

Gemeente Berkelland
t.a.v. de heer G. Hans
Postbus 200
7270 HA BORCULO

Per e-mail : g.hans@gemeenteberkelland.nl

Nijmegen, 17 januari 2021

Ons kenmerk

Berkelland / advies Walemaatweg
20210060 - 2045289/1 - AS/

Telefoonnummer

024 - 382 83 16

E-mail

a.serra@hekkelman.nl

Faxnummer

024 - 382 83 88

Betreft

advies financiële bijdrage

Geachte heer Hans,

Hierbij treft u mijn advies aan met betrekking tot de casus "Walemaatweg".

I. Feiten en vraagstelling

In het buitengebied van de gemeente Berkelland is al enige jaren een agrarische onderneming, een varkenshouderij, gevestigd. De relatie tussen de varkenshouderij en de omwonenden is gespannen, omdat de omwonenden aangeven geuroverlast te ervaren.

De varkenshouderij heeft uitbreidingsplannen en heeft daartoe in april 2020 een omgevingsvergunning aangevraagd. Deze aanvraag is door de gemeente getoetst. De gemeente heeft geconstateerd dat het opstellen van een MER niet noodzakelijk is en dat er geen ruimtelijke redenen zijn om de vergunning niet te verlenen.

Voor het verlenen van de omgevingsvergunning is een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) van de gemeenteraad vereist. De onderhavige aanvraag wordt op 19 januari 2021 in de gemeenteraad besproken. Voor sommige leden van de gemeenteraad is het van belang om rekening te houden met de wensen van de omwonenden. Hoewel er geen ruimtelijke c.q. juridische redenen zijn om de aanvraag te weigeren, zijn en blijven de omwonenden tegen de uitbreidingsplannen vanwege de gevreesde (extra) geuroverlast en overwegen zij een zienswijze in te dienen dan wel beroep in te stellen tegen de omgevingsvergunning.

Inmiddels zijn de varkenshouderij en de omwonenden in gesprek over een minnelijke oplossing. Bij deze gesprekken zijn ook een lid van het College van B&W en ambtelijke vertegenwoordigers van de gemeente als toehoorder betrokken. Onderwerp van gesprek is het treffen van een extra voorziening (met behulp van de zogenoemde "gesmoorde kleptechniek") bij de varkenshouderij om de geurhinder verder te verminderen. De kosten van een dergelijke voorziening bedragen € 15.000,-- á € 20.000,--.

Leden van de gemeenteraad hebben het voornemen om tijdens de aanstaande gemeenteraadsvergadering een motie in te dienen waarin wordt voorgesteld om de gemeente een financiële bijdrage te laten leveren aan de varkenshouderij dan wel aan de bewoners om de extra voorziening te helpen bekostigen. Het is de intentie van deze raadsleden dat de omwonenden vrij zijn om te bepalen hoe zij de middelen besteden, mits de middelen worden besteden aan een beter woon- en leefklimaat. De financiering van een aanpassing aan de eigen woning zou ook tot de mogelijkheden behoren.

De gemeente wil weten of het leveren van een dergelijke financiële bijdrage, waarvoor geen titel of grondslag in bijvoorbeeld een gemeentelijke (subsidie)verordening bestaat, vanuit juridisch oogpunt geoorloofd is, althans welke juridische risico's hieraan kleven.

In het navolgende zal ik eerst ingaan op de (ontbrekende) grondslag voor de betaling, te weten een subsidie. Vervolgens zal ik ingaan op het staatssteunrecht en het leerstuk van de schaarse rechten. Ik sluit af met enkele conclusies.

II. Grondslag voor betaling bijdrage: subsidie

In de vraagstelling geeft de gemeente aan dat er geen grondslag is voor het verlenen van een bijdrage, zoals een specifieke subsidieregeling. Dit is niet noodzakelijkerwijs een probleem.

Een aan de onderneming, dan wel aan de omwonenden, te betalen bijdrage, kwalificeert naar mijn oordeel als een subsidie in de zin van artikel 4:21 van de Awb, dat luidt: *"Onder subsidie 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."*

Op grond van artikel 4:23, eerste lid, Awb kan een subsidie alleen worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt. Als gezegd ontbreekt in dit geval een wettelijk voorschrift.

Echter, artikel 4:23, derde lid, aanhef en onder d Awb bevat een uitzondering op dit uitgangspunt. Dit artikel bepaalt namelijk dat in incidentele gevallen wel een subsidie mag worden verstrekt. Een incidentele subsidie is bedoeld voor gevallen waarin er geen wetgeving of beleid is voor de activiteiten waarvoor de subsidie wordt aangevraagd, maar het bestuursorgaan de betreffende activiteit toch graag wil subsidiëren.

De onderhavige bijdrage zou gegoten kunnen worden in de vorm van een incidentele subsidie. Overigens dienen de beoogde subsidieontvangers wel een subsidieaanvraag in

te dienen, waarin zij aangeven voor welke activiteiten zij subsidie wensen te ontvangen. E.e.a. is reeds ondervangen door de algemene subsidieverordening 2018 van de gemeente, waarin met zoveel woorden is bepaald dat subsidie kan worden aangevraagd voor activiteiten in de gemeente die bijdragen aan één van de gemeentelijke beleidsdoelen.

Kortom, een eventuele bijdrage aan de varkenshouderij dan wel aan de omwonenden kan bestuursrechtelijk worden gegoten in de vorm van een incidentele subsidie. Daarbij is wel van belang dat wordt gemotiveerd (en ook kan worden gemotiveerd) ten behoeve van welk beleidsdoel de subsidie zal worden verstrekt. De gemeenteraad heeft beleid vastgesteld om de ruimtelijke kwaliteit te bevorderen, het zogenoemde Plussenbeleid. Aan dat beleid is geen subsidieregeling gekoppeld. De aanvraag voldoet niet aan het Plussenbeleid. De subsidie kan dus niet in de sleutel van het Plussenbeleid geplaatst worden. Een andere beleidsmatige grondslag dan het bevorderen van de ruimtelijke kwaliteit, zie ik niet. Dat betekent dat er geen grondslag is voor het verstrekken van een incidentele subsidie.

Uiteraard kan de raad een aanvullend beleidsdoel bovenop het Plussenbeleid formuleren. Dit zal moeten worden vastgelegd in een aanvulling op het Plussenbeleid; het betreft een beleidswijziging. Deze beleidswijziging is uiteraard niet alleen van betekenis voor de onderhavige aanvraag, maar ook voor andere vergelijkbare gevallen. Het vaststellen van aanvullende beleidsdoelen heeft dus precedentwerking. Dat geldt te meer als burgers in het kader van het Plussenbeleid subsidie zouden kunnen krijgen voor het treffen van min of meer vrij te bepalen verbeteringen van hun woning. Ook andere burgers die woonachtig zijn in de nabijheid van een veehouderijbedrijf kunnen dan een dergelijke subsidieaanvraag doen.

NB 1

Een subsidie kan er niet toe strekken om beroepen af te kopen. Dat kan (en mag) geen beleidsdoel zijn. Met het project waarvoor de vergunning is aangevraagd, is geen algemeen (gemeentelijk) belang gediend. Bovendien zal ook van een afkopen van beroepen door de gemeente een aanzienlijke precedentwerking uitgaan.

NB 2

Het gaat om een omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik. Dergelijke vergunningen kunnen een grondslag vormen voor een verzoek om planschade. Over een aanspraak op schadevergoeding waarvoor een wettelijke grondslag bestaat (zoals planschade), kan de gemeente wel afspraken maken. Een planschaderisico kan door de gemeente afgekocht worden. Op haar beurt kan de gemeente de afkoopsom verhalen op de initiatiefnemer op basis van een gesloten planschadeovereenkomst. Het spreekt voor zich dat er alleen aanleiding kan zijn het planschaderisico af te kopen als er daadwerkelijk een planschaderisico bestaat. Voor zover overwogen zou worden een bedrag ten titel van de afkoop van planschade te voldoen, zal die afkoop gebaseerd moeten zijn op een planschaderisicoanalyse. Afkoop is alleen gerechtvaardigd voor zover uit de planschaderisicoanalyse naar voren komt dat er daadwerkelijk sprake is van een planschaderisico.

II. Staatssteun

De gemeente wil weten of het verstrekken van een bijdrage aan de varkenshouderij, dan wel aan de omwonenden, strijd zou kunnen opleveren met het staatssteunrecht.

II.1 Juridisch kader

Algemeen

Het staatssteunrecht bestaat uit Europese regels, die in Nederland directe werking hebben. Van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU (Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie) is sprake wanneer een overheid aan een onderneming een niet-marktconform voordeel verschafft. Dit voordeel moet de mededinging verstoren en de handel tussen de Europese lidstaten beïnvloeden.

Een niet-marktconform voordeel betekent dat een economisch voordeel wordt verstrekt dat door de betreffende onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou zijn verkregen. Een subsidie is bij uitstek een voorbeeld van een niet-marktconform voordeel. Staatssteun kan alleen verstrekt worden aan een onderneming. Steun aan particulieren levert géén staatssteun op.

Invloed op de tussenstaatse handel/ lokaal effect

Voorwaarde voor het doen ontstaan van staatssteun is dat de tussenstaatse handel (de handel tussen de lidstaten van de EU) door de steunmaatregel wordt beïnvloed. In beginsel wordt al snel aangenomen dat van een dergelijk "grensoverschrijdend effect" sprake is. Het is echter wel mogelijk om puur lokale activiteiten te steunen zonder dat er sprake is van staatssteun. De landbouwsector wordt per definitie als grensoverschrijdend aangemerkt.

Uitzonderingen

Het staatssteunrecht is een systeem van een verbod met uitzonderingen. Op het verbod uit artikel 107 VWEU om staatssteun te verlenen bestaat een groot aantal uitzonderingen en vrijstellingen. De belangrijkste hiervan zijn de de-minimisuitzondering en de vrijstellingen op basis van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening. De algemene de-minimisuitzondering is van toepassing indien – kort gezegd – het totale bedrag aan steun dat aan een onderneming wordt verleend, niet meer bedraagt dan € 200.000,00 over een periode van drie belastingjaren. Voor bedrijven in de primaire landbouwsector geldt echter een bijzondere de-minimisverordening voor de landbouw met een bijbehorend maximaal bedrag van € 20.000,00 over een periode van drie jaar. Concreet houdt de uitzondering in dat, zolang de de-minimissteun die een agrarische onderneming in een periode van drie jaar in totaal ontvangt (dat kan dus van verschillende overheden zijn) niet meer bedraagt dan € 20.000,00, er geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.

De Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) bevat diverse categorieën van steunmaatregelen die, wanneer aan diverse procedurele en inhoudelijke voorwaarden is

voldaan, mogen worden verstrekt zonder een meldingsprocedure bij de Europese Commissie te doorlopen. De landbouwsector kent een eigen vrijstellingsverordening, de Landbouw- Vrijstellingsverordening (LVV). Een uitvoerige bespreking van deze vrijstellingen en de bijbehorende voorwaarden valt buiten het bestek van dit advies. Opgemerkt zij wel dat voor een beroep op een vrijstelling op grond van een vrijstellingsverordening dient te worden voldaan aan bij die vrijstelling behorende specifieke voorwaarden én een kennisgeving dient te worden gedaan en dus een – zij het lichte – procedure dient te worden doorlopen. Voor een beroep op de de-minimisuitzondering gelden deze voorwaarden niet.

Indirecte staatssteun

Zoals eerder aangegeven vormt het verlenen van een financiële tegemoetkoming aan een particulier (privépersoon) geen staatssteun, omdat hierdoor geen onderneming wordt bevoordeeld. Dit is slechts anders, wanneer de maatregel er feitelijk toe leidt dat een of meer bepaalde ondernemingen door de financiële tegemoetkoming worden begunstigd. Dan is er dus wel sprake van staatssteun aan die ondernemingen.

In de [Mededeling Staatssteun](#) uit 2016, waarin de Europese Commissie de belangrijkste staatssteunrechtelijke begrippen van een toelichting voorziet, is ten aanzien van het verstrekken van een indirect voordeel het volgende vermeld:

"Een voordeel kan worden verleend aan andere ondernemingen dan die waaraan de staatsmiddelen rechtstreeks worden overgedragen (indirect voordeel). Een maatregel kan ook zowel een direct voordeel voor de begunstigde onderneming zijn als een indirect voordeel voor andere ondernemingen, bijvoorbeeld ondernemingen die op een verder activiteitsniveau actief zijn. De directe begunstigde van het voordeel kan ofwel een onderneming zijn of een entiteit (natuurlijke persoon of rechtspersoon) die geen economische activiteiten uitoefent.(...). Met het oog daarop dienen de voorzienbare effecten van de maatregelen vooraf te worden onderzocht. Van een indirect voordeel is sprake indien de maatregel zodanig is vormgegeven dat de secundaire effecten daarvan worden doorgeleid naar duidelijk te onderscheiden ondernemingen of groepen van ondernemingen. (...)."

Wet Markt en Overheid

In het verlengde van het staatssteunrecht geldt in Nederland de zogenoemde "Wet Markt en Overheid". Deze wet, feitelijk een hoofdstuk van de Mededingingswet, is ingevoerd om concurrentievervalsing door de overheid te voorkomen. De wet heeft betrekking op economische activiteiten die door de overheid worden uitgevoerd, zoals het aanbieden van diensten of het aan- en verkopen van gronden. In dit geval gaat het niet om een door de gemeente uit te voeren economische activiteit. De Wet Markt en Overheid is derhalve niet van toepassing en laat ik verder buiten beschouwing.

II.2 Toepassing

Uit het bovenstaande volgt dat, wanneer de bijdrage van de gemeente beperkt blijft tot ten hoogste € 20.000,00, een beroep kan worden gedaan op de de-minimisuitzondering

voor de landbouw. Voorwaarde voor een beroep op deze uitzondering is dat de betrokken agrarische onderneming de afgelopen jaren geen andere de-minimissteun (ook niet van andere overheden) heeft ontvangen. De gemeente kan dit nagaan door deze onderneming te vragen om een "de-minimisverklaring" af te geven. Als de onderneming deze verklaring kan afgeven, levert het geven van een bijdrage van ten hoogste € 20.000,00 géén staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU op. Omdat ik heb begrepen dat de bijdrage beperkt zal blijven tot het genoemde bedrag, heb ik niet tot in detail onderzocht of het mogelijk is een beroep te doen op één van de vrijstellingen uit de LVV of de AGVV. Ten aanzien van deze vrijstellingen merk ik op dat deze, voor zover deze van toepassing zouden zijn, beperkt zijn tot een percentage van de door de onderneming te maken kosten. Het is op grond van de AGVV of de LVV dus niet mogelijk de volledige kosten van een voorziening te vergoeden.

Het bovenstaande geldt naar mijn oordeel ongeacht of de bijdrage aan de onderneming of aan de omwonenden wordt verstrekt. Een bijdrage aan de omwonenden kwalificeert naar mijn oordeel hoogstwaarschijnlijk als indirecte staatssteun, omdat deze bedoeld is voor een aanvullende voorziening tegen de stankoverlast. Aanleiding voor het verstrekken van de bijdrage is immers de overlast die zij ervaren van de varkenshouderij te beperken. Doel van het verstrekken van de bijdrage is dus om de overlast – althans de daarmee gepaard gaande bezwaren – weg te nemen, zodat de gemeenteraad de vvgb kan afgeven. De bijdrage komt dus naar mijn oordeel, direct of indirect, wel bij de varkenshouderij terecht.

Indien de bijdrage als "vrij te besteden" aan de omwonenden zou worden verstrekt, ligt indirecte staatssteun wellicht minder voor de hand. In dat geval is het echter, zoals in het vorige hoofdstuk is aangegeven, de vraag of de subsidie niet op oneigenlijke gronden wordt verstrekt.

Tussenconclusie

Als de bijdrage beperkt blijft tot een bedrag van maximaal € 20.000,00 kan deze, mits kan worden voldaan aan de voorwaarden van de "landbouw-de-minimisuitzondering" voor de landbouw staatssteunproof worden verstrekt.

III. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

Een bestuursorgaan dient de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Dit betekent onder meer dat de gemeente zich aan het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel moet houden. In het geval dat sprake is van zogenoemde schaarse vergunningen of rechten, brengen deze beginselen met zich mee dat alle geïnteresseerden een gelijke kans moet worden geboden om mee te dingen naar het "schaarse recht".

Ten aanzien van schaarse publiekrechtelijke vergunningen staat sinds 2016 vast dat er een rechtsnorm bestaat op grond waarvan bij de verdeling van deze vergunningen door het bestuur aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de

beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context met zich meebrengt dat aan eenieder gelijke kansen moeten worden geboden, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 2 november 2016.¹

In haar uitspraak van 11 juli 2018 heeft de Afdeling bepaald voornoemd leerstuk over schaarse publieke rechten ook van toepassing is bij de verdeling van subsidies². Subsidies zijn schaars als het aantal aanvragers groter is dan de daarvoor beschikbare subsidie.

In de jurisprudentie is nog niet aan de orde gekomen hoe om moet worden gegaan met incidentele subsidies. Bij deze subsidies is er geen sprake van een subsidieplafond, zodat de verdeling van een schaars recht niet aan de orde is. Voorstelbaar is echter dat andere partijen een dergelijke subsidie ook zouden willen krijgen. Ook in een dergelijk geval zou dus een verdelingsprocedure kunnen worden georganiseerd. Als gezegd is in de jurisprudentie (nog) niet bepaald dat dit een verplichting van het bestuursorgaan is.

De bijdrage aan de varkenshouderij, althans aan de omwonenden, is naar mijn oordeel niet schaars in de hiervoor bedoelde zin. Er is immers geen subsidieplafond. Bovendien zijn er geen andere gegadigden, althans deze zijn de gemeente niet bekend. Dat betekent dat het houden van een verdelingsprocedure niet aan de orde is. Met andere woorden, er dienen naar mijn oordeel geen gelijke kansen geboden te worden. Wel dient de gemeente, indien zich dit zou voordoen, een gelijk geval gelijk te behandelen. De gemeente loopt met het verlenen van een subsidie als de onderhavige dus wel het risico dat een andere partij zich bij de gemeente en met een beroep op het gelijkheidsbeginsel ook een subsidie aanvraagt. De gemeente zal dan moeten kunnen motiveren waarom een ander geval wel of niet gelijk is aan het onderhavige.

Kortom, als de gemeente van oordeel is dat de subsidie, waarvoor een aanvraag moet worden ingediend, bijdraagt aan haar beleidsdoelen, kan zij deze subsidie verstrekken en is zij op basis van de huidige stand van het recht niet gehouden hiervoor een verdelingsprocedure te organiseren. Wel dient de gemeente bedacht te zijn op mogelijke precedentwerking. Op grond van het gelijkheidsbeginsel kunnen andere partijen immers ook een aanvraag doen voor een subsidie. De gemeente zal dan wel moeten kunnen motiveren waarom het enige geval wel en het andere geval niet voor een subsidie in aanmerking komt.

IV. Conclusies

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de volgende conclusies.

Een eventuele bijdrage aan de agrarische onderneming kwalificeert als een incidentele subsidie in de zin van artikel 4:23, derde lid, aanhef en onder d Awb. Het is niet

¹ ECLI:NL:RVS:2016:2927.

² ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.

noodzakelijk dat hier een subsidieregeling aan ten grondslag ligt. Wel is het noodzakelijk dat de beoogde ontvanger vooraf een subsidieaanvraag indient, e.e.a. conform de Algemene subsidieverordening 2018 van de gemeente.

Bij de subsidieverlening is van belang dat wordt gemotiveerd (en ook kan worden gemotiveerd) ten behoeve van welk beleidsdoel de subsidie zal worden verstrekt. Er is geen beleidsdoel voorhanden waar de subsidie aan kan worden gekoppeld. Daarom is subsidieverlening niet mogelijk.

Uiteraard is het mogelijk dat door middel van een beleidswijziging alsnog een beleidsmatige grondslag in het leven wordt geroepen. Die grondslag zal ook buiten de onderhavige casus tot aanvragen om subsidie kunnen leiden en derhalve (aanzienlijke) precedentwerking (kunnen) hebben.

Het is op grond van de de-minimisuitzondering voor de landbouwsector staatssteunrechtelijk mogelijk om een bijdrage van ten hoogste € 20.000,-- aan de onderneming te doen, mits de onderneming kan verklaren dat zij de afgelopen drie jaren geen andere de-minimissteun heeft ontvangen. Indien de onderneming de afgelopen drie jaren wel de-minimissteun heeft ontvangen, kan nog onderzocht worden of een beroep kan worden gedaan op een andere vrijstelling op grond van de AGVV of de LVV. Deze vrijstellingen bieden echter niet de mogelijkheid om de volledige kosten of de kosten van derden te voldoen. De voorkeur geniet dus een beroep te doen op de de-minimisregeling. Dit geldt ongeacht of de subsidie wordt uitbetaald aan de onderneming zelf of aan de omwonenden.

De gemeente dient zich tot slot bewust te zijn van het gelijkheidsbeginsel, c.q. mogelijke precedentwerking. Er zullen immers meer agrarische ondernemingen zijn die weliswaar binnen de milieunormen opereren maar niettemin overlast veroorzaken. Als de gemeente bereid is de thans betrokken agrarische onderneming een subsidie te verlenen, omdat de subsidie bijdraagt aan de beleidsdoelen van de gemeente, is zij in feite gehouden om andere gelijke gevallen ook subsidie te verlenen.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

A.M. Serra
advocaat