

**ADVIES VAN DE BEZWAARSCHRIFTENADVIESCOMMISSIE HERSTELOPERATIE
TOESLAGEN**

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

Betreft: het bezwaarschrift van [REDACTED]

Primaire besluiten: 10 augustus 2022 met als kenmerk UHT-DC-I
A
10 augustus 2022 met als kenmerk UHT-DH5 A

Ontvangst bezwaarschrift: 30 augustus 2022

Hoorzitting: 31 mei 2023

**Overdracht advies
aan UHT:** **4 augustus 2023**

Samenvatting

De Bezwaarschriftenadviescommissie hersteloperatie toeslagen (hierna: de Commissie) adviseert UHT om de bezwaren gegrond te verklaren, belanghebbende aan te merken als gedupeerde over de jaren 2014 en 2015 en een vergoeding toe te kennen voor reis-, verblijf- en verletkosten van belanghebbende.

Onderwerp van advies

Het door [REDACTED] (hierna: belanghebbende) ingediende bezwaarschrift is gericht tegen de definitieve beschikking afwijzing compensatie kinderopvangtoeslag van 10 augustus 2022 (UHT-DC- I A) en de (afwijzende) beschikking herbeoordeling kinderopvangtoeslag van 10 augustus 2022 (UHT-DH5 A) betreffende de herbeoordeling van berekeningsjaren 2014 en 2015.

Met toepassing van de Compensatieregeling CAF 11 van 28 augustus 2020 (Stcrt. 2020, nr. 45904; hierna: Compensatieregeling) is aan belanghebbende geen 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 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 krachtens de van toepassing zijnde artikelen van deze afdeling.

Gelet op het voorgaande moeten de bestreden beschikkingen van 10 augustus 2022 geacht worden te zijn genomen op grond van artikel 2.1 en verder van de Wht.

Procesverloop

- Belanghebbende heeft zich op 20 januari 2021 bij UHT aangemeld in het kader van een herbeoordeling van kinderopvangtoeslag (hierna: KOT).
- Bij brief van 3 februari 2021 heeft UHT belanghebbende de ontvangst van zijn aanmelding bevestigd en meegedeeld dat zij deze heeft geregistreerd.
- De Commissie van Wijzen (hierna: CvW) heeft op 20 juli 2022 geoordeeld dat gedurende de berekeningsjaren 2014 en 2015 geen sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid. Evenmin is in deze jaren sprake geweest van bijzondere omstandigheden op grond waarvan hardheidscompensatie toegepast dient te worden.
- Bij beschikkingen van 10 augustus 2022 heeft UHT aan belanghebbende meegedeeld dat UHT geen fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de situatie van belanghebbende over 2014 en 2015. UHT heeft beslist dat belanghebbende geen aanspraak op compensatie of tegemoetkoming heeft over deze berekeningsjaren.
- Bij beschikking van 10 augustus 2022 (UHT-DC I) heeft UHT een definitief compensatiebedrag van € 30.000,- toegekend aan belanghebbende in verband met vooringenomen handelen over berekeningsjaar 2016.
- Bij brief van 30 augustus 2022 heeft belanghebbende tegen de afwijzende beschikkingen een bezwaarschrift met gronden ingediend.
- Bij brieven van 11 en 13 september 2022, 18 november 2022 en 7 februari 2023 heeft belanghebbende de bezwaargronden aangevuld.
- Bij schriftelijke reactie van 13 februari 2023 heeft UHT gereageerd op het bezwaar van belanghebbende.
- Bij brief van 13 maart 2023 heeft belanghebbende de bezwaargronden aangevuld en heeft hij gereageerd op de schriftelijke reactie van UHT.
- Bij brief van 15 mei 2023 heeft belanghebbende een toelichting gegeven op het hersteltraject.
- Op 31 mei 2023 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden in aanwezigheid van partijen. Een verslag hiervan is achter dit advies gevoegd.

Ontvankelijkheid en algemene opmerkingen

Niet in geschil is dat de bezwaarschriften ontvankelijk zijn.

Overwegingen ten aanzien van de bezwaren en de bestreden besluiten

Zienswijze

Ten aanzien van het bezwaar van belanghebbende tegen het ontbreken van een mogelijkheid om zienswijzen in te dienen tegen de (voorgenomen) afwijzende besluiten, overweegt de Commissie als volgt. Op basis van artikel 4:7 en artikel 4:12 lid 1 Awb is UHT in dit geval niet gehouden om belanghebbende in de gelegenheid te stellen om zijn zienswijze naar voren te brengen. In onderhavige bezwaarschriftprocedure kunnen de gevolgen van de beslissingen ongedaan worden gemaakt als blijkt dat de beschikking onjuist is.

Zorgvuldigheid

Belanghebbende heeft aangevoerd dat de beslissing van UHT niet zorgvuldig tot stand gekomen is. UHT heeft dit weersproken. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. De deugdelijke voorbereiding van een besluit eist niet alleen een onderzoek naar de feiten die voor de te nemen beslissing relevant zijn, maar ook een *waardering* van die feiten. Zonder een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en de af te wegen belangen kan het bestuursorgaan het te nemen besluit niet naar behoren motiveren.

De Commissie overweegt dat UHT in de bestreden beschikkingen en in haar verweerschrift ten onrechte een aantal relevante feiten niet heeft vermeld, te weten:

- UHT laat buiten beschouwing dat belanghebbende direct heeft voldaan aan twee informatieverzoeken van B/T met betrekking tot berekeningsjaar 2014.
- UHT heeft evenmin vermeld dat B/T niet heeft gereageerd op de klacht van belanghebbende van 30 oktober 2014 (dossier UHT, productie 27). In deze klacht vermeldt belanghebbende duidelijk dat een medewerker van B/T in het telefonisch contact van 13 oktober 2014 aan belanghebbende heeft medegedeeld dat jegens belanghebbende sprake was van 'een vermoeden van fraude'. Nadere informatie over de afhandeling van deze klacht ontbreekt.
- UHT vermeldt niet dat B/T op 8 december 2014 in haar systeem heeft vermeld: "*kot 2014 Bewijsstukken kot 2014 ontvangen. Grondslagen aangetoond. Zie stukken in DAS d.d. 2014/11/07....*" (aanvullende stukken belanghebbende 13 maart 2023, bijlage A).
- Ook laat UHT buiten beschouwing dat B/T in haar voorschotbeschikking toeslagen 2015 van 27 december 2014 géén KOT 2015 heeft opgenomen (bezwaarschrift belanghebbende 30 augustus 2022, productie 14).
- B/T heeft het voorschot KOT 2015 (maand januari) niet tijdig (in de maand december 2014) betaald (bezwaarschrift belanghebbende 30 augustus 2022, alinea 4.2 - 4.4). Ook deze informatie ontbreekt in het dossier van UHT.

De Commissie benadrukt dat zij UHT in haar eerste advies BAC 2022-6776 (eerste toets) van 26 juli 2022 reeds nadrukkelijk heeft gewezen op het merendeel van voormelde feiten.

De Commissie stelt verder vast dat belanghebbende een grote hoeveelheid (vijf) aanvullingen op zijn bezwaarschrift heeft ingediend. In het dossier van UHT ontbreken - zonder nadere toelichting- twee aanvullingen van belanghebbende van 13 september 2022 en 18 november 2022.

In haar schriftelijke reactie van 13 februari 2023 heeft UHT niet gereageerd op deze aanvullingen en de bijlagen hierbij. Evenmin heeft UHT hier aanvullend (nadat belanghebbende deze gegevens op 13 maart 2023 nogmaals aan UHT heeft gestuurd) op gereageerd.

De Commissie overweegt dat UHT voormelde feiten en aanvullende standpunten kennelijk niet heeft onderzocht en dat deze feiten en standpunten ook niet gewaardeerd zijn. De Commissie overweegt op basis hiervan dat het onderzoek van UHT onvolledig en onzorgvuldig is geweest. Het bezwaar treft in zoverre doel.

Motivering

Volgens belanghebbende is de beslissing van UHT niet afdoende gemotiveerd. UHT heeft dit weersproken. Artikel 3:46 Awb bepaalt: een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering. De Commissie overweegt als volgt.

Aangezien geen sprake is geweest van een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft UHT de bestreden besluiten niet naar behoren gemotiveerd. De relevante feiten zijn incorrect, althans onvolledig vermeld in deze besluiten. De beschikkingen berusten niet op een deugdelijke motivering. Ook in zoverre treft het bezwaar doel.

Institutionele vooringenomenheid

Belanghebbende heeft aangevoerd dat jegens hem sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid. Er was volgens belanghebbende sprake van een brede uitvraag en B/T heeft de beschikking KOT 2014 met betrekking tot de tweede zoon van belanghebbende te laat genomen.

Berekeningsjaar 2014

Belanghebbende heeft na de geboorte van zijn tweede zoon ook voor hem op 2 juli 2014 KOT aangevraagd met ingang van 1 november 2014. B/T heeft de beslistermijn op deze aanvraag verlengd tot 17 januari 2015 (productie 25).

Uit de beschikbare gegevens blijkt de Commissie dat B/T in verband met de verzochte wijziging KOT 2014 tweemaal aan belanghebbende heeft verzocht om aanvullende gegevens te verstrekken. Het eerste verzoek om informatie van 1 november 2014 zag op opvangcontracten met de kinderopvanginstelling "...vanaf 1 januari 2014 t/m heden..." (1^e en 2^e zoon), facturen kinderopvang "...vanaf 1 januari 2014 t/m heden...", bankafschriften waaruit blijkt dat belanghebbende kinderopvang heeft betaald en een bewijs van inschrijving van belanghebbende aan een door de overheid erkende onderwijsinstelling. B/T heeft deze gegevens op 6 november 2014 ontvangen (dossier UHT, productie 29). Hierna heeft belanghebbende, nadat daarom in januari 2015 telefonisch door B/T is verzocht, wat niet tussen partijen in geschil is, aanvullende gegevens over de zijn inschrijving bij de Universiteit voor studiejaar 2013/2014 aan B/T gestuurd (dossier UHT, productie 29). B/T heeft deze gegevens op 12 januari 2015 ontvangen. In dit berekeningsjaar hebben zich geen neerwaartse correcties voorgedaan.

Berekeningsjaar 2015

In haar voorschotbeschikking toeslagen 2015 van 27 december 2014 heeft B/T niets vermeld over de KOT 2015 (bezwaarschrift belanghebbende 30 augustus 2022, productie 14).

In december 2014 heeft belanghebbende geen KOT 2015 ontvangen waarmee de opvang voor de maand januari 2015 kon worden voldaan. Bij voorschotbeschikking van 21 januari 2015 wordt KOT toegekend over 2015.

Wettelijk kader

De Commissie overweegt als volgt. In artikel 2.1 lid 1 Wht wordt bepaald aan welke aanvragers van KOT compensatie wordt toegekend (hierna ook: gedupeerde aanvragers). Toekenning vindt plaats aan aanvragers die gedupeerd zijn door institutionele vooringenomenheid (onderdeel a, ten eerste) of door de hardheid van de toepassing die voor 23 oktober 2019 werd gegeven aan het wettelijke systeem (onderdeel a, ten tweede) (hierna ook: 'hardheid van het stelsel' of 'hardheid'). Van institutionele vooringenomenheid kan in een onderzoek op twee niveaus sprake zijn geweest. Ten eerste kan dit hebben plaatsgevonden op groepsniveau. Ten tweede kan dit hebben plaatsgevonden op het niveau van een individuele ouder. Het gaat om institutionele vooringenomenheid zoals beschreven in het interim-advies 'Omzien in verwondering' en het eindadvies 'Omzien in verwondering 2' van de Adviescommissie uitvoering toeslagen.

Wat betreft de institutionele vooringenomenheid van B/T gaat het, zoals in 'Omzien in verwondering 2' is aangegeven, niet alleen om collectieve stopzetting van de kinderopvangtoeslag zonder voorafgaande individuele beoordeling, maar vooral ook om het opvragen bij belanghebbenden van grote hoeveelheden bewijsstukken over een of meerdere jaren. Dit wordt gevolgd door een zerotoleranceonderzoek naar fouten, tekortkomingen en ontbrekende bewijsstukken met soms een tweede controle, wanneer bij eerste lezing geen grond voor afwijzing van de aanspraak kinderopvangtoeslag was gevonden. Ook was sprake van het niet nader opvragen van informatie bij belanghebbenden bij een gebleken tekortkoming daarin en het afwijzen of reduceren van de aanspraak op kinderopvangtoeslag bij de minste of geringste onregelmatigheid in de stukken.

Voringenomenheid

De Commissie overweegt dat uit de aan haar bekende feiten en omstandigheden blijkt dat jegens belanghebbende sprake is geweest van vooringenomen handelen met betrekking tot de berekeningsjaren 2014 en 2015. De Commissie meent dat sprake is van bijkomende/bijzondere omstandigheden. Dit motiveert de Commissie aldus.

Nadat belanghebbende voor zijn tweede zoon KOT heeft aangevraagd, heeft belanghebbende op 13 oktober 2014 telefonisch contact opgenomen met B/T vanwege het uitblijven van een beslissing. Volgens belanghebbende heeft B/T tijdens dit contact een fraudeverdenking geuit jegens belanghebbende. UHT heeft dit niet ontkend. Belanghebbende heeft (onder andere) hierover op 30 oktober 2014 schriftelijk geklaagd. Dat belanghebbende heeft geklaagd, ontkent UHT niet al zijn er geen telefoonnotities of andere stukken gevonden. De Commissie acht aannemelijk dat dit telefoongesprek en de hierin door B/T geuite verdenking van fraude hebben plaatsgevonden. De Commissie stelt vast dat B/T hierna (op 1 november 2014 en telefonisch op 6 januari 2015) twee informatieverzoeken aan belanghebbende heeft gericht. Belanghebbende heeft binnen één week aan deze verzoeken (onder andere op 6 november 2014, productie 29) voldaan en de verzochte gegevens aan B/T verstrekt. Op 8 december 2014 heeft B/T in haar systeem vermeld: "*kot 2014 Bewijsstukken kot 2014 ontvangen. Grondslagen aangetoond. Zie stukken in DAS d.d. 2014/11/07....*".

De Commissie leidt hieruit af dat B/T op dat moment geen nadere informatie meer behoefde om het voorschot KOT 2014 en 2015 vast te stellen. Desondanks heeft B/T nagelaten om de voorschotten voor deze berekeningsjaren vast te stellen.

In haar voorschotbeschikking toeslagen 2015 van 27 december 2014 heeft B/T in het geheel géén KOT 2015 opgenomen. Hiernaast heeft B/T de KOT 2015 (maand januari 2015) voor het oudste kind van belanghebbende niet tijdig betaald. De Commissie overweegt dat hiervoor een rechtsgrondslag (en een motivering) ontbreekt. Pas bij beschikking van 6 februari 2015 bericht B/T belanghebbende over het voorschot KOT 2014 (dossier UHT, productie 21). En pas in haar voorschotbeschikking van 21 januari 2015 bericht B/T belanghebbende over het voorschot KOT 2015 (dossier UHT, productie 21). De Commissie heeft in het dossier van UHT en in haar reactie geen gegevens aangetroffen die deze (zeer) late beslissingsdata rechtvaardigen.

De Commissie stelt vast dat de handelwijze van B/T tot veel stress, frustratie en onvrede bij belanghebbende en zijn gezin hebben geleid. Dit heeft UHT ook erkend in haar schriftelijke reactie. Naar het oordeel van de Commissie is de hierboven vermelde handelwijze van B/T in het geval van belanghebbende een ernstige schending van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat eist dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen. De Commissie overweegt dat ten aanzien van belanghebbende reeds daarom sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid voor berekeningsjaren 2014 en 2015.

Het valt de Commissie op dat het relaas van belanghebbende gedetailleerd en uitvoerig is en dat UHT niet zozeer ontkent dat van onderzoek in het kader van mogelijke fraude sprake is geweest of de schijn daartoe is gewekt, maar veeleer staat voor de moeilijkheid dat niet meer alle gegevens te achterhalen zijn.

In zoverre bevindt belanghebbende zich in een positie vergelijkbaar met die van ouders die deel uitmaakten van een CAF- of CAF-vergelijkbaar onderzoek. De Commissie roept in herinnering dat de hersteloperatie, in lijn met het eindadvies 'Omzien in verwondering 2', in beginsel uitgaat van het relaas van de ouder wanneer deze deel heeft uitgemaakt van een fraudeonderzoek. De Commissie adviseert UHT in deze zaak in de geest van de hersteloperatie te handelen en de ouder ook wat betreft de jaren 2014 en 2015 te erkennen als gedupeerde.

Geen O/GS

De Commissie overweegt dat haar niet is gebleken dat de toepassing van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, de daarop berustende bepalingen of de Wet kinderopvang bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag heeft geleid tot onbillijkheden van overwegende aard, omdat aan belanghebbende geen persoonlijke betalingsregeling is toegekend of een buitengerechtelijke schuldregeling is geweigerd vanwege de onterechte kwalificatie van opzet of grove schuld van hemzelf of zijn partner ten aanzien van het ontstaan van de terugvordering van de kinderopvangtoeslag.

Proceskosten

Belanghebbende verzoekt om vergoeding van kosten als bedoeld in artikel 7:15 Awb. 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.

Belanghebbende heeft zijn kosten begroot in zijn brief van 15 mei 2023: reiskosten € 112,56; verblijfkosten € 17,50; verletkosten € 248,64. De Commissie adviseert UHT om deze kosten aan belanghebbende te vergoeden.

Conclusie

Samenvattend adviseert de Commissie UHT om:

- de bezwaren deels gegrond te verklaren;
- belanghebbende voor de jaren 2014 en 2015 aan te merken als gedupeerde; en
- een vergoeding toe te kennen voor de reis-, verblijf-, en verletkosten van belanghebbende volgens de begroting van belanghebbende in zijn brief van 15 mei 2023.

De secretaris,

De voorzitter,

