

New Babylon
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 10.2.e
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

B.

Landsadvocaat

Ministerie van Financiën
Directoraat-Generaal Belastingdienst
Team Juridische Zaken
Mevrouw drs. 10.2.e
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Ministerie van Financiën
DGB 2011 - 1491
Ontv. 14.3.2011
Uiterl. afdoening 8-5-2011
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code Belastingen
Paraaf voor archiveren

10.2.e

onze ref. 10.2.e 10034342
uw ref. -
inzake Staat (Belastingdienst) / advies
versoepeling WKO

10.2.e
advocaat
t (070) 10.2.e
f (070) 10.2.e @pelsrijcken.nl

11 maart 2011

Geachte mevrouw 10.2.e

Tijdens het telefoongesprek dat wij op 3 maart 2011 voerden, heeft u mij verzocht te adviseren omtrent de vraag wanneer een aanvraag om kinderopvangtoeslag kan worden afgewezen, indien de aanvraag in 2011 met terugwerkende kracht voor het jaar 2010 wordt gedaan. U heeft mij een memo van de heer 10.2.e van de Belastingdienst/Toeslagen voorgelegd waarin wordt ingegaan op deze kwestie.

Onder verwijzing naar uw e-mailbericht van 3 maart jl., waarbij u het voormelde memo heeft gevoegd, en het telefoongesprek dat mijn kantoorgenoot mr. 10.2.e met wie ik dit advies uitbreng - en ik op 3 maart jl. voerden met de heer 10.2.e van uw Ministerie, bericht ik u hierbij als volgt. Op 9 maart jl. is een concept van het advies toegezonden. Naar aanleiding van uw opmerkingen daarbij hebben wij het concept aangepast. Hieronder is het definitieve advies opgenomen.

De strekking van het advies is, kort samengevat, dat de relevante wet- en regelgeving aanknopingspunten bieden om eisen te stellen aan een aanvraag kinderopvangtoeslag op het punt van de bemiddeling, de overeenkomst en de betaling. Er moet evenwel

rekening mee worden gehouden dat deze eisen zich lastig laten handhaven in het kader van in 2011 nog in te dienen aanvragen met betrekking tot het jaar 2010. Zo is op meerdere punten sprake van fraudegevoeligheid. Wij achten pleitbaar dat de Belastingdienst zich in de praktijk kritisch opstelt bij de beoordeling van aanvragen met terugwerkende kracht, zeker wanneer blijkt dat er sprake is van omstandigheden die vragen oproepen (zoals een contante betaling in één keer voor het gehele jaar en/of indien sprake is van een gastouderbureau dat voorafgaand aan 2010 in het geheel nog niet actief was). De Belastingdienst zou in een procedure kunnen stellen dat het doel van de regeling (kort gezegd: zorgen dat de "juiste" vraagouders alsnog kinderopvangtoeslag krijgen¹) een dergelijke benadering van de Belastingdienst rechtvaardigt. Wij achten goed verdedigbaar dat in dat kader bepaalde (nadere) bewijsstukken worden verlangd. Daarbij zouden vraagouders er eventueel op kunnen worden gewezen dat een boete kan worden opgelegd indien sprake blijkt te zijn van een onjuiste aanvraag. Wij zien geen aanleiding voor de Belastingdienst om wat betreft het moment van betaling, de eis van een eigen bijdrage of het moment vanaf wanneer een schriftelijke overeenkomst voorhanden moet zijn, af te wijken van eerder dienaangaande ingenomen standpunten. Of een hierop gegronde afwijzing van een aanvraag in alle gevallen in rechte stand zal houden, valt niet met zekerheid te zeggen, temeer omdat de hoogste rechter zich nog moet uitlaten over (een deel van) deze vragen.

1 Feiten, wettelijk kader en vraagstelling

- 1.1 Op grond van de Wet Kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen² (WKO) kunnen ouders, kort gezegd, een kinderopvangtoeslag ontvangen als tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang. In de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir) is geregeld dat uitbetaling van deze toeslag plaatsvindt door de Belastingdienst. De Awir geeft verder een aantal algemene regels met betrekking tot de uitbetaling van de verschillende toeslagen, waaronder de kinderopvangtoeslag.
- 1.2 Op kinderopvangtoeslag kan aanspraak worden gemaakt ingeval sprake is van kinderopvang door een kindercentrum maar ook wanneer sprake is van kinderopvang door gastouders. Om de ongebreidelde groei van de gastouderopvang, met name in de informele sfeer, een halt toe te roepen zijn met ingang van 1 januari 2010 de regels rond gastouderopvang aangescherpt.
- 1.3 De WKO stelt vanaf 2010 strengere kwaliteitseisen aan kinderopvanginstelling, gastouderbureau (GOB) en gastouder. Gastouders moeten daarnaast zijn ingeschreven

¹ Zie Verslag van een algemeen overleg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, nr. 76, p. 22 (uitlating Minister Rouvoet).

² Dit is de benaming van deze wet met ingang van 1 augustus 2010. Vanaf die datum zijn ook de bepalingen van deze wet vernummerd; het vroegere art. 1, is nu art. 1.1, het vroegere art. 2, is nu art. 1.2 etc.

in het Landelijk Register Kinderopvang (LRK). Registratie kan uitsluitend plaatsvinden als aan de wettelijke eisen wordt voldaan. Het recht op subsidiabele opvang kwam volgens deze wetwijziging te vervallen als instelling, bureau of gastouder niet uiterlijk 31 december 2010 geregistreerd zou zijn. Dezelfde wetwijziging introduceerde de zogenaamde "kassiersfunctie". Die houdt in dat vraagouders alleen nog via een GOB aan de gastouder mogen betalen. De kassiersfunctie diende als antwoord op een praktijk waarin vaak niet te traceren was of, wanneer en hoeveel door de vraagouder aan de gastouder was betaald.

1.4 Aangezien 2010 werd gezien als overgangsjaar, bepaalde de WKO dat over 2010 aanspraak kon worden gemaakt op kinderopvangtoeslag wanneer uiterlijk eind 2010 inschrijving in het register had plaatsgevonden. Een behoorlijk deel van de vraagouders die gastouderopvang hadden en die veronderstelden dat de gastouder eind 2010 niet aan de regels zou kunnen voldoen, diende aan het begin van 2010 geen aanvraag voor kinderopvangtoeslag meer in.

1.5 In 2010 bleek het lang niet altijd haalbaar voor gastouders om zich op tijd aan te melden en/of deze gastouders tijdig te controleren en in het LRK op te nemen. De Tweede Kamer heeft op 1 juli 2010 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 874, nr. 72-75) vier moties aangenomen, waarin onder meer werd aangedrongen op uitstel van het vereiste dat een gastouder in het LRK moest zijn opgenomen. De (toenmalige) Minister van OCW heeft aan deze moties gevolg gegeven. Bij brief van 16 augustus 2010, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 874, nr. 77, heeft hij laten weten dat de registratie-eis voor 2010 is vervallen. Indien gastouders in 2010 niet aan de voorwaarden voor registratie voldoen, zoals bijvoorbeeld het halen van een diploma of certificaat goed gastouderschap, en zodoende niet zijn geregistreerd in het LRK, leidt dat voor het jaar 2010 niet tot terugvordering van de ontvangen kinderopvangtoeslag bij de vraagouder. In de brief is opgemerkt:

"Voor de definitieve toekenning van kinderopvangtoeslag over 2010 blijft onverkort wel van belang dat vraag- en gastouders aan de overige wettelijke eisen voor het ontvangen van kinderopvangtoeslag voldoen."

1.6 In augustus 2010 is in een ministeriële regeling de verplichting tot registratie van gastouders in het LRK voor 2010 buiten werking gesteld. Met het vervallen van deze registratieplicht verviel ook de noodzaak om voor 1 september 2010 een aanvraag tot registratie bij de gemeente in te dienen.

1.7 Bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) 5 november 2010, Stcrt. 2010, 17774, is verder de kassiersfunctie voor het jaar 2010 aangepast. Besloten is:

"Als in 2010 niet gedurende alle maanden waarover toeslag is aangevraagd is voldaan aan de wettelijke verplichting om de betaling van een vraagouder aan een gastouder te laten verlopen via het gastouderbureau, kan

Belastingdienst/Toeslagen bij betrokkenen aanvullend bewijs opvragen dat die betaling wel heeft plaatsgevonden en op basis daarvan het recht op kinderopvangtoeslag van de vraagouder vaststellen.”

- 1.8 Bij brief van 19 november 2010, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 874, nr. 78, heeft de Minister van SZW bevestigd dat de registratieplicht van gastouders in het LRK als voorwaarde voor vraagouders om over 2010 kinderopvangtoeslag te krijgen, is vervallen.
- 1.9 Er is een wetsvoorstel voorbereid waarin de versoepeling van de registratieplicht voor het jaar 2010 wordt geformaliseerd. Dit wetsvoorstel is ondertekend en zal binnenkort bij de Tweede Kamer worden ingediend.
- 1.10 Met de aangenomen moties van 1 juli 2010 en de daaropvolgende versoepelingen van beleid en wetgeving is beoogd gastouders die wel van plan waren aan de opleidings- en registratie-eisen te voldoen, maar die daar nog niet (geheel) toe in staat waren, tegemoet te komen. Het risico dat dreigt is echter dat niet alleen deze categorie zal kunnen profiteren van de versoepeling, maar dat tevens gastouders profiteren die in het geheel niet aan de eisen hebben willen of kunnen voldoen.
- 1.11 Aanvragen met terugwerkende kracht voor het jaar 2010 (hierna: aanvragen met terugwerkende kracht) zijn tot 1 april 2011 wettelijk mogelijk (zie art. 15 lid 1 Algemene wet inzake inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir)). Als aan de eisen wordt voldaan moet zo'n aanvraag gehonoreerd worden. Op dit moment is er het signaal van een (zeer) groot GOB dat stelt dat alsnog toeslag kan worden gevraagd over het jaar 2010. Dit bureau stelt dat vraagouders zijn gestopt met het aanvragen van kinderopvangtoeslag aan het begin van 2010 vanuit de verwachting dat niet zou worden voldaan aan de aanvullende voorwaarden, maar dat had achteraf niet gehoeven. Het adviseert daarom alsnog kinderopvangtoeslag aan te vragen met terugwerkende kracht.
- 1.12 De Belastingdienst/Toeslagen (hierna: de Belastingdienst) meent op grond van de WKO aan aanvragen kinderopvangtoeslag die met terugwerkende kracht worden gedaan, de eisen te kunnen stellen (1) dat er sprake is van bemiddeling vanaf het moment dat de toeslag wordt geclaimd, (2) dat de opvang schriftelijk contractueel is vastgelegd uiterlijk vanaf het moment van de claim, en (3) dat voor de opvang is betaald. Voorgelegd is de vraag of dit juist is.
- 1.13 Daarnaast is ons de vraag voorgelegd of juist is dat een aanvraag kan worden afgewezen indien één van de volgende stukken ontbreekt:
- Een risico-inventarisatie op papier (zie art. 1.51 WKO jo. art. 8 en 12 Beleidsregels kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen (hierna: Beleidsregels))
 - Verslag van het evaluatiegesprek (zie art. 15 lid 4 Beleidsregels)

- Verslag van twee huisbezoeken (zie art. 15 lid 6 Beleidsregels)
- Bewijs dat bemiddelingskosten zijn betaald
- Contract met ingangsdatum op of vóór de datum van de toeslagaanspraak
- Bewijs betaling eigen bijdrage in 2010

Ook is de vraag voorgelegd of een aanvraag kan worden afgewezen als de gastouder niet in 2010 is betaald.

1.14 Hieronder wordt op deze vragen ingegaan. Afgerond wordt met een conclusie.

2 Beschouwing

Is er sprake van bemiddeling?

- 2.1 In beginsel is juist dat slechts recht bestaat op kinderopvangtoeslag, indien er sprake is geweest van de bemiddeling door een geregistreerd GOB (met risico-inventarisatie). Deze eisen waren en zijn in de wet neergelegd en kunnen dus zonder meer worden gesteld. Het is echter de vraag of in dat kader zonder meer kan worden verlangd dat wordt voldaan aan de hiervóór in par. 1.13 vermelde vereisten dat er sprake is van (een verslag van) een evaluatiegesprek en (een verslag van) twee huisbezoeken. Deze eisen zijn af te leiden uit de Beleidsregels. Dit laatste brengt mee dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat belanghebbende vraagouders zullen betogen dat de Belastingdienst gebruik moet maken van de inherente afwijkingsbevoegdheid ex art. 4:84 Awb.
- 2.2 In de eerste plaats is goed denkbaar dat gastouders die vermoedden niet tijdig aan de registratie-eis te kunnen voldoen, om die reden ook niet aan andere eisen (zoals – verslaglegging van – evaluatiegesprekken) hebben voldaan. Vraagouders zouden kunnen betogen dat strikte handhaving van de onderhavige formaliteiten onevenredig is in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Daar kan tegenover worden gesteld dat de gastouders in elk geval door de brief van de Minister van OCW van 16 augustus 2010 konden weten dat de registratie-eis voor het jaar 2010 zou komen te vervallen, maar dat aan de overige eisen de hand zou worden gehouden. Toch kan op voorhand niet worden uitgesloten dat vraagouders bij de rechter gehoor vinden voor het hiervoor bedoelde betoog.
- 2.3 In verband met het voorgaande is ook van belang dat - zo begrepen wij uit het telefoongesprek met de heer 10.2.e overlegging van de hiervoor genoemde stukken normaliter niet wordt verlangd. Het lijkt niet zonder meer gerechtvaardigd om eisen die in de praktijk niet werden en worden gesteld aan aanvragen zonder terugwerkende kracht, wél te stellen aan aanvragen met terugwerkende kracht. Dat zou in strijd kunnen komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in bijzonder het beginsel van willekeur. Dat zou anders kunnen zijn, indien er grond is

om te twifelen aan de juistheid van een aanvraag. Op dit punt komen wij in 2.6 en 2.8 nog terug.

- 2.4 Tot slot plaatsen wij een kanttekening bij de controleerbaarheid van de genoemde vereisten. Het komt ons voor dat het relatief eenvoudig is (alsnog) verslagen op te stellen van evaluatiegesprekken en huisbezoeken, los van de vraag of die ooit hebben plaatsgevonden. Teneinde misbruik van de regeling zoveel mogelijk te voorkomen, zou de mogelijkheid in overweging genomen kunnen worden om bij het opvragen van bewijsstukken expliciet te vermelden dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd indien onjuiste gegevens worden verstrekt (zie art. 40 Awir).³

Is de opvang schriftelijk vastgelegd vanaf het moment van de claim?

- 2.5 De eis dat de opvang in een schriftelijke overeenkomst tussen de houder van het GOB en de vraagouder moet zijn vastgelegd volgt uit art. 1.52 WKO. Desgevraagd worden door het GOB of de gastouders gegevens inzake het kinderopvangcontract verstrekt aan de Belastingdienst (zie art. 1a letter b Uitvoeringsbesluit Awir en art. 11 lid 1b en lid 2g Regeling WKO). Het gaat hier om wettelijke eisen, zodat bij aanvragen die met terugwerkende kracht worden gedaan, kan worden gevraagd om bewijsstukken.

- 2.6 Wij onderschrijven het bestaan van de bewijsrechtelijke problemen die de heer 10.2.e in zijn eerdergenoemde memo signaleert. Indien ooit een schriftelijke overeenkomst voor opvang is aangegaan, zou aan deze eis eenvoudig kunnen worden voldaan, ook indien de opvang tussentijds (buiten het zicht van de Belastingdienst) is beëindigd. Daarnaast vloeit uit de wet niet expliciet voort dat de schriftelijke overeenkomst voorafgaand aan de opvang moet zijn gesloten, zodat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat vraagouders hiertoe alsnog (achteraf) overgaan. Denkbaar is dat vraagouders zullen betogen dat zij aan deze eis alsnog (in 2011) konden voldoen, hoewel er een rechtbankuitspraak is waaruit (enigszins impliciet) kan worden afgeleid dat dit niet mogelijk is.⁴ De Raad van State heeft zich voor zover wij hebben kunnen nagaan echter nog niet uitgelaten over dit aspect. Het is ons inziens overigens wel goed verdedigbaar dat in het kader van een aanvraag met terugwerkende kracht meer bewijsstukken worden verlangd, temeer indien blijkt dat de benodigde vastlegging van relevante stukken pas (ruim) na afloop van de opvangperiode heeft plaatsgevonden.

³ Voor zover de Belastingdienst meent dat opname van een dergelijke mededeling in de weg zou kunnen staan aan een geslaagd beroep op de mogelijkheid van vrijwillige verbetering, terwijl de Belastingdienst deze mogelijkheid wel open zou willen laten, zou hier wellicht een voorziening voor moeten worden getroffen.

⁴ Het gaat om de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 25 november 2010, LJN: BO5118, in welke uitspraak (rov. 2.12 en 2.13) de Rechtbank zich heeft aangesloten bij het standpunt van de Belastingdienst dat slechts recht op kinderopvangtoeslag kan bestaan vanaf de datum waarop de vraagouder de schriftelijke overeenkomst heeft gesloten met het gastouderbureau.

De betaling door de vraagouder

- 2.7 Voor de controleerbaarheid van betaling door de vraagouder gelden vergelijkbare bezwaren. De beoogde oplossing voor dit al eerder onderkende probleem vormde de wettelijke verplichting om de betaling door de gastouder vanaf 2010 slechts via het GOB te laten verlopen. Deze kassiersfunctie is echter komen te vervallen, althans sterk uitgehold, voor het jaar 2010, zoals blijkt uit par. 1.7 hiervóór. Wel is het op grond van het besluit van de Minister van OCW van 5 november 2010 mogelijk aanvullend bewijs te verlangen van de vraagouders, waaruit blijkt dat betaling voor de opvang heeft plaatsgevonden. Het is echter de vraag of fraude hiermee kan worden voorkomen, nu de wet geen specifieke wijze of termijn van betaling voorschrijft, zodat in beginsel ook contant kan worden betaald. Welke eisen aan het bewijs van een contante betaling mogen worden gesteld kunnen wij moeilijk inschatten, maar het is ons inziens (ten minste) pleitbaar dat door de Belastingdienst niet zonder meer genoeg wordt genomen met de enkele verklaring van een vraagouder dát er contant is betaald.
- 2.8 In de WKO of uitvoeringsregelingen is niet opgenomen *wanneer* de betaling door de gastouder moet plaatsvinden, zodat onduidelijk is of kinderopvangtoeslag kan worden ontzegd op de enkele grond dat pas in 2011 voor het gehele jaar 2010 een betaling plaatsvindt. Wij begrijpen uit het memo van de heer 10.2.e dat de Belastingdienst het standpunt huldigt dat het aantonen van een betaling (ruim) nadat de opvang heeft plaatsgevonden niet volstaat, maar dat de rechter zich hierover nog niet in hoogste instantie heeft uitgelaten. Vooropstaat dat een dergelijke betaling achteraf voor een geheel jaar ongebruikelijk voorkomt en vragen oproept.⁵ Er is ons inziens geen reden om bij aanvragen met terugwerkende kracht van de eerder door de Belastingdienst gekozen lijn af te wijken maar wij merken daarbij op dat wij mogelijk niet bekend zijn met bepaalde uitvoeringsaspecten. Zoals hiervoor aangegeven, achten wij het ook goed verdedigbaar dat in het kader van de aanvraag meer bewijsstukken (zoals verslagen van evaluatiegesprek en huisbezoeken) worden verlangd, naarmate de vastlegging van de betaling later (in 2011) heeft plaatsgevonden. Niet uitgesloten is dat een beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid minder kansrijk is, naarmate meer tijd is verstreken tussen het genieten van de opvang en de (beweerdelijke) betaling daarvan.
- 2.9 Indien vast zou komen te staan dat vraagouders in het geheel geen eigen bijdrage voldoen, zijn er goede gronden om het standpunt in te nemen dat geen recht op kinderopvangtoeslag bestaat. In mijn (concept-)advies van 18 december 2009, dat ik uitbracht aan drs. 10.2.e van de Belastingdienst, ben ik reeds ingegaan op deze kwestie. Ik voeg een kopie van dat (concept-)advies bij deze brief. De conclusie

⁵ Een met art. 13a lid 2 Wet Loonbelasting 1964 (ongebruikelijk genietingsstijdstip loon) vergelijkbare bepaling ontbreekt echter in de WKO en de op deze wet gebaseerde regelgeving.

van dat (concept-)advies was, kort gezegd, dat de omstandigheid dat vraagouders zelf niet bijdragen aan de kosten voor kinderopvang omdat de gastouderopvang genoeg neemt met de kinderopvangtoeslag als vergoeding voor de kinderopvang, zonder meer aanleiding kan vormen om tot een vermindering van de kinderopvangtoeslag over te gaan, maar dat in ieder afzonderlijk geval een beoordeling van de concrete omstandigheden dient plaats te vinden. Uit die beoordeling zal vervolgens mogelijk kunnen volgen dat in het geheel geen recht bestaat op kinderopvangtoeslag. Pleitbaar is dat de Belastingdienst in de praktijk overgaat tot herziening van de kinderopvangtoeslag en deze vooralsnog op nihil stelt indien niet is gebleken dat vraagouders de met hun vastgestelde kinderopvangtoeslag overeenkomende eigen bijdrage voldoen, waarna de vraagouders in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. De onjuiste toekenning van kinderopvangtoeslag is immers, naar mag worden aangenomen, te wijten aan de door de vraagouders ingediende aanvraag, die onjuist moet worden geacht.

3 Conclusie

- 3.1 De slotsom is dat de relevante wet- en regelgeving aanknopingspunten bieden om eisen te stellen aan een aanvraag kinderopvangtoeslag op het punt van de bemiddeling, de overeenkomst en de betaling. Er moet evenwel rekening mee worden gehouden dat deze eisen zich lastig laten handhaven in het kader van in 2011 nog in te dienen aanvragen met betrekking tot het jaar 2010. Zo is op meerdere punten sprake van fraudegevoeligheid.
- 3.2 Wij achten het niettemin pleitbaar dat de Belastingdienst zich in de praktijk kritisch opstelt bij de beoordeling van aanvragen met terugwerkende kracht, zeker wanneer blijkt dat er sprake is van omstandigheden die vragen oproepen (zoals een contante betaling in één keer voor het gehele jaar en/of indien sprake is van een GOB dat voorafgaand aan 2010 in het geheel nog niet actief was). De Belastingdienst zou in een procedure kunnen stellen dat het doel van de regeling (kort gezegd: zorgen dat de "juiste" vraagouders alsnog kinderopvangtoeslag krijgen⁶) een dergelijk optreden van de Belastingdienst rechtvaardigt, maar wij merken daarbij op dat wij mogelijk niet bekend zijn met bepaalde uitvoeringsaspecten. Wij achten goed verdedigbaar dat in dat kader bepaalde (nadere) bewijsstukken worden verlangd. Daarbij zouden vraagouders er eventueel op kunnen worden gewezen dat een boete kan worden opgelegd indien sprake blijkt te zijn van een onjuiste aanvraag. Verder zien wij geen aanleiding voor de Belastingdienst om wat betreft het moment van betaling, de eis van een eigen bijdrage of het moment vanaf wanneer een schriftelijke overeenkomst voorhanden moet zijn, af te wijken van eerder dienaangaande ingenomen standpunten. Of een hierop gegronde afwijzing van een aanvraag in alle gevallen in

⁶ Zie Verslag van een algemeen overleg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, nr. 76, p. 22 (uitlating Minister Rouvoet).

datum 11 maart 2011
onze ref. 10.2.e 10034342

9/9

rechte stand zal houden, valt niet met zekerheid te zeggen, temeer omdat de hoogste rechter zich nog moet uitlaten over (een deel van) deze vragen.

Naar ik hoop heb ik u voor dit moment voldoende geïnformeerd. Het spreekt voor zich dat u mr. 10.2.e en mij tot toelichting graag bereid vindt.

Een afschrift van het advies zend ik aan de heer 10.2.e

Met vriendelijke groet,
de landsadvocaat,
voor deze

10.2.e

10.2.e

Concept

Belastingdienst Toeslagen

Kamer 3.37

De heer drs. [redacted] 10.2.e

Kamer 3.37

Postbus 2092

3500 GB Utrecht

onze ref. [redacted] /10030593

uw ref. -

inzake Advies herziening toeslag kinderopvang

[redacted] 10.2.e

advocaat

t (070)

f (070)

[redacted] 10.2.e

[redacted] 10.2.e

@pelsrljcken.nl

18 december 2009

Geachte heer [redacted] 10.2.e

Tijdens het telefoongesprek dat u op 15 december 2009 voerde met mijn kantoorgenoot mr. [redacted] 10.2.e verzocht u ons te adviseren omtrent de vraag of er een recht op kinderopvangtoeslag bestaat indien vraagouders geen eigen bijdrage betalen voor de opvang. U heeft ons een memo voorgelegd waarin wordt geconcludeerd dat, kort gezegd, wanneer vraagouders niet de eigen bijdrage hoeven te betalen er feitelijk geen sprake meer is van een tegemoetkoming. Onder verwijzing naar uw e-mailbericht van 15 december jl., waarbij u het memo heeft gevoegd, bericht ik u hierbij als volgt.

De strekking van het advies is, kort samengevat, dat de omstandigheid dat vraagouders zelf niet bijdragen aan de kosten voor kinderopvang omdat de gastouderopvang genoeg neemt met de kinderopvangtoeslag als vergoeding voor de kinderopvang, zonder meer aanleiding kan vormen om tot een vermindering van de kinderopvangtoeslag over te gaan, maar dat in ieder afzonderlijk geval een beoordeling van de concrete omstandigheden dient plaats te vinden. Uit die beoordeling zal vervolgens mogelijk kunnen volgen dat in het geheel geen recht

bestaat op kinderopvangtoeslag. Het voorgaande laat onverlet dat wij ons voor kunnen stellen en ook pleitbaar achten dat de Belastingdienst Toeslagen in de praktijk overgaat tot herziening van de kinderopvangtoeslag en deze vooralsnog op nihil stelt indien is gebleken dat vraagouders niet de uit hun vastgestelde kinderopvangtoeslag voortvloeiende eigen bijdrage voldoen, waarna de vraagouders in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. De onjuiste toekenning van kinderopvangtoeslag is immers, naar mag worden aangenomen, te wijten aan de door de vraagouders ingediende aanvraag, die onjuist moet worden geacht.

1 Feiten en vraagstelling

- 1.1 Op grond van de Wet kinderopvang kunnen vraagouders, kort gezegd, een kinderopvangtoeslag ontvangen als tegemoetkoming in de kosten van kinderopvang. In de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: Awir) is geregeld dat uitbetaling van deze toeslag plaatsvindt door de Belastingdienst Toeslagen (hierna: de Belastingdienst). De Belastingdienst heeft vaak te maken met een situatie waarin vraagouders niet de volledige kosten van kinderopvang betalen. In de gevallen waarin dit gebeurt, is meestal sprake van gastouderopvang. Vaak betalen vraagouders dan niet de eigen bijdrage, hetgeen dan vooraf met de gastouderopvang overeengekomen is. Ook komt het voor dat de gastouderopvang minder ontvangt dan de contractueel vastgelegde vergoeding per kind per uur. En soms blijkt dat de gastouderopvang helemaal niets ontvangt omdat deze vindt dat "de kinderen" dit geld harder nodig hebben dan zij. In al deze gevallen rijst de vraag of er geen recht of slechts een gedeeltelijk recht op kinderopvangtoeslag bestaat.
- 1.2 In het memo dat u ons heeft voorgelegd concludeert u dat onder bovenvermelde omstandigheden, kort gezegd, wanneer vraagouders niet de eigen bijdrage hoeven te betalen er feitelijk geen sprake meer is van een tegemoetkoming. Dat kan dan betekenen dat er geen recht op een kinderopvangtoeslag bestaat. U heeft verzocht om een beoordeling van dit memo. Graag voldoen wij hierbij aan uw verzoek. Daartoe zal hieronder eerst (in paragraaf 2) het juridisch kader worden geschetst, waarna vervolgens (in paragraaf 3) een analyse van de problematiek wordt gegeven.

2 Juridisch kader

- 2.1 In art. 2 lid 1 letter h van de Awir wordt het begrip "tegemoetkoming" gedefinieerd als: een financiële bijdrage van het Rijk op grond van een inkomensafhankelijke regeling. In art. 1 lid 1 letter n Wet kinderopvang wordt kinderopvangtoeslag gedefinieerd als: "een tegemoetkoming van het Rijk als bedoeld in art. 2, eerste lid onder h, van de [Awir] in de kosten van kinderopvang." In art. 5 lid 1 Wet kinderopvang wordt bepaald:

“Een ouder heeft aanspraak op een kinderopvangtoeslag in de door hem of zijn partner te betalen kosten jegens het Rijk (...) indien het betreft kinderopvang in een geregistreerd kindercentrum of gastouderopvang die plaatsvindt door tussenkomst van een geregistreerd gastouderbureau.”

- 2.2 In art. 6 Wet kinderopvang zijn de voorwaarden opgenomen waar de vraagouders aan moeten voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor kinderopvangtoeslag. Onder meer komen zij daarvoor in aanmerking indien zij tegenwoordige arbeid verrichten waaruit inkomsten worden genoten. In art. 7 Wet kinderopvang is opgenomen dat de hoogte van de kinderopvangtoeslag afhankelijk is van de draagkracht en de kosten van de kinderopvang per kind, die worden bepaald door het aantal uren kinderopvang per kind in het berekeningsjaar, de voor die kinderopvang te betalen prijs en de soort kinderopvang. In lid 4 van voormelde bepaling is opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de hoogte en berekeningswijze van de kinderopvangtoeslag, waarbij tevens tabellen worden vastgesteld, waaruit de relatie tussen de kosten van kinderopvang en de kinderopvangtoeslag kan worden afgelezen.
- 2.3 Aan de voormelde delegatiebepaling is uitvoering gegeven door middel van het Besluit kinderopvangtoeslag en tegemoetkomingen in kosten kinderopvang (hierna: het Besluit). In art. 4 lid 1 van het Besluit is opgenomen dat de maximumuurprijs voor gastouderopvang € 6,10 bedraagt. In art. 8 lid 1 van het Besluit is opgenomen dat de kinderopvangtoeslag wordt uitgedrukt in een percentage van de kosten van kinderopvang en uit een bijlage bij het Besluit blijkt hoe hoog dat percentage is. Het percentage is afhankelijk van het toetsingsinkomen van de vraagouders en verder van de vraag of het gaat om (de opvang van) het eerste kind of tweede en volgende kinderen. Dat de kinderopvangtoeslag wordt uitgedrukt in een percentage van de kosten van kinderopvang impliceert dat er pas sprake kan zijn van kinderopvangtoeslag indien er sprake is van kosten van kinderopvang en dat het niet vergoede percentage ten laste van de vraagouders zelf komt.
- 2.4 Verder is van belang dat in de memorie van toelichting bij de Wet Kinderopvang is opgenomen:¹

“Aandeel van de vraagouders

Voor rekening van de vraagouders komt dat deel van de kosten dat resteert nadat de overheid en de werkgever hun aandeel hebben geleverd. Aangezien

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 447, nr. 3, blz. 21.

sprake is van een inkomensafhankelijke overheidstegemoetkoming is het aandeel van de vraagouders ook inkomensafhankelijk.”

Uit dit citaat blijkt enerzijds dat een deel van de kosten voor rekening van de vraagouders komt, maar anderzijds dat het gaat om het resterende deel van de kosten. Uit het citaat kan echter niet dwingend worden afgeleid dat dit resterende deel niet nihil zou zijn.

- 2.5 Uit de hieronder opgenomen passage uit de memorie van toelichting bij de Awir kan worden afgeleid waarom de wetgever voor het begrip ‘tegemoetkoming’ gekozen:²

“Zoals uit onderdeel j blijkt, worden de uitkeringen op grond van inkomensafhankelijke regelingen die onder de reikwijdte van deze wet vallen tegemoetkomingen genoemd. Deze term is neutraler dan bijvoorbeeld het begrip «subsidie», onder welk begrip blijkens titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht een aanspraak wordt verstaan met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager. Dat begrip is te beperkt om daaronder alle uitkeringen waarop dit wetsvoorstel ziet te begrijpen. Overigens is waar mogelijk in het wetsvoorstel steeds aansluiting gezocht bij het bepaalde in de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht. Dit geldt evenzeer voor de inkomensafhankelijke regelingen die door de Belastingdienst Toeslagen worden uitgevoerd, en waarop de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht in beginsel niet van toepassing is (artikel 12).”

3 Kinderopvangtoeslag indien vraagouders geen kosten voor kinderopvang dragen

- 3.1 Uit het hiervóór weergegeven juridisch kader volgt dat de kinderopvangtoeslag een tegemoetkoming is in de door vraagouders te betalen kosten van kinderopvang, waarbij de tegemoetkoming afhankelijk is van de hoogte van de kosten voor kinderopvang en waarbij het niet door de Belastingdienst vergoede percentage ten laste van de vraagouders komt. Zoals ook in het door u voorgelegde memo is opgenomen past daarin niet de situatie dat in feite geen kosten voor kinderopvang ten laste van een aanvrager komen. Immers, dan is er sprake van een volledige vergoeding en dat is niet de in de wet genoemde tegemoetkoming.
- 3.2 De redenering in het memo dat, indien de gastouderopvang het niet nodig vindt dat vraagouders een eigen bijdrage moeten leveren (en dat dan effectueren door genoeg te nemen met een lager uurtarief dan contractueel vastgelegd) de opvangkosten, en daarmee de tegemoetkoming, in theorie tot € 0 zouden naderen,

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29 764, nr. 3, blz. 35.

komt ons in beginsel juist voor. Immers, zodra de opvangkosten worden vermindert met de door de vraagouders te betalen eigen bijdrage, ontstaat er een lagere tegemoetkoming met daarbij een lagere eigen bijdrage. Ervan uitgaande dat de vraagouders ook deze lagere bijdrage niet hoeven te betalen, volgt er weer een beschikking met lagere opvangkosten met daaraan gekoppeld een lagere bijdrage die niet betaald wordt. Dit kan zo voort gaan tot er uiteindelijk een toeslag van minder dan € 24 overblijft, en die wordt niet wordt toegekend (zie art. 14 lid 4 Awir). Bij deze op zich valide redenering moet evenwel de kanttekening worden gemaakt dat die slechts ten volle opgaat indien de vraagouders (ook) de lagere eigen bijdrage niet behoeven te betalen en ook de daarna vastgestelde lagere eigen bijdrage(n). In hoeverre dat in alle gevallen zo is, kunnen wij niet goed inschatten, maar aangenomen lijkt te mogen worden dat de gastouderopvang doorgaans toch tenminste enige vergoeding voor (opvang)werkzaamheden zal bedingen. Om deze reden achten wij de eerste vermindering van de kinderopvangtoeslag (indien blijkt dat er geen eigen bijdrage wordt voldaan door de vraagouders) in beginsel begrijpelijk en goed te verantwoorden, maar kunnen wij ons voorstellen dat met definitieve verdere verlagingen (uiteindelijk tot nihil) van de kinderopvangtoeslag voorzigtiger moet worden omgesprongen.

- 3.3 In het memo is verder aangegeven dat een redelijke uitleg van de kosten mee zou brengen dat hieronder worden verstaan de kosten die daadwerkelijk zijn of (moeten) worden betaald. Deze opvatting, die is gebaseerd op het gegeven dat hier sprake is van een contractueel vastgelegde verplichting tot betaling van de ene partij (de vraagouders) voor door de andere partij (de gastouderopvang) te leveren diensten, komt ons eveneens juist voor. Indien vast zou komen te staan dat partijen bij het afsluiten van het contract niet de intentie hadden om het contract (volledig) na te komen, en de vraagouders in gebreke blijven de kosten (eigen bijdrage) te betalen, zou gesteld kunnen worden dat er de facto geen betalingsverplichting bestaat en dat onder "te betalen kosten" de werkelijk betaalde kosten verstaan kunnen worden. Ook hierbij is van belang dat in het concrete geval een beoordeling dient plaats te vinden op basis van alle omstandigheden en dat niet per definitie als vaststaand mag worden aangenomen dat partijen bij het afsluiten van het contract niet de intentie hadden om het contract niet (volledig) na te komen. Indien op basis van een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval vast komt te staan dat de facto geen betalingsverplichting meer bestaat, lijkt te mogen worden aangenomen dat dan onder "te betalen kosten" verstaan kunnen worden de werkelijk betaalde kosten (die in extremo dus nihil zijn).
- 3.4 In het geval partijen bij het sluiten van het contract overeen zijn gekomen dat de vraagouder niet de volledige vergoeding aan de gastouder hoeft te betalen, dan geeft het contract, zoals u schrijft, niet de werkelijkheid weer. Dat is ook het geval als de gastouder vooraf of ten tijde van de feitelijke betaling aanbiedt dat de vraagouders de "eigen bijdrage" in mindering mogen brengen op de contractueel vastgelegde

vergoeding. In al deze gevallen kan gesteld worden dat de vraagouders niet de intentie hebben gehad om gebruik te maken van (deels door henzelf) betaalde kinderopvang. Als gevolg daarvan is er in beginsel geen sprake van kinderopvang in de zin van de Wet kinderopvang. De kinderopvangtoeslag kan evenwel pas volledig worden teruggevorderd indien vast komt te staan dat de vraagouders de gastouderopvang ook na vermindering(en) van de kinderopvangtoeslag nog steeds geen bedrag verschuldigd zijn. In zoverre onderschrijven wij de in het memo als minder rigide standpunt standpunt aangeduide opvatting dat de kinderopvangtoeslag moet worden gebaseerd op de werkelijk betaalde kosten.

- 3.5 Zoals u in uw mailbericht van 15 december 2009 heeft aangegeven, kan er zeker een parallel worden getrokken met de in (de bijlage bij) de conclusies van Advocaat-Generaal IJzerman van 3 juli 2009 (zie VN 2009/47.7 en 47.8 en 48/8 en 48.9) besproken situatie waarin aanspraak wordt gemaakt op een vergoeding van proceskosten zonder dat er daadwerkelijk kosten zijn gemaakt. Inmiddels hebben deze conclusies geleid tot arresten van de Hoge Raad van 27 november 2009 (zie VN 2009/61.6-61.10), waarin hetgeen de Advocaat-Generaal heeft betoogd, wordt bevestigd. Toch gaat de parallel met de situatie waarin bij de kinderopvangtoeslag geen eigen bijdrage wordt betaald niet helemaal op, aangezien de in de conclusie van de Advocaat-Generaal besproken situatie betrekking heeft op het geval waarin er in het geheel geen sprake was van enige betaling, nu ook de eventueel toe te kennen proceskostenvergoeding niet zou worden betaald aan degene die procedurele bijstand heeft verleend. In het onderhavige geval is evenwel sprake van een betaling van kosten aan de gastouderopvang die bestaat uit de kinderopvangtoeslag.
- 3.6 Op basis van het voorgaande kunnen wij de conclusie die u trekt ten aanzien van de in het memo beschreven vijf situaties onderschrijven, met dien verstande dat het recht op kinderopvangtoeslag pas volledig en definitief komt te vervallen indien na de eerste door de Belastingdienst vast te stellen vermindering van de toeslag vaststaat dat ook de lager vast te stellen eigen bijdrage(n) niet zou(den) worden voldaan aan de gastouder. Voor zover na een eerste vermindering van de kinderopvangtoeslag wél een bedrag als eigen bijdrage wordt voldaan, bestaat ons inziens in zoverre wel een recht op kinderopvangtoeslag. Van belang is verder dat in alle gevallen waarin om een van de voorgaande redenen een vermindering van de kinderopvangtoeslag plaatsvindt, alle feiten en omstandigheden van het geval worden meegenomen. Er dient een concrete toets plaats te vinden. Dat geldt ook in de door u onder 5 beschreven situatie, waarin ouder en gastouderopvang overeen zijn gekomen dat een lagere dan de contractuele uurprijs wordt betaald. In dat geval dient bij de bepaling van de hoogte van de kinderopvangtoeslag rekening te worden gehouden met het werkelijk door de vraagouders betaalde bedrag.
- 3.7 Het voorgaande laat onverlet dat pleitbaar moet worden geacht dat de Belastingdienst Toeslagen in de praktijk overgaat tot herziening van de tegemoetkoming of het

voorschot en deze vooralsnog op nihil stelt (met toepassing van art. 16 lid 4 of art. 21 Awir) indien is gebleken dat vraagouders niet de uit hun vastgestelde kinderopvangtoeslag voortvloeiende eigen bijdrage voldoen, waarna de vraagouders in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. Daarbij achten wij van belang dat in de situatie waarin vraagouders in het geheel geen kosten voor kinderopvang dragen, deze vraagouders een onjuiste aanvraag hebben ingediend en dat onder die omstandigheden van die vraagouders mag worden verwacht dat zij duidelijkheid verschaffen omtrent de werkelijk door hen gedragen kosten voordat de Belastingdienst overgaat tot het verstrekken van verdere tegemoetkomingen. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat vraagouders op basis van deze onjuiste aanvraag het risico lopen dat hen op de voet van art. 40 Awir een bestuurlijke boete wordt opgelegd en ook dat voor hen de reële mogelijkheid bestaat dat er strafvervolging wegens valsheid in geschrift (als bedoeld in art. 225 Wetboek van Strafrecht) wordt ingesteld. Dat deze sanctiemogelijkheden, die wij hier slechts aanstippen en waarvan verdere uitwerking het bestek van dit advies te buiten gaat, in aanmerking komen, illustreert dat (tijdelijke) herziening van de tegemoetkoming tot nihil niet zonder reden geschiedt en pleitbaar moet worden geacht.

- 3.8 Bij het voorgaande heeft u in het memo terecht de kanttekening gemaakt dat het de gastouderopvang natuurlijk vrijstaat om (een deel van) de vergoeding aan de vraagouders te schenken. Deze schenking moet dan zoals u heeft opgemerkt wel achteraf gebeuren, en mag niet vooraf zijn afgesproken. Immers, een schenking, gift of donatie is een meerzijdige onverplichte rechtshandeling die strekt tot verrijking van de andere partij ten koste van het eigen vermogen van een schenker.

4 Conclusie

Op basis van het voorgaande luidt onze conclusie dat de omstandigheid dat vraagouders zelf niet bijdragen in de kosten van kinderopvang omdat de gastouderopvang genoeg neemt met de kinderopvangtoeslag als vergoeding voor de kinderopvang, zonder meer aanleiding kan vormen om tot een vermindering van de kinderopvangtoeslag over te gaan. Wij delen derhalve de conclusie die in het memo wordt getrokken. Hoe groot de vermindering mag zijn, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en is onder meer afhankelijk van de beantwoording van de vraag in hoeverre de gastouderopvang ook na een eventuele vermindering van de kinderopvangtoeslag nog steeds geen enkele eigen bijdrage van de vraagouders ontvangen. Het voorgaande laat onverlet dat wij ons voor kunnen stellen en ook pleitbaar achten dat de Belastingdienst Toeslagen in de praktijk overgaat tot herziening van de kinderopvangtoeslag en deze vooralsnog op nihil stelt indien is gebleken dat vraagouders niet de uit hun vastgestelde kinderopvangtoeslag voortvloeiende eigen bijdrage voldoen, waarna de vraagouders in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat er (wel) kosten voor kinderopvang op hen drukken. De onjuiste toekenning van kinderopvangtoeslag is immers, naar mag worden

datum 18 december 2009
onze ref. 10.2.e 0030593

Concept

8/8

aangenomen, te wijten aan de door de vraagouders ingediende aanvraag, die onjuist moet worden geacht.

Naar ik hoop heb ik u voor dit moment voldoende geïnformeerd. Het spreekt voor zich dat u mr. 10.2.e en mij tot toelichting graag bereid vindt.

Hoogachtend,
de landsadvocaat,
voor deze,

10.2.e