

MEMO

AAN Gemeente Tilburg

VAN

DATUM 14 april 2021

TELEFOON

FAX

ONS KENMERK 1000744/evdk/fr

E-MAIL

ONDERWERP Regionaal ontwikkelbedrijf

Inleiding

Gemeente Tilburg wil graag een regionaal ontwikkelbedrijf oprichten, een bedrijf dat zich bezighoudt met de regionale energie- en klimaatstrategie. De wens is dat de gemeente Tilburg, de overige gemeenten in regio Hart van Brabant, de waterschappen en de Provincie Noord-Brabant participeren in het ontwikkelbedrijf. Het ontwikkelbedrijf houdt zich bezig met een zogenoemde hubs, dit zijn projecten op het gebied van duurzaamheid. Daarnaast is de wens om een Omgevingsfonds op te richten, waar vanuit specifieke klimaatprojecten (mede-)gefinancierd kunnen worden en burgers en bedrijven ondersteunt kunnen worden met de energietransitie.

Tijdens een eerste inventarisatie van de projectgroep zijn als rechtsvormen een a) naamloze vennootschap, b) een besloten vennootschap en c) een coöperatie naar voren gekomen. Een naamloze vennootschap achten wij minder geschikt. Een NV kent namelijk een vereist minimumkapitaal van EUR 45.000, terwijl de NV geen noemenswaardige voordelen oplevert ten opzichte van een BV (overigens kan je bij een NV ook een blokkeringsregeling afspreken zodat aandelen niet vrij verhandelbaar zijn). Deze vorm laten wij dan ook buiten beschouwing. Voor het Omgevingsfonds wordt gedacht aan een stichting.

De gemeente Tilburg wil graag een kernachtig advies voor de vragen wat de beste governance is voor het ontwikkelbedrijf en het Omgevingsfonds, rekening houden met de gewenste zakelijkheid, flexibiliteit in de organisatie en zeggenschap en beheersbaarheid van risico's.

In dit memo schetsen we eerst het juridisch kader van de besloten vennootschap, de coöperatie en de stichting. Daarna bespreken we de meest geschikte ondernemingsvorm voor het ontwikkelbedrijf, een hub en het Omgevingsfonds. We hebben daarbij gelet op de volgende randvoorwaarden:

- i) toetreding ontwikkelbedrijf eenvoudig, maar uittreding ontwikkelbedrijf niet eenvoudig;¹

¹ Wij gaan ervan uit dat dit een randvoorwaarde is, zie mail Marc van der Steen d.d. 25 maart 2021. De Notitie Ondernemingsvormen gaat echter uit van een flexibele toetreding.

DATUM 9 april 2021
 ONS KENMERK 1000744
 PAGINA 2 van 7

- ii) het ontwikkelbedrijf staat op (enige) afstand van politieke discussies (zodat snelle besluitvorming ook mogelijk is)²;
- iii) een relatief eenvoudige structuur ('keep it simple');
- iv) fiscaal zo optimaal mogelijk;
- v) de opbrengsten van het ontwikkelbedrijf komen (voor een deel) toe aan het Omgevingsfonds;
- vi) ook derden moeten storting kunnen doen in het Omgevingsfonds.

In dit memo gaan we niet in op staatssteun en aanbestedingsaspecten. De keuze voor de rechtsvorm zal daar niet direct verschil in maken. We raden u wel aan om bij het verder vormgeven van het project dit nog te toetsen.

Juridisch kader ondernemingsvormen

1. Besloten vennootschap

Een BV is een rechtspersoon waarvan het maatschappelijk kapitaal verdeeld is in aandelen die niet vrij overdraagbaar zijn; de aandelen staan op naam. Een BV is gericht op het realiseren van winst ten behoeve van haar aandeelhouders. Een BV kan alleen worden opgericht met een notariële akte. Vaak zie je dat daarnaast nog wordt gewerkt met een aandeelhoudersovereenkomst. Voor een BV geldt een aantal dwingendrechtelijke bepalingen. De rechtsvorm is echter verder vrij flexibel.

Toetreding

In het geval van een BV kunnen nieuwe participanten toetreden doordat zij aandelen verkrijgen. Dat kan kortweg op twee manieren:

- Uitgifte van nieuwe aandelen. Hiervoor is een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig en een notariële akte van uitgifte;
- Overdracht van aandelen. De nieuwe participant verkrijgt dan aandelen van de reeds bestaande aandeelhouders.

Uittreding kan plaatsvinden doordat de aandelen te koop worden aangeboden en gekocht worden door de andere aandeelhouders, dan wel door inkoop door de vennootschap of door intrekking.

Aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van een aandeelhouder in een besloten vennootschap is beperkt tot het bedrag waarmee de aandeelhouder deelneemt in de vennootschap.³ Een aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de besloten vennootschap wordt verricht.⁴

Zeggenschap

De belangrijkste organen van een BV zijn de aandeelhoudersvergadering en het bestuur. Eventueel is het

² Zie Uitvraag AKD governance ontwikkelbedrijf en mail Marc van der Steen d.d. 25 maart 2021.

³ Art. 2:175 BW.

⁴ Art. 2:175 BW.

DATUM 9 april 2021
 ONS KENMERK 1000744
 PAGINA 3 van 7

mogelijk om een raad van commissarissen in te stellen. Het bestuur is belast met de dagelijkse gang van zaken in de BV.⁵ Het bestuur vervult haar taak naar het belang van de BV en de onderneming.

Een aandeelhouder heeft op grond van de wet en de statuten van de vennootschap zeggenschap binnen de besloten vennootschap. Aan aandeelhouders komen in ieder geval de volgende (wettelijke) rechten toe:

- a. benoeming en ontslag bestuurders (artikel 2:244 BW);
- b. het vaststellen van dividend (artikel 2:216 BW);
- c. het vaststellen van de jaarrekening (artikel 2:210 BW);
- d. het besluit tot kapitaalvermeerdering en -vermindering (artikel 2:206 BW, artikel 2:208 BW);
- e. structuurwijzigingen (fusie artikel 2:330 BW, splitsing artikel 2:332 BW).

In de statuten kan je verder bepalen dat het bestuur voor bepaalde besluiten (zoals omvangrijke investeringen, strategische besluiten etc.) voorafgaande schriftelijke toestemming van de aandeelhoudersvergadering nodig heeft. De invloed van de aandeelhouders kan je daarmee vergroten.

Bij statuten kan een raad van commissarissen worden ingesteld.⁶ De raad van commissarissen heeft tot taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap (en eventueel verbonden ondernemingen).

2. Coöperatie

Een coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet blijken de statuten ten doel hebben het in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten die zij daartoe met die leden sluit in het bedrijf dat zij ten behoeve van die leden uitoefent. Oftewel: de gemeenten, waterschappen en Provincie worden lid van de coöperatie en de coöperatie investeert in de verschillende energietransitie-projecten, omdat zij dit op efficiëntere wijze kan doen dan alle publiekrechtelijke rechtspersonen afzonderlijk.

De leden van de coöperatie zijn verplicht om met de coöperatie een overeenkomst te sluiten. In de ledenovereenkomst worden de afspraken vastgelegd over de manier van samenwerking, bijvoorbeeld over de vermogensverschaffing aan de coöperatie.

Toetreding

De toetreding is bij een coöperatie zeer eenvoudig. Het bestuur kan beslissen over de toelating van een nieuwe participant (lid). Er kunnen eisen gesteld worden aan het lidmaatschap, bijvoorbeeld dat alleen publiekrechtelijke rechtspersonen lid kunnen worden. Met een nieuw lid dient weer een overeenkomst gesloten te worden. Op grond van die overeenkomst zal het nieuwe lid gehouden zijn tot kapitaalinbreng.

Uittreding is ook eenvoudig. Dat heeft te maken met de vrijheid van vereniging. Je kan iemand niet

⁵ Art. 2:239 BW.

⁶ Art. 2:250 BW.

DATUM 9 april 2021
 ONS KENMERK 1000744
 PAGINA 4 van 7

verplichten om lid te zijn c.q. te blijven van een vereniging. Elk lid heeft de mogelijkheid om zijn lidmaatschap op te zeggen en zo uit te treden. Wel kunnen voorwaarden verbonden worden aan de uittreding, bijvoorbeeld een bedrag dat betaald moet worden aan de coöperatie (of dat de inleg niet terugbetaald wordt).⁷

Aansprakelijkheid

In de statuten wordt de aansprakelijkheid van de leden geregeld. Er zijn drie verschillende opties⁸:

- Uitgesloten aansprakelijkheid (UA): de leden zijn niet aansprakelijk voor schulden van de coöperatie;
- Beperkte aansprakelijkheid (BA): de leden zijn tot een afgesproken bedrag aansprakelijk voor de schulden;
- Wettelijke aansprakelijkheid (WA): de leden zijn gezamenlijk en voor een gelijk deel aansprakelijk voor het tekort van de coöperatie.

In de praktijk wordt vaak voor de UA vorm gekozen.

Zeggenschap

Een coöperatie kent een algemene ledenvergadering. In beginsel heeft ieder lid één stem. De statuten kunnen echter bepalen dat bepaalde leden meer dan één stem kunnen uitbrengen.⁹ Dit meervoudig stemrecht kan handig zijn als er een reden is om het belang en gewicht van een bepaalde groep leden tot uitdrukking te laten komen. Het stem- en vergaderrecht kan niet aan de leden ontnomen worden (behoudens schorsing¹⁰ of tegenstrijdig belang¹¹).

Net als bij de BV, is het bestuur belast met de dagelijkse gang van zaken.¹² Ook hier kan je in de statuten bepalen dat het bestuur voorafgaande goedkeuring van de leden nodig heeft voor bepaalde besluiten (zoals de omvangrijke investeringen).

3. Stichting

Een stichting is een rechtspersoon die geen leden kent. Een stichting beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.¹³ Het doel van de stichting mag niet zijn het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen (of aan anderen, tenzij het uitkeringen betreft van ideële of sociale strekking). Er is dus een winstuitkeringsverbod.

⁷ Art. 2:60 BW.

⁸ Art. 2:55 en 2:56 BW.

⁹ Art. 2:38 lid 1 BW.

¹⁰ Art. 2:38 lid 1 BW.

¹¹ Art. 2:12 BW.

¹² Art. 2:44 BW.

¹³ Art. 2:285 BW.

DATUM 9 april 2021
ONS KENMERK 1000744
PAGINA 5 van 7

Een stichting staat op iets meer afstand van haar belanghebbenden omdat een stichting geen leden of aandeelhouders heeft. Je kan wel in de statuten opnemen dat bijvoorbeeld de gemeente het bestuur van een stichting benoemt of dat het bestuur voor bepaalde besluiten goedkeuring van de gemeente nodig heeft.

Ontwikkelbedrijf

Zowel de rechtsvorm van een BV als van een coöperatie zijn geschikt als rechtsvorm voor het ontwikkelbedrijf. Beide zijn relatief eenvoudige structuren (randvoorwaarde iii) waarbij er voldoende ruimte bestaat om de governance naar eigen wens is in te richten. Beide vormen bieden dus voldoende flexibiliteit in de organisatie en zeggenschap. Ook de risico's zijn beheersbaar; bij een BV is de aansprakelijkheid van de aandeelhouder beperkt tot het bedrag waarmee de aandeelhouder deelneemt en in de statuten van de coöperatie kan de aansprakelijkheid van de leden worden uitgesloten.

Het verschil zit voornamelijk in de toe- en uittreding van participanten. Het toe- en uittreden bij een coöperatie is eenvoudiger dan bij een BV. Het continue kunnen uittreden biedt weinig continuïteit (zie ook randvoorwaarde i). Gelet op de (meerjarige) activiteiten van het ontwikkelbedrijf voor de energietransitie lijkt vaste betrokkenheid van de gemeenten, waterschappen en Provincie meer passend. Een BV past dan het beste.

Bij een BV is genoeg ruimte op de governance op een gewenste manier vorm te geven. De gewenste relatie tussen de gemeenten, de waterschappen, de Provincie en het ontwikkelbedrijf kunnen wij omschrijven als 'betrokkenheid op afstand' (gelet op randvoorwaarde ii). Er bestaat de wens om het ontwikkelbedrijf op een zekere afstand van de politieke besluitvorming te plaatsen zodat er sprake is van ondernemingsvrijheid. Aan de andere kant kunnen wij ons voorstellen dat enige zeggenschap van de gemeenten, de waterschappen en de Provincie in het ontwikkelbedrijf gewenst is vanwege haar financieel en maatschappelijk belang. Met de energietransitie gaan omvangrijke bedragen gemoeid. Ook kunnen de politieke belangen groot zijn. Enige zeggenschap is dan passend. Dit kan bij een BV op maat worden vormgegeven. De gemeenten, de waterschappen, de Provincie en / of Invest NL worden aandeelhouder in de BV. Naast de hiervoor benoemde wettelijke rechten zouden we in de statuten ook goedkeuringsrechten aan de aandeelhouders willen geven. Te denken valt aan dat een bestuur alleen na voorafgaande goedkeuring van de aandeelhouders het bedrijfsplan mag vaststellen, de strategie kan wijzigen en omvangrijke investeringen kan doen. Ook andere besluiten kan je zo vastleggen. Eventueel kan je daarbij ook nog variëren in welke aandeelhouder waar zeggenschap over heeft (via letteraandelen). Let op dat als bepaalde bevoegdheden worden toegekend aan de raad van commissarissen, dit vaak tot gevolg heeft dat de invloed van een aandeelhouder wordt beperkt (bijvoorbeeld de goedkeuring voor bepaalde bestuursbesluiten ligt bij de raad van commissarissen).

Een BV is gericht op het maken van winst ten behoeve van haar aandeelhouders. Het wettelijke uitgangspunt is dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling

DATUM 9 april 2021
 ONS KENMERK 1000744
 PAGINA 6 van 7

van uitkeringen.¹⁴ Het bestuur moet dat wel goedkeuren (de zogenoemde uitkeringstest). Het is mogelijk om in een aandeelhoudersovereenkomst vast te leggen dat een bepaald percentage van de winst wordt uitgekeerd aan het Omgevingsfonds (randvoorwaarde vii).

We hebben ook kort de fiscaliteit bekeken. Indien de participatie wordt gehouden in verband met ondernemingsactiviteiten, heeft het houden van het belang gevolgen voor de vennootschapsbelasting. In dat geval kan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling (objectvrijstelling) verschillend uitwerken voor een BV of coöperatie (gegeven de omstandigheden gaan we ervan uit dat aan alle overige voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt voldaan).

Voor de BV geldt dat indien de participanten een direct belang verkrijgen in het ontwikkelbedrijf, de participanten een belang van ten minste 5% moeten houden in het ontwikkelbedrijf om de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen. Indien het belang van een participant in een BV minder dan 5% is, zijn vermogenswinsten en dividenden belast met vennootschapsbelasting.

Het lid zijn van een coöperatie leidt al tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Vanuit fiscaal perspectief is een coöperatie aan te bevelen, in gevallen waar het belang (nu of in te toekomst) onder de 5% komt (aangezien dan de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden). We gaan ervan uit dat dit niet het geval wordt, waardoor een BV vergelijkbaar is.

Hub

Het ontwikkelbedrijf houdt zich bezig met specifieke projecten op het gebied van duurzaamheid in energie en klimaat, de zogenoemde hubs. Na de ontwikkeling van een hub maakt het ontwikkelbedrijf een keuze: of zelf realiseren en exploiteren of verkopen aan een derde. Wij adviseren om een hub te verrichten vanuit een aparte rechtspersoon. Dit vergt wellicht wat extra administratieve handelingen, maar door het oprichten van een nieuwe rechtspersoon worden de risico's van het project afgescheiden van het ontwikkelbedrijf. Mocht een project in de financiële problemen komen dan raakt dat in beginsel niet de andere projecten. Een ander belangrijk punt is de participatie van derden. Door een hub in een aparte rechtspersoon onder te brengen kunnen er per hub verschillende partijen participeren.

Ons lijkt een BV voor de hub de meest geschikte rechtsvorm. Het ontwikkelbedrijf houdt aandelen in Hub BV, eventuele derden kunnen ook aandeelhouder worden. Uit de stukken leiden wij af dat een 50/50 verhouding met lokale participanten gewenst is. Dit begrijpen we, maar het is belangrijk om te voorkomen dat je in een conflict terecht komt en de Hub BV stuurloos wordt omdat er geen besluiten door de aandeelhouders genomen kunnen worden. Onze suggestie is om altijd te zorgen voor 51% zeggenschap voor het ontwikkelbedrijf of om de BV op een andere manier in te richten dat de invloed vanuit het ontwikkelbedrijf is gewaarborgd (bijvoorbeeld doordat ontwikkelbedrijf de bestuurder van Hub BV is om omdat instemming van het ontwikkelbedrijf nodig is voor bepaalde onderwerpen).

¹⁴ Art. 2:216 BW.

DATUM 9 april 2021
 ONS KENMERK 1000744
 PAGINA 7 van 7

Als aandeelhouder heeft het ontwikkelbedrijf mede controle over de bestemming en vaststelling van de winst. Na uitkering van de winst aan het ontwikkelbedrijf als aandeelhouder, kan het ontwikkelbedrijf op haar beurt beslissen over de winst (en uitkeren aan het Omgevingsfonds, randvoorwaarde v).

Op het moment dat het ontwikkelbedrijf (als aandeelhouder) besluit dat zij een hub niet zelf gaat ontwikkelen, kan zij haar aandelen verkopen.

Omgevingsfonds

De door jullie aangegeven rechtsvorm van een stichting strookt ons inziens goed met de wensen voor het Omgevingsfonds. Een stichting is een rechtsvorm die niet als doel heeft om winst te maken. Dit past bij het doel van het Omgevingsfonds. Een aparte rechtspersoon is gewenst, gelet op het feit dat zowel het ontwikkelbedrijf als derde partijen stortingen moeten kunnen doen in het Omgevingsfonds (randvoorwaarde vi).

Belangrijk punt is wel hoe het Omgevingsfonds wordt ingericht. Wil het ontwikkelbedrijf controle houden over de investeringen van het Omgevingsfonds of moet het Omgevingsfonds juist een onafhankelijke rechtspersoon zijn? Beide situaties zijn denkbaar. In de eerste situatie kan het ontwikkelbedrijf zitting nemen in het bestuur of in een RvC van de stichting. Punt van aandacht is dan wel het risico op tegenstrijdige belang; een bestuurder moet het belang van de rechtspersoon vooropzetten bij de uitoefening van zijn taak en het kan zijn dat dat belang tegenstrijdig is aan het belang van het ontwikkelbedrijf. Het ontwikkelbedrijf (of de andere belanghebbenden) kan ook op andere manier grip houden op de stichting. Dit kan door in de statuten (rechtstreeks) bepaalde bevoegdheden en/of rechten op te dragen aan het ontwikkelbedrijf. Het ontwikkelbedrijf kan bijvoorbeeld het recht krijgen om:

- jaarstukken goed te keuren;
- (bindende) voordracht te doen voor benoeming bestuurder;
- het bestuur te ontslaan; en/of
- bestuursbesluiten goed te keuren (denk aan statutenwijziging of ontbinding, maar ook investeringsbeslissingen).

Uiteraard kan het Omgevingsfonds ook zo worden vormgegeven dat het volledig losstaat van het ontwikkelbedrijf.

Conclusie

In dit memo zijn we ingegaan op uw vragen. Graag lichten we dit memo toe.

AKD