

Kader geldverstrekkingen



Uitgangspunten voor publieke geldverstrekkingen

Concernmanagement Financien en Control
Januari 2014



Colofon

uitgave

Concernmanagement Financien en Control
Bestuurs- en Concernstaf
Gemeente Utrecht
030 – 286 00 00
financien@utrecht.nl

in opdracht van

Afdeling Concernmanagement Financien en Control
Organisatie Bestuurs- en Concernstaf
Gemeente Utrecht

internet

www.utrecht.nl

rapportage

gemeentelijke werkgroep o.l.v. stuurgroep Subsidies

informatie

I. Tekir
i.tekir@utrecht.nl
030 – 286 13 99

6 maart 2014

1. Inleiding

101. De gemeente verleent op verschillende manieren publieke geldverstrekkingen. Zo kan de gemeente bijvoorbeeld een commerciële transactie met een derde aangaan of aan een derde een subsidie verlenen. Het is ook mogelijk dat de gemeente een waarborg verleent voor een geldlening die een derde ontvangt of zelf rechtstreeks een geldlening verstrekt. Het gaat in al deze gevallen om het overdragen van financiële middelen van de gemeente aan een derde. In de praktijk bestaat soms onduidelijkheid over de vraag in welke gevallen welke vorm van publieke geldverstrekking toegepast moet worden. Dit Kader geldverstrekkingen beoogt die vraag – zoveel als mogelijk – te beantwoorden, rekening houdend met de juridische, financiële en praktische complexiteit die ermee samenhangt.

2. Aanleiding

102. Het opstellen van een Kader geldverstrekkingen past bij een van de aanbevelingen die de onderzoekscommissie naar subsidies in juni 2012 heeft gedaan. De onderzoekscommissie gaf 25 aanbevelingen voor verbeteringen. Deze hebben betrekking op het versterken van de regie op de geldverstrekkingen, het vergroten van de doelmatigheid, het verkrijgen van meer zicht op de effectiviteit van de geldverstrekkingen en het verbeteren van de informatie hierover aan de gemeenteraad en de inwoners van de stad. In één van de aanbevelingen verwijst de commissie naar een kader geldverstrekkingen voor de uitgangspunten waaronder de gemeente geld verstrekt. De commissie vraagt daarbij om deze te beperken tot enkele vormen van geldverstrekking. In het verlengde hiervan hebben wij een beslisboom opgesteld als hulpmiddel, om te bepalen in welke omstandigheden welke vorm van geldverstrekking aangewezen is. Dit Kader geldverstrekkingen is mede een invulling van deze aanbeveling van de onderzoekscommissie.

3. Reikwijdte

103. Deze notitie met uitgangspunten vormt het kader voor de beslisboom en bijbehorende toelichting over publieke geldverstrekkingen. De beslisboom en bijbehorende toelichting horen als bijlage 1 en 2 bij dit kader. De uitgangspunten zijn gebaseerd op Europese en nationale wet- en regelgeving (Algemene wet bestuursrecht, Aanbestedingswet 2012) en passen binnen de gemeentelijke regelgeving (ASV 2014). Eén onderdeel is nader aangescherpt om een rechtmatige verstrekking van publieke middelen beter te borgen. Dit gaat over het transparant maken van risico's bij het verstrekken van gewaarborgde geldleningen en geldleningen en in het verlengde daarvan de mogelijkheid om de daarvoor benodigde risicovoorziening (deels) terug te verdienen door het toepassen van een marktconform rentepercentage.

4. Leeswijzer

104. De uitgangspunten hebben betrekking op overheidsopdrachten, subsidies, gewaarborgde geldleningen (= garantstellingen), geldleningen, deelnemingen en bijdragen in natura.

De inhoud van deze notitie is als volgt:

Hoofdstuk 5: Algemene uitgangspunten

Hoofdstuk 6: Uitgangspunten voor overheidsopdrachten

Hoofdstuk 7: Uitgangspunten voor subsidies

Hoofdstuk 8: Uitgangspunten voor gewaarborgde geldleningen¹ en leningen

Hoofdstuk 9: Uitgangspunten voor deelnemingen en bijdragen in natura

¹ Bij publieke geldverstrekkingen gaat het om gewaarborgde geldleningen in het kader van financieringsvraagstukken, niet om allerlei andere garanties zoals huurgaranties.

5. Algemene uitgangspunten

105. Bij verstrekking van publieke middelen moet er altijd sprake zijn van een publieke taak.

106. Bij de verstrekking van publieke middelen hanteren wij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur welke onder andere zijn vastgelegd in de artikelen 2:4, 3:2, 3:3, 3:4 lid 1 en 2, 3:46 jo., 3:47 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht.

107. Binnen het begrip subsidie onderscheiden we (in de beslisboom) drie soorten. Naast de "gewone" subsidie die we activiteiten subsidie hebben genoemd, vallen ook de garantstellingen en de geldleningen binnen de subsidiedefinitie van de wet.

108. Bij de verlening van subsidie zal rekening moeten worden gehouden met het leerstuk van de staatssteun. Staatssteun wordt gedefinieerd in artikel 107 lid 1 VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie): een selectief voordeel voor een onderneming, verleend door de overheid, waardoor de mededinging wordt vervalst en de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. Het aanmelden van staatssteun kan dan nog worden voorkomen door gebruik te maken van een generieke vrijstellingsverordening zoals de de-minimus regeling en de groepsvrijstellingsverordening.

109. Iedere eenheid die economische activiteit uitoefent, is een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. De gekozen rechtsvorm en de wijze waarop de onderneming wordt gefinancierd is niet van belang.

6. Uitgangspunten voor overheidsopdrachten

110. Bij overheidsopdrachten is, afhankelijk van het bedrag, het gemeentelijk aanbestedingsbeleid of het aanbestedingsrecht van toepassing.

111. De Aanbestedingswet 2012 en de Algemene wet bestuursrecht kennen definities van het begrip overheidsopdracht en subsidie. Hier sluiten wij op aan. Zie onderstaand schema:

Overheidsopdracht (Aanbestedingswet 2012)	Subsidie (Awb)
Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel	Aanspraak op financiële middelen
Tussen ≥ 1 ondernemers en ≥ 1 aanbestedende diensten gesloten	Door een bestuursorgaan verstrekt
Die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of het verlenen van diensten	Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager
	Anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten

112. De begrippen overheidsopdracht en subsidie liggen dicht bij elkaar. In de beslisboom wordt eerst gekeken of er sprake is van een overheidsopdracht. Indien dat niet het geval is, blijft de mogelijkheid tot het verlenen van subsidie over. Ook binnen de Europeesrechtelijke definitie van overheidsopdracht is er een mogelijkheid dat het ook binnen de nationaalrechtelijke definitie van subsidie valt. De subsidie zal dan moeten worden aanbesteed.

7. Uitgangspunten voor subsidies

113. Onder subsidie wordt verstaan conform artikel 4:21 Awb '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'.

114. Er worden vijf indicatoren als indicatiesysteem gehanteerd. Aan de hand daarvan kan worden bepaald in hoeverre iets als een subsidie of als overheidopdracht valt te kwalificeren. Geen enkele van deze indicatoren is doorslaggevend. In ieder concreet geval zal moeten worden bekeken welke aanwijzingen er zijn om te bepalen of er sprake is van een overheidsopdracht dan wel een subsidie. Het gaat om de indicatoren a) eigen belang b) initiatief gemeente c) afdwingbaarheid d) marktconforme prijs en e) nauwkeurig omschreven. Deze indicatoren zijn nader omschreven in de toelichting behorende bij de beslisboom.

115. We verlenen geen subsidie zonder wettelijke basis. Primair is van belang de geldende gemeentelijke subsidieverordening (ASV).

116. Activiteiten subsidies kunnen allerlei verschillende benamingen hebben zoals exploitatiesubsidie, investeringssubsidie ect. Waar het in de essentie om gaat is dat er een duidelijke omschrijving is van de bestedingsrichting van de activiteiten.

117. Het beschikbare bedrag voor een subsidiedoelstelling moet worden vermeld in de subsidiestaat. De subsidiestaat is conform de uitleg van de subsidieverordening de publicatie van alle beschikbare gelden en de bedragen hierin dienen tevens als subsidieplafond. Dit betekent dat een potentiële aanvrager kan kijken of er binnen de doelstelling waarvoor hij wil aanvragen budget beschikbaar is en wat het plafond is.

118. Een subsidieaanvraag moet te allen tijde worden beoordeeld. Om dit mogelijk te maken zal er op het gebied van de beleidsdoelstelling in ieder geval een vastgestelde nota of beleidsnotitie moeten liggen die door de gemeenteraad is vastgesteld. Deze nota of beleidsnotitie van de gemeenteraad dient ook als basis voor een beleidsregel die door het college wordt vastgesteld. Hierin werkt het college de beleidsmatige doelstellingen gesteld door de gemeenteraad verder uit. Op basis van deze beleidsregel wordt duidelijk hoe het college gaat subsidiëren.

119. Een ieder heeft door het bekendmaken van het beleid/de beleidsregel en de subsidiestaat gelijke kansen op verlening. Hierdoor wordt de kans verkleind dat er sprake is van een selectief voordeel zoals genoemd als één van de criteria om te voldoen aan de definitie van staatsteun. Iedere potentiële aanvrager kan weten welke regelgeving wordt toegepast, hoe de aanvraag wordt beoordeeld (ASV, beleidsregel) en welk budget daarvoor beschikbaar is.

120. De systematiek van subsidieverlening is in principe een gesloten systeem. Is er namelijk geen budget vermeld op de subsidiestaat en/of er is geen beleid of beleidsregel op dat specifieke beleidsterrein dan is subsidieverlening niet mogelijk.

121. Om dit gesloten systeem te doorbreken biedt de wet nog de mogelijkheid van de incidentele subsidie. Deze vorm van subsidiëren is mogelijk als zowel het aantal ontvangers als het tijdvak waarvoor de subsidie wordt verstrekt beperkt is. Een eenmalige 'startsubsidie' voor ten hoogste vier jaar kan derhalve zonder grondslag in beleid of beleidsregel worden verleend, tenzij zij deel uitmaakt van een algemener 'startersbeleid' gericht op een in algemene termen omschreven doelgroep. In dat geval kan de subsidie immers niet meer incidenteel genoemd worden.

8. Uitgangspunten voor gewaarborgde geldleningen en geldleningen

122. Bij gewaarborgde geldleningen en geldleningen gaat het om financieringssteun. Financieringssteun aan ondernemingen vindt alleen plaats ten behoeve van investeringen. Voor financieringssteun gelden de principes "Nee, tenzij ..." en "de gemeente treedt alleen op als financier als er geen alternatieven zijn". Dit is uitgewerkt in diverse artikelen van de ASV 2014 en het financiële beleid van de gemeente.

123. We kiezen ervoor om primair een garantie af te geven op een lening die door de bank wordt verstrekt en pas in laatste instantie rechtstreeks een lening te verstrekken ("Garantie, tenzij ..."). Daarbij is het risicoprofiel voor beide instrumenten niet van elkaar verschillend, omdat de gemeente ingeval van faillissement of wanbetaling borg staat cq. de lening niet terug ontvangt. Toch zijn er twee belangrijke overwegingen om primair een garantie af te geven. Allereerst omdat de gemeente geen bancaire instelling is en daar de organisatie ook niet op heeft ingericht. Het is niet de primaire taak van een gemeente om een leningenportefeuille te beheren. Daarnaast belasten garanties de gemeentelijke schuldpositie in principe niet, mits de garantie niet aangesproken wordt en/of er geen voorziening wordt getroffen. Leningen daarentegen belasten de gemeentelijke schuldpositie rechtstreeks en hebben derhalve ook effect op het onderdeel weerbaarheid en wendbaarheid uit de programmabegroting.

124. We zijn uiterst behoedzaam als het gaat om verstrekken van geldleningen. Zodra er zich een situatie voordoet waarbij de onderneming – ondanks gemeentegarantie – geen andere financieringsmogelijkheid heeft, kan de gemeente beslissen om een geldlening verstrekken. Mits het verstrekken van de lening aan de betreffende onderneming past binnen het gemeentelijk beleid en vanuit maatschappelijk oogpunt noodzakelijk is. In voorkomende gevallen wordt de gemeenteraad hier tijdig over geïnformeerd.

125. Voor gewaarborgde geldleningen is plaatsing op de subsidiestaat niet mogelijk omdat het (bij het voldoen van de aanvrager aan de verplichting van de lening) niet om daadwerkelijke uitkering van de subsidie gaat.

126. Gewaarborgde geldleningen en geldleningen kunnen niet worden verstrekt met als doel om daarmee rentevoordelen te behalen. Dit is strijdig met de uitgangspunten van de wet FIDO. Omdat bij het verstrekken van zowel garanties als van leningen de risico's voor de gemeente toenemen, hanteren we het uitgangspunt dat we deze risico's in het bestuursadvies – zo reëel mogelijk – transparant maken. Daarmee geven het bestuur vooraf inzicht in de mogelijke consequenties zodat er een gedegen afweging kan plaatsvinden. Het beoordelen van kredietrisico's vergt specifieke deskundigheid. Voor sommige soorten leningen en gewaarborgde geldleningen aan ondernemingen is de beoordeling door de gemeente extern belegd, bijvoorbeeld bij waarborgfondsen (sociale woningbouw, sport, zorg). In alle voorkomende gevallen waarbij dit niet het geval is wordt de verantwoordelijkheid voor het beoordelen van kredietrisico's en het verwoorden van deze risico's in het bestuursadvies voortaan centraal belegd bij de treasurer. Indien nodig kan de treasurer daarbij een beroep doen op externe deskundigheid.

127. Bij alle gewaarborgde leningen en geldleningen moet het kredietrisico adequaat financieel worden afgedekt. Voor zover gewaarborgde leningen worden beoordeeld en beheerd door waarborgfondsen dan worden de risico's binnen deze fondsen gedekt. Bij alle gewaarborgde leningen en geldleningen waarvoor de gemeente zelf de kredietrisico's moet beoordelen en beheren moet een risicovoorziening worden getroffen. Het bestuur kan – mits dit past binnen de staatssteunregels – ervoor kiezen om de kosten van het risico al of niet in rekening te brengen bij de ondernemer.

Indien de kosten van het risico in rekening worden gebracht gaat dit volgens het principe van marktconformiteit. De marktconformiteit komt tot uitdrukking in het rentepercentage dat bij leningverstrekking moet worden betaald of in de garantiepremie die in rekening moet worden gebracht bij garantieverlening (bovenop de – risicovrije – rente die de bank in rekening brengt). De keuze om hier expliciet voor te besluiten is gelegen in het feit dat het risico blijft bestaan. Met andere woorden; de gemeente vangt dit risico dan zelf op.

Met dit uitgangspunt wordt zowel voor de gemeentelijke organisatie als voor de onderneming transparant gemaakt dat de risico's voor de gemeente door de garantie- of leningverstrekking is toegenomen. Dit is passend voor een verantwoord kredietrisicomanagement. De in rekening te brengen risicopremie (zowel bij lenen als bij garanderen) moet worden gestort in een kredietrisicovoorziening garanties en leningen.

128. Gewaarborgde geldleningen en geldleningen kunnen niet worden verstrekt wanneer de onderneming structureel over onvoldoende betalingscapaciteit beschikt. Om de risico's voor de gemeente zo veel mogelijk te beperken kan steun bij liquiditeitsproblemen alleen gegeven worden aan ondernemingen die door de gemeente worden gesubsidieerd. Er kan dan over meerdere jaren verrekening plaatsvinden met de jaarlijkse subsidie. Dit zijn betalingsregelingen over meerdere jaren (inclusief rente-effecten). Omdat de verrekening plaatsvindt met de jaarlijkse subsidie en niet via facturering van rente- en aflossingsverplichtingen moeten deze niet als lening worden beschouwd. Het is van belang dat er goede richtlijnen zijn voor het administreren van geldleningen en geldleningen die met subsidie worden verrekend, zodat dit inzichtelijk blijft voor de gemeenteraad.

129. Voor geldleningen geldt dat er momenteel alleen beleid ligt op het gebied van huisvesting (Stichting Volkshuisvesting Nederland), restauratieprojecten (Utrechts Restauratie Fonds) en sociale zekerheid (Kredietbank). Het gaat hierbij meestal niet om ondernemingen.

130. Organisatieonderdelen die via een verzelfstandiging op afstand worden gezet kunnen eenmalig een garantstelling danwel geldlening ontvangen van de gemeente. Dit uitgangspunt is al vastgelegd in het generieke beleid verzelfstandigingen (collegebesluit 31 januari 2012). Deze vorm van financieringssteun is bedoeld om de overgangperiode voor de nieuwe onderneming te overbruggen. Conform generiek beleid berekenen we de interne rekenrente. De lening wordt lineair afgelost in maximaal 20 jaar en boetevrij vervroegd aflossen is toegestaan.

131. Naast leningen zijn er ook kredietfaciliteiten (= geen vast aflossingsschema en geen vast bedrag) verstrekt aan Centraal Museum en Muziekpaleis. Daarbij is overeengekomen dat de limiet na een periode van 15 jaar zal worden herijkt, waarbij de mogelijkheid tot aantrekken van financiering door de onderneming gegarandeerd blijft.

9. Uitgangspunten voor deelnemingen en bijdragen in natura

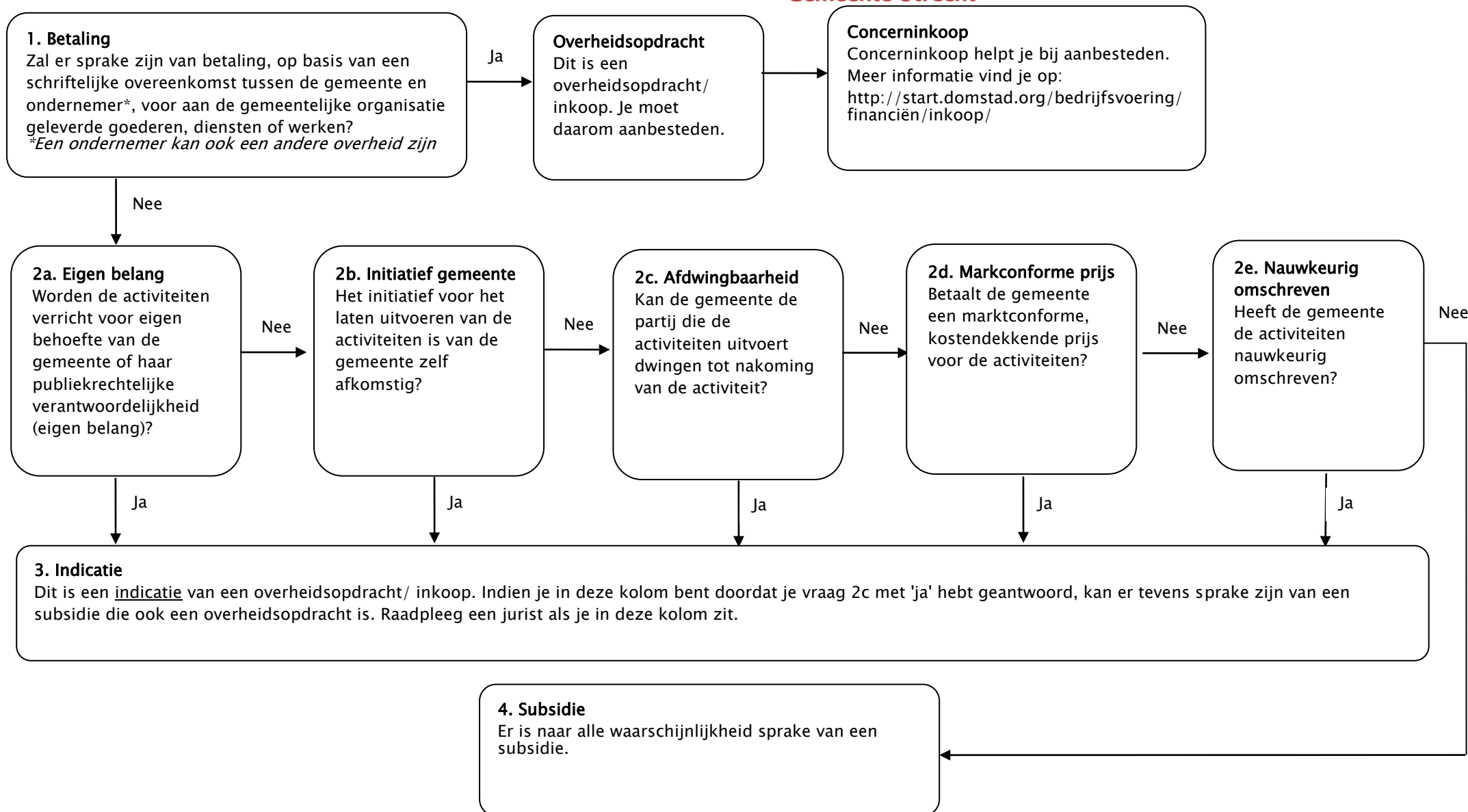
132. Bij een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de gemeente een bestuurlijk en een financieel belang heeft, is er sprake van een deelneming en is de nota Verbonden partijen van toepassing. Met bestuurlijk belang wordt bedoeld zeggenschap, hetzij uit hoofde van vertegenwoordiging in het bestuur hetzij uit hoofde van stemrecht. Met financieel belang wordt bedoeld een aan de verbonden partij ter beschikking gesteld bedrag dat niet verhaalbaar is indien de verbonden partij failliet gaat onderscheidenlijk het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat indien de verbonden partij haar verplichtingen niet nakomt. In de Nota Verbonden partijen zijn verschillende soorten deelnemingen beschreven. Om hier een keuze uit te maken dient de beslisboom uit deze nota te worden gebruikt.

133. De verstrekkingen in natura vallen conform de definitie van subsidie uit 4:21 Awb niet onder de term subsidie. Dit houdt in dat de Awb wel van toepassing is en dat wij als gemeente

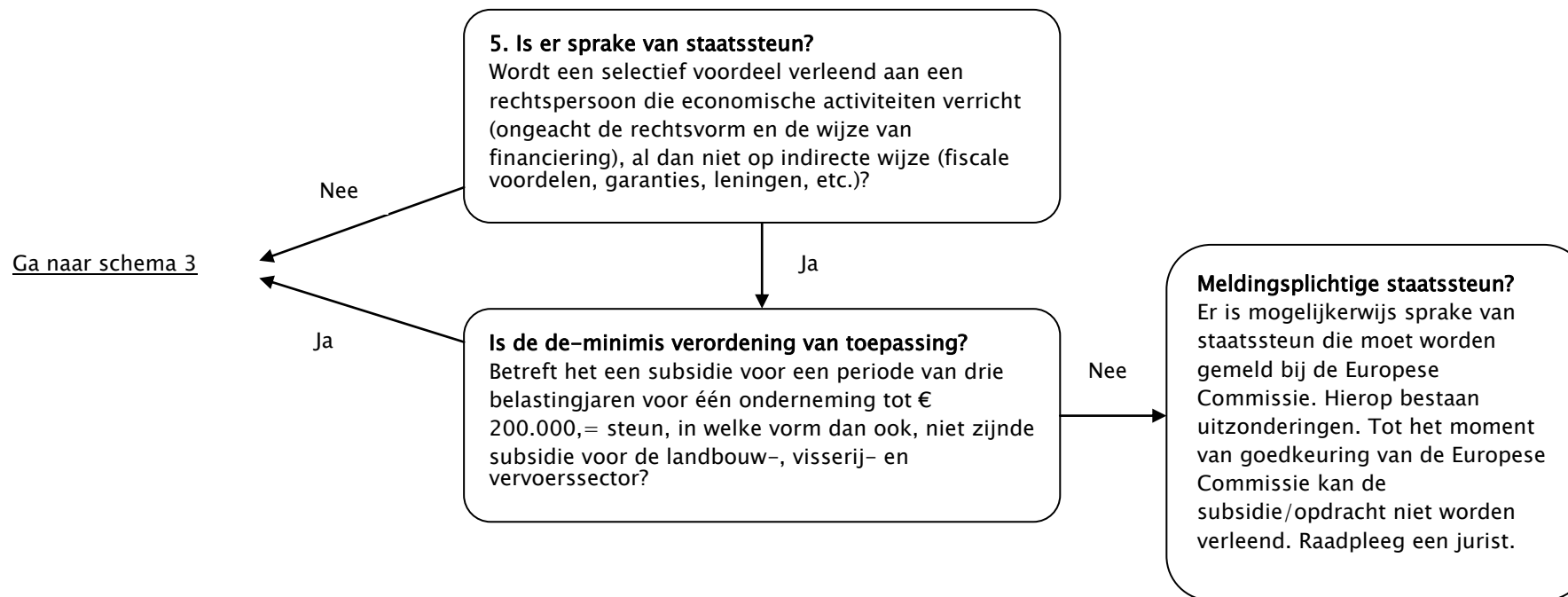
duidelijk moeten maken richting de burgers wanneer zij een aanspraak kunnen maken op een verstrekking in natura.

Bijlage 1: beslisboom

*Deze beslisboom betreft een hulpmiddel bij de toepassing van publieke
geldverstrekkingen*



Ga naar schema 2



Activiteiten subsidie

ASV is van toepassing. Daarnaast is er beleid geformuleerd veelal in nota's en beleidsregels zodat duidelijk is waar je subsidie voor kan aanvragen. Het budget staat vermeld in de subsidiestaat.

Toets de voorgenomen subsidieverlening eerst aan artikel 4:25 en 4:35 Awb en artikel 9 ASV.

Mandaat berust bij IRM of lager.

6. Garantstellingen

Gaat veelal om financieringsvraagstuk. Terughoudend toepassen in verband met kans op staatsteun mede gezien het feit dat er geen beleid is wanneer garantstellingen aangevraagd kunnen worden. ASV is van toepassing en daarnaast is er nog een speciaal hoofdstuk in de ASV (hoofdstuk 8) aan gewijd.

Bij elke garantstelling moet de gemeenteraad in staat worden gesteld opmerkingen te maken, tenzij de garantie past binnen eerder door de gemeenteraad expliciet vastgesteld beleid in de vorm van beleidsregels. Er is dus ook een collegebesluit nodig. De bevoegdheid is niet in mandaat gegeven aan de organisatie.

Ga naar schema 4

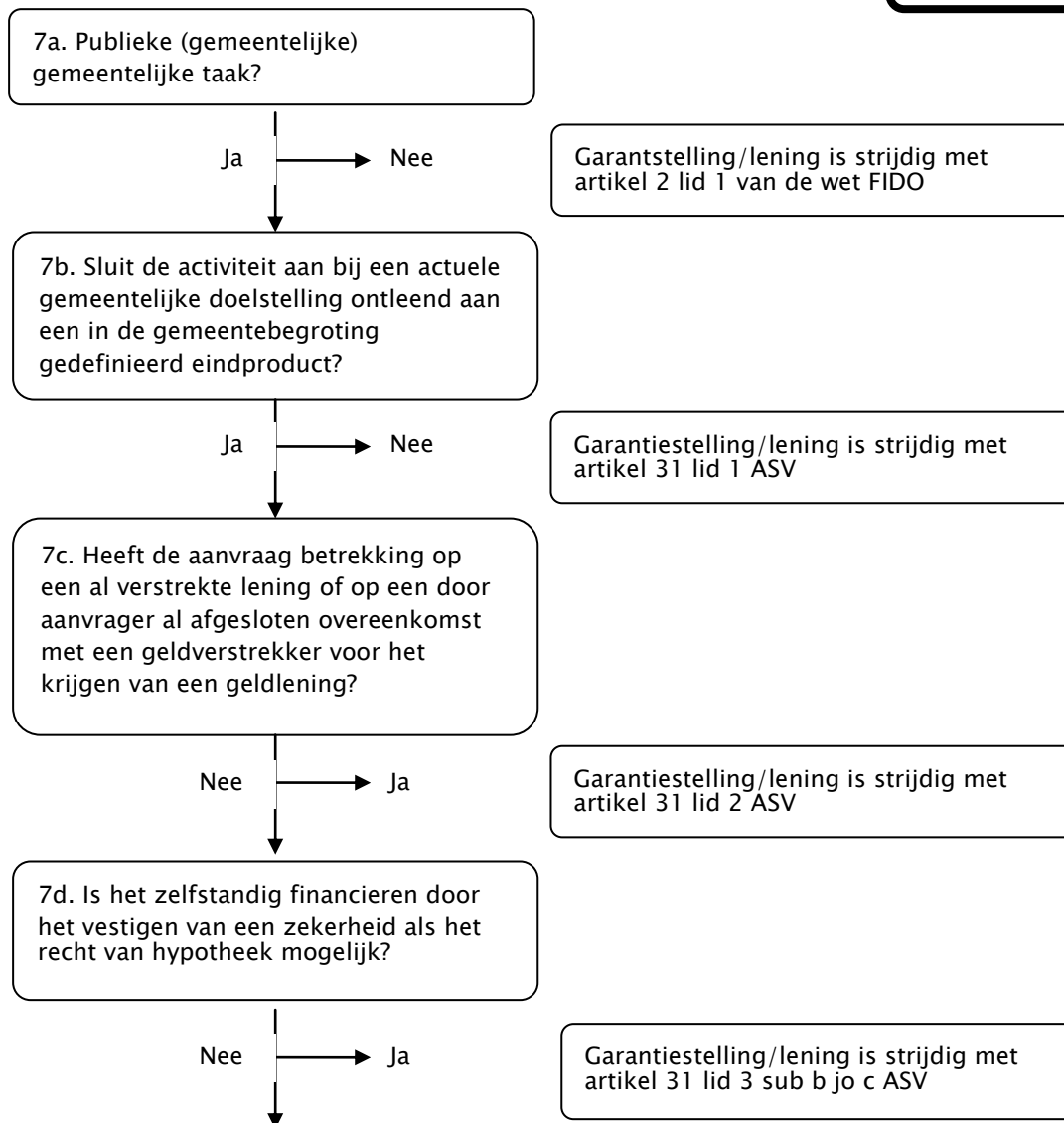
7. Leningen

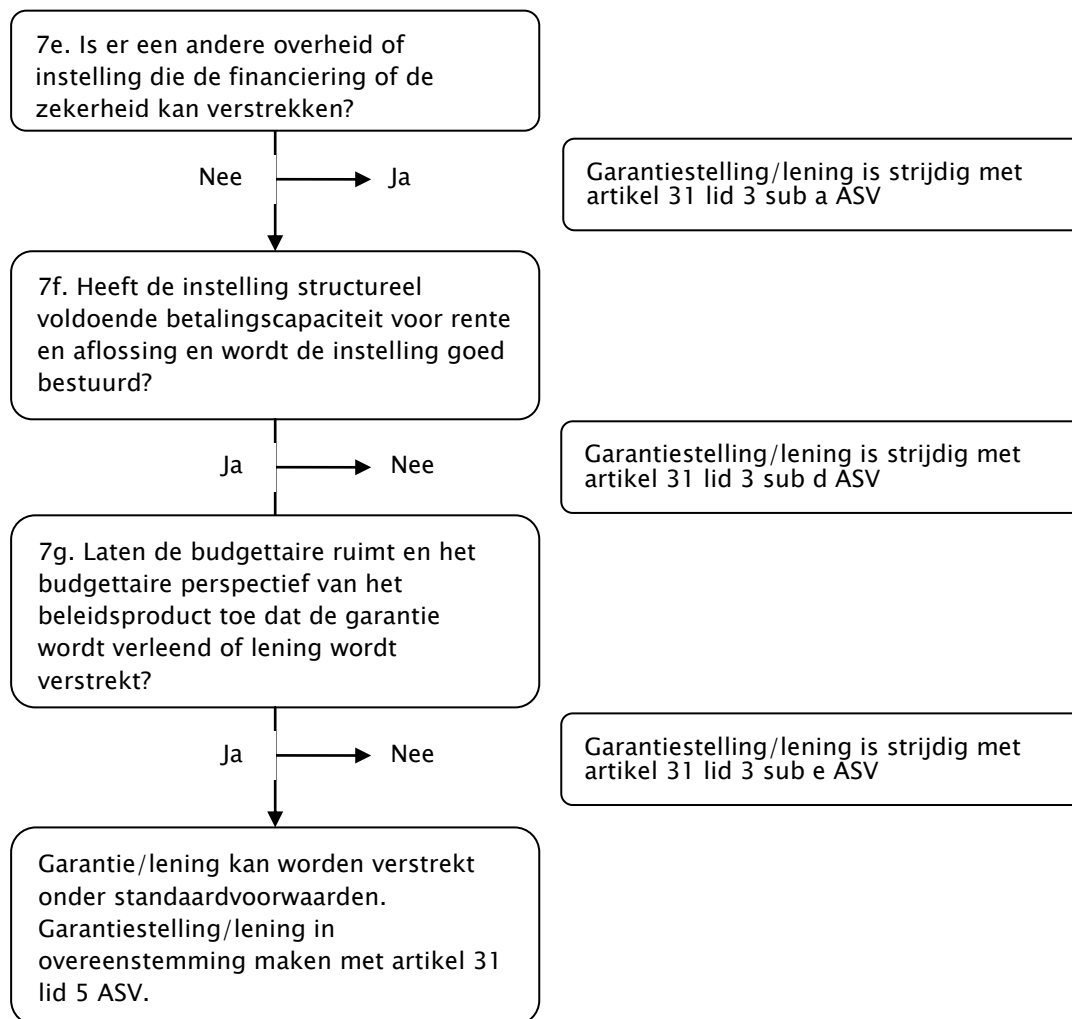
Gaat veelal om financieringsvraagstuk. Het verstrekken van leningen is geen overheidstaak. Daarom pas toepassen als de banken ondanks gemeentegarantie niet bereid zijn een lening te verstrekken. Terughoudend toepassen in verband met kans op staatsteun mede door het feit dat er behoudens de fondsen geen beleid is om leningen te verstrekken. ASV is van toepassing en daarnaast is er nog een speciaal hoofdstuk in de ASV (hoofdstuk 8) aan gewijd.

Bij elke lening moet de gemeenteraad in staat worden gesteld opmerkingen te maken, tenzij de lening past binnen eerder door de gemeenteraad expliciet vastgesteld beleid in de vorm van beleidsregels. Er is dus ook een collegebesluit nodig. De bevoegdheid is niet in mandaat gegeven aan de organisatie.

Ga naar schema 4

Schema 4
Garantstelling / Lening





Bijlage 2: toelichting bij beslisboom

Deze toelichting is bedoeld ter verduidelijking van de beslisboom

Disclaimer

Door middel van de beslisboom zie je of in jouw specifieke project er sprake is van een subsidie of een overheidsopdracht. Het is nadrukkelijk geen keuzeschema aan de hand waarvan je kan bepalen wat in jouw project het mee geschikte middel is, subsidie of overheidsopdracht.

Door de juridische complexiteit van de materie is niet mogelijk om een sluitend schema te maken in de zin dat een simpel ja of nee leidt naar een volgende stap totdat geheel duidelijk is of er sprake is van overheidsopdracht of subsidie. In sommige situaties kan er in de beslisboom slechts indicatief iets gezegd worden. Dit maakt de beslisboom een hulpmiddel waarbij de assistentie van een jurist nodig is. Hieronder volgt de uitleg beslisboom aan de hand van de opgevoerde termen.

Stap 1. Betaling

In de beslisboom is subsidie het residu dat overblijft. Dit is mede ingegeven door de Europese wetgeving, met name de definitie van een overheidsopdracht in het kader van de Aanbestedingswet, de definitie van subsidie in art 4:21 Awb en de indicatieve vragen.

Artikel 4:21 Awb definieert subsidie als volgt:

'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'.

Met name het laatste gedeelte is in de beslisboom onder "Betaling" onderscheidend ten opzichte van de overheidsopdracht. Gaat het om de betaling van aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten dan is er in beginsel sprake van een overheidsopdracht, en niet van een subsidie. Er is in die gevallen sprake van gewone commerciële transacties, waarbij de overheid de gebruikelijke (markt)prijs betaalt. Dit criterium raakt vanzelfsprekend aan de kern van dit artikel.

Onder 'betaling' moet in dit verband volgens de wetgever worden verstaan het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer. Dit betekent niet dat iedere betaling boven de marktprijs een subsidie is. Dat is alleen het geval als de betaling onmiskenbaar zozeer boven de marktprijs ligt dat redelijkerwijs niet meer van betaling kan worden gesproken.

Als een betaling geen algemeen belang dient maar het bestuursorgaan zelf rechtstreeks gebaat is bij de "activiteiten", dan zal er in beginsel sprake zijn van een overheidsopdracht.

Stap 2. Overheidsopdracht

Wanneer er sprake is van een overheidsopdracht, dringt zich de vraag op in hoeverre deze opdracht aanbestedingsplichtig is. Hiervoor kan je een jurist van IBJZ raadplegen. Een subsidie kan echter ook het karakter hebben van een overheidsopdracht waardoor deze als overheidsopdracht moet worden bestempeld en eventueel zal moeten worden aanbesteed.

Onder twee vind je vijf indicatoren, zoals geformuleerd door de Europese Commissie, aan de hand waarvan kan worden bepaald in hoeverre een subsidie als overheidsopdracht valt te kwalificeren. Geen enkele van de onder twee genoemde indicatoren is doorslaggevend. In ieder concreet geval zal moeten worden bekeken welke aanwijzingen er zijn om te bepalen of er sprake is van een overheidsopdracht dan wel een subsidie. Raadpleeg daarom een jurist zodra aan één van de indicatoren wordt voldaan.

Stap 3a. Eigen belang

De eerste indicator is het eigen belang. De gemeente heeft vanuit haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid verschillende verplichtingen (het eigen belang). Zij moet bijvoorbeeld zorgen voor de aanleg en het onderhoud van de wegen en bruggen. De gemeente kan er voor kiezen om

deze activiteiten uit te besteden. Bij de uitvoering van deze activiteiten zal vrijwel nooit een subsidie worden verleend. Het subsidie-instrument is niet het juiste instrument voor taken die onder de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid vallen van de gemeente.

Wanneer het project dus vooral het eigen belang van de gemeente dient, is dit een indicatie dat er sprake is van een overheidsopdracht. Raadpleeg in dat geval een jurist.

Stap 3b. Initiatief gemeente

Bij subsidie ligt in beginsel het initiatief bij degene die de activiteit verricht en niet bij de gemeente. Bij een overheidsopdracht ligt het initiatief in beginsel bij de gemeente.

Wanneer het initiatief tot het verlenen van een subsidie aan een bepaalde partij van de gemeente is uitgegaan, is dit een aanwijzing dat er sprake is van een overheidsopdracht. Wanneer de gemeente het initiatief tot de "subsidieverlening" neemt, zit zij kennelijk om een dienst, levering of werk verlegen en heeft zij ook bedacht wie zij om die dienst zou willen vragen. Raadpleeg in dat geval een jurist.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de overheid het initiatief tot de subsidieverlening neemt. Soms wordt dit initiatief ingegeven doordat de gemeente het noodzakelijk vindt dat de te subsidiëren activiteit wordt verricht. Soms wordt het initiatief ingegeven door de wens van de gemeente om de subsidieontvanger te stimuleren om een bepaalde activiteiten te verrichten. Vooral het eerste geval is een aanwijzing dat er eigenlijk sprake is van een overheidsopdracht. In de praktijk zal het echter vaak niet eenvoudig zijn de beide gevallen te onderscheiden.

Voorbeeld: De gemeente heeft geld gereserveerd voor de 'verduurzaming' van de stad. Een woningbouwvereniging vraagt in het kader hier van subsidie aan voor de aanleg 'groene daken' op haar woningen. Dit past binnen de kaders voor subsidieverlening. Het initiatief gaat hier duidelijk van de subsidieverkrijger uit. Op het moment dat de gemeente de woningbouwcorporatie zelf zou benaderen met het verzoek om de daken van hun woningen groen te maken, gaat het initiatief van de gemeente uit. Dit is dan een indicatie dat het gaat om een overheidsopdracht.

Stap 3c. Afdwingbaarheid

Kenmerk van een overheidsopdracht is dat het gaat om een meerzijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Dit maakt dat beide partijen de uitvoer kunnen afdwingen. Beide partijen leggen met behulp van een overeenkomst bepaalde verplichtingen aan elkaar op. Kortom, beide partijen moeten een prestatie verrichten.

Bij een subsidie kan de subsidieverlenende partij geen nakoming vorderen. Bij een subsidie is er een bepaalde mate van vrijwilligheid van de subsidieverlenende partij. De subsidieverkrijgende partij kan niet gedwongen worden tot nakoming van de gesubsidieerde activiteit. De subsidieverkrijgende partij loopt enkel het risico dat het subsidiebedrag wordt verminderd, onder voorwaarden wordt uitgekeerd of niet wordt uitgekeerd. Bij een subsidie ontbreekt er dus een prestatieplicht voor de subsidieverkrijgende partij.

Let op: hoe meer resultaatverplichtingen zijn vereist of vastgelegd in een aan de subsidiebeschikking gekoppelde uitvoeringsovereenkomst, hoe eerder een subsidie de richting van een overheidsopdracht opgaat.

Stap 3d. Marktconforme prijs

Hoe is de verhouding tussen de waarde van de prestatie en de betaling? Is er sprake van winst? Of werkt de leverancier tegen kostprijs? Vragen die van belang zijn om het verschil tussen overheidsopdracht en subsidie te duiden. Wanneer de subsidieaanvrager de te verrichten activiteiten tegen kostprijs zal verrichten, dan zal er vaak sprake zijn van een subsidie. Is er voor de te subsidiëren activiteiten sprake van een volwaardige markt waarop op winst gerichte ondernemingen opereren, dan zal er eerder sprake zijn van een overheidsopdracht. Het betalen van een kostendekkende vergoeding bij een wederzijdse prestatieplicht levert vaak een aanwijzing op dat

het gaat om een overheidsopdracht. Raadpleeg in dat geval een jurist.

NB het feit dat geen kostendekkende vergoeding wordt gegeven (bijvoorbeeld bij concessies) leidt daarentegen niet automatisch tot de conclusie dat geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht.

Stap 3e. Nauwkeurig omschreven

Hoe nauwgezet subsidieabele activiteiten worden omschreven en hoe meer voorwaarden en verplichtingen in de beschikking tot subsidieverlening worden opgenomen, hoe meer zeggenschap de gemeente heeft over de invulling van een projectaanvraag en over de prestatie. Dit is een indicatie at er sprake is van een overheidsopdracht. Raadpleeg in dat geval een jurist

Bij een subsidie wordt de uitwerking van de subsidiedoelstellingen aan de subsidieontvanger overgelaten waarbij door de gemeente slechts een algemeen kader wordt geboden waarbinnen de subsidieabele activiteiten dienen te worden uitgevoerd.

Stap 4. Staatssteun

De ‘normale activiteiten’ subsidies worden verstrekt op basis van de Subsidieverordening, beleidsnota en beleidsregels. Deze ‘normale activiteiten’ subsidies kunnen, net als het verstrekken van een garantie of lening, (onrechtmatige) staatssteun opleveren in de zin van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”). Het staatssteunrecht definieert in artikel 107 lid 1 VWEU verboden staatssteun als (1) een selectief voordeel (2) voor een onderneming, (3) verleend door de overheid, (4) waardoor de mededinging wordt vervalst en (5) de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. Slecht indien aan alle criteria wordt voldaan kan een subsidieverstrekking door de gemeente als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU worden gekwalificeerd.

Indien wel aan alle criteria van artikel 107 lid 1 VWEU wordt voldaan zal in beginsel de subsidieverstrekking moeten worden gemeld bij de Europese Commissie. Het grootste nadeel van een dergelijke melding is dat op grond van de standstill-verplichting de financiële afspraken niet kunnen worden uitgevoerd totdat de Europese Commissie hiervoor toestemming heeft gegeven (artikel 108 lid 3 VWEU).

De standstill bepaling heeft rechtstreekse werking, wat inhoudt dat door een ieder een rechtstreeks beroep kan worden gedaan op artikel 108 lid 3 VWEU om de uitvoering van de subsidieverstrekking te staken. De nationale rechter is verplicht de bepaling toe te passen. Wanneer de steun onterecht niet is aangemeld, kan de steunregeling nietig zijn.

Het aanmelden van staatssteun kan echter worden voorkomen wanneer de gemeente gebruik maakt van een generieke vrijstellingsverordening, zoals de de-minimisvrijstelling of de algemene groepsvrijstellingsverordening.

Ingevolge de de-minimis vrijstelling mag één onderneming over een periode van drie belastingjaren tot EUR 200.000,00 aan steun ontvangen, in welke vorm dan ook. Door de Europese Commissie wordt aangenomen dat een steunverlening gelijk of lager dan genoemd bedrag, de tussenstaatse handel niet wordt beïnvloed en daarmee geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

Stap 5. Garanties en leningen

Binnen de definitie van subsidie vallen ook de garanties en leningen. Door de beperkingen vanuit de wet FIDO en het feit dat de gemeente in haar functie geen bancaire instelling is, zal de verlening hiervan voorzien zijn van een aantal restricties. Of een garantie of een lening verstrekt kan worden zal afhangen van een aantal factoren zoals afgebeeld in de beslisboom. Deze afwegingen zijn te vinden in hoofdstuk acht van de algemene subsidieverordening. Gezien het feit dat de gemeente geen bancaire instelling is, is er beleidsmatig een voorkeur om eerst te kijken of het mogelijk is een garantie te verstrekken. Mocht dit niet afdoende zijn dan komt de lening in beeld. Hierbij de uitleg van de bepalingen in de beslisboom.

Waar in de beslisboom gesproken wordt van garanties wordt daaronder verstaan "gewaARBorgde geldleningen, waarbij sprake is van borgtocht in de zin van art 7:850 BW". In het huidige BW heeft het begrip garantie geen vaststaande betekenis meer.

Conform EU-recht

De criteria van artikel 107 lid 1 VWEU gelden ook voor garanties en leningen. Evenals andere vormen van steun kunnen rechtstreeks door de gemeente verstrekte garanties en leningen staatssteun vormen.

Garanties

Het dragen van een risico, zoals een garantiestelling door de gemeente, dient normaal gesproken door een passende premie te worden vergoed. Wanneer de kredietnemer geen of een lage premie betaalt, verkrijgt hij een voordeel. Vergeleken met een situatie zonder garantie, kan de kredietnemer dankzij de staatsgarantie voor een lening immers betere financiële voorwaarden krijgen dan de voorwaarden die doorgaans op de financiële markten voorhanden zijn. Raadpleeg voor meer informatie hieromtrent een jurist.

Leningen

Bij het verstrekken van een lening is van belang of de onderneming een niet-marktconform voordeel ontvangt. Op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan bij een niet-marktconforme lening, sprake zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Het bedrag van de staatssteun is gelijk aan het verschil tussen de marktconforme rente en de rente die werkelijk is betaald. Leningen die niet-marktconform zijn, moeten in beginsel worden aangemeld bij de Europese Commissie. Raadpleeg voor meer informatie hieromtrent een jurist.

Stap 5a. Publieke (gemeentelijke) taak

In de wet FIDO is opgenomen dat het verstrekken van leningen en garanties uitsluitend dient te geschieden ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak. De publieke taak wordt in de wet niet nader omschreven. De gemeenteraad bepaalt – gemotiveerd en transparant – in principe zelf wat onder de publieke taak moet worden verstaan en hoe deze zal worden uitgevoerd.

De publieke taak kan worden omschreven als het noodzakelijk overheidsingrijpen om het publiek belang te realiseren. Een publieke taak zou niet of op voor de gemeente onbevredigende wijze worden uitgevoerd als de gemeente niet zou ingrijpen. Er is sprake van marktfalen. De overheid hecht zo veel belang aan bijvoorbeeld de beschikbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van dergelijke activiteiten dat ze als het ware wil garanderen dat deze activiteiten op haar voorwaarden worden aangeboden. Daarmee onderscheidt de publieke taak zich van andere, reguliere economische activiteiten. Niet iedere publieke taak is een publieke taak voor de gemeente. De taak moet betrekking hebben op het grondgebied van de gemeente of grotendeels in het belang zijn van de bevolking van de gemeente. Daarnaast moet de taak niet tot de primaire bestuurszorg behoren van andere (overheids)organen.

Stap 5b. Sluit de activiteit aan bij een actuele gemeentelijke doelstelling ontleend aan een in de gemeentebegroting gedefinieerd eindproduct?

Voortbordurend op het bovenstaande betekent dit dat uit het bestaan van een beleidsproduct in de gemeentebegroting, de actuele gemeentelijke beleidsdoelstellingen moeten blijken. Ten last van dit beleidsproduct worden ook de risico's van de verstrekte garanties en leningen gedragen.

Stap 5c. Heeft de aanvraag betrekking op een al verstrekte lening of op een door aanvrager al afgesloten overeenkomst met een geldverstrekker voor het krijgen van een geldlening?

In de systematiek van de subsidieverlening past het achteraf verlenen niet. Het is noodzakelijk dat het college vooraf beoordeelt of de uit te voeren activiteiten wenselijk zijn.

Stap 5d. Is het zelfstandig financieren door het vestigen van een zekerheid als het recht van hypotheek mogelijk?

Het verstrekken van een garantie of lening is uiteraard alleen aan de orde indien een instelling er niet zelf in slaagt de financiering "rond" te krijgen. Het verstrekken van garanties aan instellingen met een sterke vermogenspositie met enkel het doel een lagere rente te betalen is dan ook niet aan de orde.

Stap 5e. Is er een andere overheid of instelling die de financiering of de zekerheid kan verstrekken?

Deze vraag hangt samen met de vraag of er sprake is van een publiek gemeentelijk belang. Het gaat over instellingen die voornamelijk aan de gemeentelijke bestuurszorg zijn toevertrouwd, maar in bepaalde gevallen ook een beroep kunnen doen op voorzieningen in de sector waarin ze actief zijn. Voorbeelden zijn het waarborgfonds sociale woningbouw en het waarborgfonds sport. Beleidsuitgangspunt is dat eerst deze voorzieningen moeten worden gebruikt.

Stap 5f. Heeft de instelling structureel voldoende betalingscapaciteit voor rente en aflossing en wordt de instelling goed bestuurd?

Er zal moeten worden gekeken of het risico aanvaardbaar is. Dit betekent dat een instelling structureel in staat moet zijn de rente en aflossing te betalen. Tevens zal aan de hand van de 'governance code' of de Utrechtse voorwaarden worden gekeken of de structuur van het bestuur een garantstelling of lening rechtvaardigt.

Stap 5g. Laten de budgettaire ruimte en het budgettaire perspectief van het beleidsproduct toe dat de garantie wordt verleend of lening wordt verstrekt?

Aan het verstrekken van een garantie en lening zijn budgettaire consequenties verbonden. Mocht de gemeente worden aangesproken op een verstrekte garantie of lening dan zal deze uitgave ten behoeve van het betreffende beleidsproduct worden gebracht. Daarmee behoort bij de besluitvorming over de al dan niet verlening van de garantie of lening de vraag of het risico draagbaar is.