**Bijlage 2: Motivatie voor de keuze voor de rechtsvorm besloten vennootschap**

## 1. De nota verbonden partijen

In de nota verbonden partijen 2015 worden de gemeentelijke kaders verwoord voor samenwerking van Harderwijk met verbonden partijen.

*Een verbonden partij [is] een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de gemeente een bestuurlijk en een financieel belang heeft.*

In de nota verbonden partijen 2015 is het volgende beschreven:

*(pagina 6) Bij privaatrechtelijke participaties is een belangrijk aandachtspunt voor de gemeente dat zij als aandeelhouder en dus als actor binnen het privaatrecht optreedt. Aan vertegenwoordiging van de gemeente in privaatrechtelijke organisaties (bijvoorbeeld als bestuurder of commissaris) zijn bestuurlijke risico's verbonden. Een bestuurder of commissaris die onvoldoende handelt overeenkomstig het belang van de private partij kan mogelijk worden aangesproken op wanbestuur en hoofdelijke aansprakelijkheid. Om deze reden vindt in Harderwijk in principe geen gemeentelijke vertegenwoordiging in het bestuur van in privaatrechtelijke samenwerkingsvormen waarin zij deelneemt plaats.*

*En*

*(pagina 9) Indien er toch voor wordt gekozen om een gemeentelijke commissaris/bestuurslid te benoemen in een privaatrechtelijke verbonden partij, wordt bij de benoeming daarvan een bewuste keuze gemaakt tussen een interne gemeentelijke vertegenwoordiger en een externe gemeentelijke vertegenwoordiger. Die keuze wordt gebaseerd op de volgende criteria:*

- *Een inschatting van het politieke en persoonlijke risico dat aan de functie is verbond en de vakinhoudelijke kennis die nodig is om de functie van commissaris/bestuurder bij de specifieke verbonden partij te kunnen vervullen.*
- *De vraag of de aansprakelijkheid voor het functioneren als commissaris/bestuurder een risico vormt dan wel voldoende kan worden afgedekt.*
- *De mogelijkheid om voldoende checks and balances in te kunnen bouwen in het onderliggende proces, bijvoorbeeld door een andere wethouder verantwoordelijk te maken voor het toetsen van beleidsvoorstellen en jaarstukken dan de wethouder die de functie van commissaris vervult bij de verbonden partij waar de stukken betrekking op hebben*

*In navolging van de Gemeentewet besluit het college slechts tot oprichting van en deelneming in verbonden partijen indien dat nodig wordt geacht voor de behartiging van het openbaar belang. De raad wordt bij een voorgenomen besluit tot het aangaan van een deelneming door het college tijdig geïnformeerd en in staat gesteld zijn wensen en bedenkingen in te brengen.*

*(pagina 10) Om de raad in staat te stellen om haar kaderstellende en controlerende taak uit te voeren, maakt het college bij het aangaan, beëindigen of wijzigen van een relatie met een (nieuwe) verbonden partij voor de raad inzichtelijk (**zie vetgedrukt**):*

- *welk publiek belang wordt behartigd **(realisering duurzaamheidsdoelstelling)***
- *waarom betrokkenheid van de gemeente noodzakelijk is*
- *waarom niet wordt volstaan met een rol als facilitator, subsidieverstrekker of opdrachtgever*
- *wat de voordelen zijn van het aangaan van de verbonden partij aan te gaan (**risicobeperking**)*
- *welke taken worden overgedragen (uitvoering/beleidsvorming) en welke consequenties dit voor de gemeente heeft (**nvt)***
- *welk financieel belang in de nieuwe verbonden partij wordt belegd*
- *hoe financieringsstromen zullen gaan lopen*
- *hoe de bestuurlijke invloed is geborgd*
- *welke risico's aan de deelname zijn verbonden*
- *waarom voor de specifieke organisatievorm is gekozen*
- *of er sprake is van functiescheiding op bestuurlijk of ambtelijk niveau*

- *op welke wijze verantwoording wordt afgelegd*
- *wat het op termijn beëindigen van de relatie zal betekenen (inclusief het juridisch borgen hiervan en inzicht in de exit strategie)*

**2. Samenwerkingsvormen**

De volgende samenwerkingsvormen zijn denkbaar bij de samenwerking tussen Firan en gemeente:

A. De gemeente en Firan faciliteren een marktpartij bij de realisering en exploitatie van het open warmtenet.
B. Gemeente of Firan treden op als investeerder en exploitant van het open warmtenet
C. Gemeente en Firan richten een GR op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet
D. Gemeente en Firan een VOF op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet
E. Gemeente en Firan richten een NV op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet
F. Gemeente en Firan richten een BV op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet
G. Gemeente en Firan richten een coöperatie op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet
H. Gemeente en Firan richten een stichting op voor de realisatie en exploitatie van het open warmtenet

De voor en nadelen per samenwerkingsvorm kunnen dan als volgt schematisch worden weergegeven:

| | bestuursvorm | Zeggen-schap | Bestuurlijke drukte | Aandeel resultaat | risico | participatie | Fonds vorming | Admin. last |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | | |
| A | Faciliterende rol | +/- | +/- | +/- | ++/++ | -/- | +/- | +/- |
| B | Gemeente | 100% | +/- | 100% | 100% | -/- | +/+ | -/- |
| C | GR | 1-99% | -/- | 1-99% | 1-99% | -/- | +/+ | -/- |
| C | VOF | 1-99% | -/- | 1-99% | 1-99% | -/- | +/+ | -/- |
| E | NV | 1-99% | -/- | 1-99% | +/+ | +/+ | +/+ | -/- |
| F | BV | 1-99% | -/- | 1-99% | +/+ | +/- | +/+ | -/- |
| G | Coöperatie | -/- | -/- | -/- | +/- | +/+ | -/- | -/- |
| H | Stichting | -/- | -/- | -/- | +/- | -/- | -/- | -/- |
| | | | | | | | | |
| | | | | | | | | |

Conclusie:

De **zeggenschap** en **resultaatverdeling** zal bij vrijwel de bestuursvormen GR, VOF, NV en BV op dezelfde wijze kunnen worden verdeeld. Aandachtspunt hierbij is wel risico bij de GR of VOF. De **bestuurlijke drukte** is bij alle zelfstandige rechtsvormen (C-H) groter omdat er een bestuur moet worden gevormd en aanvullend een aparte planning- en control-cyclus ontstaat. Doordat bij NV, BV, Coöperatie en stichting de gemeente en Firan niet kunnen worden aangesproken voor de verliezen van de entiteit is er in principe sprake van **een lager risico**. Wanneer een bankier (de grootste schuldeiser) hier geen genoegen mee zal nemen (en een gemeentegarantie/borgstelling vraagt) resulteert een +/- . op papier heeft de NV ten opzichte van de BV voordelen omdat aandelen van de NV eenvoudiger verhandelbaar zijn; in de praktijk hoeft dit geen groot verschil op te leveren (afhankelijk van de statuten).

Wanneer de gemeente en Firan op relatief eenvoudige wijze **participatie** willen faciliteren, komen NV en Coöperatie als beste uit de bus. Mogelijk kan Endura hierbij nog een rol spelen. Het is echter de vraag of participatie, veelal gewenst ter vergroting van het draagvlak voor het project, een grote factor is bij het

realiseren van een nieuwe woonwijk (zonder huidige bewoners). **Fondsvorming** is het eenvoudigst bij model A en B, maar ook nog goed mogelijk bij de overige rechtsvormen met uitzondering van de stichting. Doordat bij alle zelfstandige rechtsvomen een aparte administratie moet worden gevoerd en P&C-cyclus moet worden ondersteund is er sprake van verzwaring van **administratieve lasten** ten opzichte van bestuursvorm A en B.

Firan heeft de voorkeur voor het samen met de gemeente oprichten van een BV voor de exploitatie van het open warmtenet. Dit sluit aan bij hun eigen governancestructuur en is ook in het algemeen heel gebruikelijk in het (semi) bedrijfsleven bij oprichting van “dochters”.

In het verlengde hiervan kiest de gemeente ook voor de BV omdat deelname van Firan gewenst is vanwege haar kennis en ervaring op dit terrein, afspraken kunnen worden gemaakt over zeggenschap bij besluiten over tarieven en resultaatverdeling en tegelijkertijd enige risicobeperking wordt gerealiseerd.
Op het open warmtenet levert een warmteleverancier (eventueel per deelgebied te selecteren) aan de bewoners. Een coöperatie zou mogelijk als warmteleverancier kunnen optreden waardoor ook in deze vorm participatie mogelijk is (terwijl deze geen grote investeringen hoeft te doen).

Toelichting

A. Faciliterende rol gemeente:

Gemeente maakt het mogelijk door grondverkoop/grondverhuur, vergunningverlening etc. om het warmtenet te realiseren. Hierbij kan minimale invloed worden uitgeoefend op bijvoorbeeld tariefstelling.

B. Gemeente en investeert en exploiteert:

De gemeente is investeerder en exploiteert het open warmtenet. Zeggenschap, rendement en risico gaan hand in hand. Participatie door inwoners, omwonenden, bedrijven etc. is niet mogelijk.

C. Een gemeenschappelijke regeling (GR)

In een GR kunnen deelnemers afspraken over de werkverdeling, de winstverdeling en dergelijke overeenkomen. Een GR is een rechtspersoon met eigen bestuur en apparaat. De in de begroting van de GR opgenomen lasten van de deelnemers zijn verplichte uitgaven. Participatie door inwoners, omwonenden, bedrijven etc. is niet mogelijk.

D. Vennootschap onder firma (VOF)

In een VOF kunnen vennoten een overeenkomst sluiten, met daarin afspraken over de werkverdeling, de winstverdeling en dergelijke. Vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het totaal dus het risico is hoger dan bij variant A en B. Participatie door inwoners, omwonenden, bedrijven etc. is niet mogelijk.

E. Een naamloze vennootschap (NV)

Gemeente en Firan kunnen samen een NV oprichten en samen een deel van het statutaire aandelenkapitaal volstorten. De NV heeft verhandelbare aandelen. De NV kan aandelen in portefeuille houden en later uitgeven. Wanneer niets anders in de statuten is geregeld wordt het resultaat verdeeld in de verhouding van de aandeelhoudersportefeuille. De NV is een zelfstandige rechtspersoon; aandeelhouders kunnen niet verder aansprakelijk worden gesteld dan tot het volstorten van de genomen aandelen. Bij financiering met vreemd vermogen zal een bankier mogelijk een borgstelling van de gemeente en/of Firan vragen voor rente en aflossing. Daarmee wordt het risico vergelijkbaar met dat van de GR. Doordat de aandelen van de NV verhandelbaar zijn en bij de start in portefeuille gehouden kunnen worden is het mogelijk dat na het oprichten van de NV inwoners, omwonenden, bedrijven etc. kunnen participeren. In hoeverre dit in de praktijk succesvol kan zijn hangt af van de waarde van de aandelen en het aannemelijk te maken rendement.

F. Een besloten vennootschap

De vennootschap is *besloten* omdat de aandelen niet vrij overdraagbaar zijn, dit in tegenstelling tot de naamloze vennootschap. Ten aanzien van aansprakelijkheid en borgstelling ten opzichte van een bank wijken NV en BV niet af. Overdracht van aandelen is bij een BV moeilijker dan bij een NV. Participatie van inwoners, omwoners, bedrijven etc. op een ander moment dan bij de oprichting is dan ook moeilijker. De statuten kunnen dit echter wel mogelijk maken. Ook hier geldt dat de waarde van de aandelen en veronderstellingen ten aanzien van het rendement bepalen of participatie in het aandelenkapitaal aantrekkelijk is voor bewoners.

G. Coöperatie

Bij een investeringscoöperatie leggen de leden geld in, waarmee een bedrijf wordt gestart. De zeggenschap en de winstverdeling gekoppeld kunnen worden aan het tegoed op ieders ledenrekening. De winst wordt dan meestal verdeeld naar rato van ieders inbreng in het kapitaal van de coöperatie. Ten aanzien van aansprakelijkheid en borgstelling ten opzichte van een bank wijkt de coöperatie niet af van de NV en BV. Het is echter de vraag of de coöperatie de kennis en expertise in huis kan halen en of zij de benodigde financiële middelen zelfstandig kan verkrijgen.

Voor een coöperatie wordt nog wel eens gekozen wanneer nog niet duidelijk hoeveel geld elk van de investeerders in het initiatief zal (moeten) stoppen en wat hun verdere inbreng is. De besluitvorming bij grote groepen leden (bijvoorbeeld bij crowdfunding) kan eenvoudiger worden gemaakt met een gekozen ledenraad. Aangezien benodigde bedragen bekend zijn op basis van de businesscase en het om forse investeringen (miljoenen) gaat lijkt een coöperatie minder geschikt voor dit project.

H. Een stichting

Een stichting is een rechtspersoon die wordt opgericht bij notariële akte, door één of meerdere natuurlijke of rechtspersonen. In de regel heeft een stichting een bestuur bestaande uit een of meerdere bestuurders (bijvoorbeeld een voorzitter, secretaris en een penningmeester). Het bestuur is het enige verplichte orgaan van een stichting. Daarnaast kan er nog een raad van toezicht worden aangesteld, die toezicht houdt op het stichtingsbestuur.

In de statuten kan worden bepaald dat de gemeente en of Firan één of meer bestuursleden aanwijzen. Voor het wijzigen van de statuten is een notariële akte vereist.

De stichting is zelfstandig drager van rechten en plichten. De bestuurders zijn niet aansprakelijk voor schulden van de stichting, tenzij er sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Een stichting heeft geen leden of aandeelhouders en kan derhalve noch contributie noch aandelenkapitaal ontvangen. De enige drie manieren om de stichting te financieren zijn derhalve inbreng bij testament (erven), donaties en leningen. Een stichting kan niet (mede) ten doel hebben uitkeringen te doen aan oprichters. Het resultaat komt dus niet ten goede aan de investeerders/exploitatierisicodragers.

Ook bij een stichting zal een bank waarschijnlijk een borgstelling van gemeente en/of Firan vragen. Het risico wijkt dan ook niet af van GR, VOF en coöperatie.

Participeren in een stichting is niet mogelijk. Doneren uiteraard wel, maar een eventueel rendement op de donatie kan niet uitgekeerd worden. Deze rechtsvorm is niet geschikt als forse investeringen gedaan moeten worden en participatie wordt beoogd of een rendement op de inbreng wordt beoogd.