

USZ 2008/99 CRvB, 30-01-2008, 06/2863 AWBZ, LJN BC4315

Intrekking en terugvordering persoonsgebonden budget, Strijd tussen hogere en lagere regelgeving, Onverbindendheid bepalingen lagere regelgeving

Aflevering	2008 afl. 5
Rubriek	Ziektekosten en voorzieningen
College	Centrale Raad van Beroep
Datum	30 januari 2008
Rolnummer	06/2863 AWBZ LJN BC4315
Rechter(s)	Mr. Male Mr. Berkel-Kikkert Mr. Stroink
Partijen	[Appellante], tegen de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 13 april 2006, nr. 05/4937 (hierna: aangevallen uitspraak), in het geding tussen: appellante, en het Zorgkantoor Nijmegen (hierna: Zorgkantoor).
Noot	<i>Van den Brink</i>
Trefwoorden	Intrekking en terugvordering persoonsgebonden budget, Strijd tussen hogere en lagere regelgeving, Onverbindendheid bepalingen lagere regelgeving
Regelgeving	Awb - 3:4; 4:46 lid 2; 4:57 Regeling subsidies AWBZ en Ziekenfondswet - 2.5.6.8 lid 1; 2.5.6.12 lid 5 en 7

» Samenvatting

Essentie: De in art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling vervatte verplichting voor het Zorgkantoor tot lagere vaststelling van het persoonsgebonden budget is in strijd met de in art. 4:46 lid 2 Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan om tot lagere vaststelling van een subsidie over te gaan. In zoverre is sprake van strijd tussen de Awb en de – lagere – Regeling zodat art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling in zoverre verbindende kracht mist.

Wegens strijd met art. 4:57 Awb mist art. 2.5.6.12 lid 7 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, eveneens verbindende kracht.

Samenvatting: Appellante heeft niet voldaan aan de bij de toekenning van het persoonsgebonden budget verbonden verplichtingen zodat het Zorgkantoor op grond van art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling in samenhang met art. 4:46 lid 2 onder b Awb bevoegd is om het aan appellante toegekende persoonsgebonden budget over 2004 lager vast te stellen.

Ingevolge art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling is het Zorgkantoor gehouden om bij de in die bepaling omschreven situaties het persoonsgebonden budget op een lager bedrag vast te stellen, terwijl in art. 4:46 lid 2 Awb in de daar genoemde gevallen aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid is 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 lid 5 Regeling, voor zover daarin is bepaald dat het Zorgkantoor gehouden is tot lagere subsidievaststelling, verbindende kracht.

Het Zorgkantoor is op grond van art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling gehouden om het onverschuldigd betaalde bedrag van appellante terug te vorderen dan wel te verrekenen met de aan haar verschuldigde bedragen. In art. 4:57 Awb is aan het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid tot terugvordering toegekend. Art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling is in zoverre in strijd met art. 4:57 Awb. Art. 2.5.6.12 lid 7 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, mist daarom verbindende kracht.

Het Zorgkantoor dient de discretionaire bevoegdheid om het persoonsgebonden budget lager vast te stellen en terug te vorderen dan wel te verrekenen uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en het ongeschreven recht, daaronder begrepen de in art. 3:4 neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

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 btwnummer 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 subsidie-ontvanger 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 soft-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 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 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

In de onderhavige uitspraak van de CRvB draait het om de vaststelling van het netto persoonsgebonden budget. Dit is een subsidie waarmee een verzekerde aan hem te verlenen zorg kan inkopen (zie art. 2.5.6.1 lid 1 onder f Regeling Subsidies AWBZ en ZFW (hierna: de Regeling)). Nu wat betreft deze subsidie is voldaan aan de elementen die zijn neergelegd in de subsidiedefinitie van art. 4:21 lid 1 Awb, is Titel 4.2 van de Awb, de zogenoemde subsidietitel, op de verstrekking van het netto persoonsgebonden budget van toepassing. Dit wordt bevestigd door de toelichting bij de Regeling (Stcrt. 2003, 45 p. 19 e.v.).

De verstrekking van subsidies geschiedt doorgaans in twee fasen. Allereerst wordt – in het algemeen voorafgaand aan de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten – de subsidie verleend (art. 4:29 Awb), vervolgens wordt de subsidie – in het algemeen indien de gesubsidieerde activiteiten zijn, althans hadden moeten zijn, verricht – vastgesteld. Indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, luidt de hoofdregel dat het bestuursorgaan de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vaststelt (art. 4:46 lid 1 Awb). Nu gaat er bij de subsidieontvanger nogal eens wat mis. Zo kan het gebeuren dat de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet of niet geheel hebben plaatsgevonden of dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen. In die gevallen kan de subsidie ingevolge art. 4:46 lid 2 onder a en b Awb lager worden vastgesteld.

Het woordje ‘kan’ duidt op een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan kan het lager vaststellen van de subsidie immers ook achterwege laten. Met andere woorden: het bestuursorgaan heeft ruimte om te beslissen hoe de in art. 4:46 lid 2 Awb, neergelegde bevoegdheid wordt gehanteerd. Er is derhalve sprake van beleidsvrijheid. Als eenmaal vaststaat dat sprake is van een geval waarin de subsidie lager kan worden vastgesteld, dient het bestuursorgaan zich af te vragen hoe deze bevoegdheid moet worden ingevuld. Daarbij dient het bestuursorgaan een belangenafweging te verrichten overeenkomstig het bepaalde in art. 3:4 lid 1 Awb.

De verstrekking van het netto persoonsgebonden budget op grond van de Regeling geschiedt conform de hierboven geschreven procedure. Zie voor de verlening art. 2.5.6.3 Regeling en voor de vaststelling art. 2.5.6.12.

In de zaak die bij de CRvB voorligt, stond vast dat de gesubsidieerde activiteiten, in casu de inkoop van zorg, deels niet waren verricht. Van het op grond van de AWBZ toegekende persoonsgebonden budget over de periode van 29 juni 2004 tot en met 31 december 2004 van € 11.000,68 was een bedrag van € 5.527,76 immers niet besteed. Appellante kon hier overigens weinig aan doen; zij wilde wel zorg inkopen maar door de trage afhandeling van de toekenning van het persoonsgebonden budget en de wachtlijsten in de zorg, lukte het haar in het jaar 2004 niet om het haar toegekende budget geheel te besteden. Het persoonsgebonden budget werd door het Zorgkantoor vervolgens vastgesteld op € 5.472,92 met toepassing van art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling. Van dit bedrag werd op grond van art. 2.5.6.7 lid 6 Regeling 10% overgeheveld naar het volgende kalenderjaar. Het resterende bedrag van € 4.427,69 werd door het Zorgkantoor met toepassing van art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling, verrekend met de in 2005 te betalen voorschotten.

Naast art. 2.5.6.12 lid 5 en 7 Regeling geldt echter ook de subsidietitel van de Awb, waaronder art. 4:46 en 4:57 Awb die op de subsidievaststelling en de terugvordering zien. Wat is nu de verhouding tussen de bepalingen van de Awb en de Regeling? De toelichting op de Regeling gaat er vanuit dat de subsidiebepalingen van de Awb van toepassing zijn, voor zover daarvan in de Regeling niet van wordt afgeweken. De CRvB denkt hier echter toch wat anders over!

De CRvB benadrukt dat er van de discretionaire bevoegdheid neergelegd in art. 4:46 lid 2 Awb niets overblijft door de regeling neergelegd in art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling. In laatstgenoemde bepaling staat – gelezen in verbinding met art. 2.5.6.8 lid 1 onderdeel a Regeling – immers 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 daarmee zorg is betaald en daarmee noodzakelijk verbonden kosten. Het zorgkantoor komt dus geen beleidsvrijheid toe bij lagere vaststellingen omdat de activiteiten niet zijn uitgevoerd dan wel niet aan de verplichtingen is voldaan, zodat van een belangenafweging geen sprake kan zijn. De minister (de Regeling is immers een ministeriële regeling) heeft de belangen reeds bij de opstelling van de Regeling afgewogen en is tot de conclusie gekomen dat het persoonsgebonden budget – afgezien van een klein vrij besteedbare deel – nooit hoger kan worden vastgesteld dan het bedrag dat daadwerkelijk aan zorg en daarmee noodzakelijke verbonden kosten is besteed. Volgens de CRvB is een dergelijke regeling niet toegestaan, nu deze bepaling in strijd komt met art. 4:46 lid 2 Awb. Art. 2.5.6.12 lid 5 Regeling mist, voor zover daarin is bepaald dat het Zorgkantoor verplicht is tot lagere subsidievaststelling, verbindende kracht. De CRvB vervolgt de uitspraak met de overweging dat het Zorgkantoor met betrekking tot de discretionaire bevoegdheid om de subsidie lager vast te stellen een belangenafweging had moeten verrichten. Nu van enige belangenafweging niet is gebleken, kan de beslissing op bezwaar voor zover daarin de vaststelling van het persoonsgebonden budget op € 5.472,76 is gehandhaafd geen stand houden. Daarmee komt ook de grondslag van de verrekening te vervallen, zodat het besluit, voor zover dat ziet op die verrekening, ook voor vernietiging in aanmerking komt.

Ten tweede overweegt de CRvB ten overvloede dat art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling eveneens in strijd is met de Awb, en wel met art. 4:57. Het laatstgenoemde artikel bevat de discretionaire bevoegdheid om onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten terug te vorderen. Art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling verplicht het Zorgkantoor echter daartoe. Met dezelfde redenering als ten aanzien van de subsidievaststelling, komt de CRvB tot het oordeel dat de Regeling in zoverre in strijd is met art. 4:57 Awb: ministeriële regelingen mogen niet in strijd komen met het algemene subsidierecht van de Awb. Daar waar de formele wetgever beleidsvrijheid toekent aan de subsidiënt kan deze beleidsvrijheid niet bij lager wettelijk voorschrift worden weggenomen. Ook art. 2.5.6.12 lid 7 Regeling mist derhalve verbindende kracht.

De uitspraak van de CRvB is opvallend te noemen, indien deze wordt afgezet tegen de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In de uitspraak van 28 juni 2006 (nr. 200505880/1, AB 2006, 326, m.nt. W. den Ouden) ging het om een subsidie voor de verbetering van particuliere huurwoningen die werd verstrekt door het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam. Eén van de subsidievoorwaarden was dat de eigenaar het onroerend goed dat was opgeknapt gedurende tien jaren na gereedkomen van de werkzaamheden niet onder bijzondere titel in eigendom mocht overdragen. Indien de eigenaar daartoe toch overging, diende hij dit terstond te melden aan het college van burgemeester en wethouders. De gemeentelijke verordening schreef dwingend voor dat indien niet aan deze meldplicht werd voldaan, ongeacht het aantal verstrekte jaren, 75% van de verstrekte bijdragen ineens zou worden teruggevorderd. Net als in de onderhavige uitspraak van de CRvB bleef van de discretionaire bevoegdheid neergelegd in art. 4:46 lid 2 Awb door deze regeling niets over. Over een mogelijke strijd van de gemeentelijke verordening op dit punt met art. 4:46 Awb wordt door de Afdeling echter met geen woord gerept. De Afdeling overweegt in de uitspraak eenvoudigweg dat nu niet aan de meldplicht was voldaan, de gemeentelijke verordening geen ruimte bood voor een terugvordering van 40%. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 30 augustus 2006 (nr. 200505580/1, AB 2007, 241, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden) blijkt dat de Afdeling principieel van oordeel is dat de in art. 4:46 lid 2 Awb neergelegde discretionaire bevoegdheid kan worden begrensd door de desbetreffende bijzondere subsidieregeling. Van een dergelijke begrenzing is volgens de Afdeling sprake indien in een dergelijke regeling is opgenomen dat het bestuursorgaan in de in art. 4:46 lid 2 de Awb vermelde gevallen verplicht is tot lagere vaststelling. In die gevallen is bij het nemen van het individuele besluit voor een belangenafweging geen plaats meer.

De Afdeling gaat er derhalve vanuit dat beleidsvrijheid gegeven in een wet in formele zin, bij ministeriële regeling kan worden ingevuld c.q. dichtgeregeld. De CRvB lijkt echter uit te gaan van de gedachte dat waar de regering en de Staten-Generaal hebben beoogd voor het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid te scheppen, met daaraan gekoppeld een belangenafweging, dit vervolgens niet door dit bestuursorgaan, in dit geval de minister, in een ministeriële regeling geheel ongedaan mag worden gemaakt. De consequentie daarvan is immers dat de degene op wie het besluit betrekking heeft verstoken blijft van een belangenafweging in zijn specifieke geval, hetgeen de Awb-wetgever niet heeft gewild!

J.E. van de Brink, Promovenda afdeling Staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden