

PlasBossinade

advocaten notarissen

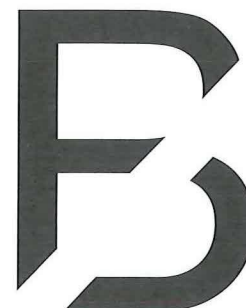
PlasBossinade Advocaten N.V.

Postadres
Postbus 1100
9701 BC Groningen

Bezoek- en factuuradres
Paterswoldseweg 804
9728 BM Groningen

www.plasbossinade.nl
Tel. : + 31 (0)50 521 43 33
KvK : 01144514

Gemeente Noordenveld
T.a.v. de heer H. Schoonbeek
Raadhuisstraat 1
9301 AA Roden



Groningen, 31 augustus 2020

per mail: H.Schoonbeek@noordenveld.nl

Inzake : Gemeente Noordenveld/ECN
Onze ref. : 20200484-69/pprh/lv/20-01364621
Uw ref. :

mr. P.P.R. Hoekstra
Advocaat
Tel. direct : (050) 521 43 93
Fax direct : (050) 525 56 66
E-mail : hoekstra@plasbossinade.nl

Geachte heer Schoonbeek, beste Hans,

Je hebt mij verzocht om te adviseren over de beste samenwerkingsvorm tussen de gemeente Noordenveld (de Gemeente) en Energie Coöperatie Noordseveld (ECN). Ter informatie heb je mij een Plan van Aanpak "Organiseren Buurtaanpak" (versie 4 van 27 mei 2020) toegezonden en op 22 juli 2020 heb ik in een conference call met jou en Jaap Lobbezoo nader ingekaderd waar in mijn advies wel en geen rekening mee gehouden zou moeten worden en wat partijen ten aanzien van bepaalde aspecten voor ogen hebben.

Je hebt aangegeven dat bij het advies over de samenwerkingsvormen ook aandacht besteed moet worden aan het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht.

Uitgangspunten

ECN is een coöperatie, oftewel een coöperatieve vereniging, die beoogt haar leden te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften. In dit geval zal dat de duurzame energie betreffen, zij het dat de doelstellingen en visie blijkens de website van ECN breder zijn, omdat bijvoorbeeld energiebesparing niet een voorziening in een stoffelijke behoefte is en ook andere duurzame doelen nagestreefd worden die niet kwalificeren als het voorzien in stoffelijke behoeften.

ECN heeft een bestuur en bestaat verder vooral uit vrijwilligers. Er zijn geen vaste inkomsten. Eventueel uit te voeren werkzaamheden moeten met subsidies gefinancierd worden.

PlasBossinade

advocatenotarissen

Los van de rechtsvorm, is het vooral de bedoeling een projectbureau op te zetten, waarin de Gemeente en ECN als gelijkwaardige partijen opereren. Daarbij bestaat de inbreng van partijen uit:

- Gemeente: kennis, ervaring, beleidsinstrumenten, bestuurlijke en ambtelijke netwerken, financiering;
- ECN: kennis, ervaring, netwerken in de (coöperatieve) energiesector, maatschappelijk netwerk, vrijwilligers, ondernemerschap, projectontwikkeling en beperkte medefinanciering.

Het doel van het projectbureau zou zijn om de uitvoering van de energietransitie in de gemeente Noordenveld te organiseren, meer specifiek om tot een integrale aanpak van de bebouwde woonomgeving te komen en de energie-infrastructuur te organiseren.

Om draagvlak voor projecten te krijgen, is herkenbaarheid van het projectbureau van belang.

Samenwerkingsvormen

De samenwerking tussen de Gemeente en ECN kan natuurlijk in veel verschillende vormen worden gegoten. Die hebben allemaal hun eigen kenmerken en daarmee voor- en nadelen. De meest voorkomende vormen zijn:

- Contractuele samenwerking, niet zijnde een formele onderneming;
- Contractuele onderneming, zoals een vennootschap onder firma (VOF);
- Een stichting;
- Een besloten vennootschap (BV);

Inkadering

De eerste vraag is waarschijnlijk hoe zelfstandig het projectbureau moet zijn. Omdat in het Plan van Aanpak ook expliciet benoemd wordt dat er voor moet worden opgepast dat er niet al teveel ingangen voor inwoners ontstaan (omdat dat tot verwarring leidt), wijs ik er toch op dat het ook niet noodzakelijk is dat het projectbureau een zelfstandige entiteit wordt naast ECN (en de Gemeente) in één van de voornoemde contractuele of institutionele vormen.

Het is namelijk ook mogelijk om op grond van dezelfde overwegingen en met dezelfde doelstellingen niet een projectbureau op te richten dat buiten ECN staat, maar juist ECN een formelere status te geven door het projectbureau een onderdeel c.q. orgaan van ECN te laten worden. De Gemeente kan vervolgens een samenwerkingsovereenkomst met ECN aangaan, waarin ook iets wordt gezegd over (de personele bijdrage van de gemeente aan) de bemanning van het projectbureau.

Besloten vennootschap

Als het projectbureau wel een zelfstandige status moet krijgen buiten ECN, zijn de genoemde vormen dus opties. Gezien de ideële status van de plannen – derhalve het ontbreken van commerciële doelen en de grote bijdrage van vrijwilligers – komt het gebruik van een BV mij

PlasBossinade

advocatennotarissen

op voorhand niet voor de hand liggend voor. Een BV is een kapitaalvennootschap, waarin in theorie in elk geval kapitaal ingebracht dient te worden, waar vervolgens mee ondernomen wordt en waarmee beoogd wordt winst te maken en dividend uit te keren aan de aandeelhouders.

Sinds de invoering van de flex-BV kan in principe volstaan worden met het inbrengen van € 1,- aan kapitaal en ben je veel vrijer om de statuten naar eigen wens in te richten. Wat dat betreft worden BV's veel vaker gebruikt voor doelen waarvoor zij oorspronkelijk niet bedoeld waren. Een BV is een aantrekkelijke rechtsvorm gezien de beperkte aansprakelijkheid. Ook als de Gemeente en ECN dus niet zouden willen ondernemen, maar nog wel enige risico's gelopen zouden kunnen worden, zou een BV dus gebruikt kunnen worden om het risico op aansprakelijkheid te beperken. Of als niet beoogd wordt winst te maken, maar dit ook niet uitgesloten wordt en de mogelijkheid moet bestaan om winst uit te keren aan degenen die ook geïnvesteerd hebben of kosten hebben gemaakt, dan kan een BV daarvoor ook benut worden.

Buiten genoemde voorbeelden die een BV toch interessant zouden kunnen maken, lijkt een BV dus niet op zijn plaats voor de plannen die in het Plan van Aanpak en in jullie toelichting zijn beschreven.

Ten overvloede wijs ik er nog wel op dat de centrale overheid bezig is met het 'ontwikkelen' van de maatschappelijke BV (BVM). Het is nog steeds de vraag of het projectbureau een BV vorm nodig heeft, maar mocht dat toch een overweging zijn, omdat men zeggenschap via aandelen bijvoorbeeld effectiever vindt dan toezicht zoals dat op een stichting plaatsvindt, dan zou dat (in de toekomst) mogelijk zijn. Als daar interesse in bestaat, zou dan wel eerst een gewone BV opgericht moeten worden met de afspraak dat deze omgezet wordt zodra dat mogelijk is.

Vennootschap onder firma

Eigenlijk geldt voor een contractuele vennootschap zoals een VOF hetzelfde. Waar een BV rechtspersoonlijkheid heeft, waardoor zij zelfstandig rechten en plichten kan verkrijgen, is een VOF een onderneming die wellicht een afgescheiden vermogen kan hebben, maar waarbij de aansprakelijkheid altijd volledig bij de vennoten blijft liggen.

Maar ook een VOF is primair bedoeld om een onderneming te drijven, op basis van de inbreng van de vennoten. Nu is dat bij een VOF vaak niet alleen kapitaal, maar vooral ook kennis, kunde, arbeid en vlijt. Hoewel in het Plan van Aanpak gesproken wordt over een bepaalde inbreng van partijen, is dit mijns inziens nog steeds niet beoogd om een onderneming mee te drijven.

Mijn inziens ligt een keuze tussen een zuiver contractuele samenwerking en het gebruik maken van een stichting dan ook het meest voor de hand.

Contractuele samenwerking of stichting

Zowel met een zuiver contractuele samenwerking als bij gebruik van een stichting kan het gewenste doel worden bereikt. Ook als een stichting wordt gebruikt, ligt het overigens voor

PlasBossinade

advocatennotarissen

de hand dat een overeenkomst wordt gesloten tussen de Gemeente en ECN (en de stichting) waarin wordt vastgelegd wat men samen op welke wijze via de stichting wil bereiken.

Het belangrijkste verschil tussen een zuivere samenwerking en het gebruik van een stichting, is natuurlijk dat een stichting rechtspersoonlijkheid bezit en als rechtspersoon zelfstandig rechten en plichten kan hebben, terwijl bij een zuivere samenwerking alle rechten en plichten bij de contractspartijen blijven rusten.

Als het in het leven te roepen projectbureau derhalve opdrachten aan derden zou willen verstrekken, bijvoorbeeld om onderzoek te doen naar de haalbaarheid van een bepaald project dan zal dat bij een zuiver samenwerking altijd een opdracht blijven van één van beide contractspartijen of van hen samen. Ik kan mij voorstellen dat dat in praktische zin niet de meest wenselijke situatie is en wat dat betreft in geval van een stichting altijd duidelijk is dat de stichting de contractspartij is.

Een stichting kent geen aandeelhouders, maar 'slechts' een bestuur, dat in beginsel geheel zelfstandig beslissingen kan nemen en beleid kan bepalen. In de statuten (of een nadere overeenkomst) kunnen wel duidelijke 'instructies' worden vastgelegd, maar een geheel zelfstandig bestuur kan statuten weer aanpassen en ten aanzien van een overeenkomst besluiten deze niet meer na te komen, op te zeggen, deze (proberen) open te breken (of naast die overeenkomst andere dingen te gaan doen). Indien de Gemeente en ECN gelijke 'zeggenschap' over de stichting willen hebben, zullen zij dus beiden moeten plaatsnemen in het bestuur (of eventueel in een Raad van Toezicht, die in de gaten houdt dat de statuten en een eventueel nader contract worden nageleefd).

De overige voor- en nadelen liggen onder meer op het vlak van het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht.

Aanbestedingsrecht

Voor wat betreft het aanbestedingsrecht is het in beginsel wel een verschil of een opdracht aan derden (mede) door de Gemeente wordt verstrekt of door de stichting. De Gemeente is sowieso gehouden om opdrachten aan te besteden, zij het dat opdrachten van kleinere omvang (meervoudig) onderhands verstrekt kunnen worden.

Als opdrachten door een stichting verstrekt worden, zijn deze in beginsel niet direct aanbestedingsplichtig. Wel dient er dan voor gewaakt te worden dat de stichting zelf niet kwalificeert als publiekrechtelijke instelling, omdat deze een algemeen belang zou nastreven en merendeels door de overheid gefinancierd zou worden (of zij daarin anderszins zeggenschap heeft). Nu is het waarschijnlijk wel mogelijk om de doelstellingen van de stichting dusdanig te formuleren dat deze niet kwalificeert als publiekrechtelijke instelling, maar het is de vraag of dat gewenst is. Veelal zie je namelijk de uitdrukkelijke eis van overheden dat gesubsidieerde instellingen juist wel verplicht zijn om met overheidsgeld gefinancierde opdrachten aan te besteden. Als de Gemeente een dergelijke aanbestedingsplicht toch aan de stichting zou willen opleggen, maakt het ook niet meer uit de stichting daartoe sowieso al verplicht was (en of daar aan te ontkomen zou kunnen worden).

PlasBossinade

advocatennotarissen

Als gekozen zou worden voor een zuivere samenwerking, zullen er wel situaties zijn waarin opdrachten aan derden kunnen worden verstrekt door ECN, zonder dat die aanbesteed hoeven te worden. Ook dan dient echter in de gaten gehouden te worden in welke mate deze opdrachten door de Gemeente worden gefinancierd en in hoeverre dat dan in voorkomende gevallen tot een aanbestedingsplicht van ECN zou moeten leiden.

Voor wat betreft het staatssteunrecht dient er wel voor te worden gewaakt dat hetgeen de stichting gaat doen, niet kwalificeert als een opdracht die de stichting voor de gemeente uitvoert. Anders bestaat de kans dat ook die opdracht niet zomaar mag worden verstrekt, maar aanbesteed zou moeten worden. Ik ga er evenwel vanuit dat de stichting een eigen taak c.q. eigen ideëel doel zal hebben en dit niet als opdracht voor de gemeente uitvoert. Overigens kan er ook nog voor gekozen worden om het toezicht van de stichting dusdanig te regelen, dat de stichting wat dat betreft als 'afdeling' van de gemeente wordt beschouwd en 'inbesteed' mag worden. Dit 'probleem' kan dus wel opgelost worden.

Staatssteunrecht

Voor wat betreft het staatssteunrecht zijn er niet hele grote voor- of nadelen bij een stichting of een zuivere samenwerking. Mocht er subsidie worden verleend aan de stichting, dan is het de vraag of die subsidie überhaupt staatssteun betreft. Er zou al nader onderzocht moeten worden waarvoor de stichting specifiek subsidie zou krijgen en of een dergelijke subsidie met een specifiek doel of voor een specifieke uitgave dan als (verboden) staatssteun kwalificeert, niet onder een vrijstelling valt et cetera.

Onderdeel van de vraag of sprake is van staatssteun, zijn de criteria dat de ontvanger een economische activiteit moet verrichten en de steun de handel tussen de lidstaten moet (kunnen) beïnvloeden. Zolang het projectbureau alleen fungeert als 'aanjager' van de energietransitie en de daadwerkelijke uitvoering aan commerciële partijen overlaat, zou geconcludeerd kunnen worden dat het geld niet ten goede komt aan een partij die een economische activiteit verricht. Zolang het projectbureau niet echt op een markt participeert, zal de handel tussen de lidstaten ook niet beïnvloed worden. Als het projectbureau wel activiteiten gaat verrichten die commerciële partijen zouden willen uitvoeren, moet wel nader onderzocht worden of de geldstroom richting het projectbureau niet kwalificeert als staatssteun.

Als dat laatste het geval zou zijn, zou het wellicht handiger zijn om geen gebruik te maken van een stichting. Dan geeft de Gemeente immers geen geld aan de stichting, maar kan zij zelf gewoon bepaalde uitgaven doen, die anders door de stichting gedaan zouden worden. Als er dan evenwel kosten voldaan moeten worden aan ECN, moet wel weer gecheckt worden of dat dan geen steun aan ECN betreft. In zoverre is het niet gebruiken van een stichting alleen handig voor zover de Gemeente dan alle uitgaven zelf kan verantwoorden. Als dan toch een geldstroom richting ECN zou ontstaan, moet toch een controle uitgevoerd worden en kan net zo goed wel een stichting gebruikt worden.

PlasBossinade

advocatennotarissen

Resume en conclusie

De samenwerking kan eigenlijk in iedere vorm gegoten worden, zowel contractueel als in een entiteit met rechtspersoonlijkheid. Aangezien het projectbureau vooral moet gaan organiseren en aanjagen en niet zozeer zelf gaat ondernemen, lijkt een kapitaalvennootschap als een BV of een contractuele onderneming zoals een VOF minder op zijn plaats. De meest voor de hand liggende keuze is dus ofwel een zuivere contractuele samenwerking ofwel een stichting als een entiteit met rechtspersoonlijkheid wordt gewenst. Ook als voor een entiteit met rechtspersoonlijkheid wordt gekozen, is het overigens verstandig om de afspraken daarover in een contract vast te leggen.

Aan de orde is gesteld of het noodzakelijk is om het projectbureau buiten ECN te situeren, of het nu op basis van een zuivere samenwerking is of via een stichting. Het is namelijk ook mogelijk om het projectbureau onderdeel te laten worden van ECN en om vervolgens goede afspraken te maken over de taakstelling, bemanning en financiering van dat projectbureau.

Als wel wordt gekozen voor een projectbureau dat geen orgaan van ECN moet zijn, kan ik mij voorstellen dat een stichting toch de voorkeur heeft boven een zuivere samenwerking. De stichting kan zelfstandig rechten en verplichtingen aangaan en het risico dat discussie ontstaat over wie nu als opdrachtgever moet worden aangemerkt, zal niet snel ontstaan.

Financieel gezien en staatssteunrechtelijk geeft een stichting ook meer duidelijkheid en transparantie, doordat de stichting een afgescheiden vermogen zal hebben en de inkomsten en uitgaven niet door de financiën van ECN en/of de Gemeente heen zouden lopen.

Aanbestedingsrechtelijk heeft de ene optie geen duidelijke voorkeur boven de andere. De Gemeente zou zelf altijd moeten aanbesteden. ECN in beginsel niet en een stichting wellicht in sommige gevallen, afhankelijk van de financiële en beleidsmatige invloed van de Gemeente. Als toch overwogen zou worden dat gesubsidieerde uitgaven van het projectbureau boven bepaalde drempels aanbesteed moeten worden, is er geen argument om voor een constructie te kiezen waarbij zo min mogelijk aanbesteed hoeft te worden.

Uit het voorgaande blijkt dat op basis van de informatie die ik heb gekregen dat het gebruik van een stichting wellicht het meest voor de hand ligt (als de eenvoudiger oplossing om het projectbureau bij ECN onder te brengen (politiek) niet gewenst wordt geacht). Ik heb om tot die conclusie te komen evenwel verschillende belangen bij elkaar gebracht en gewogen (zelfstandige rechten en plichten, transparantie, praktische werking, aanbesteding, staatssteun et cetera). De betrokken partijen kunnen natuurlijk bepaalde aspecten zwaarder laten wegen en daarom tot een andere gewenste uitkomst komen. Zowel contractueel als vennootschapsrechtelijk (bijvoorbeeld met de flex-BV) kunnen we alles naar smaak vorm geven.

Partijen kunnen dus naar aanleiding van bovenstaande overwegingen bijvoorbeeld aangeven wat zij het zwaarst vinden wegen (bijvoorbeeld wel of geen rechtspersoonlijkheid en wel of niet willen aanbesteden) en of er dan nog andere concrete voorkeuren zijn (wel of geen

PlasBossinade

advocatennotarissen

directe zeggenschap en/of toezichtfunctie) en dan kunnen wij desgewenst nog concreter aangeven wat voor entiteit daar dan bij past (en welke andere consequenties dat dan heeft).

Tot zover mijn uiteenzetting. We gaan er vanuit dat jullie op basis daarvan tot een nadere keuze kunnen komen hoe het projectbureau in grote lijnen formeel vorm gegeven moet worden. Mocht er behoefte bestaan aan het verder uitwerken daarvan dan ik daarvoor beschikbaar. Mocht je nog nadere vragen over hebben over het voorgaande of daarover nader van gedachten willen wisselen dan ben ik daarvoor ook beschikbaar.

Met vriendelijke groet,



Peter Hoekstra