

**ADVIES VAN DE BEZWAARSCHRIFTENADVIESCOMMISSIE HERSTELOPERATIE
TOESLAGEN**

Aan: Belastingdienst/Toeslagen,
Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen
(hierna: UHT)

Betreft: het bezwaarschrift van [REDACTED]

Primaire besluiten: 30 april 2021 met als kenmerk UHT-B DMB-2
8 maart 2022 met als kenmerk UHT-DC I

Ontvangst bezwaarschriften: 14 juni 2021 en 17 juni 2022

Hoorzitting: 10 mei 2023

**Overdracht advies
aan UHT:** **24 augustus 2023**

Samenvatting

De Bezwaarschriftenadviescommissie hersteloperatie toeslagen (hierna: de Commissie) adviseert UHT om het bezwaar deels gegrond te verklaren en een proceskostenvergoeding toe te kennen.

Onderwerp van advies

De door [REDACTED] (hierna: voormalige gemachtigde) en [REDACTED] (hierna: gemachtigde), namens [REDACTED] (hierna: belanghebbende) ingediende bezwaarschriften zijn gericht tegen de door UHT genomen beschikkingen van 30 april 2021 (toekenning € 30.000,-) (UHT-B DMB2) en de definitieve beschikking compensatie kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) van 8 maart 2022 (UHT-DC I) (toekenning € 45.170,-). Deze besluiten worden hierna gezamenlijk aangeduid als 'de bestreden besluiten'.

Juridisch kader

De compensatie is aan belanghebbende toegekend omdat er bij de beoordeling van de situatie van belanghebbende over de berekeningsjaren 2008 en 2009 fouten zijn gemaakt. Met toepassing van de Compensatieregeling CAF 11 en vergelijkbare (CAF-) zaken van 28 augustus 2020 (Stcrt. 7 september 2020, nr. 45904; hierna: Compensatieregeling) is aan belanghebbende voor de hiervoor genoemde jaren een compensatie toegekend.

Op 5 november 2022 is de Wet van 2 november 2022 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 KOT, 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 krachtens de van toepassing zijnde artikelen van deze afdeling.

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

Procesverloop

- Belanghebbende heeft op 31 januari 2020 verzocht om een herbeoordeling van de KOT over de jaren 2008 en 2009.
- Bij beschikking van 30 april 2021 (UHT-B DMB2) heeft UHT belanghebbende geïnformeerd dat hij in aanmerking komt voor betaling van € 30.000,-.
- Bij beschikking van 16 november 2021 heeft UHT belanghebbende een vooraankondiging van de voorlopige compensatieberekening toegezonden. Daarbij is een bedrag aan compensatie toegekend van € 44.629,-.
- Bij beschikking van 8 maart 2022 (UHT-DC-I) heeft UHT belanghebbende bericht dat hij recht heeft op definitieve compensatie KOT voor de jaren 2008 en 2009 en dat de voorlopige compensatie wordt aangevuld tot € 45.170,-.
- Tegen de beschikking van 30 april 2021 heeft de voormalige gemachtigde op 10 juni 2021, ontvangen op 14 juni 2021, een bezwaarschrift ingediend.
- Tegen de beschikking definitieve compensatie van 8 maart 2022 heeft gemachtigde op 17 juni 2022 een bezwaarschrift/verzoek tot herziening ingediend.
- Op 8 november 2022 heeft de gemachtigde van belanghebbende per e-mail nadere gronden ingediend. De gemachtigde heeft op deze datum nog eens een verzoek tot vergoeding van werkelijke schade ingediend en zij heeft verzocht om het bezwaarschrift aan de Commissie Werkelijke Schade te sturen.
- Bij brief van 22 november 2022 heeft UHT een dwangsom van € 1.442,- aan belanghebbende toegekend.
- Bij uitspraak van 16 december 2022 heeft de rechtbank Rotterdam besloten dat de Belastingdienst/Toeslagen (hierna: B/T) op straffe van te verbeuren dwangsommen binnen vijf weken na voormelde datum een besluit moet nemen op het bezwaar van belanghebbende.
- UHT heeft op 2 januari 2023 een schriftelijke reactie ingediend op de bezwaren van belanghebbende.
- Belanghebbende heeft op 25 april 2023 zijn bezwaargronden aangevuld.
- Op 10 mei 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 op 26 mei 2023 een nadere schriftelijke reactie ingediend. Gemachtigde heeft op 26 juni 2023 daarop gereageerd.

Ontvankelijkheid en algemene opmerkingen

Niet in geschil is dat de bezwaarschriften ontvankelijk zijn.

Overwegingen ten aanzien van de bezwaren en de bestreden besluiten

Volledig dossier

Belanghebbende is na zijn bezwaar door UHT in kennis gesteld van alle gegevens die in het kader van de bezwaarprocedure relevant zijn, de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' (artikel 7:4 lid 2 Awb). De Commissie betreurt dat belanghebbende nog niet in het bezit is gesteld van zijn persoonlijk dossier, maar de inhoud hiervan maakt geen onderdeel uit van de op de zaak betrekking hebbende stukken die UHT in het kader van deze bezwaarprocedure moest overleggen.

Bezwaar tegen de bestreden besluiten

De Commissie overweegt dat de definitieve compensatie die bij besluit van 8 maart 2022 aan belanghebbende is toegekend, betrekking heeft op de berekeningsjaren 2008 en 2009. Het besluit van 30 april 2021 heeft eveneens betrekking op deze berekeningsjaren en betreft betaling van een forfaitair compensatiebedrag vooruitlopende op de verdere behandeling van het verzoek om compensatie. Het bedrag kan gezien worden als een voorschot op de compensaties en tegemoetkomingen uit de andere herstelregelingen voor de KOT. Het definitieve compensatiebedrag is nooit lager dan het forfaitair toegekende compensatiebedrag. In het navolgende behandelt de Commissie daarom gezamenlijk de bezwaren die gericht zijn tegen de bestreden besluiten.

Berekening compensatiebedrag 2008 – 2009

In de beschikking van 8 maart 2022 is het verzoek om compensatie voor berekeningsjaren 2008 en 2009 toegewezen. Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat het besluit onvoldoende gemotiveerd is. Het is belanghebbende niet duidelijk hoe het compensatiebedrag tot stand is gekomen. Hij is van mening dat de toegekende compensatie niet juist is.

De Commissie overweegt dat uit de berekening definitieve beslissing compensatiebedrag KOT en de toelichting hierop duidelijk en in voldoende mate blijkt hoe het definitieve compensatiebedrag tot stand is gekomen. Na het bezwaar van belanghebbende heeft UHT in haar schriftelijke reactie bovendien afzonderlijk ieder onderdeel van het compensatiebedrag toegelicht. Hierbij verwijst zij naar de relevante door haar aan belanghebbende en de Commissie overgelegde gegevens. De Commissie stelt vast dat UHT hiermee haar besluit afdoende heeft gemotiveerd. De bezwaargrond dat sprake is van een motiveringsgebrek, slaagt daarom niet. Ten aanzien van onderdeel k (vergoeding (destijds verleende) juridische hulp) adviseert de Commissie om alsnog een vergoeding toe te kennen, waarmee dit onderdeel van het bezwaar gegrond is. Voor de onderdelen b, d en l geldt dat niet. Hieronder licht de Commissie dat nog nader toe.

Compensatieberekening, onderdelen b en d

Met betrekking tot onderdeel d bij 2009 merkt de Commissie op dat dit bedrag naar zij meent juist is bepaald op € 6.946,-; dit is immers het bedrag van de alsnog toegekende KOT bij beschikking van 9 februari 2011.

Overigens meent de Commissie dat UHT door dit bedrag niet onder onderdeel b. op te nemen juist heeft gehandeld en geen sprake is van een fout; onderdeel b betreft de KOT na het op grond van vooringenomenheid ingestelde onderzoek. Het alsnog toekennen van € 6.946,- aan KOT vloeit voort uit de beroepsprocedure van belanghebbende, zoals blijkt uit bijlage 2 bij de aanvullende schriftelijke reactie van UHT. Dit lijkt daarom een bedrag dat onder d (verschil met laatst vastgestelde beschikking KOT) thuishoort, en niet onder b.

Gemachtigde heeft gesteld dat UHT het bedrag van € 6.946,-, in het geheel niet in mindering mag brengen nu UHT dit op 1 onderdeel van de compensatieberekening abusievelijk, in het voordeel van belanghebbende, ook niet in mindering heeft gebracht. De Commissie meent dat indien door een bestuursorgaan in het voordeel van een belanghebbende bij een onderdeel van de compensatieberekening een fout wordt erkend, dit niet inhoudt dat deze fout (waar in dit geval zoals hierboven staat, overigens geen sprake van lijkt te zijn) herhaald moet worden bij een ander onderdeel van de compensatieberekening.

Compensatieberekening, onderdeel k, vergoeding juridische hulp

Belanghebbende verzoekt om voor 2008 en 2009 voor zowel bezwaar als beroep te adviseren kosten rechtsbijstand te vergoeden. Ook verzoekt hij om vergoeding van de kosten rechtsbijstand voor de (in totaal 10) procedures genoemd in het oplegformulier Inning van 3 oktober 2016.

Hoewel het bezwaar- en beroepschrift KOT 2008 en 2009 door belanghebbende zelf zijn ondertekend, doet de tekst ervan vermoeden dat deze zijn opgesteld met behulp van een professionele gemachtigde. Dit vermoeden wordt versterkt door de verklaring van [REDACTED] van [REDACTED] (dossierstuk A22 in bijlagen nadere schriftelijke reactie), dossierstuk A23 waaruit blijkt dat dit kantoor belanghebbende bijstaat en de in productie 17 opgenomen documenten: de verwijzing door belanghebbende naar het eerdere schrijven van zijn accountant, [REDACTED] in het bezwaarschrift van 7 maart 2010, de brief van [REDACTED] van 22 februari 2010 en het memo.

De Commissie geeft daarom in overweging de kosten van het bezwaar- en beroepschrift KOT 2008 en 2009 te vergoeden. De Commissie verwijst in dit verband naar haar advies van 24 december 2020 in de zaak BAC 2020-011.

De Wht gaat uit van een forfaitaire vergoeding van proceskosten en verwijst (uitsluitend) voor de vaststelling van de forfaitaire bedragen naar het Besluit proceskosten bestuursrecht. Dit besluit bepaalt in het derde lid van artikel 2 dat in bijzondere omstandigheden van de voorgeschreven bedragen afgeweken kan worden. Gelet daarop en op hetgeen hiervoor al is overwogen, adviseert de Commissie in dit geval voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift opgesteld door belanghebbende op basis van aanwijzingen van diens gemachtigde een 0,5 punt vergoeding met wegingsfactor 2 toe te kennen.

In dit geval adviseert de Commissie daarom om voor het bezwaarschrift (van 7 maart 2010) en het beroepschrift (van 16 november 2010, A2) KOT 2008 en 2009, dus tweemaal, een vergoeding toe te kennen van 0,5 punt tegen het hoogste tarief.

Deze bezwaargrond slaagt.

De Commissie ziet voornamelijk geen aanleiding om een hogere vergoeding te adviseren, maar geeft UHT in overweging om ten aanzien van de in het Oplegvel Inning (productie 26) genoemde bezwaar- en beroepsprocedures te bezien of dit inderdaad door belanghebbende gevoerde procedures betreft, of deze zijn gevoerd in het kader van KOT 2008 en 2009 en betrekking hebben op een beschikking als omschreven in artikel 2.2, onderdeel a, Wht en in hoeverre belanghebbende daarin is bijgestaan of vertegenwoordigd door een professionele gemachtigde. De Commissie wijst belanghebbende erop dat indien hij kosten van rechtsbijstand heeft gemaakt die niet voor forfaitaire vergoeding in aanmerking komen, hij dit kan aan de orde kan stellen in zijn procedure bij de Commissie Werkelijke Schade.

Compensatieberekening, onderdeel l. vergoeding voor immateriële schade

Belanghebbende stelt dat de immateriële schade onjuist is berekend. UHT heeft in haar schriftelijke reactie toegelicht hoe het bedrag van de compensatie voor immateriële schade tot stand is gekomen. UHT stelt dat de KOT op 15 september 2009 voor het eerst op nihil is gesteld. Als einddatum van vergoeding voor immateriële schade is ten onrechte 4 maart 2022 vermeld. Dit behoort 8 maart 2022 te zijn, aldus UHT. Deze einddatum heeft geen invloed op de in de beschikking vermelde periode waarover immateriële schade berekend wordt. Indien het bezwaar van belanghebbende gegrond wordt geacht stelt UHT dat de dagtekening van de beslissing op bezwaar de einddatum is van de periode waarover immateriële schade berekend wordt.

De Commissie overweegt als volgt. De forfaitaire vergoeding voor immateriële schade op grond van de Wht is een vergoeding voor de veronderstelde stress, ongemak en onzekerheid die de belanghebbende ervaart omdat het lang duurt voordat de compensatie definitief is berekend. Belanghebbende heeft door de bezwaarprocedure langer moeten wachten op de definitieve berekening van zijn compensatie en hiervan stress ervaren die nog steeds voortduurt.

UHT erkent dat een onjuiste einddatum is gehanteerd, dit scheelt slechts 4 dagen, en is niet van invloed op de compensatieberekening. De Commissie meent dat dit op zich niet tot gegrondverklaring van het bezwaar hoeft te leiden.

Nu het bezwaar naar de Commissie meent echter deels gegrond is ten aanzien van onderdeel k, adviseert de Commissie de vergoeding voor immateriële schade toe te kennen tot de dagtekening van de beslissing op bezwaar.

Onduidelijkheid LIC-overzicht 2009

In de reactie van 26 juni 2023 (punt 1 tot en met 6) betoogt belanghebbende dat hem nog een bedrag van € 1.103,- toekomt.

De Commissie adviseert UHT in de beslissing op bezwaar meer duidelijkheid te bieden over de bedragen in het LIC-overzicht 2009 specifiek op dit punt.

Deze bezwaargrond leidt naar het oordeel van de Commissie niet tot een ander compensatiebedrag. Belanghebbende is gecompenseerd, uitgaande van het bedrag aan toegekende KOT vóór de nihilstelling, van € 16.610,-, terug te vinden in het LIC-overzicht.

Belanghebbende is daarmee al gecompenseerd voor de bedragen die hij onterecht heeft terug moeten betalen op grond van de nihilstelling, inclusief de door hem betaalde rente en kosten.

Herbeoordeling berekeningsjaren 2010 – 2014

Belanghebbende heeft verzocht om herbeoordeling van berekeningsjaren 2010 tot en met 2014. Deze jaren maken geen onderdeel uit van het oorspronkelijke verzoek om herbeoordeling en evenmin van de aangevallen beschikking. Bovendien was belanghebbende zelf geen aanvrager van KOT in deze jaren. Het bezwaar is op dit onderdeel ongegrond. Tijdens de hoorzitting is gebleken dat belanghebbende kort daarvoor namens zijn echtgenote bij UHT een verzoek heeft ingediend voor herbeoordeling van deze berekeningsjaren. De Commissie kan daarover pas een advies uitbrengen, als UHT na herbeoordeling van deze jaren een voor bezwaar vatbaar besluit heeft genomen, waartegen bezwaar is ingediend.

Vergoeding voor werkelijk geleden schade

Belanghebbende stelt dat hij aanvullende schade geleden heeft als gevolg van de fouten van B/T. Belanghebbende voert onder andere aan dat B/T etnisch geprofileerd heeft en dat sprake is geweest van institutioneel racisme. Belanghebbende geeft onder andere aan dat sprake is en is geweest van persoonlijk leed, gederfde levensvreugde. Belanghebbende stelt zich overigens op het standpunt dat hij recht heeft op aanvullende schadevergoeding omdat hij in zijn eer, goede naam en in persoon is aangetast. Belanghebbende verzoekt om toekenning van een hoger bedrag aan immateriële schade en om vergoeding van aanvullende materiële schade.

De Commissie overweegt als volgt. In het geval van compensatie op grond van de Wht wordt aan gedupeerde ouders niet het werkelijke maar een forfaitair bepaald nadeel vergoed dat zij hebben ondervonden. De Commissie meent dat UHT niet in strijd met geldend recht handelt door in de compensatieprocedure dit forfait toe te passen. Wanneer aannemelijk is dat de werkelijke schade als gevolg van het handelen door de B/T hoger is dan de deels forfaitaire compensatie uit hoofde van artikelen 2.1 tot en met 2.3 Wht, kan de ouder op grond van artikel 2.1 lid 3 Wht in aanmerking komen voor een aanvullende compensatie voor de werkelijke schade. Belanghebbende kan een verzoek tot vergoeding van de werkelijke schade indienen bij de Commissie Werkelijke Schade. Uit de aanvullende bezwaargronden (punt 77) blijkt dat belanghebbende deze procedure al is gestart.

De Commissie acht het bezwaar van belanghebbende op dit onderdeel ongegrond.

O/GS-regeling

Belanghebbende geeft aan dat hij recht heeft op een O/GS-tegemoetkoming. De Commissie overweegt dat belanghebbende compensatie is toegekend als bedoeld in artikel 2.1 Wht. Een O/GS-tegemoetkoming blijft dan achterwege (artikel 2.6 lid 4 Wht).

Proceskostenvergoeding

Nu het bezwaar naar de mening van de Commissie ten dele gegrond is en leidt tot herroeping van het bestreden besluit van 8 maart 2022, 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 voorgaande adviseert de Commissie UHT om:

- het bezwaar deels gegrond te verklaren;
- de compensatieberekening aan te passen op onderdeel k voor 2008 en 2009;
- de vergoeding voor immateriële schade te berekenen tot de dagtekening van de beslissing op bezwaar;
- de rente over de gemiste KOT te berekenen tot de dagtekening van 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 2 procespunten (tegen het hoogste tarief, met een wegingsfactor 2).

De secretaris,

De voorzitter,



