

Aansprakelijkheid van de bestuurder van de penvoerder bij (niet) doorbetaling van subsidie

Rens Kloppenburg¹

Onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten worden vaak uitgevoerd in een samenwerkingsverband van verschillende organisaties. Regelmatig wordt Europese of nationale subsidie ter beschikking gesteld aan de deelnemers van deze projecten. Subsidieverstrekkers prefereren uit efficiëntieoverwegingen dan één aanspreek- en betalingspunt. Daarom wordt een penvoerder – op Europees niveau ‘Coördinator’ genoemd – aangesteld.² De penvoerder ontvangt onder andere de subsidie en verdeelt deze onder de projectpartners. De penvoerder is vaak een vennootschap. Het komt echter regelmatig voor dat subsidiegelden door de penvoerder niet tijdig worden doorbetaald en dat de penvoerder later niet (meer) in staat is dat te doen. De vraag is of de bestuurders van de penvoerder dan aansprakelijk zijn jegens de overige projectdeelnemers (subsidieontvangers) die hierdoor subsidie zijn misgelopen.

De rol en verplichtingen van de penvoerder

Het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies³ (het ‘Kaderbesluit’) definieert de penvoerder als een door het samenwerkingsverband aangewezen penvoerende persoon of organisatie.⁴ De penvoerder is vaak een van de deelnemers van het project. In het Kaderbesluit staan verschillende taken van de penvoerder, zoals het aanvragen van de subsidie, het ontvangen van (subsidie)beschikkingen, het indienen van rapportages bij de subsidieverstrekker en het – (mede) voor de (andere) projectdeelnemers – ontvangen van (voorschotten van) de subsidie.⁵ In Europese projecten waarbij de Europese Commissie subsidie verstrekt heeft de zogenaamde ‘Coördinator’ vaak een vergelijkbare rol.

Projectdeelnemers (de subsidieontvangers) zijn niet verplicht een samenwerkingsovereenkomst te sluiten indien zij een project uitvoeren waarvoor subsidie wordt verleend. De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (‘RVO’), die nationale en Europese subsidies en financieringsregelingen uitvoert, raadt dit echter wel aan en geeft

ook een voorbeeld samenwerkingsovereenkomst.⁶ In dit voorbeeld staat onder andere ‘... De penvoerder draagt zorg voor de inning en verdeling van de ontvangen subsidiebedragen op basis van de projectbegroting en in overeenstemming met de voorwaarden van de subsidieregeling ...’. Op Europees niveau is het zogenaamde ‘DESCA⁷ 2020 Model Consortium Agreement’ beschikbaar.⁸ Artikel 7.1.3 van dit model bepaalt onder andere ‘Payments to Parties are the exclusive tasks of the Coordinator,...’. Op het DESCA 2020 Model Consortium Agreement is doorgaans echter niet Nederlands maar Belgisch recht van toepassing.

De penvoerder ontvangt dus subsidie en dient deze door te betalen aan de projectdeelnemers. Het kan daarbij om aanzienlijke bedragen gaan. Het penvoederschap vereist een goede coördinatie en administratie. Vaak moeten er vele verschillende voorschotten en doorbetalingen plaatsvinden tijdens de duur van een project. Niet iedere penvoerder is hierop voldoende toegerust. Kleinere vennootschappen (MKB-ondernemers) treden soms op als penvoerder in grote projecten. Subsidieregelingen ver-

plichten soms ook dat een penvoerder een ondernemer⁹ of MKB-deelnemer¹⁰ is. In de nota van toelichting van het Kaderbesluit staat 'Indien een subsidie als nevendoeel heeft het versterken van de positie van het MKB, ligt het vereiste van een MKB-onderneming als penvoerder voor de hand.'¹¹ Het komt met regelmaat voor dat subsidiegelden niet terecht komen bij de beoogde subsidieontvanger. Desbetreffende subsidieontvanger kan dan uiteraard de penvoerder aanspreken. Deze kan echter dan insolvent zijn en niet (meer) in staat om de subsidie alsnog (door) te betalen. In dat geval wordt relevant of de subsidieontvanger de bestuurder van de penvoerder kan aanspreken.

Bestuurdersaansprakelijkheid en onrechtmatige daad

Een subsidieontvanger kan de bestuurder van een penvoerder (de vennootschap) dan aanspreken op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). De Hoge Raad

Deze zware maatstaf geldt in principe ook voor aansprakelijkheid van de bestuurder van een penvoerder die subsidiegelden niet heeft doorbetaald

heeft overwogen: 'Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder

naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is.'¹² De Hoge Raad heeft daar aan toegevoegd 'Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen'.¹³

Deze zware maatstaf geldt in principe ook voor aansprakelijkheid van de bestuurder van een penvoerder die subsidiegelden niet heeft doorbetaald. De bestuurder handelt bij deze doorbetaling immers in de uitoefening van zijn taak als bestuurder van een penvoerder. In dit geval wordt ook gesproken van 'secundair' daderschap van de bestuurder.¹⁴

De vraag of er sprake is van 'persoonlijke ernstige verwijtbaarheid' dient in beginsel te worden beoordeeld aan de hand van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.¹⁵ Volgens vaste rechtspraak kan persoonlijk ernstig verwijt aan de orde zijn in het geval dat de bestuurder:

- (i) namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en bij het aangaan daarvan wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (de 'Beklamel-norm')¹⁶ of
- (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade berokkent.¹⁷

De Hoge Raad heeft bij deze tweede categorie aangegeven: 'In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door

Auteur

1. Mr. L.F. Kloppenburg is advocaat bij Groenendijk en Kloppenburg Advocaten en als advocaat betrokken bij geschillen en procedures over dit onderwerp.

Noten

2. www.rvo.nl/subsidies-regelingen/subsidiespelregels/penvoerder (laatst bijgewerkt op 9 april 2015).
3. Op grond van de Kaderwet EZ-subsidies.
4. Art. 1 Kaderbesluit.
5. Respectievelijk art. 20, 29, 39 lid 2, 45 lid 2 en 51 lid 2 Kaderbesluit nationale EZ-subsidies.

Noten

6. www.rvo.nl (laatst bijgewerkt op 2 juni 2015).
7. Development of a Simplified Consortium Agreement.
8. www.desca-2020.eu/about-desca/ (laatst bijgewerkt 9 april 2015).
9. Bijv. art. 3.8.3 Regeling nationale EZ-subsidies. Art. 1 Kaderbesluit definieert een ondernemer als 'een natuurlijke persoon, een rechtspersoon of een vennootschap, die een onderneming in stand houdt, niet zijnde een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld'.

10. Bijv. art. 4.2.107 lid 4 Regeling nationale EZ-subsidies.
11. Nota van toelichting bij Besluit van 21 november 2008, houdende regels voor het verstrekken van subsidies door de Minister van Economische Zaken op het gebied van het technologiebeleid, het beleid met betrekking tot het midden- en kleinbedrijf en het ruimtelijk economisch beleid (Kaderbesluit EZ-subsidies), *Stb.* 2008, 499, p. 33.
12. Bijvoorbeeld HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, r.o. 3.3.3.
13. Bijvoorbeeld HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, r.o. 3.5.2.

14. Concl. A-G Timmerman, randnummer 4.8, bij HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 (*Spaanse Villa*).
15. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, r.o. 4.3. HR 10 januari 1997 *NJ* 1997/360 (*Staleman vs. Van de Ven*), r.o. 3.3.1.
16. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*). HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services BV vs. verweerder*).
17. HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 (*Spaanse Villa*), r.o. 3.4.1.

hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.¹⁸ Bij deze tweede categorie moet dus steeds rekening worden gehouden met alle omstandigheden.¹⁹

Beklamel-norm

De eerste categorie zal in onderhavig geval normaliter niet aan de orde zijn. De bestuurder weet tijdens het aangaan van de afspraak om subsidiegelden door te betalen immers doorgaans niet dat de penvoerder niet aan deze verplichting zal kunnen voldoen omdat op dat moment dit subsidiegeld nog door de subsidieverstrekker aan de penvoerder ter beschikking zal worden gesteld, waardoor de penvoerder deze verplichting juist zal kunnen nakomen. Wellicht kan dit in specifieke gevallen anders zijn, bijvoorbeeld als de bestuurder dan weet dat de subsidie zal worden gestort op een bankrekening van een penvoerder met een negatief saldo waarna doorbetaling van deze rekening niet mogelijk is terwijl de penvoerder onvoldoende andere middelen zal hebben om aan de doorbetalingsverplichting te voldoen.

Niet of selectief betalen levert op zichzelf geen persoonlijk ernstig verwijt op, daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig

Verhaalsfrustratie

De tweede categorie wordt ook wel verhaalsfrustratie genoemd. In dit kader wordt voorop gesteld dat het een bestuurder in beginsel, totdat het faillissement van de vennootschap onafwendbaar is en de vennootschap in feitelijke insolventie verkeert,²⁰ vrijstaat om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.²¹ De Hoge Raad heeft overwogen dat de stelling, dat de directeur van een vennootschap zich persoonlijk schuldig maakt aan een onrechtmatige daad tegenover een schuldeiser, wanneer hij er niet op toeziet dat de vennootschap tijdig haar financiële verplichting tegenover de schuldeiser nakomt, in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard.²²

De Hoge Raad heeft zoals aangegeven bij verhaalsfrustratie gesteld dat in ieder geval sprake kan zijn van persoonlijk ernstig verwijt indien de bestuurder objectieve wetenschap heeft dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden. De bestuurder wordt in onderhavig geval verweten subsidie middels de penvoerder niet door te betalen. Op het moment dat deze doorbe-

talingsverplichting van de penvoerder ontstaat, welk moment doorgaans is opgenomen in de samenwerkingsovereenkomst, en wordt geschonden staat deze objectieve wetenschap van de bestuurder niet vast indien dan niet vaststaat dat de penvoerder later alsnog niet zal doorbetalen en/of geen verhaal zal bieden. Hoewel door de niet betaling op het moment van ontstaan van de doorbetalingsverplichting wel een risico ontstaat dat de penvoerder later deze verplichting niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, staat op dat moment niet (altijd) vast dat dit risico zich zal verwezenlijken.

Deze objectieve wetenschap is, zoals gesteld, echter geen noodzakelijke voorwaarde voor het aannemen van persoonlijk ernstig verwijt. Op grond van de aard van de normschending en (overige) omstandigheden, die hieronder aan de orde komen, kan mijns inziens ook zonder deze objectieve wetenschap een persoonlijk ernstig verwijt worden aangenomen in de zin van betalingsonwil c.q. selectieve wanbetaling en/of omdat de bestuurder er niet voldoende zorg voor heeft gedragen dat de penvoerder de subsidie doorbetaalt.²³

Betalingsonwil en selectieve wanbetaling

Bij betalingsonwil of selectieve wanbetaling wordt, ondanks bovengenoemde beleidsvrijheid van de bestuurder, onder omstandigheden een persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurder aangenomen jegens een of enkele specifieke schuldeisers van de vennootschap waarvan de vordering niet wordt voldaan door de vennootschap. Bij betalingsonwil kan worden gedacht aan het geval dat een bestuurder zonder goede reden heeft verhinderd dat de vennootschap haar verbintenis jegens een schuldeiser nakomt.²⁴ Bij selectieve wanbetaling is er sprake van onwil van de bestuurder om een of meerdere crediteuren van de vennootschap te betalen, terwijl de rest wel wordt voldaan.²⁵ Selectieve wanbetaling impliceert zo in principe betalingsonwil. Niet of selectief betalen levert op zichzelf geen persoonlijk ernstig verwijt op, daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.²⁶

De penvoerder en de subsidieontvanger komen eerst overeen dat de penvoerder de subsidie zal ontvangen en doorbetalen, doorgaans in de samenwerkingsovereenkomst. De subsidieverstrekker betaalt de subsidie daarna op de rekening van de penvoerder. De penvoerder zou de subsidie vervolgens op een in de samenwerkingsovereenkomst overeengekomen moment aan de subsidieontvanger moeten door betalen.

Betalingsonwil van de betrokken bestuurder kan ten eerste aan de orde zijn indien op het moment dat de penvoerder moet doorbetalen zij dit ook kon maar deze bestuurder dit desondanks niet heeft gedaan. Het niet doorbetalen komt dan immers door onwil van deze bestuurder aangezien hij wel kan betalen. De onderstaande (bijkomende) omstandigheden omtrent de doorbetaling van subsidiegelden zorgen dan in beginsel voor een persoonlijk ernstig verwijt bij deze betalingsonwil.

Betalingsonwil kan ook worden aangenomen indien de penvoerder, op het moment dat zij de subsidie moet doorbetalen, geen (subsidie)gelden meer in bezit heeft om (door) te betalen, waardoor er sprake is van betalingsonmacht, terwijl deze betalingsonmacht haar oorzaak vindt



© Milos Luzanin / Alamy

in betalingsonwil van de bestuurder,²⁷ bijvoorbeeld haar oorzaak vindt in het feit dat de bestuurder de subsidie heeft onttrokken aan de penvoerder ten behoeve van zichzelf. De betalingsonwil blijkt dan uit dit onttrekken van gelden hetgeen ook dan in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt van de betrokken bestuurder oplevert.

Betalingsonwil kan echter niet worden aangenomen indien de penvoerder, op het moment dat de penvoerder subsidie moet doorbetalen, in betalingsonmacht verkeert terwijl deze onmacht niet haar oorzaak vindt in onwil van de bestuurder. De bestuurder wil dan wellicht betalen maar kan dit niet zodat geen sprake is van onwil.

Echter, ook indien geen sprake is van betalingsonwil c.q. selectieve wanbetaling kan de betrokken bestuurder van de penvoerder wegens onderstaande (bijkomende) omstandigheden een persoonlijk ernstig verwijt treffen bij niet doorbetalen van subsidie, omdat hij onvoldoende heeft zorggedragen dat deze doorbetaling heeft plaatsgevonden.

Omstandigheden doorbetaling subsidiegelden

In de eerste plaats heeft de penvoerder subsidiegelden onder zich gekregen om deze te verstrekken aan de subsidieontvanger. Artikel 51 lid 2 Kaderbesluit bepaalt '*Indien subsidieontvangers samenwerken in een samenwerkingsverband, betaalt Onze Minister het subsidiebedrag via de penvoerder aan de subsidieontvanger. Deze betaling geldt als betaling aan de subsidieontvanger*'.²⁸ De penvoerder fungeert met andere woorden slechts als een 'doorgeefluik' van subsidiegelden. Het betreft het hier dus geen 'gewone' debiteurenbetaling aan de penvoerder waarbij de penvoerder in principe zelf mag bepalen hoe deze aan te wenden. In dit verband kan worden betoogd dat niet alleen de penvoerder maar ook haar bestuurder in de verhouding tot de subsidieontvanger zijn vrijheid om te bepalen welke schuldeisers zullen worden voldaan, heeft opgegeven.²⁹

18. HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger vs. Roelofsen), r.o. 3.5.

19. Zo ook J.B. Wezeman, annotatie bij HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger vs. Roelofsen), randnummer 2.

20. In de literatuur wordt in dit verband ook wel verwezen naar een 'omslagpunt' of 'peildatum' waarna de vrijheid om te bepalen welke schuldeisers moeten worden betaald met het oog op paritas creditorum is beperkt. Bijv. M. Olaerts, *Vennootschap-*

pelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders (diss. Maastricht), Antwerpen-Oxford: Intersentia 2007, p. 179.

21. HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (ING vs. Zandvliet), r.o. 4.1.2.

22. HR 13 juni 1986, NJ 1986/825 (De Leeuw vs. Wijnen BV).

23. Zo ook Rb. Gelderland 28 april 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP4204, r.o. 4.10 en

4.11 waarbij subsidiegelden werden gebruikt om schulden van dochterondernemingen van de penvoerder te betalen.

24. HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning vs. Van der Vliet).

25. Bijv. F.F.A. Smetsers, 'Selectieve betaling in het zicht van faillissement', *JutD* 2012, afl. 1.

26. HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger vs. Roelofsen). Zie ook S.M. Bartman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid

wegens selectieve (wan)betaling', annotatie bij HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (Zandvliet vs. ING), AA 2011, p. 127.

27. HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning vs. Van der Vliet).

28. Zie wat betreft voorschotten een vergelijkbare bepaling in art. 45 lid 2 Kaderbesluit.

29. Vergelijk Concl. A-G Timmerman bij HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (ING vs. Zandvliet), randnummer 3.5.

De bestuurder heeft een eigen verantwoordelijkheid voor rechtmatige en doelmatige besteding van de subsidiegelden

Het geld is verder niet alleen bestemd voor een bepaalde subsidieontvanger, maar ook voor een bepaald doel. Niet alleen de penvoerder, maar ook de bestuurder zal zich rekenschap moeten geven van het doel waarvoor de middelen zijn verstrekt en daarmee zorgvuldig moeten omgaan.³⁰ De bestuurder heeft een eigen verantwoordelijkheid voor rechtmatige en doelmatige besteding van de subsidiegelden.³¹ Het is in strijd met dit doel indien dit geld aan andere debiteuren zou toekomen of, erger nog, indien de bestuurder zichzelf hiermee zou verrijken. Enig vennootschappelijk doel zou geen rechtvaardiging mogen zijn om subsidiegelden aan te wenden voor een ander doel dan waarvoor die bestemd zijn.

Een van de redenen van de Hoge Raad om de hoge drempel van ernstig verwijt aan te nemen is, zoals aangegeven, dat bestuurders hun handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen moeten laten bepalen. De bestuurder van de penvoerder die subsidiegelden moet doorbetalen kan zich er in dit verband echter niet op beroepen dat hij in het kader van vennootschapsbeleid enige vrijheid zou moeten hebben om de subsidie aan te wenden voor doeleinden waarvoor subsidie niet is bedoeld. Risicovol en niet-defensief handelen met subsidiegelden dient juist zo veel mogelijk te worden beperkt. Indien deze gelden niet worden doorbetaald kan in dit verband worden gesteld dat eerder is voldaan aan de maatstaf van een ernstig verwijt dan indien het om geld zou gaan dat de vennootschap zelf gegenereerd had.

Een bestuurder kan ook een ernstig verwijt treffen in verband met onrechtmatig handelen van de vennootschap.³² De penvoerder kan in dit verband onrechtmatig handelen indien zij artikel 51 lid 2 Kaderbesluit schendt. Artikel 6:163 BW bepaalt echter dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade die benadeelde heeft geleden (het relativiteitsvereiste). De Hoge Raad heeft bepaald dat bij de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan het aankomt *'op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt'*.³³ Uit de nota van toelichting van het Kaderbesluit lijkt dat de norm van artikel 51 lid 2 Kaderbesluit strekt tot voorkoming dat de subsidieontvanger, indien deze geen of onvoldoende subsidie ontvangt terwijl deze wel aan de penvoerder is betaald, deze subsidie alsnog gaat vorderen bij de subsidiegever: *'De subsidieontvanger kan dus niet nogmaals om betaling vragen als hij, om welke reden dan ook, geen geld ontvangt dat aan de penvoerder is betaald.'*³⁴ Desalniettemin zorgt een bestuurder die bewerkstelligt of toelaat dat subsidiegelden niet worden doorbetaald door de penvoerder, dat deze penvoerder in strijd met en/of niet in de geest van dit artikel handelt. De Hoge Raad heeft overigens bepaald dat eventuele onbekendheid met een bepaalde wettelijke regel mede van belang kan zijn bij het aanne-

men van een persoonlijk ernstig verwijt van een bestuurder.³⁵ Een bestuurder van een penvoerder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult dient zich echter volgens mij te vergewissen van relevante regelgeving omtrent het penvoederschap en subsidies waarnaar overigens ook doorgaans wordt verwezen in het subsidiebesluit dat is gericht tot (het bestuur van) de penvoerder.

Bovendien wordt zo ook in strijd gehandeld met het subsidiebesluit waarin normaliter, mede in het belang van de subsidieontvanger(s), staat welke subsidiebedragen aan welke subsidieontvanger toekomen. Dit zou als zwaarwegende omstandigheid moeten worden meegewogen bij de vraag of persoonlijk ernstig verwijt in het kader van artikel 6:162 BW jegens de betreffende subsidieontvanger aan de orde is. In (lagere) jurisprudentie is het handelen in strijd met een aanwijzing van de minister (aan de rechtspersoon) reeds als een zwaarwegende omstandigheid meegewogen bij de vraag of van een ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder jegens de rechtspersoon sprake is geweest³⁶ en bij de vraag of van ernstige verwijtbaarheid in het kader van artikel 6:162 BW sprake is.³⁷

Er bestaat tenslotte een aanzienlijke kans dat de subsidieontvanger met een projectverlies zal achterblijven indien zij de subsidiegelden niet zal ontvangen. Subsidie maakt vaak een aanzienlijk onderdeel uit van de projectbegroting. De subsidieontvanger is wat betreft de ontvangst van de subsidie mede afhankelijk van de penvoerder en kan niet nogmaals om betaling vragen bij de subsidiegever.

Doorbetalen, geen doorbetaling verhinderen en preventief optreden

De bestuurder dient zich op grond van bovengenoemde omstandigheden voor zover mogelijk niet alleen te onthouden van het niet doorbetalen en/of verhinderen van de doorbetaling, hetgeen meer in de richting van betalingsonwil c.q. selectieve wanbetaling ligt, maar ook heeft hij de verplichting voldoende te zorgen dat subsidiegelden niet wegvloeien en kunnen worden doorbetaald. Deze (zorg)plicht dient dus preventief optreden te omvatten hetgeen verder strekt dan het enkel betrachten van zorgvuldigheid.³⁸ De bestuurder zou in verband met deze zorgplicht subsidiegelden op een aparte bankrekening van de penvoerder moeten storten.³⁹ Daarnaast zou hij zich moeten onthouden van handelingen die er voor zorgen dat de gelden van deze rekening verdwijnen voor een niet beoogd doel en deze gelden moeten doorbetalen zodra dat verplicht is. Indien de bestuurder niet op deze wijze voldoet aan deze zorgplicht treft hem mijn inziens in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt.

Er wordt op deze manier niet voorkomen dat de subsidiegelden in het faillissement van de penvoerder vallen. Om dat te bewerkstelligen zou de subsidie buiten het vermogen van de penvoerder moeten blijven en bijvoorbeeld via een derdengeldrekening moeten worden doorbetaald.

Dit lijkt echter niet toegestaan omdat de penvoerder juist is aangesteld om de subsidie te verdelen; artikel 51 lid 2 Kaderbesluit bepaalt dat de subsidie via de penvoerder aan de subsidieontvanger wordt betaald en de penvoerder (soms) een ondernemer moet zijn.

Persoonlijk verwijt

Collectieve (hoofdelijke) aansprakelijkheid van het bestuur is bij persoonlijke ernstige verwijtbaarheid niet aan de orde.⁴⁰ Per bestuurder dient aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden vastgesteld of een dergelijk verwijt aan de orde is. Bovengenoemde (zorg)verplichting(en) rust(en) in het licht van bovengenoemde omstandigheden mijn inziens niet alleen op de bestuurder die namens de penvoerder de doorbetalingsverplichting is overeengekomen maar ook op de (overige) (mede)bestuurders. Deze (mede)bestuurder dient in dit verband wel (objectieve) wetenschap te hebben van deze verplichtingen en in staat te zijn deze te voldoen zodat hij in deze zin voldoende betrokken is. Deze wetenschap zou

Deze (zorg)plicht dient dus preventief optreden te omvatten hetgeen verder strekt dan het enkel betrachten van zorgvuldigheid

snel moeten worden aangenomen aangezien hij zich als goed bestuurder enigszins op de hoogte zou moeten stellen van hetgeen er binnen de vennootschap gebeurt terwijl het optreden als penvoerder met alle besluiten en subsidiebetalingen snel zou (moeten) worden opgemerkt door een bestuurder. Indien de bestuurder niet de mogelijkheid heeft om in te grijpen, omdat de bestuurder bijvoorbeeld afhankelijk is van andere bestuurders, dient hij in ieder

geval voldoende aan te dringen op naleving van de betalingsverplichting en de zorgplicht en op te stappen indien desondanks die verplichting niet wordt nageleefd.⁴¹

Vereisten aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de bestuurder van de penvoerder is naast onrechtmatige daad, ook toerekenbaarheid, schade en causaal verband met betrekking tot schade vereist.⁴² Toerekening van de onrechtmatige daad op grond van bovengenoemde omstandigheden aan de betrokken bestuurder is gebaseerd op schuld.⁴³ De schade die daaruit voortvloeit zou het bedrag (en rente) kunnen zijn dat de subsidieontvanger daardoor is misgelopen nu de vennootschap niet (meer) in staat is deze door te betalen.⁴⁴ Zoals aangegeven, zijn bij de tweede categorie van bestuurdersaansprakelijkheid (verhaalsfrustratie) alle omstandigheden relevant. Wellicht kunnen er in een specifiek geval (bijkomende) omstandigheden aan de orde zijn waardoor kan worden betoogd dat toch geen onrechtmatigheid aan de orde is of dat door omstandigheden geen schade is ontstaan door de onrechtmatige daad dan wel dat omstandigheden een rechtvaardigingsgrond (artikel 6:162 lid 2) of schulditsluitingsgrond (artikel 162 lid 3 BW) opleveren. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een externe oorzaak – bijvoorbeeld een beslaglegging op de bankrekening van de penvoerder waarop de subsidie staat – waardoor gelden niet van de bankrekening van de penvoerder kunnen worden doorbetaald. Indien sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurder lijkt mij het bestaan van een schulditsluitingsgrond overigens moeilijk denkbaar.

Stelplecht en bewijs

Tenslotte nog enkele opmerkingen ten aanzien van bewijs. Artikel 150 Rv bepaalt *'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit'*. De subsidieontvanger dient dus feiten te stellen voor een onrechtmatige daad (persoonlijk ernstig verwijt) toerekenbaarheid en (causaal verband met) de schade. Het

30. Vergelijk A. Hendriks, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (eds.), *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek, Deventer: Kluwer 2010, p. 48-49.
31. Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138, r.o. 3.4.3.
32. HR 23 november 2012, NJ 2013/302 (Spaanse Villa), r.o. 3.4.1.
33. HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.
34. Nota van toelichting bij Besluit van 21 november 2008, houdende regels voor het verstrekken van subsidies door de Minister van Economische Zaken op het gebied van het technologiebeleid, het beleid met betrekking tot het midden- en kleinbedrijf

en het ruimtelijk economisch beleid (Kaderbesluit EZ-subsidies), *Stb.* 2008, 499, p. 39.
35. HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, r.o. 3.3.3.
36. Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, r.o. 5.2.12. Zie ook D.N. de Boer & A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector' in: *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2014, nr. 3, p. 27.
37. Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, m.n. r.o. 4.6. en 4.26.
38. Vergelijk J.B. Huizink, 'Concern, aansprakelijkheid en zorgplicht' in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (eds.), *De*

insolvente vennootschap, Insolad Jaarboek, Deventer: Kluwer 2010, p. 166.
39. Zoals ook in het DESCA model staat. Het Ministerie van Economische Zaken raad aan 'Maak in de overeenkomst duidelijke afspraken over... de bankrelaties en nummers waarop betalingen worden gedaan': Ministerie van Economische Zaken, samenvatting: J.H.A.A. Uitzetter, *R&D-samenwerking, goed geregeld?* 2008, te vinden op www.rvo.nl (laatst bijgewerkt op 9 april 2015).
40. HR 8 januari 1999, NJ 1999/318 (Pelco vs. Sturkenboom), m.nt. J.M.M. Maeijer.
41. S.N. de Valk: *Aansprakelijkheid van leidinggevend naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maat-*

staven, Deventer: Kluwer 2009, p. 95.
42. Art. 6:162 BW. De relativiteit (6:163 BW) is gericht op handelen in strijd met een wettelijke norm, zie A.L.M. Keirse, J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriensdorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 78.
43. Vergelijk F.M.J. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 666.
44. *Conditio sine qua non* verband en art. 6:98 BW lijkt voldaan. In het specifieke geval kan 6:109 BW (matiging) en/of art. 6:101 BW (eigen schuld) relevant zijn.

bewijsrisico rust op de subsidieontvanger: indien persoonlijk ernstig verwijt niet wordt bewezen treedt het rechtsgevolg, onrechtmatige daad, niet in. Bij een rechtvaardigingsgrond ligt de stel- en bewijslast echter bij de bestuurder aangezien dan sprake is van een 'bevrijdende' omstandigheid waarbij de bestuurder feiten aanvoert voor een andere grond (rechtsregel) waardoor aansprakelijkheid niet aan de orde is. De rechter kan de subsidieontvanger tegemoet komen door een feitelijk vermoeden, waarbij de rechter op grond van hetgeen is overgelegd feiten voorhands als vaststaand aanneemt of uit meerdere vaststaande feiten een ander niet vaststaand feit aanneemt. De subsidieontvanger kan in bewijstechnische zin ook tegemoet worden gekomen met een verzwaarde motiveerings- of stelplicht aan de kant van de bestuurder, waarbij deze wordt verplicht bij de betwisting feiten te verschaffen die de subsidieontvanger helpen bij het vervullen van de op haar rustende bewijslast.⁴⁵

De subsidieontvanger dient voor het persoonlijk ernstig verwijt in beginsel te stellen en te bewijzen: de verplichting van de penvoerder om subsidie door te betalen, de ontvangst van de penvoerder van deze subsidie, dat de penvoerder deze verplichting heeft geschonden en (boven genoemde) betrokkenheid van de bestuurder daarbij. Om het risico van te weinig stellen te vermijden en omdat alle omstandigheden bij het aannemen van een persoonlijk ernstig verwijt relevant zijn, kan de subsidieontvanger ook stellen dat de bestuurder geen of onvoldoende maatregelen heeft getroffen om zorg te dragen voor (door)betaling en de afwezigheid van externe – buiten de bestuurder gelegen – oorzaken van de niet (door)betaling.⁴⁶ Betoogd kan worden dat het aan de bestuurder is om in het kader van haar verweer aan te voeren dat zij wel voldoende maatregelen heeft getroffen en/of dat een externe oorzaak gelegen was aan de niet doorbetaling.⁴⁷ De rechter kan in dit verband een verzwaarde motiverings- of stelplicht aan de bestuurder opleggen omdat deze feiten doorgaans in het domein van de bestuurder liggen.

Indien de subsidieontvanger betalingsonwil ten grondslag legt aan haar vordering zou de rechter uit het feit dat subsidiegeld is ontvangen door de penvoerder als feitelijk vermoeden kunnen aannemen dat de penvoerder aan haar doorbetalingsverplichting kon voldoen op het moment dat deze verplichting ontstond en er in deze zin geen sprake was van betalingsonmacht.⁴⁸ De bestuurder van de penvoerder kan vervolgens tegenbewijs aanvoeren en dit feitelijk vermoeden daarmee ontzenuwen. De bestuurder hoeft dan geen bewijs van het tegendeel te leveren. In dit kader wordt verwezen naar het arrest *Van Waning vs. Van Vliet*⁴⁹ waarin de Hoge Raad heeft overwo-

gen dat de bewijspositie van de schuldeiser kan worden verlicht door van degene die (in de relevante periode) het beleid en de gang van zaken bij de nalatige vennootschap heeft kunnen bepalen, te verlangen dat hij aannemelijk maakt – en dus niet aantoot⁵⁰ – dat de vennootschap niet in staat was haar crediteur te betalen of verhaal te bieden. Indien de subsidieontvanger zich (primaair of subsidiair) beroept op schending van genoemde zorgplicht is het feit dat niet betaald kon en/of kan worden door de penvoerder niet relevant. Het (persoonlijk) ernstig verwijt is in dat geval immers dat de bestuurder onvoldoende heeft gedaan om dit te voorkomen.

Conclusie

Het komt met enige regelmaat voor dat de subsidieverstrekker subsidiegelden aan de penvoerder verstrekt om door te betalen aan subsidieontvanger(s) en dat de penvoerder deze doorbetalingsverplichting schendt en vervolgens insolvent raakt.

In dat geval kan in beginsel op grond van betalingsonwil c.q. selectieve wanbetaling een persoonlijk ernstig verwijt van de betrokken bestuurder worden aangenomen tenzij er bij de doorbetalingsverplichting sprake is van betalingsonmacht die niet haar oorzaak vindt in onwil van deze bestuurder. Deze bestuurder treft dan echter mijns inziens (ook) een dergelijk verwijt indien hij genoemde zorgplicht heeft geschonden. Onder deze zorgplicht dient te worden verstaan dat deze bestuurder de subsidie op een aparte bankrekening moet storten, zich moet onthouden van onttrekken van deze gelden voor doeleinden waarvoor deze niet zijn bestemd en deze gelden moet doorbetalen zodra dat verplicht is.

Subsidieverstrekkers, bestuurders van penvoerders en subsidieontvangers hebben er belang bij dat deze situaties, waarbij subsidiegelden niet worden aangewend voor het doel waarvoor zij zijn bestemd en rechtszaken tegen bestuurders ontstaan, worden voorkomen. Partijen zouden daarom in de samenwerkingsovereenkomst in ieder geval overeen moeten komen dat subsidie op een aparte bankrekening wordt gestort zodat de kans groter is dat dit in de praktijk ook gebeurt. Bovendien zouden zij overeen moeten komen dat subsidie zo spoedig mogelijk wordt doorbetaald.

De regelgevende instanties zouden in dit kader ook minder of niet kunnen verplichten dat penvoerders (MKB) ondernemers moeten zijn zodat bijvoorbeeld (publieke) onderzoeks- en ontwikkelingsinstellingen, die doorgaans meer ervaring hebben met penvoerderschap en waarbij het insolventierisico in het algemeen kleiner is dan bij kleinere vennootschappen, (vaker of altijd) als penvoerder kunnen optreden. •

⁴⁵ H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 245.

⁴⁶ Vergelijk H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk proces-*

recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 235.

⁴⁷ Vergelijk HR 27 februari 2015,

ECLI:NL:HR:2015:499 (*ING vs. Verweerd*), r.o. 3.3.3.

⁴⁸ Overigens kan zoals aangegeven ook bij

betalingsonmacht sprake zijn van betalingsonwil.

⁴⁹ HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (*Van Waning vs. Van der Vliet*).

⁵⁰ Zie ook G.J.R. Kalsbeek, 'Bestuurders-

aansprakelijkheid en bewijs; een verzwaarde motiveringsplicht voor bestuurders?' *O&F* 2006, nr. 71, p. 33.