

mogelijkheid gewezen. Nuon heeft echter van de geboden gelegenheid geen gebruik willen maken. De in dit verband door Nuon gegeven argumentatie, waarin onder meer wordt verwezen naar een vermeend gebrek aan financiële deskundigheid van haar gemachtigden die klaarblijkelijk niet door overleg met specialisten in die materie kan worden opgelost, acht het College onbegrijpelijk. Onder de gegeven omstandigheden en met inachtneming van de betrokken belangen, is de besluitvorming wel voldoende transparant of controleerbaar. Het komt er op neer dat Nuon, door volstrekt passief te blijven en niet in te gaan op de geboden mogelijkheid van een dataroomprocedure, zich er niet met succes er op kan beroepen dat zij in haar verdedigingsrechten is geschaad. Dat lijkt me alleszins juist.

5. In de rechtspraak (Rb. Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10082) en de literatuur (J.H. de Wildt, 'Een blik over de grenzen: Vertrouwelijkheid, data rooms en confidentiality rings', *Tijdschrift voor sanctierecht en Onderneming* 2017, p. 26–28) wordt gezocht naar mogelijkheden voor deze analoge toepassing van art. 8:32 Awb door een zogenoemde dataroomprocedure, zoals die hier door de ACM en het College aan Nuon zijn voorgehouden, of waarbij anderszins gemachtigden inzage worden verstrekt van stukken die vallen onder het bereik van art. 8:29 Awb. Dit zou bijvoorbeeld goed kunnen in boetezaken, omdat daarin het recht op een *fair trial* temeer speelt. Te denken valt aan de situatie waarin de tipgever geheim wordt gehouden of waarin een beroep op het gelijkheidsbeginsel is gedaan waarbij voor de eisende partij niet controleerbaar is of die gevallen waarin anders is beslist al dan niet vergelijkbaar zijn met die van eiser, omdat gegevens als concurrentiegevoelig zijn aangemerkt en waarvoor een beperkte kennisneming gerechtvaardigd is.

6. De wet is nogal zwart-wit. Er zijn op grond van art. 8:29 Awb gewichtige redenen voor beperkte kennisneming of niet. De laatstgenoemde bepaling ziet niet op de vraag of het stuk openbaar moet worden, dat wil zeggen voor iedereen toegankelijk, dus ook voor anderen dan procespartijen, maar om de vraag of er gewichtige redenen bestaan die zich tegen kennisneming van het stuk door alle partijen in het geding verzetten. Een stuk dat niet openbaar mag worden gemaakt op grond van art. 10 Wob moet onder omstandigheden wel worden verstrekt aan een procespartij. Ook mogelijke schadelijke gevolgen van openbaarmaking van informatie door een partij in de procedure na kennisneming van het stuk uit het procesdossier, vormen op zichzelf geen gewichtige redenen om die partij de kennisneming van de stukken te onthouden waarop hij op grond van de

Awb recht heeft (ABRvS 9 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:43 en ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, AB 2020/268, m.nt. P.J. Stolk). Ik kan me echter voorstellen dat wanneer het bestuursorgaan in een dergelijk geval waarin de rechter geen gewichtige redenen aanneemt, het stuk terugneemt en als alternatief aanbiedt dat de gemachtigde het stuk onder geheimhouding kan inzien, de rechter met dit aanbod rekening houdt bij de toepassing van art. 8:31 Awb (de rechter kan op grond van die bepaling immers uit het niet voldoen aan de verplichting stukken over te leggen de gevolgtrekkingen maken die hem geraden voorkomen). Wat ook kan is dat de rechter een en ander reeds meeneemt in zijn beslissing inzake beperkte kennisneming (vgl. Rb. Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10082). Wellicht is een wettelijke basis voor meer maatwerk door aanpassing van de art. 8:29 en/of art. 8:32 Awb te prefereren (zie ook E. Daalder, '25 jaar Awb: is het tijd voor een artikel 8:29 3.0?', *NTB* 2019/18, p. 199–202).

R. Stijnen

AB 2020/318

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

14 januari 2020, nr. 200.246.827_01

(Mrs. M.G.W.M. Stienissen, L.S. Frakes, G.J.S. Bouwens)

m.nt. M.H.A. Bakkum en D.K. Jongkind*

Art. 6:217 BW

ECLI:NL:GHSHE:2020:84

Samenwerking ten aanzien van een subsidieproject loopt spaak. Verzoek tot schadevergoeding niet toewijsbaar.

Het hof overweegt hieromtrent het volgende. Bij haar vordering op de subsidiaire grondslag gaat Pimbio ervan uit, zo begrijpt het hof, dat partijen in onderhandeling waren over een nieuwe (samenwerkings)overeenkomst, nadat hun samenwerking op basis van het oorspronkelijke IPC projectplan was geëindigd. Naar het oordeel van het hof is die vooronderstelling onjuist. Partijen hadden nu juist (op 30 mei 2017) besloten niet meer met elkaar samen te werken, met dien verstande dat, met het oog op het behoud van de toegekende subsidie, een aangepast projectplan aan RVO moest worden gepresenteerd, inhoudende dat partijen bij de verdere

* M.H.A. Bakkum is onderzoeks- en onderwijsmedewerker aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. D.K. Jongkind is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

voortgang van het project gescheiden zouden openen. Voor zover Pimbio bedoeld heeft te stellen dat partijen in onderhandeling waren over een vergoeding aan Pimbio wegens geleden en nog te lijden schade en dat Axxicon de onderhandelingen daarover niet had mogen afbreken, kan die stelling evenmin worden aanvaard. Uit de gang van zaken, zoals hiervoor onder 6.11.4 vermeld, moet worden geconcludeerd dat van onderhandelingen over een aan Pimbio toe te kennen schadevergoeding, geen sprake is geweest.

Arrest van 14 januari 2020 in de zaak van PimBio B.V., gevestigd te vestigingsplaats, appellante, hierna aan te duiden als Pimbio, advocaat: mr. A.A.H.M. van der Wijst te 's-Hertogenbosch, tegen

Axxicon Moulds vestigingsnaam B.V., gevestigd te vestigingsplaats, geïntimeerde, hierna aan te duiden als Axxicon, adv.: mr. R.H. Stam te Utrecht, als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 13 november 2018 in het hoger beroep van het door de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, onder zaaknummer 6503907 10 / 10659 gewezen vonnis van 3 mei 2018.

5 Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 13 november 2018 waarbij het hof een comparitie na aanbrengen heeft gelast;
- het proces-verbaal van comparitie van 10 januari 2019;
- de memorie van grieven met producties en eiswijziging;
- de memorie van antwoord;

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

6 De beoordeling

6.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

6.1.1. Pimbio is een biotech bedrijf. Het bedrijf ontwikkelt en produceert microfluidische producten en technologieën op de “organ-on-a-chip” markt, met als doel: het mogelijk maken van de aanmaak van levende weefsels en complete organen voor wetenschappelijk onderzoek, regeneratieve geneeskunde en industrie.

6.1.2. Axxicon is een bedrijf dat zich richt op de ontwikkeling, engineering, productie en verkoop van hoogwaardige matrijzen voor het spuitgieten

van kunststofproducten en het verspanen van precisieonderdelen.

6.1.3. De stichting Biotechnology Systems Platform (hierna: BSP) heeft tot doel: de bevordering van innovatie en samenwerking tussen bedrijven en kennisinstellingen die actief zijn in de biotech en de hightech.

Met het oog op deze doelstelling heeft BSP een omvangrijk project, genaamd Innovatie Prestatie Contracten (hierna: IPC) opgezet. Binnen het IPC-verband voeren ondernemingen collectieve innovatieprojecten uit, dit onder begeleiding van een penvoerder.

6.1.4. Pimbio en Axxicon melden zich in 2015 aan als deelnemers in IPC. Hun aanmelding betreft project C: “microfluidic 3D cell culture”. In het projectplan (productie 4 bij inleidende dagvaarding, pagina 15) is de doelstelling van dit (deel)project omschreven: Pimbio en Axxicon gaan gezamenlijk een ontwerp maken van een chip voor complexe weefselkweek in een organ-on-a-chip formaat, uitgaande van bestaande productieprocessen die verder ontwikkeld worden zodat hiermee massafabricage mogelijk wordt.

Als penvoerder (begeleider) van het project is de heer de penvoerder van Chematronics BV aangewezen.

6.1.5. Via de heer de penvoerder is door Pimbio en Axxicon voor hun (deel)project subsidie aangevraagd bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (hierna: RVO). Op deze subsidieaanvraag is toewijzend beslist: partijen hebben ieder een subsidie van € 25.000 toegewezen gekregen.

6.1.6. Met betrekking tot project C is in het hier bedoelde projectplan onder de kop “Planning en activiteiten” het volgende vermeld.

“De ontwikkeling en evaluatie van het nieuwe massafabricage proces duurt maximaal twee jaar (24 maanden) en zijn verdeeld in de volgende stappen:

- Ontwerpfase (januari 2016–mei 2016) Design en ontwerp van het prototype organ-on-a-chip. (...)

Pimbio zal een silicium chip insert definiëren die de beoogde scaffolds en kleine structuren mogelijk maakt. Axxicon zal dit vertalen naar een ontwerp voor de kunststof chip waarin deze insert past en te assembleren is. Daarnaast wordt door Pimbio de in- en uitvoer van vloeistoffen (microfluidica) gedefinieerd.

Resultaat: een weefsel specifieke chip design voor meerdere 2D en 3D weefseltypen.

- Onderzoek en ontwikkeling tbv experimenteel prototype (juni 2016–november 2016) Geschikt maken van ontwerp voor fabricage techniek voor het produceren van een werkende experimentele prototype microfluidische chip;

De processen om de componenten te maken worden onderzocht. Voor de kunststof chip wordt door Axxicon de maatvoering, reproduceerbaarheid en geometrie om de insert te kunnen plaatsen uitgewerkt. Pimbio gaat de insert chip maken die past binnen de kunststof chip.(...)

Resultaat:

- een fabricage techniek voor het produceren van een werkende experimentele prototype
- een eerste experimenteel prototype.
- Ontwikkeling commercieel prototype (december 2016 – september 2017)

Ontwikkeling en evaluatie van een massafabricage techniek voor het produceren van een werkend commerciële prototype; (...)

Resultaat: een fabricage techniek voor het produceren van een werkende commerciële prototype.

- Testen en evaluatie (oktober 2017–december 2017)

Interne evaluatie door partners gezamenlijk van fabricage technologie en prototypes. Tevens zullen externe laboratoria worden betrokken.”

6.1.7. Partijen zijn per 1 januari 2016 met de uitvoering van het project gestart. Pimbio heeft, ter uitvoering van haar aandeel in fase 1, op 25 mei 2016 een schets, genaamd “microfluid channels option 1” aan Axxicon ter beschikking gesteld (productie 8 bij inleidende dagvaarding).

6.1.8. Op 29 maart 2017 stuurt Pimbio (in de persoon van de heer medewerker van Pimbio) aan Axxicon (in de persoon van de heer de medewerker van Axxicon) een e-mail (productie 11 bij inleidende dagvaarding) met de volgende inhoud:

“Beste roepnaam van medewerker van Axxicon’

Hoe gaat het met jullie IPC project?

Het blijkt dat wij nog geen experimentele prototypen van de chip hebben maar wij moeten al commerciële prototypen ontwikkelen.

Hoe kan ik jullie helpen en hebben jullie nog iets van mijn kant nodig?

Graag hoor ik van jullie.”

De heer de medewerker van Axxicon van Axxicon stuurt per e-mail nog dezelfde dag een antwoord aan de heer medewerker van Pimbio van Pimbio (productie 12 bij inleidende dagvaarding) met de volgende inhoud:

“Hoi roepnaam van de medewerker van Pimbio,

De chips zijn gespuitsgiet.

We werken aan het bonding process.

Ben je morgenmiddag of vrijdagmiddag na 14.00 toevallig in de buurt van plaats?

Dit zodat je de samples kan zien en we de details nog eens door kunnen nemen.”

6.1.9. Naar aanleiding van de mailwisseling vindt op 30 maart 2017 een meeting plaats bij Axxicon waarbij de gespuitsgiete chips door Pimbio zijn beoordeeld.

6.1.10. Pimbio heeft zich na deze meeting op het standpunt gesteld dat Axxicon zich mogelijk heeft schuldig gemaakt aan inbreuk op haar octrooirecht. Via haar advocaat schrijft zij op 2 april 2017 Axxicon aan, teneinde hierover helderheid te krijgen (productie 13 bij inleidende dagvaarding).

6.1.11. Op 16 mei 2017 stuurt de heer medewerker van Pimbio van Pimbio aan de heer de medewerker van Axxicon van Axxicon een e-mail (productie 7 CvA) waarin de inhoud van een tussen hen op 15 mei 2017 gevoerd telefoongesprek wordt bevestigd. In dat gesprek heeft de heer [medewerker van Pimbio aangekondigd dat Pimbio zonder Axxicon verder wil gaan. De hier bedoelde e-mail houdt onder meer in:

“Verder heb ik aangegeven dat Pimbio in het IPC project verder wil gaan zonder nog activiteiten samen met Axxicon uit te voeren.

Ik heb dit eerder met de penvoerder besproken en deze gaf aan dat dit geen probleem was.

Ik heb de penvoerder als penvoerder gevraagd om de wijzigingen in het IPC projectplan en de begroting aan RVO door te geven en daar een goedkeuring van RVO voor te krijgen.

Jij hebt gevraagd wat de reden is dat Pimbio zonder Axxicon verder wil gaan in het IPC project.

Ik heb geantwoord dat:

- ik niet tevreden ben dat de chip die ik als onze IPC commerciële prototype heb gevraagd te maken nu als een commercieel product voor een van Axxicon klanten wordt gemaakt

- Pimbio meer dan 10% kosten aan de samenwerking heeft uitbesteed en het daarom nu is toegestaan om zonder verdere gezamenlijke activiteiten met Axxicon verder te gaan (aldus de penvoerder)

(...)

Vervolgens heb jij aangegeven dat Axxicon kosten heeft gemaakt om deze IPC subsidie te krijgen en kosten binnen het IPC project.

Ik heb het zo begrepen dat jij vindt dat Pimbio aansprakelijk zou zijn voor deze kosten. Ik heb aangegeven het daar niet mee eens te zijn.”

6.1.12. Pimbio en Axxicon hebben vervolgens op 30 mei 2017 een bespreking gehad met de penvoerder, de heer de penvoerder. In dit gesprek heeft Pimbio bevestigd dat zij zonder Axxicon verder wil gaan. Axxicon is hiermee akkoord gegaan, hetgeen betekent dat partijen gescheiden verder gaan werken aan het IPC project. Teneinde

de toegekende subsidie veilig te stellen is afgesproken dat de penvoerder een aangepast projectplan zal opstellen en aan RVO zal voorleggen.

6.1.13. De penvoerder zendt op 11 september 2017 een aangepast projectplan aan RVO (productie 12 bij CvA). In het aangepaste projectplan is uiteengezet dat Pimbio en Axxicon afzonderlijk van elkaar verder zullen werken aan het project.

6.1.14. Nadat RVO (via de penvoerder) nadere vragen aan partijen heeft gesteld en na de ontvangst van de antwoorden, gaat RVO op 17 januari 2018 akkoord met het voorgestelde gewijzigde projectplan (productie 18 bij CvA).

6.1.15. Pimbio heeft bij RVO bezwaar gemaakt tegen het voormelde besluit van RVO tot goedkeuring van het aangepaste projectplan, omdat voorbij is gegaan aan de voorwaarde die Pimbio had verbonden aan voortzetting van het project van haar kant, welke voorwaarde inhield: vergoeding door Axxicon van de extra kosten die Pimbio moet maken als gevolg van het feit dat partijen verder gescheiden zullen werken aan het project.

I. voor recht te verklaren dat Axxicon toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Pimbio uit de overeenkomst inzake het IPC (deel)project en derhalve de schade dient te vergoeden die Pimbio dientengevolge heeft geleden;

II. te ontbinden de tussen Axxicon en Pimbio tot stand gekomen overeenkomst wegens een toerekenbare tekortkoming van Axxicon;

III. Axxicon te veroordelen om aan Pimbio tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen:

- a. in verband met fase 2 van het IPC project: een bedrag van € 19.166,17 met wettelijke rente;
- b. in verband met fase 3 en 4: een bedrag aan schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met dien verstande dat Pimbio haar vordering beperkt tot een maximum van € 24.999;

IV. Axxicon te veroordelen in de proceskosten;

V. Axxicon te veroordelen in de nakosten.

6.3. Aan haar vorderingen in eerste aanleg legde Pimbio ten grondslag:

- a) het niet nakomen door Axxicon van haar verplichtingen uit fase 2 van het projectplan;
- b) de, al dan niet impliciete, instemming van Axxicon met de voorwaarden die Pimbio had gesteld aan de wijziging van het projectplan;
- c) de aanvullende en/of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

6.4. De kantonrechter heeft, bij vonnis waarvan beroep, de vorderingen van Pimbio afgewezen, na te hebben overwogen dat Pimbio haar stelling dat Axxicon is tekortgeschoten in haar verplichtingen uit fase 2 van het projectplan, niet aannemelijk had gemaakt.

De kantonrechter overwoog voorts dat Pimbio aan haar stelling dat Axxicon te laat was met haar prestatie, geen consequenties noch een vordering heeft verbonden.

De kantonrechter las verder in de stellingen van Pimbio dat zij haar vorderingen mede wenste te baseren op schending door Axxicon van een octrooi van Pimbio. De kantonrechter heeft zich in zoverre onbevoegd verklaard om over het geschil te oordelen.

6.5. Pimbio kan zich niet verenigen met het vonnis van de kantonrechter en heeft in hoger beroep vijf grieven tegen het vonnis aangevoerd. Tevens heeft zij in hoger beroep haar eis gewijzigd.

Pimbio vordert in hoger beroep dat het vonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd en dat het hof, opnieuw rechtdoende (verkort weergegeven):

1. voor recht zal verklaren dat Axxicon toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst met Pimbio, door te weigeren de schade te vergoeden voor fasen 2, 3 en 4, zoals weergegeven, onder meer, in de e-mails van Pimbio van 9 augustus 2017 en 18 oktober 2017;

2. Axxicon zal veroordelen om aan Pimbio als (schade)vergoeding te betalen:

- voor fase 2 het bedrag van € 19.166,17, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over het bedrag van € 18.150 vanaf 8 november 2017 tot de dag van volledige betaling;
- voor fase 3 en 4 het bedrag van € 44.085,41, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 9 april 2018, althans 19 maart 2019;

- althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 1 augustus 2018;

3. Axxicon zal veroordelen in de proceskosten van beide instanties, met wettelijke rente;

4. Axxicon zal veroordelen in de nakosten met wettelijke rente;

5. althans een zodanige beslissing zal nemen zoals het hof in goede justitie vermeent te behoren. Pimbio heeft niet alleen de inhoud van haar vorderingen gewijzigd, maar ook de grondslag ervan. In hoger beroep legt zij aan haar vorderingen (uitsluitend) het volgende ten grondslag:

primair: Axxicon is in het kader van de tweede overeenkomst tussen partijen (welke overeenkomst in de visie van Pimbio gesloten is na het besluit om de samenwerking in het kader van het IPC project te verbreken) verplicht om aan Pimbio alle extra kosten te vergoeden die zij als gevolg van de gescheiden voortzetting van het project moet maken, aan welke verplichting Axxicon niet heeft voldaan;

subsidiar: Axxicon is jegens Pimbio schadeloos in verband met het afbreken van de onderhandelingen over een tweede overeenkomst zoals hiervoor onder primair is bedoeld.

6.6. Tegen de voormelde eisenwijzigingen in hoger beroep is van de zijde van Axxicon geen bezwaar gemaakt. De wijzigingen zijn toelaatbaar. Het hof zal recht doen op basis van de in hoger beroep gewijzigde eis.

6.7. Axxicon heeft, ook in hoger beroep, gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vorderingen van Pimbio. Voor zover nodig zal hierna op dit verweer worden ingegaan.

6.8. De eerste twee grieven van Pimbio hebben betrekking op de feiten, zoals deze door de kantonrechter in diens vonnis waarvan beroep zijn vastgesteld. Bij die grieven heeft Pimbio geen belang. Het hof heeft immers hiervoor de tussen partijen vaststaande feiten — voor zover in hoger beroep van belang — opnieuw vastgesteld. Op de feiten die tussen partijen in geschil zijn zal het hof in het navolgende ingaan, doch uitsluitend voor zover dit voor de beoordeling van de vorderingen in hoger beroep van belang is.

6.9. Grief 4 van Pimbio is gegrond, in die zin dat in hoger beroep vaststaat dat octrooi-schending niet ten grondslag is gelegd aan de vorderingen van Pimbio.

6.10. De grieven 3 en 5 van Pimbio lenen zich voor gezamenlijke beoordeling. Zij hebben betrekking op de vraag of Axxicon al dan niet gehouden is tot betaling aan Pimbio van de door haar gevorderde bedragen.

6.11.1. Zoals vermeld legt Pimbio aan haar vorderingen primair ten grondslag dat Axxicon gehouden is de door Pimbio geleden en nog te lijden schade te vergoeden op grond van een tussen partijen gesloten “tweede overeenkomst”. Het hof begrijpt dat de tweede overeenkomst — in de visie van Pimbio — gesloten is na de beëindiging van de samenwerking van partijen in het IPC project en dat die tweede overeenkomst inhoudt:

- a) de beëindiging van de samenwerking in het IPC project;
- b) de afspraak dat partijen zelfstandig verder zullen gaan met het project, met dien verstande dat een gewijzigd projectplan aan RVO zal worden voorgelegd teneinde de verstrekte subsidie veilig te stellen;
- c) de verplichting van Axxicon om Pimbio volledig schadeloos te stellen voor de extra kosten die Pimbio moet maken als gevolg van de verbreking van de samenwerking van partijen.

6.11.2. Axxicon betwist de hiervoor onder a) en b) genoemde afspraken niet, met dien verstande dat zij zich op het standpunt stelt dat van een contractuele relatie tussen partijen geen sprake is. In de visie van Axxicon hebben partijen zich in

het kader van het IPC project verbonden jegens RVO, maar niet jegens elkaar.

In ieder geval betwist Axxicon dat zij gehouden zou zijn Pimbio schadeloos te stellen voor de extra kosten die Pimbio moet maken als gevolg van het verbreken van de samenwerking van partijen. Zij wijst erop dat zij nimmer heeft toegezegd dat zij aan Pimbio een schadevergoeding zal betalen. Integendeel: zij acht juist Pimbio schadeloos omdat het Pimbio is geweest die zich eenzijdig uit de samenwerking in het IPC project heeft teruggetrokken.

6.11.3. Het hof stelt vast dat door Pimbio niet is gesteld dat Axxicon expliciet akkoord is gegaan met betaling van schadevergoeding aan haar. Volgens Pimbio vloeit de gehoudenheid van Axxicon tot betaling van schadevergoeding voort uit het feit dat het aan Axxicon bekend was dat Pimbio aan de instemming met het gewijzigde projectplan na de beëindiging van de samenwerking tussen partijen, de voorwaarde had verbonden dat zij door Axxicon schadeloos gesteld zou worden. Volgens Pimbio is Axxicon vervolgens, door in te stemmen met het gewijzigde projectplan, stilzwijgend akkoord gegaan met betaling van schadevergoeding aan Pimbio.

6.11.4. Het hof overweegt hieromtrent het volgende. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217 BW). Aanvaarding van een aanbod kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Of van een stilzwijgende aanvaarding sprake is, hangt af van wat partijen uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid.

In dit verband acht het hof de volgende feiten en omstandigheden van belang:

- de beëindiging van de samenwerking van partijen in het IPC project is een initiatief van Pimbio geweest. Bij die beëindiging is door haar niet het voorbehoud gemaakt dat Axxicon haar de te maken extra kosten zou vergoeden. Integendeel: het was juist Axxicon die Pimbio aansprakelijk hield voor de schade als gevolg van de eenzijdige beëindiging van de samenwerking, zoals blijkt uit de hiervoor onder 6.11.1 geciteerde e-mail van 16 mei 2017;
- pas in een e-mail van 15 juli 2017, gericht aan de penvoerder, met kopie aan Axxicon (productie 27 bij MvG) noemt Pimbio een schadeloosstelling door Axxicon als mogelijke optie bij gescheiden voortzetting van het project;
- in de e-mail van 9 augustus 2017, gericht aan de penvoerder, met kopie aan Axxicon (productie 14 bij inleidende dagvaarding), deelt Pimbio mee dat zij, in het kader van de gewijzigde voortzet-

ting van het IPC project, van Axxicon een schadevergoeding van € 15.964 verlangt;

— in een e-mail van 18 september 2017, gericht aan de penvoerder, met een kopie aan Axxicon (productie 13 bij Cva) schrijft Pimbio:

“Wanneer ik niet uiterlijk volgende vrijdag 22 september om 15:00 bericht ontvang dat het gewijzigde projectplan akkoord is, dat ik uitstel heb om mijn werkzaamheden uit te voeren en dat Axxicon mijn schade vergoedt die het gevolg is van het niet nakomen van verplichtingen door Axxicon, dan verzoek ik je om op korte termijn een afspraak samen met RVO, Pimbio, Axxicon en BSP-platform te organiseren. Ik wil de situatie en alle vertragen samen bespreken om tot een werkende oplossing te kunnen komen.”

— op 18 oktober 2017 stuurt Pimbio aan Axxicon een e-mail (met kopie aan de penvoerder) ter zake van het gewijzigde projectplan (productie 15 bij inleidende dagvaarding) met de volgende inhoud (voor zover thans van belang):

“Ik kan akkoord gaan met deze tekst om te versturen naar RVO. Echter dit doet niets af aan hetgeen ik in eerdere correspondentie met jou/ de penvoerder heb aangegeven (zie mijn e-mail d.d. 9 augustus 2017 09:47). (...) Kortom, ik ga akkoord met verzending van deze tekst naar RVO maar behoud mij jegens Axxicon nadrukkelijk alle rechten voor. Waaronder het recht om vergoeding te vorderen van alle door mij geleden schade. Tenzij ik binnen 24 uur na verzending van deze email het bericht ontvang dat Axxicon bezwaar maakt tegen deze uitleg, zal ik de penvoerder laten weten dat de tekst naar RVO verzonden kan worden.”

— Op 19 oktober 2017 stuurt Pimbio een e-mail aan de penhouder, met kopie aan Axxicon (productie 16 bij Cva) met de volgende inhoud:

“Beste de penvoerder,

Axxicon heeft niet gereageerd op mijn email d.d. 18 oktober 2017 13:22 en dat betekent dat Axxicon is akkoord gegaan met haar aansprakelijk voor de door Pimbio geleden schade.

Ik verzoek de tekst met de antwoorden naar RVO sturen.”

— op 25 oktober 2017 stuurt Pimbio aan Axxicon een sommatie om een bedrag van € 15.000 aan schadevergoeding te betalen, onder voorbehoud van rechten ten aanzien van overige schade (productie 17 bij inleidende dagvaarding);

— op 27 oktober 2017 stuurt Axxicon aan Pimbio een e-mail (productie 18 bij inleidende dagvaarding) met als inhoud:

“Axxicon heeft een inspanningsverplichting binnen het IPC project en is deze nagekomen.

Je aansprakelijkheidsstelling is daarmee ongegrond.”

6.11.5. Naar het oordeel van het hof mocht Pimbio uit de voormelde gang van zaken redelijkerwijs niet afleiden dat Axxicon zich jegens haar heeft verbonden om haar schadeloos te stellen voor de extra kosten die Pimbio zou moeten maken in verband met de wijziging van het oorspronkelijke IPC projectplan.

6.11.6. Pimbio heeft aangeboden bewijs te leveren voor het bestaan van de tweede overeenkomst, maar dat aanbod wordt door het hof gepasseerd. Er zijn door Pimbio geen concrete feiten of omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden dan hiervoor is vermeld.

6.11.7. De conclusie is dat de vorderingen van Pimbio niet toewijsbaar zijn op de primaire grondslag.

6.12.1. Subsidiair stelt Pimbio zich op het standpunt dat Axxicon jegens haar schadeplichtig is wegens afgebroken onderhandelingen. Zij voert in dit verband aan dat het bij Axxicon bekend was dat Pimbio alleen maar aan het gewijzigde projectplan wilde en kon meewerken als zij de daarmee gemoeide extra kosten van Axxicon vergoed zou krijgen. Pas op 27 oktober 2017, dus ruim na het indienen van het gewijzigde projectplan bij RVO, heeft Axxicon aan haar kenbaar gemaakt dat zij die extra kosten niet wenste te vergoeden. Volgens Pimbio was Axxicon daartoe in dat stadium niet meer gerechtigd.

6.12.2. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

Bij haar vordering op de subsidiaire grondslag gaat Pimbio ervan uit, zo begrijpt het hof, dat partijen in onderhandeling waren over een nieuwe (samenwerkings)overeenkomst, nadat hun samenwerking op basis van het oorspronkelijke IPC projectplan was geëindigd. Naar het oordeel van het hof is die vooronderstelling onjuist. Partijen hadden nu juist (op 30 mei 2017) besloten niet meer met elkaar samen te werken, met dien verstande dat, met het oog op het behoud van de toegekende subsidie, een aangepast projectplan aan RVO moest worden gepresenteerd, inhoudende dat partijen bij de verdere voortgang van het project gescheiden zouden opereren.

6.12.3. Voor zover Pimbio bedoeld heeft te stellen dat partijen in onderhandeling waren over een vergoeding aan Pimbio wegens geleden en nog te lijden schade en dat Axxicon de onderhandelingen daarover niet had mogen afbreken, kan die stelling evenmin worden aanvaard. Uit de gang van zaken, zoals hiervoor onder 6.11.4 vermeld, moet worden geconcludeerd dat van onderhandelingen over een aan Pimbio toe te kennen schadevergoeding, geen sprake is geweest.

6.12.4. Met betrekking tot het bewijsaanbod van Pimbio met betrekking tot de subsidiaire grondslag van haar vorderingen geldt eveneens dat geen concrete feiten of omstandigheden te bewijzen zijn aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden dan hiervoor is vermeld. Om die reden wordt ook dit bewijsaanbod gepasseerd.

6.13. Pimbio heeft aan het slot van haar memorie van grieven nog te bewijzen aangeboden dat Axxicon haar verplichtingen uit fase 2 van het oorspronkelijke projectplan, niet is nagekomen. Dat bewijsaanbod acht het hof, gelet op de grondslag van de vorderingen van Pimbio in hoger beroep, onvoldoende relevant, zodat het wordt gepasseerd.

Voor het overige moet het bewijsaanbod aan het slot van de memorie van grieven als te vaag worden aangemerkt zodat het aanbod ook in zoverre wordt gepasseerd.

6.14. De eindconclusie is dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd, met wijziging van de gronden zoals in het voorgaande is vermeld. De gewijzigde vordering in hoger beroep moet worden afgewezen.

Pimbio dient, als de in het ongelijk gestelde partij, te worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

7 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep met wijziging van de gronden zoals in het voorgaande is vermeld;

wijst af de in hoger beroep gewijzigde vorderingen van Pimbio;

veroordeelt Pimbio in de kosten van het hoger beroep en begroot die kosten aan de zijde van Axxicon op € 1.978 voor verschotten en op € 3.918 voor salaris van de advocaat.

Noot

1. *Inleiding.* In de AB zijn al veel bestuursrechtelijke uitspraken geannoteerd over subsidiegeschillen waarbij een penvoerder is betrokken. Uit deze uitspraken blijkt regelmatig dat het opzetten van een geslaagde subsidiesamenwerking niet altijd even gemakkelijk is. Dat dit laatste ook regelmatig uit civielrechtelijke jurisprudentie blijkt, wordt geïllustreerd door het hier gepubliceerde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch. Voorts is dit arrest naar onze smaak een mooi voorbeeld van het feit dat bij het beslechten van geschillen die zich voordoen tussen samenwerkingspartners die gezamenlijk een gesubsidieerd project uitvoeren regelmatig zowel de bestuursrechter als de civiele rechter te pas komt. Na een

korte bespreking van de rol van samenwerking alsmede de figuur van de penvoerder in subsidierelaties (punt 2), wordt na een (beknopte) bespreking van zowel de bestuursrechtelijke jurisprudentie (punt 3) als de civielrechtelijke jurisprudentie (punt 4) ten aanzien van penvoedersgeschillen de hier gepubliceerde uitspraak behandeld (punt 5), gevolgd door een afronding (punt 6).

2. *Netwerkbestuur en de penvoerder in subsidierelaties.* In zowel bestuursrechtelijke als bestuurskundige literatuur wordt breed de notie gedragen dat bij het uitvoeren van publieke taken steeds vaker gebruik wordt gemaakt van 'netwerken', bestaande uit meerdere publieke en/of private actoren (zie onder meer: W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52 en L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: *25 jaar Awb, In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3–12). Netwerkbestuur wordt gezien als een manier om kennis en kunde tussen organisaties te bundelen en samenwerking te stimuleren. Deze trend zien wij ook terug in subsidieregelingen wanneer een bepaald subsidie-instrument openstaat voor (louter) 'samenwerkingsverbanden' (zie bijvoorbeeld artikel 3.5.17 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies). In dergelijke gevallen wordt vaak gekozen voor een juridische constructie waarbij alle subsidieaanvragers (de samenwerkingspartners) individueel subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb zijn, maar zij een zogenoemde 'penvoerder' moeten aanwijzen die als aanspreekpunt voor de subsidieverstrekker gaat fungeren (zie over de mogelijke vormgeving van de penvoerder in subsidierelaties verder CbB 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325, m.nt. J.R. van Angeren). Regelmatig wordt door het CbB bepaald dat subsidiebesluiten die relevant zijn voor alle in het samenwerkingsverband verenigde subsidieontvangers, enkel aan de penvoerder worden toegezonden (de loketfunctie). Voorts komt het voor dat de penvoerder subsidiegelden ten behoeve van het samenwerkingsverband in ontvangst neemt, en vervolgens de subsidie verdeelt tussen de samenwerkingspartners (de kassiersfunctie).

3. *Geschillen bij de bestuursrechter.* Uit de 'penvoedersjurisprudentie' van de bestuursrechter blijkt dat de civiele rechter regelmatig aanvullende rechtsbescherming zal (moeten) bieden. Bijvoorbeeld wanneer de penvoerder zijn loketfunctie verzaakt door subsidiebesluiten (om wat voor reden dan ook) niet naar de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband door te sturen. Dit heeft grote gevolgen voor deze subsidieontvangers wanneer zij het niet eens zijn met deze besluiten. Als zij

na het verstrijken van de bezwaartermijn bezwaar willen maken tegen het subsidiebesluit in kwestie, kunnen zij zich namelijk niet beroepen op een verschoonbare termijnoverschrijding (Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:85, AB 2016/318, m.nt. J.E. van den Brink). Zeker wanneer het om een lagere subsidievaststelling gaat, is het denkbaar dat de overige subsidieontvangers de penvoerder via civielrechtelijke weg aan zullen spreken voor de schade die voortvloeit uit het niet op kunnen komen tegen dit subsidiebesluit. Een tweede voorbeeld heeft betrekking op (het niet vervullen van) de kassiersfunctie van de penvoerder, in die zin dat de penvoerder de ontvangen subsidiegelden niet doorbetaalt aan de overige deelnemers van het samenwerkingsverband. Als de subsidieverstrekker vervolgens de subsidie intrekt of lager vaststelt, kan hij niet het gehele subsidiebedrag terugvorderen bij de penvoerder, maar moet (naar rato) worden teruggevorderd bij de deelnemers aan het samenwerkingsverband die tevens subsidieontvanger zijn (Cbb 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325, m.nt. J.R. van Angeren; Cbb 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146, AB 2016/56, m.nt. M.A.M. Dieperink). De overige deelnemers kunnen zich dus in een bestuursrechtelijke procedure niet tegen de terugvordering van de subsidiegelden verzetten door te betogen dat de penvoerder de voorschotten niet heeft doorbetaald (Cbb 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driessen). Ook in deze situatie kunnen de samenwerkingspartners van de penvoerder zich genoodzaakt zien om een civiele procedure te starten tegen de penvoerder, ditmaal om de subsidiegelden die bij hen door de subsidieverstrekker worden teruggevorderd ook daadwerkelijk van de penvoerder te verkrijgen.

4. *Geschillen bij de civiele rechter.* Een dergelijke civiele procedure is na bestudering van de 24 uitspraken die op rechtspraak.nl naar voren kwamen op de zoekterm 'penvoerder en subsidie' kansrijk. Zo oordeelt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in 2015 dat iedere deelnemer individueel een subsidierelatie onderhoudt met de subsidieverstrekker en dat derhalve een van de overige deelnemers "de subsidie op grond van de toepasselijke regelgeving toekomt" (Rb. Zeeland-West-Brabant 16 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6124). Interessant is de vraag of de penvoerder af kan zien van het doorbetalen van subsidiegelden aan een deelnemer die de gesubsidieerde activiteiten heeft verricht. De Rechtbank Gelderland komt eveneens in 2015 in dit kader tot het oordeel dat de ontvangen subsidiegelden "op grond van de overeenkomst *prompt* doorbetaald dienen te worden aan de subsidieontvanger". De penvoerder betoogde echter dat er een tweede overeenkomst was gesloten met afwijkende afspraken waardoor de subsidiegelden niet dienden te worden doorbetaald. Daarom gaf de

rechtbank in het (tussen)vonnis de penvoerder de bewijsopdracht om het bestaan van deze tweede overeenkomst te bewijzen (Rb. Gelderland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8357). Hiermee hield de rechtbank dus klaarblijkelijk de optie open dat er inderdaad een overeenkomst was gesloten met de afspraak dat de subsidiegelden niet hoefden te worden doorbetaald aan de samenwerkingspartner door de penvoerder, ongeacht het feit dat de betreffende samenwerkingspartner de gesubsidieerde activiteiten had verricht. Uit deze uitspraak blijkt dat de tekst van de gesloten samenwerkingsovereenkomst van groot belang is. Dat is niet verwonderlijk, maar uit het zoekresultaat blijkt wel dat veel over de tekst van de gesloten samenwerkingsovereenkomst wordt geprocedeerd. Ook staat regelmatig de vraag centraal of er een tweede samenwerkingsovereenkomst tot stand is gekomen, met daarin afwijkende afspraken.

5. *Casusschets.* Dit laatste speelt ook in het hier gepubliceerde arrest een rol. Pimbio B.V. (hierna: 'Pimbio') werkt(e) met Axxicon Moulds Eindhoven B.V. (hierna: 'Axxicon') samen in het kader van een subsidie-instrument van de Minister van EZK genaamd 'innovatieprestatiecontracten' (IPC) met, huiselijk gezegd, als oogmerk, het ontwikkelen van (ontwerpen ten aanzien van) innovatieve chips. Daarin worden zij ondersteund door de stichting Biotechnology Systems Platform (hierna: 'BSP'). Deze stichting heeft tot doel innovatie en samenwerking tussen bedrijven die actief zijn in de biotech en hightech te bevorderen (zie ook www.bsp-platform.nl). Deze stichting is – blijkens de website – een samenwerkingsverband tussen Mikrocentrum, Brainport Development en Chematronics. Deze laatste partij treedt op als begeleidend penvoerder in het samenwerkingsverband waar Pimbio en Axxicon deel van uitmaken. Over de concrete subsidieconstructie is de uitspraak summier. Wel is duidelijk dat het hier om een IPC-subsidie gaat (zie ook www.bsp-platform.nl/home/innovatiesubsidie-vanuit-bsp/), hetgeen betekent dat het gaat om een subsidie die uitsluitend aan (deelnemers van) samenwerkingsverbanden wordt verstrekt. Op grond van het huidige artikel 3.5.1 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies dient een dergelijk samenwerkingsverband te bestaan uit een IPC-penvoerder en ten minste tien en ten hoogste twintig niet met een andere IPC-deelnemer of de IPC-penvoerder in een groep verbonden MKB-ondernemers. Omdat de IPC-penvoerder namens de overige samenwerkingspartners subsidie aanvraagt, zijn er in dit geval evenveel aanvragers als partijen. Belangrijk is dat krachtens artikel 3.5.17 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies de IPC-penvoerder enkel subsidie ontvangt voor het uitvoeren van het

overkoepelend plan en de IPC-deelnemers subsidie ontvangen voor het uitvoeren van hun innovatieplan (zie hiertoe ook de NvT behorend bij *Stcrt.* 2014, 20679).

Via de penvoerder wordt in de onderhavige zaak subsidie aangevraagd, die wordt toegekend. De samenwerking tussen Pimbio en Axxicon begint spaak te lopen wanneer Pimbio zich op het standpunt stelt dat Axxicon zich mogelijk schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk op haar octrooirecht, en derhalve wenst het project eigenstandig te volbrengen. Om de subsidie zeker te stellen wordt via de penvoerder een aangepast projectplan ingediend bij de minister, die hiermee akkoord gaat. Het is opvallend dat — blijkens rechtsoverweging 6.1.15 van het arrest — Pimbio — een van de samenwerkingspartners — bezwaar maakt tegen dit besluit. Het arrest spreekt niet over de uitkomst van de bezwaarprocedure. Erg positief zal een en ander waarschijnlijk niet voor Pimbio hebben uitgepakt, want Pimbio vordert vervolgens bij de civiele rechter een vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden door de handelwijze van Axxicon. Pimbio stelt zich in hoger beroep (mede) op het standpunt dat er na de beëindiging van de samenwerking een tweede overeenkomst is gesloten waarin de verplichting tot schadevergoeding is vastgelegd. Pimbio betoogt dat Axxicon door in te stemmen met het gewijzigde projectplan stilzwijgend akkoord is gegaan met het schadeloosstellen van Pimbio als gevolg van de verbroken samenwerking.

Het hof oordeelt dat de aanvaarding van een aanbod teneinde een overeenkomst te sluiten als bedoeld in 6:217 BW uitdrukkelijk en stilzwijgend kan gebeuren, maar dat dit uit de door Pimbio verstrekte gegevens niet redelijkerwijs is af te leiden. De verzoeken tot schadevergoeding worden voorts afgewezen omdat het hof niet bewezen acht dat tussen partijen een nieuwe, tweede samenwerkingsovereenkomst was gesloten, dan wel dat men daarover in onderhandeling was. Hiermee is het geschil, behoudens een eventueel cassatieberoep, na het instellen van zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke rechtsmiddelen dan toch beslecht, zij het waarschijnlijk niet naar tevredenheid van Pimbio. Hiermee past het onderhavige arrest in de eerder door ons opgemerkte trend dat geschillen die zich voordoen tussen samenwerkingspartners die gezamenlijk een gesubsidieerd project uitvoeren waarbij een penvoerder is betrokken, regelmatig bij zowel de bestuursrechter als de civiele rechter terecht (kunnen) komen.

6. *Afronding.* De figuur van de penvoerder in subsidierelaties heeft al tot veel interessante uitspraken geleid. In deze noot hebben wij een aantal voorbeelden van zowel bestuursrechtelij-

ke als civielrechtelijke jurisprudentie gegeven. Hieruit concluderen wij allereerst dat de civiele rechter de gemaakte contractuele afspraken van groot belang acht, maar dat het opstellen van zo'n overeenkomst — rekening houdend met alle mogelijke toekomstige scenario's — kennelijk voor de samenwerkende partijen minder eenvoudig is dan het lijkt, zo laat ook het hier gepubliceerde arrest zien. Partijen zullen vooraf goed moeten inventariseren wat in de samenwerkingsovereenkomst moet worden neergelegd, rekening houdend met eventuele conflicten in de toekomst. Ten tweede concluderen wij dat het voor kan komen dat geschillen die zich voordoen binnen een samenwerkingsverband, waarbij de deelnemers gezamenlijk een gesubsidieerd project uitvoeren, zowel bij de bestuursrechter als de civiele rechter terecht kunnen komen. Dan kan het voorkomen dat subsidieontvangers meerdere procedures moeten doorlopen, met alle kosten en moeite van dien. Deze constatering deed ons denken aan de door Barkhuysen geconstateerde 'versnipperingsproblematiek' wanneer overheden gebruik maken van zowel besluiten als niet-besluiten om hun doelen te bereiken en daardoor soms zowel de bestuursrechter als de civiele rechter moet oordelen over ontstane geschillen (zie T. Barkhuysen, 'De Wet maatschappelijke ondersteuning als proeftuin voor integrale geschilbeslechting in het bestuursrecht', *NJB* 2020/489). Die versnippering zien we op het gebied van de netwerksubsidie ook vaak, zo is hiervoor geïllustreerd. Wij ondersteunen dus de oproep van Barkhuysen om de voorgestelde Wmo-regeling voor integrale geschilbeslechting in het sociaal domein (www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken), te beschouwen als een proeftuin voor een toekomstige regeling in de Awb. Want ook in het subsidierecht kunnen we integrale geschilbeslechting goed gebruiken! M.H.A. Bakkum en D.K. Jongkind