

AB 2014/325



Aflevering	AB 2014, afl. 33
Publicatiedatum	13-09-2014
Rolnummer	AWB 13/47
Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven 26 mei 2014 (Mrs. R.R. Winter, S.C. Stuldreher, J. Borgesius)
Annotator	J.R. van Angeren
ECLI	ECLI:NL:CBB:2014:217
Wetsbepaling	Art. 11 Besluit innovatiesubsidie samenwerkingsprojecten; art. 4:57 Awb

Titel

EZ-subsidies, Besluit innovatiesubsidie samenwerkingsprojecten, terugvordering subsidie van penvoerder, geen bevoegdheid verweerder. Het geschil spitst zich in de eerste plaats toe op de vraag of verweerder appellanten wegens hun hoedanigheid van penvoerder terecht heeft verplicht tot terugbetaling van de in het kader van de verlening van subsidie voor het project aan de andere deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde voorschotten. Het College beantwoordt deze vraag ont...

Samenvatting

Het geschil spitst zich in de eerste plaats toe op de vraag of verweerder appellanten wegens hun hoedanigheid van penvoerder terecht heeft verplicht tot terugbetaling van de in het kader van de verlening van subsidie voor het project aan de andere deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde voorschotten. Het College beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.

Het College constateert (...) dat uit de tekst van art. 11 van het Besluit niet blijkt dat daarin aan verweerder de bevoegdheid is toegekend om de penvoerder van een samenwerkingsverband reeds op grond van die hoedanigheid te verplichten tot terugbetaling van de aan de deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde (voorschotten op de) subsidie.

Evenmin volgt uit het stelsel van bepalingen in het Besluit dat deze bevoegdheid daarin kennelijk ligt besloten.

Partijen

Uitspraak van de meervoudige kamer van 26 mei 2014 in de zaak tussen:

X. B.V., en Y. B.V., appellanten (gemachtigde: mr. R.M. Mussaeus),

en

de minister van Economische Zaken, verweerder (gemachtigde: mr. K. Klaver).

Tekst

Procesverloop

Appellanten hebben beroep ingesteld tegen een besluit van verweerder van 14 december 2012.

Verweerder heeft dit besluit gedeeltelijk, namelijk voor zover betrekking hebbend op een rekenfout, ingetrokken bij en voor wat betreft die gedeelten vervangen door een besluit van 1 februari 2013.

Bij het aldus gewijzigde besluit (bestreden besluit) heeft verweerder beslist op het bezwaarschrift van appellanten tegen een besluit van 29 mei 2012 en daarbij:

- de definitieve subsidie voor het project betreffende geprefabriceerde geïntegreerde elementen voor grootschalige LTV toepassing (het project) vastgesteld op € 228.253;
- het verschil tussen de reeds ontvangen voorschotbetalingen en het vastgestelde subsidiebedrag bepaald op € 55.488 en
- hiervan een bedrag van € 40.734 van appellanten teruggevorderd.

Bij brief van 19 februari 2013 hebben appellanten te kennen gegeven dat zij hun beroep willen handhaven.

Verweerder heeft een verweerschrift en de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend.

Op 14 april 2014 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij de gemachtigden van partijen hun standpunten hebben toegelicht.

Overwegingen

1.1 Het Besluit innovatiesubsidie samenwerkingsprojecten (Besluit) bepaalde, voor zover hier van belang en ten tijde hier in geding:

“Artikel 2

1. Onze Minister verstrekt op aanvraag een subsidie aan:

- a. de in Nederland gevestigde deelnemers in een samenwerkingsverband die voor gezamenlijke rekening en risico een project uitvoeren (...)

2. Indien de aanvragers deelnemers in een samenwerkingsverband zijn, wordt de subsidie verstrekt aan de in Nederland gevestigde deelnemers gezamenlijk en betaald aan de deelnemer die als indiener van de aanvraag om subsidie in de zin van dit besluit is opgetreden.

Artikel 9

1. Een aanvraag om subsidie wordt ingediend met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier, dat door Onze Minister wordt vastgesteld.

2. De aanvraag gaat vergezeld van een projectplan en een begroting voor het project alsmede van een overeenkomst, waarin de samenwerking tussen de deelnemers in het samenwerkingsverband dan wel de uitbesteding van activiteiten is geregeld alsmede van andere bescheiden, overeenkomstig hetgeen in het formulier is vermeld.

3. Indien de aanvraag een project betreft dat wordt uitgevoerd door een samenwerkingsverband, dient een in het samenwerkingsverband deelnemende ondernemer de aanvraag mede namens de andere deelnemers in, (...).

Artikel 11

1. Indien de aanvraag een project betreft dat wordt uitgevoerd door een samenwerkingsverband, waarop niet met toepassing van de artikelen 12 of 14 afwijzend wordt beslist, vermeldt de beschikking tot subsidieverlening een raming van de projectkosten per deelnemer in het samenwerkingsverband.

2. Elke deelnemer in het samenwerkingsverband is tot ten hoogste het naar rato van de voor hem geraamde projectkosten berekende bedrag aansprakelijk voor terugbetaling van de subsidie, voor zover de subsidie-ontvangers daartoe verplicht zijn.”

1.2 De Nota van Toelichting bij het Besluit (de Toelichting) vermeldt ten aanzien van artikel 11 van het Besluit het volgende:

“Artikel 11

Dit artikel regelt de aansprakelijkheid van deelnemers in een samenwerkingsverband in het kader van de subsidieverstrekking. Voor zover de deelnemers in een samenwerkingsverband verplicht zijn tot terugbetaling van de subsidie, zal daartoe in eerste instantie de penvoerder worden gevraagd daartoe actie te ondernemen. Voor de verdeling van de aansprakelijkheid is echter bepalend de geraamde kostenverdeling per deelnemer, zoals aangegeven in de beschikking tot

subsidieverlening. Het maximaal terug te betalen bedrag wordt berekend door het maximale subsidiebedrag te vermenigvuldigen met een breuk, waarvan de teller wordt gevormd door de voor de desbetreffende deelnemer in het samenwerkingsverband geraamde projectkosten en de noemer door het bedrag van de raming van de totale projectkosten. Deze bedragen worden bij de subsidieverlening vermeld."

2.1 Verweerder heeft bij besluit van 20 juli 2006 aan een samenwerkingsverband van Z. B.V. (Z.), TU Delft en A. B.V. (A.) subsidie verleend ten behoeve van het project. In dit besluit is vermeld dat de subsidie voor het samenwerkingsverband zal worden gestort op de bankrekening van Z.

2.2 In een besluit van 7 april 2009 over de betaling van een subsidievoorschot aan appellanten als (nieuwe) deelnemers aan het project heeft verweerder bevestigd dat appellanten per 1 januari 2008 het penvoerderschap voor het project hebben overgenomen van Z. en dat Z. geen deelnemer meer is in het project.

2.3 Bij besluit van 8 december 2009 heeft verweerder de definitieve subsidie voor Z. vastgesteld.

2.4 Bij besluit van 29 mei 2012 (het primaire besluit) heeft verweerder de definitieve subsidie voor appellanten en de overige projectdeelnemers vastgesteld op € 228.252. Verweerder heeft daarbij bepaald dat het verschil tussen de voorschotbetalingen en het vastgestelde subsidiebedrag ten bedrage van € 82.676 door appellanten in hun hoedanigheid van penvoerder van het project moest worden terugbetaald. De teveel betaalde subsidie aan de andere deelnemers dienden appellanten vervolgens zelf van hen terug te vorderen. Het van appellanten teruggevorderde bedrag is als volgt gespecificeerd: appellanten: € 11.705, TU Delft: € 7.525 en Z.: € 63.446. Appellanten hebben bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij besluit van 1 februari 2013 heeft verweerder dat bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard en het primaire besluit deels herroepen. Vervolgens heeft verweerder het besluit van 14 december 2012 gedeeltelijk ingetrokken, het bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard, de subsidie vastgesteld op € 228.252, het verschil tussen de voorschotbetalingen en het vastgestelde subsidiebedrag nader bepaald op € 55.488 en van appellanten een bedrag van € 40.734 teruggevorderd.

3.1 Verweerder heeft in het bestreden besluit, samengevat weergegeven, onder meer het volgende overwogen.

3.2 Het besluit van 8 december 2009 behelst een wijziging van het besluit tot subsidieverlening van 20 juli 2006, die berust op de uittrekking van Z. per 31 december 2007 uit het samenwerkingsverband voor het project. Vanwege deze uittrekking heeft verweerder met het besluit van 8 december 2009 met Z. afgerekend. Z. heeft daartoe een einddeclaratie ingediend en verweerder heeft de omvang van de subsidiabele activiteiten van Z. vastgesteld tot en met 31 december 2007. Daarin zijn de aan Z. uitbetaalde voorschotten die waren bestemd voor de andere deelnemers aan het samenwerkingsverband niet meegenomen.

3.3 Appellanten hebben de rol van Z. als penvoerder en deelnemer in het project per 1 januari 2008 overgenomen. Appellanten hebben hier in hun aanvraag van 15 januari 2009 om verzocht en verweerder heeft daarop bij besluit van 7 april 2009 positief beslist. Appellanten hebben tegen dit besluit geen rechtsmiddelen aangewend, waardoor het formele rechtskracht heeft verkregen. Daarmee staat vast dat appellanten de rechten en plichten van Z. als penvoerder en deelnemer aan het project hebben overgenomen per 1 januari 2008. Dit is ook bevestigd in de samenwerkingsovereenkomst die in februari 2009 is ondertekend door het nieuwe samenwerkingsverband, bestaande uit appellanten, A. en TU Delft. Dit betekent dat de activiteiten die aanvankelijk door Z. zouden worden uitgevoerd en de kosten die in verband hiermee door Z. zouden worden gemaakt en betaald in de periode na 31 december 2007, onder de verantwoordelijkheid van appellanten zijn gebracht. Gelet op artikel 17, eerste lid, van het Besluit lag het op de weg van appellanten om deze activiteiten binnen de gestelde projectperiode alsnog uit te voeren. Tevens zijn de destijds aan Z. uitbetaalde voorschotten, die waren bedoeld voor de andere deelnemers, aan te merken als betalingen die aan appellanten zijn gedaan. Het is derhalve niet zo dat appellanten slechts een coördinerende rol hebben in het project en niet kunnen worden aangesproken op het terugbetalen van verleende voorschotten. Indien een project in een samenwerkingsverband wordt uitgevoerd geldt dat op grond van artikel 2, tweede lid, van het Besluit, in samenhang gelezen met artikel 9, derde lid van het Besluit de penvoerder mede namens de andere deelnemers de aanvraag indient en dat alle deelnemers gelden als aanvrager en — indien de subsidie wordt verleend — subsidieontvanger. Artikel 11, tweede lid, van het Besluit bepaalt dat elke deelnemer in het samenwerkingsverband tot ten hoogste het naar rato van de voor hem geraamde projectkosten berekende bedrag aansprakelijk is voor terugbetaling van de subsidie, voor zover de subsidieontvangers daartoe verplicht zijn. In de Toelichting op artikel 11 van het Besluit is aangegeven dat voor zover de deelnemers in een samenwerkingsverband verplicht zijn tot terugbetaling van de subsidie, zoals hier het geval is, in eerste instantie de penvoerder zal worden gevraagd daartoe actie te ondernemen. Voor de verdere verdeling van de aansprakelijkheid is echter bepaald de geraamde kostenverdeling per deelnemer, zoals aangegeven in de beschikking tot subsidieverlening. Het voorgaande houdt, aldus verweerder, in dat in beginsel de penvoerder kan worden aangesproken op, en verantwoordelijk is voor, de terugbetaling van de onverschuldigd betaalde subsidie, maar dat op deze hoofdregel

uitzonderingen mogelijk zijn. Een uitzondering is aan de orde indien een voorschotbedrag aan een ander dan de penvoerder is overgemaakt.

3.4 Verweerder overweegt verder dat de subsidiebedragen in het primaire besluit van 29 mei 2012 niet correct zijn en niet zijn onderbouwd. Verweerder heeft op 20 november 2012 een overzicht aan appellanten verstrekt van de verleende voorschotten, de einddeclaraties van de deelnemers, de vastgestelde subsidie en het bedrag dat wordt teruggevorderd. Het totaal terug te vorderen bedrag bedraagt volgens dit overzicht € 55.488. Het overzicht is met appellanten besproken tijdens de hoorzitting op 21 november 2012 en appellanten hebben bevestigd dat dit juist is.

3.5 Van appellanten in hun hoedanigheid van deelnemer in het project wordt € 1.461 als onverschuldigd betaald voorschot teruggevorderd. Aan A. is een bedrag van € 46.503 onverschuldigd betaald. Nu op basis van de einddeclaratie van A. niet is vast te stellen aan welke activiteiten het rechtstreeks aan A. betaalde voorschot van € 75.165 is besteed, wordt een verdeling aangebracht in genoemd bedrag van € 46.503. Van dit bedrag dienen appellanten volgens een bepaalde verdeelsleutel € 31.749 terug te betalen en A. € 14.754. Verweerder heeft hiertoe de bij beschikkingen van 20 juli 2006 en 18 februari 2008 aan voormalig penvoerder Z. betaalde voorschotten aangemerkt als betalingen die aan appellanten als opvolgend penvoerder zijn gedaan, waardoor voor appellanten de verplichting bestond om de betreffende voorschotten aan A. over te maken. Verweerder onderschrijft niet de stelling van appellanten dat hij door het voorschot van € 75.165 direct aan A. over te maken de betalingsverplichting van Z. heeft overgenomen. TU Delft dient, via de penvoerder, € 7.524 terug te betalen. Het totaalbedrag dat appellanten dienen terug te betalen bedraagt derhalve € 40.734.

3.6 De kosten die appellanten hebben gemaakt om het project op een goede wijze af te ronden en de subsidie te kunnen vaststellen zijn buiten de projectperiode gelegen en zijn derhalve niet subsidiabel.

3.7 Ten slotte overweegt verweerder dat de vaststellingaanvragen voor A. en TU Delft buiten appellanten om zijn aangeleverd. Verweerder heeft hen hiertoe in de gelegenheid gesteld omdat door diverse omstandigheden bij appellanten de vaststellingsaanvraag niet tijdig kon worden aangeleverd. Verweerder heeft appellanten hiervan op de hoogte gebracht. Middels het overzicht van 20 november 2012 hebben appellanten inzage gekregen in de einddeclaraties van A. en TU Delft. Appellanten hebben dit overzicht niet betwist.

4.1 Appellanten voeren tegen het bestreden besluit primair aan dat zij als penvoerder niet kunnen worden aangesproken op en niet verantwoordelijk zijn voor de terugbetaling van de aan de andere deelnemers onverschuldigd betaalde voorschotten. Artikel 11 van het Besluit verplicht appellanten daar niet toe en ook uit de Toelichting bij dat artikel volgt niet dat deze verplichting bestaat. De opmerking in de Toelichting dat de penvoerder zal worden gevraagd actie te ondernemen is iets wezenlijk anders dan het bepalen dat appellanten moeten terugbetalen. Verweerder kan weliswaar in eerste instantie appellanten vragen om actie te ondernemen, maar had, bij uitblijven van het gewenste resultaat, in tweede instantie moeten beslissen dat de deelnemers ieder apart de door hen te veel ontvangen voorschotten dienen terug te betalen.

4.2 Gelet op het hierna overwogene in rubriek 5 van deze uitspraak behoeven de overige beroepsgronden van appellanten geen bespreking, zodat deze hier ook niet zullen worden weergegeven.

5.1 Het geschil spitst zich in de eerste plaats toe op de vraag of verweerder appellanten wegens hun hoedanigheid van penvoerder terecht heeft verplicht tot terugbetaling van de in het kader van de verlening van subsidie voor het project aan de andere deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde voorschotten. Het College beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.

5.2 Verweerder stelt dat hij zijn bevoegdheid om appellanten te verplichten de aan de andere deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde voorschotten terug te betalen uitsluitend ontleent aan artikel 11 van het Besluit en hetgeen in de Toelichting bij dit artikel is vermeld. Het College constateert echter dat uit de tekst van artikel 11 van het Besluit niet blijkt dat daarin aan verweerder de bevoegdheid is toegekend om de penvoerder van een samenwerkingsverband reeds op grond van die hoedanigheid te verplichten tot terugbetaling van de aan de deelnemers van het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde (voorschotten op de) subsidie. Naar het oordeel van het College kan verweerder louter aan de Toelichting niet een dergelijke, verstrekkende, bevoegdheid ontlenen. Overigens is de opmerking bij artikel 11 in de Toelichting dat, voor zover de deelnemers in een samenwerkingsverband verplicht zijn tot terugbetaling van de subsidie, in eerste instantie de penvoerder zal worden gevraagd daartoe actie te ondernemen, ook niet in zodanige bewoordingen gesteld dat daardoor duidelijk is dat de regelgever heeft beoogd deze bevoegdheid aan verweerder toe te kennen. Evenmin volgt uit het stelsel van bepalingen in het Besluit dat deze bevoegdheid daarin kennelijk ligt besloten.

5.3 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het primaire betoog van appellanten slaagt, dat het beroep gegrond is en dat het bestreden besluit wegens strijd met artikel 11 van het Besluit niet in stand kan blijven.

Het primaire besluit van 29 mei 2012 wordt herroepen, nu herstel van het geconstateerde gebrek niet mogelijk is. De overige beroepsgronden behoeven, gelet op het voorgaande, geen bespreking. Het College tekent daarbij aan dat voor zover de aangevallen terugvordering betrekking heeft op een bedrag dat van appellanten niet als penvoerder, maar als deelnemer in het project wordt terug gevorderd, te weten € 1461, appellanten daartegen bij het innemen van hun primaire stelling geen specifieke argumenten hebben ontvouwd, terwijl zij aan het slot van hun aanvullend beroepschrift, subsidiair, aan het College hebben verzocht te bepalen dat, voor zover hier van belang, appellanten € 1461 moeten terugbetalen.

Het College heeft daaruit afgeleid dat voormeld bedrag van € 1461 geen deel (meer) uit maakt van het tussen partijen bestaande geschil.

5.4 Verweerder zal worden veroordeeld in de door appellanten in verband met de behandeling van hun beroep gemaakte kosten van rechtsbijstand die op voet van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden vastgesteld op € 944, namelijk 1 punt voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen van de gemachtigde ter zitting bij het College, met een wegingsfactor van 1 en een waarde per punt van € 472.

Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- herroept het primaire besluit van 29 mei 2012;
- veroordeelt verweerder tot vergoeding van de door appellanten in verband met de behandeling van het beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 944;
- bepaalt dat verweerder aan appellanten het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 310 vergoedt.

Noot

1. Deze uitspraak is van belang omdat het CBb duidelijk oordeelt dat, behoudens uitdrukkelijke wettelijke grondslag, bij een penvoerder in een samenwerkingsverband geen subsidies kunnen worden teruggevorderd in verband met subsidieverplichtingen die andere partners in het samenwerkingsverband niet zijn nagekomen. Met andere woorden: zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag is de penvoerder niet verantwoordelijk voor het gedrag van haar partners.

2. Veel subsidieregelingen voorzien in een verplichte aanstelling van een penvoerder als de subsidie aan een samenwerkingsverband wordt verleend. Vaak wordt een penvoerder gedefinieerd als 'de door het samenwerkingsverband aangewezen penvoerende persoon of organisatie' (bijvoorbeeld artikel 1 van de Kaderwet EZ Subsidies, *Stb.* 2008, 499). De gedachte daarachter is dat de subsidieverstrekker alleen te maken heeft met de penvoerder en niet met de andere partijen in het samenwerkingsverband. Dit ter voorkoming van administratieve lasten. Hoe praktisch ook; het juridisch vormgeven ervan behoeft overdenking. Als een samenwerkingsverband subsidie aanvraagt zijn er grofweg vier mogelijkheden. De eerste is dat het samenwerkingsverband zelf een aparte rechtspersoon opricht. Dan wordt aan het begrip penvoerder niet toegekomen. De rechtspersoon vraagt subsidie aan en er is dus maar één aanvrager, te weten de rechtspersoon aan wie de subsidie wordt verleend. De tweede is dat het samenwerkingsverband berust op een overeenkomst tussen de partijen in het samenwerkingsverband waarbij alle partijen subsidie aanvragen voor het desbetreffende project. Dan zijn er zoveel aanvragers als er partijen zijn in het samenwerkingsverband. Dat wil de subsidieverstrekker het liefst voorkomen. Vandaar de derde mogelijkheid: het samenwerkingsverband moet een penvoerder aanwijzen die namens de partijen in het samenwerkingsverband het aanspreekpunt is voor de subsidieverstrekker. In dat geval zijn er strikt genomen nog steeds evenveel aanvragers als er partijen zijn (en strikt genomen evenveel besluiten op de aanvragen), maar is er één partij aan wie de besluiten worden gericht. De vierde mogelijkheid is dat de partijen in het samenwerkingsverband zelf één partij aanwijzen die de subsidie aanvraagt voor het project en vervolgens in de samenwerkingsovereenkomst regelen hoe het beschikbare bedrag te verdelen.

3. De hier aan de orde zijnde uitspraak betreft een subsidie verleend ingevolge het Besluit innovatiesubsidie samenwerkingsprojecten (hierna: het Besluit). Dat Besluit is overigens ingetrokken met ingang van 1 januari 2009 met de inwerkingtreding van het Kaderbesluit EZ-subsidies (*Stb.* 2008, 499) ('het Kaderbesluit'), maar ingevolge het overgangsrecht bleef het van toepassing op de onderhavige aanvraag omdat de subsidie voor de inwerkingtreding van het Kaderbesluit was verstrekt. De uitspraak van het CBb blijft overigens nog relevant omdat het met ingang van 1 januari 2009 inwerking getreden Kaderbesluit evenmin voorziet in een bevoegdheid tot terugvordering van teveel betaalde subsidiegelden aan de penvoerder. Ingevolge artikel 45 van het Kaderbesluit verstrekt de Minister, indien subsidieontvangers samenwerken in een samenwerkingsverband, de voorschotten via de penvoerder aan de subsidieontvanger, waarbij deze betaling geldt als betaling aan de subsidieontvanger. Uit de toelichting volgt dat hiermee bedoeld wordt dat de Minister bevrijdend heeft betaald aan alle deelnemers in het samenwerkingsverband, als hij aan de penvoerder heeft betaald. Omgekeerd betekent het op grond van de hier besproken uitspraak van het CBb niet dat de Minister van de penvoerder onverschuldigde bedragen kan terugvorderen, indien de Minister

teveel aan voorschotten heeft betaald aan de andere partijen.

4. Artikel 2 van het Besluit bepaalde dat de subsidie wordt verstrekt aan de in Nederland gevestigde deelnemers gezamenlijk en wordt betaald aan de deelnemer die als indiener van de aanvraag om subsidie is opgetreden. Helemaal duidelijk is dit niet: wordt er nu één verleningsbeschikking genomen voor alle deelnemers gezamenlijk? Of zijn er zoveel verleningsbeschikkingen als er partijen zijn in het samenwerkingsverband, waarbij het de bedoeling is dat elke deelnemer aansprakelijk is voor het geheel? In dit geval was de subsidie voor het project vastgesteld op € 228.253. Eerder was een hoger bedrag aan subsidie verleend aan het samenwerkingsverband van de drie partijen en waren voorschotten uitbetaald. Vervolgens oordeelde de Minister dat het verschil tussen de voorschotbetalingen en het vastgestelde subsidiebedrag (ongeveer € 40.000) door de penvoerder van het project moest worden terugbetaald. De teveel betaalde subsidie aan de andere deelnemers diende de penvoerder vervolgens maar zelf van hen terug te vorderen. Het CBb meent dat bij gebreke van een wettelijke grondslag dit niet van de penvoerder kan worden gevegd. De Minister had zich op artikel 11 van het Besluit beroepen, dat bepaalde dat elke deelnemer in het samenwerkingsverband tot ten hoogste het naar rato van de voor hem geraamde projectkosten berekende bedrag aansprakelijk is voor terugbetaling van de subsidie. Het CBb constateert — mijns inziens terecht — dat in die bepaling niet te lezen is dat de Minister bevoegd is om van de penvoerder het gehele bedrag terug te vorderen. Integendeel, uit artikel 11 volgt nu juist dat elke deelnemer in het samenwerkingsverband tot ten hoogste het naar rato van de voor hem geraamde projectkosten berekende bedrag aansprakelijk is voor terugbetaling van de subsidie, voor zover de subsidieontvangers daartoe verplicht zijn.

5. De opvatting van de minister zadelde de penvoerder op met het incassorisico ten aanzien van de overige deelnemers. Dat kan, zo oordeelt het CBb, niet de bedoeling zijn zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag. De minister had zich nog beroepen op de Nota van Toelichting bij artikel 11 van het Besluit. Daarin stond dat voor zover de deelnemers in een samenwerkingsverband verplicht zijn tot terugbetaling van de subsidie, in eerste instantie de penvoerder zal worden gevraagd daartoe actie te ondernemen. Los van de vraag of deze toelichting het standpunt van de Minister ondersteunde, het CBb oordeelt — mijns inziens wederom terecht — dat louter aan de toelichting niet een verstrekkende bevoegdheid tot terugvordering kan worden ontleend. In de visie van het CBb dient de subsidieverleningsbeschikking aan het samenwerkingsverband in feite te worden gezien als drie afzonderlijke subsidieverleningsbeschikkingen gericht tot de drie betrokken partijen. In een dergelijk geval moeten er dus ook drie vaststellingsbeschikkingen en drie beschikkingen tot terugvordering van de onverschuldigde bedragen worden genomen naar rato van het aandeel van de deelnemers in de samenwerking. Voor de subsidieverstrekker levert dit administratieve handelingen op, waardoor het effect van het penvoerderschap weer teniet wordt gedaan.

6. De wijze waarop in het onderhavige geval het penvoerderschap in de subsidieregeling is geregeld, komt ook voor in andere subsidieregelingen. Bijvoorbeeld de Regeling Onderwijs Netwerk Ondernemen van het Ministerie van OCW (*Stcrt.* 2009, 73). Artikel 7 bepaalt dat de subsidie wordt verstrekt aan de deelnemers gezamenlijk en betaald aan de deelnemer die bij de indiening van de aanvraag door de deelnemers gezamenlijk als penvoerder is aangewezen. In de Regeling worden ook eisen gesteld omtrent de rechtspersoonlijkheid van de penvoerder. De bijlage bij die regeling bevat zelfs een samenwerkingsovereenkomst, maar daarin is niets opgenomen over onderlinge aansprakelijkheid wegens niet nakoming van subsidieverplichtingen en/of onderlinge regresvorderingen bij terugvordering van subsidies. Ook wordt wel in subsidieregelingen voorzien in een verplichte machtiging van de overige partijen aan de penvoerder (b.v. Subsidieregeling Sterkte in innovaties (*Stcrt.* 2008, 246)).

7. Artikel 4.3, lid 3, van de Subsidieregeling Ministerie van Buitenlandse Zaken 2006 (*Stcrt.* 2005, 251) bevat een bepaling die inhoudt dat indien subsidie wordt verleend ten behoeve van activiteiten verricht in een alliantie, de subsidie uitsluitend kan worden verleend aan de penvoerder. Op de penvoerder rusten alle aan de subsidie verbonden verplichtingen, onverschillig welk van de partijen in de alliantie feitelijk is belast met de uitvoering van de daarop betrekking hebbende werkzaamheden. Met de bepaling dat de subsidie uitsluitend voor het gehele project wordt verleend aan de penvoerder is duidelijk dat er ook maar één subsidiebeschikking is, zodat de penvoerder goede afspraken moet maken met de andere partijen omtrent onderlinge regresregelingen e.d. De penvoerder is namelijk jegens de Minister aansprakelijk voor het gehele project. Dat ondervond Solarix, waarover de Afdeling oordeelde dat zij, als penvoerder, verantwoordelijk is voor het handelen van haar partner (ABRvS 2 oktober 2013, *AB* 2014/31, m.nt. M.A.M. Dieperink). Hoewel de Afdeling daarbij niet expliciet naar het bepaalde in de Subsidieregeling verwees, is het niet waarschijnlijk dat de Afdeling op een andere lijn zit dan de hier besproken uitspraak van het CBb. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat het terugvorderen van subsidiebedragen van een partij die geen subsidieontvanger is, geen rechtsgeldig terugvorderen inhoudt van een onverschuldigd betaald subsidiebedrag, als bedoeld in artikel 4:57, eerste lid, van de Awb (ABRvS 16 oktober 2013, *AB* 2013/394, m.nt. W. den Ouden).

8. De figuur van de penvoerder geeft overigens tot meer geschillen aanleiding. Zo rees de vraag of de brief van de subsidieverstrekker waarbij deze meedeelt dat het voorschot niet wordt uitbetaald aan de penvoerder, maar een andere deelnemer in het samenwerkingsverband, een besluit oplevert in de zin van artikel 1:3 Awb. Het CBb oordeelt van wel (CBb 27 april 2011, *AB* 2011/190, m.nt. F. Spijker en N. van Tamelen). De brief daarentegen waarbij wordt geconstateerd dat de andere partijen in het

samenwerkingsverband hun volmacht hebben ingetrokken en dus de desbetreffende penvoerder geen penvoerder meer is, is weer geen besluit (CBb 20 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:203 en ABRvS 09 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1241).

9. Deze uitspraak is mogelijk een aanleiding om eens wat fundamenteler na te denken over het begrip 'penvoerder'. Het is misschien niet zo gek om aan titel 4.2 Awb een artikel toe te voegen dat in subsidieverlening aan samenwerkingsverbanden voorziet. Een andere optie is om in subsidieregelingen de eis te stellen dat de samenwerkende partijen een rechtspersoon oprichten eventueel met de verplichting dat de samenwerkende partijen aanvullende garanties moeten verstrekken, om te voorkomen dat subsidiegelden aan 'plof-bv's' worden uitgekeerd. Voordeel van het opnemen van een bepaling in de Awb is dat niet bij elke subsidieregeling het wiel opnieuw hoeft te worden uitgevonden. Wel is het daarbij van belang om bij het formuleren van die bepaling een goed evenwicht te vinden tussen het belang van de subsidieverstrekker om niet teveel administratieve lasten te hebben en het belang van de ontvanger om niet met een groot incassorisico opgezadeld te zitten van de overige deelnemers in het samenwerkingsproject. Die incassorisico's moeten weer worden afgedekt, hetgeen mogelijk ten koste gaat van het bedrag dat voor de activiteiten is bedoeld.

J.R. van Angeren

Voetnoten

[*] Advocaat bij Stibbe.

copyright Kluwer

last update: 2014-09-03