

**ADVIES VAN DE BEZWAARSCHRIFTENADVIESCOMMISSIE**

<b>Aan:</b>	Belastingdienst / Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (UHT)
<b>Betreft:</b>	Bezwaarschrift van [REDACTED] [REDACTED]
<b>Primair besluit:</b>	23 juli 2021 met als kenmerk UHT-DC I A
<b>Ontvangst bezwaarschrift:</b>	8 september 2021
<b>Hoorzitting:</b>	17 maart 2023 om 10:00 uur
<b>Overgedragen aan dienst:</b>	<b>22-6-2023</b>

---

**Samenvatting**

**De Bezwaarschriftenadviescommissie (hierna: de Commissie) adviseert UHT om het bezwaarschrift gegrond te verklaren.**

**Onderwerp van advies**

Het door [REDACTED] (hierna: belanghebbende), ingediende bezwaarschrift is gericht tegen de door Belastingdienst/Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (hierna: UHT) genomen definitieve beschikking UHT-DC I A afwijzing compensatie kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) van 23 juli 2021 waarin haar is medegedeeld dat zij geen recht heeft op compensatie KOT.

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), voor een belangrijk gedeelte komen te vervallen. Op grond van artikel 9.2, aanhef en onder e van de Wht werkt afdeling 2.1. van de Wht, 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 22 november 2019 verzocht om een herbeoordeling van de KOT over het jaar 2013.
- Op 23 juni 2021 heeft UHT dit verzoek aan belanghebbende bevestigd.
- De Commissie van Wijzen (hierna: CvW) heeft de beoordeling van het verzoek van belanghebbende op 14 juli 2021 aan UHT toegestuurd. De CvW heeft geoordeeld dat gedurende het betrokken jaar geen sprake is geweest van institutionele vooringenomenheid, en dat er tevens geen sprake is geweest van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 49, lid 3, letter b, van de Awir.
- Bij beschikking (UHT-DC-I A) van 23 juli 2021 is belanghebbende bericht dat zij geen recht heeft op compensatie KOT voor de het jaar 2013.
- Belanghebbende heeft bij brief van 2 september 2021, ingekomen op 8 september 2021, tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend.
- Op 15 juli 2022 heeft UHT daarop schriftelijk op het bezwaarschrift gereageerd.
- Op 17 maart 2023 heeft naar aanleiding van het bezwaarschrift van belanghebbende een hoorzitting plaatsgevonden. Van de hoorzitting is verslag gemaakt. Dit verslag is achter het advies gevoegd.
- Op 6 april 2023 heeft UHT de door haar opgestuurde nadere schriftelijke reactie ingediend. Op 18 april 2023 heeft belanghebbende schriftelijk op de nadere schriftelijke reactie van UHT gereageerd.

### **Ontvankelijkheid en algemene opmerkingen**

Niet in geschil is dat het bezwaarschrift tijdig is ingediend en dat het ook overigens voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

### **Vaststaande feiten**

De (toeslag)partner van belanghebbende, [REDACTED], is ondernemer. In 2011 dreef hij verschillende ondernemingen, waaronder een cafetaria. In 2011 heeft hij de cafetaria verkocht. De opbrengst van de verkoop heeft hij voor de heffing van inkomstenbelasting ondergebracht in een herinvesteringsreserve als bedoeld in artikel 3.54 van de Wet inkomstenbelasting 2001. De opbrengst van de verkoop van de cafetaria is echter, om een faillissement te voorkomen, gebruikt voor aflossing van zakelijke schulden. Omdat er geen geld meer was om een herinvestering te doen, moest de herinvesteringsreserve in 2013 worden

opgeheven. Het bedrag van de herinvesteringsreserve moest in dat jaar worden toegevoegd aan de (fiscale) winst van de toeslagpartner.

In 2016 heeft de toeslagpartner pogingen gedaan bij de reguliere Belastingdienst om de vorming van de herinvesteringsreserve ongedaan te maken en de verkoopopbrengst van de cafetaria te belasten in het jaar 2011 in plaats van het jaar 2013. Dat is niet gelukt. De Belastingdienst heeft dat afgewezen.

In 2013 heeft belanghebbende voor één kind KOT genoten. Aan belanghebbende werd een voorschot KOT verstrekt van € 6.398, later verhoogd tot € 13.968. Deze voorschotten waren gebaseerd op een geschat toetsingsinkomen van € 13.968,-. In de jaren 2015 en 2016 is het toetsingsinkomen van het jaar 2013 verhoogd tot – uiteindelijk - € 127.963, doordat daarin ook het vrijvallen van de herinvesteringsreserve was verwerkt. Deze verhoging van het toetsingsinkomen leidde tot een aanspraak op KOT van € 0 en tot terugvordering van de ontvangen voorschotten. Zonder die vrijval van de herinvesteringsreserve zou ██████████ ██████████ in 2013 een verlies uit onderneming hebben geleden van € 18.794, leidend tot een belastbaar inkomen van negatief € 12.594,-.

### **Overwegingen ten aanzien van de bezwaren en het bestreden besluit**

De belanghebbende heeft als grond voor haar bezwaar onder meer aangevoerd dat de Belastingdienst/Toeslagen (hierna: B/T) bij de vaststelling van het toetsingsinkomen ten onrechte ook de vrijval van de zgn. herinvesteringsreserve in aanmerking heeft genomen.

Uit artikel 1.1 lid 1 en artikel 1.7 lid 1 aanhef onder a van de Wet op de kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, thans geldend en aangehaald als Wet kinderopvang, volgt dat het recht op en de hoogte van de KOT afhankelijk is van de (op het inkomen gebaseerde) draagkracht. B/T dient bij de bepaling van de draagkracht voor de KOT uit te gaan van het inkomensgegeven als bedoeld in artikel 21, onderdeel e, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dit volgt uit artikel 7 lid 1 juncto artikel 8 lid 1 en artikel 2 lid 1, aanhef en onder o, van de Awir.

Gelet daarop is de Commissie van mening dat B/T bij de vaststelling van de KOT over 2013 terecht is uitgegaan van het in de basisregistratie inkomensgegevens opgenomen toetsingsinkomen van belanghebbende.

Belanghebbende heeft verder aangevoerd dat zij in aanmerking komt voor compensatie omdat ten aanzien van haar sprake is geweest van – naar de Commissie begrijpt - een geval van hardheid als bedoeld in artikel 49 (oud) Awir.

Artikel 49 Awir gaf aan de Minister of Staatssecretaris van Financiën de mogelijkheid in gevallen van onbillijkheden van overwegende aard die zich hadden voorgedaan voor 23 oktober 2019, een hardheidstegemoetkoming te verstrekken. Daarbij ging het volgens artikel 49 lid 3, onder b Awir onder meer om gevallen van herziening van beschikkingen tot terugvordering 'onder bijzondere omstandigheden'. Voor een en ander konden op grond van artikel 49 lid 10 Awir bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld. Die regels, opgenomen in artikel 9b Uitvoeringsregeling Awir (hierna: UR Awir), hielden onder meer in (artikel 9b lid 2, aanhef en onder c) dat van dergelijke bijzondere omstandigheden op zichzelf in ieder geval geen sprake is als de beschikking tot terugvordering het gevolg is van een afwijking van het daadwerkelijke over het berekeningsjaar vastgestelde toetsingsinkomen voor de KOT en het geschatte inkomen op basis waarvan het voorschot op KOT is berekend. In de artikelsgewijze toelichting werd opgemerkt (blz. 5, 2<sup>e</sup> alinea):

"Met de woorden 'op zichzelf' wordt aangegeven dat ondanks dat zich een omstandigheid voordoet die aangemerkt is als geen bijzondere omstandigheid, aanvullende omstandigheden op zichzelf of in samenhang bezien ertoe kunnen leiden dat, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, toch sprake kan zijn van een bijzondere omstandigheid."

Voorts is daar nog opgemerkt: "Overigens leidt de financiële situatie of leiden de financiële problemen van belanghebbende die terugbetaling van toeslagen verhinderen, in het algemeen niet tot matiging van de terugvordering en daarmee ook niet tot het toekennen van een hardheidstegemoetkoming. Voor deze situatie bestaat de mogelijkheid van een (persoonlijke) betalingsregeling (...)."

In paragraaf 2.1 van het Verzamelbesluit Toeslagen, zoals gewijzigd bij besluit van 1 juli 2022, nr. 2022-21478, Staatscourant van 8 juli 2022, nr. 17645 (hierna onder meer: Verzamelbesluit Toeslagen), is een en ander neutraler geformuleerd. Daarin is het in de toelichting op artikel 9b oud UR Awir neergelegde automatisme, dat bij het beoordelen van een bezwaar tegen een terugvordering geen rekening wordt gehouden met de financiële situatie van de betrokkene en dus ook geen reden is voor een hardheidscompensatie, niet overgenomen. Verder wordt daarbij in een noot verwezen naar een uitspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 5 februari 2020, ECLI: NL: RVS:2020:356 waarin met de financiële situatie van de betrokkene nu juist wel rekening werd gehouden.

Bij de Wht is artikel 49 Awir komen te vervallen. Daarvoor in de plaats is in artikel 2.1, lid 1 onder b en volgende van de Wht een regeling opgenomen voor het toekennen van een compensatie in geval van 'onbillijkheden van overwegende aard die voortkomen uit de hardheid van de toepassing die voor 23 oktober 2019 werd gegeven aan het wettelijke systeem." Bij 'Regeling van de Staatssecretaris van Financiën van 19 oktober 2022 tot wijziging van enige uitvoeringsregelingen op het gebied van toeslagen', nr. 2022-258523, Staatscourant van 4 november 2022, nr. 29670 (hierna onder meer aan te

duiden als: de Regeling) is ook artikel 9b van de UR Awir vervallen verklaard. In de toelichting op de Regeling werd opgemerkt dat het vervallen van artikel 9b UR Awir geen beleidsmatige gevolgen zou hebben, omdat de daarin opgesomde voorbeelden van bijzondere omstandigheden ook zijn opgenomen in onderdeel 2.1 van het Verzamelbesluit Toeslagen. De Commissie maakt daaruit op dat de Staatssecretaris kennelijk voor ogen stond dat bij de toepassing van artikel 2.1, lid 1, onder b Wht het bepaalde in artikel 2.1 van het Verzamelbesluit Toeslagen zal worden gevolgd.

In aanvulling op artikel 2.1, lid 1, onder b Wht is in artikel 9.1. van de Wht een hardheidsclausule opgenomen die B/T machtigt om in geval van een onbillijkheid van overwegende aard af te wijken van – onder meer – het bepaalde in artikel 2.1 Wht.

Uit de door het bezwaar bestreden beschikking van 23 juli 2021 valt niet op te maken dat daarbij aandacht is gegeven aan het bepaalde in artikel 49 Awir en in artikel 9b UR Awir. In zoverre is – op zijn minst genomen – sprake van een motiveringsgebrek. Dat gebrek is door de schriftelijke reactie van UHT op het bezwaar van 15 juli 2022 en de aanvullende schriftelijke reactie van 6 april 2023 niet weggenomen, omdat daarin geen aandacht is gegeven aan hetgeen is voorgeschreven in artikel 2.1 van het Verzamelbesluit Toeslagen. Met name volgt daaruit niet dat UHT, zoals daar is voorgeschreven, heeft beoordeeld of belanghebbende gelet op alle omstandigheden van haar geval, in aanmerking komt voor een hardheidstegemoetkoming.

De Commissie merkt in dat verband nog het volgende op over hetgeen in de toelichting op artikel 9b UR Awir werd opgemerkt over het in aanmerking nemen van de financiële omstandigheden van de belanghebbende (die zouden in beginsel geen reden behoren te zijn voor matiging van de terugvordering van een KOT-voorschot en evenmin tot verlenen van een hardheidstegemoetkoming, omdat daarvoor een persoonlijke betalingsregeling kan worden getroffen).

In de eerste plaats merkt de Commissie op dat het treffen van een betalingsregeling in een geval als dit een 'gepasseerd station' is. Zo'n regeling had B/T in 2016, in het kader van de behandeling van het bezwaar van belanghebbende tegen de terugvorderingsbeschikking behoren aan te bieden. Uit het dossier dat door UHT is overgelegd, kan de Commissie niet opmaken dat B/T toen zo'n regeling heeft aangeboden, hoewel het wel op de weg van B/T had gelegen, om dat te doen. Dan kan de omstandigheid dat een betalingsregeling de problemen van belanghebbende had kunnen matigen haar nu, na zeven jaar niet meer worden tegengeworpen.

Verder merkt de Commissie op dat zo'n betalingsregeling niet alle problemen kan wegnemen. Er is daarom geen reden om aan te nemen dat de financiële omstandigheden van belanghebbende bij de beslissing of zij in aanmerking komt voor compensatie wegens hardheid volgens de 'oude praktijk', niet in aanmerking behoren te worden genomen. De Commissie wijst er in dit verband

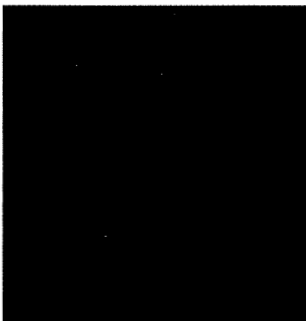
op, dat hetgeen is opgenomen in artikel 2.1. van het Verzamelbesluit Toeslagen neutraler is geformuleerd.

Gelet op het vorenstaande zal de Commissie aan UHT adviseren de in artikel 2.1. van de in het Verzamelbesluit Toeslagen voorgeschreven toets van het verzoek aan de hand van een beoordeling van alle omstandigheden van haar geval alsnog te verrichten en de uitkomst daarvan in de uitspraak op haar bezwaar expliciet te verwoorden. De Commissie geeft UHT mee dat naar haar mening die beoordeling in dit geval slechts kan leiden tot het verlenen van een tegemoetkoming wegens hardheid conform de toepassing die tot 23 oktober 2019 door B/T werd gegeven aan het systeem van de Awir, zulks nu op de voet van artikel 2.1 en volgende van de Wht. De Commissie acht toekenning van zo'n compensatie in een geval als dit, bepaald passend en ook geboden.

### **Conclusie**

Samengevat adviseert de Commissie om het bezwaarschrift gegrond te verklaren, en belanghebbende op de voet van artikel 2.1, lid 1, letter b en volgende van de Wht een compensatie te verlenen omdat zij gedupeerde is van de onjuiste uitleg die B/T voor 23 oktober 2019 gaf aan het systeem van de Awir.

De secretaris,



  
secretaris

De voorzitter,



  
voorzitter