

Kenmerk	W12.20.0127/III
Datum aanhangig	24 april 2020
Datum vastgesteld	29 april 2020
Datum advies	29 april 2020
Datum publicatie	8 mei 2020
Vindplaats	Staatscourant 2020, nr. 26252

Volledige tekst

Bij Kabinetsmissive van 24 april 2020, no.2020000894, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Staatssecretaris Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit, houdende de vaststelling van een tijdelijke algemene maatregel van bestuur regelende een tegemoetkoming voor de eigen bijdrage van de ouder in de kosten voor kinderopvang in verband met COVID-19 (Tijdelijke tegemoetkomingsregeling KO), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit betreft een zelfstandige algemene maatregel van bestuur (amvb). Op basis daarvan wordt aan ouders een tegemoetkoming verstrekt voor de reguliere kinderopvang waarvoor zij hebben betaald, maar die door de corona-crisis niet kon worden afgenomen. Achtergrond is dat de overheid bij de sluiting van de kinderopvang, gastouderopvang en buitenschoolse opvang wilde voorkomen dat met de sluiting ouders massaal hun contracten zouden opzeggen. Daarom zijn ouders opgeroepen dat niet te doen, de rekening te blijven betalen en is hen een tegemoetkoming in het vooruitzicht gesteld.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de keuze van de regering voor een zelfstandige amvb, over de in de zelfstandige amvb opgenomen afwijkmogelijkheid bij ministeriële regeling en over de maatschappelijke verantwoordelijkheid die mag worden verwacht van burgers die ten onrechte een tegemoetkoming ontvangen. In verband daarmee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

a. Zelfstandige amvb

Gekozen is voor een zelfstandige algemene maatregel van bestuur, gebaseerd op artikel 89 van de Grondwet. In het verleden heeft de Afdeling criteria geformuleerd voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van een zelfstandige amvb. (zie noot 1) Het zonder betrokkenheid van het parlement zelfstandig (zonder wettelijke grondslag) tot stand brengen van wettelijke voorschriften door de regering staat op gespannen voet met het uitgangspunt van het primaat van de formele wetgever. Zelfstandige algemene maatregelen van bestuur zijn daarom in principe niet wenselijk. Daarom acht de Afdeling een zelfstandige amvb slechts toelaatbaar in uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening. (zie noot 2) Verder

dienen de aard en het maatschappelijk belang van de materie het regelen bij zelfstandige maatregel van bestuur toe te laten en dient de maatregel niet in strijd te komen met hogere rechtsregels.

In de toelichting is uiteengezet wat de bijzondere achtergrond voor de regeling is en waarom is gekozen voor een zelfstandige amvb. Het bijzondere karakter van de regeling en de bijzondere omstandigheden waaronder deze tot stand komt, leiden er toe dat geen wettelijke grondslag aanwezig is. Volgens de regering kan met het oog op een zo spoedig mogelijke uitvoering en uitbetaling niet worden gewacht op het creëren van een zodanige grondslag. De regeling is tijdelijk van aard, heeft een begunstigend karakter en er wordt niet afgeweken van hoger recht. De Tweede Kamer is bij brief van 17 april 2020 op de hoogte gesteld van de aard van de te treffen regeling en ook van de keuze voor een zelfstandige amvb.

Tegen deze achtergrond acht de Afdeling de keuze voor een zelfstandige amvb in dit geval aanvaardbaar.

b. Afwijking bij ministeriële regeling

Het is normaliter ongewenst om bij lagere regeling af te wijken van de hogere regeling. Dat gebeurt in dit geval in de artikelen 3, tweede lid, en 8. Die afwijkingen zijn beperkt tot uitbreiding van de groep ouders op wie de regeling ziet, de peildatum en het van rechtswege vaststellen van de tegemoetkoming. Uit de toelichting blijkt dat het oogmerk is om zo nodig voor een categorie ouders die geen kinderopvangtoeslag ontvangen, maar wel van kinderopvang gebruikmaken, de tegemoetkoming mogelijk te maken. Het kan dan nodig zijn om de groep als zodanig uit te breiden, van de peildatum af te wijken en om voor die gevallen een aanvraagprocedure in het leven te roepen.

In deze bijzondere gevallen en in het licht van het spoedeisende karakter van deze regeling, waarin niet alles kan worden overzien, acht de Afdeling het aanvaardbaar om dit bij ministeriële regeling te doen.

c. Maatschappelijke verantwoordelijkheid

Er is een zeer eenvoudige regeling opgesteld voor een tegemoetkoming voor de reguliere kinderopvang waarvoor ouders hebben betaald, maar die door de corona-crisis niet kon worden afgenomen. Daarmee kan in korte tijd een massaal proces in gang worden gezet om voor circa 570.000 ouders de tegemoetkoming vast te stellen en om die tegemoetkoming uit te betalen.

De regeling voorziet niet in een toetsing of de ouders daadwerkelijk de eigen bijdragen hebben betaald, zoals artikel 2 van het ontwerpbesluit als voorwaarde stelt. Ook voorziet het ontwerpbesluit niet in een correctiemechanisme voor die situaties waarin de in het systeem opgenomen gegevens niet actueel zijn. De uitvoerbaarheid van deze regeling op korte termijn ten behoeve van een zeer groot aantal ouders staat voorop. Een correctiemechanisme zou deze regeling erg ingewikkeld en bewerkelijk maken.

De Afdeling merkt op dat dit er wel toe kan leiden dat in een aantal situaties overcompensatie plaatsvindt. (zie noot 3) Gelet op de uitzonderlijke situatie, de enorme uitvoeringsmachine die in korte tijd in gang moet worden gezet, en op de effecten die grosso modo optreden, is de gekozen grofmazige benadering op dit moment aanvaardbaar. De Afdeling begrijpt dat ook de Tweede Kamer deze benadering deelt. Desalniettemin kan de Afdeling zich voorstellen dat in dit verband een appel wordt gedaan op ouders die niet voor de tegemoetkoming in aanmerking komen of deze onnodig hebben gekregen. Zij kunnen de eigen bijdrage niet hebben voldaan of hebben van de kinderopvang gebruik gemaakt. Van hen mag worden verwacht dat zij het ontvangen bedrag teruggeven.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting in te gaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het ontwerpbesluit en adviseert daarmee rekening te houden voordat een besluit wordt genomen.

De vice-president van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 4 mei 2020

De Afdeling acht in dit geval de keuze van het (tijdelijke) instrument en de eenvoudige systematiek voor de tegemoetkomingsregeling begrijpelijk en aanvaardbaar. De Afdeling maakt ook een opmerking over de grofmazige benadering van de regeling. De Afdeling merkt terecht op dat er door de benaderingswijze soms een tegemoetkoming kan worden vastgesteld, waar eigenlijk geen recht bestaat. Zij wijst op ouders die hun eigen bijdrage niet hebben betaald. In brieven aan de Kamer is gewezen op de noodgedwongen, eenvoudige opzet van de regeling, die soms tot overcompensatie, maar ook tot ondercompensatie kan leiden. De regering accepteert deze uitkomst, om tot een snelle en uitvoerbare regeling te komen. Een van de keuzes van de regeling betreft de peildatum. Het kan echter zo zijn dat door de gekozen peildatum het besluit buitengewoon nadelig uitwerkt voor ouders. Voor deze uitzonderlijke omstandigheden kunnen bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld en kan de peildatum naar een actueler moment worden gebracht. Op dit punt is sprake van een door de Afdeling zogenoemd correctiemechanisme. Zo kunnen ouders die bijvoorbeeld nog geen kinderopvangtoeslag hebben ontvangen op de gekozen peildatum, maar wel op een later moment over de desbetreffende periode, alsnog in aanmerking komen voor de tegemoetkoming.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het ontwerpbesluit en de nota van toelichting op enkele punten aan te passen. Het gaat om aanpassingen in verband met de verlenging van de periode waarover het recht op tegemoetkoming bestaat, namelijk tot en met 19 mei 2020. Verder is de vervaldatum vervroegd, namelijk naar 1 juni 2022, om de tijdelijkheid van de maatregel te onderstrepen. Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt enkele kleine redactionele verbeteringen aan te brengen.

Ik moge U hierbij, mede namens de Staatssecretaris van Financiën het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Voetnoten

- (1) Zie onder andere W12.07.0425 (Ontwerp-Tijdelijk besluit brugbanen herbeoordeelden).
- (2) Zie ook aanwijzing 2.22 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- (3) Te denken valt aan de situatie waarin de ouders vanwege de uitoefening van vitale beroepen in aanmerking komen voor noodopvang, of de situatie waarin ouders de kinderopvang hebben opgezegd maar dat 6 april 2020 nog niet uit het systeem van de Belastingdienst/toeslagen blijkt.

Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting