

De positie van de penvoerder in netwerksubsidies

NTB 2020/258

De figuur van de penvoerder in netwerksubsidies wint aan populariteit in subsidieland. Uit de jurisprudentie blijkt dat de verplichting tot het aanstellen van een penvoerder serieuze gevolgen kan hebben voor subsidieontvangers. In deze bijdrage wordt onderzocht hoe de figuur van de penvoerder zich verhoudt tot de uitgangspunten van het algemene subsidierecht van titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daartoe is een inventarisatie uitgevoerd van de geldende regelgeving, is de jurisprudentie geanalyseerd en zijn er interviews met praktijkjuristen gehouden.

1. Inleiding

Er is een ontwikkeling zichtbaar in de (Nederlandse) bestuurspraktijk waarbij steeds vaker private partijen worden betrokken bij het vormen, beïnvloeden en uitvoeren van publiek beleid en waarin 'samenwerking' centraal staat.² Deze trend zien wij ook bij het gebruik van nieuwe financieringsvormen door bestuursorganen om maatschappelijk wenselijke projecten te stimuleren of (mede) tot stand te brengen.³ Eén van die nieuwe vormen is het gebruik van de zogenoemde 'netwerksubsidie'. Dit is een subsidievorm waarbij aan de subsidieverstrekende en/of aan de subsidieontvangende kant meerdere partijen zijn betrokken; samenwerking is dus een belangrijk kenmerk van dit financieringsinstrument.⁴ In de praktijk krijgt de netwerksubsidie vaak vorm door een bepaald subsidie-instrument (enkel) open te stellen voor aanvragen van 'samenwerkingsverbanden', waarmee wordt gestimuleerd dat de gesubsidieerde activiteiten in een samenwerkingsverband zullen worden uitgevoerd. Het stimuleren van samenwerking is aantrekkelijk wanneer er voor het succesvol uitvoeren van een gesubsidieerd project specifieke expertise, slagkracht of draagvlak in de samenleving benodigd is die niet door één enkele partij kan worden geleverd. Wij zien de netwerksubsidie dan ook met name terug in subsidieregelingen die beogen innovaties tot stand te brengen waarvoor specifieke expertise is vereist.⁵ De toepassing van de netwerksubsidie is echter

breder dan het innovatiebeleid,⁶ op veel beleidsterreinen wordt inmiddels gewerkt met deze subsidievorm.

Het subsidiëren van samenwerkingsverbanden kan voor subsidieverstrekters een onoverzichtelijke situatie opleveren, aangezien er meerdere partijen zijn betrokken bij het gesubsidieerde project. Om te voorkomen dat aan iedere partij apart subsidiebesluiten moeten worden gericht, voorschotten en subsidiebedragen moeten worden uitgekeerd of teruggevorderd, controles moeten plaatsvinden en het bestuursorgaan moet bepalen 'wie wat doet', wordt in menige subsidieregeling bepaald dat er verplicht een zogenoemde 'penvoerder' moet worden aangewezen door het samenwerkingsverband. De penvoerder geldt als een vertegenwoordiger van het samenwerkingsverband richting het bestuursorgaan. Afhankelijk van de precieze taken die aan de penvoerder zijn toebedeeld, zijn er veel voordelen van het gebruik van deze figuur. Zo kunnen subsidiebesluiten, die relevant zijn voor alle deelnemers aan het samenwerkingsverband, enkel aan de penvoerder worden toegezonden. De penvoerder kan een kassiersfunctie krijgen toebedeeld, waardoor subsidiegelden ten behoeve van het gehele samenwerkingsverband uitsluitend aan de penvoerder worden toegekend of uitbetaald. Al met al kan het werken met een penvoerder de subsidieverstrekter veel uitvoeringslasten besparen.

Naast die voordelen van het gebruik van een penvoerder zijn er in de jurisprudentie ook voorbeelden te vinden die wijzen op mogelijke nadelen. Uit de rechtspraak blijkt dat dergelijke subsidierelaties niet steeds vlekkeloos verlopen en er specifieke, zogenoemde 'penvoedersgeschillen' kunnen ontstaan. Bijvoorbeeld wanneer de penvoerder subsidiegelden niet aan de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband doorbetaalt, maar om wat voor reden dan ook voor zichzelf houdt.⁷ Dit klemmt met name wanneer de penvoerder in kwestie failliet gaat; dan is er een grote kans dat de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband de voor hen bestemde subsidiebedragen niet meer kunnen incasseren bij de penvoerder.⁸ Jurisprudentie over dergelijke situaties is de afgelopen jaren aanleiding geweest voor kritische beschouwingen van verschillende annotatoren.⁹

1 D.K. Jongkind is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en doet onderzoek naar 'Netwerksubsidies'. M.H.A. Bakkum is onderwijs- en onderzoekmedewerker aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2 S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54; J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl: publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39, p. 2888-2897.

3 Zie hiervoor de routekaart financieren in netwerken waarbij diverse financieringsinstrumenten naast de netwerksubsidie worden uitgewerkt, <https://www.financierenninnetwerken.nl>.

4 Vgl. Cbb 12 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:457, AB 2019/31, m.nt. J.E. van den Brink & V.A. van Waarde. Zie voor meer informatie over deze constructie het onderdeel 'netwerksubsidies' van de routekaart www.financierenninnetwerken.nl.

5 Zie bijvoorbeeld de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

6 Zo bestaan er ook subsidieregelingen waarin samenwerking wordt gestimuleerd om krapte op de arbeidsmarkt tegen te gaan (Subsidieregeling deelakkoorden human capital Zuid-Holland) en subsidieregelingen die met het stimuleren van samenwerking tussen subsidieontvangers proberen bij te dragen aan het verbeteren van de woon- en leefomstandigheden van buurtbewoners (Subsidieregeling Opbouwwerk 2020-2023 gemeente Roosendaal).

7 Zie bijvoorbeeld Cbb 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driessen.

8 Zie bijvoorbeeld Cbb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244.

9 Zie bijvoorbeeld J.R. van Angeren, annotatie bij Cbb 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325; E.M.M.A. Driessen, annotatie bij Cbb 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106; R.E. Gouw, annotatie bij Cbb 12 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:23, AB 2017/317; J.E. van den Brink, annotatie bij Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:85, AB 2016/318.

Desondanks is de figuur van de penvoerder nog niet systematisch geanalyseerd in de juridische literatuur. Dat is de doelstelling van deze bijdrage. Wij zijn met name geïnteresseerd in de verhouding tussen de penvoerdersconstructie en het algemene subsidierecht van titel 4.2 van de Awb. De figuur van de penvoerder is niet geregeld in de Awb en past op het eerste gezicht ook niet goed bij de uitgangspunten van het subsidierecht van de Awb. De subsidietitel van de Awb gaat namelijk uit van een verticale subsidierelatie waarin sprake is van een enkele subsidieverstrekker en een enkele subsidieontvanger. Hoe past de netwerksubsidie met de figuur van de penvoerder in dat wettelijk systeem?

Om een antwoord op deze vraag te kunnen geven, is deze bijdrage als volgt ingedeeld. In paragraaf 2 introduceren wij de belangrijkste begrippen die vaak worden gebruikt bij de penvoerdersconstructie en bespreken wij hoe de figuur van de penvoerder doorgaans vorm krijgt in de bestaande subsidieregelgeving.¹⁰ In paragraaf 3 doen wij vervolgens verslag van de lijnen in de jurisprudentie over geschillen rond penvoerders. Zo kunnen de problemen die zich in de rechtspraktijk voordoen, worden geïllustreerd.¹¹ Daaropvolgend schetsen wij in paragraaf 4 een breder beeld van die praktijk op basis van een aantal interviews. In paragraaf 5 beoordelen wij, in het licht van de uitgangspunten van de subsidietitel van de Awb, of en hoe de figuur van de penvoerder past in het algemene subsidierecht van de Awb en welke knelpunten en oplossingsrichtingen kunnen worden gesignaleerd. Wij eindigen in paragraaf 6 met een afronding.

2. Nadere omlijning begrippen op basis van de regelgeving

2.1 Inleiding

De begrippen 'penvoerder' en 'netwerksubsidie' zijn nog geen gemeengoed in de bestuursrechtelijke literatuur. Met deze paragraaf willen wij de belangrijkste begrippen nader analyseren op basis van regelgeving waarin deze begrippen worden gebruikt. Wanneer wij zoeken op voornoemde termen op overheid.nl komen op centraal overheidsniveau 63 regelingen en op decentraal overheidsniveau 238 regelingen naar voren.¹² Bij deze zoekresultaten zat geen enkele wet in formele zin. De formele wetgever geeft aan de figuur van de penvoerder dus vooralsnog geen sturing. Ook in de Aanwijzingen voor subsidieverstreking zijn geen bepalingen te vinden die zien op samenwerking. In verschillende subsidieregelingen op lager niveau wordt de penvoerder op diverse wijzen vormgegeven. Om een goed beeld te krijgen hebben wij van alle regelingen bekeken wie voor het

subsidie-instrument in kwestie in aanmerking komt en hoe de rol van de penvoerder is genormeerd.

In deze paragraaf zullen wij de uitkomsten van deze analyse beschrijven. Daarbij nemen wij als vertrekpunt de onderverdeling die Van Angeren maakt tussen de wijzen waarop samenwerkingsverbanden in theorie subsidie kunnen aanvragen (2.2).¹³ Deze theorievorming zullen wij vervolgens toetsen aan de praktijk, door het bestuderen van alle ruim 300 subsidieregelingen. Daartoe wordt eerst ingegaan op het begrip samenwerkingsverband (2.3). Vervolgens besteden wij aandacht aan de partijen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband, namelijk de penvoerder (2.4) en de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband (2.5). Wij eindigen met een tussenconclusie (2.6).

2.2 Vertrekpunt samenwerkingsconstructies

Niet elk subsidie-instrument staat open voor iedere partij als potentiële aanvrager. Wanneer de positie van de penvoerder binnen *netwerksubsidies* wordt besproken, ligt daarin besloten dat sprake moet zijn van een *netwerk*. In veel subsidieregelingen wordt gesproken over 'samenwerkingsverbanden'. Van Angeren onderscheidt vier manieren waarop een samenwerkingsverband in theorie subsidie kan aanvragen:¹⁴

1. Het samenwerkingsverband richt een rechtspersoon op, die vervolgens subsidie aanvraagt. Er is in dit geval in juridische zin sprake van een verticale tweepartijenrelatie tussen deze rechtspersoon (de subsidieontvanger) en het financierende bestuursorgaan (de subsidieverstrekker). Er is dus in juridische zin één subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb, maar de gesubsidieerde activiteiten zullen feitelijk wel in een netwerk van partijen die deelnemen aan het samenwerkingsverband worden uitgevoerd.¹⁵
2. Alle partijen die zijn verenigd in een samenwerkingsverband en die samen aan een project willen werken, dienen allen individueel een subsidieaanvraag in. In deze variant zijn alle deelnemers aan het samenwerkingsverband aan te merken als subsidieontvanger. Zij onderhouden ieder zelfstandig een subsidierelatie in de zin van titel 4.2 Awb met de subsidieverstrekker.¹⁶
3. Soms dienen alle partijen die zijn verenigd in een samenwerkingsverband allen individueel een subsidieaanvraag in, met dien verstande dat op grond van de

10 Deze paragraaf is tot stand gekomen door het bestuderen van de huidige wet- en regelgeving.

11 Deze paragraaf is middels jurisprudentieonderzoek tot stand gekomen, waarbij als zoektermen 'subsidie' en 'penvoerder' via rechtspraak.nl zijn gehanteerd.

12 Anno februari 2020, zie <https://wetten.overheid.nl/zoeken/zoekresultaat/rs/2,3,4/titelf/1/tekst/penvoerder%20subsidie/tekstf/1/artnr/0/d/26-02-2020/dx/0/>; https://www.overheid.nl/zoekresultaat/5/1/10/lijs/tekst%5B0%5D%3Dpenvoerder%20subsidie%26geldend_op%5B0%5D%3Dnow%26sortBy%3Ddefault.

13 Cbb 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325, m.nt. J.R. van Angeren.

14 J.R. van Angeren, annotatie bij Cbb 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325.

15 Uit de interviews bleek overigens dat deze variant niet vaak in de praktijk voorkomt en in veel regelingen expliciet wordt uitgesloten. Dan is de subsidieverstrekker voor zover het het terugvorderen van onverschuldigd betaalde subsidiegelden betreft (bijvoorbeeld in het kader van faillissement), afhankelijk van maar één partij. Er is immers in deze situatie sprake van één subsidieontvanger; de rechtspersoon.

16 Wij zijn optie 2 niet tegengekomen in onze zoektocht. Dat is niet verwonderlijk nu er in deze situatie juist *niet* wordt gewerkt met een penvoerder. Optie 2 behelst een regulier subsidieproces, maar dan met meerdere partijen die voor hetzelfde project worden gesubsidieerd. Tijdens de interviews kwam ook naar voren dat deze variant voor subsidieverstrekkers niet aantrekkelijk is, omdat er veel administratiewerk moet worden verricht.

onderliggende subsidieregeling een penvoerder wordt aangewezen. Dat wordt gewerkt met een penvoerder doet niets af aan het feit dat alle deelnemers aan het samenwerkingsverband nog steeds individueel subsidieontvanger zijn. Ook in deze variant onderhoudt iedere deelnemer een subsidierelatie in de zin van titel 4.2 Awb met de subsidieverstrekker.

4. Het samenwerkingsverband kiest een van de deelnemers aan het samenwerkingsverband uit om de subsidie aan te vragen en partijen regelen vervolgens onderling een nadere verdeling van de subsidiegelden. Hierbij is dus in juridische zin sprake van een verticale tweepartijenrelatie tussen één deelnemer aan het samenwerkingsverband en de subsidieverstrekker.¹⁷

In variant 1 en 4 is er in juridische zin één subsidieontvanger en in variant 2 en 3 zijn dit er meer. Uit onze bestudering van de wettelijke regelingen is gebleken dat deze regelingen op één punt essentieel verschillen, namelijk het aantal subsidieontvangers. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij daarom een andere onderverdeling hanteren, namelijk de enkelvoudige en de meervoudige netwerksubsidie.¹⁸

Allereerst de enkelvoudige netwerksubsidie. Deze subsidie wordt verstrekt aan een enkele subsidieontvanger, met als oogmerk dat het gesubsidieerde project in samenwerking tussen meerdere (rechts)personen wordt verwezenlijkt. Bij de enkelvoudige netwerksubsidie is er een discrepantie tussen de feitelijke situatie en de juridische werkelijkheid. De overige deelnemers aan het samenwerkingsverband zijn namelijk zelf geen subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb, terwijl het wel de bedoeling is dat zij feitelijk subsidiegelden zullen ontvangen. Zij staan hiermee in juridische zin 'op afstand' van de publiekrechtelijke subsidierelatie, maar zullen wel feitelijk een bijdrage leveren aan het gesubsidieerde project. Een voorbeeld biedt het Besluit Subsidieprogramma Fonds Bestrijding Kinderarbeid 2018-2022.¹⁹ Deze subsidie staat enkel open voor 'samenwerkingsverbanden', waarmee wordt veiliggesteld dat het project door een netwerk wordt uitgevoerd.²⁰ In het kader van deze subsidie is het echter de penvoerder die namens het samenwerkingsverband de subsidie aanvraagt en "als zodanig volledig aanspreekbaar en verantwoordelijk jegens de minister voor de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten en de naleving van de aan de subsidieverlening verbonden verplichtingen".²¹

Dan de meervoudige netwerksubsidie. Deze subsidie wordt verstrekt aan meerdere partijen die ieder subsidieontvanger

in de zin van titel 4.2 Awb zijn, en gezamenlijk uitvoering zullen geven aan het gesubsidieerde project. Zoals eerder aangegeven wordt dan vaak een penvoerder aangesteld die als 'vertegenwoordiger' van alle subsidieontvangeende deelnemers optreedt richting de subsidieverstrekker. Een voorbeeld biedt de Subsidieregeling volwasseneneducatie 2018.²² Hierin is opgenomen dat subsidieaanvragers verenigd moeten zijn in een samenwerkingsverband van ten minste twee organisaties. Uit de subsidieregeling volgt dat het de penvoerder is die namens de organisaties die deelnemen aan het samenwerkingsverband de aanvraag indient en dat de penvoerder deel uitmaakt van het samenwerkingsverband.²³ In deze vormgeving gelden alle deelnemers aan het samenwerkingsverband als subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb. Deze juridische vormgeving van een netwerksubsidie, door ons aangeduid als 'meervoudige netwerksubsidie', sluit beter aan bij de feitelijke situatie, de praktijk. Daarin onderhouden de partijen die een bijdrage leveren aan het gesubsidieerde project ook individueel een publiekrechtelijke rechtsverhouding met het subsidieverstrekende bestuursorgaan.²⁴

Om wat meer kleur te geven bij de mogelijke juridische vormgevingen van netwerksubsidies zullen wij in de hieropvolgende subparagrafen een paar kernbegrippen toelichten die wij in bijna iedere subsidieregeling op voornoemde zoektermen zagen terugkomen.

2.3 Samenwerkingsverband

De definitie van het begrip 'samenwerkingsverband' loopt uiteen in de onderzochte subsidieregelingen. Wel zien wij in de definiëring van dit begrip twee elementen vaak terugkomen, bij zowel regelingen die zien op meervoudige als op enkelvoudige netwerksubsidies.

Ten eerste wordt in subsidieregelingen die spreken over samenwerkingsverbanden samenwerking regelmatig verplicht gesteld. Ook in dit opzicht kan de eerdergenoemde Subsidieregeling volwasseneneducatie 2018 als voorbeeld dienen.²⁵ Een ander voorbeeld biedt het Kaderbesluit natio-

17 J.R. van Angeren, annotatie bij CbB 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325.

18 Deze termen hebben wij zelf bedacht.

19 Besluit Subsidieprogramma Fonds Bestrijding Kinderarbeid 2018-2022, een subsidieprogramma dat Nederlandse ondernemingen wil ondersteunen in de aanpak van kinderarbeid.

20 Het samenwerkingsverband dient te bestaan uit ten minste een Nederlandse onderneming, een niet-gouvernementele organisatie (ngo) en een buitenlandse onderneming.

21 Artikel 3 Besluit Subsidieprogramma Fonds Bestrijding Kinderarbeid 2018-2022.

22 Subsidieregeling non-formele educatie en innovatieve projecten volwasseneneducatie Stedendriehoek en Noord Veluwe 2018. Deze regeling strekt tot het ondersteunen van volwassenen die moeite hebben met taal, rekenen en/of digitale vaardigheden.

23 Zie artikel 2.3, vierde lid van de subsidieregeling. De aanvragers zijn veelal ANBI-instellingen die aanbieders ondersteunen in activiteiten gericht op de doelen uit het beleidsplan. Voor deze subsidie zijn alle partijen individueel subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb.

24 Zie kritisch over een enkelvoudige netwerksubsidie een rapport van de Nationale ombudsman: *Buitenspel gezet? Een onderzoek naar de spaak gelopen uitvoering van een subsidieprogramma*, 2017/031. De Nationale ombudsman adviseert in het rapport dat in die situatie de minister in het vervolg rekening dient te houden met de belangen van samenwerkingspartners 'op afstand' wanneer zich complicaties voordoen binnen een gesubsidieerd project.

25 Om voor subsidie in aanmerking te komen, moet sprake zijn van een samenwerkingsverband, waarbij dit laatste begrip is gedefinieerd als "samenwerking tussen twee of meer partijen, waarbij in ieder geval de samenwerking tot stand komt tussen formeel en non-formeel onderwijs", zie de begrippenlijst van de subsidieregeling.

nale EZ-subsidies.²⁶ Wanneer in een regeling samenwerking verplicht wordt gesteld zullen wij hierna spreken over een ‘samenwerkingseis’. Dat een dergelijke ‘samenwerkingseis’ wordt opgenomen verbaast niet wanneer wordt gekeken naar een veel voorkomend doel van dergelijke subsidie-instrumenten: het tot stand brengen van innovaties waarbij kennis en kunde tussen organisaties wordt gedeeld en gebundeld.²⁷

Een tweede element dat regelmatig terugkomt in de wettelijke regelingen is de eis dat een samenwerkingsovereenkomst moet zijn gesloten tussen de deelnemers aan het samenwerkingsverband. Daarin moeten afspraken worden neergelegd over de nadere invulling van de samenwerking.²⁸ Wat precies wordt vereist ten aanzien van samenwerkingsovereenkomsten verschilt per regeling. Opvallend is dat in subsidieregelingen op centraal niveau een samenwerkingsovereenkomst vaak verplicht wordt gesteld. Dit komt vooral voor binnen het subsidie-instrumentarium van het ministerie van Buitenlandse Zaken (BZ).²⁹ Bij decentrale subsidieregelingen is dit minder het geval.³⁰

2.4 Penvoerder

In deze paragraaf bespreken wij de taken van de penvoerder als respectievelijk medesubsidieontvanger (de meervoudige variant) en als enige subsidieontvanger (de enkelvoudige variant).³¹

Ook de definitie van het begrip ‘penvoerder’ loopt uiteen in de bestudeerde subsidieregelingen. In het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies wordt de penvoerder gedefinieerd als: “de door het samenwerkingsverband aangewezen penvoerende persoon of organisatie die deelneemt aan het samenwerkingsverband”. Opvallend is dat in een aantal subsidieregelingen op decentraal niveau die zien op andere beleidsterreinen exact dezelfde definitie wordt gehanteerd als in het Kaderbesluit.³² Wanneer deze definitie wordt gehanteerd, is het samenwerkingsverband in kwestie vrij om uit zijn midden de penvoerder te kiezen. Soms wordt echter ook bepaald dat enkel één bepaalde partij de rol van penvoerder mag vervullen. Wij zien bijvoorbeeld meermaals terugkomen dat de penvoerder een rechtspersoon zonder winstoogmerk dient te zijn, die volgens haar statuten tot doel heeft de belangen van ondernemingen te behartigen en hier blijkens haar feitelijk handelen ook aantoonbaar minimaal één jaar ervaring mee heeft.³³ Interessant is verder dat soms hele specifieke eisen aan de vormgeving van de penvoedersconstructie worden gesteld, zoals het vereiste dat de penvoerder minimaal drie werknemers heeft en de gemiddelde jaaromzet over de laatste drie kalenderjaren voorafgaand aan het jaar waarin de aanvraag wordt ingediend, ten minste € 200.000 bedraagt.³⁴

Daarnaast kunnen uit de geanalyseerde regelingen drie taken van de penvoerder worden afgeleid.

Ten eerste wordt doorgaans opgenomen dat de penvoerder namens de deelnemers aan het samenwerkingsverband de subsidieaanvragen indient. De penvoerder dient ook dikwijls te fungeren als contactpersoon van de subsidieverstrekker, in welk kader wij ook wijzen op artikelen 29 en 51 van het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies.³⁵ Hiermee is getracht te bereiken dat bij het verstrekken van subsidie aan deelnemers aan een samenwerkingsverband er maar één aanspreekpunt is voor de subsidieverstrekker.³⁶ In veel regelingen zijn wij tegengekomen dat subsidiebesluiten die relevant zijn voor het gehele samenwerkingsverband, (uitsluitend) aan de penvoerder worden toegezonden. Dit noemen wij de ‘loketfunctie’ van de penvoerder. In subsidieregelingen wordt dit geregeld door de eis op te nemen dat de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband de penvoerder moeten machtigen om namens hen het contact met de subsidieverstrekker te onderhouden. In

26 Hierin wordt het begrip samenwerkingsverband gedefinieerd als “een geen rechtspersoonlijkheid bezittend verband, bestaande uit ten minste twee niet in een groep verbonden deelnemers, dat is opgericht ten behoeve van de uitvoering van activiteiten, niet zijnde een vennootschap”, zie artikel 1 Kaderbesluit nationale EZ-subsidies.

27 Zie bijvoorbeeld: Subsidieregeling MKB innovatiestimulering topsectoren Zuid-Holland, Subsidieregeling sterk techniekonderwijs 2020-2023; Uitvoeringsregeling POP-3 Zuid-Holland, paragraaf 2.7 inzake ‘Samenwerken voor innovaties’. Zie over samenwerking en innovatiebeleid verder: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Naar een lerende economie. Investeren in het verdienvermogen van Nederland*, Den Haag 2013, par. 7.3.4.

28 Zie bijvoorbeeld Subsidieregeling Ambulant Jongerenwerk 2020-2023; Subsidieregeling Armoede 2020-2021; Subsidieregeling Cultuureducatie en Cultuurparticipatie 2020-2023; Subsidieregeling Gezonde Leefstijl 2020-2023. RVO hanteert een standaard format waarin allerlei afspraken kunnen worden geregeld over bijvoorbeeld de verdeling van subsidie, het opstellen van een machtiging en afspraken over aansprakelijkheidsrisico's: <https://www.rvo.nl/file/samenwerkingsovereenkomst-voorbeelddoc>.

29 Zie bijvoorbeeld Besluit vaststelling beleidsregels en subsidieplafond voor subsidiëring op grond [...] ministerie van Buitenlandse Zaken 2006 (Matra 2017-2020); Besluit vaststelling beleidsregels en subsidieplafond Subsidieregeling ministerie van Buitenlandse Zaken 2006 (Peace and Security 4 All); Besluit vaststelling beleidsregels en subsidieplafond Subsidieregeling ministerie [...] Zaken 2006 (Addressing Root Causes Fund 2016-2021).

30 Uit de interviews blijkt dat ook wanneer het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst niet in de subsidieregeling verplicht wordt gesteld, dit in de praktijk alsnog zo goed als altijd gebeurt.

31 Zie verder voor dit onderscheid ook M.A.M. Dieperink: “In het subsidie-recht wordt de hoedanigheid van de penvoerder onderscheiden van die van de subsidieontvangers, ingeval een gesubsidieerd project wordt uitgevoerd door een samenwerkingsverband. De penvoerder is dan de gemachtigde van de individuele subsidieontvangers, verenigd in het samenwerkingsverband. Eén deelnemer aan het samenwerkingsverband is meestal zowel subsidieontvanger als penvoerder. Het samenwerkingsverband zelf is geen subsidieontvanger.” Zij benoemt daarbij twee hoedanigheden van de penvoerder als subsidieontvanger: de penvoerder als enige subsidieontvanger en de penvoerder als medesubsidieontvanger. Zie hiervoor de annotatie bij CBB 20 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:203, AB 2014/430.

32 Zie bijvoorbeeld de volgende regelingen van de gemeente Roosendaal: Subsidieregeling Ambulant Jongerenwerk 2020-2023; Subsidieregeling Armoede 2020-2021; Subsidieregeling Cultuureducatie en Cultuurparticipatie 2020-2023; Subsidieregeling Gezonde Leefstijl 2020-2023; Subsidieregeling Vrijwillige ondersteuning en dienstverlening 2020-2021; Subsidieregeling Vrijwilligersondersteuning 2020-2023. Een mooi voorbeeld van een gemeente waarbinnen eenduidige terminologie wordt gehanteerd.

33 Zie par. 3.5 Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

34 Fonds European Partnership for Responsible Minerals 2020.

35 Artikel 29 van het Kaderbesluit bepaalt dat de verleningsbeschikking enkel naar de penvoerder wordt verstuurd. In artikel 51 van datzelfde besluit wordt bepaald dat de penvoerder de aanvraag tot subsidievaststelling indient.

36 Stb. 2008, 499.

de praktijk betekent dit onder meer dat subsidiebesluiten die (mede) betrekking hebben op de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband, uitsluitend worden toegestuurd aan de daartoe gemachtigde penvoerder.³⁷

Ook neemt de penvoerder vaak (als enige) betalingen in ontvangst ten behoeve van het samenwerkingsverband, waarna de subsidiegelden moeten worden doorbetaald aan de individuele partners. Dit noemen wij de 'kassiersfunctie' van de penvoerder. Soms blijkt uit een subsidieregeling dat de regelgever een specifieke rol voor de penvoerder in gedachten had. Zo spreken sommige subsidieregelingen expliciet over de penvoerder als 'projectleider'.³⁸ Ook wordt in dit kader wel eens in een subsidieregeling iets opgenomen over 'coördinatiekosten' van de penvoerder. Dan wordt de penvoerder een (klein) bedrag aan extra subsidie verstrekt om uitvoering te kunnen geven aan zijn leidersrol binnen het samenwerkingsverband.³⁹

Afsluitend is het bij meervoudige netwerksubsidies mogelijk om aan de verleningsbeschikking de verplichting te verbinden tot actieve samenwerking en communicatie binnen het samenwerkingsverband. Wanneer een dergelijke verplichting wordt opgelegd, mag volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) meer van de penvoerder worden verwacht dan van de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband.⁴⁰

Bij de meervoudige netwerksubsidie zal de subsidieverstrekker bij het opstellen van de subsidieregeling in overweging moeten nemen welke functies aan de penvoerder worden toebedeeld. Bij de enkelvoudige netwerksubsidie is het takenpakket van penvoerders eenvoudiger. In deze situatie hoeft er namelijk geen nadere taakverdeling tussen subsidieontvangers plaats te vinden, omdat de penvoerder de enige subsidieontvanger is en dus alle uit de subsidierelevatie voortvloeiende rechten en plichten ten opzichte van de subsidieverstrekker op de penvoerder rusten. De penvoerder onderhoudt zelfstandig een relatie in de zin van titel 4.2 Awb met de subsidieverstrekker. Hij heeft daardoor automatisch de loket- en kassiersfunctie.

Uit het voorgaande blijkt dat niet alleen de juridische status van de penvoerder in de meervoudige netwerksubsidie verschilt van die van de enkelvoudige netwerksubsidie, maar dat ook het takenpakket kan verschillen. Daarom zouden wij willen voorstellen om het begrip 'penvoerder' te

uniformeren door dit enkel te gebruiken voor de penvoerder in meervoudige netwerksubsidies. Bij enkelvoudige netwerksubsidies kan immers gewoon worden gesproken over 'de subsidieontvanger', nu er slechts één subsidieontvanger is.

2.5 De overige deelnemers aan het samenwerkingsverband

Bij de subsidiëring van samenwerkingsverbanden met een penvoerder ligt de aandacht veelal op de penvoerder. Maar ook de hoedanigheid van de andere deelnemers is van belang. Bij een enkelvoudige netwerksubsidie zijn zij slechts deelnemers aan het samenwerkingsverband, bij een meervoudige netwerksubsidie zijn zij (ook) in juridische zin subsidieontvanger. Daarnaast is het interessant te bezien wie die deelnemende partijen aan het samenwerkingsverband zijn.

In sommige regelingen wordt vrij precies aangegeven wat voor partijen mogen of moeten deelnemen aan het samenwerkingsverband, wil het samenwerkingsverband voor subsidie in aanmerking kunnen komen. Een aantal voorbeelden hiervan zijn het 'Besluit Subsidieprogramma Fonds Bestrijding Kinderarbeid 2018-2022';⁴¹ het 'Subsidieprogramma DHI 2019-2023';⁴² het 'Subsidieprogramma SDG Partnerschapsfaciliteit Publiek Privaat Partnerschap (PPP)'.⁴³ Deze voorbeelden illustreren dat geregeld met de definitie van het begrip 'samenwerkingsverband' de groep van potentiële subsidieontvangers wordt beperkt tot partijen die daadwerkelijk kunnen bijdragen aan de doelstelling van de subsidieregeling in kwestie.

Hierbij kan het ook voor komen dat er gedetailleerde vereisten worden gesteld aan potentiële subsidieontvangers in de vorm van drempelcriteria. Dit komt met name voor op centraal niveau.⁴⁴ Voorbeelden van dergelijke vereisten zijn dat de aanvragers geen winstoogmerk mogen hebben, dat de aanvragers rechtspersoonlijkheid dienen te bezitten en dat bijvoorbeeld wordt aangetoond dat de aanvrager "in staat is tot een adequaat financieel beheer".⁴⁵ In centrale regelingen zien wij vaker expliciete criteria opgenomen worden over de identiteit van het samenwerkingsverband dan bij decentrale regelingen.⁴⁶

37 Zie het eerdergenoemde artikel 29 van het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies.

38 Artikel 3.5.1 Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

39 Zo is in het kader van het subsidie-instrument genaamd 'innovatieprestatiecontracten' (IPC) opgenomen dat iedere deelnemer subsidie krijgt voor uitvoering van zijn individuele gesubsidieerde activiteiten, maar dat de penvoerder ook subsidie kan krijgen voor bepaalde coördinatieactiviteiten. Zie de artikelen 3.5.10, 3.5.12, 3.5.17 en 3.5.18 van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies.

40 "De verplichting om te zorgen voor een goede samenwerking tussen de deelnemers in het project is, gelet op de aard en functie, in de eerste plaats een verplichting van de penvoerder." J.E. van den Brink & V.A. van Waarde, annotatie bij CBB 12 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:457, AB 2019/31.

41 In artikel 4.3 van deze regeling is opgenomen dat de subsidie enkel openstaat voor samenwerkingsverbanden die bestaan uit een Nederlandse onderneming, een Nederlandse niet-gouvernementele organisatie (ngo) en een lokale onderneming in het land waar de kinderarbeid vermoedelijk plaatsvindt.

42 In artikel 4.3 van deze regeling is opgenomen dat een samenwerkingsverband dient te bestaan uit twee of meer exporterende of investerende Nederlandse ondernemingen, waaronder ten minste een MKB-onderneming.

43 "Een PPP bestaat uit maximaal zes deelnemers (partners) waarvan ten minste één: NGO of kennisinstelling, Onderneming, en Overheidsorganisatie, waarbij de voorkeur uitgaat naar de lokale overheid. Een van deze deelnemers dient een lokale partij te zijn. De rol van penvoerder wordt vervuld door een Nederlandse partner, niet zijnde een overheidsorganisatie." Zie artikel 4.3 Subsidieprogramma SDG Partnerschapsfaciliteit.

44 Vooral binnen het subsidie-instrumentarium van BZ.

45 VII Fonds Product Development Partnerships III.

46 Bij decentrale regelingen wordt het vaker in het midden gelaten welke partijen precies aan het verband mogen deelnemen.

Op basis van de door ons bestudeerde regelingen zien wij dat partijen die niet de rol van penvoerder vervullen verschillende juridische posities kunnen hebben. Zij kunnen (mede)subsidieontvanger in de zin van titel 4.2 Awb zijn, maar ook partijen die niet eigenstandig een subsidierelatie onderhouden met de subsidieverstrekker maar wel worden geacht een bijdrage te leveren aan het gesubsidieerde project.

2.6 Tussenconclusie

Uit de wettelijke regelingen die zijn opgesteld om samenwerkingsverbanden met een penvoerder te subsidiëren blijkt dat deze figuur daarin divers is geregeld. Dat is niet verwonderlijk nu de netwerksubsidie niet is gereguleerd door de (Awb-)wetgever. Desondanks is wel enige lijn te zien in de individuele wettelijke regelingen. Op basis van een analyse van deze regelingen, zouden wij twee voorstellen willen doen die kunnen leiden tot een vergroting van de uniformiteit van de gehanteerde terminologie. Ten eerste is het zinvol om onderscheid te maken tussen enkelvoudige en meervoudige netwerksubsidies. Bij meervoudige netwerksubsidies dient de subsidieverstrekker te bepalen in hoeverre de penvoerder de kassiersfunctie, de loketfunctie en de plicht tot actieve samenwerking krijgt. Ten tweede stellen wij voor om het begrip 'penvoerder' voortaan te reserveren voor de meervoudige netwerksubsidie. Hier komen wij in paragrafen 4.3 en 5 op terug. In de volgende paragraaf zullen wij ingaan op de juridische implicaties van de figuur van de penvoerder in subsidierelaties zoals deze blijkt uit de jurisprudentie.

3. De jurisprudentie inzake de penvoerder

3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal de jurisprudentie over penvoedersgeschillen worden behandeld. In tegenstelling tot de vele regelingen waarin de penvoerder wordt geregeld, zijn er relatief weinig uitspraken op de combinatie 'subsidie' en 'penvoerder' te vinden.⁴⁷ Bovendien is in de uitspraken die er zijn bijna altijd de (rechtsvoorganger van de) minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) de verwerende partij. Hierdoor is deze paragraaf zo goed als volledig gericht op penvoedersgeschillen die zich hebben voorgedaan in het kader van het gebruik van het subsidie-instrumentarium van EZK. Toch is het interessant om een schets te geven van die jurisprudentie, omdat het CBb als bevoegde bestuursrechter daarin duidelijke kaders geeft die door alle subsidieverstrekters toegepast zouden kunnen, of zelfs moeten worden. Voor een goed begrip van deze jurisprudentie is van belang dat het overgrote merendeel van onze geanalyseerde uitspraken meervoudige netwerksubsidies betreffen.

De jurisprudentie ten aanzien van penvoedersgeschillen is op vele manieren in te delen. Wij zullen de twee meest voorkomende penvoedersproblemen als eerste bespreken,

namelijk het doen van betalingen door de subsidieverstrekker aan de penvoerder, die deze vervolgens niet (geheel) doorbetaalt (3.2) en het bekendmaken van besluiten door de subsidieverstrekker aan alleen de penvoerder, die deze vervolgens onvoldoende communiceert met de overige deelnemers (3.3). Vervolgens besteden wij aandacht aan essentiële wijzigingen van het bij de subsidieverlening gevoegde projectplan (3.4).⁴⁸ Vervolgens gaan wij kort in op de civielrechtelijke jurisprudentie betreffende penvoedersgeschillen (3.5).⁴⁹ Wij eindigen met een tussenconclusie (3.6).

3.2 Betalingen aan de penvoerder

In paragraaf 2 is reeds besproken dat de penvoerder vaak een kassiersfunctie heeft richting de subsidieverstrekker. Dat kan tot geschillen leiden. Om de problematiek bij betalingskwesaties te verduidelijken zullen wij in deze paragraaf het volgende fictieve voorbeeld gebruiken:

Voorbeeld 'Project Vulrobots'

Het fictieve samenwerkingsverband, genaamd 'Project Vulrobots', heeft als doelstelling het ontwikkelen van een robot die automatisch vakken kan vullen in supermarkten om tot kostenbesparingen te kunnen komen en bestaat uit 5 partijen; A, B, C, D en E.

Partijen A, B en C zijn verantwoordelijk voor het ontwikkelen van de robot, partij D is verantwoordelijk voor het bouwen van de robot en partij E is aangesteld als begeleider en penvoerder van het project.

Partij E ontvangt als penvoerder de voorschotten en regelt de administratie. Alle partijen zijn subsidieontvanger en het gaat hier dan ook om een meervoudige netwerksubsidie.

De partijen hebben op 1 januari 2020 € 100.000,- verleend gekregen: Partij A, B en C ieder € 20.000,-, partij D € 30.000,- en partij E € 10.000,-.

Op 1 februari 2020 is het volledig verleende bedrag van € 100.000,- ten behoeve van Project Vulrobots als voorschot uitgekeerd aan partij E, die als penvoerder een kassiersfunctie heeft.

Op 1 juni 2020 heeft de subsidieverstrekker de subsidie voor de helft lager vastgesteld omdat niet alle gesubsidieerde activiteiten hebben plaatsgevonden. De subsidies van A, B en C zijn verlaagd naar € 10.000,-, de subsidie van D naar € 15.000,- en de subsidie van E naar € 5.000,-. Dit maakt in totaal € 50.000,-.

Op 1 juni 2020 heeft E het voorschot van € 100.000,- nog niet verdeeld onder de deelnemers.

In de subsidietitel 4.2 van de Awb vormt artikel 4:57, eerste lid, van de Awb de grondslag om onverschuldigde

⁴⁷ Wanneer op rechtspraak.nl wordt gezocht op de zoekterm 'subsidie penvoerder' resulteert dit in 89 zoekresultaten anno maart 2020.

⁴⁸ Geschillen rond de essentiële wijziging zijn niet alleen beperkt tot netwerksubsidies, maar in relatie tot de penvoerder komt deze kwestie zo vaak voor dat ook dit aspect in de jurisprudentieanalyse bespreking verdient.

⁴⁹ Dit is interessant omdat de onderlinge verhouding tussen de penvoerder en zijn partners een privaatrechtelijke aangelegenheid is.

subsidiebedragen terug te vorderen.⁵⁰ Maar van wie kan in geval van een meervoudige netwerksubsidie worden teruggevorderd? Over deze vraag heeft het CbB zich al meermaals moeten buigen.

Uit de jurisprudentie blijkt dat artikel 4:57 Awb geen grondslag bevat om bij meervoudige netwerksubsidies uitsluitend van de penvoerder onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terug te vorderen: het artikel regelt immers de terugvordering bij de 'subsidieontvanger'.⁵¹ Het CbB geeft daartoe drie argumenten die Dieperink in haar annotatie kernachtig samenvat:

"In de eerste plaats stelt het CbB vast dat de totstandkomingsgeschiedenis geen aanknopingspunten biedt voor een ruimere uitleg van art. 4:57 lid 1 Awb. In de tweede plaats overweegt het college dat de rechtszekerheid noopt tot een strikte uitleg. Art. 4:57 lid 2 Awb regelt namelijk dat het terug te vorderen bedrag bij dwangbevel kan worden ingevorderd. Op die wijze kan buiten de burgerlijke rechter om een executoriale titel worden verkregen. Vanwege dit verstrekende effect moet art. 4:57 lid 2 Awb restrictief worden uitgelegd. In de derde plaats wijst het college op de Afdelingsuitspraak van 16 oktober 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:1511), AB 2013/394, m.nt. W. den Ouden. In die uitspraak heeft de Afdeling eveneens geoordeeld dat een subsidie niet kon worden teruggevorderd van een partij die geen subsidieontvanger is."⁵²

Voorbeeld 'Project Vulrobots'

In het kader van ons voorbeeld betekent dit concreet dat de € 10.000,- aan onverschuldigd betaalde subsidiegelden aan A, niet kan worden teruggevorderd van E in zijn hoedanigheid als penvoerder. E is namelijk voor specifiek die € 10.000,- niet aan te merken als subsidieontvanger; dat is alleen A. Uiteraard is het wel mogelijk om de € 5.000,- aan onverschuldigd betaalde subsidiegelden aan E van E terug te vorderen. Voor dit bedrag is E wél aan te merken als subsidieontvanger.

Het voorgaande ligt echter anders als er, in de woorden van het CbB, een *uitdrukkelijke wettelijke grondslag* bestaat om bij uitsluitend de penvoerder terug te vorderen.⁵³ Artikel

4:57 Awb biedt deze grondslag als gezegd niet, maar het is mogelijk om bij formele wet af te wijken van de Awb. Dat betekent dat deze mogelijkheid niet kan worden toegepast door decentrale overheden.

Voorbeeld 'Project Vulrobots'

Teruggrijpend naar de casus betekent dit dat – ervan uitgaande dat er geen afwijkende wettelijke bepaling is en de hoofdregel uit de Awb geldt – wanneer de subsidie van alle deelnemers van het Project Vulrobots op 1 juni 2020 lager wordt vastgesteld, niet van partij E als penvoerder de volledige € 50.000,- aan onverschuldigd betaalde subsidies kan worden teruggevorderd, alleen omdat E de penvoerder is. Omdat alle partijen hier subsidieontvanger zijn, dient er bij ieder te worden teruggevorderd wat onverschuldigd is betaald (ieder het zijne). Dat houdt in dat van de partijen A, B en C € 10.000,- kan worden teruggevorderd, van D € 15.000,- en van E € 5.000,-.⁵⁴ In ons voorbeeld had E het op 1 februari 2020 aan hem betaalde voorschot van €100.000,- niet doorbetaald aan A, B, C, en D. Desalniettemin zal de subsidieverstrekker alsnog van laatstgenoemden de onverschuldigd betaalde voorschotten terugvorderen. Opmerkelijk gevolg hiervan is dat partijen A, B, C, en D onverschuldigd betaalde subsidiegelden dienen terug te betalen die zij feitelijk niet hebben ontvangen.⁵⁵

De hier besproken jurisprudentielijn van het CbB is naar onze mening goed te volgen, maar leidt in de praktijk tot problemen wanneer penvoeders met een kassiersfunctie ontvangen voorschotten die voor de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband waren bedoeld niet aan hen hebben doorbetaald. Ook in zo een geval moeten de onverschuldigd betaalde subsidiegelden bij de individuele subsidieontvangers worden teruggevorderd.⁵⁶ De overige deelnemers kunnen zich niet tegen de terugvordering verzetten door te betogen dat de penvoerder de voorschotten niet heeft doorbetaald. Het niet doorbetalen door de penvoerder wordt gezien als een feitelijke handeling van de penvoerder en geldt in de woorden van het CbB als een 'interne aangelegenheid' van het samenwerkingsverband.⁵⁷ De overige deelnemers kunnen slechts de penvoerder aanspreken om deze gelden alsnog (terug) te krijgen, met als reëel risico een procedure daarover bij de civiele rechter. Bij een faillissement van de penvoerder zullen de overige deelnemers de bij de penvoerder berustende, maar voor hen bedoelde, subsidiegelden mogelijk zelfs langs geen enkele weg meer kunnen bemachtigen.⁵⁸ De mogelijkheid van een faillissement van een penvoerder is daarom de reden geweest om het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies per 1 juli 2016

50 "Het bestuursorgaan kan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen." Voor zover de terugvordering ziet op onverschuldigd betaalde voorschotten overlapt deze bepaling met artikel 4:95, vierde lid, van de Awb. Zie hiervoor: W. den Ouden e.a., *De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling. Titel 4.4 Awb geëvalueerd* (WODC, ministerie van Veiligheid & Justitie), 2013, p. 148.

51 CbB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146, AB 2016/56, m.nt. M.A.M. Dieperink, r.o. 7.6; CbB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:145, AB 2016/55, m.nt. M.A.M. Dieperink, r.o. 5.6. Zie anders: CbB 9 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:363.

52 M.A.M. Dieperink, annotatie bij CbB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146, AB 2016/56; ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1511, AB 2013/394, m.nt. W. den Ouden.

53 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; CbB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:145, AB 2016/55, m.nt. M.A.M. Dieperink.

54 Dit wordt ook wel 'naar rato' genoemd, wat betekent naar ieders aandeel.

55 Zie voor een vergelijkbare situatie CbB 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:372.

56 CbB 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driessen; CbB 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:372.

57 Zie bijvoorbeeld CbB 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driessen; CbB 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:372.

58 Zie bijvoorbeeld: CbB 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244.

zodanig te wijzigen dat subsidiegelden altijd direct aan de subsidieontvanger worden betaald.⁵⁹

Het direct uitbetalen aan de subsidieontvanger is een van de manieren om de besproken 'doorbetalingsproblematiek' te voorkomen. Een andere mogelijkheid is om in een wet in formele zin een terugvorderingsbevoegdheid te regelen, met als strekking dat van de penvoerder onverschuldigd betaalde subsidiegelden kunnen worden teruggevorderd wanneer subsidiegelden die voor de andere deelnemers zijn bedoeld, niet door de penvoerder aan laatstgenoemden zijn doorbetaald. Het opnemen van een dergelijke bevoegdheid in subsidieregelingen gebeurt incidenteel in decentrale subsidieregelingen.⁶⁰ Wij vragen ons echter af of deze bepaling in decentrale regelgeving wel verbindend is, gelet op de eerdergenoemde jurisprudentie van het CBB.⁶¹ Een afwijking van artikel 4:57 Awb is immers niet mogelijk door een wettelijk voorschrift van een lagere status dan een wet in formele zin. Nu deze terugvorderingsbevoegdheid echter wel wenselijk wordt geacht, zou de Awb-wetgever ook kunnen overwegen dit in de subsidietitel op te nemen. In paragraaf 5 wordt hierop teruggekomen.

3.3 *Bekendmaking van subsidiebesluiten aan de penvoerder*

Uit paragraaf 2 is gebleken dat bij meervoudige netwerk-subsidies aan de penvoerder soms een loketfunctie wordt toebedeeld, die inhoudt dat de overige deelnemers de penvoerder machtigen om namens hen richting de subsidieverstrekker op te treden. Hierdoor mag de subsidieverstrekker subsidiebesluiten die (mede) betrekking hebben op de overige deelnemers alsnog uitsluitend aan de penvoerder toesturen. Het komt voor dat een penvoerder subsidiebesluiten om wat voor reden dan ook niet doorstuurt naar de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband, waardoor dezen niet op de hoogte zijn van de inhoud van dit besluit. In een uitspraak van het CBB van 24 maart 2016 beriepen de partners zich na afloop van de bezwaartermijn op de verschoonbare termijnoverschrijding zoals geregeld in artikel 6:11 Awb.⁶² Deze beroepsgrond was echter niet succesvol. Het CBB oordeelt dat met het vaststellings- en

terugvorderingsbesluit voor alle deelnemers de subsidie werd vastgesteld en dat het de verantwoordelijkheid van de penvoerder was om tijdig contact op te nemen met de andere deelnemers om te bezien of zij enig bezwaar hadden. Dat de penvoerder dit heeft verzuimd, moet volgens het CBB voor rekening van de overige deelnemers komen. Dat de penvoerder had verwacht dat de overige deelnemers – net als bij eerdere communicatie – een aparte kennisgeving van de subsidieverstrekker zouden ontvangen, wat niet is gebeurd, maakt dit niet anders en is geen omstandigheid waar de penvoerder op had kunnen vertrouwen.⁶³ De verantwoordelijkheid om besluiten tijdig door te sturen ligt dus bij de penvoerder. Daarmee blijkt het CBB ook op dit punt terughoudend om zich te 'mengen' in de onderlinge gang van zaken binnen het samenwerkingsverband.

Een interessante vraag is of een door een van de deelnemers verleende machtiging aan de penvoerder gedurende de uitvoering van het project kan worden ingetrokken. Als het geven van een machtiging aan de penvoerder een verplichting is die is opgenomen in de subsidieregeling, kan worden gesteld dat niet meer wordt voldaan aan een subsidieverplichting en kan daarom een subsidie lager worden vastgesteld. Ook kan de intrekking van de machtiging duiden op een conflict in het samenwerkingsverband waardoor het de vraag is of de activiteit nog overeenkomstig de subsidieverlening kan worden uitgevoerd. Wanneer dit niet het geval is, kan de eerdere subsidieverlening met toepassing van artikel 4:48 Awb worden verlaagd of ingetrokken. Aandachtspunt is dan nog wel dat een dergelijk wijzigingsbesluit expliciet moet worden genomen en – bij gebreke van een penvoerder – aan alle subsidieontvangers dient te worden bekendgemaakt.⁶⁴ Een enkele schriftelijke bevestiging van de ontvangst van de intrekking van de machtiging door de subsidieverstrekker wordt niet als een Awb-besluit aangemerkt omdat de brief uitsluitend van informatieve aard is. De beëindiging van het penvoerderschap is een rechtstreeks gevolg van de intrekking van de volmacht en niet van een publiekrechtelijke rechtshandeling van de subsidieverlener. Voormalige penvoerders kunnen daarom niet tegen de schriftelijke bevestiging opkomen.⁶⁵

Ten slotte is van belang dat de penvoerdersmachtiging voldoende specifiek en duidelijk moet worden vormgegeven. Uit de machtiging moet duidelijk worden voor welke aan-gelegenheden een penvoerder is gemachtigd op te treden namens de overige deelnemers. Zo werd in de uitspraak van het CBB van 24 mei 2016 een machtiging waarbij was aangegeven dat de penvoerder was gemachtigd ten aanzien van 'verdere correspondentie' namens de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband met de subsidieverstrekker, niet voldoende specifiek en duidelijk geacht. Volgens

59 Stb. 2016, 56.

60 Subsidieregeling non-formele volwasseneneducatie en lokale projecten volwasseneneducatie Stedendriehoek en Noord Veluwe 2020; Collegebesluit tot vaststelling van de Subsidieregeling pilots transformatie maatschappelijke ondersteuning Veenendaal; Subsidieregeling Algemene Voorzieningen Wmo en Jeugd 2018; Openstellingsbesluit POP3 fysieke investeringen voor brede uitrol van innovaties en modernisering in de agrarische sector provincie Utrecht 2018; Regeling van Gedeputeerde Staten van de provincie Fryslân houdende regels omtrent subsidie Regeling POP3 subsidies provincie Fryslân; Subsidieverordening Plattelandsontwikkelingsprogramma 2014-2020 Provincie Limburg (POP3); Verordening van Provinciale Staten van de provincie Gelderland, gewijzigd vastgesteld door Gedeputeerde Staten van Gelderland houdende regels omtrent subsidie voor het plattelandsontwikkelingsprogramma Verordening POP3 subsidies provincie Gelderland, mei 2018.

61 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; CBB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:145, AB 2016/55, m.nt. M.A.M. Dieperink.

62 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:85, AB 2016/318, m.nt. J.E. van den Brink.

63 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:85, AB 2016/318, m.nt. J.E. van den Brink, r.o. 9.

64 Daar gaat het in de onderhavige uitspraak mis, zie ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1241, AB 2014/431, m.nt. M.A.M. Dieperink.

65 CBB 20 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:203, AB 2014/430, m.nt. M.A.M. Dieperink.

het CbB zag deze machtiging daarom niet op het subsidie-vaststellingsbesluit. Dit besluit was daarom ten onrechte uitsluitend aan de penvoerder toegezonden.⁶⁶ Annotatoren Van den Brink en Van Waarde merken hierbij op dat de wijze waarop de machtiging is geformuleerd van belang is voor de uitgangspositie van de overige deelnemers; hoe gedetailleerder de machtiging, hoe minder snel de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband kunnen opkomen tegen subsidiebesluiten die niet aan hen zijn doorgestuurd door de penvoerder.⁶⁷

3.4 Essentiële wijzigingen

Artikel 4:37, eerste lid, aanhef en onder a van de Awb jo. artikel 37, eerste lid, van het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies brengt met zich dat wanneer bij de verleningsbeschikking een projectplan is opgenomen, de subsidieontvanger de gesubsidieerde activiteiten volgens het projectplan dient uit te voeren. In het derde lid van artikel 37 van het Kaderbesluit is bepaald dat de minister voor het vertragen, essentieel wijzigen of het stopzetten van activiteiten op voorafgaand verzoek van de subsidieontvanger ontheffing kan verlenen van de verplichting die is neergelegd in het eerste lid, tenzij hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de doelstellingen als omschreven in het plan.⁶⁸ Uit de jurisprudentie ter zake blijkt dat er vrij snel sprake is van een essentiële wijziging. Wanneer hiervoor geen ontheffing is verleend, is de subsidieverstrekker bevoegd om de subsidie lager vast te stellen op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb.

Voor netwerksubsidies is deze jurisprudentie van belang, omdat juist bij een samenwerking tussen meerdere partijen zich vaak wijzigingen bij de projectuitvoering (kunnen) voordoen. Zelfs als het project wel is gerealiseerd, maar bijvoorbeeld door een andere partij dan de daarvoor door de subsidieverstrekker goedgekeurde partij, mag de subsidie lager worden vastgesteld of ingetrokken.⁶⁹ Ook het in weerwil van het bij de subsidieverlening gevoegde projectplan niet laten uitvoeren van werkzaamheden door zzp'ers maar door eigen personeel, is als essentiële wijziging beoordeeld door het CbB.⁷⁰ Er lijkt dan ook weinig ruimte om in een samenwerkingsverband elkaars werkzaamheden over te nemen.⁷¹

De verplichting om essentiële wijzigingen door te geven aan de subsidieverstrekker geldt niet alleen als dit expliciet in de regelgeving is vastgelegd. In algemene zin geldt op grond

van artikel 4:48 Awb de verplichting om een activiteit overeenkomstig de aan de subsidie verbonden verplichtingen uit te voeren. In subsidieverleningsbeschikkingen wordt vaak bepaald dat een project overeenkomstig de aanvraag moet worden uitgevoerd. Daarnaast is van belang dat netwerk-subsidies vaak schaarse subsidies zijn die worden verdeeld op basis van een zogenoemde 'tenderprocedure'. Drahmann benoemt het risico dat door in te stemmen met projectwijzigingen een subsidieontvanger wordt bevoordeeld ten opzichte van andere (geweigerde) subsidieaanvragers. Dit is in strijd met het beginsel van gelijke kansen voor de subsidieaanvragers. Als het wenselijk wordt geacht om subsidiebesluiten die zijn genomen na een tenderprocedure wezenlijk te wijzigen is het volgens haar noodzakelijk dat bestuursorganen (beleids)regels vaststellen waarin wordt vastgelegd welke wezenlijke wijzigingen mogelijk zijn.⁷²

De plicht om de activiteit overeenkomstig het subsidieverleningsbesluit uit te voeren – en dus zonder essentiële wijzigingen – geldt niet alleen voor netwerksubsidies. Wel brengt de samenwerking een andere dynamiek met zich. De deelnemers aan het samenwerkingsverband zullen elkaar goed in de gaten moeten houden. Immers, als een van de deelnemers op essentiële wijze afwijkt van het projectplan levert dat een risico op voor alle deelnemers aan het samenwerkingsverband.

3.5 Civielrechtelijke jurisprudentie

Subsidieontvangers die zijn verenigd in een samenwerkingsverband zullen zich bij onderlinge geschillen tot de civiele rechter moeten wenden,⁷³ zo werd hiervoor al duidelijk. Gepubliceerde jurisprudentie op dat vlak is schaars.⁷⁴ Deze uitspraken hebben onder andere betrekking op geschillen waarin kwesties als bestuurdersaansprakelijkheid,⁷⁵ inbreuken op intellectueel eigendom⁷⁶ en vorderingen tot opheffing van beslagen centraal stonden.⁷⁷ De grootste categorie uitspraken ziet op procedures tussen subsidieontvangers wegens wanprestatie in de subsidiesamenwerking. De aanleidingen voor deze penvoerdersgeschillen zijn divers.⁷⁸ Het

66 CbB 24 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:375, AB 2019/30, m.nt. J.E. van den Brink en V.A. van Waarde.

67 J.E. van den Brink & V.A. van Waarde, annotatie bij CbB 12 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:457, AB 2019/31.

68 Zie CbB 24 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:160, r.o. 5.5; CbB 10 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:371, r.o. 4.1.

69 CbB 2 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:124, AB 2016/317, m.nt. J.E. van den Brink; CbB 24 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:160.

70 CbB 2 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:124, AB 2016/317, m.nt. J.E. van den Brink; CbB 24 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:160.

71 Zie ook: CbB 15 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:281; CbB 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:101.

72 ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1799, AB 2014/387, m.nt. A. Drahmann; In navolging hiervan komt Dieperink dan ook tot de conclusie dat het zeer opmerkelijk is dat het überhaupt mogelijk is om ontheffingen te verlenen voor essentiële wijzigingen, zie M.A.M. Dieperink, annotatie bij CbB 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:183, AB 2018/199; M.A.M. Dieperink, annotatie bij CbB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2012:BY0655, AB 2012/393.

73 Zie hiertoe onze noot bij hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:84 in AB 2020/318.

74 Op rechtspraak.nl leidt de bekende zoekterm 'subsidie penvoerder' tot slechts 23 zoekresultaten anno maart 2020.

75 Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:331; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9983; Rb. Overijssel 30 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5194.

76 Zie Rb. Den Haag 17 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:311.

77 Rb. Limburg 1 augustus 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:7179; Rb. Arnhem 27 april 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6176.

78 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 16 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ6443; Rb. Gelderland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5650. Of dat de subsidie niet wordt doorbetaald, zie Rb. Gelderland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8357. Of de situatie dat een partij uit het samenwerkingsverband stapt en de eiser schade wil, zie Rb. Noord-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1622.

betreft met name geschillen waarin de penvoerder zijn kas-siersfunctie niet juist heeft uitgevoerd door subsidiegelden die zijn bedoeld voor de overige deelnemers voor zichzelf te houden. Vermeldenswaardig is het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant waarin is geoordeeld dat in een dergelijk geval 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”.⁷⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat bij een meervoudige netwerksubsidie, subsidieontvangers bij de civiele rechter nakoming van de samenwerkingsovereenkomst kunnen vorderen en daarmee alsnog de subsidiegelden kunnen verkrijgen.

3.6 Tussenconclusie

In deze paragraaf hebben wij een beknopt overzicht gegeven van de jurisprudentie van zowel de bestuursrechter als de civiele rechter over penvoerdersgeschillen. Uit deze analyse komt het beeld naar voren van een bestuursrechter die zich maar beperkt ‘mengt’ in de onderlinge verhouding tussen subsidieontvangers die gezamenlijk een project uitvoeren. Dit komt met name tot uiting in het feit dat feitelijke handelingen van penvoerders (en andere deelnemers) door de bestuursrechter niet mee worden genomen in de beslechting van penvoerdersgeschillen. Hierdoor zullen deelnemers in een samenwerkingsverband zich regelmatig tot de civiele rechter moeten wenden wanneer zich onderlinge geschillen voordoen.

4. Een blik op de praktijk

4.1 Inleiding

In de vorige twee paragrafen is stilgestaan bij de regelgeving en jurisprudentie over de penvoerder. Jurisprudentie geeft waarschijnlijk geen representatief beeld over de penvoerder bij netwerksubsidies. Men zal zich immers alleen tot de rechter wenden in geval van geschillen, waardoor een vertekend beeld kan ontstaan van hoe het in de praktijk gaat. Om beter zicht op de subsidiepraktijk te krijgen hebben wij twee interviews gehouden met advocaten die werkzaam zijn in de subsidiepraktijk⁸⁰ en een interview gehouden met een expert van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO).⁸¹

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de beleidsdoelstelling achter het werken met een penvoerder (4.2), de kenbaarheid van de wet- en regelgeving (4.3), het betalingsverkeer (4.4), het toesturen van besluiten aan de penvoerder (4.5) en essentiële wijzigingen (4.6). Daarmee houden wij de

structuur en behandelde onderwerpen van de eerdere paragrafen aan. Wij eindigen met een tussenconclusie (4.7).

4.2 De beleidsdoelstelling achter het werken met een penvoerder

Alle gesprekspartners gaven aan dat het belang van samenwerking bij het uitvoeren van gesubsidieerde projecten niet moet worden onderschat. Het stimuleren van samenwerking in subsidieregelingen zien zij als een goede ontwikkeling, waarmee subsidiegelden een hoger maatschappelijk rendement kunnen behalen. De meeste gesubsidieerde samenwerkingsprojecten verlopen goed. Zij gaven echter ook aan dat de zogenoemde ‘samenwerkingsseis’ die in veel subsidieregelingen is opgenomen ook een keerzijde heeft; partijen zien het samenwerken soms als noodzakelijk kwaad om subsidie te bemachtigen.⁸²

Wanneer een samenwerkingsverband voor subsidie in aanmerking wil komen, sluit het doorgaans onderling een samenwerkingsovereenkomst.⁸³ Soms wordt het sluiten van een dergelijke samenwerkingsovereenkomst in de subsidie-regeling zelfs verplicht gesteld. De inhoud van deze overeenkomst verschilt. Aangezien subsidies die openstaan voor (uitsluitend) samenwerkingsverbanden dikwijls beogen innovaties tot stand te brengen, wordt vaak geregeld wie het intellectuele eigendom krijgt van de te ontwikkelen innovatie. Los van deze samenwerkingsovereenkomst is het gebruikelijk dat de deelnemers aan het samenwerkingsverband de penvoerder machtigen om namens hen op te treden jegens de subsidieverstrekker in het kader van de subsidierelatie.

4.3 Kenbaarheid wet- en regelgeving

Eerder hebben wij geconstateerd dat subsidieontvangers in de praktijk niet altijd op de hoogte lijken te zijn van de juridische gevolgen van het werken met een penvoerder in subsidiërelaties. De gesprekken die wij hebben gevoerd bevestigen dit beeld. Zo kwam naar voren dat het opmerkelijk is te noemen dat de enige subsidieontvanger in enkelvoudige netwerksubsidies regelmatig ook ‘penvoerder’ wordt genoemd. De juridische status van de penvoerder in de enkelvoudige netwerksubsidie verschilt namelijk wezenlijk van de penvoerder als medesubsidieontvanger, zoals wij al eerder in paragraaf 2.4 hebben toegelicht. Het is de vraag of een enkelvoudige penvoerder, de penvoerder als enige subsidieontvanger, als penvoerder kan worden getypeerd, nu er dan immers maar één enkele subsidieontvanger is. Ook kwam ter sprake dat, of het nu een enkelvoudige of meervoudige netwerksubsidie betreft, het woord ‘penvoerder’ in

⁷⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 16 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6124.

⁸⁰ Zo is getracht het perspectief van de subsidieontvangers te schetsen. Wij hebben interviews gevoerd met J.R. van Angeren en M.A.M. Dieperink.

⁸¹ Hiervoor is gekozen nu de RVO een uitvoerende dienst is van het ministerie van EZK en de jurisprudentie ten aanzien van penvoerdersgeschillen voor het overgrote merendeel betrekking heeft op het subsidie-instrumentarium van EZK. Met alle gesprekspartners zijn semi-gestructureerde interviews gehouden. Er zijn notulen opgesteld en de gesprekken zijn met toestemming van de gesprekspartners opgenomen. We realiseren ons dat drie interviews te weinig is om te kunnen spreken van een representatieve steekproef, desalniettemin geven de interviews toch een indicatief beeld.

⁸² Zo werd benoemd dat wanneer subsidieregelingen vereisen dat ook kleine partijen moeten worden betrokken, dit ertoe kan leiden dat deze kleine partijen onder druk worden gezet om een samenwerkingsverband te vormen met grotere partijen, puur om de subsidie te verkrijgen.

⁸³ Sommige subsidieregelingen voorzien in concept samenwerkingsovereenkomsten die niet altijd beantwoorden aan de wensen en verplichtingen van partijen. Partijen voelen zich dan gedwongen een dergelijke overeenkomst toch te tekenen. De praktijk redt zich dan wel omdat in overleg wordt bekeken of de samenwerking net iets anders kan worden vormgegeven, maar de subsidiegever zit door zijn positie wel in de ‘driving seat’.

zijn algemeenheid wat ongelukkig is gekozen. De penvoerder doet natuurlijk veel meer dan enkel 'de pen voeren'.⁸⁴

Over de regelgeving werd verder naar voren gebracht dat de interpretatie van artikel 4:57, eerste lid, van de Awb niet altijd strookt met het feit dat in decentrale subsidieregelingen soms wordt opgenomen dat een penvoerder als medesubsidieontvanger als eerste wordt aangesproken wanneer binnen het samenwerkingsverband onverschuldigd betaalde subsidiegelden worden teruggevorderd; daarmee wordt afgeweken van artikel 4:57, eerste lid, van de Awb en dat kan alleen bij wet in formele zin.⁸⁵

Over de subsidietitel van de Awb in zijn algemeenheid werd in twee interviews opgemerkt dat het bijzonder is dat er geen subsidieverplichtingen kunnen worden opgelegd aan partijen die niet in juridische zin als subsidieontvanger zijn aan te merken.⁸⁶

Afsluitend kwam naar voren dat subsidieontvangers die beschikken over een grote financiële slagkracht beduidend beter op de hoogte zijn van de juridische consequenties van het werken met een penvoerder dan partijen die minder vermogend zijn. Vermogende subsidieaanvragers betrekken al in een vroeg stadium een jurist bij het proces om het project (vanuit juridisch oogpunt) te structureren. Minder vermogende subsidieaanvragers kunnen het zich doorgaans niet veroorloven om in een vroeg stadium een jurist in te schakelen, waarbij ook moet worden opgemerkt dat het gesubsidieerde project in dergelijke gevallen doorgaans een minder groot financieel belang heeft.

4.4 *Het betalingsverkeer in de netwerksubsidie*

Over welk 'penvoedersprobleem' zich het meeste voordoet in de praktijk waren de beide advocaten die wij spraken helder: het faillissement van de penvoerder die reeds subsidiegelden heeft ontvangen die toebehoren aan de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband, maar deze gelden (nog) niet heeft doorbetaald. Het grote risico is dan dat ook de subsidiegelden die de deelnemers toebehoren bij de penvoerder in de boedel vallen: zowel voor de deelnemers als voor het subsidieverstrekkende bestuursorgaan een onwenselijke situatie. Om dit te voorkomen zijn de gesprekspartners allereerst voorstander van de meervoudige netwerksubsidie, omdat dan iedere deelnemer aan het samenwerkingsverband subsidieontvanger is. Ten tweede deden zij de suggestie om betalingen die zijn bedoeld voor de overige deelnemers aan hen uit te betalen, om het risico op niet-doorbetaling door de penvoerder te ondervangen. Ten derde verdient het aanbeveling dat de deelnemers aan

het samenwerkingsverband in de samenwerkingsovereenkomst regelen wie wanneer aansprakelijk is in het geval dat onverschuldigd betaalde subsidiegelden worden teruggevorderd.⁸⁷

4.5 *Toesturen van besluiten aan de penvoerder*

In annotaties betreffende penvoedersgeschillen wordt geregeld naar voren gebracht dat het werken met een penvoerder voortkomt uit de behoefte aan de kant van subsidieverstrekters om de uitvoeringslasten te beperken.⁸⁸ De gesprekspartners brachten echter een genuanceerder beeld naar voren. Zij vertelden ons dat een gesubsidieerd samenwerkingsproject nu eenmaal 'structuur' nodig heeft. Door te kiezen voor één aanspreekpunt in een samenwerkingsverband krijgt de subsidieverstrekker ook één verhaal, waardoor een onoverzichtelijke situatie wordt voorkomen.

In de jurisprudentieparagraaf is besproken dat wanneer de penvoerder subsidiebesluiten niet doorstuurt naar de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband, laatstgenoemden zich niet kunnen beroepen op een verschoonbare termijnoverschrijding wanneer zij tegen het niet doorgezonden subsidiebesluit op willen komen. Bij RVO wordt dit probleem onderkend door bij cruciale besluitvorming – zoals bij de vaststellingsbeschikking – een mail te verzenden naar alle deelnemers aan het samenwerkingsverband met in de bijlage het subsidiebesluit. Hiermee wordt voorkomen dat de deelnemers onwetend blijven van subsidiebesluiten doordat de penvoerder deze niet doorstuurt.

4.6 *Essentiële wijzigingen*

In paragraaf 3.4 spraken wij al over zogenoemde 'essentiële wijzigingen'. De eis om de gesubsidieerde activiteiten overeenkomstig een bij de subsidieverlening gevoegd projectplan uit te voeren, leidt soms tot verwarring binnen samenwerkingsverbanden. De figuur van de penvoerder wordt vooral gebruikt bij projecten in de hoek van innovatie. Blijkens de interviews lopen dergelijke projecten in de praktijk toch vaak anders dan men van tevoren verwacht, bijvoorbeeld omdat een deel van de innovaties niet oplevert wat partijen hadden gehoopt of omdat het technisch onmogelijk blijkt de beoogde innovaties te realiseren. In de praktijk komt het voor dat de deelnemers aan het samenwerkingsverband erop vertrouwen dat de penvoerder zelf contact opneemt met de subsidieverstrekker wanneer de uitvoering van het project dreigt af te wijken van het projectplan.⁸⁹ Maar de verplichting om de subsidieactiviteiten volgens het projectplan uit te voeren rust op iedere individuele subsidieontvanger. Er kan (vanuit bestuursrechtelijk perspectief)

84 Zo is de definitie van het begrip 'penvoerder' volgens de Dikke Van Dale "iemand die de pen voert voor een vereniging of een ander persoon".

85 Een van onze gesprekspartners zei hierover: "Dan wil je eigenlijk alle subsidie terugvorderen bij één enkele subsidieontvanger en dat staat niet in 4:57 Awb."

86 Aan hen subsidieverplichtingen opleggen zou bij enkelvoudige netwerksubsidies onder omstandigheden best verdedigbaar zijn als zij een direct belang bij die subsidie hebben, aldus de gesprekspartners.

87 Dit laatste is gemeengoed bij de meer vermogende subsidieontvangers, maar bij kleinere partijen is er minder aandacht voor subsidierechtelijke aspecten. Hierbij speelt een rol dat samenwerkingsovereenkomsten doorgaans niet door bestuursrechtjuristen worden opgesteld.

88 CBB 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driesen; CBB 26 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:217, AB 2014/325, m.nt. J.R. van Angeren.

89 Omdat de penvoerder de communicatie op zich neemt zal de verantwoordelijkheid om de subsidieverstrekker op de hoogte te stellen wel bij hem liggen, zo redeneert menig deelnemer.

niet worden volstaan met te wijzen naar de penvoerder. Alle partijen in het samenwerkingsverband dienen in de gaten te houden dat de subsidieactiviteiten overeenkomstig het plan worden uitgevoerd.

4.7 Tussenconclusie

Uit onze interviews komt het beeld naar voren dat de praktijk zich aardig weet te redden. De figuur van de penvoerder leidt in de meeste gesubsidieerde samenwerkingsprojecten niet tot grote problemen en wordt daarnaast gezien als 'noodzakelijk kwaad' om de subsidierelatie overzichtelijk te houden. Maar dat wil niet zeggen dat gesubsidieerde samenwerkingsprojecten altijd foutloos verlopen. Zo leidt het gebrek aan eenduidigheid in de wet- en regelgeving, gekoppeld aan moeilijk toegankelijke gespecialiseerde jurisprudentie tot een situatie waarin vooral de onervaren, minder vermogende subsidieontvanger niet op de hoogte is van de juridische gevolgen die het werken met een penvoerder in subsidierelaties met zich brengt. Daarnaast kan het faillissement van de penvoerder voor alle betrokkenen tot een onwenselijke situatie leiden. Ook kwam duidelijk naar voren dat partijen vrij onbevangen beginnen aan samenwerkingsprojecten, waarbij zij vooraf zeker niet altijd rekening houden met het feit dat de samenwerking wellicht in de toekomst spaak zou kunnen lopen.⁹⁰

5. De penvoerder en de Awb: knelpunten en oplossingsrichtingen

Met de inwerkingtreding van de Awb werd mede beoogd om eenheid binnen bestuursrechtelijke wetgeving te bewerkstelligen, en deze waar mogelijk te systematiseren en vereenvoudigen.⁹¹ In de memorie van toelichting op de derde tranche van de Awb, waarbij de subsidietitel 4.2 werd ingevoerd, worden enkele specifieke doelstellingen voor de subsidietitel genoemd: het vergroten van de legitimiteit van subsidiebesluiten, het vereenvoudigen en harmoniseren van het subsidierecht, het vergroten van de rechtszekerheid van subsidieontvangers, het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidiegelden en het beter beheersen van de overheidsuitgaven.⁹² Tot slot was een belangrijk doel om laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor subsidieontvangers te regelen.⁹³

Wanneer de penvoerder in het licht van deze doelstellingen van titel 4.2 wordt gehouden, levert dit een gemengd beeld op. Als eerste moet worden vermeld dat titel 4.2 van de Awb en de wetsgeschiedenis niet specifiek ingaan op de

subsidiering van samenwerkingsverbanden.⁹⁴ Het systeem van de subsidietitel gaat uit van een verticale tweepartijenrelatie: het uitgangspunt is dat subsidiegelden direct aan de subsidieontvanger worden betaald, en subsidiebesluiten rechtstreeks aan de subsidieontvanger worden bekendgemaakt.

Uit ons onderzoek is gebleken dat de figuur van de penvoerder inmiddels in honderden verschillende subsidieregelingen op uiteenlopende wijze wordt genormeerd. De regels waarmee subsidieontvangers te maken hebben kunnen dus sterk verschillen. Dat draagt niet bij aan de rechtszekerheid. Het toevoegen van de figuur van de penvoerder aan de Awb past goed binnen de doelstelling van de Awb om het subsidierecht te vereenvoudigen en systematiseren. Daar komt bij dat het CBb inmiddels enkele vuistregels heeft ontwikkeld over de rol van de penvoerder bij netwerksubsidies. Het codificeren van deze jurisprudentie zou passen binnen de doelstellingen van de Awb, omdat dit zou leiden tot meer duidelijkheid over de gevolgen die het aanwijzen van een penvoerder heeft. Verder sluit de figuur van de penvoerder goed aan bij de ambitie van de Awb-wetgever om met de subsidietitel de overheidsfinanciën beter te beheersen. Het feit dat de subsidieverstrekker één aanspreekpunt heeft binnen het samenwerkingsverband verlicht immers de uitvoeringslasten.

Ten slotte is een relevante vraag of de Awb-doelstelling van laagdrempelige rechtsbescherming voldoende wordt geborgd bij netwerksubsidies. Subsidieontvangers die zijn verenigd in een samenwerkingsverband kunnen zich niet bij de bestuursrechter met succes verweren tegen een terugvordering door te wijzen op feitelijk handelen of nalaten van de penvoerder. Zij moeten zich wenden tot de civiele rechter. Het kan dus voorkomen dat subsidieontvangers meerdere procedures moeten doorlopen, met alle kosten en moeite van dien.⁹⁵

Hoe nu verder? Uit ons onderzoek is gebleken dat titel 4.2 Awb, met als uitgangspunt een tweepartijenrelatie, niet op de netwerksubsidie is toegesneden. Nu de netwerksubsidie inmiddels een veel voorkomend subsidie-instrument is zou dit financieringsinstrument, met de figuur van de penvoerder, naar onze mening moeten worden geregeld in de subsidietitel van de Awb. Harmonisering en vereenvoudiging van

⁹⁰ Een voorbeeld van zo een situatie doet zich ook voor in het door ons geannoteerde arrest hof's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:84 in AB 2020/318.

⁹¹ Doel was voorts het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hadden voorgedaan en het treffen van voorzieningen over onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in de bijzondere wet lenen, zie hiervoor *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 18 e.v. (MvT).

⁹² *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 18 e.v. (MvT).

⁹³ Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2888-2897.

⁹⁴ Zo zijn hierin de woorden 'samenwerkingsverband', 'netwerk', 'netwerk-subsidie' en 'penvoerder' niet terug te vinden.

⁹⁵ Deze constatering doet 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 wij op het gebied van de netwerksubsidie ook vaak. Interessant vinden wij dan ook de gedachte 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. Deze regeling zou dan wellicht ook bij netwerksubsidies kunnen worden toegepast.

de figuur van de penvoerder vergroot de rechtszekerheid van subsidieontvangers die daarmee moeten werken.

Daarmee is echter nog niet gezegd hoe deze regeling concreet dient te worden vormgegeven. Het gaat te ver om dit in deze bijdrage uitputtend te beschrijven, daarom doen wij enkele suggesties. Gedacht kan worden aan het opnemen van een aparte 'samenwerkingsparagraaf' in de subsidietitel van de Awb, waarin de begrippen 'samenwerkingsverband' en 'penvoerder' worden gedefinieerd. Hierbij is van belang dat de term 'penvoerder' uitsluitend wordt gehanteerd in relatie tot de *meervoudige* netwerksubsidie. Voorts zou aandacht moeten worden besteed aan de mogelijkheid om een samenwerkingseis op te nemen in subsidieregelingen en de concrete taken die aan een penvoerder kunnen worden opgedragen, waaronder de kassiersfunctie en de loketfunctie. Daarbij merken wij op dat uit de in paragraaf 3 behandelde jurisprudentie blijkt dat aan het toebeden van deze functies aan penvoerders serieuze (terugvorderings-)risico's kunnen kleven voor subsidieontvangers, terwijl het voordeel voor de subsidieverstrekker 'slechts' is gelegen in het verminderen van de uitvoeringslasten. Daarom lijkt het ons verstandig dat subsidiegelden in beginsel aan iedere deelnemer aan het samenwerkingsverband individueel worden uitbetaald en dat subsidiebesluiten naar alle deelnemers aan het samenwerkingsverband worden verstuurd. Wel zien wij een duidelijke rol voor de penvoerder in de communicatie tussen het samenwerkingsverband en de subsidieverstrekker. Zo kan de subsidieverstrekker één duidelijk standpunt vanuit het samenwerkingsverband verkrijgen. Uit ons praktijkonderzoek blijkt dat er anders een voor subsidieverstrekkers onoverzichtelijke situatie kan ontstaan.

Mocht een 'samenwerkingsparagraaf' een te verstrekkend voorstel zijn, dan zou een alternatief kunnen zijn om (uitsluitend) de artikelen 4:57 en 4:95 van de Awb aan te passen. Zo kan bijvoorbeeld een mogelijkheid worden gecreëerd om onverschuldigd betaalde subsidiegelden van uitsluitend de penvoerder terug te vorderen in het geval dat de penvoerder voorschotten heeft ontvangen, maar deze niet heeft doorbetaald aan de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband.

Of de Awb-wetgever daadwerkelijk voor de netwerksubsidie in de pen zal klimmen, is op dit moment onzeker. Ook zonder een wetwijziging zien wij echter mogelijkheden tot verbetering. Niets staat namelijk in de weg aan vrijwillige harmonisering door de materiële wetgever(s). Dit zou kunnen worden bereikt door enkele modelbepalingen toe te voegen aan bijvoorbeeld de Aanwijzingen voor subsidieverstrekking of het Model Algemene subsidieverordening van de VNG. Naast definities van de belangrijkste begrippen, zou ook hier kunnen worden gedacht aan een basisregeling die ziet op de verschillende functies van de penvoerder.

Ten slotte kan worden gedacht aan een geïntensiveerde voorlichting door subsidieverstrekkers aan deelnemers

in een samenwerkingsverband over de juridische consequenties van het aanwijzen van een penvoerder en over het belang van het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst.⁹⁶ Zeker bij subsidies die zijn bedoeld voor kleine ondernemers die waarschijnlijk geen ervaring hebben met samenwerkingsverbanden, zou de subsidieverstrekker duidelijke informatie moeten geven en bij voorkeur een voorbeeld samenwerkingsovereenkomst moeten verstrekken. Deze voorlichting zou volgens ons ten minste het volgende moeten omvatten: een uiteenzetting van welke (juridische) risico's er kleven aan het gebruik van een penvoerder in subsidierelaties, een toelichting op het belang en de inhoud van een samenwerkingsovereenkomst en, hiermee samenhangend, een lijst met onderwerpen die voorafgaand aan de samenwerking moeten worden geregeld, voor wanneer zich conflicten voordoen binnen het samenwerkingsverband. Op die manier kunnen partijen geïnformeerd een beslissing nemen over de subsidiesamenwerking. Belangrijk is dat deze informatie kenbaar wordt gemaakt aan partijen voordat zij een subsidierelatie instappen.

6. Afronding

Met een netwerksubsidie wordt beoogd om samenwerking tot stand te brengen die expertise, ervaring, kapitaal en mankracht tussen organisaties bundelt. Die verenigde krachten moeten ervoor zorgen dat gesubsidieerde projecten in de praktijk van hogere kwaliteit zijn. Daarom verdient de netwerksubsidie wat ons betreft alle steun. Uit ons onderzoek is echter gebleken dat de huidige subsidietitel van de Awb onvoldoende op de netwerksubsidie is toegesneden. Daarom hebben wij meerdere voorstellen gedaan om de figuur van de penvoerder te codificeren in de Awb, dan wel voor andere vormen van uniformering. Uniformering zal samen met een verbeterde informatieverstrekking bijdragen aan de verbetering van de (juridische) positie van de deelnemers aan een samenwerkingsverband. Met dit laatste wordt een beter evenwicht bereikt tussen rechtszekerheid van subsidieontvangers en de ambitie om samenwerking in de moderne netwerksamenleving met subsidies te stimuleren.

⁹⁶ Blijkens ons praktijkonderzoek is dit zeker bij subsidies die zijn bedoeld voor kleine ondernemers die naar verwachting geen (juridische) ervaring hebben met netwerksubsidies geen overbodige luxe. Dat voorlichting overigens geen nieuwe gedachte is, wijst de website van RVO wel uit; een mooi voorbeeld voor andere subsidieverstrekkers. Zie bijvoorbeeld: <https://www.rvo.nl/subsidies-regelingen/subsidiespelregels/samenwerken/samenwerking-en-kennisoverdracht>.