PELS RIJCKEN



Advies verzelfstandiging Gemeentelijke Kredietbank Drenthe

Nadere uitwerking beslispunten verzelfstandiging/aanbesteding en privaatrechtelijke rechtsvorm

8 december 2023

Introductie

Het Dagelijks Bestuur ("**DB**") van de Gemeentelijke Kredietbank Drenthe ("**GKBD**") heeft ons verzocht te adviseren over de verzelfstandiging van de GKBD.

De GKBD heeft op dit moment de vorm van een gemeenschappelijke regeling die is ingesteld door de gemeenten Assen, Hoogeveen en Meppel. Daarnaast nemen elf andere gemeenten diensten af van de GKBD op basis van een dienstverleningsovereenkomst (de "**DVO-gemeenten**"). Het DB heeft het voornemen de gemeenschappelijke regeling te ontbinden en de GKBD te verzelfstandigden, door de activiteiten van de GKBD onder te brengen in een privaatrechtelijke rechtspersoon.

In een e-mail d.d. 8 september 2023 hebben wij de uitkomsten van onze *quick scan* (fase 1) uiteengezet. Vervolgens hebben wij in een advies d.d. 13 oktober 2023 uiteengezet aan welke vereisten op basis van het aanbestedingsrecht en het financieel toezichtrecht moet zijn voldaan om de (activiteiten van de) GKBD, na verzelfstandiging, rechtmatig voort te zetten (fase 2). In een discussiestuk d.d. 1 november 2023 hebben wij vier beslispunten geformuleerd ter besluitvorming door het DB. Op de volgende slide geven wij de huidige stand van zaken weer.

Stand van zaken

Wij begrijpen dat het DB inmiddels heeft besloten dat:

- De DVO-regeling zal worden afgeschaft;
- De huidige gemeenschappelijke regeling zal worden ontbonden;
- Financiële participatie van alle deelnemende gemeenten vereist is;
- Eventuele exploitatietekorten *pro rata* door de deelnemende gemeenten zullen worden gedragen;
- De gemeenten Assen, Hoogeveen en Meppel niet door de (nieuwe) deelnemende gemeenten hoeven te worden gecompenseerd voor de financiële middelen die zij reeds hebben ingebracht.

Het DB heeft ons verzocht de volgende twee nadere beslispunten uit te werken:

I. Aanbesteding versus verzelfstandiging

II. In geval van verzelfstandiging:
    - Welke rechtsvorm is het meest passend: een besloten vennootschap ("**BV**") of een stichting?

Deze twee beslispunten worden hierna achtereenvolgens besproken. We sluiten af met een vooruitblik op toekomstige actie- en beslispunten.

I. Afweging aanbesteding of verzelfstandiging (quasi-inhouse)

- Voorvraag: **welke rol** wil gemeente hebben bij inrichting en uitvoering van de integrale schuldhulpverlening?
- Voorvraag: **wat kan de markt bieden?**
- Voorvraag: wat is de **visie van de gemeente** ten aanzien van deelnemingen (verbonden partijen)?
  - 'Privatiseren, tenzij…' of 'Publiek, tenzij…'?
  - Zie bijvoorbeeld de Kadernota Governance Verbonden Partijen (Assen, 2017)

B. Publiek Belang

Uitgangspunt is dat de gemeente Assen alleen participeert in een derde partij indien daarmee een publiek belang wordt gediend. In het rapport 'Het borgen van publiek belang' geeft de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) aan dat het antwoord op de vraag of sprake is van een publiek belang primair van politiek/ideologische aard is en daarom door de overheid (lees gemeente) zelf moet worden gegeven.

Als handreiking kunnen onderstaande criteria gehanteerd worden.

Het gaat om een publiek belang op het moment dat de activiteit:

- past binnen het beleid en/of takenpakket, zoals onder meer vastgesteld in een programmabegroting, een op dat moment geldend uitvoeringsprogramma, raadsprogramma of bijvoorbeeld verkiezingsprogramma;
- zonder bijdrage van de gemeente niet of onvoldoende van de grond komt;
- van strategisch en/of innovatief belang is, waarbij de gemeente de beschikbaarheid, de betaalbaarheid, klanttevredenheid en/of duurzaamheid voor haar inwoners wil garanderen;
- een maatschappelijk belang heeft en ook een publiek belang wordt, namelijk als de markt faalt (bijv. door een monopolypositie van de aanbieder) en de marktpartijen dit niet zelf corrigeren, of daar waar de markt resulteert in uitkomsten die maatschappelijk niet gewenst zijn.

C. Mogelijkheden voor uitvoering door derden

Wanneer het bestuur van oordeel is dat er géén sprake is van een publiek belang of van een publiek belang dat niet door de gemeente behartigd kan worden, zal de gemeente niets doen en het aan de markt of andere overheden overlaten.
Bij het overlaten aan de markt zal het college eerst een verkenning plegen of er voldoende mogelijkheden zijn om initiatieven van de gemeente, die niet van publieke belang zijn, door de markt in concurrentie te laten uitvoeren.

I. Aanbesteding versus verzelfstandiging (quasi-inhouse)

Aanbesteding

1. Outsourcen: markt aan zet, beperktere rol gemeenten
2. Minder grip en sturing mogelijk
3. Uiteindelijk toch ook politiek-bestuurlijke verantwoordelijkheid (als het onverhoopt mis gaat)
4. Aanzienlijke aanbestedingsinspanningen gemeenten: contracten moeten periodiek opnieuw aanbesteed
5. Complex contractmanagement (mede) afhankelijk van de markt: mogelijk veel afzonderlijke contracten
6. Geen zekerheid wie opdrachtnemer zal zijn. Risico dat bestaande kennis en kunde verloren gaat. Kans op benutten kennis en kunde vanuit de markt
7. Continuïteit van de dienstverlening lastig te borgen
8. Opdrachtnemer laat zich leiden door commerciële overwegingen. Wellicht lagere kosten dienstverlening. Extra kosten aanbesteding en contractmanagement. *Dit vergt nader financieel onderzoek*

Verzelfstandiging (quasi-inhouse)

1. "Zelfvoorziening" door gemeenten
2. Meer grip en sturing mogelijk. Actievere betrokkenheid gemeente
3. Meer politiek-bestuurlijke verantwoordelijkheid
4. Geen aanbesteding door gemeenten. Wel controle nodig dat aan quasi-inhouse voorwaarden wordt voldaan. Nieuwe GKBD is waarschijnlijk aanbestedende dienst en moet zelf aanbesteden
5. Minder complex contractmanagement: gemeente heeft slechts één contract met Nieuwe GKBD
6. Langjarige zekerheid wie opdrachtnemer is. Bestaande kennis en kunde blijft behouden
7. Continuïteit van de dienstverlening beter geborgd
8. Nieuwe GKBD laat zich – naast commerciële overwegingen – wellicht ook leiden door andere (politiek/bestuurlijk gewenste) overwegingen. Mogelijk hogere kosten dienstverlening.

I. Aanbesteding versus verzelfstandiging (quasi-inhouse)

- Activiteiten GKBD: schuldoplossing, budgetbeheer, kredietverlening en beschermingsbewind.
- Indien een gemeente de uitvoering van dergelijke activiteiten tegen vergoeding opdraagt aan een rechtens van haar te onderscheiden rechtspersoon zal in uitgangspunt sprake zijn van een **overheidsopdracht**.
- Een overheidsopdracht moet Europees worden aanbesteed bij een waarde boven de Europese drempelwaarde. Europese drempelwaarden voor gemeenten vanaf 1 januari 2024:
  - € 221.000 (excl. btw, voor reguliere diensten)
  - € 750.000 (excl. btw, voor SAS-diensten)
- Ook beneden de Europese drempelwaarden kan een gemeente genoodzaakt zijn om aan te besteden op grond van de Aanbestedingswet (Gids Proportionaliteit) of eigen aanbestedingsbeleid.
- Uitzondering op aanbestedingsplicht: **quasi-inhouse opdrachtverlening**. Daarvoor gelden strikte voorwaarden
- Ongeacht de keuze voor aanbesteding of quasi-inhouse (verzelfstandiging): **Aanbestedingswet speelt een rol**.

II. Privaatrechtelijke rechtsvorm GKBD

- Na verzelfstandiging zouden de activiteiten van de GKBD kunnen worden ondergebracht in een **BV** of een **stichting**. In de praktijk zijn de **verschillen** tussen deze twee rechtsvormen beperkt.
- In beide gevallen kan worden voldaan aan de aanbestedingsrechtelijke vereisten voor **quasi-inhouse opdrachtverlening**: het toezichtcriterium, het merendeelcriterium en het verbod op deelname van privaat kapitaal (zie ons advies d.d. 13 oktober 2023).
- In beide gevallen zouden de deelnemende gemeenten financieel participeren en kan worden afgesproken dat een eventueel **negatief exploitatiesaldo** door de deelnemende gemeenten wordt aangezuiverd (en in welke verhouding en onder welke voorwaarden).
- Ten slotte kan de GKBD in beide gevallen gebruik (blijven) maken van een in de **Wet op het financieel toezicht** opgenomen uitzonderingsregeling voor gemeentelijke kredietbanken, op grond waarvan zij in beginsel niet vergunningplichtig is voor het aanbieden van krediet en niet onder toezicht staat van de AFM.
- In het navolgende zullen wij de algemene kenmerken van een BV en een stichting uiteenzetten. Vervolgens zullen wij de meest in het oog springende verschillen tussen deze twee rechtsvormen voor de GKBD bespreken.

NB: Wij hebben ons conform de opdracht beperkt tot de BV en de stichting als rechtsvormen en hebben niet gekeken naar eventuele fiscale aspecten van de verschillende rechtsvormen voor de GKBD.

II. Algemene kenmerken van een BV

- Een BV is doorgaans gericht op het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouder(s).
- Het kapitaal van een BV is verdeeld in aandelen, waaraan stemrechten en/of winstrechten verbonden zijn.
- De aandelen in een BV kunnen niet zonder meer worden overgedragen. De statuten kunnen aanbiedings- en/of goedkeuringsregelingen bevatten.
- In de algemene vergadering van aandeelhouders ("**AvA**") nemen de aandeelhouders besluiten over de BV.
- Een bestuur heeft de dagelijkse leiding over de BV.
- De statuten kunnen bepalen dat er een Raad van Commissarissen ("**RvC**") is die toezicht houdt op het bestuur.
- De bestuurders en commissarissen worden doorgaans benoemd en ontslagen door de AvA.
- De statuten kunnen bepalen dat bepaalde besluiten onderworpen zijn aan de goedkeuring van de AvA en/of de RvC (e.g. met betrekking tot het vaststellen van de jaarrekening, wijzigen van de statuten, aangaan van grote transacties of bezwaren van vastgoed en andere activa).
- Bestuurders zijn in beginsel niet aansprakelijk met hun privévermogen voor eventuele schulden van de BV. Indien een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, kan een bestuurder echter wel aansprakelijk zijn.
- Exploitatietekorten kunnen – binnen bepaalde grenzen – ten laste van de aanwezige reserves van de BV komen.
- In het geval van een faillissement benoemt de rechtbank een curator die de financiën van de BV afhandelt. Vervolgens wordt de BV ontbonden.

II. Algemene kenmerken van een stichting

- Een stichting is gericht op het behalen van een maatschappelijk, sociaal of ideëel doel.
- Een stichting mag winst maken, maar die dient ten goede te komen aan het doel van de stichting.
- Een stichting heeft geen leden of aandeelhouders.
- Een bestuur heeft de dagelijkse leiding over de stichting.
- De statuten kunnen bepalen dat er een Raad van Toezicht ("**RvT**") is die toezicht houdt op het bestuur.
- De statuten schrijven voor hoe het bestuur en de leden van de RvT worden benoemd en ontslagen (doorgaans benoemt en ontslaat de RvT het bestuur en haar eigen leden) en welke bevoegdheden de RvT heeft.
- De statuten kunnen voorschrijven dat bepaalde bestuursbesluiten onderworpen zijn aan de goedkeuring van de RvT (e.g. met betrekking tot het vaststellen van de jaarrekening, wijzigen van de statuten, aangaan van grote transacties of het bezwaren van vastgoed en andere activa).
- Bestuurders zijn in beginsel niet aansprakelijk met hun privévermogen voor eventuele schulden van de stichting. Indien een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, kan een bestuurder echter wel aansprakelijk zijn.
- Exploitatietekorten kunnen – binnen bepaalde grenzen – ten laste van de reserves van de stichting komen.
- In het geval van een faillissement benoemt de rechtbank een curator die de financiën van de stichting afhandelt. Vervolgens wordt de stichting opgeheven.

II. Verschillen tussen een BV en een stichting voor de GKBD

Zoals hiervoor aangegeven zijn de verschillen tussen een BV en een stichting voor de GKBD in de praktijk beperkt. Wij bespreken hieronder de twee meest in het oog springende verschillen voor de GKBD:

- Een eerste verschil tussen een BV en een stichting voor de GKBD is de wijze waarop de deelnemende gemeenten **controle uitoefenen** over de rechtspersoon. Als de GKBD wordt ondergebracht in een BV, dan worden de deelnemende gemeenten aandeelhouders en kunnen zij controle uitoefenen via de AvA. In het geval van een stichting worden de deelnemende gemeenten vertegenwoordigd in een RvT. In de praktijk maakt dit weinig verschil.
- Een tweede verschil tussen een BV en een stichting voor de GKBD is de **doelstelling**. Een BV is primair gericht op het behalen van winst, terwijl een stichting een maatschappelijk, sociaal of ideëel doel dient. Als de GKBD haar huidige dienstverlening wenst voort te zetten, dan zullen de bestuursorganen van de deelnemende gemeenten mogelijk (een deel van hun) bevoegdheden aan het bestuur van de GKBD moeten mandateren om (bijvoorbeeld) namens hen besluiten te nemen in het kader van de uitvoering van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening. Wat dat betreft ligt een stichting als rechtsvorm meer voor de hand dan een BV. Bij de eventuele keuze voor een BV moeten de deelnemende gemeentebesturen bovendien voorbereid zijn op vragen die relateren aan het **winstoogmerk** daarvan. Wij zijn ten slotte niet bekend met gemeentelijke kredietbanken die als vennootschap zijn vormgegeven, terwijl de stichtingsvorm in de praktijk wel wordt gebruikt. Gelet op het voorgaande lijkt de stichting als rechtsvorm het beste aan te sluiten bij de activiteiten van de GKBD.

III. Vooruitblik

Toekomstige beslis/actiepunten

- Als een keuze is gemaakt voor een BV of een stichting, dan kunnen wij meer concreet meedenken over de inrichting van de entiteit.
- Mogelijk hebben de deelnemende gemeenten een deelnemingenbeleid en heeft dit invloed op hun deelname in een publieke- of private deelnemingsconstructie. Een volgend actiepunt zou kunnen zijn om hierover met de deelnemende gemeenten in gesprek te gaan.

PELS RIJCKEN



ALGEMEEN

T: +31 70 515 3000
F: +31 70 515 3100
E: info@pelsrijcken.nl

BEZOEKADRES

New Babylon
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag

POSTADRES

Pels Rijcken
Postbus 11756
2502 AT Den Haag