

**ADVIES VAN DE BEZWAARSCHRIFTENADVIESCOMMISSIE**

<b>Aan:</b>	Belastingdienst/Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (hierna: UHT)
<b>Betreft:</b>	het bezwaarschrift van [REDACTED]
<b>Primair besluit:</b>	1 april 2022 (UHT DC-I A)
<b>Ontvangst bezwaarschrift:</b>	4 mei 2022
<b>Hoorzitting:</b>	9 februari 2023 om 10.00 uur
<b>Overgedragen aan UHT:</b>	20 april 2023

---

**Samenvatting**

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

**Onderwerp van advies**

Het door [REDACTED] (hierna: gemachtigde), namens [REDACTED] (hierna: belanghebbende) ingediende bezwaarschrift is gericht tegen de door UHT genomen definitieve beschikking afwijzing compensatie Kinderopvangtoeslag (hierna: KOT) van 1 april 2022 (UHT-DC-I-A).

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 moet de bestreden beschikking van 1 april 2022 geacht worden te zijn genomen op grond van artikel 2.1 en verder van de Wht.

## **Procesverloop**

- Belanghebbende heeft op 8 april 2020 verzocht om een herbeoordeling van de kot over de jaren 2012 tot en met 2014.
- Bij beschikking van 30 april 2021 (CAP/UCF/21/093 UHT) heeft UHT aan belanghebbende geschreven dat belanghebbende niet in aanmerking komt voor een compensatie van € 30.000
- Op 19 mei 2021 (zo blijkt uit een telefoonnotitie) heeft een medewerker van UHT telefonisch aan belanghebbende laten weten dat het dossier nogmaals was bekeken en dat UHT met belanghebbende van mening is dat er inderdaad sprake was van harde toepassing van de wet.
- Bij besluit van 23 juni 2021 (UHT-B DMB2) heeft UHT aan belanghebbende op grond van artikel 2.7 van de Wht een bedrag van € 30.000 toegekend. Daarbij is aangegeven dat nog onderzocht zal worden of er recht bestaat op meer compensatie.
- De Commissie van Wijzen heeft op 23 februari 2022 geoordeeld dat jegens belanghebbende geen sprake is geweest van institutioneel vooringenomen handelen, en dat belanghebbende evenmin aanspraak heeft op hardheidscompensatie.
- Bij beschikking van 1 april 2022 is belanghebbende bericht dat hij geen recht heeft op compensatie KOT voor de jaren 2012 tot en met 2014.
- Gemachtigde heeft bij brief van 4 mei 2022, ingekomen op 4 mei 2022, tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend.
- Op 14 juli 2022 heeft UHT daarop schriftelijk gereageerd.
- Op 9 februari 2023 heeft voor de behandeling van het bezwaarschrift van belanghebbende een hoorzitting plaatsgevonden. Van de hoorzitting is verslag gemaakt. Dit verslag is achter het advies gevoegd.

## **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.

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

*Bezwaargrond: ontijdige verstrekking van stukken door UHT*

Belanghebbende stelt in het bezwaarschrift dat het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden zou zijn, omdat de op de zaak betrekking hebbende stukken niet ontvangen waren.

Tijdens de hoorzitting heeft gemachtigde zijn ongenoegen kenbaar gemaakt over de late toezending van de schriftelijke reactie, met als bijlage de op de zaak betrekking hebbende stukken.

Gemachtigde heeft op vragen van de Commissie geantwoord dat belanghebbende ondanks deze belemmering geen extra tijd nodig heeft om de bezwaren van belanghebbende tijdens de hoorzitting te kunnen toelichten.

De Commissie ziet in het moment van ontvangst van het dossier door gemachtigde en belanghebbende daarom geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel,

De Commissie adviseert om dit onderdeel van het bezwaar ongegrond te verklaren.

*Bezwaargrond: schending vertrouwensbeginsel*

De Commissie volgt belanghebbende niet in zijn stellingen die erop neer komen dat het UHT sinds de brief van 23 juni 2021 waarin aan belanghebbende een minimumbedrag van € 30.000 is toegekend, niet meer vrij zou hebben gestaan om belanghebbende geen compensatie op grond van artikel 2.1 en volgende Wht toe te kennen.

In de brief van 23 juni 2021 (UHT-B DMB2) staat dat € 30.000 wordt toegekend voor "wat u in het verleden heeft meegemaakt". In de brief staat ook: "wij hebben uw situatie nog niet helemaal beoordeeld. Dat gaan we nog doen".

De Commissie leest in de brief van 23 juni 2021 geen toekenning van een verder recht op compensatie dan de toekenning van een bedrag ad € 30.000. Het betreft een mededeling waarin naar de mening van de Commissie geen verwachtingen over de hoogte van het uiteindelijke compensatiebedrag zijn gewekt.

De Commissie adviseert UHT dan ook om het bezwaar ongegrond te verklaren, voor zover belanghebbende aanvoert dat het vertrouwensbeginsel geschonden zou zijn.

*Bezwaargrond: onterechte afwijzing compensatie na integrale beoordeling hardheid/institutioneel vooringenomen handelen*

Tussen partijen staat niet ter discussie dat over de toeslagjaren 2012 tot en met 2014 sprake was van institutioneel vooringenomen handelen.

UHT heeft aan belanghebbende echter geen compensatie toegekend, omdat belanghebbende in de jaren 2012 t/m 2014 geen recht had op Kinderopvangtoeslag.

UHT stelt dat sprake was van een ernstige onregelmatigheid aan de zijde van belanghebbende, zoals omschreven in artikel 2.1 lid 2 Wht.

Belanghebbende heeft verklaard dat er weliswaar afspraken zijn gemaakt in het ouderschapsplan maar dat de feitelijke situatie een andere was en dat het kind ruim drie dagen per week bij hem verbleef.

De Commissie overweegt hierover het volgende. De Memorie van Toelichting bij de Wht verwijst voor de interpretatie van het begrip 'ernstige onregelmatigheid' naar het Interim-advies Adviescommissie uitvoering toeslagen van 14 november 2019, waar het begrip als volgt is omschreven:

*"Dat roept de vraag op wanneer sprake is van een ernstige onregelmatigheid.*

*Daarvan is in ieder geval sprake indien uit het dossier blijkt dat er evident geen recht op KOT bestond in het onderzochte toeslagjaar. Dit is bijvoorbeeld het geval als het kind waarvoor KOT is aangevraagd niet blijkt te bestaan, ouder is dan de geldende leeftijdsgrens, of in het geheel geen opvang heeft genoten."*

In het Interim-advies en in de Memorie van toelichting wordt gesproken van een ernstige onregelmatigheid in die gevallen waarin er geen discussie mogelijk is dat belanghebbende niet voor Kinderopvangtoeslag in aanmerking komt, zoals in fraudegevallen. De Commissie is van oordeel dat van een dergelijk geval in casu geen

sprake is. Belanghebbende is er destijds (naar het oordeel van de rechtbank Amsterdam, uitspraak dd. 6 april 2016, AMS 16/526) niet in geslaagd (voldoende) aannemelijk te maken dat voldaan is aan het vereiste van artikel 4 lid 2 Awir dat de kinderen drie dagen per week bij hem verbleven, zo blijkt uit deze uitspraak. Daaruit afleiden dat er daarom sprake was van een ernstige onregelmatigheid die aan hem toerekenbaar was als bedoeld in artikel 2.1 lid 2 Wht acht de Commissie een onjuiste interpretatie van dit artikel in het licht van de wetsgeschiedenis.

Voor zover UHT, met een beroep op de aangehaalde uitspraak van de rechtbank Amsterdam van oordeel is dat door een gegrondverklaring van het bezwaar van belanghebbende sprake zou zijn van een niet toegestane vorm van verkapt appèl, wijst de Commissie op de bevindingen van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag dd. 17 december 2020, Kamerstuk 35 510 titel "Ongekend onrecht". De uitkomsten daarvan hebben onder meer geleid tot de totstandkoming van de compensatieregelingen en de Wht. Deze staan naar het oordeel van de Commissie, een herwaardering van de situatie van belanghebbende niet in de weg.

Belanghebbende baseert zijn aanspraken op compensatie ook op hardheidscompensatie (artikel 2.1 sub b Wht).

Belanghebbende heeft geen Kinderopvangtoeslag ontvangen, omdat de Belastingdienst zich op het standpunt stelde dat belanghebbende niet zou hebben voldaan aan het bepaalde in artikel 4 lid 2 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir).

Dit standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen is, zoals reeds vermeld - in beroep steeds gehonoreerd. De rechtbank heeft de Belastingdienst/Toeslagen gevolgd in haar standpunt dat het ouderschapsplan doorslaggevend bewijs oplevert van het standpunt van de Belastingdienst/Toeslagen, dat de kinderen van belanghebbende gemiddeld 2,38 en dus minder dan drie dagen per week bij belanghebbende verbleven.

Ook de Commissie van Wijzen gaat er in haar advies vanuit dat niet zou mogen worden uitgegaan van de verklaring van belanghebbende, dat de feitelijke situatie afweek van het ouderschapsplan.

Artikel 4 lid 2 Awir en de over artikel 4 lid 2 Awir gewezen jurisprudentie, schrijven aan de Belastingdienst/Toeslagen niet voor, hoe de Belastingdienst/Toeslagen moet vaststellen of het kind doorgaans ten minste drie dagen per week bij beide ouders verblijft.

In de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 7 november 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3626) heeft de Afdeling haar oordeel dat niet aan de ondergrens van artikel 4 lid 2 Awir was voldaan, mede gebaseerd op de eigen verklaring van de ouders in de desbetreffende zaak.

Voor de Belastingdienst/Toeslagen en de rechtbank bestond dus geen wettelijke verplichting om alleen uit te gaan van het ouderschapsplan, dat als bijlage bij het echtscheidingsverzoek is ingediend.

Niet valt in te zien waarom de Belastingdienst/Toeslagen wel ten nadele van een ouder zou mogen uitgaan van een verklaring van de ouder, maar waarom een dergelijke verklaring niet ten voordele van de ouder zou kunnen worden uitgelegd.

Tijdens de hoorzitting heeft belanghebbende onweersproken verklaard dat de feitelijke (fysieke) situatie bij de uitvoering van de zorgregeling afweek van het enkele jaren daarvoor opgestelde ouderschapsplan en het daarin opgenomen schema.

In het ouderschapsplan staat dat de zoon op vrijdag bij vader verbleef. In werkelijkheid haalde belanghebbende zijn zoon op donderdagavond al op bij de moeder in Almere, omdat de vader in IJpendam woonde en zijn zoon vrijdag aan de start van de ochtend in het nabijgelegen Purmerend naar de opvang ging. Zijn ex-partner woonde al sinds 2012 in het veel verder gelegen Almere. Het was feitelijk onmogelijk om de zoon in de vroege ochtend op te halen in Almere om hem dan om 9 uur in Purmerend naar de opvang te brengen.

De persoonlijk zaakbehandelaar heeft op 19 mei 2021 tegen belanghebbende (volgens de telefoonnotitie van die dag) het volgende gezegd:

*Meneer verteld dat ik nogmaals naar zijn dossier heb gekeken, en dat er inderdaad (zoals meneer zelf ook aangaf) sprake was van harde toepassing van de wet. Het ging immers om een halve dag verblijf te weinig bij vader op basis waarvan alle toeslagen zijn teruggevorderd. Meneer was erg blij dat we er nogmaals naar gekeken hebben. We hebben het rekeningnummer gecontroleerd waarop we op 10 juni zullen storten. Meneer wacht de integrale beoordeling af.*

UHT heeft ondanks herhaaldelijke vragen van de Commissie niet gemotiveerd waarom de uitkomst van de integrale beoordeling toch was dat er geen sprake was van hardheid.

Tijdens de zitting heeft UHT vastgehouden aan in haar standpunt dat belanghebbende op grond van de wet geen recht had op KOT.

UHT beroept zich daartoe op een verschil tussen de juridische werkelijkheid en de feitelijke werkelijkheid. De situatie zoals omschreven in het ouderschapsplan bevat volgens UHT de juridische werkelijkheid. UHT heeft niet toegelicht waarom de feitelijke werkelijkheid (die door UHT niet betwist is) niet ook deel uitmaakt van de juridische werkelijkheid. Belanghebbende heeft de feitelijke werkelijkheid ook aannemelijk gemaakt.

UHT heeft ondanks herhaalde vragen van de Commissie evenmin toegelicht waarom de besluitvorming in deze zaak de toets van het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 lid 2 Awb) zou kunnen doorstaan.

Op UHT rustte na het telefoongesprek van 19 mei 2021 waarin aan belanghebbende was gezegd dat sprake was van hardheid, een verzwaarde motiveringsplicht in het geval dat UHT na de integrale beoordeling zou bepalen dat geen sprake zou zijn geweest van hardheid.

Over 2013 is een bedrag ad € 2.800 teruggevorderd van belanghebbende. Over 2014 is een bedrag ad € 1.813 teruggevorderd van belanghebbende. De over beide jaren teruggevorderde bedragen overstijgen elk afzonderlijk de ondergrens van € 1.500 zoals genoemd in artikel 2.1 lid 4 Wht.

Belanghebbende komt over de jaren 2013 en 2014 gelet op het voorgaande in aanmerking voor compensatie, hetzij op basis van institutioneel vooringenomen handelen, hetzij op basis van hardheid.

Over 2012 is een bedrag ad € 680 teruggevorderd van belanghebbende. Dit bedrag is lager dan de grens van € 1.500 van artikel 2.1 lid 4 Wht. Over 2012 komt belanghebbende daarom niet in aanmerking voor hardheidscompensatie. Belanghebbende komt over toeslagjaar 2012 wel in aanmerking voor compensatie wegens institutioneel vooringenomen handelen. Tussen partijen staat immers niet ter discussie dat (ook) over 2012 sprake was van institutioneel vooringenomen handelen.

De Commissie adviseert UHT gelet op al het voorgaande de bezwaren gegrond te verklaren, omdat het bestreden besluit in de gegeven omstandigheden onvoldoende is gemotiveerd.

Ook adviseert de Commissie UHT vanwege de gegrondverklaring aan belanghebbende alsnog in ieder geval inzichtelijk te maken op welk bedrag aan compensatie (op grond van artikel 2.1 en volgende Wht) belanghebbende aanspraak heeft wegens vooringenomen handelen althans hardheid, over de jaren 2013 en 2014. Dit ook voor zover het compensatiebedrag lager is dan de al uitgekeerde € 30.000.

#### *Proceskostenvergoeding*

Nu het bezwaar naar de mening van de Commissie 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 (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**

Samengevat adviseert de Commissie UHT om

- het bezwaarschrift gegrond te verklaren;
- bij de beslissing op bezwaar alsnog te oordelen dat belanghebbende over toeslagjaar 2012 aanspraak heeft op compensatie op grond van artikel 2.1 en volgende Wht wegens institutioneel vooringenomen handelen;
- bij beslissing op bezwaar alsnog te oordelen dat belanghebbende over de toeslagjaren 2013 en 2014 aanspraak heeft op compensatie op grond van artikel 2.1 en volgende Wht wegens vooringenomen handelen althans hardheid;
- bij de beslissing op bezwaar met een deugdelijke compensatieberekening alsnog inzichtelijk te maken of belanghebbende aanspraak heeft op aanvullende betaling uit hoofde van de hiervoor genoemde compensatie over de toeslagjaren 2012, 2013 en 2014;
- aan belanghebbende een proceskostenvergoeding toe te kennen op basis van 2 procespunten met wegingsfactor 2.

