

MEMO

AAN	:	Nienke Oostermeijer
CC	:	Anita Serra
VAN	:	Lisanne Veerbeek
DATUM	:	25 oktober 2021
BETREFT	:	samenwerking gemeente Harderwijk

Achtergrond

Het Waterschap Vallei en Veluwe (hierna: '**WVV**') en de gemeente Harderwijk (hierna: '**Harderwijk**') hebben besloten om een samenwerking aan te gaan in het kader van de ontwikkeling van drie windturbines op en rond Harderwijk.

WVV en Harderwijk zullen gezamenlijk de drie windturbines aanschaffen en exploiteren, met dien verstande dat Harderwijk de aanschaf van twee windturbines voor zijn rekening neemt en WVV de aanschaf van één windturbine. Dit zal bij de keuze van een besloten vennootschap - naar verwachting - doorwerken in het aandelenbelang dat WVV (33,3%) respectievelijk Harderwijk (66,6%) ontvangt.

Juridisch kader

Partijen hebben overeenstemming bereikt dat zij zullen gaan samenwerken, maar vragen zich af op welke wijze zij de samenwerking het beste vorm kunnen geven. Harderwijk wenst - blijkens de adviesnota van 10 augustus 2021 - de rol van investeerder op zich te willen nemen. De vraag die nog voorligt is of de WVV tevens de rol van investeerder op zich wil nemen of dat WVV de rol van concessiegever op zich zal nemen.

WVV heeft nu aangegeven de samenwerking vorm te willen geven in een besloten vennootschap (hierna: '**BV**'). Hieronder zullen wij kort ingaan op (i) de BV, (ii) de BV en overheidsinstellingen en (iii) de specifieke aandachtspunten voor WVV. Daarnaast zal worden ingegaan op de aanbestedingsrechtelijke gevolgen van de samenwerking in een BV en de aandachtspunten als hiervoor wordt gekozen.

De BV

Een BV is een besloten vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Dat wil zeggen dat de BV een zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is en dat hij kan deelnemen aan het rechtsverkeer (art. 2:3 jo. 2:5 BW). Het kapitaal van de BV bestaat uit één of meer aandelen. Deze aandelen vormen het vermogen van de BV. De aandelen van de BV worden verdeeld onder een (besloten) groep aandeelhouders.

De organisatie van de BV is opgebouwd uit verschillende organen. De structuur van de BV is dualistisch. Dat wil zeggen dat een BV in ieder geval bestaat uit een algemene vergadering van aandeelhouders en een bestuur. Deze dualistische structuur fungeert als checks and balances binnen de BV. Naast het bestuur en de

algemene vergadering heeft de BV soms ook nog organen als de raad van commissarissen of een ondernemingsraad.

Het bestuur

Het bestuur heeft de leiding bij de dagelijkse gang van zaken en bepaalt tevens de strategie van de vennootschap en het beleid. De belangrijkste bevoegdheid van het bestuur is het vertegenwoordigen van de BV. Bij de oprichting moet minimaal één bestuurder worden benoemd. Het bestuur moet zich bij de vervulling van zijn taak richten naar het belang van de vennootschap.

Bevoegdheden aandeelhouder / algemene vergadering

Aandeelhouders verschaffen kapitaal aan de vennootschap. Daarnaast hebben de aandeelhouder een aantal rechten en plichten. Een aandeelhouder heeft het vergaderrecht, het stemrecht en het winstrecht. De algemene vergadering heeft voorts het recht om het bestuur te benoemen, te schorsen en te ontslaan (artikel 2:244 BW). De algemene vergadering heeft recht op informatie (artikel 2:217 lid 2 BW). Zo moet het bestuur verantwoording afleggen aan de algemene vergadering. Ter vergadering heeft iedere individuele aandeelhouder het recht om vragen te stellen. Het bestuur legt echter slechts verantwoording af aan de algemene vergadering als orgaan en niet aan individuele aandeelhouders. Zoals hierboven aangegeven is de strategie een aangelegenheid van het bestuur. Het bestuur is slechts achteraf verantwoording verschuldigd over de door het bestuur gemaakte keuzes. Besluiten van het bestuur van de BV kunnen daarnaast bij of krachtens de statuten aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen, artikel 2:239 lid 3 BW.

Besluitvorming algemene vergadering

Besluiten in de algemene vergadering worden (in beginsel) genomen met volstrekte meerderheid van de stemmen. Dit houdt in dat besluiten worden genomen als 50% +1 voorstemt. In de statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst kan hiervan worden afgeweken.

Oprichting

Voor de oprichting van een BV is een notariële akte vereist: de akte van oprichting. De akte van oprichting bevat de statuten van de vennootschap. Een (kandidaat)notaris kan de akte van oprichting opstellen. Na oprichting moet de BV worden ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel.

Voor het oprichten van een BV is niet langer een minimum kapitaal vereist. Dit betekent dat het voor de oprichting zelf niet noodzakelijk is om een bepaald kapitaal te storten. Het storten van kapitaal zal uiteraard wel nodig zijn om een onderneming te exploiteren.

Overdraagbaarheid aandelen

De aandelen staan op naam en zijn dus niet vrij overdraagbaar. In de statuten zal veelal een bepaling zijn opgenomen dat als een aandeelhouder zijn aandelen wil overdragen dat hij zijn aandelen eerst moet aanbieden aan de andere

aandeelhouder. Als de andere aandeelhouder de aandelen niet wenst over te nemen, kunnen de aandelen pas aan een derde worden verkocht.

Aansprakelijkheid

Zoals gezegd is een BV een zelfstandig rechtssubject. Dit houdt in dat de BV aansprakelijk is voor haar eigen schulden. Slechts onder bijzondere omstandigheden geldt een persoonlijke aansprakelijkheid van oprichters, aandeelhouders en bestuurders. In beginsel zal WVV dan ook niet aansprakelijk zijn voor de schulden van de BV. WVV loopt natuurlijk wel het risico dat zij haar inbrengt verliest.

Fiscaliteit

De samenwerking in een BV heeft fiscale gevolgen. Volledigheidshalve merk ik op dat wij geen fiscaal advies geven, maar ik adviseer om te beoordelen welke gevolgen de samenwerking fiscaal zou hebben. Indien gewenst kunnen wij jullie in contact brengen met een fiscalist.

De BV en overheidsinstellingen

Artikel 160 lid 2 Gemeentewet bepaalt dat het College van Burgemeesters en Wethouders bevoegd is tot oprichting van een vennootschap te besluiten indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Dit besluit kan pas worden genomen nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

WVV als aandeelhouder

WVV mag als aandeelhouder haar eigen belang behartigen. Daarbij moeten – voor zover van toepassing – wel de beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen. WVV en Harderwijk zullen als aandeelhouders daarnaast ook het algemeen en openbaar belang moeten waarborgen. Van belang is om te realiseren dat het belang van WVV kan afwijken van het belang van de vennootschap. Als sprake is van conflicterende belangen dan zal de bestuurder van de BV het belang van de vennootschap voorop moeten zetten en niet het belang van WVV en/of Harderwijk.

WVV als bestuurder

Het gemeentebestuur en/of het bestuur van WVV kan zitting nemen in het bestuur van de BV. Zoals gezegd dient het bestuur in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te handelen. Bij de besluitvorming in het bestuur van de BV dient de gemeentebestuurder en/of de bestuurder van WVV altijd het belang van de BV te dienen, als het belang strijdig is met het belang van Harderwijk en/of WVV dient de bestuurder zich te onthouden van stemming.

Specifieke aandachtspunten

De aandelen van de BV zouden hier verdeeld worden tussen WVV en Harderwijk. Het voornemen van partijen is dat WVV 33,3% van de aandelen verkrijgt en Harderwijk 66,6% van de aandelen. Dit houdt in dat WVV

minderheidsaandeelhouder wordt. Als sprake is van een minderheid is het van belang om een aantal risico's af te dekken. Dit zou besproken moeten worden met Harderwijk.

Stemverhoudingen

Een minderheidsaandeelhouder kan in de algemene vergadering altijd overstemt worden door de meerderheidsaandeelhouder. Concreet betekent dit dat Harderwijk in beginsel alle besluiten zelfstandig kan nemen. Dit kan op verschillende manieren ondervangen worden.

1. Alle besluiten met versterkte meerderheid

In de statuten kan een bepaling worden opgenomen dat alle besluiten in de algemene vergadering moeten worden genomen met versterkte meerderheid, bijvoorbeeld 70% van de stemmen. Hierdoor zullen voor alle besluiten in de algemene vergadering beide aandeelhouders in moeten stemmen. Eventueel zou er ook voor gekozen kunnen worden om slechts bepaalde besluiten met versterkte meerderheid te nemen.

2. Differentiatie in het stemrecht

De statuten kunnen tevens bepalen dat aan bepaalde aandelen meer stemrechten zijn verbonden. Hiermee zou je in de algemene vergadering tevens kunnen bewerkstelligen dat de stemverhouding 50/50 wordt, waardoor tevens voor alle besluiten in de algemene vergadering beide aandeelhouders in moeten stemmen.

3. Stemrechtloze aandelen

Het stemrecht in de algemene vergadering kan ook gelijk worden getrokken doordat een deel van de aandelen die Harderwijk ontvangt zogeheten stemrechtloze aandelen zijn. Harderwijk heeft dan wel recht op een groter deel van de winst, maar de stemverhouding in de algemene vergadering kan dan wel 50/50 worden.

De makkelijkste optie is wat mij betreft optie 1, waarbij voor alle besluiten een versterkte meerderheid geldt.

Bestuur

Om er voor te zorgen dat zowel de belangen van WVV als Harderwijk worden gewaarborgd adviseren bij de dagelijkse gang van zaken adviseren wij om een tweetal bestuurders te benoemen. Daarbij kan statutair worden bepaald dat één bestuurder wordt benoemd door WVV en één bestuurder door Harderwijk. Hierdoor zijn beide partijen ten alle tijde vertegenwoordigd in het bestuur.

Als er twee bestuurders zijn zou dit tot gevolg kunnen hebben dat als de bestuurder het niet eens kunnen worden over bepaalde besluiten de stemmen staken en geen besluiten meer worden genomen. Er is dan sprake van een impasse. Dit is tevens op verschillende manieren te ondervangen:

1. door een derde onafhankelijke bestuurder te benoemen; of

2. het opnemen van een zogeheten *deadlock* bepaling op te nemen, waarbij als de stemmen staken een bindend adviseur of de algemene vergadering een beslissing neemt.

Aandeelhoudersovereenkomst

De BV krijgt vorm door het bepaalde in de statuten. Daarnaast is het mogelijk om verdere afspraken te maken en vast te leggen in een aandeelhoudersovereenkomst. In een aandeelhoudersovereenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over o.a.:

- besluitvorming binnen het bestuur;
- besluitvorming in de algemene vergadering;
- verplichte aanbieding van de aandelen;
- informatierechten van de aandeelhouders;
- dividendbeleid;
- etc.

Het voordeel van het opnemen van bepaalde afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst in plaats van de statuten is dat de afspraken niet openbaar zijn en dat partijen grote vrijheid hebben over wat zij opnemen in de aandeelhoudersovereenkomst. Daarnaast is voor de wijziging van statuten een notariële akte vereist. Dit kost tijd en geld.

Als jullie er voor kiezen om de samenwerking vorm te geven in een BV, zal ik een lijst toesturen met onderwerpen waarover afspraken kunnen worden gemaakt in een aandeelhoudersovereenkomst.

Conclusie

Voordeel van samenwerken in een BV is de flexibiliteit die de BV met zich mee brengt, zo kunnen in beginsel snel besluiten worden genomen, is rendement mogelijk en blijft sturing van de aandeelhouders mogelijk. Daarnaast zijn de financiële risico's in beginsel beperkt tot de inleg. Een advies over welke samenwerkingsvormen er nog meer zijn en welke samenwerkingsvorm het beste zou kunnen worden gekozen valt buiten het bestek van dit advies. Dit advies geeft alleen de mogelijkheden weer van een samenwerking in een BV.

Aanbestedingsrechtelijke gevolgen

Het WVV werkt samen met Harderwijk aan de ontwikkeling van drie windturbines op en rond de rwzi Harderwijk. Hiervoor wensen WVV en Harderwijk een BV op te richten.

Aan mij is de vraag gesteld of het vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief verschil maakt of er gekozen wordt voor de rechtsvorm van een BV, of voor een andere rechtsvorm. Het antwoord op deze vraag is dat dit niet het geval is. Ik zal dit hierna toelichten en enkele aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten benoemen. Mij is niet bekend in hoeverre deze aandachtspunten bij WVV in beeld zijn. Mocht e.e.a. nadere uitwerking behoeven dan hoor ik het graag.

(Bouw en) exploitatie windturbine aanbestedingsplichtig?

Uit de adviesnota van 10 augustus 2021 maak ik op dat WVV en Harderwijk de drie windturbines, die zij willen laten bouwen, gezamenlijk willen (laten) exploiteren. Het aanbestedingsrecht komt in beeld, als die exploitatie een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht of concessieopdracht oplevert, zoals bedoeld in de Aanbestedingswet 2012. Daarvan is sprake als de aanbestedende dienst eisen aan de exploitatie stelt en daarvoor een vergoeding betaalt. Die vergoeding kan in geval van een concessie ook bestaan uit de verlening van het exploitatierecht. De exploitatie van de windturbines levert naar mijn oordeel hoogstwaarschijnlijk een concessieopdracht op.

De exploitatie van de windturbines zal vermoedelijk (tevens) kwalificeren als een speciale sectoropdracht voor elektriciteit als bedoeld deel 3 van de Aanbestedingswet 2012. Een speciale sectoropdracht is een opdracht met betrekking tot de levering van gas of warmte, elektriciteit, drinkwater en openbaar vervoer of havens of postdiensten. Ook een speciale sectoropdracht moet worden aanbesteed.

Als WVV en Harderwijk de exploitatie niet zelf (vanuit de eigen publiekrechtelijke rechtspersoon) uitvoeren, maar hiervoor een opdracht aan een "derde" verstrekken, ontstaat een aanbestedingsplicht. Deze derde kan een marktpartij zijn, maar ook een door WVV en Harderwijk op te richten rechtspersoon. Dat WVV en Harderwijk samen 100% aandeelhouder van die derde worden, maakt voor het ontstaan van de aanbestedingsplicht dus niet uit. Ook maakt het niet uit of het om een BV gaat, of bijvoorbeeld om een NV of een stichting.

Om aan een schending van de Aanbestedingswet 2012 te ontkomen, moet in de verhouding van WVV en Harderwijk enerzijds en BV anderzijds een beroep kunnen worden gedaan op een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

N.B. Ik veronderstel dat de bouw van de windturbines in ieder geval zal worden aanbesteed, of dit nu door WVV en Harderwijk zelf, of door de op te richten rechtspersoon is.

Quasi-inbestedingsuitzondering

Een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering ligt het meest voor de hand. Deze uitzondering is bedoeld voor opdrachtverlening tussen een aanbestedende dienst en een derde, waarbij de relatie tussen opdrachtgever en derde zodanig is vormgegeven dat die derde als het ware, "quasi", tot de eigen organisatie van de opdrachtgevende aanbestedende dienst behoort. Hiervoor is in de eerste plaats noodzakelijk dat de WVV en Harderwijk gezamenlijk doorslaggevende invloed hebben op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de rechtspersoon. Het enkele aandeelhouderschap is hiervoor onvoldoende. Het gaat erom dat WVV en Harderwijk de beslissingen van het bestuur kunnen beïnvloeden. Dit kan door het toekennen van bepaalde bevoegdheden in de statuten. Noodzakelijk is dat WVV daadwerkelijk, structureel en effectief, beslissende invloed heeft op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de

rechtspersoon. Dat betekent dat in de statuten een regeling moet worden opgenomen waaruit blijkt dat besluiten zoals tot vaststelling van het meerjarenplan, visie, strategie, marktbenadering, vaststelling begroting en jaarrekening, ontslag/benoeming sleutelfiguren, verwerven en vervreemden van onroerend goed, belangrijke investeringsbeslissingen, etc.). niet zelfstandig door het bestuur kunnen worden genomen, maar zijn onderworpen aan een goedkeuringsrecht van de WVV en Harderwijk. Dit goedkeuringsrecht kan worden vormgegeven door (vertegenwoordigers van) plaats te laten nemen in het bestuur of de RvC, of door (de meerderheid van de leden van) het bestuur of de RvC te laten benoemen door WVV en Harderwijk.

Voorts moet, voor een beroep op deze uitzondering, de rechtspersoon tenminste 80% van haar omzet bij het waterschap en de gemeenten gezamenlijk behalen. Tot slot mag in de rechtspersoon geen privaat kapitaal vertegenwoordigd zijn.

Voor de goede orde: het maakt hierbij dus niet uit of het gaat om een BV of een stichting.

Alleenrecht

Voor de verstrekking van een alleenrecht moet *sprake zijn van opdrachtverlening tussen aanbestedende diensten, én er moet een alleenrecht worden verstrekt, welk alleenrecht verenigbaar moet zijn met het EU-recht.*

Het vereiste van opdrachtverlening tussen aanbestedende diensten houdt in dat ook de opdrachtnemer, dus de op te richten rechtspersoon, kwalificeert als aanbestedende dienst. Onder welke voorwaarden de rechtspersoon als aanbestedende dienst kwalificeert, valt buiten het bestek van dit advies.

In de tweede plaats is vereist dat WVV en Harderwijk afzonderlijk het alleenrecht in een verordening vastleggen. Ten derde mag geen strijd bestaan met het EU-recht. Deze strijd bestaat in de regel niet als in de rechtspersoon geen privaat kapitaal aanwezig is.

Publiek-Publieke samenwerking

De uitzondering voor "publiek-publieke samenwerking" ziet op "horizontale samenwerking", namelijk de relatie tussen WVV en Harderwijk. Deze uitzondering kan niet worden gebruikt op (verticale) samenwerking tussen het waterschap en een rechtspersoon, die feitelijk neerkomt op een opdrachtverstrekking.

Tussenconclusie

Uit het bovenstaande volgt dat als WVV en Harderwijk gezamenlijk windturbines willen laten exploiteren door een derde, dit een aanbestedingsplichtige opdracht of concessie zal opleveren, ongeacht of die derde een rechtspersoon is waarvan WVV en Harderwijk zelf de aandelen en de zeggenschap hebben. Om aan die aanbestedingsplicht te ontkomen zal een beroep moeten worden gedaan op een uitzondering, zoals de quasi-inbestedingsuitsluiting of het alleenrecht. Voor welke

uitzondering het beste kan worden gekozen en hoe e.e.a. dient te worden vormgegeven, valt buiten het bestek van dit advies.