



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AB 2021/184 Kinderopvangtoeslag

Drahmann, A.; Jongkind, D.K.

Citation

Drahmann, A., & Jongkind, D. K. (2021). AB 2021/184 Kinderopvangtoeslag. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 2021(25), 1272-1278. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278507>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278507>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

waarbij er niet alleen wordt afgeweken van de letterlijke tekst van art. 175 Gemw – ‘Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken’ – maar ook van de Grondwet zelf. Men kan niet simpelweg stellen dat aan de plicht van de overheid om het recht op leven van de omwonenden van het bedreigde gezin te verzekeren een zodanig zwaar gewicht moet worden toegekend dat er mag worden afgeweken van de Grondwet. Er is echter een uitweg. Diezelfde Grondwet verplicht de rechter in art. 94 om wettelijke voorschriften – waaronder ook grondwettelijke bepalingen – buiten toepassing te laten indien die toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling. Als het buiten toepassing laten van het wettelijke voorschrift het conflict met het verdragsrecht niet oplost, dan kan de rechter de onverenigbaarheid wegnemen door de wet verdragsconform uit te leggen. Een dergelijke interpretatiemethode biedt ook in dit geval soelaas.

9. De Afdeling is, zoals gezegd, uiterst summier in haar motivering over het doorbreken van de grondwettelijke beperkingensystematiek. Het gevaar bestaat daarmee dat deze uitspraak onbedoeld de deur openzet voor verdere beperkingen van in de Grondwet opgenomen grondrechten. Zou bijvoorbeeld een regeling zoals die eertijds bestond in Venlo waarin het college van B&W de bevoegdheid toekwam om – in strijd met art. 10 Gw – drugsdealpanden te sluiten, niet op een vergelijkbare manier gelegitimeerd kunnen worden (ABRVs 28 augustus 1995, AB 1996/204, m.nt. L.J.J. Rogier, AB-Klassiek 2003/33, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder)? In die casus was het evident dat de gemeenteraad tegemoet was gekomen aan de positieve verplichting van de overheid om omwonenden te beschermen tegen een vergaande aantasting van hun in art. 8 EVRM waarborgde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het hoeft geen betoog dat dit voorbeeld met talloze andere kan worden aangevuld. In al die gevallen zou de overheid dan met een beroep op een positieve verdragsverplichting de Grondwet ter zijde kunnen schuiven. Om dat gevaar te weren is het van belang dat de nu door de Afdeling gevolgde constructie beperkt blijft tot hoogst uitzonderlijke gevallen, met name die waarin het recht op leven speelt. Bovendien moet voldaan worden aan de voorwaarden zoals hierboven beschreven. Alleen op die manier kunnen de grondwettelijke beperkingenclausules hun betekenis behouden. Deze uitspraak is ook verschenen in JB 2021/29 m.nt. M.A.D.W. de Jong.

J.G. Brouwer en A.E. Schilder

AB 2021/184

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

30 september 2020, nr. 201901180/1/A2

(Mr. F.C.M.A. Michiels)

m.nt. A. Drahmann en D.K. Jongkind*

Artikel 1.6 Wet kinderopvang; artikel 26 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen

NJB 2020/2326

RSV 2021/26

ECLI:NL:RVS:2020:2324

Artikel 1.6, derde lid, Wko biedt geen ruimte om uitzonderingen te maken op de daarin gestelde voorwaarden. Geen bijzondere omstandigheden die aan terugvordering in de weg staan.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...), blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling dat het creëren van de aanspraak op kinderopvangtoeslag aanvankelijk is bedoeld als facilititeit om ouders met kinderen beiden te laten deelnemen aan de Nederlandse arbeidsmarkt. Die bepaling is wegens strijdigheid met het Europese recht uitgebreid, zodat ook als de partner niet in Nederland, maar in een andere EU-lidstaat of in Zwitserland woont en werkt, een aanspraak op kinderopvangtoeslag kan bestaan. Dat het Europese recht meebrengt dat de kring van degenen die aanspraak konden maken op kinderopvangtoeslag moest worden uitgebreid tot aanvragers met partners die in een andere EU-lidstaat dan wel in Zwitserland werkzaam zijn, dwingt niet tot een verdergaande opheffing van voorwaarden ter zake van woon- en werkplaats, aldus de uitspraak van 20 september 2017.

Artikel 1.6, derde lid, aanhef en onder a, van de Wko biedt geen ruimte om uitzonderingen te maken op de daarin gestelde voorwaarden. De wetgever heeft in de Wko uitdrukkelijk gekozen voor dit systeem en geen mogelijkheden opgenomen om in bijzondere gevallen uitzonderingen te maken. De omstandigheden die appellante heeft aangevoerd, kunnen er dus niet toe leiden dat zij toch aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag over de periode van 1 januari 2017 tot 9 oktober 2017. (...)

De door appellante aangevoerde omstandigheden zijn niet vergelijkbaar met de voorbeelden die in het Verzamelbesluit Toeslagen zijn opgenomen. De Belastingdienst/Toeslagen kan worden gevolgd

* A. Drahmann is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en D.K. Jongkind is promovenda aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

in zijn standpunt dat de aangevoerde omstandigheden ook niet zodanig bijzonder zijn dat de dienst daarin aanleiding had moeten zien om van terugvordering af te zien of het teruggevorderde bedrag te matigen. Appellante heeft verder niet aannemelijk gemaakt dat de gevolgen van de terugvordering onevenredig nadelig voor haar zijn.

Uitspraak op het hoger beroep van appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 21 december 2018 in zaak nr. 18/3065 in het geding tussen:
Appellante,
en
De Belastingdienst/Toeslagen.

Procesverloop

Bij besluit van 13 april 2018 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het voorschot kinderopvangtoeslag van appellante over de periode van 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017 herzien en vastgesteld op een bedrag van € 4.739.

Bij besluit van 2 juli 2018 heeft de Belastingdienst/Toeslagen het door appellante daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard en het voorschot kinderopvangtoeslag over de periode van 9 oktober 2017 tot en met 31 december 2017 vastgesteld op een bedrag van € 1.442.

Bij besluit van 30 november 2018, hangende beroep, heeft de Belastingdienst/Toeslagen, in aanvulling op het besluit van 2 juli 2018, het bezwaar voor zover het betrekking heeft op de periode van 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017 ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 21 december 2018, voor zover hier van belang, is het beroep tegen het besluit van 30 november 2018 ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De Belastingdienst/Toeslagen heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 november 2019, waar appellante en de Belastingdienst/Toeslagen, vertegenwoordigd door drs. J.G.C. van de Werken en drs. R.E. van Huisstede, zijn verschenen.

Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft de Belastingdienst/Toeslagen een nader stuk ingediend. Appellante is in de gelegenheid gesteld hierop te reageren.

De Afdeling heeft met toestemming van partijen afgezien van een nadere behandeling van de zaak ter zitting en het onderzoek vervolgens gesloten.

Overwegingen

Voorgeschiedenis

1. De Afdeling heeft in de tussen partijen gewezen uitspraak van 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1204, geoordeeld dat de Belastingdienst/Toeslagen terecht het voorschot kinderopvangtoeslag van appellante over 2017 bij besluit van 22 mei 2017, gehandhaafd bij het besluit van 8 juli 2017, heeft vastgesteld op een bedrag van € 6.832. De uren die appellante heeft besteed aan een postmaster opleiding zijn volgens de Afdeling terecht niet meegerekend.

Huidige geschil

2. De Belastingdienst/Toeslagen heeft het voorschot kinderopvangtoeslag van appellante over 2017 hierna verder verlaagd. Bij het besluit van 13 april 2018 is haar kinderopvangtoeslag over de periode van 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017 vastgesteld op een bedrag van € 4.739.

3. Het bezwaar van appellante hiertegen, dat het voorschot over de periode vanaf 9 oktober 2017 tot en met 31 december 2017 niet is vastgesteld, heeft de Belastingdienst/Toeslagen bij het besluit op bezwaar van 2 juli 2018 gegrond verklaard. Het voorschot kinderopvangtoeslag over die periode is vastgesteld op een bedrag van € 1.442.

4. In aanvulling hierop is in het besluit van 30 november 2018 het bezwaar over de periode van 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017 ongegrond verklaard en is appellante bericht dat zij de teveel ontvangen voorschotten moet terugbetalen. Volgens de dienst kwam appellante niet in aanmerking voor kinderopvangtoeslag over die periode omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1.6, derde lid, van de Wet kinderopvang (hierna: de Wko). Sinds 6 december 2016 is zij gehuwd met echtgenoot A, die met ingang van 1 januari 2017 dus haar toeslagpartner is. Omdat hij tot 24 augustus 2017 in Marokko woonde en sinds 9 oktober 2017 in Nederland werkt, heeft appellante volgens de Belastingdienst/Toeslagen geen recht op kinderopvangtoeslag vanaf 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017.

5. De rechtbank heeft het beroep hiertegen ongegrond verklaard. Dit is in hoger beroep in geschil.

Hoger beroep

6. Appellante betoogt dat de rechtbank eraan voorbij is gegaan dat het voor werkende ouders zoals zij zo onmogelijk wordt gemaakt om te werken. In de periode van 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017 werkte zij en volgde zij een opleiding. Haar echtgenoot was in Marokko, in af-

wachting van een machtiging tot voorlopig verblijf. Het heeft volgens appellante lang geduurd voordat hij die machtiging ontving en naar Nederland kon komen. Feitelijk was zij in die periode alleenstaande moeder. Zij moest gebruik maken van buitenschoolse opvang om te kunnen werken en haar echtgenoot werkte niet.

Appellante voert verder aan dat zij wordt benadeeld door de terugvordering van een bedrag van € 3.297. De overheid stimuleert ouders om te werken, maar zij is nu de dupe geworden van het feit dat zij in het huwelijk is getreden met een man die niet in een lidstaat van de Europese Unie woont. Ter zitting heeft appellante aangevoerd dat de terugvordering van € 3.297 een zware financiële last voor haar is, ook omdat de Belastingdienst/Toeslagen al eerder kinderopvangtoeslag van haar heeft teruggevorderd.

Beoordelingskader

6.1. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

Aanspraak op kinderopvangtoeslag

6.2. Op grond van artikel 1.6, derde lid, aanhef en onder a, van de Wko heeft een ouder met een partner slechts aanspraak op een kinderopvangtoeslag als de partner in Nederland, een andere EU-lidstaat of Zwitserland woont en in Nederland of op het continentaal plat, in een andere EU-lidstaat of in Zwitserland arbeid verricht.

6.3. Niet in geschil is dat de echtgenoot sinds 2017 de toeslagpartner is van appellante, dat hij tot 24 augustus 2017 in Marokko woonde, vanaf die datum in Nederland woont en sinds 9 oktober 2017 in Nederland werkt. Dit betekent dat de Belastingdienst/Toeslagen zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat appellante geen aanspraak heeft op kinderopvangtoeslag over de periode van 1 januari 2017 tot 9 oktober 2017 omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van de hiervoor vermelde bepaling.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2540), blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling dat het creëren van de aanspraak op kinderopvangtoeslag aanvankelijk is bedoeld als facilititeit om ouders met kinderen beiden te laten deelnemen aan de Nederlandse arbeidsmarkt. Die bepaling is wegens strijdigheid met het Europese recht uitgebreid, zodat ook als de partner niet in Nederland, maar in een andere EU-lidstaat of in Zwitserland woont en werkt, een aanspraak op kinderopvangtoeslag kan bestaan. Dat het Europese recht meebrengt dat de kring van degenen die aanspraak konden maken op kinderopvangtoeslag moest worden uitgebreid tot aanvragers

met partners die in een andere EU-lidstaat dan wel in Zwitserland werkzaam zijn, dwingt niet tot een verdergaande opheffing van voorwaarden ter zake van woon- en werkplaats, aldus de uitspraak van 20 september 2017.

Artikel 1.6, derde lid, aanhef en onder a, van de Wko biedt geen ruimte om uitzonderingen te maken op de daarin gestelde voorwaarden. De wetgever heeft in de Wko uitdrukkelijk gekozen voor dit systeem en geen mogelijkheden opgenomen om in bijzondere gevallen uitzonderingen te maken. De omstandigheden die appellante heeft aangevoerd, kunnen er dus niet toe leiden dat zij toch aanspraak maakt op kinderopvangtoeslag over de periode van 1 januari 2017 tot 9 oktober 2017.

Terugvordering

6.4. De Afdeling is bij uitspraak van 23 oktober 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:3536) teruggekomen van vaste rechtspraak over de terugvordering. Zij heeft daarin overwogen dat in artikel 26 van de Awir niet imperatief is voorgeschreven dat de Belastingdienst/Toeslagen het gehele bedrag dat de belanghebbende is verschuldigd terugvordert. De Belastingdienst/Toeslagen moet bij het besluit tot terugvordering op grond van artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afwegen en de dienst kan onder bijzondere omstandigheden van terugvordering afzien of het terug te vorderen bedrag matigen.

6.5. De staatssecretaris van Financiën heeft invulling gegeven aan deze uitspraak door in het Verzamelbesluit Toeslagen van 17 april 2020 (*Stcrt.* 2020, 22720) beleid over de terugvordering van toeslagen vast te stellen. Hierin is opgenomen dat alleen bijzondere omstandigheden zich verzetten tegen gehele terugvordering en dat als dergelijke omstandigheden zich voordoen en gehele terugvordering onevenredig is, de dienst kan afzien van de terugvordering of het bedrag van de terugvordering kan matigen. In het Verzamelbesluit Toeslagen zijn voorbeelden van bijzondere omstandigheden opgenomen en is vermeld dat de financiële situatie of financiële problemen van belanghebbende die terugbetaling van toeslagen verhinderen, in het algemeen niet leiden tot een matiging van de terugvordering. Voor deze situatie bestaat de mogelijkheid van een betalingsregeling.

6.6. De door appellante aangevoerde omstandigheden zijn niet vergelijkbaar met de voorbeelden die in het Verzamelbesluit Toeslagen zijn opgenomen. De Belastingdienst/Toeslagen kan worden gevolgd in zijn standpunt dat de aangevoerde omstandigheden ook niet zodanig bijzonder zijn dat de dienst daarin aanleiding had moe-

ten zien om van terugvordering af te zien of het teruggevorderde bedrag te matigen. Appellante heeft verder niet aannemelijk gemaakt dat de gevolgen van de terugvordering onevenredig nadelig voor haar zijn.

6.7. Het voorgaande laat onverlet dat appellante de Belastingdienst/Toeslagen in het invorderingstraject kan verzoeken om een betalingsregeling van 24 termijnen of een persoonlijke betalingsregeling, afgestemd op haar betalingscapaciteit. Zoals de Belastingdienst/Toeslagen in het nadere stuk van 23 april 2020 naar voren heeft gebracht, wordt bij het bepalen van de betalingscapaciteit rekening gehouden met betalingen voor andere terugvorderingen inzake toeslagen. Zij kan de dienst zo nodig ook verzoeken om rekening te houden met de voor haar geldende beslagvrije voet. Op deze wijze kan de dienst rekening houden met haar financiële omstandigheden.

Slotsom

7. De rechtbank heeft het beroep terecht ongegrond verklaard. Het hoger beroep is ongegrond. De uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen, dient te worden bevestigd.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigt de uitspraak van de rechtbank, voor zover aangevallen.

Bijlage

Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen

Artikel 1.6

1. Een ouder heeft voor een berekeningsjaar aanspraak op een kinderopvangtoeslag, indien de ouder in dat jaar:

- tegenwoordige arbeid verricht waaruit inkomen uit werk en woning in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt genoten,
- zonder enige vergoeding arbeid verricht in de onderneming van de partner in de zin van artikel 3.78 van de Wet inkomstenbelasting 2001,
- algemene bijstand of een uitkering ontvangt op grond van de Participatiewet, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen of de Algemene nabestaandenwet, en gebruik maakt van een voorziening, gericht op arbeidsinschakeling als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onder a,

van de Participatiewet, artikel 34, eerste lid, onder a, van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers en artikel 34, eerste lid, onder a, van de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen, die de noodzaak tot kinderopvang met zich brengt,

d. (...)

e. de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt, scholing of een opleiding volgt en met toepassing van artikel 16 of artikel 18, eerste en vierde lid, van de Participatiewet algemene bijstand ontvangt of kan ontvangen,

f. als niet-uitkeringsgerechtigde werkzoekende is geregistreerd bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, genoemd in hoofdstuk 5 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, en gebruik maakt van een voorziening gericht op arbeidsinschakeling als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onder a, van de Participatiewet,

g. inburgeringsplichtig is als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet inburgering en bij een cursusinstelling een cursus volgt die opleidt tot het examen, bedoeld in artikel 7, tweede lid, onderdeel a, van die wet of een diploma, certificaat of ander document, bedoeld in artikel 5, eerste lid, onderdeel c, van die wet, en voldoet aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van die wet gegeven regels omtrent het volgen van die cursus bij een cursusinstelling,

h. recht heeft op of een uitkering ontvangt op grond van de Werkloosheidswet en deelneemt aan scholing als bedoeld in artikel 76 van die wet of werkzaamheden verricht als bedoeld in artikel 76a of 77a van die wet met behoud van die uitkering dan wel op andere wijze deelneemt aan een traject gericht op arbeidsinschakeling,

i. recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, arbeidsondersteuning op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten of een uitkering op grond van hoofdstuk 7 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of recht heeft op ziekengeld op grond van de Ziektewet;

1°. ten behoeve van wie het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen werkzaamheden, gericht op de bevordering van de inschakeling in het arbeidsproces als bedoeld in artikel 30a, achtste lid, van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen laat verrichten,

2°. ten behoeve van wie de eigenrisicodragers, bedoeld in artikel 82 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, onderscheidenlijk artikel 63a van de Ziektewet, werkzaamheden, gericht op de bevordering van de inschakeling in het arbeidsproces als bedoeld in artikel 42 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, onderscheidenlijk artikel 63a, eerste lid, tweede volzin, van de Ziektewet, laat verrichten, of

3°. werkzaamheden op een proefplaats verricht als bedoeld in artikel 65g van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 2:24 of 3:69 van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, artikel 67e van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, artikel 37 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of artikel 52e van de Ziektewet, j. is ingeschreven bij een school of instelling als bedoeld in paragraaf 2.4 van de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdragen en schoolkosten dan wel als bedoeld in de artikelen 2.8 tot en met 2.11 van de Wet studiefinanciering 2000; (...)

3. Een ouder met een partner heeft slechts aanspraak op een kinderopvangtoeslag, indien de partner in Nederland, een andere lidstaat of Zwitserland woont, en

a. in Nederland of op het continentaal plat, in een andere lidstaat of in Zwitserland arbeid verricht,

b. een uitkering ontvangt als bedoeld in het eerste lid, onder c, e, h of i, en gebruik maakt van een in één van die onderdelen bedoelde voorziening gericht op arbeidsinschakeling of een daarmee vergelijkbare uitkering respectievelijk voorziening, vastgesteld krachtens de wetgeving van een andere lidstaat of Zwitserland,

c. een persoon is als bedoeld in het eerste lid, onder f, g, j, k of l.

Noot

1. *Inleiding.* Deze uitspraak is een annotatie waard omdat deze gaat over de nieuwe jurisprudentiële van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'de Afdeling') waaruit volgt dat bij terugvordering van kinderopvangtoeslag (hierna: 'KOT') ook moet worden voldaan aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: 'Awb').

2. *Casusbeschrijving.* B/T heeft de KOT voor appellante lager vastgesteld. Appellante is in december 2016 gehuwd met haar echtgenoot en daardoor is hij sinds 1 januari 2017 haar toeslagpartner. Haar echtgenoot was in 2017 nog in Marokko, in afwachting van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv). Volgens appellante was zij in

die periode feitelijk alleenstaande moeder. Zij moest gebruik maken van buitenschoolse opvang om te kunnen werken en een opleiding te volgen. Volgens B/T is echter niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 1.6, derde lid, aanhef en onder a, van de Wet kinderopvang (hierna: 'Wko'). Dit artikel bepaalt dat een ouder met een partner slechts aanspraak op KOT heeft als de partner in Nederland, een andere EU-lidstaat of in Zwitserland woont en in Nederland of op het continentaal plat, in een andere EU-lidstaat of in Zwitserland arbeid verricht. Omdat de echtgenoot van appellante tot eind augustus 2017 in Marokko woonde en sinds oktober 2017 in Nederland werkt, heeft appellante volgens B/T geen recht op KOT voor de periode vanaf 1 januari 2017 tot en met 8 oktober 2017. Appellante betoogt dat het voor werkende ouders zoals zij zo onmogelijk wordt gemaakt om te werken. Daarnaast betoogt appellante dat het terug te vorderen bedrag een zware financiële last voor haar is. Zowel het bezwaar als beroep van appellante zijn ongegrond verklaard.

3. *Kern nieuwe jurisprudentiële terugvordering.* Voordat we ingaan op de uitspraak van de Afdeling lichten we eerst kort de nieuwe lijn toe wat betreft de terugvordering van KOT. De nieuwe lijn betreffende de terugvordering van KOT is met de 23 oktober-uitspraken van 2019 in gang gezet (ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85, m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3536, AB 2020/86, m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind). Het voormalig alles-of-niets-systeem is door deze uitspraken verlaten. De Afdeling oordeelde dat in artikel 26 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (hierna: 'Awir') — dat ziet op de terugvordering van KOT — weliswaar een betalingsverplichting voor de belanghebbende is neergelegd, maar dat hierin niet imperatief is voorgeschreven dat B/T ook het gehele bedrag van belanghebbende moet terugvorderen. De bepaling biedt discretionaire ruimte waardoor B/T een belangenafweging moet verrichten op grond van het evenredigheidsbeginsel. Deze belangenafweging kan erin resulteren dat onder bijzondere omstandigheden van terugvordering moet worden afgezien of dat het bedrag van de terugvordering moet worden gemaatigd. Met het Verzamelbesluit Toeslagen van 17 april 2020 is invulling gegeven aan de nieuwe jurisprudentiële door onder meer beleid vast te stellen over het matigen van de terugvordering van toeslagen. Het Verzamelbesluit Toeslagen is sindsdien een aantal keren gewijzigd, maar artikel 2.1 — dat ziet op de matiging van de terugvordering — is in strekking gelijk gebleven. In dit artikel wordt een aantal omstandigheden genoemd waarin het bedrag van terugvordering kan worden gemaatigd of de terugvordering zelfs geheel achterwege kan

worden gelaten. Zo wordt als voorbeeld genoemd de situatie dat een derde – bijvoorbeeld een kinderopvangorganisatie – fraudeert zonder mede-weten en (directe) betrokkenheid van de belanghebbende. De voorbeelden zijn niet limitatief. Het hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Wel staat in het Verzamelbesluit genoemd dat financiële problemen van belanghebbenden die terugbetaling van toeslagen verhinderen in het algemeen geen reden zijn om de terugvordering te matigen, nu er voor die situatie de mogelijkheid van een (persoonlijke) betalingsregeling bestaat. Of en hoe er wordt teruggevorderd vergt dus een belangenafweging van B/T. Daarnaast wijzen wij erop dat per 1 januari 2021 artikel 26 van de Awir is uitgebreid met een tweede en derde lid. In dit artikel staat nu expliciet genoemd dat voor zover de nadelige gevolgen voor belanghebbenden van een volledige terugvordering van het bedrag ingevolge het eerste lid onevenredig zijn in verhouding tot de met die volledige terugvordering te dienen doelen, B/T bij het vaststellen van de beschikking tot terugvordering een lager bedrag kan terugvorderen dan het bedrag dat op grond van het eerste lid werd teruggevorderd. Onderhavige uitspraak is van vòór deze wetwijziging. Daarom is het gewijzigde artikel 26 Awir hier nog niet van toepassing, maar uiteraard wel de nieuwe jurisprudentielijn over de terugvordering van KOT.

4. *Toets aan de wettelijke regeling.* De Afdeling gaat eerst in op de vraag of de KOT terecht lager is vastgesteld op grond van artikel 1.6 derde lid, aanhef en onder a, van de Wko. Op grond van de tekst van dit artikel komt appellante niet in aanmerking voor KOT. De Afdeling verwijst daarnaast naar een eerdere uitspraak uit 2017 en de parlementaire geschiedenis bij het artikel, waaruit volgt dat een aanspraak op KOT is bedoeld als faciliteit om ouders met kinderen beide te laten deelnemen aan de *Nederlandse* arbeidsmarkt. Wegens strijdigheid met het Unierecht is deze bepaling uitgebreid naar haar huidige reikwijdte. De Afdeling zag zowel in 2017 als nu geen reden om te oordelen dat het artikel nog verder zou moeten worden uitgebreid. De uitspraak uit 2017 is het lezen waard omdat daarin uitgebreider wordt ingegaan op de wetsgeschiedenis dan in onderhavige uitspraak. Zo wordt in die uitspraak benoemd dat kinderopvangtoeslag een faciliteit is om zodoende belemmeringen voor ouders om de zorg voor de kinderen te combineren met betaald werk op de Nederlandse arbeidsmarkt te verminderen en dat het begrenzen van de aanspraak op deze faciliteit door middel van het stellen van woon- en werkplaatsvereisten, die deze aanspraak uitsluiten wanneer een van de ouders buiten de Europese Unie of Zwitserland woont

en/of werkt, een legitiem middel tot verwezenlijking van een legitiem doel vormt (ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2540, r.o. 3.6.). In de uitspraak wordt ook ingegaan op de verenigbaarheid met het EVRM. Artikel 1.6 lid 3 Wko is volgens de Afdeling niet in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM, nu de Staat bij het nemen van maatregelen op sociaal-economisch terrein over een aanzienlijke beleids- en beoordelingsruimte beschikt en in dit verband een verschil in behandeling op grond dat de partner al dan niet op het grondgebied van de Europese Unie of Zwitserland woont en werkt, gerechtvaardigd is (r.o. 3.7). Daarnaast wijzen wij erop dat de Afdeling al vaker heeft verwezen naar deze uitspraak uit 2017 (zie bijvoorbeeld ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3336; ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:435; ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3296 en ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2491). De laatste twee uitspraken, die zijn geannoteerd in AB 2018/429, m.nt. L.J.A. Damen en AB 2019/22, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, gaan over de verenigbaarheid van artikel 1.6 lid 3 Wko met artikel 8 EVRM. De Afdeling oordeelt dat uit het EVRM geen positieve verplichting kan worden afgeleid tot verstrekking van KOT voor de opvang van de kinderen. Ook oordeelt de Afdeling in de uitspraak van 2017 dat artikel 1.6 lid 3, aanhef en onder a, Wko geen ruimte biedt om uitzonderingen te maken op de daarin gestelde voorwaarden en dat de bedoeling van de wetgever duidelijk is. Deze overweging doet ons hierdoor denken aan de strenge alles-of-niets-houding die de Afdeling tot 2019 hanteerde bij toetsing aan artikel 1.7 Wko, omdat ook daar de Afdeling oordeelde dat sprake was van een gebonden bepaling waarbij geen ruimte bestond voor een belangenafweging. Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire zijn er meerdere moties aangenomen, waaronder op 19 januari 2021 de motie Jetten/Marijnissen (*Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 15). Hierin wordt de regering onder meer opgeroepen om buiten twijfel te stellen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) leidend moeten zijn indien strikte toepassing van de wet anders tot materiële onaanvaardbare uitkomsten zou leiden, ook bij wetbepalingen van dwingend recht, en dat het mogelijk moet worden gemaakt (bij voorkeur door een wijziging van de Awb) dat de rechter in een voorkomend geval wetbepalingen van dwingend recht buiten toepassing kan laten. Deze uitspraak laat zien dat een dergelijke wijziging van de Awb inderdaad nodig lijkt om de bestuursrechter gebonden wettelijke bepalingen te laten toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Wij vragen ons af of een hardheidsclausule in de Wko of de Awb er in dit geval toe zou hebben ge-

leid dat aan appellante wel KOT zou worden verstrekt. Appellante betoogt dat zij voor enkele maanden de facto alleenstaande moeder was. Is het in een dergelijk geval proportioneel (mede in het licht van het doel van de regeling) om te verwachten dat zij stopte met haar werk en studie in afwachting van de verlening van een mvv? Het beoordelen of een hardheidsclausule wordt toegepast, zal vaak niet eenvoudig zijn en kan ook weer leiden tot een juridische procedure. In dit geval kwam de Afdeling echter in het geheel niet toe aan het beantwoorden van deze vraag naar de evenredigheid.

5. *Evenredigheid van de terugvordering.* Naast de vraag of appellante recht had op KOT, speelde in dit geval ook de vraag of de terugvordering evenredig was. In deze uitspraak past de Afdeling voor deze terugvordering de versoepelde lijn uit haar uitspraak van 2019 toe. Appellante betoogt dat het teruggevorderde bedrag een zware financiële last voor haar is. Voor de vraag of geheel of gedeeltelijk van terugvordering zou moeten worden afgezien hechten zowel B/T als de Afdeling veel waarde aan het Verzamelbesluit Toeslagen. De situatie van appellante wordt hierin niet expliciet genoemd en B/T ziet ook geen andere omstandigheden die dermate bijzonder zijn dat van terugvordering zou moeten worden afgezien. Daarbij is ook van belang dat in het Verzamelbesluit Toeslagen staat dat financiële problemen in beginsel geen reden zijn om terugvordering te matigen, omdat een betalingsregeling mogelijk is. De Afdeling oordeelt dat B/T kan worden gevolgd in dit standpunt en dat appellante ook verder niet aannemelijk heeft gemaakt dat de gevolgen van terugvordering onevenredig nadelig voor haar zijn. Het hoger beroep van appellante wordt dan ook ongegrond verklaard. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat voor het geheel of gedeeltelijk achterwege laten van terugvordering van belang zijn (i) de bijzondere omstandigheden van het geval of (ii) de onevenredigheid van de gevolgen. Het is aan appellante om dit aannemelijk te maken. In onderhavige zaak is appellante hier niet in geslaagd. Hoewel het oordeel van de Afdeling onzes inziens begrijpelijk is, kunnen wij ons voorstellen dat deze standaardoverweging bij appellante een onbevredigend gevoel achterlaat waarom haar geval geen bijzonder geval betreft.

6. *Afronding.* Bovenstaande uitspraak laat zien dat conform de uitspraak van de Afdeling uit 2019 B/T nu in ieder geval bij de terugvordering van KOT kijkt naar de concrete omstandigheden van het geval. Dit betekent echter niet dat elk beroep tegen een terugvordering gegrond zal zijn. De lat dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden of onevenredige gevolgen ligt

hoog. Daarnaast blijkt uit de uitspraak dat de Wko nog meer gebonden bevoegdheden kent dan de wettelijke regelingen die hebben geleid tot de kinderopvangtoeslagaffaire. De Tweede Kamer heeft in een motie opgeroepen dat ook bij die bepalingen getoetst moet kunnen worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze uitspraak laat zien dat zonder een dergelijke bepaling de bestuursrechter niet zal toetsen of artikel 16 lid 3 Wko voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

A. Drahmann en D.K. Jongkind

AB 2021/185

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

9 september 2020, nr. 201808029/2/A2

(Mrs. J.A. Hagen, A.W.M. Bijloos, C.J. Borman)

m.nt. A. Drahmann en D.K. Jongkind*

Artikel 16 lid 5 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen

RSV 2021/25

ECLI:NL:RVS:2020:2185

Bankoverschrijvingen naar het kindercentrum zonder doelomschrijving is onvoldoende voor het oordeel dat deze overschrijvingen niet zijn gedaan om de kosten van de afgenomen kinderopvang te betalen.

Vast staat dat appellante in 2015 bij kindercentrum C kinderopvang heeft afgenomen. Appellante kan de betaling van de kosten van de afgenomen kinderopvang aan kindercentrum C in beginsel aantonen met het overleggen van afschriften van haar bankrekening waarop haar overschrijvingen naar het kindercentrum zijn vermeld. Alleen op basis van tegenbewijs kan worden geoordeeld dat een op een bankafschrift vermelde overschrijving naar het kindercentrum niet is gedaan ter betaling van kosten van bij dat kindercentrum afgenomen kinderopvang. De Belastingdienst/Toeslagen heeft terecht gesteld dat op de overgelegde bankafschriften van ING bank bij veel overschrijvingen naar kindercentrum C de namen van de kinderen van appellante staan vermeld, terwijl bij de overschrijvingen van € 700, € 500 en € 900 geen omschrijvingen zijn vermeld. Volgens de bankafschriften heeft appellante echter ook geen omschrijving vermeld bij de overschrijving van € 75 op 18 december 2015 en heeft zij bij de

* A. Drahmann is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en D.K. Jongkind is promovenda aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.