan haar nicht overliet, omdat appellante zelf de Nederlandse taal onvoldoende beheerst. Dat deze nicht zou hebben bekend dat zij fraude heeft gepleegd en dat zij hiervoor strafrechtelijk wordt vervolgd, doet aan het voorgaande niet af. De rechtbank heeft dan ook terecht en op goede gronden geoordeeld dat de fraude zich heeft afgespeeld in de risicosfeer van appellante.”

10. Met de voorliggende uitspraak wordt, zij het met behoud van het in voorafgaande uitspraken ontwikkelde toetsingskader, voor het eerst een zekere bres in het gesloten karakter ervan geslagen. Advocaat van appellant is er in geslaagd om bij de Afdeling twijfel te wekken over de vraag of hij ten tijde van de aanvraag wel over een DigiD beschikte en of hij de aanvragen kinderopvangtoeslag over de jaren 2009 en 2010 wel zelf heeft ingediend (in plaats van, zoals gesteld, door een onbekende derde), met name door een link te leggen met de inmiddels gebleken systeemfraude in Rotterdam en zijn onderzoek naar de antecedenten van de Haagse BV. Dit betekent dat de Afdeling in dit specifieke geval wel een onderzoeksplicht van de Belastingdienst/Toeslagen aanneemt. Het springende punt is dat deze uitvoeringsinstantie er niet in slaagt te achterhalen of appellant ten tijde van de aanvraag de beschikking had over een DigiD en met gebruik van wiens DigiD de aanvragen namens appellant zijn ingediend. Naar de Afdeling vaststelt kan dan ook niet worden uitgesloten dat een derde door middel van een door deze aangemaakte DigiD de aanvraag op naam van appellant heeft ingediend, zonder dat deze daarvan wist. Dit laatste is een duidelijk punt van verschil met eerdere Afdelingsuitspraken, waarin het feitelijk gebruik van zijn/haar DigiD bij de ingediende aanvraag door appellanten niet werd betwist. In dat geval, oordeelt de Afdeling, zijn de aanvragen niet aan appellant toe te rekenen. Andere relevante factoren zijn dat de FIOD geen uitputtend onderzoek heeft gedaan en van de Haagse BV andere gevallen bekend zijn waarin toeslagen op naam dan wel met de DigiD van anderen aangevraagd zijn. Onder deze omstandigheden heeft de Belastingdienst op grond van de beschikbare gegevens de aanvragen dan ook niet aan appellant mogen toerekenen en de uitbetaalde voorschotten van appellant mogen terugvorderen. Daarbij vernietigt de Afdeling het besluit op bezwaar wegens strijd met de artikelen 7:2, eerste lid, en 3:4, tweede lid, Awb, jo. artikel 16, vijfde lid, Awir, onder herroeping van het primaire besluit tot terugvordering van de uitbetaalde voorschotten.

11. Een belangrijk onderdeel van deze uitspraak is de onderzoeksplicht van de Belastingdienst/Toeslagen. Uit de processtukken blijkt, dat de uitvoeringsinstantie navraag heeft gedaan bij Logius, de uitvoeringsorganisatie (agentschap) van BZK en beheerder van DigiD, en bij de FIOD, echter geen nadere informatie inzake DigiD-gebruik had ontvangen. De FIOD heeft zijn onderzoek niet doorgezet, beschikte derhalve niet over de verlangde informatie. Bij het schrijven van deze noot heb ik navraag gedaan bij Logius naar de beschikbaarheid van deze informatie bij deze instantie. Op basis hiervan kan ik melden dat Logius zowel de uitgifte van DigiD logt, evenals de wijzigingen daarin, als ook het gebruik dat van DigiD gemaakt wordt door burgers in hun elektronisch verkeer met uitvoeringsinstanties binnen de rijksoverheid (zoals Belastingdienst/Toeslagen), zbo's alsmede met gemeenten en andere gedecentraliseerde overheden. Deze informatie wordt op verzoek aan derden-instanties binnen de overheid verstrekt, vanwege de privacy-gevoeligheid ervan echter onder strikte toepassing van de Wbp, met een voorkeur voor verzoeken via de FIOD. De vraag op wiens DigiD een aanvraag is gedaan, is derhalve achterhaalbaar. De door de Afdeling aan de uitvoeringsinstantie opgelegde onderzoeksplicht is dus terecht.

12. Een ander relevant element in deze uitspraak betreft het afzien van horen in de bezwaarschriftprocedure. De Afdeling oordeelt dat hetgeen appellant in het bezwaarschrift heeft aangevoerd ten betoge dat hij de aanvraag niet zelf heeft ingediend en dat hij de kinderopvangtoeslag niet zelf heeft ontvangen, rechtvaardigde niet de conclusie dat reeds aanstonds duidelijk was dat zijn bezwaren ongegrond waren en daarover redelijkerwijs geen twijfel mogelijk was. Derhalve is het besluit op bezwaar in strijd met artikel 7:2 Awb genomen. Nu, afgaande op de processtukken, de onderbouwing van de gestelde identiteitsfraude in het bezwaarschrift nog zeer beperkt was, kan uit deze overweging van de Afdeling worden afgeleid dat ingeval van een gestelde identiteitsfraude, in de bezwaarschriftenprocedure in beginsel gehoord dient te worden.

13. Ondanks de positieve punten in deze uitspraak, blijft het algemene toetsingskader met betrekking tot beweerde identiteitsfraude op basis van DigiD echter in tact. Om die reden dringt de vraag zich op of DigiD kan gelden als elektronische handtekening in de zin van artikel 2:16 van de Awb. Anders dan uit de Afdelingsjurisprudentie blijkt, is de afgelopen jaren veel te doen

geweest over de veiligheid en betrouwbaarheid van DigiD. Het onderzoek naar het Pobelka-botnet van het Nationaal Cyber Security Centrum van het Ministerie van Justitie heeft onder meer aan het licht gebracht, dat de overheid kwetsbaar is voor het ontvreemden van persoonsidentificerende gegevens (Kamerstukken II 2012/13, 26643, nrs. 268 en 272 (met bijlage)). Ook is DigiD de afgelopen periode geteisterd door gerichte DDoS-aanvallen, waardoor regelmatig ernstige storingen optraden. De veiligheid van DigiD is niet alleen een kwestie van de beheerder, i.c. het Agentschap Logius van BZK, maar ook van de gebruikende bestuursorganen. Vandaar dat inmiddels ICT-beveiligingsassessments bij DigiD gebruikende organisaties zijn voorgeschreven. Zie in het bijzonder Kamerstukken II 2012/13, 26643, nrs. 242, 256 en in het bijzonder 269. De resultaten van deze assessments (audit en penetratietest) moeten uiterlijk eind dit jaar bekend zijn.

Met het oog op de ambitie van dit kabinet om uiterlijk in 2017 (waar mogelijk) de overheidsadministratie gedigitaliseerd te hebben, mede om gestelde bezuinigingsdoelen te halen, is de toekomstbestendigheid van de identiteitsinfrastructuur opnieuw als actueel thema op de politieke agenda gezet (Kamerstukken II 2012/13, 26643, nr. 270). Naar blijkt uit de volgende passage is DigiD niet het einde van het ontwikkelingstraject, maar wordt ingezet op de totstandkoming van een eID-stelsel ter vervanging van DigiD. “Met het oog op de toekomst en de continue veranderende technologische mogelijkheden (en bedreigingen) is er in de toekomst een nog veiliger middel nodig: een eID. Om dit te realiseren zijn twee aanvullende maatregelen ten opzichte van DigiD nodig: een uitgifte in persoon (bijvoorbeeld bij een balie) en een digitaal middel dat aan de hoogste veiligheidsnormen voldoet (bijvoorbeeld een chip), aldus de minister van BZK. Dit betekent dat geopteerd wordt voor invoering van een geavanceerde elektronische handtekening, ter vervanging van het huidige DigiD met een veiligheidsniveau laag, met de mogelijkheid van een middenniveau bij sms-authenticatie. In ieder geval komt dan een einde aan een van de grootste identiteitsproblemen van DigiD: het ontbreken van een uitgifte in persoon. Zie in dit verband ook de Visiebrief digitale overheid 2017 van de minister van BZK, Kamerstukken II, 2012/13, 26643, nr. 280.

Door de minister van V&J is in dit verband nog aangekondigd dat de strafbaarstelling van identiteitsfraude in het WvSr verder zal worden uitgebreid (nr. 273).

14. Ter afsluiting van deze toch al te lang uitgevallen noot wil ik in het verlengde van de hiervoor besproken Afdelingsjurisprudentie nog enkele opmerkingen maken over artikel 2:16 Awb, de regeling van de elektronische handtekening, in relatie tot de grondslag van DigiD en de door de Afdeling aan het gebruik hiervan verbonden rechtsgevolgen. DigiD is nog steeds gebaseerd op het Tijdelijk besluit nummergebruik overheidstoegangsvoorzieningen van 8 november 2004, op basis van artikel 24, tweede lid, van de Wbp, Stb. 2004, 584, zoals gewijzigd door het Aanpassingsbesluit burgerservicenummer, Stb. 2009, 378. Op basis van het Besluit beheer DigiD van 11 augustus 2006, Stcrt. 2006, nr. 160 ligt de beheersverantwoordelijkheid voor DigiD (thans) bij de minister van BZK. Wat dat beheer precies inhoudt, met name op het punt van afsluitingsbevoegdheden van DigiD in geval van niet-naleving van de beveiligingseisen door uitvoeringsorganisaties, is niet geregeld. Wat de status van de regelmatig gewijzigde Gebruiksvoorwaarden DigiD is, waarmee de burger in geval van digitale transacties met de overheid verplicht wordt in te stemmen, is niet duidelijk. Op dit punt is er dus werk aan de winkel, waarbij ik er van uit ga dat DigiD of een vervangende elektronische handtekening een wettelijke grondslag krijgt. Mijns inziens ligt het voor de hand om een dergelijke voorziening op te nemen in de Awb.

15. Artikel 2:16 van de Awb kent twee elementen. Allereerst de voorwaarden waaraan een elektronische handtekening moet voldoen om on line aan het vereiste van ondertekening te kunnen voldoen. Die is, dat gebruik wordt gemaakt van een methode voor authenticatie die: “voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.” Kortom, het systeem moet voldoende betrouwbaar zijn, afgemeten aan het belang van het bericht. Of DigiD met een zekerheidsniveau van maximaal midden, in alle gevallen aan deze eis voldoet, is de vraag. Bij terugvorderingen van bedragen als in de voorliggende uitspraak het geval is, begin ik te twifelen. Geen enkel systeem van elektronische handtekeningen is uit een oogpunt van identiteitsfraude waterdicht, ook de geavanceerde

elektronische handtekening niet. Een belangrijke factor in deze beoordeling is echter de vraag hoe met beweerde identiteitsfraude wordt omgegaan, toegespitst op de risico- en bewijslastverdeling van overheid en burgers bij identiteitsfraude, mede afgemeten aan de onderzoeksplicht van overheidsinstanties en het aan burgers toekomende verdedigingsbeginsel. Zoals eerder opgemerkt zijn de huidige wetgeving en de hierop toegesneden Afdelingsjurisprudentie instrumenteel aan de verlegging van de risico's van de elektronische overheid naar de burger. Dit werkt negatief uit op het in artikel 2:16, jo. de onderliggende richtlijn 1999/93/EG gestelde betrouwbaarheidseis. Zie in dit verband tevens het lopende EU-voorstel tot een Verordening betreffende elektronische identificatie en diensten voor elektronische transacties in de interne markt (COM(2012) 238).

Een tweede punt betreft de bewijsregel in de Wet elektronische handtekeningen (Stb. 2003, 199), ter implementatie van genoemde richtlijn, waarnaar artikel 2:16 Awb verwijst. In deze regelingen wordt bepaald welke rechtsgevolgen zijn verbonden aan de gekwalificeerde elektronische handtekening. Een dergelijke handtekening heeft dezelfde rechtsgeldigheid als een handgeschreven handtekening. Deze regeling impliceert, dat aan een elektronische handtekening met een lager zekerheidsniveau, zoals DigiD, een geringere bewijskracht toekomt. In het Nederlandse stelsel wordt ten aanzien van DigiD door de bestuursrechter echter de facto uitgegaan van een rechtsvermoeden van geldigheid, tot op tegenbewijs. Dat tegenbewijs is dan ook nog eens moeilijk te leveren. Verdedigbaar is dat deze aanname op gespannen voet staat met de Europese bewijsregeling. Daarbij is een kernelement dat DigiD geen uitgifte in persoon kent.

G. Overkleeft-Verburg