

Notitie

Vertrouwelijk & geprivilegieerd

Aan Brancheorganisatie Kinderopvang
Datum 25 april 2023
Betreft Juridische analyse stelselwijziging
kinderopvangtoeslag (KOT) conform voorstel d.d. 31 maart 2023
Referentie 650001126/29528449.2

Freeke Heijne
Advocaat | Counsel
T +31 20 605 6924
M +31 6 5184 5332
E f.heijne@houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

1. Management summary

- 1.1. Nieuwe wetten en regels moeten voldoen aan bepaalde eisen. Zo moeten wetten en regels effectief zijn, geen onbedoelde neveneffecten hebben, toetsbaar en handhaafbaar zijn, een doel hebben en eenvoudig zijn. Het huidige voorstel waarmee de kinderopvangtoeslag voor ouders moet worden gewijzigd in een kinderopvangvergoeding die dan toekomt aan kinderopvangorganisaties, voldoet niet aan die voorschriften.
- 1.2. Het staat buiten kijf dat – conform het huidige coalitieakkoord – moet worden voorkomen dat ouders (weer) met hoge terugvorderingen kunnen worden geconfronteerd. In het voorstel is daartoe opgenomen dat bij fouten in de informatieverstrekking door ouders als onderdeel van de aanvraag voor de kinderopvangvergoeding, door de uitvoerder geen onrechtmatig uitgekeerde vergoeding zal worden teruggehaald bij de ouders, tenzij sprake is van fraude. In combinatie met het steeds vooraf vaststellen van de kinderopvangvergoeding voor een periode van drie maanden en het rechtstreeks uitkeren van de kinderopvangvergoeding aan de kinderopvangorganisaties, worden inderdaad verbeteringen voorgesteld die een nieuwe Toeslagenaffaire zouden moeten kunnen voorkomen.
- 1.3. Door andere aanpassingen – waaronder het creëren van een extra (subsidie)relatie tussen de uitvoerder en de kinderopvangorganisatie – wordt het stelsel echter onnodig complex met hoge administratieve lasten. Daarbij is de rechtspositie van belanghebbenden, waaronder de ouders, minder goed geborgd dan in het huidige stelsel. Ouders zijn niet voortdurend zeker van een gesubsidieerde plek bij de kinderopvangorganisatie en zullen tijdens bezwaar en beroep tegen een afwijzing van de kinderopvangtoeslag de kinderopvang (tijdelijk) zelf moeten bekostigen of hun kinderopvangplek verliezen. Die onzekerheden kunnen bovendien leiden tot risicoselectie aan de poort met een voorkeur voor kapitaalkrachtiger ouders of ouders met vaste dienstverbanden.
- 1.4. Omdat de voorgestelde verbeteringen (het op voorhand vaststellen van de kinderopvangvergoeding voor de duur van drie maanden en het niet terugvorderen van de vergoeding in geval van fouten) ook passen binnen het huidige stelsel, zijn de overige aanpassingen die leiden tot rechtsonzekerheid onnodig en daarmee juridisch onhoudbaar.

2. Aanleiding

- 2.1. De Brancheorganisatie Kinderopvang (“**BK**”) heeft Houthoff gevraagd te onderzoeken welke impact het voorlopige voorstel tot stelselwijziging van de kinderopvangtoeslag (“**KOT**”) van 31 maart 2023 heeft vanuit juridisch perspectief. Daarbij is gekozen voor een standpuntbepaling die verder gaat dan de belangen van BK of de kinderopvangorganisaties (“**KOO**”)¹ om aan de doelstellingen van de voorgenomen wetswijziging te voldoen. In deze juridische analyse spelen de volgende vragen een rol:
 - a. Aan wie komt het recht op de kinderopvangvergoeding (“**VKO**”)² toe?
 - b. Wat zijn de gevolgen van de (veranderde) juridische relaties tussen de ouder, de uitvoerder en de KOO voor de diverse belanghebbenden?
 - c. Worden de doelstellingen van het voorstel gehaald, waaronder het verminderen van de complexiteit en het voorkomen van hoge terugvorderingen bij de ouders?
 - d. Welke andere (administratieve) gevolgen heeft het voorstel voor de betrokkenen?
- 2.2. Onderstaande analyse gaat kort in op de achtergrond van het voorstel (§ 3), het juridisch kader (§ 4), de kernpunten van het voorstel (§ 5) en de toetsing van de verschillende onderdelen van het voorstel (§ 6).
- 2.3. In deze analyse vormen wij geen oordeel over bepaalde principiële beleidskeuzes, zoals het invoeren van een inkomensafhankelijke VKO of het rechtstreeks uitkeren van de VKO aan de KOO. Ook gaan wij niet in op de gevolgen die die keuzes hebben op bijvoorbeeld het aanbod van de kinderopvang, *no shows*, et cetera. Dat neemt niet weg dat deze onderwerpen wel degelijk invloed hebben op de juridische houdbaarheid van het voorstel. In aanloop naar een alternatief juridisch houdbaar stelsel, zullen dergelijke onderwerpen wel degelijk worden meegenomen.

3. Achtergrond

- 3.1. Naar aanleiding van de Toeslagenaffaire is door de regering in het coalitieakkoord “*Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*” van 15 december 2021 afgesproken het toeslagenstelsel, waaronder de kinderopvangtoeslag (“**KOT**”), op termijn af te schaffen. Doelstelling daarbij is voorkomen dat “[*mensen*] *verdwalen in de ingewikkelde regelingen of te maken krijgen met hoge terugvorderingen*” (p.7). De regering wenst de KOT te herzien door een inkomensafhankelijke vergoeding (in stappen) te verhogen naar 96% en de KOT rechtstreeks uit te keren aan de KOO om hoge terugvorderingen bij ouders te voorkomen. Ouders betalen zelf een beperkte eigen bijdrage.³

¹ De analyse gaat niet in op specifieke onderdelen voor gastouders, gastouderbureaus en ouderparticipatiecrèches.

² In eerdere versies van de Baseline was de afkorting KOV. In de laatste versie is dit VKO geworden.

³ Coalitieakkoord, 2021, p. 7 en 23. De vergoeding was aanvankelijk vastgesteld op 95%.

- 3.2. Deze uitgangspunten zijn door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (“**Ministerie SZW**”) als basis genomen bij de uitwerking van een conceptontwerp voor een stelselherziening. Dat conceptontwerp bestaat uit een zogenaamde *baseline*⁴ van 31 maart 2023 (“**Baseline**”) en het document *Herziening financieringsstelsel kinderopvang | Stelselarchitectuur* (“**Stelselarchitectuur**”)⁵. De Stelselarchitectuur geeft inzicht in de werking van het financieringsstelsel en maakt overwegingen voor (te maken) keuzes, risico's en openstaande vraagstukken expliciet.⁶ De Baseline biedt “*concrete afspraken over de uitgangspunten, definities, beleidskeuzes, grondslagen en architectuurkeuzen voor het nieuwe financieringsstelsel*”.⁷ De Baseline vormt de basis voor de uiteindelijk op te stellen wet- en regelgeving.⁸
- 3.3. Ten opzichte van het coalitieakkoord (verminderen complexiteit, het voorkomen van hoge terugvorderingen en een inkomensonafhankelijke kinderopvangvergoeding⁹) zijn de (vereenvoudigde) arbeidseis en de afschaffing van de voorschotsystematiek als aanvullende uitgangspunten opgenomen in de Baseline.¹⁰
- 3.4. Bij de totstandkoming van de Baseline en Stelselarchitectuur zijn verschillende partijen en belangenorganisaties (waaronder BK) betrokken. Het voorstel is vanuit verschillende invalshoeken en in verschillende werkgroepen besproken, gewogen en op onderdelen aangepast. Deze analyse gaat uitsluitend over de juridische houdbaarheid van de uitgangspunten zoals opgenomen in de Baseline en de Stelselarchitectuur. Daarbij wordt benadrukt dat ook het Ministerie erkent dat het conceptontwerp op onderdelen nog verder moet worden uitgewerkt¹¹ dan wel getoetst, waaronder op juridische haalbaarheid¹². Deze analyse kan bij die toetsing behulpzaam zijn.

4. Juridisch kader

Algemene toetsing nieuwe wetten en regels

- 4.1. Voor de juridische houdbaarheid van wetsvoorstellen moet worden gezien of dat voorstel voldoet aan de daarvoor geldende kwaliteitseisen. Door de Rijksoverheid is – voor zover hier relevant – bepaald dat nieuwe wetten en regels¹³:

⁴ Deze analyse is gebaseerd op een conceptversie van de Baseline van 31 maart 2023.

⁵ Deze analyse is gebaseerd op een conceptversie van de Stelselarchitectuur van 31 maart 2023.

⁶ Stelselarchitectuur, 31 maart 2023, p. 5.

⁷ Baseline, 31 maart 2023, pp. 5-6.

⁸ *Idem*.

⁹ In het document Stelselarchitectuur en de Baseline wordt verwezen naar het coalitieakkoord, maar wij hebben dat niet een-op-een kunnen terugvinden. Het is overigens wel een logisch uitvloeisel ervan, aangezien

¹⁰ Baseline, 31 maart 2023, p. 5.

¹¹ Baseline, 31 maart 2023, p. 6 (§ 1.4).

¹² Baseline, 31 maart 2023, p. 6 (§ 1.3).

¹³ Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving/kwaliteit-wetten-en-regels>.

- a. Effect moeten hebben en geen onbedoelde bijeffecten hebben;
 - b. Uitvoerbaar en handhaafbaar moeten zijn;
 - c. Moeten kunnen worden getoetst door rechters;
 - d. Een duidelijke beschrijving moeten hebben over het doel; en
 - e. Eenvoudig moeten zijn.
- 4.2. Of nieuwe wetten aan voornoemde voorschriften voldoen, wordt eerst door het Ministerie van Justitie en Veiligheid getoetst. Andere ministeries toetsen wetsvoorstellen aan de grondwet (Ministerie van Binnenlandse Zaken), de consequenties voor het bedrijfsleven (Ministerie van Economische Zaken en Klimaat) en de financiële consequenties (Ministerie van Financiën).¹⁴ Voor een wetsvoorstel aan het parlement wordt voorgelegd, vindt vaak ook nog een openbare (internet) consultatie plaats. Een laatste advies wordt ingewonnen bij de Afdeling Advisering van de Raad van State. Het is de bedoeling dat vakministeries wetsvoorstellen al zoveel als mogelijk toetsen aan bovenstaande punten. Het Ministerie van SWZ heeft op dat punt aangegeven eerst een stelsel te willen ontwerpen en daarna te bezien of en hoe dat juridisch wordt vormgegeven. Er is door meerdere partijen aangegeven dat – omwille van de voortvarendheid en zorgvuldigheid – deze toetsing gelijktijdig zou moeten plaatsvinden.

Subsidieregels

- 4.3. Ondanks dat het in de Baseline niet expliciet wordt benoemd en ook op specifieke vragen daarnaar geen rechtsgrondslag wordt genoemd door het Ministerie, heeft de nieuwe relatie tussen uitvoerder en de KOO hoogstwaarschijnlijk te gelden als subsidierelatie (zie verder hieronder).¹⁵ Dat betekent onder meer dat de Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") van toepassing zou zijn op die relatie en beslissingen daaromtrent. In Afdeling 4.2 van de Awb zijn bepalingen opgenomen die specifiek zien op de relatie tussen het subsidiërend orgaan en de subsidieontvanger.
- 4.4. Kort en goed wordt een subsidie verleend op basis van een wettelijke regeling waarin diverse subsidievoorwaarden en verplichtingen zijn opgenomen. De subsidie vangt in

¹⁴ Aanwijzing 7.4 Wetgevingstoets (zie <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/aanwijzingen-voor-de-regelgeving/hoofdstuk-7-procedures/ss-71-interdepartementale-voorbereiding/aanwijzing-74-wetgevingstoets>).

¹⁵ Door het Ministerie werd aanvankelijk aangegeven dat moest worden bezien of de relatie een bestuursrechtelijke of civielrechtelijke grondslag zou krijgen. Onder verwijzing naar de specifieke karakteristieken van het stelsel rondom de beslissing op de aanvraag voor VKO (een appellabel besluit) en het feit dat de KOO geen specifieke diensten verricht voor de overheid maar een taak uitoefent ten behoeve van derden waar de overheid een bepaald belang bij heeft, zal sprake zijn van een subsidie (bestuursrechtelijke grondslag) en geen overheidsopdracht (civielrechtelijke grondslag). Indien dat anders zou zijn, zal specifiek aandacht moeten zijn voor het aanbestedingsrecht maar ook de vraag moeten worden beantwoord of dan geen sprake is voor een doorkruising van de tweewegenleer waarbij geldt dat moet worden gekozen voor het publiekrechtelijke instrumentarium als daarmee hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

beginsel aan met een subsidieverlening waarin de voorwaarden en verplichtingen zijn opgenomen voor de subsidieontvanger. Na afloop van het tijdvak waarvoor de subsidie wordt verstrekt, vindt de subsidievaststelling plaats. De betalingsverplichting voor het subsidiërend orgaan ontstaat al met de subsidieverlening. De vaststelling is het sluitstuk en bevestigt dat de subsidie is aangewend voor de gesubsidieerde activiteiten. Intrekking en wijziging van de subsidieverlening maar ook de subsidievaststelling is onder omstandigheden mogelijk, bijvoorbeeld indien niet wordt voldaan aan de subsidievoorwaarden of wanneer onjuiste gegevens zijn aangeleverd. Het is mogelijk om alleen een subsidievaststellingsbesluit te nemen; de mogelijkheden tot intrekking of wijziging zijn in die situatie beperkter. Elk van voornoemde stappen levert een besluit op als bedoeld in de Awb en staat aldus open voor bezwaar en beroep.

Andere wettelijke kaders

- 4.5. Instellingen die subsidies ontvangen of grotendeels van subsidies afhankelijk zijn kunnen onder de reikwijdte van de Wet normering topinkomens ("**WNT**") vallen. Dat betekent dat topfunctionarissen werkzaam bij de subsidieontvanger niet meer bezoldiging mogen ontvangen dan is voorgeschreven in de WNT. Topfunctionarissen zijn zowel de statutair bestuurders en toezichthouders als de hoogst verantwoordelijken die belast zijn met de dagelijkse leiding.
- 4.6. Via de subsidievoorwaarden opgenomen kunnen ook andere verplichtingen worden opgelegd aan subsidieontvangers of instellingen die anderszins met rijksmiddelen worden bekostigd. Hoewel die verplichtingen verband dienen te houden met de gesubsidieerde activiteiten, heeft deze mogelijkheid in potentie verstreckende gevolgen, te meer als de instellingen van de subsidies grotendeels afhankelijk zijn en aldus bereid zijn bepaalde verstreckende verplichtingen te aanvaarden.

5. Kernpunten stelselwijziging KOT

- 5.1. Uit de Baseline leiden wij af dat ten opzichte van de KOT het voorstel de volgende (belangrijkste) wijzigingen bewerkstelligt:
 - a. Het recht op de kinderopvangvergoeding komt toe aan de KOO en niet de ouder;
 - b. Om in aanmerking te komen voor VKO dient de KOO zelfstandig te voldoen aan een aantal vereisten (waaronder LRK-registratie, privaatrechtelijke overeenkomst met ouders, digitale aansluiting).
 - c. De toekenning van het recht op VKO is tevens afhankelijk van voorwaarden waaraan de ouder moet voldoen (waaronder de arbeidseis en de betaling van de verplichte ouderbijdrage ("**WOB**"). De KOO heeft geen inzicht in de gegevens die daaraan ten grondslag liggen en mag die gegevens ook niet opvragen bij de

ouder.¹⁶ Als informatie ontbreekt, wordt de ouder eerst in de gelegenheid gesteld de informatie alsnog aan te leveren. Als de ouders dat niet doen of niet voldoen aan de voorwaarden wordt de aanvraag afgewezen en ontstaat geen recht op VKO.

- d. Als onderdeel van de toetsing of de KOO recht heeft op VKO ontvangen zowel de ouders als de KOO een beschikking waartegen bezwaar en beroep openstaat. De ouder is belanghebbende bij het besluit dat de KOO recht geeft op de VKO.
- e. Omdat de VKO toekomt aan de KOO, wordt de VKO rechtstreeks uitgekeerd aan de KOO. De ouder voldoet de WOB ook aan de KOO.
- f. Er is geen voorschotsystematiek. Betaling van de VKO aan de KOO kan maandelijks (achteraf) plaatsvinden op basis van de kostenoverzichten door de KOO.
- g. Aanspraak op VKO bestaat steeds voor een periode van drie maanden vooruit. Tenzij het recht wordt stopgezet, wordt het recht op VKO stilzwijgend verlengd. Indien de VKO wordt stopgezet, geldt een uitloop van drie maanden (inclusief opzegtermijn) binnen welke termijn de ouder alsnog aan de voorwaarden kan voldoen.
- h. Op aanvragen van VKO door KOO wordt niet eerder dan drie maanden voor aanvang van de KOO beslist. De gehele procedure neemt (inclusief aanleveren van stukken) tussen zes weken en twee maanden in beslag. Het recht op VKO kan tot een maximum van drie maanden met terugwerkende kracht worden toegewezen.
- i. Indien zonder positief besluit kinderopvang wordt afgenomen, geldt het reguliere contractenrecht en zal de ouder (vermoedelijk) gehouden zijn de kosten voor de kinderopvang (tijdelijk) zelf te voldoen als zij de kinderopvang willen continueren.
- j. Het recht op VKO vervalt indien de ouder minimaal drie maanden geen WOB of een betalingsregeling met betrekking tot de WOB betaalt.
- k. Het recht op VKO vervalt indien de KOO het contract met de ouder beëindigt, bijvoorbeeld als de KOO vermoedt dat de ouder niet (meer) aan de eisen voldoet.
- l. Voor fouten die door ouders gemaakt zijn bij het aanleveren van de gegevens die leiden tot onrechtmatig verleende VKO, hoeven ouders het financieel nadeel dat de staat hierdoor leidt, niet terug te betalen tenzij sprake is van misbruik of fraude.
- m. De KOO dient onrechtmatig verleende VKO terug te betalen indien de onrechtmatigheid het gevolg is van fouten die door de KOO of de uitvoerder zijn gemaakt. Dat kan – zo blijkt uit de Baseline – ook gelden als de uitvoerder de aanvraag VKO ten onrechte heeft goedgekeurd.

¹⁶ In de Stelselarchitectuur wordt overigens opgemerkt dat de belanghebbenden dezelfde informatiepositie moeten hebben en tegelijkertijd, maar ook dat informatie die vertrouwelijk tussen twee actoren wordt gedeeld (bijvoorbeeld tussen de ouder en de uitvoerder) vertrouwelijk blijft. Zie Stelselarchitectuur, 31 maart 2023, pp. 20-21.

6. Analyse

6.1. Inleiding

- 6.1.1. Hoewel wij zien dat met de stelselwijziging een aantal belangrijke problemen in het huidige stelsel worden opgelost – met name het risico op hoge terugvorderingen – leidt het conceptontwerp als zodanig tot grote juridische bezwaren met name op het gebied van complexiteit en rechtszekerheid. Dat geldt voor alle betrokken partijen, inclusief de ouders. Ondanks dat het recht op VKO toekomt aan de KOO, blijft de ouder verantwoordelijk voor het aanleveren van de juiste informatie als belangrijke randvoorwaarde voor het verkrijgen en behouden van een gesubsidieerde kinderopvangplek.
- 6.1.2. Het is daarbij belangrijk te benadrukken dat de belangrijkste doelstelling van de regering en de wetgever om hoge terugvorderingen bij ouders te voorkomen, ook kan worden bewerkstelligd zonder dat extra juridische relaties worden gecreëerd, die de uitvoering van het stelsel onnodig bemoeilijken.
- 6.1.3. In onderstaande staan wij stil bij verschillende wijzigingen uit het voorstel die van belang zijn voor de vraag of het voorstel juridisch houdbaar is. Een aantal gevolgen en bevindingen hangt sterk met elkaar samen, zodat in de analyse overlap zit. Het is goed voorstelbaar dat het voorstel ook gevolgen heeft, die nu nog niet zijn te overzien.

6.2. Verschuiving recht op kinderopvangvergoeding?

- 6.2.1. De meest opvallende wijziging betreft de verschuiving van de ontvanger van de VKO. Het recht op VKO komt formeel niet meer aan ouders toe in de vorm van een toeslag, maar aan de KOO. Dat betekent dat een nieuwe juridische relatie ontstaat tussen de uitvoerder en de KOO (zie verder hieronder) op grond waarvan de VKO rechtstreeks aan de KOO wordt uitgekeerd in plaats van aan de ouder. Het verschuiven van het recht op de VKO en de rechtstreekse uitkering wordt gezien als een essentieel onderdeel van de oplossing om hoge terugvorderingen bij ouders te voorkomen.
- 6.2.2. Het is goed op dit punt op te merken dat bij de beslissing op de aanvraag van de VKO feitelijk sprake is van twee afwegingsmomenten bij de uitvoerder: (i) de beslissing of de ouder voldoet aan de voorwaarden op basis van de beschikbare of aan te leveren gegevens; en (ii) de beslissing of de KOO voldoet aan de voorgeschreven criteria voor de KOO.¹⁷ De eisen die aan de ouder worden gesteld zijn omvangrijker en ingewikkelder dan die voor de KOO en zien onder meer op de arbeidseis en de ouder-kindrelatie.¹⁸

¹⁷ Baseline, 31 maart 2023, pp. 14-15 (punt 30); zie ook p. 13 (punt 18).

¹⁸ Baseline, 31 maart, pp. 11-12.

- 6.2.3. In de huidige Baseline lijkt sprake te zijn van één besluit, namelijk het besluit op de aanvraag van de KOO.¹⁹ De ouders zijn (derde)belanghebbende bij de volledige beslissing rondom de aanvraag van de KOO, waaronder tegen het onderdeel dat ziet op de gegevens die moeten worden aangeleverd door de ouders. De KOO kan tegen dat onderdeel van het besluit geen bezwaar maken en heeft ook geen inzicht in die gegevens.
- 6.2.4. Dat laatste gegeven levert niet alleen bijzonder complexe juridische situaties op (zie verder hieronder), maar leidt bovendien tot de vraag of de afweging of ouders voldoen niet zou kwalificeren als zelfstandig besluit, waarbij de KOO geen belanghebbende is.

Op basis van het besluitbegrip zoals dat is neergelegd in artikel 1:2 van de Awb, zal de beslissing of de ouder voldoet aan de vereisten die aan de ouder worden gesteld hoogstwaarschijnlijk als zodanig kunnen kwalificeren omdat het besluit op rechtsgevolg is gericht (namelijk: wel of geen VKO voor de KOO). In die situatie staat – terecht – ook de mogelijkheden van bezwaar en beroep voor de ouder (en niet de KOO) open. In dat licht past ook het voorstel om ouders de mogelijkheid te bieden eerst een voorlopige toets uit te voeren om te bekijken of de ouders wel in aanmerking komen voor de gesubsidieerde kinderopvang.²⁰ En in dat licht past ook de herstelkans van ouders om in geval van ontbrekende of onjuiste gegevens, alsnog de juiste gegevens aan te leveren om de aanvraag voor VKO te accorderen of te laten continueren.²¹

- 6.2.5. De Baseline maakt duidelijk dat als een ouder niet voldoet aan de voorwaarden of de benodigde (aanvullende) informatie niet tijdig aanlevert, een aanvraag voor VKO wordt afgewezen. Ook voor de continuering van de VKO zijn die gegevens essentieel. Dat geldt ook voor het betalen van de WOB door de ouder. Ervan uitgaande dat door de KOO in de regel steeds aan de overige voorwaarden voor de VKO zal voldoen (privaatrechtelijke overeenkomst, LRK-inschrijving en digitale aansluiting²²), is het al dan niet verkrijgen van de VKO in feite volledig afhankelijk van de gegevens van en de informatievoorziening door de ouders. De KOO heeft daarop geen grip, geen recht op inzage²³ en ook geen

¹⁹ In eerdere versies werd explicieter gesproken over twee afzonderlijke (bestuursrechtelijke) besluiten en stond tegen beide besluiten bezwaar en beroep open. Ouders konden daarbij opkomen tegen beide besluiten; de KOO kon uitsluitend opkomen tegen het besluit op de aanvraag voor zover het niet de gegevens van de ouders betrof. Dit onderscheid is niet meer terug te vinden in de Baseline van 31 maart 2023.

²⁰ Het staat ouders uiteraard vrij kinderopvang af te nemen zonder kinderopvangvergoeding. Deze ouders zullen zich vermoedelijk niet onderwerpen aan de procedures zoals opgenomen in het voorstel.

²¹ Zie Baseline, 31 maart 2023, pp. 14-16.

²² De ouders hebben in ieder geval inzicht in de privaatrechtelijke overeenkomst en de inschrijving van de KOO in de LRK. Via het LRK zal ook kenbaar moeten worden gemaakt of de KOO digitaal is aangesloten. Zie Baseline, 31 maart 2023, p. 15 (punt 31). De Baseline voorziet in twee systemen waaruit zou volgen dat ook de kleinere KOO in aanmerking komen voor VKO. Zie Baseline, 31 maart 2023, p. 12.

²³ Zie bijvoorbeeld Baseline, 31 maart 2023, p. 14 (punt 28) en p. 16 (punten 37 en 40).

mogelijkheden tegen dit onderdeel op te komen. Met het feit dat expliciet wordt gesteld in de Baseline dat voornoemd financieel nadeel bij de staat in geval van fouten gemaakt door ouders ook niet bij de KOO wordt teruggevorderd, erkent het Ministerie dat de KOO zelfstandig geen aanspraak maakt op VKO en bij onrechtmatige betaalde VKO door fouten bij ouders, daarop ook niet kan worden aangesproken. Dat maakt dat van een zuivere subsidierelatie tussen de uitvoerder en de KOO geen sprake kan zijn.

- 6.2.6. Of in die situatie feitelijk sprake is van een verschuiving van het recht op kinderopvangvergoeding van de ouder naar de KOO – en daarmee een verschuiving van de verplichtingen die daarbij horen – is zeer de vraag. Het toevoegen van een extra juridische relatie tussen de uitvoerder en de KOO, die op de belangrijkste voorwaarde om in aanmerking te komen voor de VKO geen enkele invloed kan uitoefenen, maakt niet dat de feitelijk rechthebbende niet alsnog de ouder is. Gelet op de verschillende voorwaarden en de rechtsbescherming die wel volledig is voor de ouder als derdebelanghebbende, maar niet voor de KOO als aanvrager van de VKO, doet vermoeden dat vooral op papier een verschuiving van het recht wordt bewerkstelligd, maar dat in de praktijk het nog steeds de ouder is die aanspraak maakt op gefinancierde kinderopvang.
- 6.2.7. Dat ouders het recht op VKO behouden (of ten minste ook het recht op VKO delen met de KOO), hoeft niet problematisch te zijn gezien vanuit de doelstelling van het voorstel om ouders niet meer te confronteren met hoge terugvorderingen. In het voorstel wordt immers expliciet gesteld dat een financieel nadeel voor de staat als gevolg van onrechtmatig verstrekte VKO wegens fouten door ouders in de aangeleverde gegevens niet bij de ouders wordt teruggevorderd, tenzij sprake is van fraude of oneigenlijk gebruik bij de ouders. Bovendien geeft het steeds met drie maanden vooraf vaststellen van de aanspraak op VKO de garantie dat – ook in geval van fouten van ouders bij de gegevensaanlevering – die fouten niet zonder meer leiden tot een (hoge) terugvordering.²⁴
- 6.2.8. Uit financieel oogpunt maakt het dus niet uit aan wie het recht op VKO toekomt, zolang de risico's op terugvordering op voorhand worden beperkt. De voorstellen om die risico's te beperken (geen directe terugvordering bij fouten en het op voorhand vaststellen van de VKO) zijn ook aan het huidige systeem toe te voegen. Dat geldt ook voor de rechtstreekse betaling van de VKO aan de KOO. Daarbij geldt dat ouders in beide situaties handelingen moeten verrichten om gebruik te kunnen maken van gefinancierde kinderopvang.²⁵ De meeste ouders zullen daartoe in staat zijn; waar het doenvermogen van ouders tekortschiet, zal dat in beide systemen tot problemen leiden en aanvullende maatregelen moeten worden getroffen.

²⁴ In de Toeslagenaffaire werd de KOT soms wel over meerdere jaren teruggevorderd omdat controle vaak pas een jaar na dato werd gestart. Gelet op de omvang van de KOT voor ouders met een laag inkomen liep dat snel op.

²⁵ De (administratieve) voorwaarden waaraan de KOO moet voldoen, kunnen dan voorwaarden zijn waaraan de aanvraag door de ouder moet voldoen. Het aanleveren van die gegevens kan grotendeels worden geautomatiseerd.

6.2.9. Het op papier construeren van een verschuiving van het recht op VKO van ouders naar de KOO, leidt wel tot onbedoelde neveneffecten met grote rechtsonzekerheid tot gevolg (zie verder hieronder). Daarbij is het voorstelbaar dat bij een juridische toetsing van de verschillende besluiten ook een rechter tot de slotsom kan komen dat het recht op VKO alsnog (in ieder geval gedeeltelijk) aan de ouders toekomt. Dat is een zeer onwenselijk gevolg van de stelselwijziging, die bovendien ook tot aanzienlijk (administratieve) lasten en andere gevolgen kan leiden bij de KOO, de uitvoerder, maar ook de ouders.

6.3. Welke gevolgen heeft de veranderde juridische verhouding?

6.3.1. Als gezegd wordt het recht op VKO in het voorstel toegekend aan de KOO. Los van de feitelijke rol die de situatie van ouders in de besluitvorming speelt (zie hiervoor), wordt daarmee een nieuwe juridische relatie en tevens driehoeksverhouding gecreëerd tussen de uitvoerder, de KOO en de ouder.

6.3.2. Ondanks expliciete navraag in het voortraject, wordt in het voorstel niet duidelijk op welke rechtsgrondslag deze relatie is gebaseerd. Hoogstwaarschijnlijk zal sprake zijn van een (bestuursrechtelijke) subsidierelatie tussen de uitvoerder en de KOO. Het feit dat voor de toewijzing van dat recht een besluit zal worden genomen, dat (deels) vatbaar is voor bezwaar en beroep door de KOO en de ouder als derdebelanghebbende, is een sterke aanwijzing dat inderdaad sprake is van een bestuursrechtelijke rechtsgrondslag in de vorm van een subsidie als bedoeld in Afdeling 4.2 van de Awb.

Een civielrechtelijke grondslag (overheidsopdracht) ligt ook niet voor de hand. Dergelijke opdrachten worden met name verstrekt als een opdrachtnemer rechtstreeks diensten verleend aan de overheid meestal na het doorlopen van een aanbestedingsprocedure waarbij een of enkele partijen worden geselecteerd. Met subsidies worden vaak activiteiten verricht ten behoeve van derden en kan in beginsel iedereen die voldoet in aanmerking komen voor een subsidie.²⁶

6.3.3. Met die kwalificatie geldt dat op die relatie in beginsel de Awb, maar ook andere publiekrechtelijke regels (zoals de WNT) van toepassing kunnen zijn. Dat hieraan geen aandacht wordt besteed in het voorstel, bevreedt, omdat de gevolgen voor zowel de uitvoering als de juridische houdbaarheid van het voorstel aanzienlijk zijn.

6.3.4. Zo blijven onder meer de volgende (formeel) juridische vragen onbeantwoord:

²⁶ Zie voor een nuttig overzicht van verschillen tussen subsidies en overheidsopdrachten de volgende website: <https://www.pianoo.nl/nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-subsidie-of-overheidsopdracht/overzicht-verschillen-tussen-overeenkomst>. Indien meer duidelijkheid ontstaat of toch sprake zou zijn van een overheidsopdracht, kunnen wij dit verder uitwerken. Daarbij zal dan ook de vraag moet worden beantwoord of geen sprake is voor een onrechtmatige doorkruising van de tweewegenleer, onder welke principe het de overheid verboden is privaatrechtelijke overeenkomsten af te sluiten voor zover zij hetzelfde resultaat kan bereiken met het publiekrechtelijke instrumentarium.

- a. Welke subsidievoorwaarden en verplichtingen worden gesteld en kan de KOO (zelfstandig) aan die subsidievoorwaarden en verplichtingen voldoen?
- b. Welke positie neemt de KOO in bij een afwijzing van de aanvraag voor VKO?
- c. Hoe is de rechtsbescherming geregeld van de ouders bij een afwijzing van de aanvraag of tussentijdse stopzetting van de VKO?
- d. Kwalificeert de toewijzing van het recht op VKO als subsidie *verlenings*besluit of als subsidie *vaststellings*besluit?
- e. In hoeverre kan de subsidie bij de KOO worden teruggevorderd en welke rechtsbescherming staat open?
- f. Welke andere voorwaarden en verplichtingen worden opgelegd in het kader van de gesubsidieerde activiteiten (kinderopvang) en wie houdt daar toezicht op?

6.3.5. In onderstaande worden deze vragen op hoofdlijnen beantwoord.

Ad (a) Kan de KOO voldoen aan de subsidievoorwaarden?

- 6.3.6. Conform het voorstel wordt het recht op VKO toegewezen aan de KOO als aanvrager van de VKO. De voorwaarden voor de KOO om in aanmerking te komen voor de VKO zijn overzichtelijk en wijken niet veel af van de huidige verplichtingen: een KOO moet in bezit zijn van een LRK-registratie, een overeenkomst aangaan met de ouder en aangesloten zijn op een digitale omgeving. Aan deze (administratieve) eisen zal in de regel eenvoudig kunnen worden voldaan.
- 6.3.7. Voor de toewijzing van het recht op de VKO is het echter verplicht dat de ouder voldoet aan een aantal voorwaarden over welke gegevens de KOO niet beschikt en – ingevolge het voorstel – ook niet mag beschikken. Het gaat dan onder meer over informatie over de arbeidseis en de ouder-kindrelatie. De KOO kan bij de aanvraag zelfstandig dus niet voldoen aan de voorwaarden om voor subsidie in aanmerking te komen (zie ook hiervoor) en heeft ook geen mogelijkheden de ouders daartoe aan te sporen.
- 6.3.8. Het is de vraag of dit juridisch mogelijk dan wel wenselijk is binnen de subsidiesystematiek. In beginsel zal de subsidieontvanger tot op zekere hoogte zelf moeten kunnen voldoen aan de subsidievoorwaarden. Het komt voor dat bepaalde privaatrechtelijke afspraken als voorwaarden worden gesteld bij het verkrijgen van een subsidie, maar daar is de subsidieontvanger altijd zelf partij bij. In het voorstel wordt verlangd te voldoen aan voorwaarden die door de KOO niet en nooit kunnen worden ingewilligd. De aanvraag voor VKO kan dan ook worden afgewezen als door de ouder niet aan de voorwaarden (waaronder de arbeidseis) wordt voldaan. Eerder merkten wij al op dat deze voorwaarden er eigenlijk toe leiden dat het recht op de VKO nog steeds berust bij de ouder, maar dat de KOO belast is met de aanvraag ervan.

- 6.3.9. Aparte aandacht gaat uit naar het vereiste dat voor de continuering van de VKO het noodzakelijk is dat de WOB wordt betaald door de ouders aan de KOO of dat ten minste een betalingsregeling is overeengekomen. Het frequent niet betalen van de WOB (en mogelijk ook de betalingsregeling) kan ook leiden tot stopzetting van de VKO. Hoewel deze voorwaarde niet onbegrijpelijk overkomt, is het wel de vraag hoe deze betalingsverplichting zich verhoudt tot het feit dat de KOO recht heeft op de VKO en hier opnieuw afhankelijk is van de medewerking van de ouder. Dit sterkt niet alleen de gedachte dat de ouder nog steeds degene is met een aanspraak op de VKO, maar raakt ook de privaatrechtelijke relatie tussen de KOO en de ouder. Nog los van de vraag of het mogelijk is een dergelijke verplichting op te nemen, zal de KOO zal zich vermoedelijk gedurende een langere periode verzekerd willen zien van de VKO. Als aan de overige voorwaarden is voldaan (dus ook de arbeidseis niet ter discussie staat), zal in ieder geval zekerheid moeten worden verkregen dat de WOB wordt voldaan door de ouders. Mogelijk leidt dit tot scherpere contractuele afspraken of tot andersoortige selectie aan de poort om betaling van de WOB zeker te stellen. Er zal moeten worden bezien welke ouders door dit vereiste het meeste worden geraakt.
- 6.3.10. Het niet zelfstandig kunnen voldoen aan subsidievoorwaarden door de KOO heeft onvermijdelijk gevolgen in juridische procedures tegen een eventueel afwijzing. Daarbij geldt bovendien dat de KOO niet kan en mag opkomen tegen de afwijzing op grond van het niet voldoen aan subsidievoorwaarden die in de invloedssfeer van de ouder ligt. Het is de vraag hoe een rechter daarmee omgaat en welke gevolgen dit heeft voor de rechtspositie van de KOO en de ouder (zie verder hieronder).
- Ad (b) Welke positie neemt de KOO in bij afwijzing aanvraag?*
- 6.3.11. Zelfs als deze eenzijdige afhankelijkheid als subsidievoorwaarde toelaatbaar zou zijn, is het de vraag welke gevolgen die afhankelijkheid heeft. Dat heeft niet alleen juridisch procedurele gevolgen (zie hieronder), maar ook praktische gevolgen.
- 6.3.12. De uitvoerder zal niet eerder over een aanvraag voor VKO beslissen dan drie maanden voor de start van de kinderopvang. Op dat moment zal al sprake moeten zijn van een beschikbare kinderopvangplek en een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de KOO en de ouder, een LRK-registratie en een digitale aansluiting om de aanvraag en uitbetaling mogelijk te maken. Rest nog de (her)beoordeling van de gegevens, die ofwel uit de beschikbare overheidssystemen volgen of moeten worden aangeleverd door de ouders. Die finale controle vindt plaats nadat de KOO de aanvraagprocedure is gestart. Als alles compleet is, wordt binnen twee weken besloten of – bij gebrek aan een besluit – de VKO n rechtsweg toegekend. Indien de gegevens niet voldoen of compleet zijn, krijgen de ouders een termijn van zes weken om alsnog de juiste gegevens aan te leveren. Als de gegevens door de ouders niet tijdig worden aangeleverd of niet voldoen aan de eisen, wordt de aanvraag van de KOO afgewezen.

- 6.3.13. Ervan uitgaande dat de KOO altijd voldoet, is er eigenlijk geen ruimte voor bezwaar en beroep door de KOO. Het voorstel hint daar ook op omdat voor de KOO alleen bezwaar en beroep openstaat tegen de afwijzing voor zover die berust op de voorwaarden die aan de KOO worden gesteld. Een afwijzing op een andere grond berust ook niet op een voorwaarde waaraan de KOO kan voldoen zodat een bezwaar dan mogelijk ook (kenmerkend) ongegrond kan zijn omdat het procesbelang ontbreekt voor de KOO. Dit nog los van de vraag of de KOO beschikt over de expertise, middelen en *incentive* om in bezwaar en beroep te gaan.
- 6.3.14. Nog los van het feit dat ontbreken van een procesbelang afbreuk doet aan de wens van de wetgever het recht op de VKO volledig bij de KOO te beleggen, leidt dit ook tot praktische gevolgen bij het opvullen van de kinderopvangplekken. Het is immers aannemelijk dat de KOO de plekken zoveel als mogelijk gevuld wil houden. Ervan uitgaande dat de meeste ouders niet in staat zijn de kosten van de kinderopvang tijdelijk te financieren met het risico dat de VKO blijvend wordt afgewezen, zal de aanspraak op de plek vermoedelijk (contractueel) worden opgeschort of geheel vervallen en voor een andere ouder worden opengesteld. Dan zullen in beginsel al zes weken tot twee maanden verstrekken zijn en resteert nog maar een maand tot zes weken totdat de kinderopvangplek beschikbaar is. Ook bij een andere ouder zal vaak weer een besluitvormingsprocedure moeten worden opgestart met wederom een ongewisse uitkomst omdat van tevoren niet helder is voor de KOO of een ouder zal voldoen aan de vereisten. Die onzekerheid kan ertoe leiden dat een KOO – al dan niet indirect – selecteert op ouders die hoogstwaarschijnlijk zullen voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld dan wel anderszins kapitaalkrachtig zijn om tijdelijk de kinderopvang te bekostigen zolang het bezwaar tegen de afwijzing loopt.
- Ad (c) Hoe is de rechtsbescherming van ouders geregeld?*
- 6.3.15. Bij een afwijzing van de aanvraag voor VKO zal de ouder waarschijnlijk in bezwaar en beroep willen gaan omdat anders geen aanspraak gemaakt kan worden op gefinancierde opvang. Hangende die procedure zal de ouder geen kinderopvang kunnen afnemen, tenzij de ouder daarvoor zelf betaalt. De uitkomst van de (mogelijk langdurige) bezwaar- en beroepsprocedure is vervolgens bepalend of alsnog aanspraak bestaat op VKO en deze met terugwerkende kracht kan worden uitgekeerd zodat de ouder de reeds betaalde kinderopvang terugkrijgt van de KOO. Het zal van de omstandigheden afhangen of een geslaagd bezwaar en beroep leidt tot nabetaling en tot welke hoogte.
- 6.3.16. Verder lijkt het noodzakelijk dat de KOO ook bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit. Onduidelijk is immers wat er gebeurt met de aanvraag van de KOO als deze is afgewezen en door de KOO geen bezwaar wordt of kan worden ingesteld. Logischerwijs komt die aanvraag dan te vervallen. In voorgaande paragraaf is echter vastgesteld dat de KOO geen procesbelang heeft en eigenlijk geen bezwaar *kan* maken.

- 6.3.17. Voor het procesbelang van de ouder lijkt het in ieder geval noodzakelijk dat de privaatrechtelijke overeenkomst in stand blijft en ook zicht is op een plek. Als de overeenkomst is ontbonden of verlopen, ontbreekt mogelijk het procesbelang van de ouder, omdat de aanvraag in de herbeoordeling mogelijk op die grond moet worden afgewezen.
- 6.3.18. Eerder merkten wij al op dat de KOO als zodanig weinig (proces) belang zal hebben bij een dergelijke procedure of instandhouding van de overeenkomst zodat complexe juridische procedures ontstaan, die door rechters niet goed kunnen worden getoetst en aldus geen zekerheid voor ouders biedt. Deze problematiek doet zich niet alleen voor bij de aanvang van de VKO, maar ook bij de continue herbeoordelingen omdat het nog steeds aan de ouders is om de wijzigingen door te geven.
- 6.3.19. Daarbij wordt er vooralsnog van uitgegaan dat ouders (tijdig) bezwaar en beroep instellen. Doen zij dit niet en vraagt de KOO op een later tijdstip opnieuw een VKO aan op basis van dezelfde gegevens, lopen zij vervolgens ook nog het risico dat dat verzoek hoe dan ook wordt afgewezen omdat het een herhaald verzoek betreft.
- 6.3.20. Door voor deze problematiek geen aandacht te hebben in het voorstel, is het niet alleen onduidelijk of sprake is van effectieve rechtsbescherming voor ouders, maar ook of de voorgestelde systematiek hoe dan ook zekerheid biedt voor ouders dat zij kinderopvang kunnen afnemen. Er zal immers maar een beperkte groep zijn die in geval van een afwijzing, het kunnen opbrengen om (i) te procederen; en (ii) de kinderopvang te kunnen continueren tijdens die procedures.
- 6.3.21. Om te bepalen wat de effecten van het wetsvoorstel zijn, is het noodzakelijk te bepalen welke ouders mogelijk problemen kunnen ondervinden bij het voldoen aan de voorwaarden om de KOO VKO te kunnen laten verkrijgen. Vervolgens zal moeten worden vastgesteld of zij in staat zijn de nodige procedures te voeren dan wel tijdelijk de kosten voor kinderopvang zelf te kunnen dragen. Deze omstandigheden hebben ontegenzeggelijk ook gevolgen voor het bevorderen van andere doelstellingen van het financieren van de kinderopvang, zoals het bevorderen van de arbeidsparticipatie.
- Ad (d) Kwalificeert de toewijzing als subsidieverlening of als subsidievaststelling?*
- 6.3.22. Meer formeel van aard – maar niet minder belangrijk met oog op voornoemde procedures – is de vraag of de toewijzing van de VKO een *subsidieverlening* of een *subsidievaststelling* is. Die vraag is van belang omdat bij een *subsidievaststelling* de ruimte voor de wetgever om de subsidie in te trekken of lager vast te stellen, beperkter is.
- 6.3.23. Omdat uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de voorschotsystematiek komt te vervallen en het recht op VKO steeds voor drie maanden vooruit wordt vastgesteld, is het vermoeden dat het zal gaan om een *directe subsidievaststelling* als bedoeld in artikel 4:42 Awb. De aanspraak op de VKO is dan een gegeven en de mogelijkheden tot wijziging van de

subsidie zijn ingevolge artikel 4:49 Awb beperkt. Tegelijkertijd komt met de beslissing op de aanvraag alleen het recht op VKO maar niet de hoogte van de VKO vast te staan. Bovendien is de subsidievaststelling in beginsel erop gericht zeker te weten dat de gesubsidieerde activiteiten al hebben plaatsgevonden. Dat is bij de toewijzing in het voorstel niet het geval; er is ook nog expliciet ruimte voor correcties naar boven en naar beneden.

Ad (e) In hoeverre kan VKO worden teruggevorderd bij de KOO?

- 6.3.24. In vervolg op voorgaande wijzen wij nog specifiek naar de positie van de KOO bij een lagere vaststelling of een discussie daarover. In het voorstel is het een gegeven dat fouten bij het aanleveren van gegevens en informatie door de ouders, niet zal worden verhaald op de ouders, maar ook niet bij de KOO. Dat is logisch omdat in het huidige voorstel de KOO geen invloed heeft op die aanlevering en ook geen inzage krijgt en onregelmatigheden dus niet kan voorkomen of herstellen.²⁷
- 6.3.25. Onrechtmatig verkregen VKO door fouten van de KOO zelf of de uitvoerder kunnen echter wel worden teruggevorderd bij de KOO. Met name fouten bij de uitvoerder leveren problematische situaties op. Uit de Baseline volgt immers dat als een dergelijke fout ook kwalificeert de situatie dat de uitvoerder ten onrechte de VKO heeft goedgekeurd.²⁸ Dat kan zich ook voordoen indien sprake is van foutief aangeleverde gegevens door ouders. Omdat de KOO niet weet waar de fout ligt, ontstaat dan toch een zekere noodzaak om bij een afwijzing bezwaar en beroep in te stellen om formele rechtskracht van besluiten te voorkomen. Dit speelt zeker in geval van reeds verstrekte VKO en afgenomen kinderopvang. Eerst zal dus via bestuursrechtelijke procedures moeten blijken wie de fout heeft gemaakt, met welke intentie de fout is gemaakt en of de uitvoerder als subsidiërend orgaan er inderdaad vanaf ziet om de onrechtmatig uitgekeerde VKO bij de KOO terug te vorderen. Doordat de gegevens van de ouders niet met de KOO mogen worden gedeeld, is het de vraag hoe een rechter dit gaat toetsten. Ook op dit onderdeel ontstaat een zeker risico op selectie aan de poort.
- 6.3.26. Voor dit onderdeel is het wederom essentieel dat duidelijk wordt of sprake is van een subsidierelatie en zo ja, of sprake is van een subsidieverlening of subsidievaststelling.

Ad (f) Welke andere (subsidie)voorwaarden kunnen worden opgelegd?

- 6.3.27. Bij de aankondiging van de laatste versie wordt specifiek gewezen op het feit dat specifiek moet worden gekeken naar 'het borgen van de kwaliteit van de kinderopvang in het nieuwe stelsel'. Dat hangt mogelijk samen met de voorwaarden die normaalgesproken worden opgelegd bij het verstrekken van subsidies. In beginsel zien die voorwaarden op

²⁷ Het staat wel haaks op de subsidieregels waaruit volgt dat bij het foutief aanleveren van gegevens die ten grondslag hebben gelegen aan de subsidieverlening of -vaststelling in beginsel een terugvordering van de reeds uitgekeerde subsidiegelden volgt bij de subsidieontvanger.

²⁸ Zie Baseline, 31 maart 2023, p. 51 (Bijlage 5).

de gesubsidieerde activiteiten. Dat is hier de kinderopvang. Logischerwijs zou in een normale subsidierelatie dus ook voorwaarden kunnen worden gesteld aan de kwaliteit. In die situatie geldt dat als aan die eisen niet wordt voldaan de subsidie kan worden ingetrokken of naar beneden kan worden bijgesteld.

- 6.3.28. Hoewel de KOO ook nu moeten voldoen aan de kwaliteitseisen, kan met het formaliseren van deze vereisten als subsidievoorwaarden een nieuw toezichtinstrument geïntroduceerd. Subsidies kunnen dan worden ingetrokken of teruggevorderd als aan de kwaliteitseisen niet wordt voldaan. Dat vraagt om een gehele herziening van het toezicht en handhaving op dit onderdeel. Omdat de uitwerking van dit onderdeel wordt aangekondigd, gaan wij hier niet uitgebreid op in, maar het is evident dat de gevolgen voor de KOO groot zijn en niet primair zijn beoogd met de stelselwijziging.
- 6.3.29. Voornoemde staat nog los van eisen buiten de kinderopvang om. Het kan bijvoorbeeld gaan om aanvullende eisen zoals het van toepassing verklaren van een bezoldigingsnorm voor topfunctionarissen. Dergelijke vereisten passen op zichzelf bij een subsidiere relatie, maar niet bij het feit dat KOO geen (semi) publieke instellingen zijn.
- 6.4. Welke andere (administratieve) gevolgen heeft het wetsvoorstel?**
- 6.4.1. Het voorstel heeft een aantal andere (verstreckende) gevolgen die in voornoemde analyse niet of nauwelijks aan de orde komen, maar wel van belang zijn voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de wet.
- 6.4.2. Het staat vast dat met de introductie van een nieuwe bestuursrechtelijke rechtsrelatie tussen de KOO en de uitvoerder in combinatie met het veelvuldiger controleren en vaststellen van de aanspraken op de VKO de administratieve lasten voor de uitvoerder en de KOO aanzienlijk zullen stijgen. Dat geldt ook voor ouders.
- 6.4.3. Voor de uitvoerder geldt dat het aantal te nemen beschikkingen aanzienlijk zal toenemen. Indien de VKO steeds voor een periode van drie maanden wordt vastgesteld, zijn dat – uitgaande van twee besluiten (het besluit of de ouders voldoen en het besluit of de aanvraag van de KOO wordt toegewezen) – twaalf besluiten per kind per jaar. Ook als het overgrote merendeel van de besluiten conform de werkelijke situatie zal plaatsvinden, zal het aantal rechtshandelingen maar ook het aantal bezwaar- en beroepsprocedures aanzienlijk stijgen ten opzichte van de huidige situatie (een vaststelling per gezin per jaar). Het is de vraag of de uitvoerder daarop is toegerust.
- 6.4.4. Daarbij komt dat de KOO niet alleen extra administratieve taken krijgt bij het aanvragen van de VKO, maar ook zelf geconfronteerd wordt met het voeren van bestuursrechtelijke procedures waarbij de KOO feitelijk wordt gedwongen bezwaar te maken ook als de KOO zelf voldoet aan de vereisten die aan haar worden gesteld.

6.4.5. Ook ouders zullen met enige regelmaat moeten procederen om de kinderopvang veilig te stellen. Daarbij zijn ouders niet minder dan in de huidige situatie zelfstandig belast met en verantwoordelijk voor het aanleveren van informatie en het doorgeven van wijzigingen, een omstandigheid die een van de oorzaken is geweest bij de Toeslagenaffaire. Uit de Baseline en de Stelselarchitectuur blijkt niet of onvoldoende op welke wijze ouders in het nieuwe stelsel worden ontzien in administratieve lasten. Sterker, uit het voorstel blijkt onvoldoende aan welke administratieve vereisten en verantwoordelijkheden ouders eigenlijk nog steeds moeten voldoen.

6.5. Worden de doelstellingen bereikt met het voorstel?

6.5.1. Primaire doelstellingen van de stelselwijziging zijn het verminderen van de complexiteit en het voorkomen van hoge terugvorderingen bij ouders.

6.5.2. Het staat vast dat financieel nadeel van eventuele fouten door ouders niet op de ouders zal worden verhaald, tenzij sprake is van fraude of oneigenlijk gebruik. Daarmee zal het risico op hoge terugvorderingen sterk worden gereduceerd. Daarbij speelt mee dat voorafgaand aan het verkrijgen van de subsidie al zekerheid wordt gegeven dat – ten minste voor drie maanden – terecht aanspraak bestaat op gesubsidieerde kinderopvang. Aan deze doelstelling voldoet het voorstel.

6.5.3. Voornoemde analyse maakt duidelijk dat het stelsel in zijn totaliteit complexer wordt. Ouders zijn nog steeds verantwoordelijk voor het tijdig aanleveren van informatie over de voorwaarden waaraan zij moeten voldoen om in aanmerking te komen voor gesubsidieerde kinderopvang. Ook wijzigingen moeten door de ouders worden aangeleverd. Indien een aanvraag van de KOO wordt afgewezen hebben ouders zelf het grootste belang bezwaar te maken en zullen zij dat ook doen, waarbij zij – anders dan nu – meer afhankelijk zijn van de medewerking van de KOO. Ondertussen zijn zij tijdens die procedures niet verzekerd van kinderopvang. Daarbij is het evident dat het voorstel veel complexer en meer belastend wordt voor de KOO en de uitvoerder.

7. Conclusie

7.1. Op grond van bovenstaande analyse stellen wij vast dat het voorstel tot stelselwijziging van de KOT niet voldoet aan de kwaliteitseisen voor nieuwe wetten en regels.

7.2. Het staat voorop dat met de Baseline inderdaad wordt voorkomen dat – tenzij sprake is van fraude of misbruik – ouders geconfronteerd zullen worden met hoge terugvorderingen vanuit de Staat. Dat hangt – anders dan wordt gesuggereerd – niet samen met de rechtstreekse uitkering aan de KOO (en de daarbij horende veranderde juridische verhouding) – maar met (i) het feit dat het recht op VKO steeds op voorhand wordt vastgesteld voor de duur van drie maanden; en (ii) het feit dat wordt toegezegd dat het financieel nadeel dat de staat lijdt door fouten gemaakt bij het aanleveren van de gegevens die

benodigd zijn voor de toekenning van het recht op VKO door ouders, niet op die ouders zal worden verhaald.

- 7.3. Hoewel voornoemde aanpassingen hoge terugvorderingen voorkomen, is het niet duidelijk waarom deze twee aanpassingen niet in het huidige systeem waar de ouder het (alleen)recht op de KOT heeft, kunnen worden doorgevoerd. Het is ook niet duidelijk of dat is onderzocht.
- 7.4. Daarbij geldt dat het toevoegen van een nieuwe juridische relatie tussen uitvoerder en de KOO stuit op verschillende juridische bezwaren (onduidelijke subsidierelatie, oneigenlijke subsidievoorwaarden, complexe procedures in driehoeksrelaties tussen ouder, KOO en uitvoerder, en toename van administratieve lasten), terwijl die rechtstreekse juridische relatie niet nodig is om de eerder genoemde aanpassingen door te voeren noch om de VKO rechtstreeks uit te keren aan de KOO; die optie bestaat nu ook – zij het in iets beperkter vorm. Ook verhult die juridische relatie het feit dat ouders nog steeds (deels) rechthebbende kunnen zijn van de VKO.
- 7.5. Verder valt op dat veel essentiële gevolgen van de stelselwijziging niet worden benoemd. Te denken valt aan de juridische grondslag voor de relatie tussen de KOO en de uitvoerder en welke gevolgen dit heeft voor de (rechts)positie van de KOO maar ook van de ouder. Het voorstel leidt voor de KOO tot grote rechtsonzekerheid in de financiering, waarbij een deel van die onzekerheid (al dan niet bedoeld) mogelijk zal worden afgewenteld op ouders, waarvan op voorhand betwijfeld kan worden of zij voldoen aan de voorwaarden voor de VKO en/of in staat zijn de WOB of de volledige kinderopvang (tijdelijk) te betalen.
- 7.6. Dergelijke gevolgen zijn onlosmakelijk verbonden met de uitvoerbaarheid en daarmee de juridische houdbaarheid van het voorstel. Deze aspecten zullen eerst moet worden geadresseerd en gewogen tegen de voordelen, alvorens een definitief oordeel kan worden geveld of dit het juiste voorstel voor een stelselwijziging is. Uitgaande van de huidige voorstellen en inzichten, is dat niet het geval. Niet voor de uitvoerder, niet voor de KOO en niet voor de ouder. Daarmee wordt nog steeds geen recht gedaan aan de belangen van ouders, los of deze eerder zijn benadeeld.