



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2009-12-30

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2010). Annotation: ABRvS 2009-12-30. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15881>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15881>

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

AB 2010/55

- Documentnummer - Documentdatum - Rolnummer - Auteur - Wetsbepaling - Titel - Samenvatting - Tekst - Noot -

▲ Documentnummer

AB 2010/55

▲ Documentdatum

30-12-2009

▲ Rolnummer

200903940/1/H2

▲ Auteur

RAAD VAN STATE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK (MEERVOUDIGE KAMER)

30 december 2009, nr. 200903940/1/H2

(Mrs. J.E.M. Polak, A.W.M. Bijloos, D. Roemers)

m.nt. **W. den Ouden**

LJNBK7970

▲ Wetsbepaling

Awb art. 4:49

▲ Titel

De vaststellingsbeschikking was niet kennelijk onjuist en mag dus niet worden gewijzigd; finale geschilbeslechting.

▲ Samenvatting

Nu het college ter zitting heeft aangegeven dat het bij vernietiging van het besluit van 22 april 2009 alsnog een besluit op grond van art. 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb tot wijziging van de subsidievaststelling met betrekking tot het jaar 2004 zal nemen en appellante zich daarover reeds schriftelijk en ter zitting heeft kunnen uitlaten, zal uit een oogpunt van finale geschilbeslechting worden nagegaan of aanleiding bestaat om, met toepassing van art. 8:72, derde lid, van de Awb, te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb (memorie van toelichting, Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 78) blijkt dat slechts een kennelijke onjuiste subsidievaststelling grond is voor tot het intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen van de subsidievaststelling.

In dit geval was het ten tijde van het besluit van 29 juni 2005 weliswaar onjuist om de gereserveerde reorganisatiekosten tot de subsidiabele lasten te doen behoren, maar deze onjuistheid was niet als kennelijk te kwalificeren. De kosten zijn immers door appellante opgevoerd overeenkomstig het zogenoemde baten- en lastenstelsel, dat ook wel wordt gehanteerd. Dat op grond van de aan de orde zijnde regelgeving het zogenoemde kasstelsel had moeten worden gehanteerd, zoals ook uit de rechtspraak van de Afdeling blijkt, maakt de onjuistheid nog niet kennelijk. Dat betekent dat het college de subsidievaststelling niet ten nadele van appellante kan wijzigen op de grond dat appellante wist of behoorde te weten dat het college de subsidie te hoog had vastgesteld. Daarom bestaat geen aanleiding de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.

▲ Tekst

Appellante, tegen het College voor zorgverzekeringen, verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 december 2008 heeft het College voor zorgverzekeringen (hierna: het college), voor zover thans van belang, een bedrag van € 31.000 van appellante teruggevorderd.

Bij besluit van 22 april 2009 heeft het college het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft appellante bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 29 mei 2009, beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 26 november 2009, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. P.S. Fluit, advocaat te Utrecht, en het college, vertegenwoordigd door mr. J. Hallie, werkzaam bij het college, vergezeld door E. Koops, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan het bestuursorgaan de subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen, indien de subsidievaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten.

Ingevolge artikel 4:57, eerste lid, kan het bestuursorgaan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen.

2.2. Bij besluit van 29 juni 2005 heeft het college de subsidie voor appellante voor het jaar 2004 op € 113.333 vastgesteld.

Bij besluit van 4 december 2008 heeft het college zich op het standpunt gesteld dat de door appellante voor het jaar 2004 gereserveerde reorganisatiekosten van € 38.000, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2008 in zaak nr. 200705121/1, niet tot de subsidiabele lasten behoren, dat het college de subsidie voor dat jaar derhalve te hoog heeft vastgesteld, dat het saldo van de voorziening voor reorganisatiekosten op 31 december 2006 € 31.000 was en dat appellante dat bedrag dient terug te storten. Bij besluit van 22 april 2009 heeft het college dat besluit gehandhaafd.

2.3. Appellante betoogt dat, voor zover thans van belang, de terugvordering onrechtmatig is, omdat het college de subsidievaststelling over het jaar 2004 niet heeft gewijzigd.

2.3.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer bij uitspraak van 11 januari 2006 in zaak nr. 200410578/1, AB 2006, 208), dient tot

intrekking of wijziging van het besluit tot subsidievaststelling te worden overgegaan, alvorens kan worden teruggevorderd.

Voor zover het college in het verweerschrift heeft aangevoerd dat het besluit van 4 december 2008 een wijziging behelst, als bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb, van het besluit van 29 juni 2005, volgt de Afdeling het college niet. Het college heeft in het besluit van 22 april 2009 kenbaar gemaakt dat het besluit van 4 december 2008 geen betrekking heeft op de subsidievaststelling voor het jaar 2004. Niet is gebleken dat het college ten tijde van het nemen van het besluit van 22 april 2009 alsnog een besluit tot wijziging van die subsidievaststelling had

genomen. Onder deze omstandigheden ontbreekt de ingevolge artikel 4:57, eerste lid, van de Awb vereiste grond voor het rechtsgeldig terugvorderen van een onverschuldigd betaald subsidiebedrag. Het college heeft dat in het besluit van 22 april 2009 niet onderkend.

Het betoog slaagt.

2.4. Het beroep is gegrond. Het besluit van 22 april 2008 dient te worden vernietigd.

2.5. Nu het college ter zitting heeft aangegeven dat het bij vernietiging van het besluit van 22 april 2009 alsnog een besluit op grond van artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb tot wijziging van de subsidievaststelling met betrekking tot het jaar 2004 zal nemen en appellante zich daarover reeds schriftelijk en ter zitting heeft kunnen uitlaten, zal uit een oogpunt van finale geschilbeslechting worden nagegaan of aanleiding bestaat om, met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb, te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.

2.5.1. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb (memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 78) blijkt dat slechts een kennelijke onjuiste subsidievaststelling grond is voor tot het intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen van de subsidievaststelling.

In dit geval was het ten tijde van het besluit van 29 juni 2005 weliswaar onjuist om de gereserveerde reorganisatiekosten tot de subsidiabele lasten te doen behoren, maar deze onjuistheid was niet als kennelijk te kwalificeren. De kosten zijn immers door appellante opgevoerd overeenkomstig het zogenoemde baten- en lastenstelsel, dat ook wel wordt gehanteerd. Dat op grond van de aan de orde zijnde regelgeving het zogenoemde kasstelsel had moeten worden gehanteerd, zoals ook uit de rechtspraak van de Afdeling blijkt, maakt de onjuistheid nog niet kennelijk. Dat betekent dat het college de subsidievaststelling niet ten nadele van appellante kan wijzigen op de grond dat appellante wist of behoorde te weten dat het college de subsidie te hoog had vastgesteld. Daarom bestaat geen aanleiding de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten.

2.6. Nu er voor het nemen van het besluit van 4 december 2008 geen plaats was en het besluit op het door appellante bij het college gemaakte bezwaar niet anders dan tot herroeping van dat besluit kan strekken, ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb zelf daartoe te beslissen.

2.7. Het college dient op de hierna te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

I. verklaart het beroep gegrond;

II. vernietigt het besluit van het College voor zorgverzekeringen van 22 april 2009, kenmerk PAK/29034012;

III. verklaart het door appellante gemaakte bezwaar gegrond;

IV. herroept het besluit van 4 december 2008, kenmerk FON/28066020, voor zover daarbij een bedrag van € 31.000 van appellante is teruggevorderd;

V. veroordeelt het College voor zorgverzekeringen tot vergoeding van bij de appellante in verband

met de behandeling van het bezwaar en het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 966 (zegge: negenhonderdzesenzestig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VI. gelast dat het College voor zorgverzekeringen aan appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 297 (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) voor de behandeling van het beroep vergoedt.

▲ Noot

Noot

1. Een korte maar belangrijke uitspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak blijkt zich bij de invulling van art. 4:49 Awb over de bevoegdheid van bestuursorganen tot intrekking van besluiten tot subsidievaststelling in zuiver Nederlandse gevallen te laten leiden door de bedoelingen van de Awb-wetgever en niet door de Europese jurisprudentie over intrekking van subsidiebesluiten.
2. Eerst een korte schets van de niet bijster interessante casus. In juni 2005 heeft het College voor zorgverzekeringen de subsidie voor appellante voor het jaar 2004 vastgesteld op ruim 113 duizend euro. Met die vaststellingsbeschikking werd de subsidiërelatie (voor het jaar 2004) in beginsel definitief afgesloten. De gesubsidieerde activiteiten waren afgerond, het bestuursorgaan kon controleren of de ontvanger zich aan alle overige verplichtingen had gehouden en op basis van die informatie de subsidie vaststellen, waardoor een recht op uitbetaling ontstond (art. 4:52 Awb). Kennelijk is er bij de controles iets mis gegaan; drie jaar later, in 2008, stelt het College vast dat de subsidieontvanger in 2004 ten onrechte een reservering voor reorganisatiekosten als subsidiabel heeft opgevoerd; slechts werkelijk gemaakte kosten worden op basis van de betreffende subsidiëregeling vergoed. Daarom stelt het College dat de subsidieontvanger het betreffende bedrag van 38 duizend euro terug moet storten.
3. Een eerste probleem waar de Afdeling tegen aanloopt is het ontbreken van een besluit tot wijziging van het vaststellingsbesluit uit 2005. Uit eerdere jurisprudentie werd al duidelijk dat in dit soort gevallen een intrekking- of wijzigingsbesluit constitutief is voor het nemen van een terugvorderingsbesluit ex art. 4:57 Awb zoals in dit beroep ter discussie staat (zie naast het in de uitspraak genoemde voorbeeld eerder al ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496, m.nt. NV (Nanne/VROM)). Dat is ook logisch, immers, pas door een intrekking- of wijzigingsbesluit komt vast te staan dat de betreffende subsidiegelden onverschuldigd zijn betaald. Het ontbreken van laatstgenoemd besluit maakt het ter discussie staande terugvorderingsbesluit onrechtmatig, zodat de Afdeling de beslissing op bezwaar vernietigt. Wel vraagt zij zich direct af - zoals de laatste tijd gebruikelijk is geworden (daarover uitgebreid Ortlep onder *AB* 2010, 29) of er reden is de rechtsgevolgen in stand te laten. Op zich is de zaak voor die aanpak erg geschikt. Het gebrek dat aan het terugvorderingsbesluit kleeft kan gemakkelijk worden hersteld door alsnog een wijzigingsbesluit te nemen en het College kondigde ook aan dat te zullen doen. De subsidieontvanger had dat kennelijk reeds zien aankomen en zich over die mogelijkheid in het beroepschrift en ter zitting al uitgelaten.
4. Toch besluit de Afdeling om de rechtsgevolgen niet in stand te laten, maar om in plaats daarvan zelf in de zaak te voorzien ex art. 8:72, lid 4 Awb. Zij zegt het niet met zoveel woorden maar duidelijk wordt wel dat in deze zaak maar één beslissing mogelijk is; het bezwaar van de subsidieontvanger tegen het terugvorderingsbesluit moet gegrond worden verklaard. Dit omdat onjuiste vaststellingsbesluiten op grond van art. 4:49 Awb, eerste lid, sub b, weliswaar kunnen worden ingetrokken of gewijzigd, maar alleen wanneer de subsidieontvanger "wist of behoorde te weten" dat het vaststellingsbesluit onjuist was. Terecht stelt de Afdeling dat de wetgever met die formulering heeft willen aangeven dat alleen "kennelijke fouten" in de vaststellingsbeschikking nog kunnen worden hersteld binnen vijf jaar na bekendmaking ervan (zie art. 4:49 Awb, derde lid). Nu het hier geen kennelijke fout betreft is er geen bevoegdheid om de vaststellingsbeschikking ten nadele van appellante te wijzigen.

5. Het antwoord op de vraag welke onjuiste beschikkingen als "kennelijk onjuist" kunnen worden gekwalificeerd is dus belangrijk bij toepassing van art. 4:49 Awb, maar ook daarbuiten. De intrekking of wijziging van een begunstigende beschikking vanwege een door het bestuursorgaan gemaakte fout staat al snel op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Wanneer een afweging moet worden gemaakt tussen het algemeen belang en de rechtszekerheid van de geadresseerde van het besluit geldt dat de laatste zich met minder recht op gerechtvaardigd vertrouwen op de instandblijving van het besluit kan beroepen bij overduidelijke fouten, dan in gevallen waarin de gemaakte fout niet kennelijk was en hij dus niet "behoorde te weten" dat de beschikking onjuist was. Dat kan ook financiële consequenties hebben; op een onjuiste beschikking waarvan de geadresseerde niet *weet of moet vermoeden* dat deze onjuist is mag hij afgaan. Eventuele dispositieschade zal bij intrekking of wijziging door het bestuursorgaan moeten worden vergoed, zo blijkt uit wetgeving (vgl. art. 4:50 Awb, tweede lid) en jurisprudentie (bijv. CBB 27 juni 2008, AB 2008, 282, m.nt. Ortlep, inzake de intrekking van een aanwijzing als bevoegd laboratorium).

6. Het leerstuk over de "al dan niet kennelijk onjuiste beschikking" is dus belangrijk maar nog weinig ontwikkeld. Uit de wetsgeschiedenis van art. 4:49 Awb valt af te leiden dat de wetgever het oog had op gemakkelijk herkenbare fouten in subsidiebesluiten, zoals de klassieke tikfout, waardoor meer aanspraak op subsidie wordt toegekend dan was aangevraagd en een besluit dat aanmerkelijk afwijkt van hetgeen op basis van eerdere contacten tussen subsidiënt en aanvrager mocht worden verwacht (*Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 73). Lastiger wordt het al wanneer er ten onrechte geen wettelijke basis is voor de subsidieverstrekking, zoals vereist door art. 4:23 Awb. Is dat nu een voor de aanvrager herkenbare fout? Daarover merkt de regering op dat in dat geval intrekking onder omstandigheden denkbaar is, maar dat het primair tot de verantwoordelijkheid van het betrokken bestuursorgaan behoort om na te gaan of het bevoegd is (*Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 40). Men voelt hier de glijdende schaal. Veel jurisprudentie over de al dan niet kennelijk onjuiste beschikking is niet voor handen. In CBB 9 mei 2006 (*JB 2006, 203*) lijkt het College uit te gaan van de gedachte dat naarmate het toe te passen wettelijk kader (met daaruit voortvloeiende berekeningswijzen voor schadevergoeding) complexer wordt, minder snel kan worden gesteld dat de geadresseerde van een begunstigende beschikking de onjuistheid van een daaruit voortvloeiend besluit had kunnen inzien. Dat lijkt een bruikbaar uitgangspunt, evenals de idee dat het antwoord op de vraag of de houder van een beschikking de onjuistheid daarvan had moeten bevroeden, mede afhangt van zijn persoonlijke kenmerken, waaronder zijn (professionele) deskundigheid. Het deskundigheids criterium wordt (tot op heden) overigens vooral door de Europese rechter toegepast en veel minder door de Nederlandse bestuursrechter (vgl. J.E. van den Brink, "Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel", Preadvies Jonge VAR 2009, n.n.g., www.verenigingvoorbestedingsrecht.nl, paragrafen 3.2 en 5.3.2).

7. In deze casus draait het om de vraag of de subsidieontvanger had moeten weten dat de gereserveerde reorganisatiekosten op grond van de onderliggende regeling niet voor subsidie in aanmerking konden komen, nu geen baten- en lastenstelsel, maar een kasstelsel moest worden toegepast bij de subsidie vaststelling. Volgens de Afdeling volgt dit uit de regeling zelf en dat heeft zij in eerdere jurisprudentie al vaker laten weten (zie naast de door de Afdeling genoemde uitspraak ook ABRvS 7 november 2004, zaaknr. 200702262/1). Dat maakt de gemaakte fout voor de ontvanger echter nog niet "kennelijk", aldus de Afdeling in r.o. 2.5.1, waarbij een rol lijkt te spelen dat in de praktijk het zogenoemde baten- en lastenstelsel "ook wel wordt gehanteerd". Veel concrete handvatten voor de invulling van het begrip "kennelijk onjuiste beschikking" geeft deze uitspraak ons derhalve niet. Wel duidelijk is dat subsidiebeschikkingen die inhoudelijk in strijd komen met de wettelijke subsidieregeling waarop zij berusten op punten waarover in de jurisprudentie al duidelijkheid is geschapen, niet steeds mogen worden ingetrokken op grond van art. 4:49 Awb.

Dat geldt echter niet in gevallen waarin de betreffende subsidiebeschikkingen in strijd komen met Europese rechtsregels. Uit ABRvS 11 januari 2006 (AB 2006, 208, m.nt. WdO) blijkt dat wanneer een subsidie door een Nederlands bestuursorgaan in strijd met het staatssteunrecht is verstrekt, de Afdeling op grond van het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van de gemeenschapstrouw oordeelt dat bestuursorganen steeds bevoegd en gehouden zijn tot intrekking van het subsidiebesluit. Onder

uitdrukkelijke verwijzing naar Europese jurisprudentie wordt het vertrouwensbeginsel in die uitspraak zeer terughoudend ingevuld. Hetzelfde geldt voor terugvorderingsbesluiten ten aanzien van subsidiebesluiten die in strijd bleken te zijn met onderliggende Europese subsidieregelingen (vgl. ABRvS 24 december 2008, *AB 2009, 96*, m.nt. **Den Ouden**); het gaat dan steeds om kennelijke schendingen waardoor geen succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel mogelijk is.

8. Het valt toe te juichen dat de Afdeling, daar waar zij daartoe niet is verplicht op grond van communautaire regelgeving en -beginselen, het vertrouwensbeginsel niet Europees inkleurt, maar blijft bij de wil van de Nederlandse wetgever door niet te snel uit te gaan van een kennelijk onjuiste beschikking. Daardoor blijft het systeem van subsidietitel 4.2 Awb, waarin de vaststellingsbeschikking een afsluitende functie heeft, in tact. Gevolg is echter wel dat de rechtsgelijkheid tussen subsidieontvangers en de transparantie van het subsidierecht verminderen. Daarom lijkt het mij een goed idee om voor de intrekking van begunstigende beschikkingen wegens strijd met het Europese recht een aparte bevoegdheidsgrondslag op te nemen in de Awb, zoals nu wordt voorgesteld voor intrekkingen van beschikkingen wegens strijd met het staatssteunrecht in het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun (*Kamerstukken II* onder nr. 31 418) en in verschillende subsidiekaderwetten al is neergelegd. Zolang de Awb geen algemene regeling kent ten aanzien van de intrekking van (begunstigende) beschikkingen (waarvoor afdeling 4.1.5 eerder werd gereserveerd), kan in ieder geval een regeling worden getroffen in art. 4:49 Awb voor "Europese gevallen", zodat aan een ieder direct duidelijk is dat daarvoor afwijkende regels gelden.

W. den Ouden

© Kluwer 2010