Concept

Belastingdienst Toeslagen
Kamer 3.37
De heer drs. 10.2.e
Kamer 3.37
Postbus 2092
3500 GB Utrecht

onze ref. 10.2.e 10030593
uw ref. -
inzake Advies herziening toeslag kinderopvang

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

18 december 2009

Geachte heer 10.2.e

Tijdens het telefoongesprek dat u op 15 december 2009 voerde met mijn kantoorgenoot mr. 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 genoegen 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 genoegen 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 verminderd 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 voorzichtiger 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 genoegen 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

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