

Toelichting landsadvocaat 2009

In de kamerbrief 'Tweede deel beantwoording vragen wetgevingsoverleg pakket BP' heb ik toegezegd om verder te zoeken naar stukken waar mogelijke opvolging van het conceptadvies van de landsadvocaat (m.b.t. geen eigen bijdrage betalen voor kinderopvangtoeslag) uit blijkt en over de uitkomsten te rapporteren in de Voortgangsrapportage.¹ Voor deze zoekslag is nagegaan welke informatie nog aanwezig is bij Belastingdienst/Toeslagen, bij Financiën, SZW en de landsadvocaat. De onderstaande tekst geeft een reconstructie op basis van de aangetroffen stukken. Indien er op een later moment andere relevante stukken worden gevonden, zal ik die informatie vanzelfsprekend met uw Kamer delen.

Uit deze zoekslag is naar voren gekomen dat het advies van de landsadvocaat uit 2009 binnen Belastingdienst/Toeslagen is gebruikt ter gedachtevorming voor de aanpak van de pré CAF-zaak de Appelbloesem. Voor een goed begrip van de betekenis van het advies, is hieronder eerst een korte schets van deze zaak opgenomen.

De Appelbloesem

Deze zaak ziet op ca. 2000 ouders die via gastouderbureau de Appelbloesem opvangcontracten hadden afgesloten. De FIOD startte in 2008 een onderzoek op basis van een groot aantal signalen over mogelijk misbruik of oneigenlijk gebruik van kinderopvangtoeslag. Nadat de administratie van het gastouderbureau in het najaar van 2009 in beslag was genomen, registreerde Belastingdienst/Toeslagen per december 2009 een einddatum voor deze gastouderopvang in het systeem, waardoor de kinderopvangtoeslag in december 2009 niet meer werd uitbetaald en ouders geen kinderopvangtoeslag meer ontvingen. Voor een groot deel van de ouders werd de kinderopvangtoeslag rechtstreeks aan het gastouderbureau uitbetaald. Het onderzoek van de FIOD en Belastingdienst/Toeslagen liep door tot september 2010. Tijdens dit onderzoek werden drie fraudepatronen geconstateerd, die al dan niet in combinatie voorkwamen: toeslagaanvragen met terugwerkende kracht zonder dat op dat moment al opvang was genoten, toeslagaanvragen waarbij voor meer dan 52 weken per jaar opvanguren werden geregistreerd en toeslagaanvragen waarbij in het contract een verdeling werd gemaakt van de ontvangen kinderopvangtoeslag tussen het gastouderbureau, de gastouder, de vraagouder en een spaarplan voor het kind. Bij 650 van deze ouders bleek na onderzoek geen van deze fraudepatronen aanwezig te zijn, zij kregen in oktober 2010 de toeslag over december 2009 alsnog uitbetaald op hun eigen rekening. Bij de overige ouders waarin de eerste twee fraudepatronen voorkwamen is het recht op toeslag over 2008 en 2009 lager of op nihil vastgesteld. Alle ouders die in bezwaar waren gegaan, zijn in de gelegenheid gesteld zich te melden voor een massale bezwaarprocedure. Afgesproken werd met de gemachtigde een proefprocedure te starten en de behandeling tot de uitkomst aan te houden. Ouders die zich niet hebben aangesloten bij de massale bezwaarprocedure en ouders die een bezwaar hebben ingediend dat niet zag op het "fraudepatroon geen eigen bijdrage" werden individueel in behandeling genomen. Het standpunt van Belastingdienst/Toeslagen is uiteindelijk door de Raad van de State eind 2012 bevestigd. Belastingdienst/Toeslagen, Financiën en SZW hebben vanaf eind 2012 overleg gehad over de grote gevolgen voor de ouders, omdat de gehele toeslag bij hen werd teruggevorderd.

¹ Kamerstukken II, 2020/21, 35574, nr. 34.

Belastingdienst/Toeslagen stelde voor alleen de eigen bijdrage, eventueel vermeerderd met een boete, terug te vorderen. Zoals bekend, heeft het voorstel van de Belastingdienst/Toeslagen aan SZW helaas niet tot een andere oplossing geleid. In 2013 is dan ook de gehele toeslag teruggevorderd bij de betreffende ouders. De eigenaar van het gastouderbureau is strafrechtelijk veroordeeld, welk oordeel is voorgelegd aan de Hoge Raad.

Landsadvocaat 2009

Eind 2009 vraagt Belastingdienst/Toeslagen advies aan de landsadvocaat. Het is aannemelijk dat hiervoor toestemming is gegeven door een MT-lid van Belastingdienst/Toeslagen, hoewel hierover geen informatie is aangetroffen. Bij het verzoek gaat een memo (zie bijlage 1), waarin een medewerker van Belastingdienst/Toeslagen vraagt te adviseren of indien vraagouders niet de eigen bijdrage hoeven te betalen er feitelijk geen sprake meer is van een tegemoetkoming en dus geen recht op kinderopvangtoeslag bestaat. Op 12 januari 2010 wordt de behandeling van de ouders in de Appelbloesem-zaak in een vaktechnisch overleg gedeeld met de vaktechnische medewerkers (destijds 'RTP', rechtstoepassing, genaamd), alsmede afgestemd met een MT-lid van Belastingdienst/Toeslagen. In het memo (zie bijlage 2) wordt aangegeven dat gewacht wordt op de uitspraak van de landsadvocaat vóór er op nihil wordt gesteld. Het memo meldt dat als de landsadvocaat niet akkoord gaat met het op nihil stellen alle posten waar dit speelt moeten worden beoordeeld. Er zal dan een keuze moeten worden gemaakt of de geclaimde kosten worden verlaagd door hetzij het aantal uren te verlagen, of de uurprijs. Ook wordt vermeld dat indien de landsadvocaat akkoord gaat met het voorstel van Belastingdienst/Toeslagen deze vorm van fraude kan worden aangepakt zonder het versturen een vraagbrief. In andere gevallen zullen er volgens het memo betalingsbewijzen opgevraagd moeten worden.

De landsadvocaat brengt een conceptadvies uit met een uitgebreide analyse die erop neer komt dat wanneer ouders niet zelf bijdragen aan de kosten voor kinderopvang dit aanleiding kan vormen om de kinderopvangtoeslag lager vast te stellen, maar dat in ieder afzonderlijk geval een individuele beoordeling moet volgen. Tegelijkertijd geeft de landsadvocaat aan dat de gedachtegang van Belastingdienst/Toeslagen, waarin de kinderopvangtoeslag vooralsnog op nihil wordt gesteld, ook pleitbaar is, maar waarbij ouders wel in de gelegenheid zouden moeten worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. Daarbij moet volgens de landsadvocaat een concrete toets plaatsvinden, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden. Voor zover na een eerste vermindering van de kinderopvangtoeslag wél een bedrag als eigen bijdrage zou worden voldaan, bestaat volgens de landsadvocaat in zoverre wel een recht op kinderopvangtoeslag. Deze redenering kan naar de huidige maatstaven als "proportionele toekenning" worden gezien. Het conceptadvies is niet omgezet naar een definitief advies, wel is het in 2011 als bijlage bij een ander advies opgenomen. De toelichting over het advies uit 2011 is opgenomen in de volgende paragraaf.

Op datzelfde vaktechnische overleg van 12 januari 2010 staat ook dit conceptadvies van de landsadvocaat ter info op de agenda. De agendastukken werden verstuurd aan betrokken medewerkers en twee MT-leden. Dit conceptadvies heeft niet geresulteerd in een besluit tijdens dat overleg, wel is in

maart 2010 (zie bijlage 3) het standpunt van RTP opgenomen inzake de constructie die door GOB De Appelbloesem wordt gehanteerd. Het standpunt luidt dat er geen kosten voor de kinderopvang worden gemaakt en dat er daarom geen aanleiding is om een tegemoetkoming in die (niet-bestaande) kosten te verstrekken. Vermeld is dat er volgens het vaktechnische overleg geen recht op KOT bestaat. Verder is vermeld dat in afwijking van het advies van het vaktechnisch overleg het MT van Belastingdienst/Toeslagen bij meer dan 52 geschreven weken het aantal weken op 46 heeft gezet. De besluitvorming heeft plaatsgevonden met een MT-lid van Toeslagen, hierover is echter geen separate vastlegging aangetroffen.

Het conceptadvies van de landsadvocaat wordt benoemd in een evaluatiedocument (zie bijlage 4) van Belastingdienst/Toeslagen over de Appelbloesem van september 2010. Daarin is vermeld dat uit een analyse van de landsadvocaat is gebleken dat het standpunt kan worden ingenomen dat bij het ontbreken van een eigen bijdrage er geen sprake is van betaalde opvang en dus geen recht op KOT. In het evaluatiedocument is opgenomen dat dit betekent dat vraagouders in deze gevallen de volledige toeslag dienen terug te betalen.

In een ambtelijk memo van het Directoraat-generaal Belastingdienst van het ministerie van Financiën aan het ministerie van OCW van 22 september 2010 (zie bijlage 5) wordt de gang van zaken beschreven rond de Appelbloesem. Hierin wordt het advies van de landsadvocaat genoemd met de omschrijving dat hieruit zou blijken dat bij het ontbreken van een eigen bijdrage er geen recht is op KOT en vraagouders de hele toeslag dienen terug te betalen. Ook wordt vermeld dat de landsadvocaat van mening is dat na aanvankelijke nihilstelling een vermindering zou kunnen plaatsvinden, maar dat de hoogte daarvan afhankelijk is van de vraag in hoeverre de vraagouder ook na vermindering van de toeslag geen eigen bijdrage betaalt.

In een notitie van 5 oktober 2010 (zie bijlage 6) aan het MT van de Belastingdienst en het MT Toeslagen over de stand van zaken en dilemma's Appelbloesem staat dat er bij het ontbreken van een eigen bijdrage geen sprake is van gemaakte kosten en wettelijk gezien geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag. Tevens wordt aangegeven dat juridisch niet onomstreden is hoe gehandeld moet worden als aanvragers alsnog de eigen bijdrage betalen, maar dat de landsadvocaat het onder omstandigheden een pleitbaar standpunt vindt om de toeslag ook dan af te wijzen (zoals bij een op een constructie lijkende opzet). Aangegeven wordt dat Belastingdienst/Toeslagen vindt dat dit door de rechter moet worden beoordeeld omdat hiermee zichtbaar grenzen worden gesteld en jurisprudentie wordt gevormd.² Op dit moment is niet bekend of de notitie in het MT aan de orde is geweest.

In een vaktechnisch memo van december 2010 (zie bijlage 7), gericht aan een MT-lid van Belastingdienst/Toeslagen is opgenomen dat er geen eigen bijdrage is betaald en dat de Appelbloesem met de ouders schriftelijk een constructie is overeengekomen die ertoe leidt dat de gastouders geen enkele betaling doen met betrekking tot de geclaimde gastouderopvang. In het memo is vermeld dat een advies aan het MT van Belastingdienst/Toeslagen is gegeven dat de kans op

² Tot de uitspraken van 19 oktober 2019 heeft de Raad van State dit standpunt van Belastingdienst/Toeslagen steeds onderschreven.

juridische haalbaarheid van dit standpunt hoog wordt ingeschat. Tevens is vermeld dat in overeenstemming met het MT is besloten om dit standpunt ook te handhaven indien alsnog tot betaling wordt overgegaan, hoewel de juridische haalbaarheid van dit standpunt aanmerkelijk lager wordt ingeschat.

In latere documenten rondom de Appelbloesem of andere zaken komt het conceptadvies van de landsadvocaat niet meer terug. In de MT-verslagen van Belastingdienst/Toeslagen komt vanaf 2009 met enige regelmaat wel de Appelbloesem naar voren, maar wordt het conceptadvies niet genoemd. Er staat in de MT-verslagen dat de beleidslijn rondom het niet betalen van de eigen bijdrage besproken moet worden met het ministerie van OCW/SZW (in 2010 is het beleidsveld Kinderopvang overgegaan naar SZW). Dat dit is gebeurd blijkt uit het eerdergenoemde memo van 22 september 2010 aan OCW, dat in het archief van SZW is aangetroffen.

Landsadvocaat 2011

Tijdens de zoekslag is gebleken dat in een ander advies van de landsadvocaat uit 2011 het eerder uitgebrachte conceptadvies als bijlage is opgenomen. Daarom is ook bekeken waar het advies uit 2011 op zag. Deze adviesaanvraag is, in tegenstelling tot de aanvraag uit 2009, via DGBel (Uitvoeringsbeleid) gelopen. Belastingdienst/Toeslagen heeft ter voorbereiding een memo opgesteld (zie bijlage 8). De opdracht is verstrekt door DGBel, cluster Bedrijf, dat destijds de contacten met de landsadvocaat onderhield.

In 2011 is de landsadvocaat om advies gevraagd hoe om te gaan met aanvragen voor kinderopvangtoeslag met terugwerkende kracht voor een jaar. Op dat moment adverteerden meerdere gastouderbureaus met dit concept. Voor het jaar 2010 was een wettelijke aanscherping van de eisen voor gastouders gemaakt, zij moesten onder andere voldoen aan aanvullende kwaliteitseisen en geregistreerd staan in de LRK. Deze aanscherping werd echter halverwege het jaar alweer versoepeld. Het gevolg was dat vraagouders die in eerste instantie vanwege de aanscherping van de regels geen toeslagaanvraag over 2010 hadden gedaan, in 2011 alsnog een aanvraag zouden kunnen gaan doen, als zij in de tussentijd wel opvang hadden genoten.

De landsadvocaat heeft uiteengezet onder welke voorwaarden een aanvraag met terugwerkende kracht rechtmatig zou kunnen zijn en hoe Belastingdienst/Toeslagen met deze aanvragen moest omgaan. In de bijlage bij dit advies heeft de landsadvocaat het advies uit 2009 opgenomen, omdat ook een korte relatie werd gelegd met het niet betalen van de eigen bijdrage.