



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb

Sanders, T.N.

Citation

Sanders, T. N. (2018, October 17). *Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66263>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66263>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66263> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Sanders, T.N.

Title: Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb

Issue Date: 2018-10-17

4



4. DE TERUGVORDERING VAN SUBSIDIES BIJ WIJZE VAN SANCTIE

4.1 Inleiding

Subsidies spelen een belangrijke rol in het stimuleren van door de overheid gewenst gedrag. Daarnaast worden subsidies ook gebruikt om instellingen en diensten die als sociaal wenselijk worden gezien te financieren. Subsidies kunnen dus zien op zeer uiteenlopende onderwerpen. Een subsidie wordt in artikel 4:21, lid 1, Awb daarom breed gedefinieerd als: *“de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.”* Het is uiteraard van belang voor het draagvlak voor subsidiëring dat de middelen op juiste wijze worden besteed. Terugvordering van onterecht ontvangen subsidies bij wijze van sanctie speelt daarbij een belangrijke rol. In dit hoofdstuk bespreek ik het besluit om een subsidie terug te vorderen bij wijze van sanctie. Daarbij komen aan de orde hoe dit besluit moet worden gekarakteriseerd en hoe het zich verhoudt tot het besluit tot het intrekken van een subsidie. Ook de vraag of de ingetrokken subsidie moet worden teruggevorderd en onder welke omstandigheden juist moet worden afgezien van terugvordering komen hierna aan de orde.

4.2 Het intrekken en terugvorderen van een subsidie

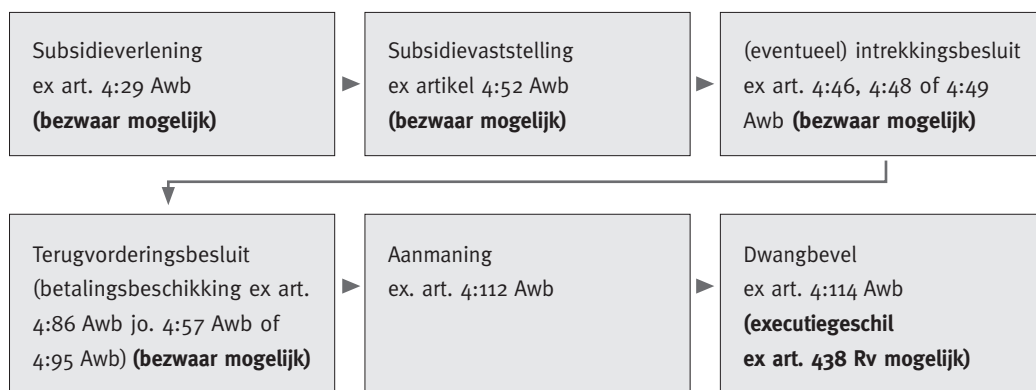
Naar aanleiding van een aanvraag om subsidiëring besluit het bestuursorgaan om al dan niet subsidie te verlenen aan de aanvrager (artikel 4:29 Awb). Het subsidieverleningsbesluit bevat een omschrijving van de te subsidiëren activiteiten (artikel 4:30 Awb) en bevat het bedrag van de subsidie en de wijze waarop dit is bepaald, dan wel het maximale subsidiebedrag (artikel 4:31 Awb). Daarbij kan worden bepaald dat de subsidieontvanger een voorschot ontvangt en wanneer hij dat voorschot ontvangt (artikel 4:52, lid 2, Awb jo. artikel 4:95 Awb). Vervolgens voert de subsidieontvanger de activiteit uit. Na afloop verzoekt hij het bestuursorgaan om de subsidie definitief vast te stellen op grond van artikel 4:42 Awb. Uit de subsidievaststelling volgt de betalingsverplichting van het bestuursorgaan (artikel 4:52, lid 1, Awb).

De subsidietitel van de Awb en de bijzondere subsidieregelingen kennen veel voorwaarden en eisen waar de subsidieontvanger aan moet voldoen en die hij dus ook kan overtreden. Als reactie op een overtreding is het mogelijk dat het bestuursorgaan bij wijze van sanctie de subsidie (al dan niet gedeeltelijk) intrekt. Onder ‘intrekken van een subsidie’ versta ik in dit onderzoek een aantal verschillende besluiten. Zo is het mogelijk dat het bestuursorgaan een besluit neemt om de subsidie vast te stellen

op een lager bedrag dan in de verleningsbeschikking genoemd is (artikel 4:46 Awb), of besluit om de subsidieverlening met terugwerkende kracht in te trekken (artikel 4:48 Awb), dan wel om het besluit tot vaststelling in te trekken (artikel 4:49 Awb). Vanzelfsprekend kan met de voornoemde besluiten de subsidie ook gedeeltelijk worden ingetrokken. Met het 'intrekken van een subsidie' wordt in het kader van dit onderzoek dus bedoeld het verminderen van een eerder toegekende aanspraak op subsidie, op welke manier dan ook.

Als een subsidie reeds (deels) is betaald door de overheid, terwijl na intrekking blijkt dat de ontvanger geen recht heeft op (een deel van) die betaling, dan kan het bestuursorgaan de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen (artikel 4:57, lid 1, Awb), dan wel de verleende voorschotten terugvorderen (artikel 4:95 Awb). Het verdient vermelding dat in de jurisprudentie door mij geen noemenswaardige verschillen zijn aangetroffen tussen de toetsingskaders van de verschillende varianten van subsidie terugvorderingsbesluiten (lees: tussen terugvordering op grond van artikel 4:57 en 4:95 Awb).⁴¹³ Het bestuursorgaan is voor de daadwerkelijke uitvoering van het terugvorderingsbesluit een dwangbevelbevoegdheid toegekend in artikel 4:57, lid 2, Awb (of artikel 4:95, lid 5, Awb) en een verrekeningsbevoegdheid in artikel 4:57, lid 3, Awb (en artikel 4:95, lid 4, Awb). Wel dient het bestuursorgaan tot terugvordering over te gaan binnen vijf jaren nadat de subsidie is vastgesteld dan wel de subsidievestiging (gedeeltelijk) is ingetrokken vanwege het feit dat de ontvanger niet aan de daaraan verbonden verplichtingen heeft voldaan (artikel 4:57, lid 4, Awb).

Het proces van subsidieverlening, vaststelling, intrekking en terugvordering is hieronder schematisch weergegeven.



⁴¹³ Zie voor voorbeelden van terugvorderingsbesluit op grond van artikel 4:95 Awb waar dezelfde toetsing wordt gehanteerd als bij artikel 4:57 Awb besluiten: CRvB 8 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:12, CRvB 13 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:408, CRvB 1 mei 2013, AB 2013/255, m.nt. W. den Ouden en CRvB 29 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2904.

Onderscheiden moeten worden de intrekking van een toegekende subsidie *bij wijze van sanctie* en de intrekking van een toegekende subsidie om andere redenen. Dit onderzoek richt zich op de eerste variant. Dit onderzoek richt zich dus wel op intrekking van een subsidieverlening voor zover het een sanctie van het bestuursorgaan is omdat de subsidieontvanger een verplichting niet heeft nageleefd, maar niet op een intrekking van een subsidieverlening omdat er bezuinigd moet worden door de overheid. Met het ‘intrekken van subsidies’ bedoel ik in het kader van dit onderzoek voor het vervolg dus de vorenbedoelde drie varianten van subsidiebesluiten, maar alleen voor zover met een dergelijk besluit door het bestuursorgaan wordt gereageerd “op een overtreding van de normen die zijn opgenomen in een wettelijk voorschrift of in de begunstigende beschikking zelf”.⁴¹⁴ Verder is het van belang om nogmaals te benadrukken dat dit onderzoek niet ziet op Europese subsidies en (bijvoorbeeld) de in dat kader vaak gehanteerde ‘strafkorting’ waarvan het Europese Hof van Justitie aanneemt dat het geen punitieve sanctie is.⁴¹⁵

Het oordeel van de hoogste rechtscolleges over het rechtskarakter van het bij wijze van sanctie intrekken van subsidies heeft een minder eenduidig karakter dan de jurisprudentie ten aanzien van de last onder dwangsom of bestuursdwang. In algemene zin kan niet worden gezegd of het bij wijze van sanctie intrekken van een subsidie reparatoir of punitief is – dat hangt namelijk af van de omstandigheden van het geval.⁴¹⁶ Den Ouden, Jacobs en Verheij stellen echter vast dat “*subsidiesanctiebesluiten door de bestuursrechter vrijwel nooit als punitief worden gekwalificeerd*”.⁴¹⁷ Zelfs als de *gehele* subsidie wordt ingetrokken, terwijl – bij een rechtmatige toestand – de ontvanger een deel van de subsidie wel zou hebben gekregen, wordt de intrekking niet als punitieve sanctie aangemerkt. De redenering van de ABRvS op dit vlak komt goed naar voren in de ‘Haagse woningsubsidiefraude’ casus en de Triplewood casus.

In de Haagse woningsubsidiefraude casus betrof het de intrekking van een eerder verleende subsidievestigingsbeschikking. Gebleken was dat de subsidiabele kosten (bewust) structureel te hoog waren opgegeven aan het bestuursorgaan. De subsidieontvanger had de activiteiten wel uitgevoerd, maar door valse opgave te doen van de kosten te veel subsidie ontvangen voor die activiteiten. De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat het te veel ontvangen deel ingetrokken kon worden bij wijze van herstelsanctie, maar dat de intrekking van het deel waar de subsidieontvanger wel recht op had als een punitieve sanctie moest worden aangemerkt. De ABRvS vernietigde het oordeel van de rechtbank en motiveerde dit als volgt:

414 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011), p. 180.

415 Zie bijvoorbeeld: CBB 16 maart 2016, AB 2016/421 m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.

416 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, (Deventer, 2014), p. 1013 e.v.

417 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011), p. 184.

“2.2.10. Met burgemeester en wethouders is de Afdeling voorts van oordeel dat, [...], de gehele subsidie als onverschuldigd betaald is aan te merken. Er is derhalve geen plaats voor het onderscheid dat de rechtbank heeft gemaakt tussen een niet-onverschuldigd betaald gedeelte, in de visie van de rechtbank het bedrag waarop zonder verstrekking van onjuiste informatie aanspraak had kunnen worden gemaakt, en een op basis van de fraude onverschuldigd betaald gedeelte.

2.2.11. De besluiten tot terugvordering van de subsidie betreffen een discretionaire bevoegdheid en dienen daarom door de rechter terughoudend te worden getoetst. Aangezien het hier niet om het opleggen van een punitieve sanctie gaat, faalt het betoog van A dat hier een andere toetsingsmaatstaf zou gelden.”⁴¹⁸

Met andere woorden, aldus annotator Damen: “[w]ie de boel flest, verdient kennelijk ook niet dat deel van de subsidie waarop hij zonder fraude wel recht had gehad”.⁴¹⁹ Deze gedachte is ook na het in werking treden van titel 4.2 van de Awb door de ABRvS herhaald in de Triplewood uitspraak:

“2.4. [Het betoog dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is van een punitieve sanctie slaagt]. Het doel van de gehanteerde bevoegdheid is te bewerkstelligen dat de gesubsidieerde zich houdt aan de subsidievoorwaarden die zijn gesteld met het oog op het voorkomen van speculatie met verbeterde woningen en het behouden van die woningen voor de sociale huursector. Het terugvorderingsbesluit heeft dan ook een reparatoir karakter. Het vindt immers zijn grond in het feit dat niet is voldaan aan de voor het toekennen van de subsidie verbonden voorwaarde dat de gesubsidieerde die gegevens verstrekt, die nodig zijn voor een juiste toepassing van de regeling. Buiten geschil is dat Triplewood de verkoop van de woningen aan de Admiraal de Ruijterweg nrs. 459 tot en met 477 niet conform de voorwaarden heeft gemeld aan het college. Gelet hierop heeft de rechtbank dan ook ten onrechte aanleiding gezien om te beoordelen of met het terugvorderingsbesluit de uit artikel 6, eerste lid, van het EVRM voortvloeiende waarborg van evenredigheid is geschonden.”⁴²⁰

In beginsel is de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie derhalve reparatoir. Hoewel dit onderzoek zich nadrukkelijk niet richt op de terugvordering van Europese subsidies (zie onderdeel 1.2), is het in dit geval wel interessant om te constateren dat deze oordelen van de Nederlandse rechter aansluiten op de

⁴¹⁸ ABRvS 8 februari 2000, AB 2001/118, m.nt. L.J.A. Damen, JB 2000/91, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/439, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden.

Europese jurisprudentie aangaande de vraag of een terugvordering van het gehele ontvangen subsidiebedrag, vanwege het feit dat de aanvrager een deel ten onrechte heeft ontvangen, een punitieve sanctie is. Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde in de Bonda zaak namelijk dat dit niet het geval is. Het HvJEU oordeelde dat nu de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie naar het EU-recht niet geclassificeerd wordt als strafrechtelijke sanctie, de sanctie alleen kan worden opgelegd aan diegene die zelf subsidie hebben aangevraagd (zodat de aanvrager voor subsidie wordt geacht zich vrijwillig aan mogelijke sanctionering te hebben onderworpen), terwijl de terugvordering geen repressief (leedtoevoegend) karakter heeft, maar dat het doel is “*in essentie de bescherming van de openbare middelen*”, geen sprake is van een punitieve sanctie.⁴²¹ Dat oordeel heeft de HR ook bevestigd in een arrest van 14 februari 2017.⁴²²

In het verleden zijn er echter ook uitspraken geweest die de andere richting op wijzen. Zowel de ABRvS als het CBb oordeelde dat de intrekking van een subsidie een punitieve sanctie was. Dat zijn wel duidelijk uitzonderingen op de regel. Zo oordeelde de ABRvS in een geval waarbij een derde (een woningbouwvereniging) werd geconfronteerd met een terugvordering van een deel van de ontvangen subsidie vanwege het feit dat de huurders relatief gezien (te) veel huursubsidie hadden ontvangen, dat de terugvordering punitief van aard was.

“2.2.2. De sanctie kan niet als overwegend reparatoir worden gekenschetst. Zij beoogt immers niet het ongedaan maken van de overschrijding van de huursubsidie-uitgavennorm als zodanig. De huursubsidie-uitkeringen – die overigens niet aan de verhuurder, maar aan de desbetreffende huurders toekomen – blijven in stand; deze zijn ook niet onrechtmatig. De sanctie strekt er dan ook niet toe een met het recht strijdige situatie op te heffen.

2.2.3. Met de sanctie is, blijkens de Memorie van Toelichting (TK, 1996-1997, 25 090, nr. 3, p. 42 en p. 43), beoogd een financiële prikkel toe te dienen die is gericht op de beheersbaarheid van de uitgaven voor huursubsidie. Daarmee strekt zij ertoe gedrag te bewerkstelligen door middel van het toebrengen van leed in de zin van geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel.”⁴²³

Het CBb oordeelde dat het achteraf intrekken van een (deel van een) subsidie-vestiging vanwege het feit dat voor een deel van de uitgave achteraf geen bewijs bleek te zijn, punitief was:

⁴²¹ HvJEU 5 juni 2012, AB 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

⁴²² HR 14 februari 2017, AB 2017/421, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.

⁴²³ ABRvS 20 november 2002, AB 2003/173 m.nt. N. Verheij.

“Uit de regeling zelf noch uit de aard van de in geding zijnde voorschriften volgt, dat de niet correcte naleving van bedoelde administratieve verplichtingen zonder meer tot het intrekken of op nihil stellen van de met die verplichtingen in verband staande subsidie leiden. In dit geval heeft verweerster geen aanleiding gevonden om gedurende de perioden waarin de betrokken projecten werden uitgevoerd en de desbetreffende subsidiegelden werden besteed, op basis van toentertijd gehouden controles over te gaan tot gehele of gedeeltelijke intrekking van de toekenning van subsidie op de grond dat eerder bedoelde administratieve verplichtingen niet, dan wel in onvoldoende mate werden nageleefd. Aan de mate van naleving van deze verplichtingen komt in dit geval dan ook nog slechts de beperkte betekenis toe, dat zij in relatie tussen verweerster en appellante van belang zijn voor het leveren van bewijs dat aan de hoofdverplichting is voldaan.

Voor het opleggen van een korting omdat, zoals in de besluiten in primo is overwogen en in bezwaar gehandhaafd, deze voorwaarden niet voor niets zijn gesteld en aan niet naleving van die voorwaarden niet zonder meer voorbijgegaan kan worden, is onder deze omstandigheden geen plaats. De litigieuze korting draagt bij een zodanige benadering het karakter van een punitieve sanctie, wat er ook zij van de stelling van de kant van verweerster dat het opleggen van een dergelijke sanctie niet is beoogd. Voor een dergelijke sanctie bieden de ter zake geldende voorschriften geen grondslag.”⁴²⁴

Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat de vraag of de intrekking van een subsidie punitief kan worden genoemd sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Den Ouden, Jacobs en Verheij beargumenteren dat intrekking van een subsidie doorgaans reparatoir zal zijn, behoudens indien een subsidieontvanger – indien de fraude niet zou zijn gepleegd – toch recht zou hebben gehad op een deel van de subsidie én de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend reeds zijn uitgevoerd. Daar loopt het bestuursorgaan het risico feitelijk een punitieve sanctie op te leggen.

“In die gevallen zou ons inziens als uitgangspunt moeten worden gekozen dat de subsidievaststelling zodanig moet worden gewijzigd dat daaruit recht op een subsidiebedrag voortvloeit dat is gebaseerd op de juiste gegevens of dat is gerelateerd aan de omvang van de onregelmatigheden die zijn geconstateerd. Het bestuursorgaan mag daarbij dus niet verder gaan dan voor het herstel van de rechtmatige situatie noodzakelijk is [...]. Doet het dat wel dan krijgt de subsidie-sanctie een bestraffend karakter en daarvoor bieden de Awb-bepalingen geen grondslag [...].”⁴²⁵

⁴²⁴ CBb 27 november 2001, AB 2002/31, m.nt. J.H. van de Veen.

⁴²⁵ W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011), p. 187.

Anderzijds opperen Michiels, Blomberg en Jurgens dat ook zou kunnen worden gesteld dat de opzettelijk onjuiste verstrekking van gegevens ertoe leidt dat er – achteraf gezien – geen ontvankelijke aanvraag is, zodat om die reden de gehele subsidie moet worden ingetrokken.⁴²⁶ Ik deel echter het standpunt van Den Ouden, Jacobs en Verheij. Als de overtreder wel gewoon recht heeft op een deel van de subsidie en bovendien ook de activiteit al heeft uitgevoerd, dan meen ik dat door intrekking van de gehele subsidie niet alleen maar de rechtmatige toestand wordt hersteld en dat de overtreder dus wordt bestraft. De redenering dat bij fraude de ontvanger ondanks het uitvoeren van de activiteit geen enkel recht meer heeft op subsidie omdat zijn aanvraag niet-ontvankelijk zou zijn, zodat de sanctie reparatoir moet worden geacht, onderschrijf ik dan ook niet. Als al zou moeten worden aangenomen dat de aanvraag niet-ontvankelijk had kunnen zijn vanwege het ten onrechte aangevraagde deel van de subsidie, dan meen ik dat de subsidieontvanger in dat hypothetische scenario de gelegenheid had moeten krijgen om zijn aanvraag te wijzigen zodat het alleen ziet op het rechtmatige deel en daarmee in ieder geval dat deel veilig zou hebben kunnen stellen.

Gelet op het voorgaande meen ik dat de intrekking van subsidies in de regel als reparatoir moet worden aangemerkt. Slechts in uitzonderlijke situaties, als ook dat deel waar de overtreder in de rechtmatige toestand wel recht op zou hebben gehad wordt teruggevorderd én de subsidiegelden al zijn besteed aan de uit te voeren activiteit, kan de subsidie als punitief worden aangemerkt.

In tegenstelling tot de beginselplicht tot handhaving die bestaat bij overtredingen in het omgevingsrecht waar de overheid op kan treden door middel van een last onder bestuursdwang of dwangsom, geldt er bij subsidies geen beginselplicht voor de overheid om een subsidie (gedeeltelijk) in te trekken.⁴²⁷ Dat is goed verklaarbaar omdat er veel verschillende gronden voor intrekking kunnen zijn, terwijl niet alle overtredingen zich lenen voor herstel door intrekking en intrekking bovendien een vergaand effect kan hebben op (bijvoorbeeld) de uitvoering van een sociaal wenselijk project.

Interessant om te constateren is dat er echter ook geen beginselplicht tot terugvordering lijkt te zijn. Als eenmaal een subsidie is ingetrokken, dan is er geen (door de bestuursrechter) aangenomen plicht om dat besluit ook daadwerkelijk te effectueren. Dat is anders als de plicht tot terugvordering is opgenomen in de bijzondere wettelijke regeling. Dan is de overheid verplicht tot terugvordering en is er ook geen ruimte voor enige belangenafweging daaromtrent.⁴²⁸ Als de plicht tot terugvordering echter

426 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, (Deventer, 2016), p. 143.

427 *Ibid.*, p. 144.

428 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1186.

niet in de wet in formele zin is opgenomen, maar in lagere wetten (een gemeentelijke verordening bijvoorbeeld), dan staat de Awb in de weg aan het klakkeloos uitvoeren daarvan. Ingevolge de Awb zijn de intrekking en terugvorderingsbevoegdheid immers *discretionair* en niet gebonden (zo oordeelde althans de rechtbank Midden-Nederland).⁴²⁹ Ik meen dat het ontbreken van een terugvorderingsplicht niet helemaal begrijpelijk is. De terugvordering van een ingetrokken subsidie bij wijze van sanctie is de ten uitvoerlegging van een opgelegde herstelsanctie. Het argument voor de ABRvS om een beginselplicht tot invordering bij dwangsommen aan te nemen (niet effectueren van de sanctie ondermijnt de effectiviteit van de handhaving), is naar mijn mening *mutatis mutandis* net zo goed toepasbaar bij de terugvordering van subsidies. Het niet effectueren van een terechte intrekking maakt van die intrekking een wassen neus.

Het voert te ver om in het kader van dit proefschrift een uitvoerige analyse van alle modaliteiten van de verschillende intrekkingbesluiten uit te voeren, maar één aspect van het intrekkingbesluit is zodanig belangrijk voor dit onderzoek dat daar bij stil wordt gestaan. Het betreft de toetsing van de evenredigheid van de hoogte van het bedrag van de terugvordering. Bij een intrekkingbesluit wordt – gelet op het discretionaire karakter van de bevoegdheid – gekeken naar de evenredigheid van het besluit ex artikel 3:4 Awb.⁴³⁰ Zo overweegt de CRvB:

“4.5. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 1 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9635) dient het Zorgkantoor de discretionaire bevoegdheid om een [subsidie] lager vast te stellen uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en het ongeschreven recht, daaronder begrepen de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. Daarbij zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger, waarbij tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang is.”⁴³¹

Interessant om te constateren is dat de CRvB hier expliciet zowel de verwijtbaarheid, als de draagkracht van de overtreder aanmerkt als relevante omstandigheden in het kader van de toetsing van de evenredigheid van het intrekkingbesluit. Dat doet de ABRvS ook:

⁴²⁹ Rb. Midden-Nederland 9 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7995.

⁴³⁰ Zie voor enkele – willekeurige – voorbeelden: CRvB 13 november 2013, USZ 2014/33, m.nt. J. Hallie en CRvB 21 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:406.

⁴³¹ CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.

“6.2. [...] Het college kan de subsidie op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb dan ook vaststellen op een lager bedrag dan dat waarvoor deze is verleend. Dit laat onverlet dat bij het lager vaststellen van een subsidie het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb bepaalde van toepassing is. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 74).”⁴³²

Ik kan mij echter niet vinden in die benadering. Volgens mij moeten de verwijtbaarheid en de draagkracht niet mee worden gewogen bij de oplegging van de sanctie, maar bij de beoordeling van de effectuering daarvan. Dat komt omdat de intrekking ook een herstelsanctie is. Ik verwijs korthedshalve naar mijn betoog dienaangaande in onderdeel 2.2.

Als men er vanuit gaat dat de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie als een reparatoire sanctie is aan te merken, dan volgt daaruit dat de persoon van de overtreder niet relevant kan zijn voor de beoordeling en daarmee dat de verwijtbaarheid en de draagkracht van die overtreder ook irrelevant zijn. Een herstelsanctie is immers geen straf. Den Ouden, Jacobs en Verheij erkennen die spanning ook, maar wijzen (net zoals de ABRvS in de voornoemde uitspraak) erop dat in de memorie van toelichting op de derde tranche ten aanzien van artikel 4:46 Awb het volgende is vermeld:

“Indien achteraf blijkt, dat bijvoorbeeld gegevens over het inkomen van de aanvrager of de omvang van de activiteit onjuist waren, kan er aanleiding zijn de subsidie aan te passen, ook als de onjuistheid niet aan de ontvanger bekend kon zijn. Wel kan de verwijtbaarheid, net als bij de overige in het tweede lid genoemde gronden, een rol spelen bij het bepalen van de omvang van de verlaging.”⁴³³

Deze opmerking van de wetgever dat verwijtbaarheid in het kader van de evenredigheidstoetsing van het intrekkingbesluit relevant zou zijn, leidt de CRvB en de ABRvS tot de conclusie dat die aspecten mee dienen te worden gewogen bij het bepalen van de “omvang van de verlaging”, ondanks dat er sprake is van een

⁴³² ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205.

⁴³³ Kamerstukken II, 1993/1994, 23 700, nr. 3 p. 72-73.

herstellende sanctie. De moeizame verhouding tussen het herstellende karakter van de intrekking als sanctie en het betrekken van de verwijtbaarheid en de draagkracht wordt door de bestuursrechters ten aanzien van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie niet expliciet geadresseerd in de rechtspraak.

Interessant is dat het herstellende karakter van de sanctie voor de ABRvS in het kader van de last onder dwangsom juist aanleiding is om te oordelen dat draagkracht en verwijtbaarheid niet relevant zijn. Ik verwijs naar onderdeel 2.4. en 3.2. van dit proefschrift.

“[...] zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 10 mei 2006 in zaak nr. 200507040/1 (AB 2006, 230), spelen de financiële omstandigheden van de overtreder in beginsel geen rol.”⁴³⁴

En:

“7. Voor zover [verzoeker] nog heeft betoogd dat het college niet in redelijkheid kon handhaven, omdat hem geen verwijt treft wat betreft de ontstane brand, wordt overwogen dat dit geen bijzondere omstandigheid is op grond waarvan het college aanleiding had moeten zien om niet te handhaven.”⁴³⁵

En bij de toepassing van bestuursdwang om te oordelen dat:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 maart 2006 in zaak nr. 200508042/1) strekt de toepassing van bestuursdwang er [...] slechts toe overtredingen [...] te beëindigen en te voorkomen. Derhalve is geen sprake van een sanctie met een leedtoevoegend karakter en is de toepassing van bestuursdwang niet strijdig met artikel 6 van het EVRM. Niet van belang is of [appellant] een verwijt kan worden gemaakt.”⁴³⁶

En:

“2.5.1. De Afdeling is van oordeel dat verweerder zich bij het gebruik van zijn handhavingsbevoegdheid op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat directe verwijdering van het vrijgekomen asbest was geboden, ter voorkoming van (verdere) verontreiniging van de bodem. [...] Bij dat oordeel speelt de draagkracht van appellant geen rol.”⁴³⁷

⁴³⁴ ABRvS 12 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9968, zie in gelijke zin:

CBb 27 oktober 2009, AB 2009/394 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

⁴³⁵ ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2336.

⁴³⁶ ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:185, zie ook ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634.

⁴³⁷ ABRvS 27 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4621.

De vraag kan dan ook gesteld worden waarom de ABRvS in het kader van de last onder dwangsom en bestuursdwang van oordeel is dat draagkracht en verwijtbaarheid *niet* relevant zijn, maar in het kader van de intrekking van een subsidie bij wijze van herstelsanctie *wel* relevant zijn.

Het argument dat daarvoor voldoende is dat de wetgever in de wetsgeschiedenis opmerkt dat draagkracht en verwijtbaarheid relevant zouden zijn (zonder enige nadere toelichting), overtuigt mij niet.

Ten eerste, de opmerking in de wetsgeschiedenis dateert van voor de invoering van de vierde tranche. Toen zou het niet beoordelen van de draagkracht en de verwijtbaarheid in het intrekkingbesluit ertoe hebben geleid dat de bestuursrechter zich er in het geheel niet over had kunnen uitlaten. Voorts liet de civiele rechter zich er destijds ook niet over uit – gelet op de formele rechtskracht van het intrekkingbesluit. Dat is onder de vierde tranche anders. In het kader van de effectuering vindt thans een toets van de verwijtbaarheid en de draagkracht plaats bij het terugvorderingsbesluit (zie hierna onder 4.4).

Ten tweede wijs ik er op dat in de wetsgeschiedenis ten aanzien van de last onder dwangsom ook is opgemerkt dat draagkracht een rol zou kunnen spelen bij de oplegging van de last onder dwangsom,⁴³⁸ maar dat de ABRvS en het CBb daar gemakkelijk over heen stappen in hun oordelen dat vanwege het herstellende karakter van de sanctie, draagkracht niet relevant is.⁴³⁹

Een argument voor de benadering van de ABRvS en de CRvB zou nog kunnen zijn dat, in tegenstelling tot de last onder dwangsom en bestuursdwang, de intrekking van een subsidie als sanctie een onvoorwaardelijk karakter heeft. De overtreder kan de effectuering van de sanctie bij de lasten onder dwangsom en bestuursdwang immers alsnog voorkomen (door opvolging te geven aan de last), terwijl dat niet het geval is bij de intrekking van een subsidie. Daar heeft de overtreding immers al plaatsgevonden. Bij het opleggen van de lasten is dan ook nog niet duidelijk of, en zo ja welke, financiële gevolgen voor de overtreder zich daadwerkelijk zullen verwezenlijken. Bij de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie is dat al wel duidelijk. Betoogd zou daarom kunnen worden dat om deze reden verwijtbaarheid en draagkracht al mee zouden moeten worden gewogen bij de intrekking.

⁴³⁸ Kamerstukken II 1989/90, 21 088, nr. 6, p. 5–6, waarin de Minister in reactie op een vraag uit de TK uiteenzet dat en waarom de draagkracht van de overtreder een factor is die meeweegt bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.

⁴³⁹ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230 m.nt. F.C.M.A. Michiels en CBb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBb:2014:104.

Ook dit argument overtuigt mij echter niet. Op het moment van intrekking van de subsidie staat namelijk nog niet vast dat hij ook daadwerkelijk wordt teruggevorderd. Dat is pas het geval als het terugvorderingsbesluit wordt genomen. Dat het te verwachten is dat de subsidie ook daadwerkelijk zal moeten worden teruggevorderd vind ik ook geen overtuigend argument. Zeker nu er bij terugvordering geen beginselplicht tot effectuering van de sanctie bestaat – in tegenstelling tot bij de last onder dwangsom en bestuursdwang.

Problematisch aan de rechtspraak van de ABRvS en de CRvB op dit punt acht ik verder dat het feitelijk tot gevolg heeft dat de verwijtbaarheid en de draagkracht tweemaal worden beoordeeld. Eerst bij de intrekking bij wijze van sanctie, vervolgens bij de terugvordering (zie onderdeel 4.4.2). Dat verhoudt zich niet goed tot het toetsingsmodel in het bestuursrecht en de leer van de formele rechtskracht. Als de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder al hadden kunnen worden beoordeeld in het kader van een intrekkingbesluit, dan kunnen zij mijns inziens niet nogmaals aan de orde komen in het kader van het terugvorderingsbesluit. Omdat verder pas bij de daadwerkelijke terugvordering de volle omvang van de gevolgen voor de overtreder duidelijk kunnen zijn, meen ik dat het voor de hand ligt om de verwijtbaarheid en draagkracht bij de terugvordering te toetsen – en niet al bij de intrekking bij wijze van sanctie.

Kortom, het is bij de oplegging van een herstellende sanctie, zoals de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie, naar mijn mening niet relevant of er een verwijt kan worden gemaakt dan wel of de overtreder onvoldoende draagkrachtig is (financieel of anderszins). Ik acht het beoordelen van de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder niet goed te verenigen met het herstellende karakter van de sanctie, terwijl bovendien nog niet vaststaat bij de intrekking dat de subsidie daadwerkelijk wordt teruggevorderd (en dus dat de effecten zich daadwerkelijk zullen voordoen). Gelet op het voorgaande meen ik dan ook dat de CRvB en de ABRvS ten onrechte de draagkracht en de verwijtbaarheid betrekken bij de beoordeling van het besluit tot intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie. Mijns inziens zou moeten worden aangesloten bij de rest van het (herstel)sanctierecht, waarbij verwijtbaarheid en draagkracht niet relevant zijn voor het opleggen van de sanctie, maar wel voor de effectuering daarvan. Voor mijn onderbouwing voor waarom verwijtbaarheid en draagkracht wel relevant zijn voor de effectuering van een herstelsanctie, maar niet voor de oplegging daarvan verwijs ik naar onderdelen 2.2 en 2.7.

Tot slot merk ik nog op dat het CBb zich naar mijn weten nog niet (expliciet) heeft uitgelaten over de vraag of verwijtbaarheid en/of draagkracht relevant zijn voor het intrekkingbesluit bij subsidies bij wijze van sanctie. Den Ouden merkt in haar noot bij AB 2011/278 op dat het CBb bij de beoordeling van de evenredigheid van intrekkingen “*niet het herstelkarakter van sanctiebesluiten binnen subsidieverhoudingen,*

*maar de belangenafweging die steeds op grond van de betreffende discretionaire bevoegdheden moet worden gemaakt voorop [stelt]”.*⁴⁴⁰ Die stelling lijkt steun te vinden in de uitspraken van 10 maart 2005⁴⁴¹ en 11 juli 2011.⁴⁴² In die uitspraken wordt door de appellante (onder meer) betoogd dat er geen sprake zou zijn van verwijtbaarheid en lijkt het CBb impliciet de verwijtbaarheid te betrekken in zijn oordeel. Het komt mij daarom voor dat het aannemelijk is dat het CBb in zoverre een gelijke lijn trekt met de CRvB en de ABRvS op dit punt. Ik meen in dat kader dat ook het CBb dat ten onrechte doet en voor de intrekking van subsidies zou moeten aansluiten bij de rest van het (herstel)sanctierecht.

4.3 Verhouding tussen het intrekken en het terugvorderen

Het spreekt voor zich dat er – sinds de invoering van de vierde tranche – zonder een intrekkingsbesluit geen terugvorderingsbesluit kan zijn.⁴⁴³ In het intrekkingsbesluit wordt immers vastgesteld dat er onverschuldigd is betaald. Zonder die vaststelling is er geen titel en dan is het niet mogelijk om het teveel betaalde bedrag terug te vorderen.⁴⁴⁴

Anders dan bij de lasten onder dwangsom en bestuursdwang, vindt het opleggen van de sanctie (het intrekken) en de effectuering daarvan (het terugvorderen) doorgaans gelijktijdig plaats in een combi-beschikking.⁴⁴⁵ Daarmee wordt een groot deel van het leed dat is geschetst in de vorige hoofdstukken van dit proefschrift de belanghebbende bespaard. Immers, hoewel sommige onderwerpen in de intrekkingsbeschikking aan de orde moeten komen, maakt het weinig uit als de belanghebbende de argumenten per abuis tegen de terugvorderingsbeschikking aanvoert. Zo er al een duidelijk onderscheid wordt gemaakt in het schrijven van de overheid, is de bestuursrechter coulant in de interpretatie van de bezwaar- en beroepsgronden. Niet voor niets dat de wetgever over de intrekkingsbeschikking en de terugvorderingsbeschikking overweegt:

*“Uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming verdient het in de praktijk aanbeveling om de beslissing tot lagere vaststelling of intrekking en die tot terugvordering in één beschikking te combineren en voorafgaand aan het nemen daarvan de belanghebbende te horen.”*⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ CBb 7 juni 2011, AB 2011/278, m.nt. W. den Ouden.

⁴⁴¹ CBb 18 februari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9559.

⁴⁴² CBb 10 maart 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT2716 en CBb 7 juli 2011, AB 2011/277 m.nt. W. den Ouden.

⁴⁴³ Gerechtshof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4819.

⁴⁴⁴ Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3435.

⁴⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1462.

⁴⁴⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

Het gebrek aan een scherp onderscheid tussen het besluit tot intrekking enerzijds en het besluit tot effectuering daarvan anderzijds verklaart dat aan de verhouding tussen de intrekkingbeschikking en de terugvorderingsbeschikking geen aandacht is besteed in de wetenschappelijke literatuur. Den Ouden, Jacobs en Verheij besteden er in hun monografie bijvoorbeeld geen aandacht aan.⁴⁴⁷ Ook voor de invoering van de vierde tranche kreeg dit onderwerp geen aandacht in de literatuur.⁴⁴⁸ Een beschouwing van de literatuur aangaande het subsidierecht gepubliceerd direct voorafgaand en na inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb leidt mij tot de conclusie dat de verhouding tussen het intrekking- en het terugvorderingsbesluit, dan wel de verdeling van de onderwerpen over deze beschikkingen, beperkte aandacht heeft gekregen in de wetenschap.

In de praktijk komt het echter met enige regelmaat voor dat de intrekking- en terugvorderingsbeschikkingen apart worden genomen en dat geprocedeerd wordt tegen de ‘verkeerde’ beschikking.⁴⁴⁹ Uit de jurisprudentie blijkt dat in gevallen bij de terugvordering van subsidies zich hetzelfde probleem kan voordoen als bij dwangsommen en kostenverhaal, namelijk dat de formele rechtskracht zich verzet tegen het alsnog beoordelen van sommige onderwerpen. Ook daar doet zich het mijns inziens niet te ondervangen knelpunt van de onrechtmatige sanctiebesluiten die gelet op de formele rechtskracht toch geëffectueerd worden voor (zie onderdeel 2.8). Belangrijk om nog op te merken is dat bij terugvordering van subsidies het accent voor wat betreft de problematiek van de formele rechtskracht eigenlijk elders ligt dan bij de overige sancties in dit onderzoek. Bij subsidies is het met name de formele rechtskracht van de verleningsbeschikking in het kader van de toetsing van de intrekkingbeschikking die tot discussies leidt, en niet zozeer de formele rechtskracht van de intrekkingbeschikking in het kader van de toetsing van de terugvorderingsbeschikking. Het gaat dan om de vraag of de subsidieontvanger in het kader van de toetsing van de sanctiebeschikking kan worden tegengeworpen dat hij niet is opgekomen tegen een voor hem begunstigende beschikking (de verlening van subsidie onder bepaalde voorwaarden). Kan van een subsidieontvanger worden verlangd dat hij bij het ontvangen van de verleningsbeschikking (waar hij op zich blij mee zal zijn) in bezwaar komt tegen voorwaarden waarvan hij (bijvoorbeeld) nog niet zeker weet of die op een later moment problemen gaan opleveren voor hem? Deze discussie raakt uiteraard ook de rechtvaardiging voor de formele rechtskracht en de rechtmatigheidsfictie. Kan een onrechtmatige maar onaantastbare subsidievoorwaarde aan de

⁴⁴⁷ W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011).

⁴⁴⁸ M.J. Jacobs en W. den Ouden, ‘De knopen zijn nog niet ontward, enkele onopgeloste subsidieproblemen’, *JBplus* 2002, pp. 72-83.

⁴⁴⁹ Zie bijvoorbeeld: CRvB 15 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3464, CRvB 8 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2667, CRvB 5 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2744 en Rb. Zeeland-West-Brabant 7 augustus 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:5692.

subsidieontvanger worden tegengeworpen? Die vraag toont veel verwantschappen met de vraag of een onrechtmatig maar onaantastbaar sanctiebesluit aan de overtreder kan worden tegengeworpen in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit. Echter die vraag zal ik niet beantwoorden omdat de verleningsbeschikking in het kader van dit onderzoek geen rol speelt. Dat heeft te maken met dat dit onderzoek ziet op de effectueringsbeschikking en hoe die zich verhoudt tot de sanctiebeschikking. De verleningsbeschikking is een normstellende beschikking, indien die normen worden overtredt volgt de intrekkingbeschikking (de sanctiebeschikking). Na de intrekking volgt de terugvorderingsbeschikking. Het betrekken van de verleningsbeschikking in het kader van dit onderzoek is vanuit subsidierechtelijk perspectief dus heel logisch, maar vanuit het perspectief van dit onderzoek juist niet. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. De discussie is volgens mij te vergelijken met de discussie die kan ontstaan als het bevoegd gezag een voorschrift in een omgevingsvergunning gaat handhaven door middel van een last onder dwangsom. Kan de overtreder dan in redelijkheid worden tegengeworpen dat hij niet is opgenomen tegen een (voorwaarde verbonden aan een) voor hem begunstigende beschikking (de omgevingsvergunning)? Dat is een andere vraag dan of de overtreder de formele rechtskracht kan worden tegengeworpen van het sanctiebesluit. Bij een op zich begunstigende beschikking kan wellicht minder snel worden verlangd dat de belanghebbende toch in rechte opkomt daartegen. Dat is natuurlijk anders bij een sanctiebesluit waarvan een ieder aanstonds duidelijk moet zijn dat deze nadelig is. Daarvan kan volgens mij niet in geschil zijn dat van de belanghebbende mag worden verlangd dat hij daar tegen opkomt. Dat is dus een andere discussie. Bovendien, zou de verleningsbeschikking worden betrokken in dit hoofdstuk, dan zou het vreemd zijn om niet ook de normstellende beschikkingen bij de andere sancties in het onderzoek (bijvoorbeeld de onaantastbare maar onrechtmatig vergunningsvoorwaarden) te betrekken. Dat zou een vrij significante uitbreiding van het onderzoek vergen, reden waarom ik mij in dit hoofdstuk beperk tot de intrekkingbeschikking en de jurisprudentie die daar op ziet.

De verdeling van de onderwerpen en de verhouding tussen de twee besluiten is dus zeker relevant (in tegenstelling tot bij de bestuurlijke boete – zie hoofdstuk 6), mede gezien ook de discussie over de toetsing van de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder (zie onder 4.2). De verdeling van de onderwerpen is als volgt:

Intrekkingbeschikking	Terugvorderingsbeschikking
Overtreding	Effectuering
Rechtvaardigingsgronden	Evenredigheid
Hoogte sanctie / Evenredigheid	
Overtrederschap	

4.4 Terugvordering als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering

Ik stel voorop dat, gelijk de verhouding tussen het besluit tot intrekking en het besluit tot terugvordering (alook de verdeling van de onderwerpen tussen beiden), het terugvorderingsbesluit als op zichzelf staand besluit geen aandacht krijgt in de wetenschappelijke literatuur. In de literatuur worden de intrekking en de terugvordering vaak in één adem genoemd en, hoewel de intrekking de warme belangstelling van de subsidierechtelijke geleerden geniet (zie onder 4.2), wordt de terugvordering niet zelfstandig behandeld. Dat is goed te begrijpen: voor het subsidierecht is het voornamelijk interessant wat er bij de intrekkingsoverschikking gebeurt, de terugvorderingsoverschikking is vanuit dat perspectief weinig meer dan de technische uitvoering van de intrekkingsoverschikking. Het gebrek aan literatuur leidt ertoe dat dit deel van het onderzoek noodgedwongen gebaseerd is op enkel de rechtspraak.

Het besluit tot terugvordering is ondanks zijn afhankelijke karakter toch een zelfstandig besluit waar een zelfstandige ex nunc belangenafweging dient plaats te vinden. Zo overweegt de CRvB:

“Ook in het kader van de terugvordering moet een belangenafweging plaatsvinden”⁴⁵⁰

En de ABRvS:

“De rechtbank heeft [terecht] het beroep van [appellante] gegrond verklaard en het besluit van 5 oktober 2009 vernietigd omdat de vereiste belangenafweging omtrent de terugvordering in dit besluit en het besluit van 24 juni 2009 ontbreekt.”⁴⁵¹

Ontbreekt die belangenafweging, dan leidt dat tot vernietiging van het terugvorderingsbesluit.⁴⁵²

Het toetsingskader bij terugvordering wordt – aldus de wetgever – primair gevormd door het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het evenredigheidsbeginsel van 3:4 Awb.⁴⁵³ Het zorgvuldigheidsbeginsel spreekt voor zich in die zin dat (bijvoorbeeld) niet tot terugvordering kan worden overgegaan van een bedrag dat groter is

⁴⁵⁰ CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2981, zie ook: Rb. Midden-Nederland 16 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3424.

⁴⁵¹ ABRvS 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren.

⁴⁵² CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.

⁴⁵³ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

dan hetgeen voortvloeit uit de intrekingsbeschikking.⁴⁵⁴ Ook kan niet bij een andere partij worden teruggevorderd dan de partij die de subsidie heeft ontvangen en aan wie het intrekingsbesluit is gericht.⁴⁵⁵

Het besluit tot terugvordering is discretionair van aard. Artikel 4:57 Awb en artikel 4:95 Awb betreffen immers ‘kan’ bepalingen. Bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid zal moeten worden getoetst of de keuze om die bevoegdheid toe te passen en de wijze waarop die bevoegdheid is toegepast aan het evenredigheidsbeginsel voldoet.⁴⁵⁶ Zoals toegelicht is dat bij terugvordering het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. In de praktijk is vooral het evenredigheidsbeginsel van belang.

De CRvB heeft in het kader van de (grootschalige) terugvordering van ten onrechte verstrekte PGB's (PersoonsGebonden Budget) – een subsidie aan hulpbehoevenden die hen in staat stelt om zelf zorg in te kopen – een jurisprudentieel ontwikkeld die het evenredigheidsbeginsel bij de terugvordering van subsidies nader inkleedt. De CRvB overweegt dienaangaande dat:

“4.6. Het Zorgkantoor dient ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering [...] rekening te houden met de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. [De door appellant aangedragen] omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Voorop staat dat de schuldenaar de schulden dient te betalen (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr 3, blz. 13). Dit geldt ook voor de persoon die als rechtsopvolger van de schuldenaar een schuld onder algemene titel verkrijgt en daarmee de schuldenaar wordt. Niet is gebleken dat de terugvordering bij appellant tot onaanvaardbare psychische gevolgen leidt. Ook kunnen de genoemde financiële gevolgen niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt.”⁴⁵⁷

In beginsel kan er dus worden teruggevorderd, tenzij er onaanvaardbare gevolgen van die terugvordering te duchten zijn. De CRvB hanteert deze lijn bij zowel de terugvordering op grond van artikel 4:57 Awb als de terugvordering op grond van artikel 4:95 Awb.⁴⁵⁸ De ABRvS hanteert een goed vergelijkbare lijn. Zo overweegt de ABRvS (in het kader van de onderwijsbekostiging – waarbij de subsidietitel niet van toepassing is maar uit efficiëntieoverwegingen toch wordt toegepast):

⁴⁵⁴ ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.

⁴⁵⁵ CBb 13 mei 2015, AB 2016/56, m.nt. M.A.M. Dieperink.

⁴⁵⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

⁴⁵⁷ CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

⁴⁵⁸ Rb. Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1228

“De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het uitgangspunt bij de afweging van de belangen is, dat ten onrechte verstrekte rijksbijdragen worden teruggevorderd. [...] De minister heeft de omstandigheid dat de financiële situatie van de stichting verslechterd is ten opzichte van voorgaande jaren, niet voldoende zwaarwegend hoeven achten om alsnog af te zien van terugvordering.”⁴⁵⁹

Hoewel de afweging grotendeels gelijk blijft over de (beperkte aantallen) uitspraken van de ABRvS die enkel zien op de rechtmatigheid van een terugvordering, kwalificeert de ABRvS de voornoemde ‘zwaarwegende omstandigheden’ ook wel als ‘bijzondere omstandigheden’:

“Het college betoogt tevergeefs dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan hij zou moeten afzien van [...] terugvordering.”⁴⁶⁰

Het CbB lijkt – gelijk de ABRvS – geen bijzonder toetsingskader op dit vlak te hebben ontwikkeld, doch beperkt zich veelal tot de constatering dat er ofwel geen andere specifieke gronden tegen de terugvordering zijn aangevoerd, dan wel dat die gronden geen aanleiding geven tot het oordeel dat terugvordering onrechtmatig is.⁴⁶¹ Daarbij gebruiken zowel de ABRvS en het CbB afwisselende terminologie – zoals ‘bijzondere omstandigheden’, ‘ingrijpende gevolgen’⁴⁶² of ‘onaanvaardbare gevolgen’. Materieel komen de toetsingen mijn inziens grotendeels overeen.

Gelet op het voorgaande zal ik het – uitgebreidere – toetsingskader van de CRvB tot uitgangspunt nemen en de in de jurisprudentie (ook die van de ABRvS en het CbB) aangetroffen betogen classificeren naar de aard van de gestelde ‘onaanvaardbare gevolgen’. Het betreffen mijns inziens de twee door de CRvB genoemde species (onaanvaardbare psychische gevolgen en onaanvaardbare financiële gevolgen) alsmede een restcategorie van ‘andere onaanvaardbare gevolgen’.

4.4.1 Onaanvaardbare psychische gevolgen

De drempel voor het aannemen van onaanvaardbare psychische gevolgen is – gelet ook op de aard van de zaken dat de CRvB behandelt – begrijpelijkerwijs hoog. Zo is het feit dat een appellant lijdt aan Aspergers syndroom waarbij hij door de druk van

⁴⁵⁹ ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden.

⁴⁶⁰ ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9753.

⁴⁶¹ Zie bijvoorbeeld: CbB 15 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8587 en CbB 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU6858.

⁴⁶² Zie bijvoorbeeld CbB 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206 waarin van ‘ingrijpende gevolgen’ wordt gesproken.

de onzekerheid van zijn financiële situatie lijdt aan hoog opgelopen spanningen en angsten door de terugvordering, waardoor hij ook niet meer in staat is om het overzicht te houden (aldus de GGZ psycholoog), onvoldoende om te spreken van onaanvaardbare gevolgen. Immers, zo oordeelt de CRvB, de appellante was in staat om te begrijpen dat zijn handelwijze niet correct was terwijl (zo lijkt de CRvB impliciet te oordelen) het Aspergers syndroom niet wordt veroorzaakt door de terugvordering.⁴⁶³ In dit soort zaken lijkt een rol te spelen dat *“iedereen aan wie een pgb is toegekend vanwege zijn lichamelijk en/of geestelijke gezondheid in een minder sterke positie verkeert, zodat de enkele omstandigheid dat er daarvan ook bij eiser sprake is niet kan leiden tot de conclusie dat moet worden afgezien van terugvordering”*.⁴⁶⁴ Kennelijk moet er dus sprake zijn van een bijzondere psychische situatie ten opzichte van de referentiegroep (ontvangers van een PGB uitkering) en niet ten opzichte van de gemiddelde Nederlander. Weinig verrassend dus dat het gegeven dat een appellante een moeilijke thuissituatie heeft vanwege de zorg voor familieleden terwijl hij aan een depressie lijdt vanwege de terugvordering (aldus zijn psycholoog), onvoldoende is om onaanvaardbare psychische gevolgen aan te nemen.⁴⁶⁵ Mij is uit de gepubliceerde jurisprudentie (ook die van de ABRvS en het CBb) geen enkel geval bekend waarin daadwerkelijk werd aangenomen dat sprake is van onaanvaardbare psychische gevolgen waardoor terugvordering onevenredig moest worden geacht.

4.4.2 Onaanvaardbare financiële gevolgen

Van onaanvaardbare financiële gevolgen blijkt eveneens niet snel sprake te zijn. De lijn in de jurisprudentie is – kort gezegd – dat dit nooit het geval kan zijn vanwege het bestaan van de beslagvrije voet in combinatie met de mogelijkheid om uitstel van betaling te vragen (en eventueel een betalingsregeling). Bij rechtspersonen lijken onaanvaardbare financiële gevolgen slechts te kunnen worden aangenomen indien er sprake is van een (dreigend) faillissement, maar ook dan is er nog geen onaanvaardbaar gevolg.

Illustratief voor de lijn van de CRvB ten aanzien van natuurlijke personen is het volgende oordeel:

“Appellant heeft gewezen op de volgende omstandigheden. Vanwege een zeer laag IQ functioneert hij verstandelijk op een zeer laag niveau. Hij staat sinds december 2010 onder beschermingsbewind. Hij is na het overlijden van de echtgenote via een crisisopvangplaatsing in een beschermde AWBZ-woonvorm opgenomen en ontvangt sindsdien een uitkering ter hoogte van de zak- en kleedgeldnorm. Hij heeft een WSNP-traject doorlopen, waarna hem in september

⁴⁶³ CRvB 22 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1399.

⁴⁶⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2016, ECLI:NL:RBZW:2016:280.

⁴⁶⁵ CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975.

2011 een schone lei is verleend. Het PGB kwam niet hem toe, maar de echtgenote. Door de terugvordering wordt hij opnieuw jarenlang met een terugvorderings-traject geconfronteerd en moet hij weer jarenlang onder het bestaansminimum leven. Deze omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. [...] Hierbij is van belang dat het Zorgkantoor bij de inning of invordering van de geldschuld rekening moet houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder is van belang dat appellant op grond van artikel 4:94 van de Awb bij het Zorgkantoor om uitstel van betaling kan vragen, welk uitstel zich, gelet op artikel 4:101 van de Awb, ook tot de rente kan uitstrekken.”⁴⁶⁶

Ook indien de fraudeur is overleden en de erfgenamen de erfenis zuiver hebben aanvaard, de erfgenamen part noch deel hebben aan de fraude en zij door de terugvordering in de financiële problemen dreigen te raken kan niet gesproken worden van onaanvaardbare gevolgen:

“De door appellante [...] aangevoerde omstandigheid dat het Zorgkantoor de terugvordering op haar verhaalt en zij daardoor in de financiële problemen raakt kan echter niet leiden tot het oordeel dat het Zorgkantoor niet redelijkerwijs tot terugvordering heeft kunnen overgaan. Het Zorgkantoor dient bij de inning of de invordering van de geldschuld rekening te houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder heeft het Zorgkantoor te kennen gegeven andere erfgenamen te benaderen.”⁴⁶⁷

Ook het gegeven dat de budgetbeheerder van de appellant fraude heeft gepleegd waardoor de appellant geconfronteerd wordt met een terugvordering is onvoldoende om te concluderen dat sprake is van onaanvaardbare financiële gevolgen (met als pleister op de wonden een overweging dat “de rechtbank begrip heeft voor de moeilijke situatie waarin eisers zich bevinden en de grote belangen die voor hen met deze procedure zijn gemoeid”).⁴⁶⁸

De CRvB verwijst stevast naar de beslagvrije voet en de mogelijkheid dat de (doorgaans beperkte) draagkracht van de appellant een rol zal kunnen spelen in het treffen van een terugbetalingsregeling in het kader van een verzoek om uitstel van betaling.⁴⁶⁹ Het enkele feit dat de appellant een laag inkomen geniet is dus onvoldoende,⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

⁴⁶⁷ CRvB 16 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3232.

⁴⁶⁸ Rb. Midden-Nederland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3194.

⁴⁶⁹ CRvB 17 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BYo445, CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1022 en CRvB 16 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4601.

⁴⁷⁰ CRvB 29 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2904.

terwijl de hoogte van het terug te vorderen bedrag,⁴⁷¹ dan wel de verhouding tussen het terug te vorderen bedrag en het inkomen van de appellant,⁴⁷² eveneens niet relevant worden geacht. Zelfs indien er geen afweging bij het terugvorderingsbesluit heeft plaatsgevonden worden de rechtsgevolgen van het terugvorderingsbesluit door de CRvB doorgaans in stand gelaten. Bijvoorbeeld omdat:

*“Agis ter zitting heeft aangegeven gelet op het inkomen van appellante bereid te zijn een zeer soepele afbetalingsregeling te treffen”*⁴⁷³

Wat die ‘zeer’ soepele betalingsregeling dan zou moeten zijn wordt verder niet gespecificeerd door de CRvB.

De ABRvS heeft aanmerkelijk minder jurisprudentie op dit vlak dan de CRvB. Vermoedelijk komt dit omdat de appellanten bij de ABRvS in het kader van subsidies doorgaans rechtspersonen zijn bij wie schrijnende financiële omstandigheden zich in de regel niet zullen voordoen (zie ook onderdeel 2.7.2). Wel zijn de financiële gevolgen van het terugvorderingsbesluit onderdeel van de evenredigheidstoets die ten aanzien van dat besluit wordt uitgevoerd.⁴⁷⁴ Een rechtspersoon kan uiteraard wel failliet gaan en dat is ook waar de ABRvS de drempel voor onaanvaardbare financiële gevolgen lijkt te leggen. Voor het aannemen van een ‘voldoende zwaarwegend’ belang bij het afzien van terugvordering is volgens de ABRvS (bij onderwijsbekostiging – weliswaar strikt genomen geen subsidie, maar de ABRvS past bij onderwijsbekostiging uit efficiëntie overwegingen wel de subsidietitel toe) noodzakelijk dat:

*“de continuïteit van de stichting of het op de door haar in stand gehouden school gegeven onderwijs [als gevolg van de terugvordering] in gedrang komt”*⁴⁷⁵

Immers, daartegenover staat het *“groot gewicht [dat] moet worden toegekend aan het algemeen belang van terugvorderen van ten onrechte verstrekte rijksbekostiging”*.⁴⁷⁶ Deze toetsing paste de ABRvS ook in een ander geval toe:

“2.9. De stichting [stelt] dat de gevolgen van de terugvordering omvangrijk en ingrijpend zullen zijn. Volgens de stichting zal zij gedurende de looptijd van de terugbetalingsregeling twee leerkrachten minder kunnen aanstellen, waardoor de kwaliteit van het onderwijs ernstig zal worden benadeeld en het voortbestaan van de scholen zal worden bedreigd.

⁴⁷¹ CRvB 15 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2694.

⁴⁷² CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:911.

⁴⁷⁵ ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden. Zie ook: Rb. Amsterdam, 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461 en ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:911.

⁴⁷⁶ Rb. Den Haag 4 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2510.

2.9.1 [...] *De omstandigheid dat de stichting ten gevolge van de wijziging van de rijksbekostiging in de schooljaren waarin het terug te vorderen bedrag zal worden verrekend haar uitgavenpatroon zal moeten aanpassen, dient voor haar risico te blijven. De stichting heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij door de wijze van verrekening in zodanige financiële problemen komt dat de voortgang van haar activiteiten in gevaar komt.*"⁴⁷⁷

Het is niet snel het geval dat de continuïteit van het onderwijs in het gedrag komt. De ABRvS verwijst verder – gelijk de CRvB – ook regelmatig naar de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen.

*"[...] Gelet op het door het college te behartigen algemeen belang van doelmatige en rechtmatige besteding van gemeenschapsgelden, valt op grond van hetgeen de stichting heeft betoogd niet in te zien dat het college niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot [...] terugvordering van de verleende subsidie gebruik heeft kunnen maken. Bij het besluit op bezwaar heeft het college zich bereid verklaard om met de stichting een betalingsregeling te treffen, zodat niet valt in te zien dat de stichting door de terugvordering in feite in staat van faillissement zou komen te verkeren, zoals door de stichting is gesteld."*⁴⁷⁸

Het CBb lijkt eveneens deze lijn aan te houden. Zo oordeelde het CBb dat er geen reden was om af te zien van terugvordering vanwege de financiële situatie omdat:

"[...] verweerder ter zitting de bereidheid [heeft] uitgesproken om, als de financiële situatie van appellante daartoe aanleiding geeft, een betalingsregeling met haar te treffen, dan wel een deel van het terug te vorderen bedrag kwijt te schelden. Bij deze stand van zaken ziet het College geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot terugvordering geen gebruik kan maken."

Er is echter wel enige hoop voor de overtreder die geen verwijt kan worden gemaakt. In een geval waarbij een minderjarige PGB-gerechtigde als gevolg van handelen van de moeder geconfronteerd werd met een terugvordering nam de rechter wel aan dat er onaanvaardbare gevolgen waren. Dit is naar mijn weten de enige gepubliceerde uitspraak waarin de bestuursrechter heeft aangenomen dat ondanks een terecht intrekkingbesluit, het terugvorderingsbesluit toch geen stand kon houden vanwege de ingrijpende gevolgen daarvan voor de overtreder. Het is daarom de moeite waard om de overweging van de rechtbank Midden-Nederland dienaangaande in zijn geheel te citeren.

⁴⁷⁷ ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.

⁴⁷⁸ ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

“4. Zoals de rechtbank in haar tussenuitspraak heeft overwogen moet verweerder de discretionaire bevoegdheid om van terugvordering gebruik te maken uitoefenen met inachtneming van de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. In het kader van de evenredige belangenafweging is de rechtbank, met hetgeen eiser in de zienswijze naar voren heeft gebracht, van oordeel dat verweerder, gelet op de bijzondere individuele omstandigheden, niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Naar het oordeel van de rechtbank is van belang dat het eiser persoonlijk niet kan worden verweten dat het pgb niet op de juiste wijze is besteed en verantwoord. Eiser was minderjarig toen hem het pgb werd toegekend en zijn moeder heeft het pgb voor hem beheerd. Tevens is van belang dat eiser weliswaar de mogelijkheid heeft om zijn moeder aansprakelijk te houden en haar – al dan niet in rechte – aan te spreken, maar dat deze verhaalsmogelijkheid illusoir is aangezien zijn moeder, hetgeen door verweerder niet is betwist, op dit moment leeft van een uitkering en binnenkort komt te overlijden omdat zij ongeneeslijk ziek is. Naar het oordeel van de rechtbank moeten de financiële gevolgen voor eiser als onaanvaardbaar worden aangemerkt gelet op de hoogte van het terugvorderingsbedrag en de jeugdige leeftijd van eiser. Dat voor eiser een betalingsregeling kan worden getroffen, neemt naar het oordeel van de rechtbank niet weg dat eisers verdere toekomst hierdoor onaanvaardbaar zal worden beïnvloed.”⁴⁷⁹

Interessant om te constateren is dat verwijtbaarheid en draagkracht een duidelijke rol spelen in het kader van de terugvordering over de band van de onaanvaardbare gevolgen, terwijl die onderwerpen ook aan de orde lijken te kunnen komen in het kader van de intrekking (zie onder 4.2). Dat zou betekenen dat er in feite een dubbele toetsing plaatsvindt van deze onderwerpen. Dat is niet te verenigen met de leer van formele rechtskracht. Het feit dat draagkracht en verwijtbaarheid zo duidelijk aan de orde komen in het kader van de daadwerkelijke terugvordering en daarbij ook een belangrijke rol kunnen spelen, pleit er mijns inziens daarom voor dat deze niet al aan de orde zouden moeten komen bij het intrekkingbesluit, maar uitsluitend bij het terugvorderingsbesluit. De intrekking is een reparatoire sanctie en de verwijtbaarheid van de overtreding is zoals eerder betoogd niet relevant voor het opleggen van die sanctie. De vraag kan ook nog gesteld worden in hoeverre de verwijtbaarheid en de draagkracht bij de effectuering van een sanctie wel nog een rol moet kunnen spelen. In dat kader verwijs ik naar mijn opmerkingen daarover in onderdeel 2.7 van dit proefschrift. In het verlengde daarvan meen ik dat het goed verdedigbaar is dat draagkracht en verwijtbaarheid wel aan de orde moeten kunnen komen bij de toetsing van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie.

4.4.3 Andere onaanvaardbare gevolgen

De restcategorie betreft gevallen waarbij een beroep wordt gedaan op andere onaanvaardbare gevolgen die niet (alleen) psychisch of financieel van aard zijn. Soms betreft het een combinatie van factoren zodat het niet goed mogelijk is om het binnen een van de categorieën te plaatsen. Het betreft enerzijds een categorie schrijnende gevallen en anderzijds een categorie waarin het handelen van de overheid laakbaar is volgens de rechter.

Doorgaans bevinden de ontvangers van een PGB zich reeds in een schrijnende situatie. Daarom is (bijvoorbeeld) iemands hoge leeftijd en zorgbehoevendheid in combinatie met geringe draagkracht onvoldoende om aan te nemen dat er onaanvaardbare gevolgen zijn. De CRvB doet dergelijke betogen (onder meer) af met – bij wijze van voorbeeld – een opmerking dat “[h]et pgb is hen nu juist verleend omdat zij zorgbehoevend zijn”⁴⁸⁰ dan wel dat de aangevoerde gronden betreffende appellantes:

*“leeftijd, gezondheid, de hoogte van de nog resterende vordering en haar geringe aflossingscapaciteit [...]niet zodanig bijzonder dat het Zorgkantoor bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid [mag terugvorderen].”*⁴⁸¹

Andere schrijnende niet te categoriseren situaties zijn gevallen waarin een PGB ontvanger is overleden en zijn administratie niet op orde had, zodat de erfgenamen niet kunnen aantonen dat er daadwerkelijk zorg was ingekocht met het PGB. Daarom omtrent overweegt de rechtbank Limburg:

*“Dat de budgethouder de PGB-administratie zelf regelde en vervolgens is overleden, is een omstandigheid die niet zelden voorkomt bij de verlening van PGB's in gevallen van ernstig zieke verzekerden en kan [daarom] niet tot een gegrondverklaring van het beroep leiden.”*⁴⁸²

De tweede categorie gevallen in deze restcategorie zijn casussen waarin de overheid verwijtbaar heeft gehandeld. In die gevallen neemt de bestuursrechter soms aan dat de terugvordering onevenredig te achten is. In een geval waarbij de overheid (i) op de hoogte was van het feit dat de aanvrager over zeer beperkte intellectuele capaciteiten beschikte, (ii) de aanvrager aanraadde om een bewindvoerder aan te nemen, (iii) wist dat de zorginstelling die de aanvrager wenste te contracteren werd onderzocht vanwege fraudevermoedens en (iv) desondanks een PGB verstreekte die bij die zorginstelling werd besteed, oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat op verweerder een zorgplicht rustte en dat:

⁴⁸⁰ CRvB 23 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3362.

⁴⁸¹ CRvB 12 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2933 en CRvB 23 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3362.

⁴⁸² Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6045.

“[h]et [...] op de weg van verweerder [had] gelegen om in ieder geval de vinger aan de pols te houden maar ook om tijdig te waarschuwen voor de mogelijke consequenties van het bij vooruit betalen voor de zorg. Voorts omvat de zorgplicht in deze gevallen ook dat verweerder vervolgens de verantwoording van deze zorg zorgvuldiger controleert dan nu is gebeurd. Dit had verweerder bij de belangenafweging moeten betrekken, hetgeen niet is gedaan. Gelet op het vorenstaande is het bestreden besluit in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 van de Awb genomen en dient dit besluit vernietigd te worden.”⁴⁸³

In een ander geval oordeelde de rechtbank Zwolle-Lelystad dat de terugvordering door verwijtbaar handelen van de verweerder onnodig was opgelopen dat het terugvorderingsbesluit daarom onevenredig moest worden geacht.

“3.5. Daar staat tegenover dat de deugdelijkheid van de administratie van verweerder ernstig te wensen overliet. Verweerder heeft fouten gemaakt die de onverschuldigde betaling hebben veroorzaakt en door gebrek aan effectieve controle is de hoogte van de terugvordering fors opgelopen. [...]”

3.6. Omdat verweerder ook enig verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de situatie die tot het bestreden besluit heeft geleid, acht de rechtbank het redelijk dat het ten onrechte uitbetaalde bedrag van eiser wordt teruggevorderd, wordt bepaald op 70% van het totaal verschuldigde bedrag. De rechtbank overweegt hierbij dat partijen beide evidente fouten hebben gemaakt, dat herhaalde fouten van verweerder aan het veroorzaken van de onjuiste subsidievaststellingen weliswaar de grootste bijdrage hebben geleverd, maar dat alleen eiser door die fouten gebaat is geweest.”⁴⁸⁴

Hieruit volgt dat verwijtbaar handelen door de overheid in dit kader een rol speelt, net zoals dat bij de bijzondere omstandigheid in het kader van de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang een rol kan spelen.

4.4.4 Criteria voor een onaanvaardbaar gevolg

Het voorgaand overziend meen ik dat de volgende criteria gelden voor beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van een onaanvaardbaar gevolg dat de overheid ertoe moet nopen om (gedeeltelijk) af te zien van terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie.

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de intrekkingbeschikking.

⁴⁸³ Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392.

⁴⁸⁴ Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

EN

2. Terugvordering van het gehele bedrag leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

4.5 Tussenconclusie

De terugvorderingsbeschikking behelst de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, het besluit tot intrekken van een verleende subsidie bij wijze van sanctie. De terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie heeft dan ook in de regel het karakter van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie, te weten: reparatoir. Een terugvorderingsbeschikking kan, net zoals het besluit tot intrekken van een subsidie evenwel een punitief karakter hebben indien er meer wordt teruggevorderd dan het bedrag waarop de subsidieontvanger onder normale omstandigheden recht op zou hebben gehad én hij die gelden al aan de gesubsidieerde activiteit heeft uitgegeven.

Tussen het intrekkingbesluit en de terugvorderingsbeschikking is een verdeling gemaakt van de onderwerpen die in het betreffende besluit aan de orde komen. In de praktijk blijkt dit doorgaans geen grote problemen op te leveren omdat de twee besluiten vaak gezamenlijk in één brief worden toegezonden. Als dat echter niet gebeurt en het intrekkingbesluit wordt onaantastbaar, dan is de bestuursrechter strikt en wordt de overtreder de formele rechtskracht van het intrekkingbesluit tegengeworpen.

De terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie is een discretionaire bevoegdheid. De keuze om terug te vorderen wordt marginaal getoetst aan de hand van artikel 3:4 Awb. Het is niet duidelijk welke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat moet worden afgezien van terugvordering. Dat is een knelpunt. Uit de rechtspraak ten aanzien van de terugvordering van PGB subsidies bij wijze van sanctie leid ik echter af dat slechts dan niet kan worden teruggevorderd als de terugvordering leidt tot onaanvaardbare psychische, financiële of andere gevolgen. Voor een onaanvaardbaar gevolg gelden volgens mij de volgende criteria:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de intrekkingbeschikking.

EN

2. Terugvordering van het gehele bedrag leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Deze criteria lijken mij in bredere zin ook toepasbaar bij andere subsidies dan de PGB.