



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AB 2022/206. Penvoerder. Niet doorbetalen penvoerder interne aangelegenheid.

Brink, J.E. van den; Jongkind D.K.

Citation

Brink, J. E. van den. (2022). AB 2022/206. Penvoerder.: Niet doorbetalen penvoerder interne aangelegenheid. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2022(27), 1701-1706. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3564605>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3564605>

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

twijfeld aan de motivering van het College dat vuistregels 1 en 3 hier niet opgaan en dat slechts sprake is van een afgeleid belang (vuistregel 4). Het College overweegt in dit verband dat CRH wel een parallel belang heeft aan dat van de bij haar aangesloten ondernemingen en dat het intrekingsbesluit niet mede is gestoeld op de kwaliteit van het CRH als pensioenuitvoerder. Ik neem aan dat dit wel een relevant criterium vormt voor het College, omdat dit zou kunnen raken aan het fundamentele recht op arbeid en daarmee een zelfstandig belang zou kunnen opleveren (CRvB 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:669, AB 2019/561, m.nt. H.D. Tolsma en Cbb 11 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:AN6260, AB 2000/119, m.nt. J.H. van der Veen). Relevant lijkt me echter ook dat de wet gevolgen verbindt aan het wegvallen van de helft van haar deelnemers, althans aan het ten gevolge daarvan wegvallen van de dekking van de uitvoeringskosten, omdat daardoor de kans groot is dat collectieve waardeoverdracht zal moeten plaatshebben (art. 149 Pensioenwet). In mijn wenk in RF 2022/36 schreef ik dat hier met enige goede wil causaliteit valt aan te nemen (CRvB 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:655, AB 2019/560, m.nt. H.D. Tolsma). Ook hier kan men dus twee kanten op (zie punten 6 en 8 van mijn noot).

12. Tot slot zit ik nog even hardop na te denken over het door Widdershoven genoemde congruentievereiste. Stel dat de polishouders van Optas niet als belanghebbende zouden zijn aangemerkt, kunnen zij dan wel terecht bij de burgerlijke rechter? Ik wijs er nogmaals op dat een specifieke verzetting in de Wft in de plaats komt van art. 6:155 BW. Die regeling geeft als gezegd echter geen bescherming aan de individuele polishouder, zodat dan wellicht toch de weg open zou hebben gestaan naar de burgerlijke restrechter. Omdat de polishouders wel zijn ontvangen door de bestuursrechter speelt dit niet (vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, AB 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen en HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58, AB 2017/171, m.nt. C.N.J. Kortmann en F.J. van Ommeren). CRH, die door het College niet als belanghebbende wordt aangemerkt, staat naar ik meen wel de weg open naar de restrechter. Uit de competentietoedeling van art. 25 Wet Bpf 2000 en art. 7 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak volgt dat de kantonrechter bevoegd is inzake de vraag naar deelneming en de Rotterdamse bestuursrechter bevoegd is inzake vrijstellingsbesluiten (zie daarover CBb 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106, PJ 2015/86, m.nt. M.J.C.M. van der Poel). Indien echter een pensioenfonds door de bestuursrechter niet als belanghebbende wordt aange-

merkt bij de toepassing van art. 13 Wet Bpf 2000, zal de civiele rechter niettemin als restrechter op basis van een onrechtmatige daadactie kunnen optreden (zie HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, AB 2006/225, m.nt. G.A. van der Veen).
R. Stijnen

AB 2022/206

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

25 mei 2021, nr. 19/1707

(Mrs. B. Bastein, J.H. de Wildt, A. Venekamp)

m.nt. J.E. van den Brink en D.K. Jongkind*

Art. 45, 54a Kaderbesluit nationale EZ-subsidies; art. 3.4.1 Regeling nationale EZ-subsidies; art. 4:48, 4:49, 4:95 Awb

ABkort 2021/364

ECLI:NL:CBB:2021:519

Verweerder mocht in redelijkheid van de bevoegdheid tot terugvordering gebruik maken. Niet doorbetalen penvoerder interne aangelegenheid.

Verweerder is op grond van artikel 4:95, vierde lid, van de Awb bevoegd om de voorschotten bij appellante terug te vorderen. Gelet op het voorgaande zijn deze voorschotten immers onverschuldigd betaald. In geschil is alleen of verweerder in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Zoals het College eerder heeft geoordeeld, staat de omstandigheid dat appellante de voorschotten niet van de penvoerder doorbetaald heeft gekregen, op zichzelf niet in de weg aan de terugvordering van dat bedrag van appellante. Dat appellante de voor haar bestemde voorschotten niet van de penvoerder heeft ontvangen, betreft, zoals verweerder in het verweerschrift heeft opgemerkt, een geschil tussen appellante en Nivoba, waar verweerder geen partij bij is. Dit maakt de terugvordering bij appellante op zichzelf niet onevenredig. (Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244.)

Hoewel de wetgever per 1 juli 2016 wijzigingen heeft doorgevoerd in het Kaderbesluit die tot gevolg hebben dat de subsidiebedragen en voorschotten niet langer aan de penvoerder van een samenwerkingsverband, maar direct aan de subsidieontvanger worden betaald, maakt dit niet dat verweerder in dit geval gehouden was om van terugvordering af te zien. Weliswaar is het Kaderbesluit juist met

* D.K. Jongkind is promovenda aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

het oog op de situatie waarin appellante zich nu bevindt, namelijk de situatie dat de penvoerder de subsidie niet heeft doorbetaald en de penvoerder vervolgens failliet gaat, aangepast. Daar staat echter tegenover dat uit de toelichting bij het Wijzigingsbesluit van 4 februari 2016 (Stb. 2016, 56) blijkt dat de regelgever met de overgangsbepaling van artikel 54a juist heeft beoogd te voorkomen dat lopende subsidies en ingediende subsidieaanvragen onder het regime van het gewijzigde Kaderbesluit zouden gaan vallen.

Verder acht het College van belang dat appellante als deelnemer aan het project wel mede-aanvrager is van de subsidie. In die hoedanigheid had het op de weg van appellante gelegen om zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken van de subsidieaanvraag en de beslissing daarop. Dat appellante dat proces niet heeft bewaakt, waardoor zij niet op de hoogte was van de subsidieverlening en de uitbetaling van de voorschotten, komt voor haar risico. Het College begrijpt dat de terugvordering voor appellante zuur is, maar ook gelet op deze omstandigheden is het College van oordeel dat verweerder aan het algemene belang van invordering meer gewicht heeft mogen toekennen dan aan het belang van appellante bij het afzien daarvan en dat om die reden de terugvordering bij appellante niet onevenredig is.

Uitspraak in de zaak tussen:

Adverio B.V., te Groningen, appellante, en

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, verweerder (gemachtigde: mr. S.F. Sommer).

Procesverloop

Bij besluit van 6 mei 2019 (het primaire besluit) heeft verweerder de subsidieverlening voor het project "Autonome Cassave Plant" ingetrokken en € 73.413,- aan voorschotten van appellante teruggevorderd.

Bij besluit van 4 oktober 2019 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellante ongegrond verklaard.

Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 13 april 2021. Namens appellante zijn verschenen W. Vrieling en R. Rinia. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

Overwegingen

1.1 Op 15 september 2015 heeft verweerder een subsidieaanvraag ontvangen voor een MIT-R&D-samenwerkingsproject genaamd "Autonome Cassave Plant". De subsidie valt onder titel 3.4 MKB innovatiestimulering topsectoren van de Regeling nationale EZ-subsidies (Regeling), zoals deze gold ten tijde van belang. In de aanvraag is vermeld dat Nivoba B.V. (Nivoba) aanvrager van de subsidie is, Cata B.V. (Cata) intermediair en appellante deelnemer.

1.2 Bij besluit van 10 december 2015 heeft verweerder voor het project subsidie verleend, in de volgende verdeling: € 87.965,- voor Nivoba en € 81.570,- voor appellante. Van het bedrag voor appellante is 90% als voorschot uitgekeerd.

1.3 Nadat verweerder een verzoek tot vaststellen van de subsidie heeft ontvangen, heeft verweerder gesprekken gehad met Nivoba, Cata en appellante. Hieruit heeft verweerder geconcludeerd dat de samenwerking nooit van start is gegaan. Nivoba heeft aan appellante wel een opdracht verleend, maar die kan volgens verweerder niet worden gezien als samenwerking in de zin van artikel 3.4.1, eerste lid, van de Regeling, zoals dat gold ten tijde van belang.

1.4 Om die reden heeft verweerder bij het primaire besluit, dat bij het bestreden besluit is gehandhaafd, de subsidieverlening op grond van artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ingetrokken en de betaalde voorschotten op grond van artikel 4:95, vierde lid, van de Awb van appellante teruggevorderd. Verweerder heeft toegelicht dat de voorschotten conform artikel 45, tweede lid, van het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies (Kaderbesluit), zoals dat luidde ten tijde van belang, zijn uitbetaald aan de penvoerder, Nivoba. Deze betaling geldt als betaling aan de subsidieontvanger. Hoewel artikel 45 van het Kaderbesluit inmiddels op dit punt is gewijzigd, is verweerder op grond van de overgangsbepaling van artikel 54a van het Kaderbesluit gehouden, ten aanzien van subsidies die voor 1 juli 2016 zijn verstrekt, de regelgeving toe te passen zoals die gold voor die datum. Dat betekent dat terugvordering gebeurt bij elk van de subsidieontvangers afzonderlijk. Verweerder heeft zodoende € 79.168,- aan voorschotten van Nivoba teruggevorderd en € 73.413,- aan voorschotten van appellante.

2. Appellante is het er niet mee eens dat de subsidie van haar wordt teruggevorderd. Nivoba heeft het subsidiebedrag dat voor appellante was bestemd, nooit aan haar doorbetaald. Appellante heeft het bedrag dat verweerder nu terugvordert dus nooit ontvangen. Appellante heeft wel werk in opdracht voor Nivoba verricht, maar heeft

daarvoor niet volledig betaald gekregen. Ook heeft appellante een deel van de opdracht uitbesteed, waarvoor zij kosten heeft gemaakt. Met de opbrengst uit deze opdracht kan appellante de subsidie zodoende niet terugbetalen. Het teruggevorderde bedrag is een aanmerkelijk deel (ongeveer 20%) van de jaaromzet van appellante. Appellante is een procedure gestart tegen Nivoba om de niet betaalde subsidie te vorderen, maar aangezien Nivoba inmiddels failliet is verklaard, is de kans klein dat appellante het geld nog terug kan halen. De terugvordering van de subsidie bij appellante vormt een directe bedreiging voor het voortbestaan van de onderneming van appellante. Dit is extra zuur, nu het project succesvol is gerealiseerd in Indonesië en voldoet aan alle doelstellingen. De terugvordering is, gelet op al deze omstandigheden, niet redelijk, aldus appellante.

3.1 Op grond van artikel 45, tweede lid, van het Kaderbesluit, zoals dit luidde ten tijde van belang, verstrekt verweerder, indien subsidie-ontvangers samenwerken in een samenwerkingsverband, de voorschotten via de penvoerder aan de subsidie-ontvanger. Deze betaling geldt als betaling aan de subsidie-ontvanger.

3.2 Op grond van artikel 54a van het Kaderbesluit, zoals dit luidde vanaf 31 juli 2016, blijft op aanvragen om subsidie die zijn ingediend tijdens een openstellingsperiode van een subsidie-instrument waarvan de begindatum ligt voor 1 juli 2016 en de einddatum daarna, en op subsidies die voor 1 juli 2016 zijn verstrekt, artikel 45 van toepassing zoals dit gold voor die datum.

4.1 Het College constateert dat verweerder de intrekking van de subsidieverlening heeft gebaseerd op artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. Deze bepaling ziet op intrekking of wijziging van de subsidievestiging en kan zodoende niet als grondslag dienen voor intrekking van de subsidieverlening. Verweerder heeft dit gebrek in de besluitvorming ter zitting erkend en heeft desgevraagd verklaard dat artikel 4:48, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb de grondslag is voor de intrekking van de subsidieverlening, aangezien die bepaling daarop betrekking heeft. Het College stelt vervolgens vast dat niet in geschil is dat geen sprake is geweest van een MIT R&D-samenwerkingsproject in de zin van artikel 3.4.1, eerste lid, van de Regeling en dat verweerder daarom op grond van genoemd artikel 4:48, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb de subsidieverlening mocht intrekken. Aangezien er in dit geval geen verschil bestaat tussen toepassing van artikel 4:48 en 4:49 van de Awb en ook niet is gebleken dat appellante door het toepassen van artikel 4:49 van de Awb in plaats van artikel 4:48 van de Awb in haar belangen is geschaad, ziet het College aanleiding om het be-

streden besluit, ondanks dit gebrek, met toepassing van artikel 6:22 van de Awb, in stand te laten.

4.2 Verweerder is op grond van artikel 4:95, vierde lid, van de Awb bevoegd om de voorschotten bij appellante terug te vorderen. Gelet op het voorgaande zijn deze voorschotten immers onverschuldigd betaald. In geschil is alleen of verweerder in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Zoals het College eerder heeft geoordeeld, staat de omstandigheid dat appellante de voorschotten niet van de penvoerder doorbetaald heeft gekregen, op zichzelf niet in de weg aan de terugvordering van dat bedrag van appellante. Dat appellante de voor haar bestemde voorschotten niet van de penvoerder heeft ontvangen, betreft, zoals verweerder in het verweerschrift heeft opgemerkt, een geschil tussen appellante en Nivoba, waar verweerder geen partij bij is. Dit maakt de terugvordering bij appellante op zichzelf niet onevenredig. (Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244.)

4.3 Hoewel de wetgever per 1 juli 2016 wijzigingen heeft doorgevoerd in het Kaderbesluit die tot gevolg hebben dat de subsidiebedragen en voorschotten niet langer aan de penvoerder van een samenwerkingsverband, maar direct aan de subsidieontvanger worden betaald, maakt dit niet dat verweerder in dit geval gehouden was om van terugvordering af te zien. Weliswaar is het Kaderbesluit juist met het oog op de situatie waarin appellante zich nu bevindt, namelijk de situatie dat de penvoerder de subsidie niet heeft doorbetaald en de penvoerder vervolgens failliet gaat, aangepast. Daar staat echter tegenover dat uit de toelichting bij het Wijzigingsbesluit van 4 februari 2016 (*Stb.* 2016, 56) blijkt dat de regelgever met de overgangsbepaling van artikel 54a juist heeft beoogd te voorkomen dat lopende subsidies en ingediende subsidieaanvragen onder het regime van het gewijzigde Kaderbesluit zouden gaan vallen.

4.4 Verder acht het College van belang dat appellante als deelnemer aan het project wel mede-aanvrager is van de subsidie. In die hoedanigheid had het op de weg van appellante gelegen om zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken van de subsidieaanvraag en de beslissing daarop. Dat appellante dat proces niet heeft bewaakt, waardoor zij niet op de hoogte was van de subsidieverlening en de uitbetaling van de voorschotten, komt voor haar risico. Het College begrijpt dat de terugvordering voor appellante zuur is, maar ook gelet op deze omstandigheden is het College van oordeel dat verweerder aan het algemene belang van invordering meer gewicht heeft mogen toekennen dan aan het belang van appellante bij het afzien daarvan en dat om die

reden de terugvordering bij appellante niet onevenredig is.

5.1 Het beroep is ongegrond.

5.2 Gezien het onder 4.1 geconstateerde gebrek ziet het College aanleiding te bepalen dat het door appellante betaalde griffierecht aan haar wordt vergoed. Er zijn geen voor vergoeding in aanmerking komende proceskosten.

Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep ongegrond;
- bepaalt dat verweerder het betaalde griffierecht van € 345,- aan appellante dient te vergoeden.

Noot

1. Deze al wat oudere uitspraak verdient een annotatie in de AB omdat zij prachtig illustreert tegen welke problemen een gesubsidieerd samenwerkingsverband kan aanlopen. Het subsidiëren van samenwerkingsverbanden komt steeds vaker voor; bestuursorganen kiezen er in toenemende mate voor om niet één partij te subsidiëren, maar meerdere samenwerkende partijen. Binnen zo'n samenwerkingsverband is doorgaans iedere partij subsidieontvanger. Eén van de deelnemers fungeert als penvoerder. De penvoerder fungeert dan als aanspreekpunt en contactpersoon richting de subsidieverstrekker. Dit betekent bijvoorbeeld vaak dat de subsidievoorschotten aan de penvoerder worden betaald en niet aan alle afzonderlijke deelnemers. Deze vorm van netwerksubsidieering leidt tot verschillende voordelen op het gebied van efficiëntie en effectiviteit, maar levert ook problemen op, zoals deze uitspraak laat zien (zie uitgebreider over de figuur van de penvoerder ook D.K. Jongkind & M.H.A. Bakkum, 'De positie van de penvoerder in netwerksubsidies', *NTB* 2020/258 en W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 195 e.v.). Het komt namelijk regelmatig voor dat een penvoerder de ontvangen subsidievoorschotten niet doorbetaalt aan de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband. Dit leidt met name tot problemen wanneer de penvoerder failliet gaat, dienvolgende de activiteiten niet worden verricht en het subsidiërende bestuursorgaan vervolgens besluit de subsidie lager of op nihil vast te stellen en (een deel van) de subsidievoorschotten terug te vorderen. Wanneer alle deelnemers aan het samenwerkingsverband subsidieontvanger zijn, wordt bij alle deelnemers teruggevorderd, ook als de penvoerder de subsidievoorschotten niet heeft doorbetaald. Wanneer de penvoerder failliet gaat,

is het voor de deelnemers aan het samenwerkingsverband echter niet mogelijk om de terugbetaalde subsidievoorschotten in een civiele procedure op de penvoerder te verhalen. U kunt zich voorstellen dat dit bij hen tot veel narigheid en boosheid leidt. Dit heeft inmiddels tot verschillende juridische procedures geleid die zijn uitgevochten tot aan het College van beroep van het bedrijfsleven (zie CbB 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206, AB 2017/106, m.nt. E.M.M.A. Driessen, CbB 9 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:363 en CbB 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244).

2. In deze uitspraken oordeelde het CbB dat het bestuursorgaan bevoegd is om de subsidievoorschotten van de deelnemers aan het samenwerkingsverband terug te vorderen. Zij zijn immers allemaal subsidieontvanger (dit betekent overigens ook dat het bestuursorgaan niet bevoegd is om alle onverschuldigd betaalde voorschotten louter van de penvoerder terug te vorderen tenzij daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat, zie bijvoorbeeld CbB 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:145, AB 2016/55, m.nt. M.A.M. Dieperink en ook Den Ouden, Jacobs & Van den Brink, *Subsidierecht (MM SBR)* 2021, p. 214). Een voorschotbetaling aan de penvoerder van het samenwerkingsverband geldt als een voorschotbetaling aan de deelnemer voor wie het voorschot uiteindelijk is bedoeld, aldus het CbB. Dat subsidieontvangers stellen niet te kunnen weten dat de voorschotbetalingen niet (volledig) aan hen zijn doorbetaald, leidt niet tot een ander oordeel. Volgens het CbB vormt de doorbetaling van voorschotten een interne aangelegenheid van het samenwerkingsverband die wordt geregeld in de samenwerkingsovereenkomst en wordt de subsidieontvanger aldus geacht ervan op de hoogte te zijn op welke momenten voorschotten zijn uitbetaald aan de penvoerder. Daarbij is het volgens het CbB mede de verantwoordelijkheid van de deelnemers om onderling duidelijke afspraken te maken met de andere deelnemers over de (door)betaling van de voorschotten. Volgens het CbB heeft het bestuursorgaan bij zijn afweging om de voorschotten terug te vorderen van belang kunnen achten dat de gevolgen van afspraken over de samenwerking en doorbetaling ofwel de afwezigheid van dergelijke afspraken voor risico en rekening van de deelnemers behoren te komen en dat de financiële gevolgen van een terugbetalingsverplichting niet op voorhand als onevenredig moeten worden beschouwd (zie CbB 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:244, r.o. 3.7).

3. Het CbB legt dus alle verantwoordelijkheid voor het maken van duidelijke afspraken neer bij de deelnemers aan het samenwerkingsverband. Fouten van de penvoerder, zoals het niet-doorbetalen van subsidievoorschotten of het

nalaten om besluiten tot subsidievaststelling en terugvorderingsbesluiten aan de overige deelnemers aan het samenwerkingsverband toe te sturen (zie Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:85, AB 2016/318, m.nt. J.E. van den Brink), komen voor hun rekening en risico. Deelnemers aan het samenwerkingsverband die tevens subsidieontvanger zijn, zullen de penvoerder dus zeer nauwgezet moeten controleren. Dat zal doorgaans alleen mogelijk zijn door contact te hebben met het subsidiërende bestuursorgaan. Echter, de gedachte achter het penvoederschap is nu juist dat het bestuursorgaan alleen contact heeft met de penvoerder.

4. Gelet op het voorgaande, is het niet verwonderlijk dat de wetgever ervoor heeft gekozen om het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies te wijzigen (*Stb.* 2016, 56). Deze wijziging houdt in dat de uitbetaling van subsidievoorschotten en subsidiebedragen niet langer plaatsvindt aan louter de penvoerder, maar aan alle subsidieontvangers, dat wil zeggen alle deelnemers aan het samenwerkingsverband. Uit de toelichting op deze wijziging blijkt dat zij is ingegeven door de hiervoor omschreven problematiek: de penvoerder heeft de subsidievoorschotten niet doorbetaald, gaat failliet, het project stopt en de subsidievoorschotten worden vervolgens teruggevorderd bij alle deelnemers aan het samenwerkingsverband, terwijl zij deze voorschotten nooit hebben ontvangen. Echter, op grond van artikel 54a van het Kaderbesluit blijft op aanvragen om subsidie die zijn ingediend tijdens een openstellingsperiode van een subsidie-instrument waarvan de begindatum ligt vòòr 1 juli 2016 en de einddatum daarna, en op subsidies die vòòr 1 juli 2016 zijn verstrekt, de oude regeling van toepassing. In bovenstaande uitspraak en ook in de al genoemde uitspraak van 8 mei 2018 worden de deelnemers aan het samenwerkingsverband dus nog geconfronteerd met de situatie dat bij hen wordt teruggevorderd, terwijl zij de subsidievoorschotten niet van de penvoerder hebben ontvangen.

5. Het wekt geen verbazing dat dit voor de deelnemers aan het samenwerkingsverband onrechtvaardig aanvoelt. In de uitspraak van 8 mei 2018 oordeelde het Cbb dat de keuze van de wetgever om te voorkomen dat reeds lopende subsidies en ingediende subsidieaanvragen onder het regime van het gewijzigde Kaderbesluit zouden gaan vallen, niet in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Ook de oude regeling (artikel 45, tweede lid, van het Kaderbesluit (oud)) is volgens het Cbb niet onverbindend wegens strijd met hoger recht, dan wel een algemeen rechtsbeginsel. Een exceptieve toetsing van het Kaderbesluit levert teleurgestelde deelnemers aan een samenwerkingsverband dus niets op.

Net als in de uitspraak van 8 mei 2018 oordeelt het Cbb in bovenstaande uitspraak bovendien dat de wijziging van het Kaderbesluit niet betekent dat de minister *in dit geval* was gehouden om van terugvordering af te zien. De wetgever heeft immers bewust ervoor gekozen dat de wijziging van het Kaderbesluit niet geldt voor lopende subsidies en ingediende subsidieaanvragen. Het Cbb voegt daaraan fijntjes toe dat appellante wel mede-aanvrager is van de subsidie. Daarom had het op haar weg gelegen om zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken van de subsidieaanvraag en de beslissing daarop. Dat appellante dat proces niet heeft bewaakt waardoor zij niet op de hoogte was van de subsidieverlening en de uitbetaling van de voorschotten, komt volgens het Cbb dan ook voor haar risico. Het Cbb laat met de overweging dat het begrijpt dat de terugvordering voor appellante zuur is, wel zien begrip te hebben voor de situatie van appellante. Maar desondanks oordeelt het Cbb dat de minister aan het algemene belang van invordering meer gewicht heeft mogen toekennen dan aan het belang van appellante bij het afzien daarvan en dat om die reden de terugvordering bij appellante niet onevenredig is. Het valt op dat het Cbb de specifieke belangen aan de zijde van appellante weinig concreetiseert en dus weinig handen en voeten geeft aan de evenredigheids-toetsing. In de uitspraak van 8 mei 2018 besteedt het Cbb hieraan meer aandacht. Waarschijnlijk wordt dit veroorzaakt door hetgeen is aangevoerd.

6. Uit het oordeel van het Cbb blijkt dat het veel waarde hecht aan de bewuste keuze van de wetgever om het gewijzigde Kaderbesluit niet van toepassing te laten zijn op reeds lopende subsidies en ingediende subsidieaanvragen. Hoewel het opvalt dat de keuze van de wetgever nauwelijks wordt gemotiveerd in de toelichting op de wijziging van het Kaderbesluit, kunnen wij ons voorstellen dat dit onuitvoerbaar zou zijn geweest. Het betekent immers dat vele besluiten zouden moeten worden aangepast, terwijl de problematiek van het niet-doorbetalen van subsidievoorschotten en een faillissement van de penvoerder zich in de meeste gevallen niet zal voordoen. Het is de vraag of de begrijpelijkheid van deze keuze in algemene zin ook betekent dat in een concreet en individueel geval geen uitzondering zou moeten worden gemaakt wanneer deze omstandigheid zich wel voordoet. Naar onze mening zou de rechter in bijzondere omstandigheden wel degelijk tot het oordeel moeten kunnen komen dat in sommige situaties niet kan worden teruggevorderd bij de deelnemers aan het samenwerkingsverband. Gedacht zou kunnen worden aan de situatie waarin een deel-

nemer aan het samenwerkingsverband kan aantonen dat bij de penvoerder en het bestuursorgaan tevergeefs is geïnformeerd naar de momenten van uitbetaling van de subsidievoorschotten. Uit bovengestane uitspraak blijkt echter niet dat van bijzondere omstandigheden sprake is die een dergelijke uitzondering op het gewijzigde Kaderbesluit rechtvaardigen.

J.E. van den Brink en D.K. Jongkind

AB 2022/207

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

14 januari 2022, nr. AWB- 21_3365

(Mrs. G.M.J. Kok, S.A.M.L. van de Sande, V.M. Schotanus)

m.nt. J.R. van Angeren en S. Putting*

Art. 8, art. 15 aanhef en onder d NOW-2; art. 4:46 Awb

RSV 2022/27

ECLI:NL:RBZWB:2022:156

Het UWV moet bij het lager dan verlening vaststellen van de NOW-subsidie een belangenafweging maken op grond van artikel 4:46 lid 2 Awb.

De rechtbank neemt in aanmerking dat het hier om een subsidie-vaststelling gaat. Dit betekent dat naast de bepalingen van de Now-2, ook titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is. Ingevolge artikel 4:46 van de Awb wordt de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vastgesteld tenzij er sprake is van één van de onder het tweede lid genoemde situaties.

Ter zitting heeft de minister gesteld dat aan de lagere subsidievaststelling het bepaalde in artikel 4:46, tweede lid, onder b, van de Awb ten grondslag ligt. De minister heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat niet voldaan is aan de verplichting om werkgelegenheid te behouden.

Het voorgaande betekent echter niet dat de minister de subsidie altijd lager moet vaststellen als in de subsidieperiode een ontslag aanvraag is gedaan. Het gaat volgens het bepaalde in de aanhef van het tweede lid van artikel 4:46 van de Awb immers om een discretionaire bevoegdheid. De minister zal daarom een belangenafweging moeten maken. Dat er een belangenafweging heeft plaatsgevonden blijkt niet uit het bestreden besluit. De enkele vaststelling in het bestreden besluit dat eiseres niet heeft voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de subsidie, is daarvoor onvoldoende. Het besluit

komt dan ook wegens een motiveringsgebrek voor vernietiging in aanmerking. De rechtbank zal vervolgens beoordelen of de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand kunnen blijven.

Gelet op het doel van baanbehoud en omdat eiseres op de hoogte was van de consequenties van de ontslag aanvraag en zij hierin geen aanleiding heeft gezien de aanvraag in te trekken, is de rechtbank van oordeel dat de minister in dit geval het algemeen te dienen belang bij een juiste subsidie vaststelling zwaarder heeft kunnen laten wegen dan het belang van eiseres. Daarbij heeft de rechtbank tevens betrokken dat niet gebleken is dat eiseres door de lagere vaststelling in onoverkomelijke problemen is gekomen. De minister heeft dan ook in redelijkheid gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid tot lagere vaststelling van de subsidie.

Uitspraak in de zaak tussen:

Naam eiseres,

en

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verweerder.

Procesverloop

In het besluit van 12 mei 2021 (primaire besluit) heeft de minister de definitieve tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (Now-2) toegekend en het bedrag aan terugvordering vastgesteld.

In het besluit van 6 juli 2021 (bestreden besluit) heeft de minister het bezwaar van eiseres tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Het beroep is besproken op de zitting van de rechtbank op 26 november 2021.

Namens de minister was aanwezig mr. J.F.C.A.M. Weterings, werkzaam bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Eiseres heeft, bijgestaan door haar echtgenoot, via videobellen deelgenomen aan de zitting. De minister heeft ingestemd met deze wijze van deelname aan de zitting.

De rechtbank heeft de termijn voor het doen van uitspraak verlengd.

Overwegingen

Feiten

1. Bij besluit van 2 september 2020 heeft de minister aan eiseres een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de Now-2 toegekend

* J.R. van Angeren en S. Putting zijn advocaten bij Stibbe.