Advies

Van:	Tanger Advocaten, F.W. Horstman, M. de Waal, N.J. Stephan
Aan:	Gemeente Hollands Kroon, P. Beumer
Datum:	25 november 2024
Betreft:	Rechtsvorm Blue Food Center en staatssteun- en mededingingsregels

1. AANLEIDING EN UITGANGSPUNTEN

De Minister van Landbouw, Visserij, Voedselzekerheid en Natuur (LVVN) heeft als steunmaatregel 30 miljoen euro beschikbaar gesteld voor (publiek- en private) voorzieningen aan wal die aan visserij zijn gerelateerd en voor gemeenschappen die worden geraakt door de ingrijpende veranderingen in de Noordzeevisserij. Het aantal schepen van de kottervloot neemt af en nieuwe, duurzamere visserijvormen komen juist op. Dit heeft gevolgen voor de bedrijven aan de wal. Met de steunmaatregel moeten visclusters, zoals visafslagen en -verwerkers, scheepwerven en visserijcoöperaties, zich kunnen aanpassen aan de transitie.

De minister van LVVN heeft vijf visserijregio's (Noord Nederland, kop van Noord-Holland, Urk, Hollandse Haringkust en zuidwest Nederland) die samenwerken in het Bestuurlijk Platform Visserij (BPV) gevraagd een nader landelijk Visserij Ontwikkel Plan (VOP) op te stellen in het kader van maatregelen voor de visserijketens en gemeenschappen. Daarbij gelden een tweetal doelstellingen:

(i) behoud en ontwikkeling van toekomstbestendige landzijdige visclusters (waaronder visafslagen) voor een kleinere, duurzamer en meer diverse aanvoersector, en
(ii) andere sociaaleconomische activiteiten ontplooien die qua karakter aansluiten bij de identiteit en bijdragen aan het behoud van het sociaal-cultureel erfgoed en de werkgelegenheid van de betreffende visserijgemeenschappen.

Het definitieve en door de minister van LVVN vastgestelde VOP is nader uitgewerkt in kavels die uiteindelijk zijn vastgelegd in een convenant tussen het ministerie van LVVN en de betreffende visserijregio's. Het VOP is samengesteld uit 5 regionale deelplannen en heeft een looptijd van 2024 tot 2031. Het ministerie van LVVN zegt maximaal € 30 miljoen toe voor het VOP, onder te verdelen voor de vijf visserijregio's (deelplannen) en onder voorwaarde van een bekostiging van minimaal 50% vanuit regionale middelen, fondsen, organisaties en bedrijven (cofinanciering). In de kaderbrief van LNNV aan BPV is opgenomen dat de middelen ingezet zullen worden naar rato van de mate waarin visserijregio's worden geraakt door de krimp van de Noordzeekottervisserij overeenkomstig de sociaaleconomische impactanalyse en op de kwaliteit en perspectieven van de voorstellen.

Deelplan voor Kop van Noord-Holland (VOP-KNH) en convenant

In geen enkele andere regio in Nederland is de krimp van de Noordzeekottervloot de afgelopen twee decennia zo ingrijpend geweest als in de Kop van Noord-Holland (Texel, Den Helder en Hollands Kroon) (krimp 60%) met een grote impact op de ondersteunende activiteiten in de Kop van Noord-Holland.
In het deelplan voor Kop van Noord-Holland (VOP-KNH) ligt de focus hoofdzakelijk op de transitie van het visserijcluster en de visserijgemeenschappen, zodat ze klaar staan voor een toekomst met nieuwe visserij en aquacultures die ervoor zorgen dat er werk kan worden gemaakt van het aanbod van diverse, verse vis aan de visliefhebbers in de regio, in de Metropool Regio Amsterdam en zelfs verder weg. Het VOP-KNH bestaat uit drie kavels met samenhangende percelen (projecten) per kavel:

Kavel 1: Blue Food Centrum in een levendige haven op Wieringen.
Kavel 2: Nieuwe cluster van viscultuur op land op Texel.
Kavel 3: Ankerplaats van de historie van visserij(gemeenschappen) in Den Helder

Voor de realisatie van het BFCW (zijnde kavel 1), als onderdeel van het VOP-KNH, stelt LVVN de navolgende financiële bijdrage ter beschikking:

Perceel	Gemeente(n)	VOP Doelstelling	Investeringskosten	Subsidie VOP
Kavel 1: Blue Food Centrum wieringen				
1A: Blue Food Centrum Wieringen	Hollands Kroon	1	€ 6.700.000	€ 3.150.000

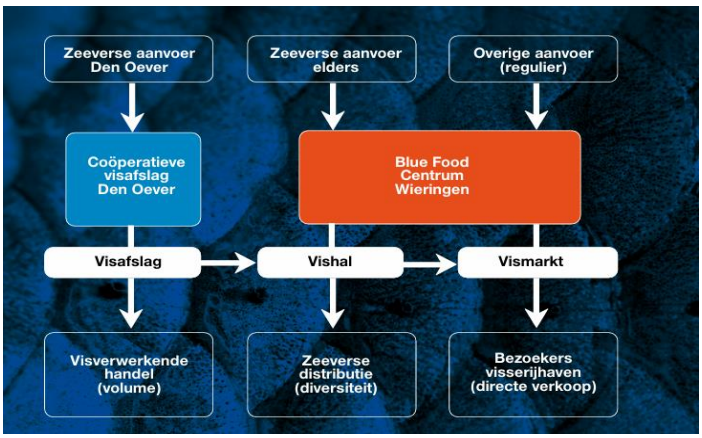
Op 24 september 2024 heeft het College besloten om het convenant met LVVN op 11 oktober 2024 aan te gaan en de samenwerkingsovereenkomst op onderling nader te bepalen datum te ondertekenen. De VOP-opgave voor de gemeente Hollands Kroon (zie de 1e bijlage) is een publieke opgave: ten faveure van visserijgemeenschappen met daarbinnen economische visclusters en aanpalende bedrijvigheid (industrieel, maar ook horeca en middenstand). Het BFCW moet de motor worden achter de transformatie van het havengebied.

<u>Oprichting en rol BFCW</u>

Ter uitvoering van de bovengenoemde publieke opgave, is de gemeente Hollands Kroon voornemens om een organisatie op te richten die op armlengte afstand van de gemeente staat en als taak heeft het VOP (met mogelijke spin-offs) qua uitvoering te realiseren. De beoogde taakomschrijving van het BFCW wordt door de gemeente als volgt samengevat. De organisatie:

- heeft geen winstoogmerk, maar moet wel kostendekkend draaien;
- staat in principe los van de visafslag (het is een goede buurman);
- faciliteert de korte keten;
- levert zeeverse vis aan Metropool Regio Amsterdam (MRA) vanuit Den Oever;
- draagt ervoor zorg dat zeevers Blue Food vis beschikbaar is voor handelspartijen die de korte keten bedienen zonder daarbij een commercieel oogmerk te hebben (kwaliteitsbewaking is essentieel, de inkoper (het BFCW) heeft enkel tot doel om vis van goede kwaliteit in te kopen en af te zetten als streekproduct);
- zal circa 10% van de zeeproducten die worden aangevoerd in Den Oever van de afslag afnemen;
- gaat ingekochte vis deels verstrekken aan partijen in de MRA regio;
- moet een netwerk van korte keten afnemers opbouwen (de organisatie heeft daar 6 jaar tijd voor);
- zal een toeristische, economische, spin off realiseren, die ook gericht is om havengebonden bedrijven om de vloot ten behoeve van Blue Food te laten innoveren. Met uiteindelijk het verwezenlijken van een aantrekkelijker havengebied), en
- zal een deel van het visafslaggebouw beheren en exploiteren.

De positie van het Blue Food Centrum Wieringen ten opzichte van de visafslag is in het onderstaande schema weergegeven.



Het BFCW moet een infrastructurele, gemeenschappelijke voorziening worden waar een breed scala aan bedrijvigheid (van visserijbedrijven en toeleverende sector tot aan horeca ondernemingen en middenstand) betere condities wordt geboden voor een vitale toekomst rond visserij. Het gaat om het creëren van toegevoegde waarde voor het regionale viscluster (visserijbedrijven, handelaars/transporteurs, onderwijs) en lokale visserijgemeenschap (sociaal economisch: middenstand, horeca en overig MKB; en sociaal cultureel: levendige visserijhaven met vitaal visserijdorp dat bijdraagt aan identiteit en sociale cohesie). Het BFCW vormt een kwaliteitsketen met eerstelijns bewerking van aangevoerde vis.

In kader van VOP zal de BFCW organisatie in de eerste 6 jaar vooral gericht zijn op de ontwikkeling van BFCW conform de maatschappelijke VOP doelstellingen en dus geen winstoogmerk per se. Tijdens de ontwikkelingsfase moet gemeente voldoende zeggenschap hebben om dat resultaat te borgen, maar moet aan de organisatie voldoende ondernemingsruimte te worden gelaten om er een toekomstbestendige investering van te maken. Na deze ontwikkelingsfase kan de BFCW organisatie (of onderdelen daarvan) in de markt worden gezet, als aan het beoogde resultaat van de VOP is voldaan.

Als thuisbasis voor de activiteiten is het huidige gebouw van de visafslag in beeld dat door de gemeente Hollands Kroon zal worden verworven, verbouwd en anders ingericht gaat worden. Het gebouw en de directe omgeving moeten optimaal commercieel worden benut. Het idee is dat de visafslag het ene deel van het pand gebruikt en het BFCW het andere deel. De organisatie zal samenwerkingen aangaan met gebruikers van de ruimten en faciliteiten die in het afslaggebouw worden ontwikkeld, met de Coöperatieve Visafslag Den Oever, de Vereniging Industriegroep Haven Den Oever en de Stichting Onderdak Nautisch Erfgoed Wieringen en de Stichting Visserij Belevingscentrum Wieringen i.o. In het begin is een kleine startende onderneming rond een (commerciële) ontwikkelingsdirecteur en in ieder geval een visinkoopfunctie, een logistiek manager, een innovatiemanager en een promotieofficier.

<u>Rol van de gemeente</u>
Deze organisatie zal veel met de gemeente Hollands Kroon te maken krijgen. Het is de uitvoeringsorganisatie van de VOP-kavel (opdrachtnemer) van de gemeente Hollands Kroon. De gemeente Hollands Kroon zal de kosten van de nieuwe organisatie voorfinancieren vanuit de VOP middelen en de gemeentelijke reserves. De gemeente Hollands Kroon zal, om de doelstelling van het VOP te realiseren, in regelmatig en nauw contact staan met de nieuwe organisatie. De BFCW organisatie zal als uitvoeringsorganisatie van het VOP kavel van de gemeente Hollands Kroon, de gemeente concreet tegenkomen als:

- Medefinancier. Met middelen uit de VOP subsidie en reservering van gemeentelijke middelen voor cofinanciering, moet de ontwikkeling van het BFCW in de basis worden bekostigd. Er ligt een gezamenlijke opgave om cofinanciering van derden te verwerven. Dat geldt óók voor de financiering van spin-out zaken.
- Vastgoed. De gemeente heeft de intentie het gebouw van de visafslag te verwerven zodat het BFCW vanuit dat gebouw, naast de Visafslag, kan opereren. De gemeente Hollands Kroon heeft de intentie om het beheer (inclusief verbouwing en onderhoud) en de exploitatie (inclusief verhuur van ruimten) van het gebouw bij het BFCW te beleggen.
- Vergunningverlener. Vanuit de publieke rol verleent de gemeente Hollands Kroon vergunningen voor verbouwingsopgaven en activiteiten van BFCW.
- Haveneigenaar. De gemeente is als haveneigenaar verantwoordelijk voor exploitatie en ontwikkeling van het havengebied, waarbinnen BFCW acteert.

In het kader van de realisatie van de voornoemde plannen, zijn er (juridische) vragen gerezen bij de gemeente Hollands Kroon. De gemeente Hollands Kroon heeft Tanger Advocaten verzocht om juridisch advies omtrent deze vragen. In dit advies zal worden ingegaan op deze vragen.

2. RECHTSVRAGEN

De rechtsvragen die in dit advies zullen worden beantwoord luiden als volgt:

a. Geef een advies over de meest geëigende rechtsvorm voor de nieuwe organisatie BFCW.[1]
b. Is het een goede overweging om de visafslag ook in het Overleg van bestuurders te laten plaatsnemen?[2]
c. Welke contracten en overleggen passen om de relatie tussen gemeente en nieuwe organisatie BFCW vorm te geven?[3]
d. Toets de hierboven geschetste uiteenzetting over organisatie en de governance van de organisatie rond BFCW op onder andere artikel 160 lid 2 Gemeentewet en het Europese staatssteun- en aanbestedingskader.[4]
e. Is er vanuit de wettelijke rol van beheerder nog wat te adviseren over deze ontwikkeling?[5]
f. Welke overige aanbevelingen zijn er te geven aangaande de governance van de nieuwe organisatie BFCW?[6]

De vragen zullen hieronder puntsgewijs door ons worden behandeld en beantwoord. Het verzoek van de gemeente is om de door ons geadviseerde rechtsvorm te motiveren en dit te koppelen aan een staatssteunanalyse, waarbij gekeken moet worden naar de activiteiten van de organisatie. Belangrijk hierbij te melden is dat de eerste jaren de nieuwe organisatie een (opstart)financiering krijgt die ruim boven de de-minimis grenzen zal liggen. Er is behoefte aan een onderbouwing (motivatie) voor de keuze van de rechtsvorm; een duidelijker toepassen van de staatssteunanalyse in het advies over de rechtsvorm en een duidelijker duiding van het openbaar belang.

Voor dit advies baseren wij ons op de volgende informatie die wij van de gemeente hebben ontvangen:

- Het document *'Start notitie ontwikkel-organisatie Blue Food Centrum Wieringen'*;
- Het document '*Memo projectgroep uitvraag Tanger'*;
- Het document '*240819-narratief-Blue-Food-Centrum-Wieringen'*;
- Het document '*Startakkoord Blue Food Centrum Wieringen definitief*';
- Het document '*Advies aanvraag governance BFCW 2 augustus 2024'*;
- De opmerkingen in het document *'Advies BFC_1-10-23 (003) PTB'*, en
- De mondelinge toelichting van de gemeente tijdens de bespreking van 6 november 2024.

<u>Buiten de scope van dit advies</u>
In de nadere mondelinge toelichting van de gemeente van 6 november 2024, is aangegeven dat de adviesvraag niet ziet op de verwerving en renovatie van het pand en/of de opstallen. Het pand is niet het doel van BFCW, het pand is een middel. Indien de activiteiten niet in het huidige gebouw van de visafslag kunnen plaatsvinden, dan zal het plan in kader van het VOP elders gerealiseerd moeten gaan worden. De VOP middelen zijn niet bedoeld om afslaggebouwen te renoveren.
De uitvraag ziet ook niet op mogelijke erfpacht- of huurconstructies. De erfpacht-, eigendoms- en verhuuraspecten (waaronder de mogelijke toepasselijkheid in implicaties van het Didam-arrest) blijven in dit advies derhalve buiten beschouwing.

3. BEOORDELING INZAKE RECHTSVORM

Tanger Advocaten is gevraagd om te adviseren over de juridische organisatievorm die het meest geschikt is om invulling te geven aan de door de gemeente Hollands Kroon beoogde BFCW organisatie. Daartoe is

[1] Zie voor de beantwoording pagina 13 t/m 15.
[2] Zie voor de beantwoording pagina 12.
[3] Zie voor de beantwoording pagina 12.
[4] Zie voor de beantwoording pagina 15 e.v.
[5] Zie voor de beantwoording pagina 15.
[6] Zie voor de beantwoording pagina 15.

van belang welke uitganspunten en taakomschrijvingen de gemeente Hollands Kroon met betrekking tot de BFCW organisatie heeft geformuleerd.

De gemeente Hollands Kroon heeft aangegeven dat het doel is om ten behoeve van de BFCW een nieuwe organisatie met rechtspersoonlijkheid op te richten die onder de verantwoording en op armlengte van de gemeente Hollands Kroon opereert, maar wel als een aparte en autonome entiteit zal worden gepositioneerd met een eigen en autonoom bestuur. De gemeente Hollands Kroon moet voldoende zeggenschap hebben om het beoogde resultaat te borgen, maar de organisatie moet tegelijkertijd voldoende ruimte krijgen om er een toekomstbestendige investering van te maken.

De rechtspersoonlijkheid is van belang om als volwaardig en handelingsbekwaam persoon in het rechtsverkeer te kunnen optreden, schulden en bezittingen te hebben en overeenkomsten aan te gaan.
In dat kader is het de bedoeling dat de BFCW organisatie de ruimte in het gebouw huurt van de gemeente Hollands Kroon, zeeproducten inkoopt bij de visafslag (buurman) en een netwerk van korte keten afnemers in de MRA regio gaat opbouwen. Daarnaast gaat de BFCW organisatie de beleving van vis en visserij arrangeren in de haven van Den Oever zelf, onder andere door samenwerkingen aan te gaan met gebruikers van de ruimten en faciliteiten die in het gebouw worden ontwikkeld.

De beoogde BFCW organisatie zal volgens de gemeente Hollands Kroon in de eerste 6 jaar vooral gericht zijn op de ontwikkeling van BFCW conform de maatschappelijke VOP doelstellingen en geen winstoogmerk hebben. Maar uiteindelijk is de bedoeling dat de organisatie op den duur kostendekkend zal opereren. In principe is het de bedoeling dat de organisatie na circa 6 jaar zelfvoorzienend zal zijn. Mocht de onderneming in de toekomst meer dan kostendekkend zal opereren, dan wil de gemeente Hollands Kroon het surplus kunnen herinvesteren in het verder aantrekkelijk maken van de haven. De eerste jaren zal de BFCW organisatie een (opstart)financiering krijgen van de gemeente Hollands Kroon die ruim boven de toepasselijke de-minimis grenzen liggen.

De gemeente Hollands Kroon wil de BFCW organisatie zelfstandig vormgeven, dus initieel niet met andere partijen. Vooral tijdens de opstart en ontwikkelingsfase wil de gemeente Hollands Kroon zelf de regie houden en voldoende zeggenschap hebben om het door haar beoogde resultaat te borgen. Het is voor de gemeente Hollands Kroon belangrijk dat zij dichtbij de organisatie staat om de BFCW organisatie een goede start te geven en door te kunnen ontwikkelen. Na afronding van de ontwikkelingsfase kan de organisatie verzelfstandigen indien aan het beoogde resultaat van de VOP is voldaan.

De Nederlandse wet kent zes verschillende typen privaatrechtelijke rechtspersonen, namelijk: de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting.
Gelet op de uitgangspunten van de gemeente Hollands Kroon bij de beoogde BFCW organisatie zijn de privaatrechtelijke vormen van een stichting en besloten/naamloze vennootschap het meest voor de hand liggend. De coöperatie en vereniging vallen af omdat dit samenwerkingsverbanden zijn die in de basis uitgaan van ten minste twee samenwerkende partijen als eigenaar.

Wij zullen allereerst de belangrijkste eigenschappen van zowel de besloten vennootschap als de stichting, alsmede de belangrijkste verschillen, uiteenzetten.
Daarna zullen we de uitgangspunten en taakomschrijvingen van de gemeente Hollands Kroon langs deze eigenschappen leggen.

Wij merken op dat het, voor de vraag of financiële ondersteuning door de gemeente Hollands Kroon staatssteun oplevert, niet relevant is of de gemeente Hollands Kroon kiest voor een stichting of besloten vennootschap. Vanuit de projectgroep is aangegeven: ‘*’Ik kan me voorstellen dat juist de staatssteun uitwerking een goede reden voor de BV zou kunnen zijn. Ook de beslissingsbevoegdheden zijn beter geborgd*’’. Wij merken ten aanzien hiervan op dat het staatssteunkader op alle ondernemingen ziet, ongeacht de rechtsvorm. Er is sprake van een onderneming wanneer de entiteit een economische activiteit verricht. Dit kan zowel bij een stichting als bij een besloten vennootschap het geval zijn. In zoverre is de keuze voor de rechtsvorm niet afhankelijk van de staatssteunregels. Deze keuze voor de juiste rechtsvorm is afhankelijk van de uitgangspunten en taakomschrijvingen van de gemeente Hollands Kroon. In het kader

van dit hoofdstuk, laten wij ons derhalve bij de advisering omtrent de rechtsvorm, niet leiden door de staatsteunregels, maar door de uitgangspunten en taakomschrijvingen van de gemeente Hollands Kroon.

Besloten vennootschap (BV)

De BV is een rechtspersoon met een in één of meer overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal waarbij de aandelen op naam zijn gesteld.

Oprichting

De BV wordt opgericht bij notariële akte, met daarin opgenomen de statuten van de BV.
Bij de oprichting van een BV worden aandelen uitgegeven aan de oprichters (eigenaren). De aandelen moeten worden volgestort in geld of in natura. Voor de oprichting is geen minimum kapitaal vereist.

In de statuten staat welke regels en manier van werken er gelden voor de BV, zoals:

- de wijze van benoeming van het bestuur (en indien van toepassing de benoeming van de leden van de raad van commissarissen);
- de bevoegdheid van de organen van de vennootschap;
- eventueel een blokkerings- en aanbiedingsregeling;
- de plaats van vestiging;
- regels met betrekking tot de uitgifte van aandelen

In de statuten van de BV kunnen (kwalitatieve) eisen worden verbonden aan het aandeelhouderschap, bijvoorbeeld dat een aandeelhouder een publieke entiteit moet zijn.

Doelomschrijving

Het is verplicht om het doel van de BV in de statuten op te nemen en te omschrijven.
Dit doel dient aldus aan te sluiten op de beoogde activiteiten van de BFCW organisatie.
Het is daarbij van belang om het doel zo ruim mogelijk te omschrijven, aangezien rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met het statutaire doel vernietigbaar zijn.

Aandeelhouders

Er bestaan verschillende soorten aandelen. Gewone aandelen geven het recht op zowel medezeggenschap als op winstdeling. Deze rechten zijn ook te splitsen door gebruik te maken van stemrechtloze aandelen, die recht geven op winstdeling, en winstrechtloze aandelen, die recht geven op medezeggenschap. Een andere variant is (cumulatief) preferente aandelen, die de aandeelhouder een aantal voorkeursrechten bieden, zoals een vaststaand jaarlijks dividend en voorrang bij de verdeling van dividend. Ook kunnen preferente aandelen extra stemrecht geven. Prioriteitsaandelen zijn kort gezegd aandelen met meer medezeggenschap over specifieke onderwerpen.

De aandelen kunnen worden overgedragen door middel van een notariële akte. Met het overdragen van alle aandelen gaat de hele onderneming over naar de nieuwe aandeelhouder. Daarmee gaan alle bezittingen en schulden, rechten en verplichtingen, personeel, contracten, vergunningen en het hele verleden over.

De algemene vergadering van aandeelhouders is een belangrijk orgaan binnen de BV.
In de algemene vergadering kan de gemeente Hollands Kroon als aandeelhouder zeggenschap binnen de BV uitoefenen door middel van besluitvorming.
Het is verplicht om minstens eenmaal per jaar een algemene vergadering te houden. Naast deze verplichte jaarvergadering kunnen andere vergaderingen worden gehouden. De algemene vergadering wordt gehouden op de plaats die in de statuten staat vermeld of anders in de gemeente waar de besloten vennootschap is gevestigd.

Bij een BV is de gemeente Hollands Kroon, als aandeelhouder, de eigenaar van de BV.

Aan de algemene vergadering van aandeelhouders komen alle bevoegdheden toe, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend. Aan de algemene vergadering van aandeelhouders komen de volgende bevoegdheden toe:

- Wijzigen van de statuten
- Uitgeven van aandelen
- Verminderen van kapitaal
- Benoeming, (opheffen van) schorsing en ontslag bestuurders en commissarissen
- Vaststellen jaarrekening en verlengen van de termijn voor opmaken jaarrekening
- Uitkeren van de winst
- Vaststellen bezoldiging van bestuurders en commissarissen
- Omzetting, fusie en splitsing
- Ontbinden van de vennootschap
- Verlangen van inlichtingen van het bestuur en de Raad van Commissarissen

Beperkte aansprakelijkheid
De 'beperkte aansprakelijkheid' betekent dat de gemeente Hollands Kroon in beginsel niet aansprakelijk is voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en niet gehouden is boven het bedrag dat op de aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen.

Bestuur
De wettelijke taak van het bestuur wordt omschreven als "het besturen van de BV".
Kerntaak van het bestuur is het bepalen en uitzetten van het beleid en de strategie van de BV.

De eerste benoeming van het bestuur vindt plaats in de oprichtingsakte bij oprichting.
Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen tot bestuurder van een BV worden benoemd.
Na de oprichting besluit de algemene vergadering van aandeelhouders over benoeming en ontslag van bestuurders. Deze bevoegdheid kan statutair ook aan andere organen van de BV worden toegewezen, zoals bijvoorbeeld een Raad van Commissarissen (RvC) indien van toepassing.

Het bestuur is in belangrijke mate autonoom in de uitvoering van zijn taak.
Bij de uitvoering van hun taak dienen bestuurders zich te richten naar het belang van de BV en de met haar verbonden onderneming of organisatie.
De bevoegdheden van het bestuur worden daarnaast omlijnd door de wet, het doel van de BV en eventueel de bepalingen in de statuten.

De algemene vergadering van aandeelhouders is bevoegd om het bestuur redelijke aanwijzingen te geven. Het bestuur is gehouden om redelijke aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap. In zijn algemeenheid geldt dat indien de belangen van de aandeelhouders niet parallel lopen met die van de vennootschap, de bestuurders moeten kiezen voor het belang van de vennootschap.

Daarnaast kan afgesproken worden dat de autonomie van het bestuur, binnen de kaders van het vennootschappelijk belang, worden ingeperkt door middel van goedkeurings- of instructierechten van de algemene vergadering (de gemeente Hollands Kroon) en/of de RvC. Dat wil zeggen dat voor bepaalde besluiten eerst de voorafgaande goedkeuring moet worden verkregen van de algemene vergadering (de gemeente Hollands Kroon) en/of RvC.

Het bestuur als zodanig is (als collectief) bevoegd de BV te vertegenwoordigen, dus extern rechtshandelingen te verrichten. De statuten kunnen echter een andere vertegenwoordigingsregeling bevatten, zoals zelfstandige bevoegdheid om de BV te vertegenwoordigen.

Bestuurders zijn niet in privé aansprakelijk voor (de nakoming van) rechtshandelingen en schulden van de BV. Hierop geldt wel een uitzondering, namelijk indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Raad van Commissarissen
Bij de statuten kan worden bepaald dat er een Raad van Commissarissen (RvC) zal zijn. Deze kan ook als raad van toezicht (RvT) worden aangeduid.

De RvC heeft op basis van de wet tot algemene taak het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
Het bestuur is dan ook verplicht de RvC te informeren en geïnformeerd te houden teneinde deze in de gelegenheid te stellen zijn toezichthoudende taak te vervullen.
Een commissaris van een BV wordt in beginsel benoemd en ontslagen door de algemene vergadering.

One-tier-board
De wet biedt de mogelijkheid van een “one tier board”, ofwel het monistische bestuurssysteem. Om een one tier board in te stellen, is een statutaire bepaling nodig waarin wordt vastgelegd dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer niet-uitvoerende bestuurders (dagelijks bestuur en algemeen bestuur). Bij een one tier board zijn zowel de uitvoerende bestuurders als de niet-uitvoerende bestuurders, bestuurders in de zin van de wet. De uitvoerende bestuurders zijn verantwoordelijk voor de dagelijkse gang van zaken. De rol van de niet-uitvoerende bestuurders is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die van commissarissen, maar hun verantwoordelijkheid is groter.

Resultaat
Een kenmerk van de BV is verder dat een positief resultaat kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouder (de gemeente Hollands Kroon). Bij de uitvoering van een publieke/maatschappelijke taak speelt het winstoogmerk echter vaak een ondergeschikte rol.

Naamloze Vennootschap
De BV en de NV hebben qua rechtsvorm veel overeenkomsten. De NV kent echter enkele nadelen ten opzichte van de BV.
Het grootste verschil tussen een BV en een NV is dat de aandelen van een BV over het algemeen niet vrij overdraagbaar zijn. Dit betekent dat bij de verkoop van de aandelen deze eerst aan de andere aandeelhouders moeten worden aangeboden, zoals bepaald in de statuten van een BV. In tegenstelling hiermee kunnen de aandelen van een NV vrijelijk worden verhandeld, bijvoorbeeld op de beurs. Dit kan tot gevolg hebben dat onduidelijk is wie de aandeelhouder en dus eigenaar is van de NV indien de aandelen op termijn worden overgedragen aan een derde partij.
Het andere grote verschil heeft te maken met het startkapitaal. Voor de NV is namelijk een startkapitaal nodig van € 45.000,-, terwijl er voor de BV slechts een startkapitaal nodig is van € 0,01.

Stichting
Een stichting is een zelfstandige privaatrechtelijke rechtspersoon, gelijk de BV.

Oprichting
De stichting wordt opgericht bij notariële akte, met daarin opgenomen de statuten van de stichting.

Ledenverbod
Andere privaatrechtelijke rechtspersonen kennen leden, aandeelhouders of vennoten. Voor de stichting geldt een ledenverbod. De essentie van het ledenverbod is dat een stichting niet de dualistische opzet mag hebben van de andere gereguleerde rechtspersonen, waarbij sprake is van een bestuur en een algemene vergadering die de bevoegdheid heeft om bestuurders te benoemen en te ontslaan en het beleid van het bestuur te beïnvloeden. De stichting heeft aldus een onafhankelijkere positie tegenover de gemeente Hollands Kroon dan de BV en kan de uitvoering van taken en werkzaamheden van de BFCW organisatie zelf invullen.

Een nadeel van de stichting is dat de sturing vanuit de gemeente Hollands Kroon op de stichting en haar onderneming gebaseerd is op in de statuten toegekende bevoegdheden aan het college of andere hulpconstructies als contractuele afspraken.

Omdat er geen leden mogen zijn die verplicht zijn om op te treden als financier, is de stichting afhankelijk van andere financiële externe bronnen, bijvoorbeeld subsidies en schenkingen.

Doel van de Stichting
De statuten vermelden het doel van de stichting.
Het doel vormt het centrale element bij een stichting en bepaalt de bestemming van het vermogen van de stichting. Met andere woorden: het vermogen van de stichting staat ten dienste van het doel van de stichting, het zogenaamde 'doelvermogen'.

Het doel mag niet in strijd zijn met de openbare orde of met het uitkeringsverbod.
Verder stelt de wet geen nadere eisen aan de nauwkeurigheid van de doelomschrijving en is men vrij in het vaststellen van het doel.

Het doel van een stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch aan andere tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Van 'uitkeringen' is geen sprake als tegenover de betaling een gelijkwaardige tegenprestatie staat, zoals bij niet-bovenmatige onkostenvergoedingen aan bestuurders of honorering van hun werk, uitbetaling van loon of salaris aan personen in dienst van de stichting

De ratio van het uitkeringsverbod is dat de stichting geen winstaanspraken aan derden mag geven en derden aldus ook niet in de gelegenheid mag stellen uitkeringen met het karakter van een winstaanspraak te bewerkstelligen. De stichting mag geen verkapte vennootschap (BV) zijn. De opbrengsten van de activiteiten die de stichting verricht mogen niet ten goede komen aan bij de stichting betrokken oprichters of leden van haar organen. Rechtshandelingen in strijd met het uitkeringsverbod zijn nietig, de verboden uitkeringen kunnen als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.

De statuten kunnen bepalen dat een stichtingsorgaan bevoegd is om het statutaire doel te wijzigen. Er bestaat echter discussie in de literatuur over de vraag of het wijzigingsbevoegde orgaan gehouden is om een nieuw doel aan te wijzen dat verwant is aan het bestaande doel. Als het wijzigingsbevoegde orgaan zelf het vermogen heeft bijeengebracht, lijkt een wijziging minder snel ongeoorloofd dan wanneer het vermogen is gevormd door bijdragen van derden, zeker als deze derden niet met de wijziging (kunnen) instemmen.

Registergoederen
Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt.
De statuten kunnen deze bevoegdheid aan beperkingen en voorwaarden binden.

Bestuur
De wet bevat zelf geen regeling voor benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen.
Veelal zal de akte van oprichting de eerste bestuurders, en als een raad van commissarissen is ingesteld, de eerste commissarissen, aanwijzen. De wet eist echter wel dat de statuten vermelden op welke wijze opvolgende bestuurders (en commissarissen) worden benoemd en ontslagen.

Gelijk aan de BV is het bestuur in belangrijke mate autonoom in de uitvoering van zijn taak.
Bij de uitvoering van hun taak dienen bestuurders zich te richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie.

Teneinde controle te hebben en te houden op de invulling van het bestuur (en de raad van commissarissen) en daarmee op het beleid van de stichting, kan de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen in de statuten aan de gemeente Hollands Kroon worden toegekend.

Ook bij de stichting bestaat de mogelijkheid van het instellen van een one-tier-board.

Raad van Commissarissen
Gelijk de BV kan bij de statuten worden bepaald dat er een RvC (RvT) wordt ingesteld.
De raad bestaat uit een of meer natuurlijke personen.

Aansprakelijkheid
De aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders is gelijk met die van bestuurders van de BV.

Jaarrekening
Stichtingen met een onderneming die in twee opeenvolgende boekjaren minimaal € 6 miljoen per jaar omzetten, zijn verplicht om een jaarrekening te deponeren.

Afwegingen

Eigenaar en opdrachtgever
Alhoewel de gemeente Hollands Kroon bij zowel de BV als de stichting op afstand staat, is zij wel in staat om de rollen van eigenaar en opdrachtgever van de BFCW organisatie in te vullen, zij het op een uiteenlopende wijze.

Door invulling van deze rollen kan de gemeente Hollands Kroon zeggenschap uitoefenen over (onder andere) de doelstellingen (het beleid) en de uit te voeren taken van de BFCW organisatie, de instandhouding van de BFCW organisatie, en het bewaken van de duurzaamheid en continuïteit van de BFCW organisatie.

Bij een BV is de gemeente Hollands Kroon zowel juridisch opdrachtgever als eigenaar (aandeelhouder/ aandeelhoudersvergadering) en kan zij vanuit die rollen concreet sturen op het bestuur (beleid) van de BFCW organisatie en het bestuur instructies geven.
Er is in dat geval sprake van een zekere nabijheid bij de BFCW organisatie.
Daar staat tegenover dat uiteindelijk het bestuur van de BV zelf over het besturen van de vennootschap gaat. In het uiterste geval kan de gemeente Hollands Kroon als aandeelhouder echter de bestuurder(s) en (indien van toepassing) leden van de RvC van de BV ontslaan, en op die wijze sturing geven.

Bij een stichting is er wel sprake van juridisch opdrachtgever, maar is er juridisch gezien geen sprake van eigenaarschap. Er is een hulpconstructie nodig om invulling te kunnen geven aan het eigenaarschap. Hierbij valt te denken aan de subsidierelatie of dienstverleningsovereenkomst om van daaruit sturen geven.
Deze rolinvulling is echter minder vergaand en minder nabij dan de rol als aandeelhouder van een BV.

Op basis van de opdracht kunnen overkoepelende afspraken tussen gemeente Hollands Kraan en de BFCW organisatie worden vastgelegd, zoals onder meer met betrekking tot de opdrachtbeschrijving, wederzijdse rolverdeling en verantwoordelijkheden, overleg- en rapportagestructuur, looptijd en opzegmogelijkheden.

Door middel van het houden van periodieke overleggen tussen de gemeente Hollands Kroon en de BFCW organisatie, kan de gemeente zich op de hoogte laten stellen van de stand van zaken.
Daarnaast kan in een overeenkomst (bijv. directiereglement) worden afgesproken dat het bestuur de gemeente Hollands Kroon van bepaalde (financiële) informatie voorziet.

Maar van belang daarbij is dat het bestuur bij zowel de BV als de stichting in belangrijke mate autonoom is in de uitvoering van zijn taak. Zij dienen zich binnen de grenzen van de statuten en de wet te richten naar het belang van de BV/stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie, en niet per se naar het belang van de gemeente Hollands Kroon.

Wat betreft de aansprakelijkheid geldt voor zowel de BV als de stichting hetzelfde. De gemeente Hollands Kroon is in beginsel niet aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap of de stichting wordt verricht.
De BV en de stichting nemen als zelfstandige rechtspersoon deel aan het handelsverkeer.

Aanbesteding
Bij zowel de stichting als de BV kan bij de opdrachtverlening aan de BFCW organisatie een beroep worden gedaan op quasi-inbesteding. Er wordt immers voldaan aan de eisen van quasi-inbesteding: de gemeente Hollands Kroon houdt toezicht op de BFCW organisatie zoals op haar eigen dienst(en) ('toezichtcriterium'), de BFCW organisatie voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de gemeente Hollands Kroon ('merendeelcriterium') en er is geen directe participatie van privékapitaal in de BFCW organisatie. De BFCW organisatie kan binnen de kaders van het aanbestedingsrecht aldus opdrachten van de gemeente Hollands Kroon uitvoeren zonder aanbesteding. Meer over het kader van de aanbestedingsregels, volgt onder paragraaf 7.

Autonomie
Bestuurders van zowel een stichting als BV dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de stichting respectievelijk BV en de met haar verbonden organisatie of onderneming. Het belang van de gemeente Hollands Kroon is dus wettelijk gezien niet per se gelijk aan belang van de BFCW organisatie als zelfstandige rechtspersoon.

Bij zowel een stichting als een BV is er dan ook in de kern veel vrijheid en autonomie omdat het gaat om een zelfstandige rechtspersoon die op afstand van de gemeente Hollands Kroon staat.
Het statutaire bestuur gaat zelf over het besturen van de organisatie, de uitvoering en de mate van flexibiliteit en wijze van het innovatief opereren.

Er zal vanuit de stichting of BV wel afstemming met de gemeente Hollands Kroon nodig zijn over het budget/begroting, maar de keuzevrijheid om bijvoorbeeld personeel aan te nemen of overeenkomsten aan te gaan ligt volledig bij het bestuur van de stichting en/of BV.

Toezicht
Bij zowel de stichting als de BV is het mogelijk om formeel een toezichthoudend orgaan in te stellen.
Een raad van toezicht (RvT) of raad van commissarissen (RvC) kan worden ingesteld die bestaat uit (professionele) toezichthouders met een statutaire (formele) taak om toezicht te houden op de stichting of BV en het bestuur met raad en daad terzijde staat.

Enerzijds heeft het bestuur van de stichting of de BV op die wijze een sparringpartner die dichtbij staat en vanuit het belang van de rechtspersoon kan meedenken, maar ook kan adviseren over bijvoorbeeld bedrijfsvoering aspecten of andere thema's die voor de BFCW organisatie belangrijk zijn. Anderzijds kan de gemeente Hollands Kroon door middel van de in de statuten op te nemen bevoegdheid tot benoeming van leden van het toezichthoudende orgaan, feeling houden bij de organisatie en indirect een invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie.

Door geen toezichthoudend orgaan in te stellen, wordt de BFCW organisatie meer op afstand geplaatst en wordt er (in het geval van een BV) een transparantere rolverdeling vanuit de aandeelhouders bewerkstelligd.

Opbrengsten en overdracht
De gemeente Hollands Kroon geeft aan dat het behalen en uitkeren van winst in principe geen aspect is dat van overwegende c.q. doorslaggevende betekenis is voor de keuze van een rechtsvorm. Wel houdt de gemeente Hollands Kroon de mogelijkheid open dat de organisatie (of onderdelen daarvan) in de markt kan verzelfstandigd nadat aan het beoogde resultaat van de VOP is voldaan.

Bij een BV kunnen de positieve resultaten van de BFCW organisatie aan de gemeente Hollands Kroon als aandeelhouder worden uitgekeerd en door haar voor ieder ander doel dan de BFCW organisatie worden aangewend.

Een stichting heeft geen aandeelhouders of leden en moet de winst inzetten om het doel van de stichting te verwezenlijken. De ratio van het uitkeringsverbod is dat de stichting geen winstaanspraken aan derden mag geven en derden aldus ook niet in de gelegenheid mag stellen uitkeringen met het karakter van een winstaanspraak te bewerkstelligen. De stichting mag geen verkapte BV zijn.

De overdracht van de BFCW organisatie kan bij een BV door middel van een aandelenoverdracht of een activa/passiva transactie. De verkoop van de aandelen zelf kan via een onderhandse overeenkomst plaatsvinden. De levering van de aandelen moet daarentegen door middel van een notariële akte. Een overname van aandelen in een BV is relatief eenvoudig. Aan de onderneming van de BFCW organisatie en haar rechten en verplichtingen wijzigt niets. Alleen de eigenaar wijzigt, terwijl de onderneming in haar geheel blijft bestaan.

Bij een activa-passiva transactie worden specifieke bezittingen (activa) en schulden (passiva) overgedragen. Een koper kan aldus selectief bepalen welke onderdelen van de BFCW organisatie hij wil en welke hij niet wil overnemen. Een activa passiva transactie is daarentegen een stuk complexer dan een aandelenoverdracht en vereist meer maatwerk, omdat alle over te dragen zaken separaat en op de in de wet voorgeschreven wijze moeten worden overgedragen en ook specifiek in de koopovereenkomst omschreven moeten worden.

Bij een stichting kan (kunnen onderdelen van) de BFCW organisatie uitsluitend door middel van een activa/passiva transactie plaatsvinden. Met betrekking tot de opbrengsten van een dergelijke transactie dient dan wel weer rekening te worden gehouden met het statutaire doel van de stichting.

Samenwerking en opdrachtverlening
De projectgroep heeft de volgende vragen gesteld: *'Welke contracten en overleggen passen om de relatie tussen gemeente en nieuwe organisatie BFCW vorm te geven?''* en *''Is het een goede overweging om de visafslag ook in het Overleg van bestuurders te laten plaatsnemen?*. Ten aanzien hiervan merken wij het navolgende op.

Zowel de BV als de stichting bezitten rechtspersoonlijkheid. Het aangaan van samenwerkingen met, en opdrachtverlening aan / van andere bedrijven en de gemeente Hollands Kroon is daarom bij zowel de stichting als de BV als rechtspersoon mogelijk.
Bij zowel de stichting als BV loopt de samenwerking en de onderhandelingen via het statutaire bestuur van de organisatie en wordt een samenwerking c.q. overeenkomst aangegaan tussen twee gelijkwaardige partijen die zelfstandig en zonder last kunnen opereren. Als beide partijen overeenstemming bereiken, kan daarna direct worden doorgepakt om de overeenkomst te implementeren en uit te voeren.

Relatie Gemeente Hollands Kroon – BFCW: wijze van samenwerking/sturing geven
De BFCW organisatie is de uitvoeringspartner van de gemeente Hollands Kroon voor van de ontwikkeling van BFCW conform de maatschappelijke VOP doelstellingen. De gemeente bij de oprichting van de entiteit de algemene doelstelling kunnen formuleren waarbinnen het BFCW moet opereren. De gemeente Hollands Kroon kan verder, door invulling van haar rol van oprichter en opdrachtgever sturing geven.

In aanvulling daarop kan gemeente Hollands Kroon als opdrachtgever met BFCW nadere (samenwerkings)afspraken maken over de te realiseren doelstellingen en het daarbij behorende budget en kwaliteitsniveau, de wederzijdse rolverdeling en verantwoordelijkheden, werkafspraken, het afleggen van verantwoording, de overlegstructuur. Daarnaast kan de gemeente invloed uitoefenen via subsidievoorwaarden in een subsidiebeschikking en eventueel een subsidieuitvoeringsovereenkomst. De BFCW organisatie voert vervolgens uit en rapporteert periodiek over de voortgang, zodat de gemeente Hollands Kroon de voortgang tussentijds kan blijven monitoren en waar nodig kan bijsturen. De terugkoppeling zou gelaagd kunnen zijn. BFCW rapporteert aan het college en het college rapporteert op zijn beurt weer aan de gemeenteraad. Na een bepaalde periode kan de gemeente effectiviteit van het project evalueren.
De BFCW organisatie staat los van de visafslag, het is enkel een goede buurman. De visafslag heeft in de beoogde BFCW organisatie geen juridische of organisatorische rol.

Ten behoeve van de ontwikkeling van BFCW conform de maatschappelijke VOP doelstellingen zullen er wel samenwerkingsafspraken moeten worden gemaakt en vastgelegd met de visafslag over de samenwerking, waaronder de koop van zeeverse vis. Regelmatig en structureel overleg over de uitvoering van de afspraken (tussen bestuurders) is daarbij een must.

Daarnaast zullen er afspraken moeten worden gemaakt en vastgelegd met de korte keten afnemers in de MRA regio en huur- en samenwerkingsovereenkomsten met gebruikers van de ruimten en faciliteiten die in het gebouw worden ontwikkeld.

Wet Markt en Overheid
Wanneer de gemeente Hollands Kroon economische activiteiten door overheidsbedrijven laten verrichten, moet rekening worden gehouden met de regels die zijn opgenomen in de Europese Concentratieverordening en het in de Nederlandse Mededingingswet uitgewerkte Europese mededingingsrecht. Hieronder valt ook de Wet Markt en Overheid.

Voor de beantwoording van de vraag of de beoogde BFCW organisatie kwalificeert als overheidsbedrijf, is bij zowel de BV als de stichting doorslaggevend of de gemeente Hollands Kroon, al dan niet samen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersoon, in staat is om het beleid van die BV of stichting te bepalen. De wet geeft een nadere invulling van het begrip beleidsbepalende invloed, te weten indien de gemeente Hollands Kroon beschikt over de meerderheid van de stemrechten (BV) en/of de bevoegdheid heeft meer dan de helft van de bestuurders of toezichthouders (RVC) te benoemen (stichting).

Voor zowel de BV als stichting geldt dat als zij kwalificeren als overheidsbedrijf de gemeente Hollands Kroon de BFCW organisatie op grond van de Wet Markt en Overheid (gedragsregel) niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee de BFCW organisatie in concurrentie treedt. Ook mag de gemeente Hollands Kroon geen voordelen toekennen die verder gaan dan die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn. Meer over het kader van de Wet Markt en Overheid, volgt onder paragraaf 6.

Economische activiteit
De staatssteunregels zijn alleen van toepassing als er sprake is van steun aan een onderneming die een economische activiteit verricht. Als een decentrale overheid steun verleent aan een entiteit die niet als een onderneming kan worden aangemerkt, kunnen de staatssteunregels buiten beschouwing worden gelaten.

Volgens het Europees Hof van Justitie is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering. Om te bepalen of er sprake is van een onderneming, kunnen de volgende punten in ogenschouw worden genomen:

- de status van de entiteit in het nationale recht is niet bepalend;
- een winstoogmerk is niet vereist, concurrentie op de markt volstaat;
- een entiteit die zowel economische als niet economische activiteiten verricht, dient alleen met betrekking tot de economische activiteiten te worden aangemerkt als onderneming;
- twee rechtspersonen kunnen mogelijk als één onderneming worden beschouwd voor de toepassing van de staatssteunregels.

Het Europees Hof van Justitie heeft in rechtspraak vastgelegd dat iedere activiteit waarbij goederen of diensten op een markt worden aangeboden, een economische activiteit is. Gelet op de beoogde activiteiten van de BFCW organisatie, moet deze als onderneming worden aangemerkt. Bij het verlenen van steunmaatregelen door de gemeente Hollands Kroon aan de BFCW organisatie maakt het aldus geen verschil of de organisatie is vormgegeven als BV of als stichting.

Voorts wensen wij op te merken dat de (algemene) bovengrens van de-minimissteun niet kan worden omzeild door middel van (het storten van) aandelenkapitaal. Het Europees Hof van Justitie (Intermills C-323/82) heeft bepaald dat de overdracht van staatsmiddelen via verschillende verschijningsvormen kan gebeuren. Zo kan het gaan om een subsidie à fonds perdu, een lening, een garantie of via een deelneming in het kapitaal van ondernemingen.

Een aandelenparticipatie kan aldus net zo goed (staats)steun zijn als een lening of een bedrag à fonds perdu. Voor steun vervat in de vorm van investeringen van aandelenkapitaal of hybride kapitaal geldt dat naar het verstrekte kapitaal wordt gekeken. Het zogenaamde “bruto-subsidie-equivalent” van de steun. Meer over het staatssteunkader volgt onder paragraaf 5.

Advies inzake rechtsvorm

Als we de beoogde uitgangspunten van de gemeente Hollands Kroon en de afwegingen langslopen, komen wij tot het navolgende advies.

Op de punten eigenaarschap, nabijheid en overdraagbaarheid scoort de BV net iets beter dan de stichting. Op het gebied van flexibiliteit, autonomie, innovatief handelen, het samenwerken en het instellen van een statutair toezichthoudend orgaan scoren de BV en de stichting (nagenoeg) gelijk. Indachtig de uitgangspunten van de gemeente Hollands Kroon en de afwegingen ontlopen de BV en de stichting elkaar nauwelijks.

De BV geeft de gemeente Hollands Kroon meer mogelijkheden om winst uit te keren en in de toekomst (onderdelen van) de BFCW organisatie te verkopen. De gemeente Hollands Kroon geeft daarentegen aan dat het behalen en uitkeren van winst in principe geen aspect is dat van overwegende c.q. doorslaggevende betekenis is voor de keuze van een rechtsvorm. Daardoor heeft de keuze voor de BV op dat punt als rechtsvorm op dit moment niet per se meerwaarde boven de keuze voor de stichting.

Bij zowel de BV als de stichting wordt de BFCW organisatie een zelfstandige en autonome onderneming die op afstand staat van de gemeente Hollands Kroon, maar waarbij de gemeente Hollands Kroon door invulling van haar rol van eigenaar (bij een BV meer dan een stichting) en opdrachtgever, feeling kan houden bij de organisatie en daar waar mogelijk sturing kan geven, bijvoorbeeld door de benoeming van bestuurders en toezichthouders alsmede door uitoefening van haar instructiemogelijkheden. De BFCW organisatie kan onafhankelijk van de gemeente Hollands Kroon werken aan het doorontwikkelen van de organisatie en daarnaast kunnen bedrijven op gelijkwaardige voet (als bedrijven onder elkaar) samenwerken met de BFCW organisatie.

Bij de advisering omtrent de rechtsvorm spelen tevens de maatschappelijke VOP doelstellingen een wezenlijke rol van betekenis. De BFCW organisatie is gericht op de ontwikkeling conform de maatschappelijke VOP doelstellingen. Eén, en wellicht de belangrijkste, maatschappelijke doelstelling van de gemeente Hollands Kroon is het behoud en de promotie van de handel in Nederlandse vis in Den Oever, hetgeen bij moet dragen aan de brede welvaart in de regio, wat essentieel is voor de lokale economie en cultuur.

Door de handel in vis onder de aandacht te brengen, en een plek te bieden voor handel in de voor de markt ondergewaardeerde vissoorten ondersteund de BFCW organisatie niet alleen de lokale vissers, maar ook de gemeenschap bij duurzame visserijpraktijken en geven we maximaal bekendheid aan de waarde van lokale producten. Dit versterkt de verbinding tussen de regio en zijn rijke maritieme tradities.

Het nadeel van de BV is dat deze rechtsvorm - anders dan de stichting - geen (h)erkenning biedt voor het nastreven van het maatschappelijke doel. Voor de buitenwereld heeft de BV veelal het stempel dat de onderneming enkel gericht is op zuiver commerciële doelstellingen en draait om het maken van winst. De maatschappelijke doelstelling is niet automatisch gewaarborgd en gelden kunnen worden aangewend voor de commerciële belangen van de onderneming.

Derden, waaronder investeerders en donateurs, willen erop vertrouwen dat de BFCW organisatie daadwerkelijk de maatschappelijke impact centraal stelt en dat de missie ook na verloop van tijd niet uit beeld raakt. Dit knelpunt speelt meer bij ondernemingen die de rechtsvorm van een BV hebben dan bij stichtingen. Stichtingen verankeren immers hun maatschappelijk doel in de statuten en beschermen het kapitaal door een winstuitkeringsverbod. Winst mag alleen ten behoeve van het doel van de stichting worden ingezet. Geldverstrekkers en donateurs hebben dan ook de garantie van een statutair maatschappelijk doel dat wordt nagestreefd en dat voorop moet staan bij de bestemming van de winst.

De BV biedt daarentegen meer mogelijkheden om (extern) kapitaal te verwerven dan de stichting doordat de BV in tegenstelling tot de stichting aandelen kan uitgeven, en verder ook het verkrijgen van financieringen kan eenvoudiger zijn. Financiers zijn terughoudend met het verstrekken van financiering aan een organisatie waar winst niet op de eerste plek staat.

Gelet op de maatschappelijke belangen die de stichting zal vertegenwoordigen en gelet op de mogelijke beeldvorming voor de buitenwereld heeft het college de voorkeur uitgesproken voor een stichting.

Gelet op de beoogde uitgangspunten van de gemeente Hollands Kroon en bovenstaande afwegingen, achten wij een BV de meest doelmatige keuze voor het behalen van de beoogde doelstellingen. Dat neemt niet weg dat wij mede gelet op de uitgesproken maatschappelijke doelstelling en de politieke beeldvorming ook de rechtsvorm van een stichting eveneens ondersteunen.
Het is aan de gemeente Hollands Kroon om op basis van het voorgaande een uiteindelijke keuze te maken.

Bij de keuze voor de rechtsvorm kan tevens in aanmerking worden genomen dat de wet de mogelijkheid biedt om de gekozen rechtsvorm om te zetten in een andere privaatrechtelijke persoon.
Een stichting kan aldus op enig nader te bepalen moment worden omgezet in een BV, bijvoorbeeld als de gemeente Hollands Kroon (onderdelen van) de BFCW organisatie wenst te verkopen.

Het bijzondere kenmerk van een omzetting is dat het bestaan van de rechtspersoon door omzetting niet wordt beëindigd. Door omzetting verandert wel de rechtsvorm, maar niet de identiteit van een rechtspersoon. Rechtsvormwijziging betekent continuïteit in de rechtspersoon en discontinuïteit in de rechtsvorm.

Voor omzetting van een stichting in een BV is rechterlijke machtiging vereist om de beoogde omzetting te bewerkstelligen. Daarnaast is van belang dat het uitkeringsverbod van de stichting na omzetting ook geldt ten aanzien van het omgezette stichtingvermogen. Indien een stichting na omzetting haar vermogen (en de vruchten daarvan) anders wil besteden, is daarvoor eveneens de goedkeuring van de rechter vereist.

Vraag van projectgroep
Vanuit de projectgroep is nog de volgende vraag gesteld: ‘*’Is er vanuit de wettelijke rol van beheerder nog wat te adviseren over deze ontwikkeling?*’’ Ten aanzien hiervan merken wij in zijn algemeenheid op dat artikel 2:9 BW een zorgplicht (behoorlijke taakuitoefening) meebrengt voor bestuurders van een rechtspersoon. Daarnaast zal de gemeente zijn verplichtingen als eigenaar en verhuurder va het pand moeten nakomen (d.w.z. ervoor zorgdragen dat het nodige onderhoud wordt verricht en dat gebreken worden verholpen etc.).

Vraag van projectgroep
Vanuit de projectgroep is nog de volgende vraag gesteld: “*Welke overige aanbevelingen zijn er te geven aangaande de governance van de nieuwe organisatie BFCW*” Ten aanzien hiervan merken wij op dat de gemeente Hollands Kroon door middel van benoeming van leden van een toezichthoudende orgaan (RvC of RvT) feeling kan houden bij de organisatie en indirect een invloed kan uitoefenen op het beleid van de organisatie. Echter door geen toezichthoudend orgaan in te stellen, wordt de BFCW organisatie meer op afstand geplaatst en wordt er (in het geval van een BV) een transparantere rolverdeling vanuit de aandeelhouders bewerkstelligd.

4. BEOORDELING INZAKE GEMEENTEWET

De gemeente wil weten hoe het oprichten van het BFCW zich verhoudt tot artikel 160 lid 2 van de Gemeentewet. De gemeente verzoekt om uitgebreid in te gaan in hoeverre of bij het oprichten van het BFCW ook wordt voldaan aan het vereiste dat de onderneming moet worden opgericht in het openbaar belang, zoals dat vermeld is in artikel 160 lid 2 Gemeentewet.
Behartiging openbaar belang
Artikel 160 lid 2 van de Gemeentewet bepaalt dat het college slechts tot de oprichting van en de deelneming in zowel stichtingen als vennootschappen besluit, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden

geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Binnen te behartigen openbare belangen bestaan mogelijkheden voor ruimere (algemene) en beperkte (functionele) taakstelling.

De vraag zou kunnen rijzen of de wetgever met de verwijzing naar het te dienen openbaar belang beoogd heeft een restrictie aan te brengen in die zin, dat voor andere dan openbare belangen de onderhavige regeling niet zou gelden. Naar het voorkomt, is een dergelijke benadering onjuist. De wetgever is er impliciet van uit gegaan dat alleen openbare belangen door overheidsorganisaties en in casu door gemeenten behartigd mogen worden. Andere dan openbare belangen gaan de besturende overheid niet aan, terwijl binnen te behartigen openbare belangen mogelijkheden bestaan voor ruimere (algemene) en beperkte taakstelling (functionele). Het gaat derhalve om de behartiging van het desbetreffende belang. Er had daarom volstaan kunnen worden met 'belang' in plaats van 'openbaar belang'.

De doelstelling van de organisatie Blue Food Centrum Wieringen is het operationeel realiseren van de gelijknamig kavel in het Visserij Ontwikkel Plan (VOP), inclusief de orkestrerende regie op de deelaspecten (zie onder) met derden en de initiatie van aanpalende projecten die een spin-out vormen in en rond de haven van Den Oever (ook ten behoeve van havengebonden ondernemingen). Het VOP is voor de gemeente Hollands Kroon een publieke opgave.
Zoals reeds aangehaald gelden voor het VOP twee doelstellingen, die hier voor de volledigheid worden herhaald:

- Doelstelling 1: Behoud en ontwikkeling van toekomstbestendige landzijdige visclusters (waaronder visafslagen) voor een kleinere, duurzamer en meer diverse aanvoersector;
- Doelstelling 2: Andere sociaaleconomische activiteiten ontplooien die qua karakter aansluiten bij de identiteit en bijdragen aan het behoud van het sociaal-cultureel erfgoed en de werkgelegenheid van de betreffende visserijgemeenschappen.

Of meer technisch geformuleerd: het is een ontwikkelopgave met een publiek-private impuls-investering. Deze opgave correspondeert weliswaar niet direct met reguliere bedrijfsprocessen op het gemeentehuis, maar vindt wél plaats in het kader van een breder algemeen belang, te weten doelstelling 2 van het VOP. Onzes inziens is het college bevoegd om een privaatrechtelijke organisatie op te richten voor het behartigen van het bovengenoemde belang, nu het onzes inziens feitelijk gaat om het versterken van de lokale visserijgemeenschap (en daarmee de lokale economie) die momenteel onder druk staat. Het versterken van de lokale economie achten wij een breder algemeen belang dat de gemeente mag najagen.

Dat het hierbij gaat om een algemeen belang, maken wij onder meer op uit de kamerbrief van Minister Adema (LNV). Daarin heeft de minister aangegeven dat de gelden vanuit de rijksoverheid worden beschikbaar gesteld in het belang van voedselwinning uit zee. In de brief wordt benoemd dat het noodzakelijk is deze ook voor de toekomst te borgen, omdat in de keten en gemeenschappen de gevolgen van de visserijsector naar een meer duurzame, flexibelere en meer diverse vloot, voelbaar zijn. De minister spreekt over een sociaal en economische impact voor families en gemeenschappen, en de wens om in te zetten op een robuuste en duurzame keten die klaar is voor de toekomst, om ketenbedrijven aan wal en visserijgemeenschappen toekomstperspectief te geven. Het is onze inschatting dat met deze maatregel wordt beoogd kwetsbare visserijgemeenschappen en/of lokale economie en werkgelegenheid te beschermen. Dit achten wij een openbaar belang. De gemeente draagt met het oprichten van het BFCW bij aan de behartiging van dit bredere algemene openbare belang. De oprichting van het BFCW sluit daarop aan. Met het BFCW wordt beoogd de visserijhaven toekomstbestendig te maken, door in de spelen op huidige en toekomstige ontwikkelingen op de visserijmarkt. Het moet een versterking van de lokale visserijgemeenschap bewerkstelligen én de regio verlevendigen. Gelet daarop, menen wij dat het college bevoegd is om een privaatrechtelijke organisatie op te richten voor het behartigen van het bovengenoemde belang (dat feitelijk ziet op het versterken van de lokale vishandel en daarmee de lokale economie en werkgelegenheid).

Volledigheidshalve wijzen wij erop dat op dit punt weinig tot geen rechtspraak bestaat, zodat helaas niet wij ter onderbouwing kunnen verwijzen naar een precedent en zodoende (meer) kunnen garanderen dat het aanmerken van het BFCW als zijnde in het openbaar belang een rechterlijke toets zal doorstaan. Wél kunnen wij aangeven dat uit rechtspraak volgt dat de gemeente in principe een ruime beoordelingsruimte heeft om te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in het algemeen belang. Dit betekent dat

de rechter de door het bestuur verrichte beoordeling en de in dat kader gemaakte afweging van belangen met enige terughoudendheid moet toetsen.[7] Mede gelet op die ruimte beoordelingsruimte, achten wij dat gemeente zich op het standpunt kan stellen dat sprake is van een openbaar belang. Overigens is het wel de taak om dit uitgebreid in de besluitvorming te motiveren.[8] Het is raadzaam om in de motivering te benadrukken dat het initiatief een uitwerking betreft van de publieke opgave vanuit de rijksoverheid ter zake van de problematiek die kwetsbare visserijgemeenschappen als gevolg van de transitie in de vismarkt ervaren.

Voorhangprocedure
Vanuit de gemeente is gevraagd of uit artikel 160 gemeentewet voortvloeit dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure op grond van afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is. Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden. Artikel 160 vergt niet dat de uitgebreide procedure wordt gevolgd. Het vergt enkel dat een voornemen tot het oprichten van een organisatie door het college, eerst aan de gemeenteraad kenbaar wordt gemaakt, zodat deze eventuele bedenkingen kan geven.

De gedachte hierachter is dat, hoewel het in lid 2 om een typische bestuursbevoegdheid gaat, een besluit tot deelneming van de gemeente in privaatrechtelijke rechtspersonen een dusdanige betekenis hebben, zowel financieel als anderszins, dat een wettelijke waarborg voor tijdige betrokkenheid van de gemeenteraad noodzakelijk is. De gemeenteraad gaat namelijk primair over financiën en daarom worden geraadpleegd. Anders dan in de uitgebreide procedure, is het niet de bedoeling dat eenieder een zienswijze daarop geeft. In artikel 160 Gemeentewet is bedoeld om de gemeenteraad de mogelijkheid te geven bedenkingen kenbaar te maken. Als het ontwerp van een besluit aan de raad wordt voorgelegd, kan deze zijn wensen en bedenkingen kenbaar maken op grond van de in lid 2 opgenomen voorhangregeling voor ontwerpbesluiten.[9] De uiteindelijke besluitvorming blijft een formele bevoegdheid van het college.

5. BEOORDELING INZAKE STAATSSTEUNREGELS

Met middelen uit de VOP subsidie en reservering van gemeentelijk middelen voor cofinanciering, moet de ontwikkeling van het Blue Food Centrum Wieringen in de basis worden bekostigd. Er ligt een gezamenlijke opgave om cofinanciering van derden te verwerven. Dat geldt óók voor de financiering van spin-out zaken. Belangrijk hierbij is dat de eerste jaren de nieuwe organisatie een (opstart)financiering krijgt die ruim boven de de-minimis grenzen zal liggen. Naar wat wij begrijpen heeft de onderneming een bedrag van € 300.000,-- per jaar nodig voor operationele kosten. Het projectteam krijgt een initieel startbudget van € 200.000,--. De gemeente wil onder meer weten of het klopt dat daardoor een stichting niet mogelijk is of dat het kader van het vestigen van een DAEB wellicht mogelijkheden biedt.

Juridisch kader voor staatssteun
Er is sprake van staatssteun in de zin van het Europees recht wanneer voldaan wordt aan de vijf cumulatieve staatssteuncriteria, zoals genoemd in artikel 107, lid 1 van het VWEU:

- de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
- de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
- deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
- de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;
- de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

Wij benadrukken nogmaals dat de gekozen rechtsvorm, niet relevant is voor de vraag wanneer sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Deze analyse geldt derhalve zowel in het geval de gemeente voor een stichting zou kiezen als wanneer de gemeente voor een BV zou kiezen.

[7] Vgl. Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170, r.o. 4.1.
[8] Vgl. CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, r.o. 5.3-5.4.
[9] MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28384, 3, p. 35.

Toepassing op de casus

Wanneer wij het voorgenomen plan beoordelen, dan komen wij tot de volgende conclusie. Allereerst menen wij dat sprake is van een onderneming. Volgens het Europees Hof van Justitie is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering. Om te bepalen of er sprake is van een onderneming, kunnen de volgende punten in ogenschouw worden genomen:

- de status/rechtsvorm van de entiteit in het nationale recht is niet bepalend;
- een winstoogmerk is niet vereist, concurrentie op de markt volstaat;
- een entiteit die zowel economische als niet economische activiteiten verricht, dient alleen met betrekking tot de economische activiteiten te worden aangemerkt als onderneming;

Van belang is dat het Blue Food Centrum Wieringen een belangrijk maatschappelijk doel heeft, te weten het behoud en de promotie van de handel in Nederlandse vis in Den Oever. Hetgeen een bijdrage zal leveren aan de brede welvaart in de regio, wat essentieel is voor de lokale economie en cultuur. Door de handel in vis onder de aandacht te brengen, en een plek te bieden voor handel in de voor de markt ondergewaardeerde vissoorten ondersteund BFCW niet alleen de lokale vissers, maar ook de gemeenschap bij duurzame visserijpraktijken en geven we maximaal bekendheid aan de waarde van lokale producten. Dit versterkt de verbinding tussen de regio en zijn rijke maritieme tradities.

BFCW is veeleer gericht op maatschappelijke doelen. Een bedrijf daarentegen is gericht op winst en kan commerciële activiteiten ontplooien. Zeker in de eerste jaren is BFCW afhankelijk van fondsenwervingen en subsidies, terwijl bedrijven inkomsten genereren door producten of diensten te verkopen. De hoofddoelstelling van BFCW blijft het creëren van maatschappelijke waarde.

Het Hof heeft in rechtspraak daarentegen vastgelegd dat iedere activiteit waarbij goederen of diensten op een markt worden aangeboden, een economische activiteit is. BFCW zal zeeverse vis ter beschikking stellen, de korte keten faciliteren, vis leveren aan de regio Amsterdam. Deze activiteiten kwalificeren als economische activiteiten. Dat betekent kortgezegd dat BFCW in *staatsteunrechtelijke* zin als een onderneming moet worden beschouwd. In de Europese rechtspraak wordt betrekkelijk eenvoudig aangenomen dat sprake is van een onderneming. De drempel is erg laag. Ook als er sprake is van een entiteit met een primair maatschappelijke doelstelling.

Vanuit de gemeente is gevraagd of dit ook opgaat in het geval van het subsidiëren van een overheidsbedrijf. Deze vraag beantwoorden wij bevestigend. In beginsel is het mogelijk dat het subsidiëren van een overheidsbedrijf staatssteun oplevert. Ook een overheidsbedrijf kan, wanneer dit economische activiteiten verricht, immers aangemerkt worden als onderneming in de zin van artikel 107 VWEU. Het feit dat het om een overheidsonderneming gaat, doet daar niet aan af. Relevant is of het overheidsbedrijf kwalificeert als een onderneming in de zin van artikel 107 VWEU. Onzes inziens, is dat het geval.

Verder staat onzes inziens vast dat de activiteiten met staatsmiddelen worden bekostigd en dat de maatregel selectief is (immers, de gemeente financiert de activiteiten en alléén BFCW krijgt deze steun, andere ondernemingen krijgen deze steun niet). Een maatregel vormt staatssteun als het een economisch voordeel voor de ontvanger oplevert dat deze onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. Het ontvangen van subsidie kwalificeert volgens vaste rechtspraak als een economisch voordeel dat onder normale omstandigheden niet zou zijn verkregen. Overdracht van staatsmiddelen, bijvoorbeeld een aandelenparticipatie, kwalificeert eveneens als een economisch voordeel. Het HvJ EU heeft bijvoorbeeld bepaald dat een aandelenparticipatie net zo goed staatssteun kan zijn als een lening of een bedrag à fonds perdu (zie het arrest Intermills C- 323/82).

Dan rest nog het interstatelijk effect. In de kern neemt de Europese Commissie bij de beoordeling van het interstatelijk effect van de steunmaatregel de volgende aspecten in overweging:

a) de steun leidt er niet toe dat vraag of investeringen naar de betrokken regio worden afgeleid en werpt geen belemmeringen op voor de vestiging van ondernemingen uit andere lidstaten;
b) de door de begunstigde onderneming geproduceerde goederen of diensten hebben een zuiver lokaal karakter of een geografisch beperkt aantrekkingsgebied, en
c) er is niet meer dan een marginaal effect op de markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten.

Toetsen wij het initiatief, dan kan onzes inziens niet worden uitgesloten dat investeringen naar de regio worden toegetrokken (denk aan vissers die vangsten willen verkopen aan BFCW of ondernemingen van buitenaf die zich in de haven zullen willen gaan vestigen als gevolg van het gunstige klimaat). Om diezelfde kunnen wij ook niet uitsluiten dat het initiatief een beperkt een geografisch aantrekkingsgebied heeft dat een marginaal effect heeft op markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten. Immers, de gemeente wil het havengebied op kaart zetten reclame maken voor de lokale streekproducten. Dit kan ook toeristen van buitenaf trekken naar de haven. In nationale rechtspraak zien wij dat beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer betrekkelijk snel in de rechtspraak werd aangenomen.[10] In ECLI:NL:RBNNE:2019:1681 overwoog de rechtbank onder verwijzing naar rechtspraak van het Europese Hof dat bij de beoordeling het uitgangspunt is dat er relatief snel mag worden aangenomen dat een negatief effect op de interstatelijke handel aanwezig kan zijn.

Daartegenover staat het besluit van de Europese Commissie van 29 april 2015 (zie ook de factsheet van het Kenniscentrum Europa Decentraal) waarin deze oordeelde dat steun voor de modernisering van infrastructuur in de haven van Lauwersoog, geen staatssteun opleverde (zaak SA.39403). Bij deze beoordeling hield de Commissie onder meer rekening met het feit dat uitsluitend lokale vissers gebruik maakte van de infrastructuur, de jaarlijkse inkomsten uit de commerciële scheepvaart zeer beperkt waren en de geplande investering niet leiden tot een aanzienlijke toename van de activiteiten en het bedrag aan overheidsfinanciering (€ 3.3 miljoen), voor een investeringsproject in een haven althans, relatief laag werd gekwalificeerd door de Commissie.
Wij achten deze casus niet één-op-één toepasbaar op het onderhavige geval. Reden daarvoor is dat de investeringen van de gemeente juist wél tot een toename in activiteiten in de haven zal moeten leiden en wij niet kunnen uitsluiten dat de vissers die gebruikmaken van de haven uit een beperkt geografisch gebied komen. Bij de beoordeling van het interstatelijke effect dient onder meer ook te worden beoordeeld of er binnen de sector, waartoe de begunstigde onderneming behoort, gewoonlijk grensoverschrijdend handelsverkeer plaats. In de visserij is grensoverschrijdend handelsverkeer niet ongebruikelijk. Bovendien gaat het in de kwestie BFCW mede wordt beoogd om de haven weer verder op de kaart te zetten als trekpleister, zodat dit ook op toeristisch oogpunt een uitwerking heeft.

Kijkend naar rechtspraak, waar interstatelijk effect betrekkelijk snel wordt aangenomen, menen wij dat ook aan het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer naar waarschijnlijkheid wordt voldaan. Daarmee wordt aan alle vereisten voor staatssteun voldaan en is in beginsel sprake van staatssteun. Vervolgens dient te worden beoordeeld hoe de financiering legaal kan worden verstrekt.

Mogelijkheden om tot een legale financiering te komen

Vanuit de gemeente is aangegeven dat het benodigde steunbedrag ruim boven de de-minimisdrempels (de visserij 40.000, regulier 300.000 en DAEB 750.000 euro in 3 belastingjaren) uitvalt en dat het verlagen van dit bedrag niet tot de drempelbedragen verlaagd kan worden. Wij hebben overige vrijstellingsverordeningen bestudeerd en merken ten aanzien van de financiering het volgende op.

1. Algemene groepsvrijstellingsverordening

De Algemene Groepsvrijstellingsverordening of de AGVV (Verordening (EU) nr. 651/2014) biedt de meeste opties voor vrijstelling van het verbod op steunverlening en is van toepassing op bijna alle economische sectoren. Wel gelden er per steuncategorie wisselende voorwaarden. Decentrale overheden die steun willen verlenen op basis van de AGVV moeten aan de voorwaarden voldoen en een kennisgevingsprocedure volgen. Ook moeten zij jaarlijks rapporteren over de steunuitgaven. De AGVV geldt in beginsel voor alle sectoren, maar slechts deels voor de visserij- en aquacultuursector (artikel 1, lid 3). Zo kan de AGVV uitsluitend worden toegepast in de sector van de visserij- en aquacultuursector (sub a) wanneer het gaat om:

- opleidingssteun;
- steun om MKB toegang tot financiering te geven;
- steun ten behoeve van onderzoek en ontwikkeling;
- innovatiesteun voor MKB;

[10] Vgl. Rb. Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824, r.o. 10.1.

- steun ten behoeve van kwetsbare werknemers en werknemers met een handicap;
- regionale investeringssteun in ultraperifere gebieden;
- regelingen inzake regionale exploitatiesteun.

De regionale investeringssteun in ultraperifere gebieden is onzes inziens niet van toepassing. Het gaat bij ultraperifere gebieden om gebieden die door de EU zijn aangewezen als zodanig. Het havengebied valt daar niet onder. Dat geldt eveneens voor regelingen inzake regionale exploitatiesteun. Innovatiesteun voor MKB achten wij in dit kader niet van toepassing. De conclusie is dan ook dat er op grond van de AGVV geen mogelijkheden zijn om steun te verlenen, omdat de grondslagen voor steun niet van toepassing zijn in dit concrete geval.

2. Visserijvrijstellingsverordening (VVV)

Op basis van de Visserij vrijstellingsverordening (**''VVV''**) (EU/2022/2473) kan ook onder voorwaarden steun worden verleend aan kleine en middelgrote ondernemingen die actief zijn in de productie, de verwerking en de afzet van visserij- en aquacultuurproducten. De voorwaarden voor het verlenen van steun zijn opgesomd in artikel 4 van de Verordening. Deze Verordening kent een belangrijke beperking. De VVV kan niet toegepast worden op steun voor projecten waarvan de subsidiabele kosten meer dan 2,5 miljoen euro bedragen of wanneer het steunbedrag meer dan 1,25 miljoen euro per begunstigde per jaar bedraagt, zo bepaalt artikel 2 van de Verordening. De gemeente Hollands Kroon noemt een drietal vrijstellingen uit deze verordening waarvan zij meent hier mogelijk een beroep op te kunnen doen:

- Investeringskosten voor de infrastructuur van de afslag (op grond van artikel 29 van de Verordening): deze bepaling leent zich naar onze mening niet om de opstartkosten van het opzetten van het BFCW te legitimeren. Naar wat wij begrijpen behoort dit niet tot de taken van BFCW, maar is het investeren in de infrastructuur een taak van de gemeente als haveneigenaar;
- Innovatie in de visserij (op grond van artikel 15 van de Verordening): deze bepaling leent zich naar onze inschatting niet om de opstartkosten van het opzetten van het BFCW te legitimeren, dit ziet namelijk op het innoveren van processen en technieken en niet op het versterken van de lokale visserij. De steunmaatregel moet gericht zijn op de ontwikkeling of invoering van nieuwe of substantieel verbeterde producten en uitrusting, nieuwe of verbeterde processen en technieken en nieuwe of verbeterde beheer- en organisatiesystemen, ook op het vlak van verwerking en afzet. Wij begrijpen dat de steun aan BFCW daar niet voor is bedoeld;
- Steun voor de bescherming en het herstel van de mariene biodiversiteit (op grond van artikel 26 van de Verordening): deze bepaling leent zich naar onze inschatting niet om de opstartkosten van het opzetten van het BFCW te legitimeren, dit ziet namelijk op maatregelen die de biodiversiteit en het mariene ecosysteem moeten versterken (afvalinzameling, verwijdering van verloren vistuig etc.). Wij begrijpen dat de steun aan BFCW daar niet voor is bedoeld.

Gelet op het bovenstaande, zien wij geen mogelijke vrijstelling op grond van de door de gemeente aangehaalde artikelen. Wij zien verder ook geen mogelijkheid om op grond van artikel 19 van de Verordening steun te verlenen. Dit artikel ziet op aanvullende activiteiten die leiden tot diversificatie van de inkomsten van vissers. Er worden in dat artikel een aantal niet-limitatieve voorbeelden genoemd, waaronder restaurants. De steun kan uitsluitend aan vissers worden verleend en slechts voor zover dit ondergeschikte activiteiten van de vissers betreffen. Deze bepaling leent zich niet voor het bovengenoemde plan.

Gelet op de meest recente weergave van de activiteiten die het BFCW zal gaan uitvoeren, menen wij dat artikel 45 VVV, dat ziet op steun voor afzetmaatregelen ten bate van visserij- en aquacultuurproducten, evenmin ook geen mogelijke vrijstellingsgrondslag in dit geval. De activiteiten van BFCW betreffen niet feitelijk en bovendien niet direct de activiteiten waar deze grondslag voor is bedoeld. Daarnaast begrijpen wij dat het voornamelijk gaat om het promoten van de bestaande lokale visserij en lokale vangsten en niet zozeer om het aanboren van nieuwe markten, waaronder soorten met afzetpotentieel.

Verder achten wij artikel 28 van de Verordening, dat ziet op steun om de toevoegde waarde te verhogen of de kwaliteit van de gevangen vis te verbeteren, ook geen mogelijke vrijstellingsgrondslag, gelet op de meest recente weergave van activiteiten van BFCW. De kosten die op grond van deze grondslag kunnen worden gefinancierd, zijn niet de kosten die BFCW zal maken. Het gaat om investeringen die de waarde moeten toevoegen aan visserijproducten. Het faciliteren van de korte keten kwalificeert onzes inziens niet als zodanig. Dat geldt ook voor artikel 29 van de Verordening, dat onder meer ziet op steun voor visafslagen.

De steun op grond hiervan dient bij te dragen aan ook andere doelstellingen zoals het verbeteren van de energie-efficiëntie, de milieubescherming etc. (zie sub a). Dat is in dit geval niet aan de orde. Verder komen voor steun op grond van dit artikel niet de kosten in aanmerking dan het BFCW zal maken. Het gaat hierbij om investeringen in de infrastructuur van afslagen. De conclusie is dan ook dat er op grond van de VVV geen passende mogelijkheden zijn om steun te verlenen, omdat de grondslagen voor steun niet van toepassing zijn in dit concrete geval.

3. Marktconforme lening

Onzes inziens kan een risico op ongeoorloofde staatssteun worden voorkomen wanneer de gemeente de benodigde financiering in de vorm van een marktconforme lening verstrekt. Op die wijze voor het element 'economisch voordeel' weggehaald en kwalificeert de maatregel niet langer als staatssteun. Dit is de meest effectieve en bij uitstek de meest veilige methode om rechtmatig steun te verlenen. Deze methode verdient wat ons betreft de voorkeur. De ontvangen rente kan de gemeente op termijn weer gebruiken voor investeringen in de haven. Wij adviseren voor deze maatregel te kiezen. Op het moment dat BFCW winst gaat maken in de toekomst, kan BFCW de lening gaan aflossen.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat de gemeente enerzijds op grond van de DAEB-de-minimisverordening (EU/2023/2832) een bedrag van € 750.000,-- aan een onderneming verstrekt over drie belastingjaren en de rest aanvult met een marktconforme lening. Wél is hiervoor noodzakelijk dat de onderneming bij besluit wordt aangewezen als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Het college zal in dat kader moeten motiveren dat de markt onvoldoende in de te financieren activiteiten voorziet en dat het in het algemeen belang is doelstelling middels het vestigen van een DAEB te bewerkstellingen. Het college kan ook ervoor kiezen om 300.000,-- te verstrekken op grond van de algemene de-minimisverordening, en de rest aan te vullen met een marktconforme lening. In dat geval hoeft de gemeente geen DAEB-besluit te nemen. De visserij de-minimisverordening komt, vanwege het lage bedrag dat deze verordening vrijstelt, vanuit praktisch oogpunt niet in aanmerking en het cumuleren van vrijstellingsverordeningen is niet toegestaan. Let wel op: bij deze constructies (met gebruikmaking van een de-minimisverordeningen) moet aanvullend nog wel een algemeenbelangbesluit op grond van de Wet Markt en Overheid worden genomen, omdat anders sprake is van strijd met het bevoordelingsverbod. Nadere toelichting hierover volgt in paragraaf 6.

Vraag van de projectgroep

De projectgroep heeft concreet nog de volgende vraag gesteld: '*'Belangrijk hierbij te melden is dat de eerste jaren de nieuwe organisatie een (opstart)financiering krijgt die ruim boven de deminimis grenzen zal liggen. Klopt het dat daardoor een stichting niet mogelijk is of biedt het kader van het vestigen van een DAEB wellicht mogelijkheden?''* Ten aanzien hiervan merken wij op dat het voor de de-minimisdrempel niet uitmaakt om welke rechtsvorm het gaat. De drempel geldt voor zowel een stichting als een BV. Dat de opstartfinanciering ruim boven de de-minimisdrempel ligt, maakt voor de keuze in rechtsvorm niets uit. Het vestigen van een DAEB (dit kan zowel voor een stichting als een BV) maakt dat de hogere drempel kan worden aangehouden (750.000,-- euro in 3 belastingjaren) in plaats van de lagere op grond van de reguliere de-minimisverordening (300.000,-- euro in 3 belastingjaren). De gemeente zou, bij het aanwijzen van BFCW als DAEB, nog maar een lagere marktconforme lening hoeven te verstrekken voor het resterende bedrag dat de onderneming nodig heeft.

Conclusie staatssteun

Wij zien in de relevante vrijstellingsverordeningen geen geëigende grondslagen om financiële steun aan het BFCW te verstrekken. Wij adviseren om steun te verlenen in de vorm van een marktconforme lening, omdat bij een marktconforme lening geen sprake is van bevoordeling van een onderneming (en dus geen sprake kan zijn van staatssteun). Dit kan voor het gehele bedrag zijn. Een mogelijkheid kan ook zijn om slechts voor het deel dat niet op grond van de reguliere de-minimis- of de DAEB-de-minimisverordening is vrijgesteld, een marktconforme lening te verstrekken, en voor het overige op grond van die verordeningen financiële steun te verlenen. Let wel op: bij gebruikmaking van een de-minimisverordening moet nog wel een algemeenbelangbesluit op grond van de Wet Markt en Overheid worden genomen. Let wél op, in het algemeenbelangbesluit dient een toereikende motivering te worden opgenomen omtrent het daarmee te dienen algemene belang. Voorts moet, bij gebruikmaking van de DAEB-de-minimisverordening een DAEB-besluit van dezelfde strekking worden genomen.

6. BEOORDELING INZAKE WET MARKT EN OVERHEID

Wanneer de gemeente Hollands Kroon economische activiteiten door overheidsbedrijven laten verrichten, moet rekening worden gehouden met de regels die zijn opgenomen in de Europese Concentratieverordening en het in de Nederlandse Mededingingswet uitgewerkte Europese mededingingsrecht. Hieronder valt ook de Wet Markt en Overheid. De Wet Markt en Overheid bevat vier gedragsregels, die een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen moeten creëren:

a) Integrale kosten doorberekening: overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen;
b) Bevoordelingsverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven;
c) Gegevensgebruik: overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen, niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van deze taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken;
d) Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.

De gedragsregels zijn expliciet gericht op bestuursorganen (in dit geval de gemeente). Een overheidsbedrijf – niet zijnde een bestuursorgaan - is niet aan de gedragsregels gebonden. Dit vloeit voort uit de definitie van een bestuursorgaan in artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht. Daarin staat dat het overheidsbedrijf alleen een bestuursorgaan is, wanneer het een rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een college of persoon dat met enig openbaar gezag bekleed is. Indien daarvan geen sprake is, komt het overheidsbedrijf wel nog met de gedragsregels in aanraking doordat de gemeente het overheidsbedrijf niet mag bevoordelen. BFCF is geen bestuursorgaan en komt uitsluitend in aanraking met de gedragsregels waar het gaat om het bevoordelingsverbod.

Ad a) integrale kostendoorberekening
De verplichting om integrale kosten door te berekenen op grond van artikel 25i, eerste lid, van de Wet Markt en Overheid rust uitsluitend op bestuursorganen en niet op overheidsbedrijven. Dat betekent dat BFCW niet de integrale kosten hoeft door te berekenen. Dit artikel geldt uitsluitend voor bestuursorganen van de gemeente, omdat in dit artikel enkel over een bestuursorgaan gesproken wordt en BFCW is dat niet.

Overigens betekent dat niet dat BFCW dan zonder meer goederen onder de kostprijs kan verkopen. Op het moment dat er geen marktconforme prijzen worden gerekend aan derden (ondernemingen) door BFCW, dan profiteren derden indirect van de overheidsmiddelen en kan dit – afhankelijk van de bedragen – staatssteun opleveren. Een economisch voordeel kan worden verleend aan andere ondernemingen dan die ondernemingen waar de staatsmiddelen rechtstreeks aan zijn overgedragen. Zodoende kan een maatregel een indirect voordeel opleveren voor andere ondernemingen verder in de keten. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat wanneer “een tussenliggende onderneming gewoon een constructie is voor de overdracht van het voordeel aan de begunstigde en zij geen voordeel behoudt”, deze tussenliggende of begunstigde onderneming niet als begunstigde van staatssteun wordt beschouwd. Van een indirect voordeel is sprake wanneer de steunmaatregel zo is vormgegeven, dat de secundaire effecten daarvan naar duidelijk te onderscheiden ondernemingen of groepen van ondernemingen worden doorgeleid (in dit geval de lokale visserijgemeenschap). De gemeente heeft toegelicht dat BFCW geen winstoogmerk heeft. De steun aan BFCW wordt in belangrijke mate afhankelijk gesteld van de afname van goederen of diensten. Wanneer BFCW niet marktconform handelt, dan kunnen derden worden bevoordeeld. Het kan staatssteun opleveren wanneer derden worden begunstigd boven een bedrag van de reguliere de-minimisverordening. Om staatssteun aan andere ondernemers (in de keten) uit te sluiten blijft het daarom zaak voor BFCW om marktconform economische activiteiten te ontplooien.

Vanuit de gemeente is toegelicht dat de door BFCW ingekochte vis met een zekere marge zal worden doorverkocht. Uit de toelichting van de gemeente hebben wij begrepen dat bij de in- en verkoop van vis door BFCW tegen een marktconforme (en kostprijs dekkende) prijs geschiedt. Wij begrijpen dat BFCW

weliswaar geen winstoogmerk heeft, maar ook niet de vis tegen onder de kostprijs zal doorverkopen. Mede daarom zien wij niet direct een probleem voor wat betreft deze gedragsregel.

Wij merken tot slot nog op dat wanneer de gemeente het afslaggebouw zou willen verhuren aan BFCW (of een andere onderneming), deze gedragsregel maakt dat dit niet onder de integrale kostprijs mag geschieden (voor zover geen algemeenbelangbesluit in het kader van de Wet M&O is genomen, meer daarover volgt hieronder). Voorts kan een niet-marktconforme huur staatssteun opleveren, waar rekening mee moet worden gehouden bij de berekening van het aan BFCW te verlenen steunbedrag op grond van een de-minimisverordening.

Ad b) bevoordelingsverbod

Artikel 25j Mw bepaalt dat een bestuursorgaan (in dit geval de gemeente) het overheidsbedrijf niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee het overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Ook mag een bestuursorgaan geen voordelen toekennen aan het overheidsbedrijf die verder gaan dan die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn.

Voor de beantwoording van de vraag of de beoogde BFCW organisatie kwalificeert als overheidsbedrijf, is bij zowel de BV als de stichting doorslaggevend of de gemeente Hollands Kroon, al dan niet samen met één of meer andere publiekrechtelijke rechtspersoon, in staat is om het beleid van die BV of stichting te bepalen. De wet geeft een nadere invulling van het begrip beleidsbepalende invloed, te weten indien de gemeente Hollands Kroon beschikt over de meerderheid van de stemrechten (BV) en/of de bevoegdheid heeft meer dan de helft van de bestuurders of toezichthouders (RVC) te benoemen (stichting). Voor zowel de BV als de stichting geldt dat als zij kwalificeren als overheidsbedrijf, de gemeente Hollands Kroon de BFCW organisatie op grond van de Wet Markt en Overheid (gedragsregel) niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee de BFCW organisatie in concurrentie treedt. Ook mag de gemeente Hollands Kroon geen voordelen toekennen die verder gaan dan die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn.

Als bevoordeling wordt op grond van de Wet Markt en Overheid en het Besluit Markt en Overheid aangemerkt:

- het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de publiekrechtelijke rechtspersoon van het bestuursorgaan op een wijze waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten;
- het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten, en
- het toekennen van een subsidie waarvoor ondernemingen die geen deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon en die geen overheidsbedrijf zijn, niet in aanmerking komen (zie artikel 9 Besluit Markt en Overheid).

Uit de tekst van artikel 9 Besluit Markt en Overheid gelezen in samenhang met de toelichting volgt dat de wet- en regelgever heeft willen aansluiten bij de Europese regels inzake het staatsteunverbod als bedoeld in artikel 107 VWEU. Vanwege de aansluiting bij de Europese regels inzake het staatssteunverbod als bedoeld in artikel 107 VWEU, dienen de ACM en de bestuursrechter artikel 9 van het Besluit M&O conform het Unierecht uit te leggen met het oog op een uniforme toepassing in de lidstaten van Unierechtelijke begrippen en leerstukken. Dit kan door het begrip subsidie in artikel 9 van het Besluit M&O in te kleuren door daaronder te verstaan dat alleen sprake is van een verboden subsidie indien die niet alleen selectief is, maar voorts aan de overige cumulatieve elementen van artikel 107 VWEU is voldaan (ECLI:NL:RBROT:2023:813). Dit betekent dat bij een subsidie moet worden beoordeeld of:

1. er sprake is van het direct of indirect toekennen van staatsmiddelen;
2. het verschafte voordeel niet-marktconform is; en
3. er sprake is van selectiviteit.

Dit toetsingskader wordt door de ACM (de toezichthouder met betrekking tot de Wet Markt en Overheid) toegepast in het Besluit op bezwaar d.d. 12 juli 2023, *AVR - Twence*.

Het voorgaande betekent dat de gemeente niet zondermeer subsidie kan verstrekken aan BFCW, omdat dit een ongeoorloofde bevoordeling van BFCW zou betekenen ten opzichte van andere ondernemingen. Een gemeente mag in beginsel ook geen lening verstrekken aan het overheidsbedrijf tegen een rente die

lager ligt dan het marktconforme percentage, of een subsidie verlenen waar uitsluitend het overheidsbedrijf aanspraak op kan maken. Voorts moet in acht worden genomen dat het eventueel verhuren van het afslaggebouw aan BFCW tegen een marktconforme huur moet geschieden, omdat anders ook sprake is van bevoordeling in de zin van de staatssteunregels en de Wet Markt en Overheid.

De gemeente mag wél een marktconforme lening aan BFCW verstrekken voor het gehele bedrag dat BFCW nodig heeft. Vervolgvraag is of deze toets ook uitsluit dat de gemeente uitsluitend een marktconforme lening verstrekt voor het deel niet door de de-minimisverordeningen wordt gedekt. Immers, de rechtbank Rotterdam paste bij de toepassing van het beoordelingskader uitsluitend of het voordeel niet-marktconform is. Relevant is dat een subsidie een niet-marktconform voordeel is. Wij menen dat dit het geval is. De Wet Markt en Overheid staat hieraan in de weg.

Wij merken op dat de uitzondering op de gedragsregels op grond van artikel 25h, vierde lid, van de Wet M&O, dat gaat over de toepasselijkheid van de wet in gevallen van staatssteun niet opgaat. De uitzondering gaat uitsluitend op bij ongeoorloofde staatssteun en dat probeert de gemeente nu juist te voorkomen. De enige manier om onder deze gedragsregel uit te komen is door een algemeenbelangbesluit op grond van artikel 25h, vijfde lid, van de Wet M&O te nemen die het overheidsbedrijf uitzondert van de gedragsregels op grond van de Wet Markt en Overheid. Zonder een dergelijk besluit, kan de gemeente BFCW uitsluitend financieren door voor gehele bedrag een marktconforme lening te verstrekken. Net als bij het eerder genoemde DAEB-besluit, moet worden gemotiveerd waarom deze maatregel noodzakelijk is in het algemeen belang.[11] Neemt de gemeente een algemeenbelangbesluit in het kader van de Wet M&O, dan kan wél subsidie worden verstrekt aan het BFCW (ter hoogte van de de-minimisgrenzen, waarbij bij de DAEB-de-minimisgrens aanvullend een DAEB-besluit moet worden genomen).

Ad c en d) functiescheiding en gegevensverbruik
Voor wat betreft de laatste twee gedragsregels, zien wij geen concrete belemmeringen voor het plan. Deze regels moeten in acht worden genomen, maar dat beperkt de beoogde activiteiten van BFCW – onzes inziens – niet.

Conclusie Wet Markt en Overheid
Met name de gedragsregel betreffende het verbod om eigen overheidsbedrijven te bevoordelen (middels subsidie), die geldt op grond van de Wet Markt en Overheid, werpt een belemmeringen op voor het onderhavige initiatief. Deze gedragsregel brengt met zich mee dat de gemeente zijn eigen overheidsbedrijf niet met subsidie (of anderzijds) mag bevoordelen. Deze gedragsregels kan uitsluitend terzijde worden geschoven, indien de gemeenteraad een algemeenbelangbesluit neemt in de zin van artikel 25h lid 5 van de Wet M&O (opgenomen in de Mededingingswet). Zonder een dergelijk besluit, kan de gemeente hooguit een marktconforme lening aan BFCW als financiering verstrekken voor het gehele bedrag dat BFCW nodig heeft.

7. BEOORDELING INZAKE AANBESTEDINGSREGELS

Een overheidsopdracht is feitelijk een opdracht van de overheid met de uitvoering van die opdracht als doel. De definitie van een overheidsopdracht luidt, volgens artikel 2 sub 5 e.v. van Richtlijn 2014/24 (artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012) als volgt:

- een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel;
- die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten;
- en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van Richtlijn 2014/24.

[11] Het besluit moet aan drie criteria voldoen:
I. Er moet voldoende onderzoek zijn verricht naar de relevante feiten en af te wegen belangen;
II. Er moet sprake zijn van een algemeen belang dat door de economische activiteit wordt gediend dat niet door bestaande marktpartijen wordt behartigd, en
III. In een te maken belangenafweging moet het algemeen belang zwaarder wegen dan het belang van betrokken ondernemers.

Kenmerkend voor een overheidsopdracht is het verplichtende karakter. Wanneer een concrete verplichting tot uitvoering van de opdracht ontbreekt, is het lastig om de betreffende opdracht een overheidsopdracht te noemen. Het bestaan van een overeenkomst onder bezwarende titel is daarom vereist. Bovendien moet de opdrachtwaarde het Europese drempelbedrag overschrijden. Kenmerkend voor een overheidsopdracht dat sprake is van betaling door ene bestuursorgaan voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. De aanbestedingsregels bij overheidsopdrachten voor diensten gelden in beginsel niet bij leningen (zie artikel 2.24, sub i, van de Aanbestedingswet 2012).

Wij begrijpen dat BFCW een autonome private onderneming moet worden die onder meer het afslaggebouw zal beheren en exploiteren. Het pand blijft eigendom van de gemeente Hollands Kroon. In ruil voor het beheren en exploiteren van het pand zal BFCW een subsidie ontvangen. In theorie zou dit een overheidsopdracht voor diensten kunnen zijn. Dat kan ook nog het geval zijn indien het beheer en de exploitatie gepaard gaan met een eventuele huurovereenkomst.[12] Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie volgt dat niet automatisch kan worden aangenomen dat overheidsopdrachten buiten de toepassingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen vallen.

Uitzondering op de aanbestedingsregels
Een aanbestedende dienst mag zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure gebruik maken van diensten van een private rechtspersoon, wanneer deze feitelijk te beschouwen is als een – op afstand geplaatste – eigen dienst van de aanbestedende dienst. Zuiver juridisch gezien is weliswaar sprake van een afzonderlijke entiteit, maar de verbondenheid met de aanbestedende dienst maakt dat deze feitelijk fungeert als een verlengstuk van de aanbestedende dienst (in dit geval de gemeente). Dit wordt 'quasi-inbesteden' genoemd (zie artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012).

Het is onze inschatting dat bij zowel de stichting als de BV, bij de opdrachtverlening aan de BFCW organisatie in dit geval een beroep kan worden gedaan op quasi-inbesteding. Er wordt immers voldaan aan de eisen van quasi-inbesteding: (**1**) de gemeente Hollands Kroon houdt toezicht op de BFCW organisatie zoals op haar eigen dienst(en)[13] ('toezichtcriterium'), (**2**) de BFCW organisatie voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de gemeente Hollands Kroon[14] ('merendeelcriterium') en (**3**) er is geen directe participatie van privékapitaal in de BFCW organisatie[15]. De BFCW organisatie kan binnen de kaders van het aanbestedingsrecht aldus opdrachten van de gemeente Hollands Kroon uitvoeren zonder aanbesteding.

Wij menen bovendien dat wat de overige activiteiten van BFCF betreft, waarbij feitelijk geen diensten worden geleverd aan de gemeente maar eerder aan derden, niet gesproken kan worden van een overheidsopdracht. Er wordt namelijk niet direct een dienst aan de gemeente verricht tegen een daartegenover staande vergoeding, hetgeen wél een van de kenmerken van een overheidsopdracht is. Daarnaast is kenmerkend voor een overheidsopdracht dat de overheid zich sterk bemoeit met de uitvoering van de opdracht. Wij begrijpen dat BFCW onder de verantwoording en op armlengte van de gemeente Hollands Kroon moet opereren, maar wel als een aparte en autonome entiteit zal worden gepositioneerd met een eigen en autonoom bestuur. De gemeente Hollands Kroon moet voldoende zeggenschap hebben om het beoogde resultaat te borgen, maar de organisatie moet tegelijkertijd voldoende ruimte krijgen om er een toekomstbestendige investering van te maken. Dit spreekt minder voor een overheidsopdracht. Voorts is het de vraag of de gemeente bij de overige activiteiten van BFCW een direct financieel belang heeft bij de diensten die BFCW verricht. Al met al menen wij dat bij de reguliere activiteiten van BFCW niet gesproken kan worden van een overheidsopdracht.

---

[12] Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:GHARL:2022:2450, waarin het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de huurexceptie in artikel 2.24 sub b van de Aanbestedingswet 2012 niet opging, omdat de gemengde overeenkomst (die zag op huur en dienstverlening) feitelijk in hoofdzaak zag op het verrichten van een dienst.
[13] Het gaat er hierbij om dat de gemeente zowel op de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van BFCW een beslissende invloed uitoefent. De concrete en doorslaggevende invloed op de strategische beslissingen en de belangrijke besluiten moet blijken uit de statuten.
[14] Het gaat hierbij om het uitvoeren van de taken die door de gemeente worden toegewezen aan het BFCW.
[15] Hier zijn echter uitzonderingen op. Er is sprake van een uitzondering op dit criterium wanneer:

- dit geen controlerende of blokkerende macht oplevert;
- dit vereist is krachtens nationale regels en in overeenstemming is met de verdragen, en
- dit geen beslissende invloed uitoefent.

Ten aanzien van de vraag of het BFCW zelf gehouden zal zijn aan de aanbestedingsregels (wanneer wordt voldaan aan de overige vereisten voor een overheidsopdracht), merken wij op dat dit naar onze inschatting niet het geval zal zijn. De organisatie zal onzes inziens namelijk niet kwalificeren als aanbestedende dienst c.q. publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Om te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling, moet de rechtspersoon zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard. Onzes inziens wordt de organisatie opgericht om te voorzien in een algemeen belang dat commercieel van aard is, omdat het BFCW – kort gezegd – zich in de kern zal bezighouden met het behoud en de promotie van de handel in Nederlandse vis in Den Oever, hetgeen van belang is voor de lokale economie en cultuur. Wij menen dat het hier om een algemeen commercieel belang gaat, nu dit in bredere zin gaat om het stimuleren van de lokale economie en het toerisme. Om die reden kwalificeert het BFCW onzes inziens niet als publiekrechtelijke instelling en derhalve ook niet als een aanbestedende dienst die gebonden is aan de aanbestedingsregels.

Conclusie aanbestedingsregels
Wij concluderen dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn, omdat sprake is van quasi-inbesteding. Dit is vrijgesteld van de aanbestedingsregels.

8. ALTERNATIEF: MARKTPARTIJ ZOEKEN VIA AANBESTEDING

Dit vormt geen onderdeel van de uitvraag, maar uitsluitend om alle opties op te benoemen, willen wij nog het navolgende naar voren brengen. De gemeente kiest er met BFCW bewust voor om zelf regie te houden en te sturen, maar deze vormen van controle zouden ook in een goed en zorgvuldig uitgezette aanbesteding kunnen worden bereikt. In dat geval wordt een marktpartij de opdracht te geven om de activiteiten van BFCW uit te voeren. Geïnteresseerde partijen zouden zich dan kunnen inschrijven en de opdracht tegen een marktconforme prijs uitvoeren. Via deze constructie kan onder het strikte regime van staatssteun en de Wet Markt en Overheid worden uitgekomen. Voordeel is ook dat ook een netwerk kan worden gebruikt van een bestaande onderneming. De marktpartijen kan langlopende verplichtingen uitvoeren. Wij begrijpen echter dat dit niet aansluit bij de wens om maatschappelijke waarde voor voorzieningen te creëren. Toch noemen wij het voor de volledigheid als onderdeel voor advisering op het gebied van staatssteun en de Wet Markt en Overheid. Voor het overige blijven wij bij de scope van de adviesvraag.

9. CONCLUSIES

In dit advies komen wij tot de volgende conclusies:

Keuze rechtsvorm
Als we de beoogde uitgangspunten van de gemeente Hollands Kroon en de afweging langslopen, komen wij tot de conclusie dat de BV als hoogst scorende rechtsvorm naar boven komt. Op de punten eigenaarschap, nabijheid en overdraagbaarheid scoort de BV net iets beter dan de stichting. Op het gebied flexibiliteit, autonomie, innovatief handelen en samenwerken en het instellen van een statutair toezichthoudend orgaan scoren de BV en de stichting (nagenoeg) gelijk.

De BV geeft de gemeente Hollands Kroon meer mogelijkheden om winst uit te keren en in de toekomst (onderdelen van) de BFCW organisatie te verzelfstandigen. Bij een BV wordt de BFCW organisatie een zelfstandige onderneming die op afstand staat van de gemeente Hollands Kroon.

De keuze voor een rechtsvorm als BV sluit echter niet goed aan bij de primaire maatschappelijke doelstelling die de gemeente Hollands Kroon beoogt te behalen. De gemeente Hollands Kroon wil dat het behalen en uitkeren van winst in principe geen aspect is dat van overwegende c.q. doorslaggevende betekenis is voor de keuze van een rechtsvorm. BFCW heeft een belangrijk maatschappelijk doel, te weten het behoud en de promotie van de handel in Nederlandse vis in Den Oever. Hetgeen een bijdrage zal leveren aan de brede welvaart in de regio, wat essentieel is voor de lokale economie en cultuur. Door de handel in vis onder de aandacht te brengen, en een plek te bieden voor handel in de voor de markt ondergewaardeerde vissoorten

ondersteund BFCW niet alleen de lokale vissers, maar ook de gemeenschap bij duurzame visserijpraktijken en geven we maximaal bekendheid aan de waarde van lokale producten. Dit versterkt de verbinding tussen de regio en zijn rijke maritieme tradities. De hoofddoelstelling van BFCW blijft het creëren van maatschappelijke waarde.
Gelet op de maatschappelijke doelstellingen heeft de keuze voor de BV op dat punt als rechtsvorm op dit moment niet meerwaarde boven de keuze voor de stichting. Bovendien kan een stichting later nog worden omgezet naar een BV.

Staatssteun
Voor de beoordeling of sprake is van ongeoorloofde staatssteun en de vraag hoe rechtmatig financiering kan worden verstrekt aan BFCW, is de rechtsvorm irrelevant. Voor het staatssteunkader maakt het niet uit of de gemeente kiest voor een BV of een stichting. In beide gevallen zal sprake zijn van staatssteun wanneer aan de vereisten in artikel 107 VWEU wordt voldaan.
Onzes inziens kwalificeert de beoogde financiering (zij het via aandelen zij het via subsidie) als staatssteun. Het voldoet aan de vereisten in artikel 107 VWEU. Wij zien in de relevante vrijstellingsverordeningen geen geëigende grondslagen om financiële steun aan het BFCW te verstrekken. Wij adviseren om steun te verlenen in de vorm van een marktconforme lening, omdat bij een marktconforme lening geen sprake is van bevoordeling van een onderneming (en dan geen sprake kan zijn van staatssteun). Dit kan voor het gehele bedrag zijn.
Een andere mogelijkheid kan zijn om slechts voor het deel dat niet op grond van de reguliere de-minimis- of de DAEB-de-minimisverordening is vrijgesteld, een marktconforme lening te verstrekken, en voor het overige op grond van één die verordeningen financiële steun te verlenen (cumulatie mag niet). Let wel op: bij deze constructie (met gebruikmaking van een de-minimisverordeningen) moet aanvullend nog wel een algemeenbelangbesluit op grond van de Wet Markt en Overheid worden genomen, omdat anders sprake is van strijd met het bevoordelingsverbod op grond van deze wet. Daarnaast moet, wanneer de gemeente gebruik wil maken van de hogere drempel die geldt voor DAEB's (max. 750.000,-- euro in 3 belastingjaren), een DAEB-besluit worden genomen door de gemeente. Bij gebruikmaking van de reguliere de-minimisverordening (tot bedrag tot 300.000,-- euro in 3 belastingjaren), hoeft geen aanvullend DAEB-besluit te worden genomen.

Wet Markt en Overheid
De Wet Markt en Overheid bevat vier gedragsregels, die een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen moeten creëren. Met name de gedragsregel betreffende het verbod om eigen overheidsbedrijven te bevoordelen (middels subsidie), dat geldt op grond van de Wet Markt en Overheid, werpt een drempel op voor het onderhavige initiatief. Hieruit volgt dat de gemeente zijn eigen overheidsbedrijf niet met subsidie (of anderszins) mag bevoordelen. Om de gedragsregels buiten toepassing te laten, dient de gemeenteraad een algemeenbelangbesluit te nemen in de zin van artikel 25h lid 5 van de Wet M&O. Zonder een dergelijk besluit, kan de gemeente hooguit een marktconforme lening aan BFCW als financiering verstrekken voor het gehele bedrag dat BFCW nodig heeft. Let wél op, in het algemeenbelangbesluit dient een toereikende motivering te worden opgenomen omtrent het daarmee te dienen algemene belang.

Aanbestedingsregels
Wij concluderen dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn, omdat sprake is van quasi-inbesteding. Hierdoor is sprake van vrijstelling van de aanbestedingsregels.

Tot slot
Wij menen in dit advies alle vragen van de gemeente te hebben beantwoord. Vanzelfsprekend zijn wij beschikbaar voor overleg of nadere vragen.

Tanger Advocaten N.V.
F.W. Horstman, advocaat
M. de Waal, advocaat
N.J. Stephan, advocaat