

Gemeente Westerwolde
T.a.v. de heer J. Kalk
Postbus 14
9550 AA SELLINGEN

Per e-mail: j.kalk@westerwolde.nl

mr. K. Timmer
Advocaat
Tel.: 050-5997942
Fax: 050-5997977
k.timmer@trip.nl
trip.nl

Groningen, 12 januari 2022

Inzake : Gemeente Westerwolde / advies fondsen
Onze ref. : 32102025/KT
Documentnr. : 70281069v1

Geachte heer Kalk,

I. Inleiding

De gemeente Westerwolde is bezig kaders te ontwikkelen voor de inrichting van gebieds- en duurzaamheidsfondsen in de gemeente. Deze (nog op te richten) fondsen worden gevuld met opbrengsten uit zonneparken en eventueel met de opbrengsten uit leges en OZB. Het is de bedoeling dat de gelden ten goede komen aan omwonenden van de betreffende parken (via het gebiedsfonds) en andere inwoners van de gemeente (via het gemeentebreed duurzaamheidsfonds), die deze gelden mogen gebruiken voor activiteiten op het gebied van duurzaamheid, biodiversiteit en leefbaarheid.

U heeft ons gevraagd te adviseren over enkele juridische aspecten met betrekking tot de inrichting van deze fondsen. Meer specifiek heeft u ons gevraagd of deze fondsen beheerst (moeten) worden door het publiekrecht of het privaatrecht, daarbij mede rekening houdend met onder meer aspecten rond aanbesteding en staatssteun. Daarnaast heeft u ons gevraagd of het is toegestaan dat de gemeente de OZB- en legesopbrengsten uit zonneparken in de fondsen stort.

Graag gaan wij in het navolgende in op de door u gestelde vragen.

II. Feiten en omstandigheden Westerwolde

In 2019 heeft de raad van Westerwolde de “Beleidsnotitie zonneparken en kleine windmolens Gemeente Westerwolde” (hierna: “**de Beleidsnotitie**”) vastgesteld.¹ Uit de Beleidsnotitie volgt onder meer dat financiële participatie wordt ingezet om de lusten en lasten van zonneparken evenrediger te verdelen. Onder participatie wordt volgens de Beleidsnotitie verstaan: de mogelijkheid van omwonenden om – al dan niet financieel – profijt te hebben van een zonnepark. Daarbij worden drie opties onderscheiden:

- Financiële participatiegemeenschap – financieel rendement participanten
- Duurzaamheidsfonds – afgesproken bedrag per MW in fonds voor duurzaamheids- en gebiedsprojecten
- Spin-off mogelijkheden – werk met werk maken (fietsroutes, landschapsonwikkeling)

Voor dit advies is de tweede bulletpoint van belang. Op 10 november 2021 heeft de gemeenteraad van Westerwolde de “Kadernotitie gemeentebreed duurzaamheidsfonds en gebiedsfondsen Westerwolde” (hierna: “**de Kadernotitie**”) vastgesteld, waarin kaders en uitgangspunten voor de opzet van een gemeentebreed duurzaamheidsfonds (hierna: “**het Duurzaamheidsfonds**”) en meerdere gebiedsfondsen zijn opgenomen. In de Kadernotitie is opgenomen dat wordt gestreefd naar 50% lokaal eigendom. Als dit niet lukt, wordt een bijdrage gevraagd aan het fonds. Uit onderdeel 2.3 van de Kadernotitie volgt het uitgangspunt dat de opbrengsten worden verdeeld: 50% naar de gebiedsfondsen in de directe omgeving en 50% naar het Duurzaamheidsfonds. De beide fondsen worden aldus in beginsel gevuld met gelden afkomstig uit zonneparken.

Opbrengsten OZB en leges in fondsen

Op 27 juni 2017 is door de raad van de voormalige gemeente Vlagtwedde een amendement aangenomen, waaruit volgt dat het college een duurzaamheidsfonds moet inrichten waarin de opbrengsten van de leges en de OZB van energieprojecten worden gestort ten behoeve van het aanmoedigen en ondersteunen van (kleinschalige en lokale) initiatieven op het gebied van duurzaamheid inzake energiemaatregelen, tot een nader te bepalen maximum bedrag. Uit de door u verstrekte informatie begrijpen wij dat u onderzoekt of deze middelen inderdaad in de fondsen (kunnen) worden gestort. U heeft ons gevraagd of dat is toegestaan. Daarover het volgende.

De OZB is een algemene belasting die wordt geheven zonder dat de gemeente een concrete individuele tegenprestatie levert. Artikel 220 Gemeentewet biedt de grondslag voor deze belastingheffing. De inkomsten uit OZB worden toegevoegd aan de algemene middelen van de gemeente en de gemeente mag zelf bepalen waaraan de opbrengst van deze belasting wordt besteed. Wij zien aldus geen (juridische) belemmeringen om de opbrengsten uit OZB te storten in de fondsen.

¹ Te raadplegen via: <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR623627/1?&show-wti=true>.

Leges daarentegen, zijn retributies (rechten) die op grond van artikel 229, eerste lid, onderdeel b, Gemeentewet worden geheven ter zake van het genot van door of vanwege het gemeentebestuur verstrekte diensten.² Het onderscheid tussen belastingen en retributies is in het algemeen gebaseerd op het wel of niet aanwezig zijn van een relatie met een verkregen individueel nut. Belastingen zijn afdwingbare betalingen aan de overheid met een algemeen karakter, waarvan de opbrengsten ten goede komen aan de algemene middelen. Retributies zijn betalingen die de overheid krachtens algemene regels vordert voor individueel bewezen diensten zoals, in dit geval, de behandeling van vergunningaanvragen ten behoeve van zonneparken. Anders dan bij een belasting, mag de opbrengst van een retributie uitsluitend gebruikt worden voor het doel waarvoor zij is ingesteld.³

De opbrengsten uit leges mogen aldus niet worden gebruikt om daarmee de fondsen te vullen. Wij menen echter dat in feite hetzelfde resultaat kan worden bereikt door een bedrag dat gelijk is aan de legesopbrengsten uit de algemene middelen te dekken en in de fondsen te storten. Voor een dergelijke constructie zien wij op voorhand geen juridische belemmeringen.

III. Algemeen: inrichting fonds

In de eerste plaats merken wij op dat een wettelijke regeling met betrekking tot gebiedsfondsen ontbreekt. Het staat de betrokken partijen daarom in grote mate vrij om de vormgeving van een dergelijk fonds te bepalen. In de praktijk blijkt dat de vormgeving van een fonds van geval tot geval verschilt, afhankelijk van de specifieke situatie en de wensen van de betrokken partijen.⁴

In het navolgende bespreken wij de situatie waarin een fonds door de gemeente wordt beheerd, en de situatie waarin de beherende entiteit een privaatrechtelijke rechtspersoon is.

Beheer door gemeente

Een van de mogelijkheden is om het fonds te laten beheeren door de gemeente. In die situatie verstrekt (doorgaans) het college op aanvraag financiële middelen met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager. Op het verstrekken van financiële middelen is het geschreven en ongeschreven publiekrecht van toepassing, waaronder de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De beslissing op een aanvraag van een derde kwalificeert als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Bovendien is een dergelijke financiële verstrekking aan te merken als

² Artikel 229b Gemeentewet bepaalt dat in verordeningen op grond waarvan rechten als bedoeld in artikel 229, eerste lid, onder a en b, worden geheven, de tarieven zodanig worden vastgesteld dat de geraamde baten van de rechten niet uitgaan boven de geraamde lasten ter zake. De opbrengsten van de leges mogen dus maximaal kostendekkend zijn.

³ *Kamerstukken II 1996/97, 25011 nr. 2*, te raadplegen via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25011-2.html>. Zie ook: <https://vng.nl/artikelen/retributies>.

⁴ Zie voor enkel praktijkvoorbeelden ook D.E. Bakker en H.D. Tolsma, Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken - Pecunia non olet?, TO 2021/03.

een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb, waarop titel 4.2 van de Awb van toepassing is.⁵ Het ligt voor de hand om voor het verstrekken van de middelen een subsidieregeling op te stellen, waarin onder meer de voorwaarden voor het verkrijgen van een subsidie, het beoordelingskader, de aan de subsidie verbonden verplichtingen en bepalingen ten aanzien van de verantwoording zijn opgenomen.

Beheer door een stichting

In de praktijk worden fondsen regelmatig beheerd door een privaatrechtelijke entiteit, veelal een stichting. In het vervolg van dit advies gaan wij er daarom vanuit dat de beherende entiteit een stichting is.

Bij het beheer door een stichting rijst de vraag of de bepalingen uit de Awb, en andere relevante publiekrechtelijke normen, van toepassing zijn op het verstrekken van financiële middelen door deze stichting. Dat is het geval als de stichting kan worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, van de Awb. Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon een bestuursorgaan als dat orgaan met openbaar gezag is bekleed. Daarvoor is bepalend of aan dat orgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend. Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als een daartoe strekkend wettelijk voorschrift ontbreekt, is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel geen bestuursorgaan. Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb zijn.

In 2014 heeft Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven op verzoek van de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: “**de Afdeling**”) een conclusie genomen over de vraag wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals een stichting, waaraan geen publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, toch moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan.⁶ In de twee daaropvolgende uitspraken volgt de Afdeling die conclusie en verduidelijkt zij de rechtspraak over de vraag wanneer een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon waaraan de wetgever geen publiekrechtelijke bevoegdheden heeft toegekend, toch een bestuursorgaan is.⁷ Dat is het geval als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan: het inhoudelijke vereiste en het financiële vereiste.

Inhoudelijke vereiste

Het eerste vereiste is dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. Deze

⁵ Onder subsidie in de zin van dat artikel 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.

⁶ Zie voor de conclusie: ECLI:NL:RVS:2014:2260.

⁷ ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

criteria moeten volgens Widdershoven wel een zekere mate van concreetheid hebben, zodat zij deze besteding daadwerkelijk sturen. Bovendien moeten zij het overheidsbelang bij die besteding op enigerlei wijze weerspiegelen.

Het bestuursorgaan hoeft geen zeggenschap te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval. Widdershoven schrijft daarover dat het gegeven dat de rechtspersoon bij de beoordeling van individuele gevallen een zekere 'appreciatieruimte' heeft niet afdoet aan de inhoudelijke band, omdat een dergelijke ruimte inherent is aan een systeem van individuele beoordelingen. Ook is volgens Widdershoven voor die band niet 'desastreus' als de rechtspersoon in bijzondere gevallen kan afwijken van de door de overheid goedgekeurde criteria.

In een van de hiervoor bedoelde uitspraken waren de criteria voor het verstrekken van financiële middelen vastgelegd in een reglement dat was vastgesteld door het bestuur en goedgekeurd door de raad van toezicht van een stichting. De Afdeling oordeelde dat de omstandigheid dat bij de benoeming van de leden van het bestuur en de raad van toezicht een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb zijn betrokken, op zichzelf niet voldoende is voor het oordeel dat die bestuursorganen in beslissende mate die criteria bepalen of hebben bepaald.

Widdershoven concludeert tevens dat de institutionele invloed van de overheid op de gang van zaken bij de rechtspersoon een additioneel argument kan zijn voor een positief oordeel over de inhoudelijke band, maar dat die invloed geen zelfstandige betekenis heeft.

Financiële vereiste

Het tweede vereiste is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb.

Dat de totale middelen van een stichting voor twee derde afkomstig is van een bestuursorgaan, maakt niet (noodzakelijkerwijs) dat aan het financiële vereiste is voldaan. Bij het financiële vereiste moet namelijk worden gekeken naar de financiering van de verstrekking in kwestie. In een van de voornoemde uitspraken stelde de minister tien miljoen euro beschikbaar uitsluitend bestemd voor de financiering van gebiedsgerichte projecten. De provincie Noord-Holland stelde tien miljoen euro beschikbaar voor de financiering van schrijnende gevallen en gebiedsgerichte projecten en Schiphol stelde ook tien miljoen euro uitsluitend bestemd voor de financiering van schrijnende gevallen beschikbaar. De financiering van de verstrekking ten behoeve van schrijnende gevallen geschiedt dus niet in beslissende mate door a-organen. Volgens de Afdeling werd daarom niet voldaan aan het financiële vereiste.

Als aan de beide hiervoor genoemde criteria is voldaan, gaat de Afdeling ervan uit dat dit (b-)bestuursorgaan een bepaalde taak aan zich heeft getrokken. De privaatrechtelijke rechtspersoon wordt daarom – voor zover het die taak betreft – beschouwd als bestuursorgaan in de zin van de Awb. De beslissing om financiële middelen te verstrekken

kwalificeert in dat geval als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan.

IV. Specifiek: fondsen Westerwolde

Op dit moment is nog onduidelijk hoe de inrichting van de fondsen in Westerwolde eruit gaat zien. Wel volgt uit de Kadernota dat de gemeente de aanvragen voor financiële middelen wil laten toetsen door een beoordelingscommissie, die bestaat uit een vertegenwoordiging van inwoners en verschillende (maatschappelijke) organisaties.⁸ Volgens de Kadernota gebeurt de besluitvorming in die commissie op basis van consensus en met gebruik van een helder beoordelingskader dat aansluit op de meegegeven kaders en voorwaarden.

Beheer door gemeente

Een van de mogelijkheden is het beheer van het fonds bij de gemeente onder te brengen. In dat geval zal (doorgaans) het college een besluit nemen over het verstrekken van middelen uit dit fonds. Een dergelijke financiële verstrekking door het college, met het oog op bepaalde activiteiten – in dit geval gaat het om (nog nader te bepalen) activiteiten op het gebied van duurzaamheid, biodiversiteit en leefbaarheid⁹ – kwalificeert als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb, zodat daarop onder meer de bepalingen uit titel 4.2 van die wet van toepassing zijn. Het college zal een subsidieregeling moeten opstellen, waarin onder meer de beoordelings- en verdelingscriteria worden vastgelegd. In die regeling kan tevens worden bepaald dat aanvragen worden beoordeeld door een beoordelingscommissie, die het college adviseert over de ingediende aanvragen.¹⁰ Tegen een besluit van het college op grond van de subsidieregeling staat bezwaar en beroep open.

Een voordeel van deze constructie is dat de gemeente veel grip heeft op de besteding van de financiële middelen en de voorwaarden waaronder die middelen worden verstrekt. Daarnaast is het geschreven en ongeschreven publiekrecht op de verstrekking van toepassing, waardoor onder meer waarborgen bestaan op het gebied van rechtszekerheid, transparantie en verantwoording.

Niettemin is ook een belangrijke rol weggelegd voor organisaties en inwoners in Westerwolde, omdat de beoordelingscommissie – die commissie krijgt een belangrijke adviserende taak – wordt samengesteld uit diverse maatschappelijke geledingen. De toetsingscriteria worden vermoedelijk zodanig geformuleerd dat aanvragers ruimte krijgen om (binnen de bestedingsdoelen duurzaamheid, leefbaarheid en biodiversiteit) te komen met eigen plannen en initiatieven.

⁸ Kadernota, onderdeel 2.7.

⁹ Onderdeel 2.4 Kadernota.

¹⁰ Eventueel kan een apart reglement voor die beoordelingscommissie worden gemaakt, waarin onder meer kan worden opgenomen wat de samenstelling van de commissie is, hoe de leden worden benoemd, welke taken de commissieleden hebben etc.

Beheer door een stichting

Een andere mogelijkheid is de fondsen meer 'op afstand' van de gemeente te plaatsen, door het beheer bij een privaatrechtelijke entiteit te beleggen. Als gezegd wordt regelmatig gekozen voor de stichting als rechtsvorm.¹¹ Daarbij wordt vaak een onafhankelijk bestuur benoemd, waarin bijvoorbeeld onder meer vertegenwoordigers van maatschappelijke geledingen zetelen.

In de eerste plaats rijst de vraag of die stichting kwalificeert als een bestuursorgaan. Die vraag kan worden beantwoord aan de hand van de twee in het vorige hoofdstuk genoemde criteria.

Inhoudelijke vereiste

Uit de Kadernota volgt dat de gemeente wel een zekere mate van invloed wil hebben op de besteding van de middelen. De gemeente heeft in de Kadernota kaders en algemene voorwaarden opgenomen, die momenteel worden uitgewerkt in nadere regels en criteria. Het ligt daarom voor de hand dat het college de criteria bepaalt aan de hand waarvan (door de beoordelingscommissie) wordt bepaald of een aanvraag voor subsidie in aanmerking komt. Als het college in beslissende mate die criteria bepaalt, of de criteria afhankelijk zijn van de goedkeuring door het college, is aan het inhoudelijke criterium voldaan. Dat is anders indien het bestuur van de stichting zelf de inhoudelijke criteria bepaalt. In dat geval is niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan en kwalificeert die stichting niet als een bestuursorgaan.

Financiële vereiste

Als in een concreet geval is voldaan aan het inhoudelijke vereiste, dan kan het financiële vereiste in de weg staan aan de kwalificatie van de stichting als bestuursorgaan.¹² Aan dat vereiste is pas voldaan als de financiële verstrekking door het stichtingsbestuur in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derde of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen. Uit de door u verstrekte informatie begrijpen wij dat de fondsen mogelijk deels worden gevuld met een bijdrage van de gemeente, bestaande uit een deel van de OZB-opbrengsten en een bedrag dat gelijk is aan de legesopbrengsten die verband houden met de kosten voor het behandelen van vergunningaanvragen voor deze zonneparken. Wij weten niet hoe groot dit aandeel is ten opzichte van het geheel.

De fondsen worden (overwegend) gevuld met gelden afkomstig uit de zonneparken. Wij begrijpen dat de gemeente met de exploitant van een zonnepark een vaststellingsovereenkomst sluit, op grond waarvan de exploitant (jaarlijks) een bepaald bedrag aan de gemeente moet betalen. Die gelden komen aldus rechtstreeks aan de gemeente toe, zodat na betaling sprake is van overheidsgeld. Dat leidt tot de conclusie dat de fondsen volledig worden gevuld met overheidsgeld, waardoor aan het financiële vereiste is voldaan.

¹¹ Dit kan ook een stichting zijn met ANBI-status. ANBI staat voor algemeen nut beogende instelling, een stichting die zich nagenoeg geheel inzet voor het algemeen belang.

¹² Zie ook D.E. Bakker en H.D. Tolsma, Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken - Pecunia non olet?, TO 2021/03.

Gelet op het voorgaande is aannemelijk dat zowel aan het inhoudelijke, als aan het financiële vereiste is voldaan. De stichting is in dat geval aan te merken als een (buitenwettelijk) bestuursorgaan, waarop de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn.

Als voor een stichting wordt gekozen, is onder meer het recht dat van toepassing is op stichtingen relevant.¹³ Een stichting moet worden opgericht bij notariële akte, die onder meer de statuten van de stichting moet bevatten. In de statuten staat onder meer het doel van de stichting en de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders.¹⁴ Daarnaast zal een fondsreglement worden opgesteld, waarin onder meer indieningsvereisten, beoordelingscriteria en (andere) regels over het verdelen van financiële middelen worden opgenomen die vergelijkbaar zullen zijn met de inhoud van een subsidieregeling. Een voorbeeld van een dergelijk reglement is het door u toegestuurde fondsreglement van de Stichting Gebiedsfonds Stadskanaal op Zon.¹⁵ Ook het fondsreglement van Gebiedsfonds Zonnepark Exloosche Landen¹⁶ en het fondsreglement van Windfonds Delfzijl Noord¹⁷ zijn voorbeelden daarvan. Het bestuur van de stichting is gehouden te handelen overeenkomstig de statuten en het fondsreglement.¹⁸

Als blijkt dat toch niet aan de twee in de rechtspraak geformuleerde criteria wordt voldaan, bijvoorbeeld omdat het college zich niet (in overwegende mate) met de inhoudelijke verdelingscriteria bemoeit, kan de stichting niet als bestuursorgaan worden aangemerkt. Dat betekent dat de stichting niet gebonden is aan de Awb of andere regels van publiekrecht. De stichting is in beginsel niet verplicht om transparantie te betrachten bij de verdeling, de verdeling van een deugdelijke motivering te voorzien of over het verdelen van de middelen verantwoording af te leggen. Daarnaast is geen sprake van een subsidie¹⁹ en staat tegen een beslissing van het stichtingsbestuur geen bezwaar of beroep open.²⁰ Wel staat een gang naar de civiele rechter open. Het is echter de vraag wat de grondslag van een bij die rechter in te stellen vordering is. Er is immers geen overeenkomst die recht geeft op een financiële uitkering. Het niet verstrekken van een uitkering zal evenmin snel onrechtmatig zijn. Een bedrag uit een gebiedsfonds is immers een vrijwillige bijdrage die slechts aan een bepaalde (rechts)personen toekomt.²¹

¹³ Titel 6 van boek 2 BW.

¹⁴ 2:286 BW.

¹⁵ Te raadplegen via: <https://gebiedsfondsstadskanaal.nl/wp-content/uploads/2020/07/Fondsreglement-Gebiedsfonds-Stadskanaal-op-Zon-versie-18-juli-2019.pdf>

¹⁶ Te raadplegen via: <https://www.exloo.info/wp-content/uploads/2021/07/Fondsreglement-Gebiedsfonds-Exloo-AVG.pdf>

¹⁷ Te raadplegen via: <http://windfondsdelfzijlnoord.nl/site/wp-content/uploads/2016/07/FondsreglementWindfondsDelfzijlNoord.pdf>

¹⁸ Artikel 2:14 BW bepaalt bijvoorbeeld dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon in beginsel nietig is indien dat besluit is genomen in strijd is met de wet of de statuten. Artikel 2:15 BW bepaalt dat een besluit vernietigbaar is als het in strijd is met een reglement. Ingevolge artikel 2:298 BW kan een bestuurder worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak.

¹⁹ Een subsidie kwalificeert slechts als zodanig als de financiële middelen door een bestuursorgaan worden verstrekt.

²⁰ Een beslissing ter zake van de verdeling is dan geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Bezwaar en beroep is om die reden uitgesloten.

²¹ Zie ook D.E. Bakker en H.D. Tolsma, Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken - Pecunia non olet?, TO 2021/03.

Eisen voor transparantie, verdeling, verantwoording, toezicht en rechtsbescherming zijn daarom afhankelijk van de inhoud van de statuten van de stichting en het fondsreglement. Het is van belang om in het fondsreglement duidelijke en objectieve beoordelings- en verdelingscriteria vast te leggen en daarin eveneens de verplichting op te nemen om verantwoording af te leggen over het verstrekken van de financiële middelen. Daarnaast is het mogelijk en wenselijk te bepalen dat er een Raad van Toezicht zal zijn die toezicht houdt op het bestuur. Ook kan worden overwogen een geschillenregeling in het leven te roepen, om begunstigten de mogelijkheid te bieden op te komen tegen een beslissing van het stichtingsbestuur.

Aanbestedingsrecht

Tot slot merken wij op dat de regels inzake aanbesteding van toepassing kunnen zijn in geval van een stichting. Dat kan het geval zijn indien de gemeente met die stichting een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel aangaat op grond waarvan de gemeente geld verstrekt aan de stichting en de stichting daarvoor een bepaalde afdwingbare prestatie moet leveren. In de praktijk zal dat vermoedelijk niet snel aan de orde zijn, mede omdat de door de stichting te verrichten prestatie (het verstrekken van financiële middelen aan derden) naar zijn aard niet erg geschikt is om af te dwingen. Het ligt daarom voor de hand dat de gemeente aan de stichting een subsidie verleent, die kan worden teruggevorderd als deze niet wordt benut voor de beoogde doeleinden. Een dergelijke constructie valt niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels.

V. Staatssteun

Aangezien momenteel nog wordt gewerkt aan de precieze inrichting van de fondsen, kunnen wij op dit moment alleen op hoofdlijnen een algemeen oordeel over de staatssteunaspecten geven.

Algemene hoofdlijnen staatssteun

Het staatssteunrecht is van toepassing als er (1) sprake is van een overdracht van overheidsmiddelen, die (2) leidt tot een selectief voordeel voor bepaalde ondernemingen, waarbij (3) dit voordeel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en (4) dit voordeel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Als deze voorwaarden cumulatief zijn vervuld, is sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. In beginsel dient staatssteun aangemeld te worden bij de Europese Commissie. Staatssteun kan echter wel vrijgesteld zijn van een aanmelding bij de Europese Commissie als de staatssteun voldoet aan de voorwaarden van de algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV²²). Verder is zuiver lokale steun – dat wordt niet snel aangenomen – en steun die onder de € 200.000,- per drie belastingjaren blijft, uitgezonderd van het staatssteunrecht. Hieronder geven wij op hoofdlijnen weer waar u mogelijk rekening mee moet houden.

²² Verordening (EU), nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard. Voor het laatst gewijzigd bij Verordening (EU) nr. 2021/1237 van de Commissie van 23 juli 2021 tot wijziging van Verordening nr. 651/2014.

Ad 1: Overdracht van overheidsmiddelen

Uit het voorgaande volgt dat de gelden die de gemeente in de fondsen stort, zijn aan te merken als overheidsmiddelen.

Ad 2: selectief voordeel voor bepaalde ondernemingen

Om te bepalen of sprake is van een onderneming in de zin van het Europees staatssteunrecht, dient te worden bepaald of zij een economische activiteit uitoefent. Volgens het Hof van Justitie²³ is elke entiteit die een economische activiteit uitoefent een onderneming in de zin van artikel 107 VWEU ongeacht de rechtsvorm of wijze waarop zij wordt gefinancierd. Dit betekent dat een stichting ook als een onderneming kan worden gekwalificeerd en dat de aan- of afwezigheid van een winstoogmerk niet relevant is. Een economische activiteit is het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Bepalend is of goederen of diensten op een bepaalde markt worden aangeboden. Daarvan is ook al sprake als zij *kunnen* worden aangeboden op een markt.

Selectief voordeel voor bepaalde ondernemingen → collectieve energiecoöperaties

Wij hebben op 7 januari jl. met u een nader overleg gehad over de vormgeving van de fondsen en de mogelijke staatssteunaspecten. U heeft aangegeven dat de aanvragers van de gelden mogelijk ook collectieve coöperaties kunnen zijn, waar inwoners zich bij kunnen aansluiten. Als voorbeeld heeft u de situatie van de Coöperatie Stroom Westerwolde U.A. (hierna: STUW) genoemd. Met uw toestemming hebben wij een gezamenlijk overleg gehad met u en vertegenwoordigers van STUW. In dit overleg hebben wij de activiteiten en financiële stromen van STUW nader in kaart gebracht. In het navolgende gaan wij nader in op de activiteiten van STUW en de staatssteunaspecten die daarbij (mogelijk) komen kijken.

Voorbeeld STUW

STUW ontvangt momenteel voor drie activiteiten een subsidie, waarvan twee activiteiten door de gemeente Westerwolde worden gesubsidieerd. De derde activiteit wordt gesubsidieerd vanuit de SDE+ regeling. Deze regeling is goedgekeurd door de Europese Commissie en levert derhalve voor STUW geen ongeoorloofde staatssteun op. Omdat de gemeente wellicht voornemens is om dezelfde activiteiten te subsidiëren als met de SDE+ regeling worden gesubsidieerd, geven wij op hoofdlijnen een nadere analyse daarvan.

Eerste activiteit

STUW ontvangt van de gemeente per aangesloten inwoner € 1750,-. STUW dient dit bedrag een-op-een over te boeken naar de inwoner die zonnepanelen op zijn dak laat plaatsen. De inwoner levert daarvan bij STUW een factuur in en betaalt zelf een eigen bijdrage (verschil tussen de subsidie en totale factuur). Gemiddeld genomen kosten zonnepanelen € 4000,- euro per huishouden. Ongeacht het aantal zonnepanelen ontvangt elke inwoner die zich meldt bij STUW, na de plaatsing van de zonnepanelen, een bedrag van € 1750,-. De inwoner is vervolgens de eigenaar van de zonnepanelen, degene die de stroom opwekt middels zijn zonnepanelen en het voordeel uit het terugleveren van energie

²³ HvJ, 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner & Elsnér*).

aan het net ontvangt.²⁴ STUW ontvangt hier zelf geen enkel voordeel (niet door middel van het terugleveren aan het net en geen rendement of overige opbrengsten). In deze situatie is STUW op te vatten als 'doorgeefluik' van subsidie aan de inwoners. STUW ontvangt met betrekking tot deze activiteit namelijk geen voordeel in de zin van artikel 107 VWEU en zodoende is met betrekking tot deze gelden geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.

Als de ontvangers van deze € 1750,- euro particuliere consumenten zijn, is ook geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. Als de begunstigde een lokale onderneming is, zoals bijvoorbeeld een bouwmarkt of autogarage, is staatssteunrechtelijk (wel) sprake van een onderneming waarop het staatssteunrecht van toepassing is. Deze steun zal echter vaak kwalificeren als de-minimissteun, waardoor geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. In beginsel dient u strikt genomen dus per onderneming te bekijken of met deze € 1750,- niet de de-minimisgrens van € 200.000,- euro per drie belastingjaren wordt overschreden (hierover meer in de onderstaande paragraaf "grensoverschrijdend effect").

Tweede activiteit

Dit betreft de (potentiële²⁵) situatie waarbij STUW inkoopovereenkomsten sluit met lokale zonnepaneleninstallateurs, inwoners van Westerwolde attendeert op de mogelijkheid voor het plaatsen van zonnepanelen en voorlichting geeft over verduurzaming. Voor deze diensten ontvangt zij een subsidie van de gemeente. Als een inwoner een 'aangesloten' zonnepaneleninstallateur aanschrijft, zal de inwoner goedkoper zonnepanelen kunnen laten plaatsen, omdat deze installateur meer huishoudens aansluit. STUW ontvangt hier geen voordeel. De inwoner ontvangt enkel een factuur met een lager bedrag. Ondanks dat STUW hier geen voordeel ontvangt, is dit wel een activiteit (dienst) waar zij een financiële vergoeding voor kan vragen aan de inwoners. Daarom is ten aanzien van deze activiteiten sprake van een economische activiteit en kwalificeert STUW ten aanzien van deze activiteit wel als een onderneming.

Derde activiteit

STUW sluit een huur- of opstalovereenkomst met eigenaren van particuliere daken. Daarop laat zij zonnepanelen plaatsen die worden gefinancierd met behulp van een obligatielening (vreemd vermogen) dat zij van de aangesloten inwoners ontvangt. STUW is degene die de energie opwekt, aan het net levert en de opbrengsten daarvan ontvangt. De aangesloten inwoner ontvangt geen lagere energiefactuur (hij levert immers niet zelf terug aan het net), maar wel een rentevergoeding van 4% voor de obligatielening die aan STUW is verstrekt. Dergelijke activiteiten zijn onmiskenbaar te kwalificeren als economische activiteiten.

²⁴ Veelal door een verrekening van de energiefactuur wat erin resulteert dat de maandlasten lager zijn.

²⁵ Op dit moment organiseert STUW geen gezamenlijke inkoop van zonnepanelen.

Voor de hiervoor genoemde activiteiten ontvangt STUW vanuit de SDE+ regeling een subsidie. Deze regeling is goedgekeurd door de Europese Commissie en levert voor aanvragers van de SDE+ regeling geen ongeoorloofde staatssteun op. Indien de gemeente ook coöperaties wil subsidiëren die dit soort activiteiten verrichten, is het belangrijk per coöperatie te bestuderen of deze steun vrijgesteld kan worden op grond van de AGVV. Dit soort steun levert namelijk in beginsel staatssteun op in de zin van artikel 107 VWEU.

Ad 3 en 4: Grensoverschrijdend effect

Het vereiste van de vervalsing van de mededinging en mogelijke beïnvloeding van de interstatelijke handel wordt ook wel het grensoverschrijdend effect genoemd. Als een grensoverschrijdend effect ontbreekt, is het staatssteunrecht niet van toepassing. Het grensoverschrijdend effect wordt echter zeer snel aangenomen door de EC en het Hof van Justitie. De praktijk leert dat bij (duurzaamheids-)fondsen of subsidieregelingen in de energiesector snel sprake is van een mogelijk grensoverschrijdend effect. Van zuiver lokale steun waarbij het staatssteunrecht niet van toepassing is, zal dus niet snel sprake zijn.

De-minimissteun

Als de steun beneden de € 200.000,- per drie belastingjaren blijft, wordt vermoed dat geen sprake is van een vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van de interstatelijke handel.²⁶ Dit wordt ook de zogeheten 'de-minimissteun' genoemd. In dat geval is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. Wel dient daarbij in ogenschouw te worden genomen dat eerdere ontvangen staatssteun van een decentrale overheid moet worden gecumuleerd bij de door de gemeente verstrekte steun uit het fonds.

Als de activiteiten van een coöperatie kwalificeren als economische activiteit, mag de financiële verstrekking niet hoger zijn dan € 200.000,- per drie belastingjaren. Daarbij is van belang of een aanvragende coöperatie als de directe ontvanger (zie bijvoorbeeld de tweede of derde activiteit van STUW), of als 'doorgeefluik' (zie de eerste activiteit van STUW) van staatssteun fungeert. In het eerste geval mag een coöperatie niet meer dan € 200.000,- per drie belastingjaren ontvangen. In het tweede geval mogen de ontvangende ondernemingen die van een coöperatie een bijdrage ontvangen ieder apart niet meer dan € 200.000,- euro per drie belastingjaren ontvangen. Particulieren zijn uitgezonderd van het staatssteunverbod.

Vrijstellingen

Als de steun een bedrag van € 200.000,- euro per drie belastingjaren overschrijdt, kan de steun mogelijk vrijgesteld worden op grond van de AGVV. De staatssteun hoeft dan niet gemeld te worden bij de Europese Commissie. Wel moet een kennisgeving worden gedaan bij het coördinatiepunt staatssteun van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: BZK). Het kennisgeven van staatssteun is beduidend eenvoudiger en sneller dan het aanmelden van staatssteun bij de Europese Commissie.

²⁶ Verordening (EU), nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

De AGVV biedt voor milieusteun diverse mogelijkheden. Het is echter wel van belang dat aan de voorwaarden van deze vrijstellingsmogelijkheden wordt voldaan. Deze voorwaarden zijn vrij strikt van aard: als daar niet aan wordt voldaan, moet de steun worden aangemeld bij de Europese Commissie. Bij steun die aangemeld dient te worden geldt de zogeheten 'stand-still bepaling', hetgeen betekent dat de staatssteun niet verleend mag worden tot de Europese Commissie de steun heeft goedgekeurd.

Kort en goed, het antwoord op de vraag of sprake is van de toepasselijkheid van het Europees staatssteunrecht hangt af van de uiteindelijke inrichting van de fondsen en de inrichting en activiteiten van de aanvragende partijen. Wij treden graag nader met u in overleg om te bepalen in hoeverre u rekening moet houden met het staatssteunrecht en, in voorkomend geval, hoe u de fondsen eventueel in overeenstemming met het staatssteunrecht kunt brengen. Daarbij kan mogelijk veel tijd (en geld) worden bespaard als de fondsen als geheel ter kennisgeving worden voorgelegd aan BZK of worden aangemeld bij de Europese Commissie. Of dat daadwerkelijk zo is moet nader worden onderzocht.

Fonds of subsidieregeling in zijn geheel kennisgeven of aanmelden

Als een fonds in zijn geheel kan worden kennisgeven bij BZK, omdat deze voldoet aan de voorwaarden van de AGVV, hoeft niet meer per ontvanger te worden bepaald of sprake is van geoorloofde staatssteun. Indien geen beroep op de AGVV mogelijk is, moet de regeling worden aangemeld bij de Europese Commissie en moet de regeling in overeenstemming zijn met het beleid van de Commissie.

Wij wijzen u erop dat u van te voren, bij de inrichting en (subsidie-)voorwaarden van het fonds, heel specifiek dient te bepalen welke activiteiten en aanvragers in aanmerking komen voor een financiële verstrekking. Deze activiteiten en categorieën dienen volledig in overeenstemming te zijn met de AGVV of het beleid van de Europese Commissie. Wij kunnen u uiteraard hierbij van dienst zijn en in overleg met u bepalen welke route (in zijn geheel kennisgeven, aanmelden of per individuele aanvrager bekijken of sprake is van geoorloofde staatssteun) voor u de beste oplossing is. Het beleid van de Europese Commissie ten aanzien van staatssteun voor verduurzaming en milieusteun is gematigd en positief. De energietransitie is namelijk een Europese doelstelling.

VI. Conclusies en aanbevelingen

De in de gemeente op te richten fondsen worden in beginsel gevuld met opbrengsten uit zonneparken, die door de exploitant op grond van een met de gemeente gesloten overeenkomst aan laatstgenoemde moeten worden betaald. Daarmee is in feite sprake van overheidsmiddelen. De gemeente is voornemens ook anderszins een bijdrage te leveren aan de fondsen. Er bestaat geen (juridische) belemmeringen om de opbrengsten uit OZB aan te wenden voor dat doel. De opbrengsten uit leges mogen echter niet worden gebruikt om daarmee de fondsen te vullen, omdat de opbrengst van deze retributie uitsluitend mag worden gebruikt voor het doel waarvoor zij is ingesteld. Er bestaat echter geen belemmering om een bedrag dat gelijk is aan de legesopbrengsten uit de algemene middelen te dekken en in de fondsen te storten.

Een wettelijke regeling met betrekking tot gebiedsfondsen ontbreekt. Het staat de betrokken partijen daarom in grote mate vrij om de vormgeving van dergelijke fondsen te bepalen. In de praktijk blijkt dat de vormgeving van een fonds van geval tot geval verschilt, afhankelijk van de specifieke situatie en de wensen van betrokkenen. In beginsel is het mogelijk om het beheer over de fondsen zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijke te regelen.

Primair adviseren wij het beheer over de fondsen bij de gemeente te beleggen, met name omdat daarmee veel grip wordt gehouden op de verdeling van financiële middelen. Het college heeft het verstrekken van subsidie zodoende in eigen hand en de controle op besteding van de middelen is voldoende geborgd. Bovendien is de gemeente bekend en vertrouwd met het publiekrecht, waaronder het zorgvuldig voorbereiden en motiveren van besluiten, alsook het voeren van bezwaar- en beroepsprocedures. Net als bij een stichting, kan een beoordelingscommissie worden ingesteld die het college adviseert over een specifieke aanvraag aan de hand van de vastgestelde toetsingscriteria. Die beoordelingscommissie wordt samengesteld uit diverse maatschappelijke geledingen in Westerwolde. Binnen de gekozen bestedingsdoelen en geformuleerde toetsingscriteria is er veel speelruimte voor aanvragers om met eigen initiatieven en plannen te komen.

Als 'eigen' beheer geen optie is, bijvoorbeeld omdat daar onvoldoende (maatschappelijk en/of politiek) draagvlak voor bestaat, kan het beheer meer 'buiten de deur' worden gezet. In de praktijk is het beheer in dergelijke gevallen vaak in handen van een stichting. Die stichting kwalificeert in bepaalde gevallen als een bestuursorgaan in de zin van de Awb. In Westerwolde is dat vermoedelijk het geval, omdat de financiële verstrekking van gelden uit de fondsen volledig wordt gefinancierd met overheidsgeld (financieel vereiste) en het college vermoedelijk ook in beslissende mate de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van die geldelijke uitkeringen bepaalt (inhoudelijk vereiste). De stichting is in dat geval aan te merken als een bestuursorgaan, waarop de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn. Omdat de stichting financiële middelen verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, is eveneens sprake van een subsidie. In die situatie bestaat in feite weinig verschil met het 'eigen' beheer door de gemeente.

Bij de oprichting van een stichting wordt een (al dan niet onafhankelijk) bestuur benoemd. Dat bestuur kan bijvoorbeeld bestaan uit een vertegenwoordiging uit maatschappelijke geledingen en eventueel vertegenwoordigers van de gemeente. Als wordt gekozen voor een stichting is wat ons betreft wel van belang de statuten en het reglement van de stichting met voldoende waarborgen te omkleden, met dien verstande dat daarin (desgewenst) de invloed van de gemeente is geborgd en concrete bepalingen over onder meer beoordeling van de aanvragen, verdeling van middelen, verantwoording en toezicht worden opgenomen. In dat reglement kan eveneens worden opgenomen dat een beoordelingscommissie wordt benoemd, die het bestuur adviseert over de ingediende aanvragen.

Bij het verstrekken van financiële middelen moet tevens rekening worden gehouden met het staatssteunrecht. Of in een bepaald geval sprake is van staatssteun, is afhankelijk van de concrete casus. Zie voor enkele voorbeelden paragraaf 5.2. Daarbij is onder meer de vraag of steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht. Ook de hoogte van het steunbedrag in relatie tot in het verleden ontvangen steun kan van belang zijn. Wij treden graag nader met u in overleg om bij de verdere vormgeving van de subsidieregeling te bepalen in hoeverre u rekening moet houden met het staatssteunrecht en in voorkomend geval, hoe u de fondsen en subsidieregeling in overeenstemming met het staatssteunrecht kunt brengen. Daarbij kan mogelijk veel tijd (en geld) worden bespaard als de fondsen als geheel ter kennisgeving worden voorgelegd aan BZK of worden aangemeld bij de Europese Commissie.

Uiteraard zijn wij graag bereid dit advies nader toe te lichten en met u in gesprek te gaan om tot een passende inrichting van de fondsen te komen.

Met vriendelijke groet,



K. Timmer