Advies ‘keuze entiteit van geconsolideerde havens’ t.b.v. de stuurgroep Consolidatie havens

Naar aanleiding van het college besluit O-138 consolidatie havens is begin november, aan de hand van een plan van aanpak, een projectgroep onder sturing van de stuurgroep gestart. Opdracht is de huidige twee organisaties verantwoordelijk voor de exploitatie van de havens t.w. de gemeentehaven en de passantenhaven te bundelen (consolideren) tot één organisatie. Voor de uitgangspunten en doelen verwijzen wij naar de aan het besluit van 2021 ten grondslag liggend advies van het bureau Stig d.d. 12 maart 2021 en bovengenoemd besluit van het college. De nieuwe organisatie met als werktitel ‘exploitatie haven Terschelling’ heeft als belangrijkste doel ‘het vaarmanagement en het innen van liggeld’ voor/op het van de gemeente gepachte/gehuurde terrein. Naast deze specifieke invulling kennen de havens verschillende afgeleide en verwante activiteiten, die ook in de geconsolideerde entiteit belegd zullen worden.

Het plan van aanpak kent op hoofdlijnen de volgende fasering:

1) een advies voor de keuze van de entiteit exploitatie haven Terschelling

2) (uitwerking) installatie/oprichting entiteit

3) (uitwerking) inrichting entiteit

4) Overdracht naar nieuwe entiteit

5) Nazorg/liquidatie gemeentehaven/passantenhaven

In de afgelopen maanden hebben de projectgroep/werkgroepen met vertegenwoordiging vanuit de gemeentelijke organisatie (Civiel en staf) en de passantenhaven (Bestuur en havenmeesters) in samenwerking met externe deskundigen/experts (notaris, advocaten, juristen, fiscalisten) invulling gegeven aan het eerste onderdeel t.w. het advies voor de keuze van de entiteit. Onderstaand de uitkomsten van het onderzoek.

O.b.v. het advies van het rapport Stig (zie boven) en het college besluit is de uitwerking gericht op 5 varianten t.w.

a) het inrichten van een organisatie binnen de gemeentelijke organisatie

b) het bundelen van de gemeentehaven in de bestaande stichting Passantenhaven

c) het oprichten van een nieuwe stichting

d) het oprichten van een besloten vennootschap (B.V.)

e) het oprichten van een naamloze vennootschap (N.V.)

Om dat de grootste verschillen bestaan tussen een gemeentelijk organisatie en stichting/vennootschap wordt deze eerst behandeld.

- Juridisch zal de ‘entiteit’ ingebed worden in de bestaande ambtelijk organisatie van de gemeente, zoals dit nu ook het geval is voor de gemeentehaven (Team Civiel). Een stichting/vennootschap is een, in de wet (ondernemingsrecht) beschreven juridisch zelfstandige entiteit. Risico’s zijn beperkt tot de zelfstandige entiteit, die bevoegd is tot zelfstandig handelen.

- De exploitatie vereist een personele invulling voor het vaarmanagement en innen van liggeld (havenmeesters) die ook verantwoordelijk zijn voor het schoonhouden van het terrein, onderhoud en het toezien op veiligheid, openbare orde en milieu. Deze invulling vereist naast specifieke vaardigheden/kennis ook een commerciële affiniteit. Een commerciële exploitatie en beheer vereist flexibiliteit en slagkracht (minder formele besluitvorming en politieke betrokkenheid) in de aansturing en uitvoering. Een juridisch zelfstandige entiteit biedt meer mogelijkheid tot verder ontwikkeling/handelsvrijheid.
  Een succesvolle inbedding van een organisatie van de exploitatie van de haven in de gemeentelijke organisatie, die in haar aard en karakter, ingericht op het voeren van een administratie en beleidsondersteuning, wordt minder kansrijk geacht dan een juridisch zelfstandige entiteit. De aantrekkingskracht van een stichting/vennootschap op de arbeidsmarkt wordt geacht groter te zijn dan die van de gemeente. Hiermee is een meer adequate personele invulling mogelijk.

- Omdat het beheer en onderhoud van infrastructuur hoge kosten met zich meebrengt, is het een uitdaging om de exploitatie van het gehele havengebied d.m.v. het heffen van liggelden en daarmee gemoeide kosten, kostendekkend te krijgen. Een juridische entiteit heeft meer (ook wettelijk) mogelijkheden voor commercieel uitnutting dan een gemeentelijk organisatie en is minder gebonden aan regels.

- Een juridische entiteit geeft in de aansturing meer vrijheid, minder politieke inmenging en ruimte voor sturing op afstand, dan een gemeentelijke invulling.

- De werking van het staatsteunrecht, is voor de gemeente zolang er geen sprake is van commerciële activiteiten, niet van toepassing en is voor alle juridische entiteiten gelijk, dit geldt ook voor de wet Markt en Overheid.

- Er bestaan t.a.v. fiscale heffingen voor het uitoefenen van commerciële activiteiten geen verschil tussen een gemeentelijke invulling en een invulling door een stichting/vennootschap.

- M.b.t. de overgang van de medewerkers van de passantenhaven naar de gemeente (of visa versa) zijn er, behoudens de verschillen in de huidige en te bepalen arbeidsvoorwaarden, geen verschillen m.b.t. het behoud van rechten en arbeidsvoorwaarden tussen de gemeente en een juridisch zelfstandige entiteit.

Conclusie: Op grond van bovenstaande geniet het de voorkeur de exploitatie haven in te vullen met een juridisch zelfstandige entiteit.

Als de keuze voor een zelfstandige juridische entiteit meer voor de hand ligt, wat verdient dan de voorkeur, een Stichting of Vennootschap?

- Er is een verschil in eigenaarschap van een stichting (geen eigenaar) en vennootschap (bezit aandelen). Een stichting kan niet verkocht en/of overgedragen worden, een vennootschap kan wel door verkoop van de aandelen verkocht en/of overgedragen worden.

- De Governance structuur bestaat uit een in de wet geregelde bevoegdheid van de aandeelhouders (benoeming directie etc.), uitgeoefend via de aandeelhoudersvergadering (AvA). De stichting Governance structuur van de stichting bestaat in de regel uit een gedifferentieerd bestuur met vaak vertegenwoordiging uit belangenpartijen en toezichthouders. Een uitsluitend operationeel bestuur met een effectieve governance invulling is ook mogelijk.
  Zowel de vennootschap als stichting kennen de mogelijkheid voor een uitbreiding van de structuur door toevoeging van een Raad van Toezicht (stichting) of Raad van Commissarissen (vennootschap).
  Binnen de wettelijke en gekozen structuur is invulling van de governance op uiteenlopende wijze mogelijk (statuten, dienstverleningsovereenkomsten, huur-/en pachtovereenkomst, bestuurs-/directieovereenkomsten). Hier zal om de invulling van de maatschappelijke functie en sturing op uitvoering van het beleid te borgen, in de uitwerking van de inrichting veel aandacht aan worden gegeven. Behoudens de vorm (structuur) zijn er geen verschillen tussen een stichting of vennootschap voor het opzetten van een goede governance. Voor de werking van de governance verschilt de structuur (AvA, raden van Toezicht/Commissarissen etc.) tussen een stichting en vennootschap, maar de invulling van de statuten en (dienstverlening-/huur) overeenkomsten, bij zowel de stichting als vennootschap, zorgen, zowel bij een keuze voor een stichting als vennootschap, voor de juiste borging van invloed door de gemeente.

- In het geval van een keuze van de gemeente om gedeeltelijk (het exploitatie deel) de grond en opstallen over te dragen (verkopen) aan de entiteit, is er geen verschil tussen een stichting en een vennootschap.

- In het geval van een keuze van de gemeente om de grond en opstallen over te dragen (verkopen) aan de entiteit, krijgt de entiteit meer het karakter van ‘commercieel’ zelfstandige onderneming, dan is de keuze voor een vennootschap te overwegen. De overdracht van grond en opstallen wordt beschouwd als een (ver)kooptransactie, dit gaat gepaard met een verkoopopbrengst en een vennootschapsbelasting onderhevige boekwinst voor de gemeente. De financiering van deze transactie (door gemeente en/of derde partij) geeft in het geval van financiering door de gemeente, i.v.m. het moeten afsluiten van een lening door de gemeente, geen positief effect op de solvabiliteit/liquiditeit. Uitsluitend in het geval waarbij de financiering door een derde partij (bank/financieringsmaatschappij) plaatsvindt, zal er een positief effect ontstaan op de solvabiliteit.

  Het overdragen van een gedeelte van het haventerrein vermindert de onderhoudslast voor dat deel bij de gemeente. Echter de huidige en verwachte toekomstige opbrengsten zijn niet toereikend om de exploitatiekosten en de extra onderhoudskosten en de extra

financieringslasten te kunnen dragen. De gemeente zal daarmee, in een nadere te bepalen vorm, een structurele jaarlijkse bijdragen moeten leveren aan de vennootschap.

- De medezeggenschap kan zowel bij een stichting als een vennootschap in de vorm van een 'medezeggenschapsraad' op gelijke wijze worden vorm gegeven.
- Er bestaat geen wettelijke verplichting (o.b.v. indeling 'kleine onderneming) m.b.t. de jaarrekening controle en publicatie van de jaarrekening. De gemeente zal echter in de governance wel een verplichting hiertoe opnemen.

- De personele invulling, het van rechtswege overgaan van medewerkers naar de nieuwe entiteit, het behoud van arbeidsvoorwaardelijke rechten en de vrijheid in keuze van beloning/arbeidsvoorwaarden kent geen verschil bij de keuze voor een stichting of vennootschap.

- De nieuwe entiteit wordt opgericht met het streven (op termijn) kostendekkend te zijn. Ingeval van overschotten/rendement kunnen reserves worden opgebouwd. De opbouw van grote reserves zijn ongewenst. Echter alleen de vennootschap kent de mogelijkheid van uitkeringen van winsten d.m.v. uitkering van dividend. Een stichting kan (in de beoogde vorm) geen uitkeringen doen die niet gerelateerd zijn aan het (ideële) doel. Om gezond te kunnen ondernemen, zal een stichting bestemmingsreserves moeten kunnen opbouwen. Aan de hand van een (geconsolideerde) meerjarige begroting zal telkens worden bekeken wat hierin wenselijk is.

- Er is geen verschil in belastingregelingen m.b.t. de Btw en de Vennootschapsbelasting.

- De werking van het staatsteunrecht is voor alle entiteiten gelijk, dus ook bij een stichting en vennootschap. Dit geldt ook voor de wet Markt en Overheid. Zolang omvang en de activiteiten voldoen aan bepaalde criteria en daarmee niet voldoet aan de bepalingen van een 'tussenstaatse handel' is er geen sprake van 'ongeoorloofde' staatsteun ingeval van het structurele bijdragen aan een entiteit.

- Omdat zowel de stichting als een vennootschap, in de gewenste vorm, een publiekrechtelijke invulling is, is voor beide entiteiten de Wet op de aanbesteding 2012 van toepassing voor het door de entiteit aanbesteden van werk of diensten.

Verschil tussen 'continuering/actualiseren van de huidige stichting' en 'de oprichting van een nieuwe stichting'

- Bij een keuze voor de huidige stichting dienen statuten, overeenkomsten en governance etc. omgezet te worden. Dit geeft een hogere betrokkenheid van en vereiste volledige medewerking/instemming van het bestuur. Een nieuwe stichting kan met minder inspanning en zonder expliciete en unanieme instemming van het huidige bestuur (door de projectgroep) worden ingericht. Het benoemen van het bestuur kan na de oprichting plaatsvinden. Voor een mogelijke (uiteindelijke) liquidatie/opheffing van de huidige stichting is unanieme instemming van het voltallige bestuur vereist.

- De huidige reserves/batig saldo van vereffening van ongeveer 900.000, - wordt na liquidatie/opheffing van de stichting of uitgekeerd aan de gemeente of overgeheveld aan de nieuwe stichting/vennootschap. Ingeval van een uitkering aan de gemeente blijven de middelen beschikbaar voor de overeengekomen bijdragen aan de financiering van het Masterplan haven, omdat de gelden in de huidige Stichting al bestemd zijn. Afhankelijk van te maken keuzes m.b.t. onder andere de onderhoudsverplichting, kan er sprake zijn van een overheveling van middelen naar de nieuwe entiteit. Bij een 'omzetting' van de huidige stichting kan er geen uitkering, anders dan in de vorm van de huur en/of beheersvergoeding plaatsvinden.

- Het uitkeren van een batig saldo kan een belastingafdracht tot gevolg hebben en dient bij voorkeur vermeden te worden.

- Naar verwachting zijn de omzettingskosten (notaris, juristen etc.) van een omzetting nagenoeg gelijk aan de oprichtingskosten van een nieuwe stichting.
- Het besluitvormingsproces binnen de gemeente (College en Raad) zijn bij beide varianten nagenoeg gelijk.

- Alle bestaande verplichtingen en contracten gaan bij een nieuwe stichting (o.b.v. 'Overgang van onderneming' art. 7:662 BW) over naar de nieuwe stichting.

Verschil tussen Besloten Vennootschap en Naamloze vennootschap.

- Het belangrijkste verschil betreft de verhandelbaarheid van de aandelen. Een besloten vennootschap kent aandelen op naam, welke staan genoteerd in het aandelenregister. Koop/verkoop van aandelen is alleen mogelijk via een notariële akte. De aandelen van een naamloze vennootschap zijn vrij verhandelbaar en staan niet op naam.

- Een naamloze vennootschap kent meer regels/beperkingen (kapitaal bescherming) t.a.v. de uitkering van winsten (dividend).

Conclusie:

Als de conclusie m.b.t. de onwenselijkheid van een inbedding van de exploitatie van de gezamenlijk havens in de gemeente wordt overgenomen, dan is de afweging te maken voor een keuze tussen een stichting of vennootschap. Een vennootschappelijke vorm kent een grotere flexibiliteit m.b.t. het vervreemden (privatiseren) van de entiteit en het mogen uitkeren van winsten. Als er geen (toekomstige) voornemens bestaan tot een mogelijk gehele of gedeeltelijk vervreemding van de aandelen/privatisering en er geen verwachting is/wenselijkheid bestaat dat er sprake is van het realiseren/uitkeren van winsten, dan is de keuze voor een stichting een meer voor de hand liggende optie. Het karakter van een stichting (ideële doelen met een ideëel doelvermogen) sluit meer aan op maatschappelijk rol en publiek taak van de beoogde activiteiten van het havenbeheer, ook al is hier sprake van een commercieel aspect binnen het publieke recht.

Ingeval van de keuze van een stichting geniet het de voorkeur om een nieuwe stichting op te richten, waarmee een inrichting/invulling gekozen kan worden vrij van bestaande en historische aspecten van de huidige stichting, extra belastende processtappen kunnen worden voorkomen (besluiten door huidig bestuur, die formeel op dit moment (door incompleetheid) niet mogelijk is), en het mogelijk worden om overtollige middelen uit te keren aan de gemeente of de nieuwe stichting. Als in de uitwerking blijkt dat het 'omzetten' van de huidige stichting meer voordelen kent dan een 'nieuwe' stichting, dan zal gekozen worden voor het 'omzetten' van de bestaande stichting.

De projectgroep komt hiermee tot de aanbeveling om voor de oprichting van een nieuwe stichting/de bestaande stichting te kiezen voor de inrichting van de nieuwe entiteit 'Exploitatie haven Terschelling'

Gehanteerde/geraadpleegde documenten:

- Rapport Stig ‘passantenhaven en gemeentehaven Terschelling consolidatiemogelijkheden d.d. 12 maart 2022
- Advies Consolidatie en verzelfstandiging havens, College B&W O-138, 20 juli 2021
- Inrichting toekomstige projectorganisatie Ontwikkeling Masterplan haven, College B&W, 8 maart 2022
- Plan van aanpak uitvoering project Consolidatie havens, 02 november-2023
- Statuten Passantenhaven 27-02-1989, wijzigingen 07-09-1993 en 19-01-1996
- Brief huur en samenwerkingsovereenkomst inzake huur berekening, 11 september 1989
- Beheerovereenkomst gemeente en stichting passantenhaven, 30 september 1993
- Memo Infense advocaten, Staatsteunrechtelijke en aanbestedingsrechtelijk aspecten consolidatie haven Terschelling, 31 januari 2024 en 09 februari 2024
- Memo Stuiver & Weijling advocaten, arbeidsrechtelijk consequenties, 22 januari 2024
- Notitie Gietema Wevers Dijkman Notarissen (ondernemersrecht), 07 februari 2024
- Scope project Consolidatie havens en doel entiteit (projectgroep,) 18 januari 2024
- Scope en Doelstelling Consolidatie havens gezien vanuit het bestuur Passantenhaven 28 januari 2024