



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CRvB 2008-01-30

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2008). Annotation: CRvB 2008-01-30. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13488>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13488>

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

AB 2008/222

CENTRALE RAAD VAN BEROEP (MEERVOUDIGE KAMER)

30 januari 2008, nr. 06/2863 AWBZ

(R.M. van Male, G.M.T. Berkel-Kikkert, F.A.M. Stroink)

m.nt. W. den Ouden

RSV 2008, 116

LJN BC4315

Awb art. 4:46, 4:57

[Essentie] Verplichting tot lagere vaststelling en terugvordering van persoonsgebonden budget in ministeriële regeling is in strijd met art. 4:46 en art. 4:57 Awb.

Ingevolge art. 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling is het Zorgkantoor gehouden om in de in die bepaling omschreven situaties het persoonsgebonden budget op een lager bedrag vast te stellen. In art. 4:46, tweede lid, van de Awb wordt evenwel in de daar genoemde gevallen, waaronder het geval dat de subsidie-ontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid toegekend om tot lagere vaststelling van een subsidie over te gaan. Nu in zoverre sprake is van strijd tussen deze bepalingen van de Awb en de - lagere - Regeling, mist art. 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling, voor zover daarin is bepaald dat het Zorgkantoor gehouden is tot lagere subsidievaststelling, verbindende kracht.

[Tekst] Appellante tegen de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 13 april 2006, 05/4937 (hierna: aangevallen uitspraak), in het geding tussen:

appellante,

en

het Zorgkantoor Nijmegen (hierna: Zorgkantoor).

I. Procesverloop

Appellante heeft hoger beroep ingesteld.

Het Zorgkantoor heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 december 2007. Voor appellante is verschenen haar echtgenoot [naam echtgenoot]. Het Zorgkantoor heeft zich - met bericht - niet laten vertegenwoordigen.

II. Overwegingen

1.

De Raad gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1.

Bij besluit van 17 maart 2004 heeft het Zorgkantoor aan appellante een netto persoonsgebonden budget ten behoeve van huishoudelijke verzorging toegekend over de periode van 1 maart 2004 tot en met 31 december 2004 ten bedrage van € 979,49. Appellante is in dit besluit meegedeeld dat het bedrag bij wijze van voorschot wordt uitbetaald. Voorts is appellante meegedeeld welke verplichtingen verbonden zijn aan de besteding van het persoonsgebonden budget. Eén van die verplichtingen is dat appellante binnen acht weken na de voorschotperiode verantwoording moet afleggen over de besteding van het persoonsgebonden budget, waarbij zij een overzicht moet indienen met de vermelding van de namen, de adressen en de soft-nummers van de zorgverleners. Van het toegekende persoonsgebonden budget is een bedrag van € 209,02 vrij besteedbaar. Dit bedrag hoeft appellante niet te verantwoorden.

1.2.

Op 18 maart 2005 heeft appellante op het door haar ingevulde verantwoordingsformulier verklaard dat het huishoudelijke werk is gedaan met behulp van de kinderen, en dat de vergoeding heeft plaatsgevonden in de vorm van cadeaus, etentjes en uitstapjes.

1.3.

Bij besluit van 15 augustus 2005 heeft het Zorgkantoor appellante meegedeeld dat het persoonsgebonden budget over 2004 definitief is vastgesteld op het vrij besteedbare bedrag van € 209,02 zodat appellante, na overheveling van een bedrag van € 122,64 naar 2005, een bedrag van € 647,83 te veel heeft ontvangen. Dit bedrag dient zij terug te storten door middel van gebruik van een binnen 8 weken toe te sturen acceptgirokaart.

1.4.

Bij besluit van 27 oktober 2005 heeft het Zorgkantoor het bezwaar tegen het besluit van 15 augustus 2005 ongegrond verklaard.

2.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het besluit van 27 oktober 2005 ongegrond verklaard.

3.

Appellante heeft ook in hoger beroep aangevoerd dat het huishoudelijke werk verricht wordt door de kinderen en overige familieleden. Zij willen hiervoor geen geldelijke vergoeding en worden beloond in de vorm van een

etentje, uitstapjes en cadeaus. Voorheen, onder de regeling persoonsgebonden budget oude stijl, vormde dit volgens appellante geen enkel probleem.

4.

De Raad komt tot de volgende beoordeling. Daarbij gaat de Raad uit van de tekst van de regelgeving zoals deze gold ten tijde hier van belang.

4.1.1.

Artikel 1p, aanhef en onder b, van de Ziekenfondswet bepaalt dat bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat (...) ten laste van (...) het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten overeenkomstig in die regeling gestelde regels subsidies kunnen worden verstrekt voor voorzieningen die aan verzekerden ingevolge (...) de AWBZ kunnen worden geboden in plaats van een voorziening waarop ingevolge die wet aanspraak bestaat.

4.1.2.

Deze ministeriële regeling is de Regeling Subsidies AWBZ en Ziekenfondswet (*Stcrt.* 2000, 233; hierna: Regeling). Per 1 april 2003 is in paragraaf 2.5.6. van de Regeling het "persoonsgebonden budget nieuwe stijl" ingevoerd (*Stcrt.* 2003, 45).

4.1.3.

In artikel 2.5.6.8, eerste lid, van de Regeling is bepaald welke verplichtingen de verzekerde bij de verlening van het netto persoonsgebonden budget worden opgelegd. Ingevolge artikel 2.5.6.8, eerste lid, aanhef en onder a, van de Regeling gebruikt de verzekerde het budget uitsluitend voor betaling van zorg als bedoeld in artikel 2.5.6.1, onderdeel b of d, van de Regeling en de met die zorg noodzakelijk verbonden kosten.

Artikel 2.5.6.8, eerste lid, aanhef en onder f, van de Regeling bepaalt dat de verzekerde bij de verantwoording over de laatste voorschotperiode van een kalenderjaar dan wel, in het kalenderjaar waarin de subsidieperiode eindigt, de laatste voorschotperiode in de subsidieperiode, per zorgverlener of zorgverlenende instantie een formulier voegt waarop hij naam, adres en sociaal-fiscaal nummer van de zorgverlener respectievelijk naam, adres en btw-nummer van de zorgverlenende instantie heeft aangetekend, alsmede het in dat kalenderjaar aan die zorgverlener of die zorgverlenende instantie betaalde bedrag.

4.1.4.

Ingevolge artikel 2.5.6.12, eerste lid, van de Regeling wordt na afloop van ieder kalenderjaar de subsidie voor het desbetreffende kalenderjaar vastgesteld.

Artikel 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling bepaalt dat artikel 4:46 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing is, met dien verstande dat het persoonsgebonden budget wordt vastgesteld op de som van:

a. 1,5% van het voor het kalenderjaar beschikbare netto persoonsgebonden budget, maar ten minste op € 250 en ten hoogste op € 1.250; en

b. het restant van het voor het kalenderjaar beschikbare netto persoonsgebonden budget voor zover er betalingen mee zijn verricht als bedoeld in artikel 2.5.6.8, eerste lid, onderdeel a.

4.1.5.

Artikel 2.5.6.12, zevende lid, van de Regeling bepaalt dat het zorgkantoor onverschuldigd betaalde bedragen van de verzekerde terugvordert of verrekent met door hem aan de verzekerde ter zake van persoonsgebonden budgetten verschuldigde bedragen.

4.1.6.

Ingevolge artikel 4:46, eerste lid, van de Awb stelt het bestuursorgaan, indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast. Artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb bepaalt dat de subsidie lager kan worden vastgesteld indien de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.

4.2.1.

Blijkens de gedingstukken heeft appellante bij de verantwoording aan het Zorgkantoor geen opgave gedaan van de namen, adressen en sofi-nummers van de door haar ingeschakelde zorgverleners zodat zij niet heeft voldaan aan de bij de toekenning van het persoonsgebonden budget verbonden verplichtingen. Het Zorgkantoor is derhalve op grond van artikel 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling in samenhang met artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb bevoegd om het aan appellante toegekende persoonsgebonden budget over 2004 op een lager bedrag vast te stellen.

4.2.2.

Ingevolge artikel 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling is het Zorgkantoor gehouden om in de in die bepaling omschreven situaties het persoonsgebonden budget op een lager bedrag vast te stellen. In artikel 4:46, tweede lid, van de Awb wordt evenwel in de daar genoemde gevallen, waaronder het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid toegekend om tot lagere vaststelling van een subsidie over te gaan. Nu in zoverre sprake is van strijd tussen deze bepalingen van de Awb en de - lagere - Regeling, mist artikel 2.5.6.12, vijfde lid, van de Regeling, voor zover daarin is bepaald dat het Zorgkantoor gehouden is tot lagere subsidievaststelling, verbindende kracht.

4.2.3.

Het Zorgkantoor dient de discretionaire bevoegdheid om de subsidie - in casu het persoonsgebonden budget - voor het jaar 2004 lager vast te stellen uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en ongeschreven recht, daaronder begrepen de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. De Raad is niet gebleken dat het Zorgkantoor bij zijn beslissing om de

subsidie voor het jaar 2004 lager vast te stellen de rechtstreeks betrokken belangen van appellante op enigerlei wijze in een belangenafweging heeft betrokken, nu van enige belangenafweging niet is gebleken.

4.2.4.

Het besluit van 27 oktober 2005, voor zover daarin de vaststelling van het persoonsgebonden budget over 2004 op € 209,02 is gehandhaafd kan gezien het vorenstaande wegens strijd met de artikelen 3:4 en 7:12, eerste lid, van de Awb geen stand houden.

4.2.5.

Dit betekent dat aan het besluit tot terugvordering van het over 2004 verleende persoonsgebonden budget ten bedrage van € 647,83 de grondslag is komen te ontvallen. Het besluit van 27 oktober 2005, voor zover dat ziet op de terugvordering, komt derhalve eveneens voor vernietiging in aanmerking.

4.3.

De rechtbank heeft dit niet onderkend zodat de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking komt. De Raad zal, doende wat de rechtbank zou behoren te doen, het beroep gegrond verklaren en het Zorgkantoor opdragen om met inachtneming van de uitspraak van de Raad een nieuw besluit op het bezwaar van appellante te nemen. Het Zorgkantoor zal daarbij een belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4 van de Awb moeten maken. Hierbij dient het Zorgkantoor aandacht te besteden aan de wijze waarop appellante het haar tot 1 maart 2004 toegekende persoonsgebonden budget heeft besteed en de wijze waarop door haar destijds daarover verantwoording is afgelegd.

5.

Ten overvloede overweegt de Raad het volgende.

5.1.

Ingevolge artikel 4:57 van de Awb kunnen onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld nog geen vijf jaren zijn verstreken.

5.2.

Het Zorgkantoor is op grond van artikel 2.5.6.12, zevende lid, van de Regeling gehouden om het onverschuldigd betaalde bedrag van appellante terug te vorderen dan wel te verrekenen met de aan haar verschuldigde bedragen, terwijl in artikel 4:57 van de Awb aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering is toegekend. Artikel 2.5.6.12, zevende lid, van de Regeling, dat van lagere orde is dan het voorschrift in de Awb, is in zoverre in strijd met artikel 4:57 van de Awb zodat artikel 2.5.6.12, zevende lid, van de Regeling, voor zover daarin de terugvordering van het aan de verzekerde onverschuldigd betaalde bedrag dan wel de verrekening daarvan met aan de verzekerde verschuldigde bedragen imperatief is bepaald, verbindende kracht mist.

5.3.

Het vorenstaande betekent dat het Zorgkantoor, indien het in het nieuw te nemen besluit op bezwaar tot een lagere vaststelling van het aan appellante toegekende persoonsgebonden budget over 2004 zou komen, bij de uitoefening van zijn bevoegdheid om het op grond van die lagere vaststelling aan appellante onverschuldigd betaalde bedrag van haar terug te vorderen, gehouden is het geschreven en ongeschreven recht in aanmerking te nemen, daaronder begrepen de in artikel 3:4 van de Awb vervatte verplichting tot belangenafweging.

6.

De Raad ziet ten slotte geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep;

Recht doende:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond;

Vernietigt het besluit van 27 oktober 2005;

Bepaalt dat het Zorgkantoor een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van deze uitspraak;

Bepaalt dat VGZ Zorgverzekeraar n.v. aan appellante het in beroep en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 142 vergoedt.

Noot

1.

Deze uitspraak ziet op de situatie waarin discretionaire bevoegdheden die zijn toegekend aan een bestuursorgaan bij formele wet door een lagere regelgever worden ingeperkt. De Centrale Raad van Beroep gebruikt hier dezelfde kernoverwegingen als in een uitspraak van dezelfde datum en dezelfde kamer waarin het geschil ook draaide om een persoonsgebonden budget en die al eerder in dit blad werd geannoteerd (*AB* 2008, 153, m.nt. Tollenaar). De Centrale Raad komt tot het oordeel dat de in de Awb geregelde discretionaire bevoegdheid van een subsidiënt om subsidies - in dit geval dus een persoonsgebonden budget - onder omstandigheden lager vast te stellen en terug te vorderen (resp. art. 4:46 Awb en art. 4:57 Awb) niet bij ministeriële regeling mag worden getransformeerd in een gebonden bevoegdheid.

2.

Dit standpunt viel misschien wel te verwachten gezien de vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over de terugvorderingsbevoegdheid van de Wet werk en bijstand (de WWB, standaard uitspraak:

CRvB 30 januari 2007, *LJN* nr. AZ8022, *RSV* 2007, 112, m.nt. R. Stijnen). Daarin stelt de Raad keer op keer dat de art. 58 en 59 van de WWB aan het College van B&W een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering van bijstand geven en dat de WWB geen bevoegdheid geeft aan de gemeenteraad om die discretionaire bevoegdheid per verordening te beperken. Bepalingen in gemeentelijke verordeningen die dat toch doen worden derhalve onverbindend verklaard. In deze bijstandsjurisprudentie wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis van de WWB om aan te tonen dat de wetgever niet heeft gewild dat de gemeenteraad zou kunnen interveniëren in de discretionaire terugvorderingsbevoegdheid van het college.

3.

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft in het verleden op basis van de wetsgeschiedenis bepaald of de beperking van in een formele wet aan een bestuursorgaan toegekende discretionaire bevoegdheden per lagere regeling is toegestaan. Vrij bekend is de zaak ABRvS 4 februari 2003 (*JV* 2003, 111, m.nt. Kortmann) waarin de vraag aan de orde was of facultatieve afwijzingsgronden die de minister mag hanteren bij de afwijzing van een aanvraag van een verblijfsvergunning per AMvB in imperatieve gronden kunnen worden omgezet, een vraag die door de Afdeling positief wordt beantwoord (zie daarover ook C.A.J.M. Kortmann, *Gouvernementele rechtspraak? AAe* 2003, p. 386 e.v.). Daarvoor had de Afdeling met betrekking tot de Wegenverkeerswet ook al eens uitgesproken dat uit de systematiek van die wet volgde dat een daarin neergelegde discretionaire bevoegdheid tot het opleggen van educatieve maatregelen ter bevordering van de rijvaardigheid, in dwingende bepalingen mocht worden geregeld bij ministeriële regeling (ABRvS 2 november 1998, *AB* 1999, 80, zie ook ABRvS 2 november 1998, *AB* 1999, 81, m.nt. MSV).

4.

Opvallend aan de hier opgenomen uitspraak is dus vooral dat de bepalingen in de lagere regeling waarin de discretionaire bevoegdheid wordt beperkt zonder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, de bedoeling van de wetgever of het systeem van de wet onverbindend worden verklaard wegens strijd met art. 4:46 en 4:57 Awb. Dit gebrek aan motivering klemt temeer nu de Afdeling bestuursrechtspraak - overigens ook zonder veel uitleg - aanneemt dat de discretionaire bevoegdheden tot het lager vaststellen van subsidies en het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiegelden, wèl bij lagere regelgeving mogen worden ingeperkt. Dat valt uit verschillende uitspraken af te leiden, zoals uit ABRvS 28 juni 2006 (*AB* 2006, 326, m.nt. Den Ouden) waarin een gemeentelijke verordening dwingend voorschreef dat bij het niet voldoen aan een meldplicht 75% van de verstrekte subsidie door het college van B&W moest worden teruggevorderd. In ABRvS 30 augustus 2006 (*AB* 2007, 241, m.nt. Jacobs en Den Ouden) zegt de Afdeling het met zoveel woorden "De in het tweede lid van art. 4:46 van de Awb neergelegde bevoegdheid betreft een discretionaire bevoegdheid. Het bestuursorgaan is mitsdien niet verplicht de subsidie lager vast te stellen. Dit betekent dat aan een lagere subsidievaststelling op grond van art. 4:46, tweede lid, van de Awb een belangenafweging ten grondslag dient te liggen. Er zal een belangenafweging dienen te worden gemaakt tussen onder meer het belang van een juiste subsidievaststelling en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. De in art. 4:46, tweede lid, van de Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid kan echter worden begrensd door de desbetreffende bijzondere subsidieregeling. In een dergelijke regeling kan immers zijn opgenomen dat het bestuursorgaan in de in art. 4:46 van de Awb vermelde gevallen verplicht is tot lagere vaststelling. In die gevallen is voor een belangenafweging geen plaats meer." Deze passage komt rechtstreeks in strijd met de relevante overwegingen in de hiervoor opgenomen uitspraak.

5.

De vraag naar de mogelijkheden tot beperking van discretionaire bevoegdheden toegekend door de (formele) wetgever door lagere regelgevers is belangrijk, alleen al omdat het in de praktijk veel gebeurt. Het toedelen van een discretionaire bevoegdheid duidt erop dat de wetgever voor de juiste aanwending van die bevoegdheid een belangenafweging op grond van de feiten en omstandigheden van het concrete geval noodzakelijk heeft geacht. Dan kan men zich met rede afvragen of die bevoegdheid in een lagere regeling mag worden "dichtgeregeld" zodat alsnog wordt bewerkstelligd dat het bestuursorgaan geen belangenafweging hoeft te maken. Vooral wanneer die lagere regelgever dezelfde minister is, als de minister die als bestuursorgaan op grond van de Awb-bepalingen is gehouden tot het maken van belangenafwegingen (en de motivering van de uitkomst daarvan) ontstaat al snel de indruk dat de minister zichzelf van die verplichting ontslaat. Al zou met evenveel recht kunnen worden gesteld dat er juist een probleem ontstaat wanneer een andere regelgever - de Kroon per AMvB - discretionaire bevoegdheden gaat inperken omdat het dan niet gaat om "zelfbinding door de minister" (en dus iets wat veel weg heeft van een beleidsregel).

6.

Kortmann stelt dat de rechter aan de hand van verschillende criteria een oordeel kan geven over de vraag of de inperking van een discretionaire bevoegdheid bij lagere regeling geoorloofd is. Hij noemt daarbij de tekst van de wet zelf, de wetssystematiek, de wetsgeschiedenis, de status (AMvB of ministeriële regeling) en de formulering van de lagere regeling en die van een eventuele hardheidsclausule. Het is nog niet zo eenvoudig om op basis van die criteria vast te stellen wat zou moeten gelden bij de genoemde subsidiebevoegdheden. De tekst van de art. 4:46 en 4:57 Awb is helder. De bevoegdheid tot het lager vaststellen van de subsidie en het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiegelden is onmiskenbaar discretionair (en limitatief) geformuleerd. Die discretionaire bevoegdheden werden in de aan de CRvB en de ABRvS voorgelegde casus in lagere subsidieregelingen zodanig ingeperkt dat er van de discretionaire bevoegdheid (en dus van een belangenafwegingsplicht voor het bestuursorgaan) niets overbleef. Van hardheidsclausules is mij niet gebleken. Deze constatering geven steun voor het standpunt van de Centrale Raad.

7.

Dan de wetsgeschiedenis van de art. 4:46 en 4:57 Awb. In de memorie van toelichting bij genoemde bepalingen (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 74 e.v.) wordt de belangenafweging die een bestuursorgaan op grond van art. 3:4, lid 2, Awb, moet maken bij aanwending van deze handhavingsbevoegdheden voorop gesteld; dat lijkt erop de duiden dat de wetgever is uitgegaan van de onverkorte aanwending van de discretionaire bevoegdheid door het bevoegde bestuursorgaan. Maar verderop stelt de regering: "In het geval bedoeld onder b (niet voldoen aan verplichtingen) zal, voor zover de (materiële) wetgever dat niet reeds heeft gedaan, eveneens een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger (curs. WdO). Hier lijkt een nadere invulling van de discretionaire bevoegdheden door de materiële wetgever mogelijk te worden geacht. Die materiële wetgever is naar mijn mening, die regelgever die - zoals art. 4:23 Awb vereist - een bijzondere wettelijke regeling ontwerpt waarop de subsidie die lager wordt vastgesteld of teruggevorderd eens werd verstrekt. Die regeling bevat (als het goed is) de belangrijkste materiële normstelling voor de ter discussie staande subsidie en daarin kan naar mijn smaak ook een nadere regeling van de discretionaire subsidiebevoegdheden van de Awb plaatsvinden. Het zal dus van de bijzondere subsidieregeling moeten afhangen of in daarop berustende lagere (uitvoerings)regelgeving beperkingen kunnen worden aangebracht op de bevoegdheden van de art. 4:46 en 4:57 Awb; in zijn algemeenheid valt daarover weinig te zeggen. Ik krijg uit (een korte bestudering van) de wetsgeschiedenis van art. 1p van de Ziekenfondswet (waar de subsidieverstrekking in de hier gepubliceerde uitspraak op berust) niet direct de indruk dat de wetgever de lagere regelgever (in dit geval de minister) de bevoegdheid heeft willen geven om discretionaire bevoegdheden volgend uit de Awb te beperken: de subsidietitel van de Awb komt niet aan de orde (zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26 011, nr. 3, p. 18 e.v.). Maar dat de CRvB hier naar de bedoelingen van de (ziekenfondswet)wetgever heeft gekeken blijkt niet uit de uitspraak. Het enkele feit dat in een ministeriële regeling een in de Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid in een gebonden bevoegdheid wordt getransformeerd, lijkt voldoende om de betreffende bepaling onverbindend te verklaren. Is de Centrale Raad er vanuit gegaan dat de art. 4:46 Awb en 4:57 Awb zogenaamd "dwingend recht" vormen waarvan, behoudens bij formele wet, niet mag worden afgeweken? Dat is dan niet in overeenstemming met de hierboven aangehaalde passage uit de memorie van toelichting, maar het gaat, zo geef ik direct toe, slechts om één zin.

8.

In de hierna opgenomen uitspraak van de Centrale Raad gaat het ook om het "dichtregelen" van de discretionaire bevoegdheid om een subsidie lager vast te stellen. Voor de goede orde: het gaat hier niet om een subsidie in de zin van art. 4:21 Awb nu de ter discussie staande "subsidie" voor de uitvoering van de sociale werkvoorziening alleen aan publiekrechtelijke rechtspersonen - gemeenten - kan worden versterkt (vgl. de uitzondering van art. 4:21 Awb, derde lid). In de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) en het daarop berustende Besluit vaststelling subsidie Wet sociale werkvoorziening (een AMvB, hierna: het Besluit) wordt de subsidiesystematiek en terminologie van de Awb echter wel goeddeels gevolgd. Mag nu de in de Wsw opgenomen discretionaire bevoegdheid om een subsidie lager vast te stellen wanneer het gemeentebestuur niet handelt in overeenstemming met de bij of krachtens deze wet gestelde regels, worden weggenomen met een bepaling in het Besluit dat de minister in die gevallen de subsidie moet vaststellen op het bedrag dat overeenkomstig de wettelijke bepalingen is besteed? Bij beantwoording van die vraag toetst de Centrale Raad wel expliciet aan de grenzen die volgen uit de Wsw, maar erg overtuigend vind ik de uitkomst van die toetsing niet. De CRvB geeft twee argumenten onder punt 3.4 waarom de betreffende bepaling in het Besluit de grenzen van de Wsw niet te buiten gaat. Ten eerste zou de minister alleen tot hantering van het gewraakte art. 4 van het Besluit overgaan wanneer er sprake is van verwijtbaar handelen van de subsidieontvanger in strijd met de geldende regels. Ik neem aan dat hiermee is bedoeld dat de minister art. 4 van het Besluit slechts toepast in gevallen waarin de ontvanger iets te verwijten valt. Dat zou betekenen dat omdat de minister zich niet houdt aan de wettelijke bepaling, die bepaling verbindend kan worden geacht. Hierbij zij opgemerkt dat uit art. 4 van het Besluit, noch uit de toelichting daarop valt af te leiden dat de toepassing daarvan is beperkt tot "verwijtbare gevallen". Het tweede argument van de Centrale Raad is nog minder overtuigend. De Raad neemt namelijk in aanmerking dat de subsidie ingevolge art. 4 slechts wordt verminderd voor zover de subsidie niet is gebruikt voor het doel waarvoor deze was verleend en in de art. 5 en verder van het Besluit een regeling wordt gegeven voor situaties waarin niet kan worden vastgesteld welk subsidiebedrag is uitgegeven in strijd met de geldende regelgeving. Ten eerste moet worden vastgesteld dat ook deze laatste bepalingen dwingen tot een lagere vaststelling (ook deze bepalingen beperken dus de discretionaire bevoegdheid van art. 9 Wsw voor bepaalde gevallen). Bovendien worden deze bepalingen pas relevant wanneer niet kan worden vastgesteld welk deel van de subsidie in strijd met de wettelijke voorschriften werd verleend, dus pas wanneer art. 4 niet kan worden toegepast. Ten slotte: dat de subsidie slechts lager wordt vastgesteld voor zover de gelden niet zijn aangewend voor het doel waarvoor zij werden verstrekt volgt niet uit het Besluit en ook niet uit de toelichting daarop.

9.

Al met al kan worden vastgesteld dat de hoogste bestuursrechters geen kenbaar eenduidig toetsingskader hanteren wanneer discretionaire bevoegdheden die in formele wetgeving aan bestuursorganen wordt toegekend, in lagere regelgeving (deels) wordt dichtgeregeld en dit in een juridische procedure ter discussie wordt gesteld. Onduidelijk is welke criteria worden gehanteerd en in ieder geval met betrekking tot art. 4:46

Awb komen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep tot verschillende conclusies.
10.

Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *JB* 2008, 81, m.nt. JHK en *USZ* 2008, 99, m.nt. Van den Brink; de hierna opgenomen uitspraak is gepubliceerd in *USZ* 2008, 143, m.nt. Van den Brink.

W. den Ouden