

ADVIES VAN DE BEZWAARSCHRIFTENADVIESCOMMISSIE

Aan:	Belastingdienst/Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (hierna: UHT)
Betreft:	de bezwaarschriften van [REDACTED]
Primaire besluiten:	van 9 maart 2022 met als kenmerk UHT-DC I, UHT-DC-I A en UHT-DH5 A
Ontvangst bezwaarschriften:	20 april 2022
Hoorzitting:	22 maart 2023
Overdracht advies aan UHT:	8 juni 2023

Samenvatting

De Bezwaarschriftenadviescommissie (hierna: de Commissie) adviseert UHT om het bezwaarschrift tegen het besluit met kenmerk UHT-DC I van 9 maart 2022 deels gegrond te verklaren, de vergoeding voor immateriële schade tweemaal toe te kennen en deze te berekenen tot en met de beslissing op bezwaar, de rente over de gemiste kinderopvangtoeslag vanaf de juiste begindatum te berekenen en toe te kennen tot en met de beslissing op bezwaar voor alle toeslagjaren, de ten onrechte in rekening gebrachte toeslagrente over toeslagjaar 2014 alsnog te vergoeden, de aanvullende vergoeding van 1% hierop aan te passen en een proceskostenvergoeding toe te kennen. Voor het overige adviseert de Commissie om de bezwaren ongegrond te verklaren.

Onderwerp van advies

Namens [REDACTED] (hierna: belanghebbende) heeft [REDACTED] (hierna: gemachtigde) op 14 april 2022 een tweetal bezwaarschriften ingediend.

Het eerste bezwaarschrift is gericht tegen de volgende afwijzingsbeschikkingen:

- de door UHT genomen definitieve beschikking afwijzing compensatie kinderopvangtoeslag van 9 maart 2022 met kenmerk UHT-DC-I A; en
- de door UHT genomen beschikking van 9 maart 2022 gericht tegen de beschikking herbeoordeling kinderopvangtoeslag met kenmerk UHT-DH5 A.

Het tweede bezwaarschrift is gericht tegen:

- de definitieve beschikking compensatie kinderopvangtoeslag van 9 maart 2022 met kenmerk UHT-DC I waarbij voor de jaren 2013 tot en met 2015 (voor de maanden januari tot en met augustus) een compensatie van € 30.530,- is toegekend.

Op 5 november 2022 is de Wet van 2 november houdende regels ten behoeve van de hersteloperatie toeslagen (Wet hersteloperatie toeslagen, hierna: Wht) in werking getreden (Stb. 2022, 433). Hiermee is de regelgeving in het kader van de hersteloperatie kinderopvangtoeslag, waaronder de artikelen 49, 49b en 49c van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir), de Compensatieregeling en het Besluit uitbreiding Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag (Stct.2021, nr. 28304), komen te vervallen. Op grond van artikel 9.2 aanhef en onder e van de Wht werkt afdeling 2.1., voor zover hier relevant, terug tot en met 26 januari 2021.

Artikel 8.6 Wht bepaalt voorts dat beschikkingen, onder andere ter zake van compensatie, aanvullende compensatie voor werkelijke schade en tegemoetkomingen in het kader van opzet/grove schuld (O/GS) die in het kader van de hersteloperatie toeslagen zijn gegeven vóór het tijdstip van inwerkingtreding van afdeling 2.1, vanaf dat tijdstip worden aangemerkt als beschikkingen die zijn gegeven op grond van de van toepassing zijnde artikelen van deze afdeling.

Gelet op het voorgaande moeten de bestreden beschikkingen van 9 maart 2022 geacht te zijn genomen op grond van artikel 2.1 en verder van de Wht.

Procesverloop

- Belanghebbende heeft op 29 mei 2020 verzocht om een herbeoordeling van de kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) over de toeslagjaren 2013 tot en met 2015.
- Bij besluit van 26 mei 2021 is aan belanghebbende meegedeeld dat zij recht heeft op een betaling van minimaal € 30.000,-.
- De Commissie van Wijzen (CvW) heeft haar beoordeling van het verzoek van belanghebbende op 23 november 2021 aan UHT toegestuurd. De CvW heeft geoordeeld dat gedurende de maanden september tot en met december 2015 geen sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid.
- Bij brief van 22 december 2021 heeft UHT belanghebbende een vooraankondiging van de voorlopige compensatieberekening toegezonden. Daarbij is een bedrag aan compensatie toegekend van € 30.260,-.
- Bij beschikking van 9 maart 2022 (UHT-DC I) is de voorlopige compensatie met € 270,- aangevuld tot € 30.530,-. Gemachtigde heeft bij brief van 14 april 2022, ingekomen op 20 april 2022, tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend.
- Bij beschikking van 9 maart 2022 (UHT-DC-I A) is belanghebbende bericht dat zij geen recht heeft op compensatie over de maanden september tot en met december 2015. Bij beschikking van diezelfde datum (UHT-DH5 A) is belanghebbende bericht dat zij over de maanden september tot en met december 2015 evenmin recht heeft op een hardheidstegemoetkoming. Gemachtigde heeft bij brief van 14 april 2022, ingekomen op 20 april 2022, tegen deze besluiten een bezwaarschrift ingediend.
- Bij brief van 14 december 2022 heeft gemachtigde voor beide bezwaarschriften nadere gronden van bezwaar aangevoerd.

- UHT heeft op 30 december 2022 een schriftelijke reactie ingediend op de bezwaren van gemachtigde.
- Op 22 maart 2023 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden in aanwezigheid van partijen. Het verslag van deze hoorzitting is gevoegd bij dit advies.
- Na de hoorzitting heeft UHT bij e-mailbericht van 18 april 2023 een aanvullende schriftelijke reactie gedateerd 4 april 2023 toegezonden. Gemachtigde heeft daarop bij e-mailbericht van 2 mei 2023 gereageerd.

Ontvankelijkheid

Niet in geschil is dat de bezwaarschriften ontvankelijk zijn.

Overwegingen ten aanzien van de bezwaren en de bestreden besluiten

De Commissie stelt naar aanleiding van de hoorzitting vast dat de afwijzing van compensatie voor de maanden september tot en met december 2015 niet langer in geschil is. De Commissie zal op dat punt daarom niet adviseren. De Commissie zal hieronder ingaan op hetgeen is aangevoerd met betrekking tot de volledigheid van het dossier en (de juistheid van) de berekening van het compensatiebedrag.

Beroep op schending van het beginsel equality of arms

Belanghebbende voert aan dat geen sprake zou zijn van *equality of arms*, zoals dat in artikel 6 van het EVRM is opgenomen, omdat zij niet de beschikking heeft over het volledige bezwaardossier.

De Commissie overweegt hierover het volgende.

De Commissie is een onafhankelijke bezwaarschriftenadviescommissie in de zin van artikel 7:13 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Voor de procedure bij de Commissie gelden de processuele waarborgen van de Awb. Tegen beslissingen op bezwaar van UHT volgend op adviezen van de Commissie kan belanghebbende rechtsmiddelen instellen bij de rechter.

Op grond van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb en artikel 5.2, derde en vierde lid van de Wht heeft een belanghebbende voorafgaand aan de hoorzitting bij de Commissie recht op afschriften van de op de zaak betrekking hebbende stukken, met inbegrip van het bezwaardossier. Deze heeft belanghebbende ook ontvangen; desgevraagd heeft gemachtigde op 1 maart 2023 bevestigd dat het bezwaardossier in goede orde was ontvangen, maar dat de schriftelijke reactie van UHT nog ontbrak. Per e-mail is deze alsnog aan gemachtigde verzonden.

Kort voorafgaand aan de hoorzitting werd het gemachtigde duidelijk dat de schriftelijke reactie van UHT verwijst naar producties die door haar niet waren ontvangen. In reactie hierop zijn de ontbrekende producties alsnog door de Commissie aan haar toegestuurd per e-mail.

Gelet op het vorenstaande stelt de Commissie vast dat gemachtigde de op de zaak betrekking hebbende stukken heeft ontvangen.

De fungerend voorzitter heeft daarnaast in overleg met gemachtigde voorafgaand aan de hoorzitting een leespauze ingelast voor de ontbrekende producties en gemachtigde heeft hiermee ingestemd. Gemachtigde heeft vervolgens alle punten die zij wilde aanvoeren ter zitting aan de orde kunnen stellen. Naar de Commissie meent is belanghebbende derhalve niet in haar procesbelang geschaad.

De Commissie volgt belanghebbende dan ook niet in haar stelling dat in strijd met het beginsel van *equality of arms* zou zijn gehandeld. Wel adviseert de Commissie UHT om het persoonlijk dossier van belanghebbende zo snel mogelijk aan haar te verstrekken.

Met betrekking tot de compensatieberekening; de componenten c, d, l, m en n

Component c; heffingsrente

Belanghebbende wijst op pagina 9 van het Informatie- en beoordelingsformulier waar staat dat zij € 4.527,- heeft moeten terugbetalen over toeslagjaar 2014. Het is voor belanghebbende niet duidelijk waarom dit bedrag niet is verwerkt in het totaalbedrag dat onder c in de berekening staat vermeld. Zij wijst in dit verband ook op de verschillende formats voor de berekening van het compensatiebedrag die in omloop zijn; in het gebruikte format ontbreekt de afzonderlijke post 'in rekening gebrachte rente die u moest betalen'.

Onder verwijzing naar het betaal- en verrekenoverzicht van het Landelijk Incasso Centrum (LIC-overzicht) heeft UHT hierop uiteengezet dat het bedrag van € 4.527,- naast de hoofdsom van € 4.338,- (opgenomen bij component c bij 2014) ook uit € 189,- aan heffingsrente bestaat. Laatstgenoemd bedrag is in de compensatieberekening ten onrechte niet vergoed, hetgeen in de beslissing op bezwaar zal worden aangepast.

De Commissie stelt vast dat in het bestreden besluit over toeslagjaar 2014 een fout is gemaakt en dat deze zal moeten worden hersteld in de beslissing op bezwaar. De bezwaargrond treft dan ook doel.

De Commissie stelt vast dat met de aanvullende schriftelijke reactie van 4 april 2023 en de reactie van belanghebbende daarop van 2 mei 2023 niet meer in geschil is dat component c voor 2013 en 2015 niet zal worden verhoogd met heffingsrente.

Component d; verschil met de laatst vastgestelde beschikking KOT

In de compensatieberekening wordt wat betreft component d over de toeslagjaren 2013 en 2015 uitgegaan van respectievelijk € 19.337,- en € 11.307,- en het is voor belanghebbende niet duidelijk waar deze bedragen op zijn gebaseerd.

De Commissie stelt vast dat met de aanvullende schriftelijke reactie van 4 april 2023 en de reactie van belanghebbende daarop van 2 mei 2023 deze onduidelijkheid is weggenomen en dat deze bedragen niet meer worden betwist.

Component I; vergoeding voor immateriële schade

Belanghebbende stelt dat een onjuiste ingangs- en einddatum voor de berekening van de vergoeding voor immateriële schade is gehanteerd. Daarnaast is er in het geval van belanghebbende mogelijk sprake geweest van een individueel en een CAF-vergelijkbaar onderzoek, waardoor verruiming van de vergoeding voor immateriële schade op zijn plaats zou zijn.

De Commissie overweegt ten aanzien van de begin- en einddatum van het tijdvak voor de berekening van de vergoeding voor immateriële schade dat deze op grond van artikel 2.3, vierde lid, Wht dient te worden berekend vanaf de dagtekening van een eerste neerwaartse correctiebeschikking tot aan de dagtekening van de eerste beschikking tot toekenning van compensatie. UHT is als startdatum van het tijdvak voor de vergoeding voor immateriële schade uitgegaan van 28 april 2015; de melding die heeft geleid tot de eerste neerwaartse correctie over toeslagjaar 2015. De Commissie ziet geen aanleiding om van deze startdatum af te wijken.

Uit artikel 2.3 vierde lid van de Wht volgt echter ook dat de vergoeding voor immateriële schade niet wordt toegekend per toeslagjaar, maar voor het totale tijdvak waarop de compensatiebeschikking betrekking heeft. Dit betekent dat voor verschillende (CAF-)onderzoeken ook verschillende vergoedingen voor immateriële schade behoren te worden toegekend. Hiervoor vindt de Commissie steun in de Memorie van Toelichting bij de Wht waarin staat:

“Het bedrag voor immateriële schade (artikel 2.2, onderdeel d) betreft een forfaitaire compensatie voor veronderstelde stress, ongemak en onzekerheid waarmee de gedupeerde aanvrager is geconfronteerd in de tijd die is verstreken vanaf de dagtekening van de eerste beschikking, bedoeld in artikel 2.2, onderdeel a, tot het moment van de dagtekening van de eerste beschikking waarin compensatie wordt toegekend.”

Naar de Commissie meent zijn de woorden “eerste beschikking” op te vatten als *per onderzoek* dat tot compensatie aanleiding geeft en moet uit bovenstaande frase worden afgeleid dat de toekenning van compensatie dient plaats te vinden per onderzoek dat aanleiding geeft tot een dergelijke vergoeding.

Zoals volgt uit de compensatiebeschikking, is er in het geval van belanghebbende over toeslagjaar 2013 sprake geweest van individuele vooringenomenheid, waarna over 2014 en 2015 een CAF 11-vergelijkbaar onderzoek heeft plaatsgevonden (Horseshoe Bay). De Commissie stelt dan ook vast dat belanghebbende betrokken is geweest bij twee verschillende onderzoeken. Gezien het voorgaande adviseert de Commissie UHT om de vergoeding voor immateriële schade tweemaal toe te kennen, en deze, zoals in de schriftelijke reactie is toegezegd, te berekenen tot aan de datum van de beslissing op bezwaar.

De Commissie is zich ervan bewust dat UHT eerder gegeven adviezen op dit punt (vgl. BAC 2021-2189) niet heeft gevolgd. De Commissie blijft desondanks toch deze advieslijn aanhouden omdat zij meent dat de veronderstelde stress, het ongemak en de onzekerheid waarvoor de compensatie bedoeld is, cumuleert per onderzoek.

Voor deze advieslijn vindt de Commissie ook steun in de Memorie van Toelichting bij de Wht, zoals hierboven is uitgelegd.

Op grond van artikel 2.3 lid 4 Wht is de totale vergoeding voor immateriële schade overigens niet hoger dan de som van de bedragen die overeenkomstig het eerste lid van dit artikel voor de berekeningsjaren zijn vastgesteld, zonder de verminderingen.

Component m; rentevergoeding gemiste KOT

Belanghebbende betoogt dat in de compensatieberekening niet inzichtelijk is gemaakt hoe de rentevergoeding voor gemiste KOT is berekend.

UHT heeft onder 6.2.2 van haar eerste schriftelijke reactie uiteengezet hoe de rentevergoeding wordt berekend, waarbij is opgemerkt dat in de bestreden beschikking van een onjuiste startdatum is uitgegaan. Het bezwaar is op dit punt gegrond en dit zal in de beslissing op bezwaar worden aangepast, voor zover de juiste vergoedingen niet lager uitvallen.

Gelet op het voorgaande is de rentevergoeding van gemiste KOT onjuist berekend en adviseert de Commissie UHT om over de toeslagjaren 2013 tot en met 2015 uit te gaan van de juiste startdatum (met toepassing van artikel 27 Awir).

Gelet op de toelichting van UHT in de beide schriftelijke reacties is het juiste bedrag voor 2013 € 5.536,-, voor 2014 € 1.212,- en voor 2015 € 3.479,-. Daarmee zijn de juiste vergoedingen voor alle jaren hoger dan in de huidige compensatieberekening. Als einddatum dient uitgegaan te worden van de datum waarop de beslissing op bezwaar wordt genomen, zoals door UHT onder 6.2.2 van de eerste schriftelijke reactie ook is toegezegd. In de aanvullende schriftelijke reactie van 4 april 2023 zegt UHT toe dat de toeslagrente voor alle jaren, en niet alleen voor 2014, wordt doorgetrokken tot de beslissing op bezwaar.

Vanwege het zorgvuldigheidsgebrek in de compensatieberekening treft deze bezwaargrond doel.

Component n; aanvullende vergoeding van 1%

De Commissie merkt op dat de gemaakte compensatieberekening door wijzigingen van de overige componenten doorwerken in component n van de berekening (aanvullende vergoeding van 1%). UHT wordt verzocht om bij het nemen van de beslissing op bezwaar deze wijziging ook door te voeren.

Proceskostenvergoeding


Nu het bezwaar naar de mening van de Commissie ten dele gegrond is, adviseert de Commissie om het verzoek voor vergoeding van de kosten van rechtsbijstand in deze bezwaarprocedure toe te wijzen. Op grond van het Besluit proceskosten heeft belanghebbende recht op een forfaitaire vergoeding op basis van 2 procespunten (1 gegrond bezwaarschrift en verschijnen hoorzitting) met een wegingsfactor 2. Net als in eerdere zaken adviseert de Commissie daarbij de hoogste vergoeding per procespunt toe te kennen.

Conclusie

Gelet op het vorenstaande adviseert de Commissie de UHT om:

- het bezwaar deels gegrond te verklaren;
- de in rekening gebrachte toeslagrente over toeslagjaar 2014 alsnog te vergoeden;
- de vergoeding voor immateriële schade tweemaal toe te kennen en deze te berekenen tot en met de beslissing op bezwaar;
- de rente over de gemiste KOT vanaf de juiste begindatum te berekenen en voor alle jaren toe te kennen tot en met de beslissing op bezwaar;
- de aanvullende vergoeding van 1% van het subtotaal van het compensatiebedrag hierop aan te passen; en
- een proceskostenvergoeding voor de onderhavige bezwaarprocedure toe te kennen van twee procespunten (tegen het hoogste tarief, met een wegingsfactor twee).

De secretaris,



De voorzitter,

