

Memo entiteit zonnepark Bakkersdam

De ontwikkeling van zonnepark Bakkersdam kan op twee manieren: in-house of via een besloten vennootschap (BV). Uitgangspunt hierbij is dat er wordt gestart in 100% eigendom van de gemeente, maar dat het doel is om deze uiteindelijk over te dragen aan de nog op te richten energiegemeenschap. In deze memo worden de voor- en nadelen van de twee manieren besproken en de voorgestelde optie (BV) onderbouwd.

Afweging BV vs. In-house ontwikkelen

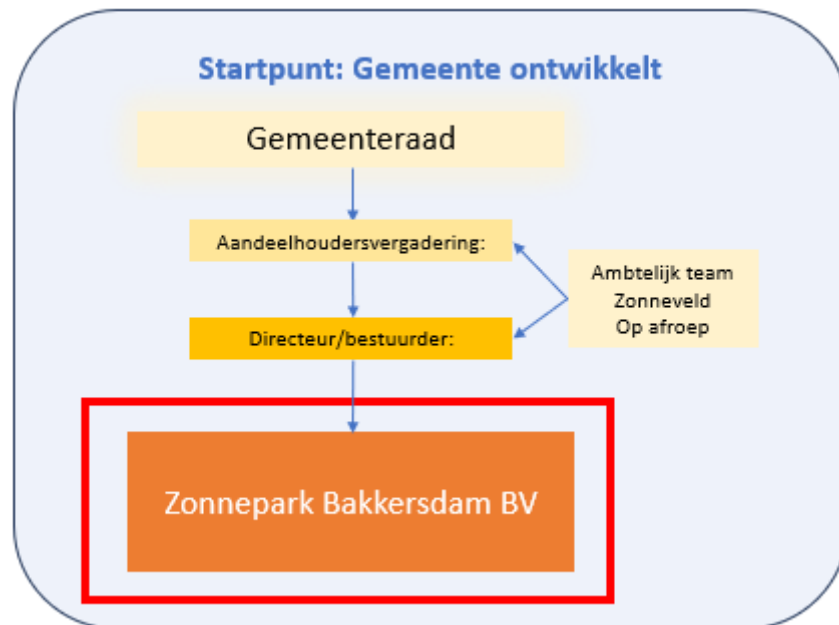
	<i>BV als ontwikkelaar</i>	<i>In-house ontwikkelen</i>
<i>Voordelen</i>	• Risico's afgescheiden • Makkelijk overdragen assets/zekerheden • Gebruikelijke structuur • Scheiden private en publieke rol • Overzichtelijk en transparant naar de omgeving • BV als ontwikkelaar ligt in lijn met opzet energiegemeenschap (Coöperatieve vereniging met uitvoerende Holding BV)	• Winsten uit exploitatie onbelast • Geen extra complexiteit (qua governance)
<i>Nadelen</i>	• Winsten uit exploitatie belast (Vennootschapsbelasting en dividendbelasting)	• Bij overdracht, pas dan alle projectrechten losmaken van gemeente, incl. waarderingsissues • Meer risico want niet gescheiden van gemeente • Minder transparant, zowel naar omgeving als wie welke rol heeft intern (privaat/publiek)
<i>Overig</i>	• Wel mogelijk overdrachtsbelasting bij vervreemding aandelen • Voor rechtmatigheid niet relevant of de ontwikkeling en exploitatie geheel in eigen beheer plaatsvindt of binnen BV. • Effectieve controle mogelijk, ook al is het een BV	• Wel mogelijk overdrachtsbelasting bij vervreemding assets

Belangrijk uitgangspunt is dat de gemeente met het zonnepark als een ondernemer actief wil worden en ook (op termijn) transacties met het zonnepark aan gaat (bijv. in het kader van de mogelijke energiegemeenschap). In dat kader is het niet alleen gebruikelijk maar ook sterk aan te bevelen om een structuur te hebben waarmee flexibel eigendommen kunnen worden overgedragen, maar ook waarmee makkelijk rechten en verplichtingen kunnen worden aangegaan. Dat kan met een BV beter dan in-house.

Een ander belangrijk punt waar de BV beter op scoort is dat het zonnepark 'at arms length' van de gemeente moet worden geplaatst (opdat de gemeente haar publieke rol zo goed mogelijk afgescheiden van het ontwikkelen van het zonnepark vervult). Daarnaast zorgt het dat de (altijd aanwezige maar beperkte) risico's van het zonnepark niet privaatrechtelijk doorwerken naar de gemeente zelf.

Daarom zijn wij van plan om Zonnepark Bakkersdam BV op te richten voor ontwikkeling en exploitatie van het zonnepark.

Governancestructuur



In de structuur van de BV zijn er twee organen, te weten het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). De gemeente is de aandeelhouder (vertegenwoordigd in de AvA door de wethouder). De bestuurder (waarvan er statutair minimaal 1 is en maximaal 3) is bij oprichting de gemeentesecretaris. Die bestuurder zal het belang van de vennootschap moeten dienen. De AvA benoemt en ontslaat de bestuurder. De AvA heeft een instructierecht voor de bestuurder en bepaalde besluiten zal de bestuurder voorafgaand aan de AvA moeten voorleggen.

Het besturen wordt de bestuurder mogelijk gemaakt doordat er ontwikkelkapitaal is. Dat kapitaal komt beschikbaar door een storting op aandelen van EUR 12.000 en een lening die de gemeente ter beschikking stelt voor de ontwikkelkosten.

In de ontwikkelfase zal de bestuurder de beschikking hebben over een intern team, aangevuld met externe expertise, om de ontwikkeling verder te trekken. Dat team zal onder andere ook de administratie en financiële huishouding voor de BV gaan inrichten, maar ook alle andere benodigde zaken als bijv. een aansprakelijkheidsverzekering voor de bestuurder en een wettelijke aansprakelijkheidsverzekering.

Overwegingen

Organisatorisch

- *Sturing en invloed gemeente op BV*

De controle/sturing bij de BV is niet hetzelfde in vergelijking met de situatie dat het volledig *inhouse* gebeurt. Maar de gemeente kan wel voldoende controle uitoefenen/sturen door de volgende punten in de statuten te verwerken:

- instructiebevoegdheid van de aandeelhouder aan het bestuur
- goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten door de aandeelhouder
- belangen gemeente verdisconteren in de statutaire doelstelling van de BV.

- *Governancestructuur*

Een directeur of bestuurder van de BV moet primair het belang van de rechtspersoon dienen (en niet dat van de gemeente). De eerste voorkeur is dan ook – om bestuurlijk/politiek kwetsbare situaties te voorkomen – voor een *extern* bestuurder te kiezen en niet voor een intern bestuurder. Maar gegeven

de omvang/risico van het project (die beperkt zijn) is het te billijken om te kiezen voor het alternatief van een *intern* bestuurder. Om die bestuurlijk/politiek kwetsbare situaties te voorkomen, is beoogd dat voor Zonnepark Bakkersdam de bestuurder de gemeentesecretaris is (en niet een portefeuillehouder.)

Let wel: met een BV en de statuten, een directiereglement en andere afspraken, kan de governance op een gedetailleerd niveau goed worden geregeld. Maar het feit blijft dat er een bestuurlijke verantwoordelijkheid blijft voor activiteiten van de BV die op enige afstand staat van de gemeente zelf. Het is verder raadzaam voor de bestuurder een aansprakelijkheidsverzekering te regelen.

- *Risicomanagement*

Als Zonnepark Bakkersdam wordt ondergebracht in een BV, heeft de gemeente nog steeds (indirecte) zeggenschap, maar is in ieder geval daarmee een barrière opgeworpen tegen aansprakelijkheden en exploitatieverliezen. De gemeente heeft als het mis loopt natuurlijk wel het verlies van het ingebrachte vermogen.

Hoewel de BV-structuur juridische voordelen biedt qua aansprakelijkheid, moet de overheid bij het oprichten of deelnemen aan een BV rekening houden met haar bredere verantwoordelijkheid en de perceptie daarvan in de samenleving (en dat de beveiligingswal van een BV niet altijd zal houden).

Juridisch

- *Rechtmatigheid (art. 160 gemeentewet)*

Onze conclusie is dat er vanuit rechtmatigheid geen beletsel is voor de gemeente om Zonnepark Bakkersdam te ontwikkelen, te realiseren en te exploiteren (ongeacht de route Via BV of Rechtstreeks) nu goed uit valt te leggen dat dit het algemeen belang dient.

- *Mededingingswet (Wet Markt en Overheid)*

Er is sprake van een economische activiteit/onderneming en de conclusie is dan ook dat voor beide routes de gemeente zich aan de Mededingingswet dient te houden en dat bij het handelen van Zonnepark Bakkersdam deze wet een rol speelt. Omdat evenwel de omvang van de economische activiteit zeer beperkt is, worden er geen problemen verwacht met de Mededingingswet, maar wel zal de Wet Markt en Overheid (dat een deel is van de Mededingingswet) een rol spelen, ongeacht de omvang van de economische activiteit.

Als een activiteit geen staatssteun betreft, maar er is wel een economische activiteit, is de Wet Markt en Overheid (deel Mededingingswet) van toepassing. Goed om te beseffen voor de gemeente is, omdat zij geen steun wil verlenen en Zonnepark Bakkersdam een economische activiteit is, dit deel van de Mededingingswet dus van toepassing is.

Er zijn 4 gedragsregels vanuit deze wet, en die zijn (kort en goed): (1) een integrale kosten doorberekening (2) bevoordelingsverbod, overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrente bedrijven; (3) beperking gegevens gebruik, overheden mogen gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen niet gebruiken voor economische activiteiten en (4) functiescheiding.

Omdat de gemeente met een BV gaat werken, geldt in beginsel alleen gedragsregel 2. De andere gedragsregels (1, 3 en 4) gelden alleen als in eigen beheer het zonnepark wordt ontwikkeld. Omdat het bevoordelingsverbod breed wordt uitgelegd, zullen materieel gezien ook gedragsregels 1 en 3 relevantie hebben bij het laden van wat verboden bevoordeling is.

- *Publiek-privaatrechtelijke normen*

De voorliggende keuze is – vanwege de omvang en risico van de investering – de gemeentesecretaris bestuurder van de BV te maken. Als echter (1) de BV vanuit een winstoogmerk tot een bepaald besluit dient te komen en (2) de bestuurder van de BV dat besluit dan ook dient te nemen omdat die primair

de belangen van de vennootschap dient), kan het zijn (3) dat dit zich mogelijk niet goed verhoudt tot het algemene belang dat de bestuurder/ambtenaar vanuit zijn 'afkomst' dient te dienen. Dat kan wat wringen. Dat zal zoveel mogelijk gemitigeerd moeten worden. Om er voor te zorgen dat het uitvoeren door de ambtenaar van bestuurstaken in de BV en de belangen van de gemeente zo min mogelijk wringen, zijn er 3 instrumenten vanuit de statuten. Die instrumenten bestaan daaruit dat:

- het belang van de gemeente wordt verdisconteerd in de doelomschrijving van de BV;
- de algemene aandeelhoudersvergadering een instructiebevoegdheid naar de bestuurder heeft en
- bepaalde bestuursbesluiten voorafgaande goedkeuring van de algemene aandeelhoudersvergadering.

- *Staatssteun*

Om te bepalen of de investering van de gemeente in de BV staatssteun vormt, dient te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere investeerder van een vergelijkbare omvang ertoe zou kunnen worden gebracht de betrokken investering te doen. Als dat het geval is, dan is er geen sprake van staatssteun want dan wordt er aan Zonnepark Bakkersdam geen economisch voordeel verstrekt. Het uitgangspunt van het college is dat er aan de BV geen staatssteun wordt verstrekt en dat dus het rendement marktconform dient te zijn.

Om te bepalen of de particulier investeerder zal investeren, zal op basis van een algemeen aanvaarde standaardmethode het (jaarlijkse) rendement op investeringen moeten worden bepaald. Dat rendement op de investering moet dan worden vergeleken met het normale door de markt verwachte rendement (dat is het gemiddelde verwachte rendement dat de markt verlangt van de investering, op basis van algemeen aanvaarde criteria, in het bijzonder het risico van de investering, rekening houdende met de financiële positie van de onderneming en de specifieke kenmerken van de sector, de regio of het land). Indien het niet redelijk is dit normale rendement te verwachten, zou de investering waarschijnlijk niet op marktvoorwaarden plaatsvinden. Op het moment dat kapitaal wordt verschaft (dat is dus nog niet bij oprichting maar bij financial close) zal deze beoordeling worden gemaakt op basis van de huidige inzichten van de businesscase

- *Didam Arrest*

Het zonnepark komt op de voormalige stortplaats in Heusden die in eigendom is van de gemeente. Vanwege de beleidsmatig geborgde integrale aanpak van energie, de visie op de energiegemeenschap (waar de BV deel van gaat uitmaken) en de rol van Zonnepark Bakkersdam als 'opmaat' voor die energiegemeenschap, is het ons inziens te rechtvaardigen om de (eigen) BV de grondpositie te gunnen.

Actiepunt in deze is om de argumentatie waarom de BV de enige serieuze gegadigde is op te stellen en om dat ook bekend te maken. Het is verstandig dat ruim voordat onherroepelijke besluiten worden genomen te doen.

- *Aanbesteden*

De BV zelf zal vanuit haar statutaire doelen het zonnepark ontwikkelen. Langs die lijn is het aanbesteden niet van toepassing op de relatie gemeente BV en er is noch een concessie, noch een overheidsopdracht. De BV is verder geen publiekrechtelijke instelling (want voldoet niet aan eis 'algemeen belang, anders dan commercieel) en dus niet aanbestedingsplichtig.

- *Timing kapitaalinbreng*

Het eigen vermogen dat de BV nodig heeft, zal niet vanaf datum van oprichting nodig zijn. In het begin heb je beperkte ontwikkelkosten die veel minder zijn dan de realisatiekosten. Pas op *financial close* heeft de BV al het eigen vermogen nodig. Een instrument om er voor te zorgen dat de BV zonder veel kapitaal kan ontwikkelen, is bij inbreng alleen kapitaal te storten op aandelen, de kosten van de BV

voor te schieten met een (achtergestelde) lening (marktconforme voorwaarden) en om pas bij financial close een agiostorting te doen.

Door deze gefaseerde methodiek wordt voorkomen dat vanaf de start al veel kapitaal in wordt gebracht terwijl dat niet nodig is. Als de vergunning onherroepelijk is, er een netaansluiting is, er een subsidie is en als rendement voldoende is (marktconform), dan wordt er een *final investment decision* voor het zonnepark genomen. Dan vindt er de agiostorting plaats, wordt de lening verdisconteerd en wordt projectfinanciering vastgelegd.

Voor nu is het vooral van belang of een businesscase met het zonnepark normalerwijs haalbaar is; dat is het criterium.

- *Vennootschapsbelasting*

Een BV wordt voor de heffing de vennootschapsbelasting (ook wel Vpb) bij fictie geacht met haar hele vermogen een onderneming te drijven. Het exploiteren van Zonnepark Bakkersdam in de BV leidt derhalve per definitie tot belastingplicht voor de Vpb. Het betalen van Vpb is pas bij het realiseren van fiscale winst aan de orde.

De BV dient jaarlijks voor de bepaling van het fiscale resultaat een fiscale openingsbalans op te stellen, jaarlijks een fiscale winst- en verliesrekening te maken en een Vpb-aangifte in te dienen.

- *Dividendbelasting*

In concreto zal bij de Via BV route sprake zijn van zogenaamd deelnemingsdividend. Daar is sprake van indien er sprake is van een uitkering aan een organisatie die 5% of meer aandelen heeft in de vennootschap.

Een in Nederland gevestigde organisatie - waaronder dus ook een gemeente - die dividend ontvangt waarop Nederlandse dividendbelasting is geheven en die organisatie is niet onderworpen aan vennootschapsbelasting, heeft recht op het terugvragen van dividendbelasting. Daarvoor kan de organisatie gebruikmaken van de teruggaafprocedure dividendbelasting.

- *Omzetbelasting*

De BV treedt bij de exploitatie van de Zonnepark Bakkersdam op als een zogenaamde 'ondernemer voor de btw'. De BV gaat de elektriciteit - tegen vergoeding- leveren aan een energieleverancier. De BV moet over de vergoeding die zij ontvangt 21% omzetbelasting aan de Belastingdienst voldoen.

Dit betekent dat de BV de inkoop-omzetbelasting op de investerings- en exploitatiekosten voor de Zonnepark Bakkersdam volledig op de aangifte in aftrek kan brengen.