

UWV ook partij was (HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18). In mijn annotatie bij dit arrest (AB 2017/407) ben ik al tamelijk uitvoerig ingegaan op het onderscheid tussen directe en indirecte schade, zodat deze noot kort kan zijn.

2. Directe schade is de schade die rechtstreeks voortvloeit uit het (foutieve) rechtsgevolg van het onrechtmatige besluit. Gaat het om een verkeerd vastgestelde uitkering (of een ander financieel besluit) dan heeft die schade twee aspecten. Ten eerste is aan de uitkeringsgerechtigde te weinig uitbetaald. Deze schade valt doorgaans weg nadat het herstelbesluit is genomen, en er een nabetaling plaatsvindt (vgl. r.o. 1.1). Ten tweede wordt aan de uitkeringsgerechtigde te laat betaald. Deze vertraging levert ook schade op (hoewel men daar in het huidige tijdsgewricht met verwaarloosbare of zelfs negatieve rentes anders over kan denken). Art. 6:119 BW fixeert deze vertragungsschade op de wettelijke rente over het te laat betaalde. De Centrale Raad zoekt bij dit artikel aansluiting (vgl. r.o. 4.3). Opmerking verdient dat art. 4:102 Awb een specifieke regeling geeft voor de verschuldigde wettelijke rente als gevolg van de wijziging of vernietiging van een beschikking. Over de verhouding tussen de beide wetsartikelen heeft de Centrale Raad zich uitgesproken in zijn uitspraak van 28 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4187. In de onderhavige zaak is dit niet van belang.

3. Indirecte schade is de schade die ontstaat doordat de benadeelde en derden hun gedrag afstemmen op het onrechtmatige besluit. Dat afstemmen kan ook bestaan uit het gevolg geven aan een reeds bestaande contractuele verhouding, bijvoorbeeld een verzekeringsovereenkomst. Voor deze dispositieschade geldt niet het forfaitaire regime van de wettelijke rente. Bij financiële besluiten is het nog wel eens lastig om een scherp onderscheid te maken tussen directe schade en dispositieschade. Zo ook in deze zaak.

4. Vanwege de weigering van de WW-uitkering aan de benadeelde zette diens woonlastenverzekeraar de maandelijkse verzekeringsuitkeringen stop. Na het herstelbesluit van het UWV ging de verzekeraar over tot nabetaling van deze uitkeringen. Net als de WW-uitkering was ook deze betaling dus vertraagd. Dat ligt in het woord nabetaling besloten. De rechtbank meende dat er daarom sprake was van schade door de vertraagde betaling van een geldsom en dus van een verplichting tot vergoeding van wettelijke rente. Die wettelijke rente had het UWV al vergoed. De Centrale Raad haalt hier terecht een streep door. De verzekeringschade is niet het gevolg van de te late betaling van de WW-uitkering, maar van het (onjuiste) oordeel van het UWV dat de benadeelde verwijtbaar werkloos was. Dat oordeel leidde tot stopzetting van de verzekeringsuitkeringen. De wettelijke rente over

de late betaling van die verzekeringsuitkeringen moet het UWV dus apart vergoeden (r.o. 4.7).

5. Resteert de vraag of de te late betaling van de verzekeringsuitkering geheel is toe te rekenen aan het UWV, of dat er ook andere omstandigheden zijn die hebben bijgedragen aan die vertraging. Dat is een toerekeningsvraag (r.o. 4.7, slot), waarop art. 6:98 en 6:101 BW van overeenkomstige toepassing zijn. De Centrale Raad overweegt dat de benadeelde onnodig lang heeft gewacht met het inlichten van zijn woonlastenverzekeraar over het herstelbesluit van het UWV. Hij had dat volgens de Centrale Raad binnen twee weken kunnen (en moeten) doen, niet na drie en een halve maand. Die vertraging laat de Centrale Raad daarom voor rekening van de benadeelde (r.o. 4.8).

6. Tot besluit merk ik op dat titel 8.4 Awb op de onderhavige zaak niet van toepassing was. Hoewel deze titel al op 1 juli 2013 in werking is getreden, brengt het overgangsrecht mee dat er meer dan vier jaar na dato nog steeds zaken onder het oude recht worden afgedaan (vgl. r.o. 4.1). In dit geval is dat zo omdat het onrechtmatige besluit dateert van 27 juni 2011, dus van ruim vóór 1 juli 2013. Het onder sub 1.1 t/m 1.4 opgenomen procesverloop laat zien dat dit niet de laatste uitspraak onder het oude recht zal zijn. C.N.J. Kortmann

AB 2018/17

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFS-LEVEN

6 oktober 2016, nr. 16/198

(Mrs. H.O. Kerkmeester, R.R. Winter, C.J.

Waterbolk)

m.nt. J.R. van Angeren*

Art. 1:3, 4:44, 4:46 Awb; Art. 30, 31 Kaderbesluit EZ-subsidies

ECLI:NL:CBB:2016:317

Tussenuitspraak. De mededeling dat de opschortende voorwaarde van de garantstellingsovereenkomst niet is vervuld en dat de gevraagde subsidie op nihil wordt vastgesteld, moet worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in art. 4:46 Awb.

Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of in de brief van verweerder van 7 oktober 2015 een vaststelling van een subsidie als bedoeld in artikel 4:46 Awb is vervat. Het College is van oor-

* J.R. van Angeren is advocaat bij Stibbe.

deel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord en overweegt daartoe als volgt.

Tussen partijen is niet in geschil – en het College sluit zich bij die opvatting aan – dat de beslissing van verweerder van 17 april 2012, waarbij ten behoeve van appellante, onder opschortende voorwaarden, een aanspraak is gevestigd op de verlening van een garantie als bedoeld in de Regeling, een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. Die garantie is, gelet op het hier toepasselijke normatieve kader, een subsidie.

Bij brief van 17 juni 2015 heeft verweerder die aanspraak naar aanleiding van een daartoe strekkende aanvraag van appellante geconcretiseerd. Gelet op de (...) inhoud van die brief is die beslissing evenzeer een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb. (...)

De mededeling van verweerder in de bestreden brief, inhoudend dat de opschortende voorwaarde van artikel 4, lid 3, van de garantstellingsovereenkomst, niet is vervuld en dat de gevraagde subsidie op nihil wordt vastgesteld, moet worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 4:46 Awb. Dit volgt uit het voorgaande en uit de systematiek zoals die blijkt uit de, in onderlinge samenhang gelezen, afdelingen 4.2.3 en 4.2.5 van titel 4.2. (Subsidies) Awb. Zie in dit verband ook de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8295.

Het door verweerder ter zitting ontwikkelde betoog, dat er in de kern op neer komt dat artikel 4:44, eerste lid, aanhef en onder c, Awb, de mogelijkheid biedt om de beslissing omtrent vaststelling van de subsidie bij een overeenkomst als bedoeld in artikel 4:36, eerste lid, (hier de garantstellingsovereenkomst) anders te regelen en kennelijk aldus buiten de reikwijdte van titel 4.2 Awb naar het privaatrecht te transponeren, berust op een verkeerde lezing van dat artikellid. Artikel 4:44, eerste lid, aanhef, Awb, bepaalt immers dat indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven (hetgeen hier, onder een opschortende voorwaarde, het geval is), de subsidieontvanger na afloop van de activiteiten of het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend een aanvraag tot vaststelling van de subsidie moet indienen. Het bepaalde onder c, waarop verweerder zich beroept, is slechts een van de gevallen waarin die verplichting – het indienen van een aanvraag tot vaststelling – anders kan worden geregeld.(...)

Het betoog van appellante slaagt. Aangezien niet is gebleken van andere tot niet-ontvankelijkheid dwingende omstandigheden is de conclusie dat verweerder bij het bestreden besluit het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.(...)

Het College ziet aanleiding om met toepassing van artikel 8:51d, Awb toepassing te geven aan de

zogenoemde bestuurlijke lus en verweerder op te dragen het hiervoor geconstateerde gebrek in het bestreden besluit te herstellen.

Tussenuitspraak van de meervoudige kamer van 6 oktober 2016 in de zaak tussen:

De Coöperatie Standard Investment Fund II Holding Coöperatief U.A., appellante, (gem.: mr. S. van Waegeningh),

en

De Minister van Economische Zaken, verweerder (gem.: mr. P.A. Luschen).

Procesverloop

Met een ongedateerde brief (bestreden brief) heeft verweerder appellante bericht dat de kapitaalverstrekking aan Intermedium Shoes B.V. waarvoor zij in het kader van de Subsidieregeling starten, groeien en overdragen van ondernemingen (hoofdstuk 3. Groeifaciliteit; verder onder meer: de Regeling) subsidie in de vorm van garantstelling door de Staat heeft aangevraagd, niet onder de garantie van de door haar met de Staat overeengekomen garantstellingsovereenkomst valt. Daarbij heeft verweerder tevens medegedeeld dat de subsidie wordt vastgesteld op nihil.

Met een brief van 9 februari 2016 (bestreden besluit) heeft verweerder het tegen de bestreden brief gerichte bezwaar van appellante niet-ontvankelijk verklaard.

Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 augustus 2016. De gemachtigden van partijen zijn verschenen. Namens appellante zijn verder nog verschenen naam 1 en naam 2. Namens verweerder is verder nog verschenen mr. L. de Groen.

Overwegingen

1. Het College gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Appellante is een investeringsmaatschappij die zich richt op het midden- en kleinbedrijf in Nederland en België. Bij beslissing van 17 april 2012 heeft verweerder appellante op haar aanvraag subsidie in de vorm van garantiestelling verleend onder de opschortende voorwaarde dat binnen twee maanden de bij dat besluit gevoegde garantstellingsovereenkomst, rechtsgeldig ondertekend en per pagina geparafeerd, in tweevoud is teruggestuurd. De in dat kader door appellante ingevulde en teruggestuurde garantstellingsovereenkomst, waarvan de inhoud gelijk is aan het bij

ministeriële regeling daarvoor vastgestelde model, te weten bijlage 3.1 bij de destijds geldende Subsidieregeling starten, groeien en overdragen van ondernemingen, is op 19 april 2012 door verweerder aanvaard. Met het besluit van 17 april 2012 en de garantstellingsovereenkomst is appellante als financier toegelaten (geaccrediteerd) voor deelname aan de Regeling Groeifaciliteit. Aan appellante is sindsdien meermalen op haar aanvraag een garantie verleend voor haar financiële participaties in groeiende ondernemingen.

1.2. De garantstellingsovereenkomst tussen de Staat der Nederlanden en appellante houdt, voor zover thans van belang, het volgende in:

“Overeenkomst tussen:

1. De Staat der Nederlanden, hierna te noemen: de Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie;
 2. Standard Investment Fund II C.V., hierna noemen de financier;
- Partijen zijn het volgende overeengekomen: (...)

Artikel 2. Garantstelling

1. De Staat stelt zich tegenover de financier garant voor 50% van de waarde van door de financier verstrekt risicokapitaal, voor welke garantstelling de financier een provisie is verschuldigd. (...)

Artikel 3. Randvoorwaarden risicokapitaal

Een verstrekking van risicokapitaal aan een ondernemer kan onder de garantstelling van de Staat worden gebracht indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. de rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de onderneming van de ondernemer zijn bevredigend;
- b. in de voorafgaande periode van twaalf maanden zijn niet meer middelen ten behoeve van derden aan de onderneming onttrokken dan noodzakelijk voor een redelijk te achten bedrijfsvoering en evenmin is een verplichting tot een zodanige onttrekking aangegaan; (...)

Artikel 4. Aanmelding en toetsing

1. De financier stelt de Staat in kennis van een voorgenomen verstrekking van risicokapitaal met gebruikmaking van een formulier, overeenkomstig een model dat als bijlage bij deze overeenkomst is gevoegd, onder bijvoeging van een kopie van de ontwerp-overeenkomst tot verstrekking van het risico-

kapitaal en van andere bescheiden als genoemd in het model.

2. Indien de verstrekking van risicokapitaal naar het oordeel van de Staat voldoet aan de in artikel 3 bedoelde voorwaarden, geldt de garantstelling op grond van deze overeenkomst voor dit risicokapitaal. De Staat bericht hierover de financier binnen drie weken na ontvangst van de aanmelding onder vermelding van de omvang en duur van de garantie. De minister kan in plaats van de provisie, genoemd in artikel 6, tweede lid, een vergoeding vaststellen, indien naar het oordeel van de minister de provisie te laag is in relatie tot het risico dat de Staat loopt.

3. De garantie wordt afgegeven onder de opschortende voorwaarde dat een dienovereenkomstige, door partijen gesloten overeenkomst aan de Staat wordt overgelegd en dat ook dan wordt voldaan aan de in artikel 3 bedoelde voorwaarden. De Staat bericht hierover de financier binnen 35 dagen na ontvangst van de gesloten overeenkomst onder vermelding van de omvang, duur en provisie of vergoeding van de garantie.(..)

Artikel 13. Geschillen

1. Ieder geschil ten aanzien van deze overeenkomst zal bij uitsluiting worden voorgelegd aan de daartoe bevoegde rechter in het arrondissement Den Haag.
2. Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing. (...)

- 1.3. Appellante heeft op 23 april 2015 bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), een dienst van verweerders ministerie, verzocht om een garantie als hiervoor bedoeld voor een voorgenomen investering van € 2.000.000 in de onderneming Intermedium Shoes B.V. (onderneming).

- 1.4. Met een brief van 17 juni 2015 heeft RVO appellante, voor zover thans van belang, het volgende meegedeeld:

“Op 23 april 2015 heeft u een voorgenomen financiering aangemeld onder de garantie van de Regeling Groeifaciliteit (hoofdstuk 3 van de Subsidieregeling Starten, Groeien en Overdragen van ondernemingen). Het gaat hierbij om de financiering voor Intermedium Shoes BV via Standard Shoes Holding BV en Standard Shoes BV.

De voorgenomen kapitaalverstrekking van € 2.000.000 valt in principe onder de garantie uit de genoemde garantstellingsovereenkomst, mits wordt voldaan aan de desbetreffende voorwaarden van de garantstellingsover-

eenkomst en de Regeling Groeifaciliteit. Daarnaast gelden de volgende voorwaarden:

(...)

— Aangezien de standaard provisie niet in verhouding staat tot het risico dat de Staat loopt bij deze aanvraag, verlangt de Staat voor deze financiering bovenop de standaardprovisie van 3% een Equity Kicker van 3% over de Risico Aandelen die Standard Investment Fund II Holding Coöperatief U.A. middellijk zal houden in Intermedium Shoes BV.

— Aanwezigheid van voldoende quorum om de financiering onder garantie te brengen.

(...)

Alvorens de financiering aan Intermedium Shoes BV via Standard Shoes Holding NL Innovatie BV en Standard Shoes BV definitief onder de Groeifaciliteit gebracht kan worden, dien ik nog de volgende stukken van u te ontvangen:

1. Bijgesloten ingevuld en ondertekend meldingsformulier.

2. Kopie definitieve aandeelhoudersovereenkomst, koopovereenkomst en leningovereenkomsten welke ons dienen te conveniëren.

3. Kopie dagafschrift(en) waaruit uitbetaling van betreffend risicokapitaal blijkt.

Afhankelijk van uitbetaling en aflossing is de waarde van de garantiefinanciering maximaal € 2.000.000. De omvang van de garantie bedraagt maximaal € 1.000.000.

Na ontvangst van bovenstaande stukken, valt de geaccordeerde financiering conform uitbetalingsschema onder de garantie van de Regeling Groeifaciliteit.

(...)

U heeft tot zes maanden na datum van deze brief gelegenheid het financieringscontract af te sluiten. Binnen 35 dagen na afsluiting dient het getekende financieringscontract bij RVO.nl gedeponneerd te worden met bijgevoegd meldingsformulier.

(...)"

1.5. Vervolgens heeft appellante op 2 juli 2015 stukken aan verweerder toegezonden, waaronder een bankafschrift "losse betaling" en afschriften van transactiedeals waaruit blijkt dat appellante het betreffende risicokapitaal aan de onderneming heeft uitbetaald. Deze stukken zijn namens verweerder op 9 juli 2015 voor gezien en akkoord gearafeerd. Op 13 augustus 2015 heeft appellante nog op enkele nadere vragen van verweerder geantwoord.

1.6 Op 22 september 2015 is de onderneming Intermedium Shoes B.V. in staat van faillissement verklaard. Appellante heeft dit dezelfde dag aan RVO bericht.

1.7. Met de bestreden brief, die op 7 oktober 2015 door appellante is ontvangen, heeft RVO appellante het volgende meegedeeld:

"Op 23 april 2015 heeft u een voorgenomen financiering aangemeld onder de garantie van de Regeling Groeifaciliteit (hoofdstuk 3 van de Subsidieregeling Starten, Groeien en Overdragen van ondernemingen). Het gaat hierbij om de financiering voor Intermedium Shoes BV via Standard Shoes Holding BV en Standard Shoes BV.

De kapitaalverstrekking van € 2.000.000 zal niet onder de garantie uit de eerdergenoemde garantstellingsovereenkomst vallen. Hierbij heb ik het volgende overwogen.

In artikel 4 lid 3 van de Garantstellingsovereenkomst wordt bepaald dat de garantie pas kan worden afgegeven nadat voldaan is aan de opschortende voorwaarde dat de overeenkomst, die de verstrekking van het risicokapitaal regelt, wordt overgelegd en de Staat heeft kunnen oordelen dat nog steeds wordt voldaan aan de in artikel 3 bedoelde voorwaarden. Op grond van 6:22 BW doet het vervullen van de opschortende voorwaarde pas de werking der verbintenis ontstaan. In de Toelichting bij artikel 4a, wordt ook vermeld dat de garantie eerst geldig wordt nadat is geconstateerd dat nog is voldaan aan de voorwaarden zoals genoemd in artikel 3 van de Garantstellingsovereenkomst.

De Staat moet hierover berichten binnen 35 dagen na ontvangst van de overeenkomst, die de verstrekking van het risicokapitaal regelt. Zolang die beoordeling nog niet kenbaar is gemaakt in de vorm van een accordering van de financiering/ mededeling dat de garantie wordt afgegeven, mag de Staat alle relevante gegevens betrekken in zijn oordeelsvorming.

Een eventuele overschrijding van de 35 dagen termijn van art 4 lid 3, als gevolg van bijvoorbeeld een verzoek om nadere informatie, leidt er dan ook niet toe dat een garantie moet worden verstrekt. Derhalve behoeft de verstrekking van het risicokapitaal aan Intermedium Shoes BV niet onder de garantstelling te worden gebracht op grond van een eventuele overschrijding van deze termijn.

Aangezien ten tijde van de beoordeling van de documentatie geconstateerd is dat niet meer wordt voldaan aan art. 3 lid a inzake de vereiste aanwezigheid van bevredigende rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de onderneming van de ondernemer, wordt niet meer voldaan aan deze opschortende voorwaarde en moeten wij overgaan tot nihilvaststelling van de gevraagde subsidie inzake Intermedium Shoes BV."

1.8. Appellante heeft tegen de bestreden brief bezwaar gemaakt. Dat bezwaar is bij het bestreden besluit niet-ontvankelijk verklaard. Verweerder heeft dat besluit, voor zover hier van belang doen steunen op de volgende motivering.

“ Er is geen besluit genomen, waartegen u bezwaar kunt maken. De mededeling in de brief van 7 oktober 2015 betreft geen handeling waarmee een rechtsgevolg beoogd is (artikel 1:3 Awb). Daarom is het geen besluit. Immers op grond van art. 8:1 jo. 7:1 Awb, kan een belanghebbende bezwaar maken tegen een besluit.

Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3 Awb). Een rechtshandeling is publiekrechtelijk indien het bestuursorgaan de bevoegdheid daartoe ontleent aan een speciaal voor het openbaar bestuur bij of krachtens de wet geschapen grondslag. Een rechtshandeling is privaatrechtelijk van aard wanneer het bestuursorgaan een bevoegdheid hanteert die krachtens het burgerlijk recht ook door niet-bestuursorganen kan worden gebruikt.

De criteria voor het beoordelen of de risicokapitaalverstrekking onder de garantstelling gebracht kan worden en de procedure die hiervoor gevolgd wordt, zijn niet opgenomen in de Regeling, maar in de garantstellingsovereenkomst en daarmee privaatrechtelijk van aard. Deze voorwaarden maken dan ook geen deel uit van een publiekrechtelijk besluit.

(...)

Aangezien uw bezwaren zich richten tegen de in mijn berichtgeving van 7 oktober 2015 neergelegde toepassing van een voorwaarde uit de civielrechtelijke garantstellingsovereenkomst, stel ik mij op het standpunt dat hiertegen geen bezwaar mogelijk is. Nu geen bezwaar mogelijk is tegen mijn berichtgeving van 7 oktober 2015, laat ik een verdere beoordeling van uw bezwaargronden achterwege.”

1.9 Vervolgens heeft appellante tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

2. Het College overweegt als volgt.

2.1. In dit geding is de volgende wet- en regelgeving van belang.

Artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)
1 Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

2 Onder beschikking wordt verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.

(...)

Artikel 4:21, eerste lid, van de Awb

1 Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Artikel 4:23, eerste lid, van de Awb

1 Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.

Artikel 4:33 van de Awb

Een subsidie kan niet worden verleend onder de voorwaarde dat uitsluitend het bestuursorgaan of uitsluitend de subsidie-ontvanger een bepaalde handeling verricht, tenzij het betreft de voorwaarde dat:

a. de subsidie-ontvanger medewerkt aan de totstandkoming van een overeenkomst ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening, (...)

Artikel 4:36 van de Awb

1 Ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening kan een overeenkomst worden gesloten.

(...)

Artikel 4:44 van de Awb

1 Indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, dient de subsidie-ontvanger na afloop van de activiteiten of het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend een aanvraag tot vaststelling van de subsidie in, tenzij:

(...)

c. de vaststelling van de subsidie bij een overeenkomst als bedoeld in artikel 4:36, eerste lid, anders is geregeld. (...)

Artikel 4:46 van de Awb

1 Indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven, stelt het bestuursorgaan de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast.

2 De subsidie kan lager worden vastgesteld indien:

(...)

b. de subsidie-ontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen;

(...)

Artikel 30 van het Kaderbesluit EZ-subsidies

1. De beschikking tot verlenen van een subsidie aan een financier wordt verleend onder de opschortende voorwaarde dat binnen acht weken na de beschikking een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de Staat en de financier.

(...)

5. Bij ministeriële regeling wordt een model voor de overeenkomst vastgesteld.

Artikel 31 van het Kaderbesluit EZ-subsidies

De overeenkomst, bedoeld in artikel 30, bevat in ieder geval:

a. de bepaling dat kapitaal of zekerheid niet wordt verstrekt ten behoeve van een onderneming waarvan blijkens de geringe rentabiliteit de continuïteit voor de korte of middellange termijn in het geding is;

(...)

f. de wijze van vaststelling van de subsidie;

(...)

3. Verweerder heeft ter zitting het in het bestreden besluit ingenomen standpunt dat de bestreden brief van 7 oktober 2015 niet een besluit is als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb, in de kern samengevat, als volgt toegelicht.

3.1. De publiekrechtelijke beschikking van 17 april 2012 houdt een privaatrechtelijk aanbod in tot het sluiten van een garantstellingsovereenkomst. Die overeenkomst, een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 4:36 van de Awb, is op 19 april 2012 door aanvaarding tot stand gekomen. Het civiele karakter van de uitvoeringsovereenkomst blijkt, zo stelt verweerder, verder onder meer uit de toelichting bij de Regeling. Daarin is immers onder meer vermeld: “door gebruik te maken van een uitvoeringsovereenkomst kan rekening worden gehouden met het bijzondere karakter van de garantstelling. Het betreft onder meer de verplichting bepaalde provisijs te betalen in het kader van de garantstelling. Deze en andere elementen van de garantstelling kunnen beter privaatrechtelijk worden vastgelegd, aansluitend aan de praktijk.” De verleningsbeschikking “opent de beurs” van verweerder, maar daarna ontstaat een meer gelijkwaardige positie tussen verweerder en de ontvangende partij, over de invulling en uitvoering van de subsidiebeschikking. Deze voet van gelijkwaardigheid maakt dat niet langer sprake is van een louter bestuursrechtelijke, maar van een privaatrechtelijke rechtsverhouding. Door het ontbreken van de, voor een besluit zo kenmerkende, eenzijdigheid ontvalt het publiekrechtelijke karakter aan die overeenkomst. Het inhoudelijke geschilpunt – de betwisting door appellante dat verweerder in de brief van 7 oktober 2015 een juiste uitleg heeft gegeven aan een in die overeenkomst vervatte voorwaarde – brengt met zich dat er geen grondslag is voor verweerder om de hoogte van de subsidie vast te stellen. Pas als tussen partijen overeenstemming bestaat over de uitleg van de betreffende bepaling in de garantieovereenkomst, al dan niet na tussen-

komst van de civiele rechter, kunnen partijen tot een uiteindelijke vaststelling komen, aldus verweerder. Het moge zo zijn dat de subsidievaststelling doorgaans bij beschikking plaats vindt, maar uit artikel 4:44, eerste lid, aanhef en onder c, van de Awb, volgt dat partijen dat in een uitvoeringsovereenkomst anders mogen regelen. Dat hebben partijen hier gedaan. Aangezien niet aan de voorwaarde, zoals vervat in artikel 4, in samenhang gelezen met artikel 3, onder a, van de garantstellingsovereenkomst is voldaan is, aldus verweerder, de vaststelling op nul in de brief van 7 oktober 2015 niet meer dan een formaliteit. Dat in die brief wordt gesproken van een “nihilvaststelling” moet als een ongelukkige formulering worden beschouwd, die ten onrechte de indruk wekt dat sprake is van een vaststelling als bedoeld in artikel 4:46 van de Awb.

3.2. Subsidiar heeft verweerder ter zitting betoogd dat indien de bestreden brief wel als een besluit tot vaststelling, als bedoeld in artikel 4:46 van de Awb, moet worden aangemerkt, verweerder niet was gehouden om de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast te stellen. Immers pas na de voldoening aan de voorwaarden kan appellante aanspraak maken op de subsidie. In dit geval is niet voldaan aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van bevredigende rentabiliteits- en continuïteitsperspectieven van de betrokken onderneming. De omstandigheid dat verweerder niet binnen de in artikel 4, derde lid, van de garantstellingsovereenkomst genoemde termijn van 35 dagen heeft gereageerd, maakt niet dat verweerder de garantie moet verlenen. Er zijn immers geen bepalingen in die overeenkomst vervat die dat gevolg aan het niet tijdig berichten verbinden, aldus verweerder.

4. Appellante heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld en het College verzocht om gegrondverklaring van het beroep, toepassing van de zogenoemde bestuurlijke lus en gevraagd om verweerder te veroordelen in de door haar als gevolg van het bestreden besluit geleden schade. Appellante stelt zich op het standpunt dat de bestreden brief een besluit is tot vaststelling van de eerder aan haar verleende subsidie en dus een besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Daartoe heeft zij, samengevat weergegeven, aangevoerd dat de brief van 17 juni 2015 een besluit is waarmee verweerder haar met betrekking tot de onderhavige financiering subsidie heeft verleend. De bestreden brief bevat een beslissing van verweerder die deze subsidieverlening raakt, te weten dat de subsidie wordt vastgesteld op nihil. De publiekrechtelijk verleende subsidie is door de garantstellingsovereenkomst niet privaatrechtelijk geworden. De bestuursrechter is bevoegd om in het kader van de beoordeling van de

subsidievaststelling tevens een oordeel te geven over de uitleg van de garantstellingsovereenkomst. De civiele rechter is daarentegen niet bevoegd om naast een oordeel over de uitleg van de garantstellingsovereenkomst tevens een oordeel te geven over de vaststelling van de subsidie. De vaststelling waar het hier om gaat is onmiskenbaar een publiekrechtelijke rechtshandeling van verweerder. De slotsom is dat verweerder haar bezwaar dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.

5. Partijen zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of in de brief van verweerder van 7 oktober 2015 een vaststelling van een subsidie als bedoeld in artikel 4:46 van de Awb is vervat. Het College is van oordeel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord en overweegt daartoe als volgt.

5.1. Tussen partijen is niet in geschil – en het College sluit zich bij die opvatting aan – dat de beslissing van verweerder van 17 april 2012, waarbij ten behoeve van appellante, onder opschortende voorwaarden, een aanspraak is gevestigd op de verlening van een garantie als bedoeld in de Regeling, een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Die garantie is, gelet op het hier toepasselijke normatieve kader, een subsidie.

5.2. Bij brief van 17 juni 2015 heeft verweerder die aanspraak naar aanleiding van een daartoe strekkende aanvraag van appellante geconcretiseerd. Gelet op de – hiervoor onder 1.4 weergegeven – inhoud van die brief is die beslissing evenzeer een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb.

5.3. Ingevolge artikel 4:46, eerste lid, van de Awb is verweerder gehouden de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vast te stellen. Ingevolge artikel 4:46 tweede lid, heeft verweerder de bevoegdheid de subsidie lager vaststellen in de in dat artikellid onder a tot en met d beschreven gevallen.

5.4. De mededeling van verweerder in de bestreden brief, inhoudend dat de opschortende voorwaarde van artikel 4, lid 3, van de garantstellingsovereenkomst, niet is vervuld en dat de gevraagde subsidie op nihil wordt vastgesteld, moet worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in artikel 4:46 van de Awb. Dit volgt uit het voorgaande en uit de systematiek zoals die blijkt uit de, in onderlinge samenhang gelezen, afdelingen 4.2.3 en 4.2.5 van titel 4.2. (Subsidies) van de Awb. Zie in dit verband ook de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8295.

5.5. Het door verweerder ter zitting ontwikkelde betoog, dat er in de kern op neer komt dat artikel 4:44, eerste lid, aanhef en onder c, van de Awb, de mogelijkheid biedt om de beslissing om-

trent vaststelling van de subsidie bij een overeenkomst als bedoeld in artikel 4:36, eerste lid, (hier de garantstellingsovereenkomst) anders te regelen en kennelijk aldus buiten de reikwijdte van titel 4.2 van de Awb naar het privaatrecht te transponeren, berust op een verkeerde lezing van dat artikellid. Artikel 4:44, eerste lid, aanhef, van de Awb, bepaalt immers dat indien een beschikking tot subsidieverlening is gegeven (hetgeen hier, onder een opschortende voorwaarde, het geval is), de subsidieontvanger na afloop van de activiteiten of het tijdvak waarvoor de subsidie is verleend een aanvraag tot vaststelling van de subsidie moet indienen. Het bepaalde onder c, waarop verweerder zich beroept, is slechts een van de gevallen waarin die verplichting – het indienen van een aanvraag tot vaststelling – anders kan worden geregeld.

5.6. De verwijzing naar de uitspraak van het College van 18 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ7224, kan verweerder niet baten omdat in die zaak, anders dan hier, niet een besluit tot vaststelling van een subsidie aan de orde was, maar een, niet als een besluit te kwalificeren, interpretatieve mededeling van de minister van Economische Zaken.

5.7. Het betoog van appellante slaagt. Aangezien niet is gebleken van andere tot niet-ontvankelijkheid dwingende omstandigheden is de conclusie dat verweerder bij het bestreden besluit het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard.

6. Het College dient aansluitend te bezien welk vervolg aan deze uitkomst wordt gegeven.

6.1. Ingevolge artikel 8:41a van de Awb dient de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten. Verweerder heeft zich in het bestreden besluit in zekere mate uitgelaten over de motieven waarom hij de opschortende voorwaarde waar het hier om gaat niet vervuld acht. Daarbij is hij evenwel onvoldoende ingegaan op hetgeen appellante in haar aanvullende bezwaarschrift heeft aangevoerd. Appellante heeft daarin immers haar standpunt, dat de opvatting van verweerder over het antwoord op de vraag tot welk moment deze mag toetsen of de opschortende voorwaarde als vervat in artikel 4, derde lid, van de garantstellingsovereenkomst is vervuld, niet alleen gebaseerd op de stelling dat verweerder die bepaling onjuist interpreteert. Appellante heeft daarnaast ook betoogd dat verweerder door te beslissen zoals hij heeft gedaan, onder meer, het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel heeft geschonden. In het licht daarvan zou het in de rede hebben gelegen dat verweerder in het bestreden besluit, daar waar hij, ondanks zijn opvatting dat het bezwaar niet-ontvankelijk was, inhoudelijk reageerde op het door appellante ingenomen

standpunt met betrekking tot de betekenis van de opschortende voorwaarde waar het hier om gaat, ook aandacht zou hebben gegeven aan de wijze waarop en de bewoordingen waarin appellante en verweerder zich met elkaar hebben verstaan bij de eerdere verleningen van dit soort garanties aan appellante in hetzelfde normatieve kader. De wijze van behandeling en inhoud van hun communicatie bij die gevallen zou immers licht kunnen werpen op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden hier over en weer redelijkerwijs aan de betreffende bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het College heeft in dit geval dan ook onvoldoende aanknopingspunten om het geschil definitief te beslechten.

6.2. Het College ziet aanleiding om met toepassing van artikel 8:51d, van de Awb toepassing te geven aan de zogenoemde bestuurlijke lus en verweerder op te dragen het hiervoor geconstateerde gebrek in het bestreden besluit te herstellen. Verweerder zal in dat verband een nieuw besluit op bezwaar moeten nemen en daarin inhoudelijk, mede gelet op het hiervoor omtrent de inhoud overwogene, op het bezwaar moeten beslissen. Het College draagt verweerder tevens op om in dat besluit aandacht te besteden aan het in beroep door appellante ingediende verzoek om schadevergoeding.

6.3. Het College bepaalt de termijn waarbinnen verweerder het hiervoor aangeduide gebrek kan herstellen op zes weken na verzending van deze tussenuitspraak. Het College zal vervolgens appellante in de gelegenheid stellen om binnen vier weken schriftelijk haar zienswijze te geven over de wijze waarop het gebrek is hersteld.

7. Het College houdt iedere verdere beslissing aan tot de einduitspraak op het beroep. Dat betekent ook dat hij over de proceskosten, het griffierecht en het in beroep ingediende verzoek om schadevergoeding nu nog geen beslissing neemt.

Beslissing

Het College:

- draagt verweerder op om binnen zes weken na verzending van deze tussenuitspraak het gebrek te herstellen met inachtneming van deze tussenuitspraak;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. Deze uitspraak is interessant omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich aansluit bij de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in zijn antwoord op de vraag wat de verhouding is tus-

sen de subsidiebeschikking en de uitvoeringsovereenkomst. Evenals de Afdeling oordeelt het CBb dat verplichtingen ingevolge de subsidieovereenkomsten zijn te beschouwen als subsidieverplichtingen. Dat betekent dat de mededeling dat aan de voorwaarden van de garantievereenkomst niet is voldaan, een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb.

2. De subsidieregeling die in deze uitspraak aan de orde was, was de Regeling Groeifaciliteit. Aanleiding voor deze regeling was dat MKB-bedrijven problemen ondervinden bij hun financiering. Banken zijn niet zonder meer bereid om aan het MKB extra risicokapitaal te verstrekken bij snelle groei van het bedrijf en bij de overname van het bedrijf. De Regeling Groeifaciliteit voorzorg dan ook in een overheidsgarantie voor financiers om risicokapitaal aan MKB-bedrijven te verstrekken. Deze overheidsgarantie geeft een financier extra zekerheid zodat deze bereid is om toch kapitaal te verschaffen aan MKB-bedrijven. De subsidie wordt verstrekt in de vorm van een garantiestelling voor de terugbetaling van 50% van het risicokapitaal dat de financier op grond van een overeenkomst aan een MKB-bedrijf heeft verstrekt. De garantiestelling wordt vormgegeven door middel van een garantstellingsovereenkomst die aan de Regeling is gehecht. De Regeling Groeifaciliteit was ten tijde van deze zaak opgenomen in hoofdstuk 3 van de Subsidieregeling starten, groeien en overdragen van ondernemingen. Deze Subsidieregeling is vervallen per 20 augustus 2014. De Groeifaciliteit bestaat nog steeds, maar is nu opgenomen in Titel 3.12 van de Regeling nationale EZ-subsidies.

3. Appellante in deze zaak, de Coöperatie Standard Investment Fund II Holding Coöperatief U.A. is een investeringsmaatschappij die zich richt op het MKB in Nederland en België. Bij besluit van 17 april 2012 had de Minister van EZ op aanvraag van de Coöperatie subsidie verleend in de vorm van een garantstelling, onder de opschortende voorwaarde dat binnen twee maanden de garantstellingsovereenkomst was ondertekend. De Coöperatie doet dat, zodat de voorwaarde is vervuld en de beschikking rechtskracht kreeg.

4. Het bedrijf Intermedium Shoes B.V. vraagt bij de Coöperatie om een financiering van € 2 miljoen. De Coöperatie vraagt op 23 april 2015 voor deze financiering bij de Rijksdienst voor ondernemend Nederland (RVO), als uitvoeringsinstantie van de Subsidieregeling, een garantie aan op grond van de gesloten garantstellingsovereenkomst. RVO bericht op 17 juni 2015 aan de Coöperatie dat de financieringsovereenkomst op zichzelf voldoet aan de voorwaarden voor garantiestelling, maar stelt nog extra voorwaarden en verzoekt nog

om aanvullende gegevens. Op 2 juli 2015 stuurt de Coöperatie de extra stukken toe en bericht ook dat het inmiddels aan Intermedium Shoes de financiering van € 2 miljoen heeft verstrekt. Op 22 september 2015 wordt Intermedium Shoes in staat van faillissement verklaard, hetgeen de Coöperatie ook bericht aan de RVO. Bij brief van 7 oktober 2015 volgt een brief van RVO dat de kapitaalverstrekking toch niet onder de voorwaarden van de garantstellingsovereenkomst valt en 'tot nihilvaststelling van de gevraagde subsidie inzake Intermedium Shoes' moet worden overgegaan.

5. Het is begrijpelijk dat dit voor de Coöperatie een wat onbevredigende gang van zaken is: zij heeft haar nek uitgestoken om toch financiering voor € 2 miljoen mogelijk te maken voor een MKB-bedrijf in de hoop dat € 1 miljoen (50%) in elk geval door de Staat wordt gegarandeerd, krijgt te horen dat de kredietovereenkomst met het MKB-bedrijf op zichzelf voldoet en verstrekt die financiering alvast. Een half jaar later, nadat het bedrijf al failliet is, laat de RVO weten dat de kredietovereenkomst toch niet voldeed aan de voorwaarden van de garantieovereenkomst, zodat de Coöperatie ook naar € 1 miljoen garantie kan fluiten.

6. Maar zoals wel vaker in het subsidierecht (vgl. ABRvS 29 april 2015, AB 2017/89, m.nt. J.R. van Angeren over de Nederlandse Afdeling van het Lycée International) gaat het in deze uitspraak niet over de inhoud van het geschil, maar om de vraag of de brief van 7 oktober 2015 als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb moet worden aangemerkt. De minister stelt zich op het standpunt dat dit niet het geval is omdat het besluit van 17 april 2012 waarbij de subsidie in de vorm van een garantstelling wordt verstrekt, een privaatrechtelijk aanbod inhoudt tot het sluiten van een garantstellingsovereenkomst. Die overeenkomst, een uitvoeringsovereenkomst als bedoeld in art. 4:36 Awb, is na ondertekening door de Coöperatie tot stand gekomen. De vraag of aan de voorwaarden van de garantieovereenkomst is voldaan en de Staat gehouden is om de garantie te verstrekken is daarmee een vraag die door de garantieovereenkomst wordt beheerst en aan de civiele rechter moet worden voorgelegd, aldus de minister. Zou overigens de brief van 7 oktober 2015 wel moeten worden aangemerkt als een besluit tot vaststelling van de subsidie dan zou de subsidie terecht lager (op nihil) zijn vastgesteld omdat niet voldaan is aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen omdat niet aan de voorwaarden van de garantstellingsovereenkomst is voldaan in de visie van de minister.

7. Dat een garantstelling door de overheid als een subsidie moet worden aangemerkt omdat het aanspraak is op financiële middelen is op

zichzelf niets nieuws. De memorie van toelichting bij art. 4:21 Awb maakt dit ook duidelijk (*Kamerstukken II* 1993/94, 3, p. 32). Alleen de vraag is: hoe werkt het dan in de praktijk? De garantstelling zelf kan niet bij beschikking worden gevestigd, evenmin als de zekerheden die daarmee gepaard gaan. Weliswaar kan bij het besluit tot het verlenen van de subsidie in de vorm van een garantie worden beslist dat een aanvrager een aanspraak op een garantie krijgt, maar voor het daadwerkelijk verstrekken van de garantie moet een garantstellingsovereenkomst, met de daarbij behorende zekerheden worden gesloten. Vervolgens rijst de vraag wat de verhouding is tussen de subsidiebeschikking waarbij de (aanspraak op) garantie wordt toegekend en de garantstellingsovereenkomst.

8. Die vraag wordt deels beantwoord door art. 4:36 lid 1 Awb. Dat artikel bepaalt dat ter uitvoering van een subsidiebeschikking een overeenkomst kan worden gesloten. Maar dit artikel bepaalt nog niet wat vervolgens de verhouding is tussen de uitvoeringsovereenkomst en de subsidiebeschikking. Grofweg zijn er drie mogelijkheden. De eerste is de lijn die de minister verdedigde: met het sluiten van de uitvoeringsovereenkomsten zijn alle verplichtingen tussen partijen vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst en is de verhouding tussen partijen uitsluitend civielrechtelijk geworden. De tweede lijn is dat de verhouding zuiver publiekrechtelijk blijft en dat de uitvoeringsovereenkomst hooguit dient ter invulling van de publiekrechtelijke verplichtingen. De derde lijn is dat er sommige aspecten publiekrechtelijk blijven, zoals intrekking en lagere vaststelling van subsidie, maar dat voor sommige aspecten de verhouding civielrechtelijk blijft, zoals bepalingen omtrent nakoming, aansprakelijkheid, inwinnen van zekerheden en dergelijke.

9. Ook de wetsgeschiedenis geeft geen antwoord op de vraag welke richting rechters die moeten oordelen over dit soort geschillen moeten kiezen. Wel is duidelijk dat de uitvoeringsovereenkomst weliswaar handig kan zijn in de uitvoeringspraktijk, maar ook gemakkelijk tot verwarring en misverstanden kan leiden (vgl. Den Ouden in haar noot onder ABRvS 8 april 2015, AB 2015/309). Dat komt overigens ook buiten het subsidierecht voor (vgl. ABRvS 28 januari 2015, AB 2015/133, m.nt. A. Drahmman). In de literatuur is wel verdedigd dat de typisch civielrechtelijke aspecten, zoals nakoming, ook in het publiekrecht geregeld zouden kunnen worden. De subsidieovereenkomst zou dan een 'publiekrechtelijke overeenkomst' kunnen zijn (vgl. J.A.F. Peters in zijn noot onder ABRvS 8 april 2015, JB 2015/88) en daarmee zouden in ieder geval discussies over de vraag welke rechter bevoegd is in

geschillen over die overeenkomsten kunnen worden voorkomen, maar komen er natuurlijk weer heel wat andere vragen bij.

10. In de jurisprudentie zijn wel enkele lijnen te ontdekken. De eerste lijn is dat de verplichtingen in de uitvoeringsovereenkomst gelden als subsidieverplichtingen. Dat betekent dat het bestuursorgaan bevoegd is tot het lager vaststellen van de subsidie op grond van art. 4:46 lid 2 onder b Awb dan wel, wijzigen of intrekken van de subsidie op grond van art. 4:48 lid 1 onder b Awb als de subsidieontvanger zijn verplichtingen op grond van de uitvoeringsovereenkomst niet nakomt (ABRvS 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren). De tweede lijn is dat het niet in strijd is met art. 4:36 Awb om verplichtingen die op zichzelf ook in een subsidieverleningsbeschikking kunnen worden opgenomen ook in een uitvoeringsovereenkomst op te nemen, mits deze verplichtingen op grond van afdeling 4.2.4. Awb ook aan een subsidieverleningsbeschikking kunnen worden verbonden (ABRvS 23 september 2015, AB 2016/287, m.nt. J.R. van Angeren en W. den Ouden).

11. Hieruit volgt logischerwijze dat het primaire standpunt van de minister in deze zaak, te weten, dat gelet op de uitvoeringsovereenkomst de relatie tussen de subsidieontvanger en de minister is verschoven van een publiekrechtelijke naar een zuiver privaatrechtelijke niet in de uitgezette lijn past. Uit die lijn volgt eerder het omgekeerde: ondanks de uitvoeringsovereenkomst blijft de relatie tussen subsidiënt en subsidieontvanger publiekrechtelijk. Het CbB volgt het standpunt van de minister dan ook niet. Het CbB stelt allereerst vast dat het besluit waarbij de minister heeft besloten om een garantiestelling toe te kennen een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb. De garantiestelling is een aanspraak op financiële middelen en dus een subsidie in de zin van art. 4:21 lid 1 Awb. De verstrekking daarvan is een beschikking tot subsidieverlening. Vervolgens verwijst het CbB naar art. 4:46 lid 1 Awb en oordeelt dat de minister de bevoegdheid heeft om de subsidie lager vast te stellen op de gronden zoals vermeld in art. 4:46 lid 2 onder a t/m d genoemde gevallen. Ten slotte oordeelt het CbB dat de mededeling van de minister dat de opschortende voorwaarde van art. 4 lid 3 van de garantstellingsovereenkomst niet is vervuld en dat de gevraagde subsidie op nihil wordt vastgesteld, aangemerkt moet worden als een besluit als bedoeld in art. 4:46 Awb.

12. Het CbB verwijst daarbij naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8295. Deze uitspraak, geannoteerd door W. den Ouden in AB 2009/411, ziet evenwel op een iets ander geval. In die uit-

spraak ging het om een subsidie die was verleend onder een opschortende voorwaarde dat een schenkingsovereenkomst werd gesloten. Toen bleek dat de schenkingsovereenkomst niet werd gesloten, had het subsidieverstrekkende bestuursorgaan, de Minister voor Ontwikkelingssamenwerking, de subsidieverleningsbeschikking ingetrokken op grond van art. 4:48 Awb omdat de minister van oordeel was dat de subsidieontvanger haar verplichtingen niet was nagekomen. De Afdeling achtte dat onjuist omdat de subsidieverleningsbeschikking onder opschortende voorwaarde was verleend welke voorwaarde niet is vervuld omdat de schenkingsovereenkomst niet tot stand is gekomen. Dat geschiedde geheel onafhankelijk van de wil van de subsidieontvanger zodat het niet juist zou zijn om te oordelen dat de subsidieontvanger haar verplichtingen niet was nagekomen. De Afdeling oordeelde dat de minister op grond van art. 4:46 lid 1 Awb de subsidie op nihil had moeten vaststellen. Waarom dat zo is, motiveerde de Afdeling overigens niet. Mogelijk is de redenering de volgende: omdat de voorwaarde niet was vervuld, was de subsidie op nihil verleend en moest dus ook vaststelling op nihil volgen. Een andere redenering, namelijk dat gelet op het niet-ervullen van de voorwaarde de verleningsbeschikking geen rechtsgevolg meer had, zodat de subsidieverlening verviel en dus de subsidie moest worden geweigerd was ook mogelijk geweest. Hoe dat ook zij, het geval van de Coöperatie verschilt van de zaak die voorwerp was van het geschil dat resulteerde in de uitspraak van 24 december 2008. De subsidie die aan de Coöperatie was verstrekt, was weliswaar een subsidieverlening onder voorwaarden, maar in dit geval was de voorwaarde wel vervuld. De garantstellingsovereenkomst is gesloten tussen de Coöperatie en de Staat. De overeenkomst tussen de Coöperatie en Intermedium Shoes voldeed volgens de Minister niet aan de voorwaarden om voor de garantie in aanmerking te komen, dan wel, de verplichtingen die de Coöperatie op grond van de garantstellingsovereenkomst moest nakomen, zoals informatieverplichtingen en dergelijke, waren volgens de Minister niet nagekomen. Dergelijke verplichtingen zijn geen opschortende voorwaarden als bedoeld in de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2008 omdat de vervulling ervan niet afhankelijk is van een toekomstige gebeurtenis, waarop de Coöperatie geen invloed had. De lijn die het CbB hier volgt is meer de lijn zoals die volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren. De verplichtingen van de subsidieontvanger uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst gelden als verplichtingen verbonden aan de subsidie. De brief dat aan die voorwaarden

niet is voldaan en dus de subsidie lager wordt vastgesteld is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.

13. Het CBB geeft de Coöperatie uiteindelijk gelijk. De minister heeft ten onrechte het bezwaarschrift van de Coöperatie niet ontvankelijk verklaard. Toch kon het CBB nog geen einduitspraak doen omdat gelet op gedragingen van partijen in het verleden de uitleg van de bepalingen in de garantievereenkomst door het CBB niet kon worden vastgesteld. De wijze van behandeling en inhoud van hun communicatie bij die gevallen zou immers licht kunnen werpen op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden hier over en weer redelijkerwijs aan de betreffende bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, aldus het CBB. Uit deze overweging is de bekende Haviltexformule (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner) af te leiden. Dat is een ander nadeel van subsidieuitvoeringsovereenkomsten: de bestuursrechter moet civielrechtelijke leerstukken toepassen en in feite als een civiele rechter de verplichtingen van partijen vaststellen. Maar ook dat hadden Den Ouden en ik al eerder gesignaleerd in onze noot onder ABRvS 23 september 2015, AB 2016/287. J.R. van Angeren

AB 2018/18

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

7 juli 2017, nr. AWB - 16 _ 4312, 16/4561, 16/4760, 16/4871 T, 16/5281

(Mrs. D.A. Verburg, N.M.H. van Ek, M.L. van Emmerik)
m.nt. N.N. Bontje*

Art. 2 lid 1 aanhef en onder b, art. 3, art. 5 Wet hergebruik van overheidsinformatie

ECLI:NL:RBMNE:2017:3420

De verwijzing naar de gemeentelijke website met nieuwsberichten voldeed niet aan art. 5 lid 1 Wet hergebruik van overheidsinformatie, omdat deze berichten op die wijze niet (zonder meer) in een open en machinaal leesbaar formaat worden verstrekt.

Daar waar de verweerders als vorm van verstrekking alleen hebben verwezen naar hun website hebben zij naar het oordeel van de rechtbank niet voldaan aan wat de Who van hen vergt. Ook een

verwijzing naar een e-krant, Twitter, Facebook of naar de mogelijkheid om je via een RSS (Really Simple Syndication)-feed te abonneren op nieuwe nieuwsberichten is niet zonder meer voldoende om aan de hiervoor toegelichte wettelijke vereisten te voldoen. Het is bijvoorbeeld niet zeker dat langs die weg, wat de site betreft dus inclusief vormgeving en gedrag, alle (oude) berichten met de metadata machinaal leesbaar 'binnengehaald' kunnen worden. Daar moet in ieder geval een betere uitleg bij die zowel eiser als de rechtbank meer zekerheid biedt over de toereikendheid van deze voorgestelde oplossing.

De nieuwsberichten zijn op de website en de genoemde sociale media namelijk wel elektronisch beschikbaar, maar niet (zonder meer) in een open en machinaal leesbaar formaat.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 7 juli 2017 in de zaak tussen

eiser (gem.: mr. M.J. van Noort en mr. H.P. Olthof), en

1. het college van B&W van de gemeente Leusden, (gem.: S. Besters en mr. R. van de Scheur)
2. het college van B&W van de gemeente De Ronde Venen, (gem.: mr. G.K. Heger)
3. het college van B&W van de gemeente Utrechtse Heuvelrug, (gem.: mr. R. Kuipers en C. Lamoré)
4. het college van B&W van de gemeente Soest, (gem.: R. Tomasouw en mr. I. Welleman)
5. het college van B&W van de gemeente Bunnik, (gem.: mr. M. van den Herberg en J. van Rossum),
verweerders.

Procesverloop

Eiser heeft op 29 februari 2016 aan een groot aantal Nederlandse gemeenten, waaronder de hiervoor genoemde vijf, een verzoek op grond van de Wet hergebruik overheidsinformatie (Who) ingediend.

Bij besluit van 11 april 2016 (het primaire besluit 1) heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Leusden (Leusden) het verzoek toegewezen. Eiser heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Het bezwaar is bij besluit van 2 augustus 2016 (het bestreden besluit 1) ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 maart 2016 (het primaire besluit 2) heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente De Ronde Venen (De Ronde Venen) het verzoek gedeeltelijk toegewezen. Eiser heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Het bezwaar is bij besluit van 16 augustus 2016 (het bestreden besluit 2) ongegrond verklaard.

* N.N. Bontje is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn advocaten en notarissen.