PELS RIJCKEN

Advies in concept

voor	Dagelijks Bestuur (Gemeentelijke Kredietbank Drenthe)
van	Menno Stoffer, Christina Muntinghe en Rik den Boer
datum	13 oktober 2023
inzake	Fase 2 - Advies verzelfstandiging GKBD
zaaknr	11020860

1 Inleiding en vraagstelling

1.1 U heeft ons verzocht te adviseren over de verzelfstandiging van de Gemeentelijke Kredietbank Drenthe ("**GKBD**"). De GKBD heeft de vorm van een gemeenschappelijke regeling die is ingesteld door de gemeenten Assen, Hoogeveen en Meppel. Daarnaast nemen elf andere gemeenten diensten af van de GKBD op basis van een dienstverleningsovereenkomst ("**DVO-gemeenten**").

1.2 Naar wij begrijpen is de omzet die door de GKBD wordt gegenereerd voor de gemeenten Assen, Hoogeveen en Meppel beduidend lager dan 80%, waardoor niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op 'quasi-inhouse' opdrachtverlening.[1] Dit maakt dat sprake is van een aanbestedingsrechtelijk onrechtmatige – en daarmee ongewenste – situatie. Daarover bent u in het voorjaar meermaals geadviseerd door PlasBossinade, en recent door ons (zie **bijlage**).[2] Ook speelt mee dat de GKBD in haar huidige opzet verlieslatend is en tekorten worden bijgelegd door de gemeenten die deelnemen in de gemeenschappelijke regeling.

1.3 U heeft het voornemen deze situatie te beëindigen. Daartoe heeft u het voorlopig besluit genomen de gemeenschappelijke regeling te ontbinden en de GKBD te verzelfstandigen. U voorziet de verzelfstandiging zo dat de gemeenschappelijke regeling wordt ontbonden en dat de activiteiten van de GKBD worden ondergebracht in een privaatrechtelijke rechtspersoon waarop de gemeenten (aanbestedende diensten) gezamenlijk toezicht houden als ware het hun eigen diensten, opdat in de toekomst een geslaagd beroep kan worden gedaan op 'quasi-inhouse' opdrachtverlening.

---

[1] Wij zijn niet bekend met het exacte percentage en de daarbij gehanteerde berekeningsmaatstaf (o.b.v. gemiddelde totale omzet over de afgelopen drie jaar of een andere op activiteit gebaseerde maatstaf, vgl. artikel 2.24b lid 3 jo. 2.24a lid 4 en 5 Aanbestedingswet) van de activiteiten die de GKBD voor Assen, Hoogeveen en Meppel verricht en het percentage van de activiteiten dat zij voor de DVO-gemeenten verricht. Gelet op uw toelichting, nemen wij in deze notitie tot uitgangspunt dat het percentage activiteiten voor Assen, Hoogeveen en Meppel op dit moment beduidend lager ligt dan 80%.

[2] Bij e-mail van vrijdag 8 september 2023.

1.4 In dit advies geven wij antwoord op de volgende vragen:

i. Aan welke aanbestedingsrechtelijke vereisten moet zijn voldaan om de (activiteiten van de) GKBD, na verzelfstandiging, rechtmatig voort te zetten?
ii. Aan welke vereisten moet op basis van het financieel toezichtrecht zijn voldaan om de (activiteiten van de) GKBD, na verzelfstandiging, rechtmatig voort te zetten?

1.5 Onderstaand treft u een managementsamenvatting aan, waarin wij deze vragen beantwoorden. Conform uw verzoek schenken wij daarbij ook aandacht aan de vraag hoe in een verzelfstandige organisatie kan worden geregeld dat sprake is van een gezonde risicospreiding tussen de deelnemende gemeenten (§1.6 en 1.7). Daarnaast geven wij aan onder welke voorwaarden de DVO-gemeenten kunnen deelnemen in een verzelfstandigde organisatie (§ 1.8). Hoe een concreet voorstel richting de huidige DVO-gemeenten er precies uit moet zien – en welke (financiële) afspraken en risicoverdeling daarbij in de rede liggen – is afhankelijk van de op basis van het onderhavige advies te maken keuzes in fase 3, waarbij wij op dit punt op voorhand aantekenen dat hierin veel flexibiliteit bestaat, bijvoorbeeld ten aanzien van het aanzuiveren van mogelijke exploitatietekorten.

MANAGEMENTSAMENVATTING

Opmerking vooraf

1.6 Vooraf merken wij op dat het aanbestedingsrecht geen specifieke privaatrechtelijke rechtsvorm voorschrijft om een geslaagd beroep te kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering. Ook een publiekrechtelijke rechtsvorm is mogelijk. De (hierna te bespreken) criteria voor quasi-inhouse opdrachtverlening zijn in beide gevallen gelijk. Omzetting van de gemeenschappelijke regeling GKBD naar een privaatrechtelijke rechtspersoon is dus niet noodzakelijk is om de huidige aanbestedingsrechtelijke bezwaren weg te nemen. Er is derhalve de keuze om de GKBD na verzelfstandiging onder te brengen in een nieuwe privaatrechtelijke rechtspersoon of deze vorm te geven door aanpassing van de huidige gemeenschappelijke regeling op een zodanige wijze dat de DVO-gemeenten die betrokken willen blijven daarin toetreden.

1.7 In beide gevallen bestaat er ruimte om één of meer gemeenten een grotere rol te geven in (het toezicht op) de dagelijkse gang van zaken van de nieuwe GKBD, zonder dat deze gemeenten ook meer financiële verantwoordelijkheid dragen. Het aanbestedingsrecht stelt geen voorwaarden aan de financiële afspraken tussen de participerende gemeenten of de wijze waarop zij hun risico's spreiden, mits wordt voldaan aan de criteria voor quasi-inhouse opdrachtverlening.

Aanbestedingsrechtelijke vereisten (antwoord op uw vraag i)

1.8 Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief moet worden voldaan aan drie criteria voor quasi-inhouse opdrachtverlening, te weten: het toezichtcriterium, het

merendeelcriterium en het verbod op deelname van privaat kapitaal. Om een robuust beroep op quasi-inhouse opdrachtverlening mogelijk te maken betekent dit concreet dat aan de volgende voorwaarden moet worden voldaan:

Gemeenten die deelnemen in de nieuwe rechtspersoon:

- De deelnemende gemeenten moeten gezamenlijk in staat zijn om beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de nieuwe rechtspersoon.
- Iedere deelnemende gemeente – ook een minderheidsaandeelhouder – moet *in de praktijk effectief*, *structureel* en *functioneel toezicht* (kunnen) uitoefenen op de nieuwe rechtspersoon.
- Iedere deelnemende gemeente moet vertegenwoordigd zijn in de besluitvormingsorganen van de nieuwe rechtspersoon. Het is mogelijk dat een en dezelfde persoon meerdere gemeenten vertegenwoordigt.
- Hoe meer (veto-)rechten iedere deelnemende gemeente verkrijgt, en hoe ingrijpender de aard van die rechten, hoe effectiever het toezicht zal zijn en hoe robuuster het beroep op de quasi-inhouse uitzondering
- Uit de statutaire doelstelling van de nieuwe rechtspersoon moet blijken dat geen andere belangen worden nagestreefd dan die van de deelnemende gemeenten. Ook zou bepaald kunnen worden dat de nieuwe rechtspersoon niet mag inschrijven op aanbestedingen (van niet-deelnemende gemeenten).
- Meer dan 80% van de activiteiten van de nieuwe rechtspersoon moet de uitvoering van taken behelzen die haar door de deelnemende gemeenten worden toegewezen. Om dit te borgen zullen DVO's met niet-deelnemende gemeenten moeten worden beëindigd (een enkele uitzondering daargelaten).
- Wij raden aan dat de deelnemende gemeenten hun huidige DVO's met GKBD beëindigen en (onderhands) overeenkomsten met de nieuwe rechtspersoon sluiten met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

Gemeenten die niet deelnemen in nieuwe rechtspersoon:

- Gemeenten die niet deelnemen in de nieuwe rechtspersoon zullen geen geslaagd beroep kunnen doen op quasi-inhouse opdrachtverlening. U gaf aan dat nu reeds sprake is van een aanbestedingsrechtelijk ongewenste situatie. In die zin verandert er voor de niet-deelnemende gemeenten weinig: er was en blijft sprake van een situatie met aanbestedingsrisico's.
- Bij een overstap in de dienstverlening van de huidige GKBD naar de nieuwe rechtspersoon zal de DVO met een niet-deelnemende gemeente in rechte vernietigd kunnen worden omdat de wijziging aan de zijde van de opdrachtnemer waarschijnlijk kwalificeert als ontoelaatbare 'wezenlijke wijziging'. Dit vormt een aanvullend aanbestedingsrisico bovenop de bestaande aanbestedingsrisico's.
- Bestaande DVO's zullen zo spoedig mogelijk beëindigd moeten worden om te borgen dat de nieuwe rechtspersoon aan het merendeelcriterium voldoet.

- Niet-deelnemende gemeenten hebben geen zekerheid dat zij in de toekomst gebruik kunnen blijven maken van de dienstverlening door de GKBD/ nieuwe rechtspersoon. Zij lopen hierbij namelijk op tegen twee juridische obstakels indien zij (onderhands) een nieuwe overeenkomst zouden willen sluiten:
  - De dienstverlening moet conform de regels van het aanbestedingsrecht worden gegund. Boven de drempelwaarde zal er Europees moeten worden aanbesteed.
  - Het is de vraag of de nieuwe rechtspersoon – gelet op statutaire beperkingen – op een dergelijke aanbesteding kan/mag inschrijven.

Vereisten op basis van financieel toezichtrecht (antwoord op uw vraag ii)

1.9 Wij nemen aan dat de GKBD op dit moment gebruik maakt van een in de Wet op het financieel toezicht opgenomen uitzonderingsregeling voor gemeentelijke kredietbanken ingesteld op basis van een gemeenschappelijke regeling, op grond waarvan zij niet vergunningplichtig is voor het aanbieden van krediet en niet onder toezicht staat van de AFM. Van een dergelijke uitzonderingsregeling kan ook gebruik worden gemaakt als de GKBD wordt voortgezet in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De privaatrechtelijke rechtspersoon dient dan (net als de GKBD nu) te beschikken over een reglement waarin de naleving van een aantal wettelijke normen is gewaarborgd, en de inrichting van het toezicht op de naleving van dat reglement dient aan specifieke voorwaarden te voldoen.

Vervolg

1.10 Hierna volgt een toelichting op onze antwoorden. Op basis van dit advies zullen wij in een separaat vervolgadvies adviseren over de concreet te nemen stappen die nodig zijn om de verzelfstandiging succesvol uit te voeren.

*****

2 Voorwaarden verzelfstandiging vanuit het aanbestedingsrecht

2.1 Inleiding

2.1.1 Het aanbestedingsrecht is van toepassing op 'overheidsopdrachten', dat wil zeggen schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Uitgangspunt is dat (ook) overheidsopdrachten tussen twee aanbestedende diensten moeten worden aanbesteed indien de waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt.[3]

[3] HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), r.o. 42.

2.1.2 Het Hof van Justitie EU ("**HvJ EU**") heeft echter enkele – restrictief uit te leggen – uitzonderingen op dit uitgangpunt aangenomen, waaronder de zogenoemde 'quasi-inhouse' uitzondering. Dit leerstuk is inmiddels gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en de nationale Aanbestedingswet.[4]

2.1.3 Het is voor aanbestedende diensten mogelijk om onderhands overheidsopdrachten te verstrekken aan een nieuwe – nog op te richten – privaatrechtelijke rechtspersoon ("**Nieuwe GKBD**"), indien cumulatief aan de volgende criteria voor quasi-inhouse-opdrachtverlening wordt voldaan:[5]

1. **het toezichtcriterium**: de aanbestedende diensten oefenen gezamenlijk op de Nieuwe GKBD toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
2. **het merendeelcriterium**: meer dan 80% van de activiteiten van de Nieuwe GKBD behelst de uitvoering van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten; en
3. **het ontbreken van privaat kapitaal**: er is geen directe participatie van privékapitaal in de Nieuwe GKBD.

2.1.4 De bewijslast dat aan deze criteria wordt voldaan rust op de aanbestedende diensten die gebruik willen maken van de quasi-inhouse uitzondering. Wij lichten deze criteria onderstaand nader toe.

> *Opmerking vooraf*
> Vooraf merken wij op dat het Europese aanbestedingsrecht geen voorwaarden stelt aan de financiële afspraken tussen de deelnemende aanbestedende diensten of de wijze waarop zij hun risico's spreiden; vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief staat het de deelnemende aanbestedende diensten vrij om hier een eigen invulling aan te geven, mits wordt voldaan aan de onder 2.1.3 genoemde criteria.
> Het Europese aanbestedingsrecht schrijft evenmin een specifieke privaatrechtelijke rechtsvorm (bijvoorbeeld een B.V. of stichting) voor om een geslaagd beroep te kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering. Ook een publiekrechtelijke rechtsvorm is mogelijk. Dit maakt dat omzetting van de gemeenschappelijke regeling GKBD naar een privaatrechtelijke rechtspersoon niet noodzakelijk is om de huidige aanbestedingsrechtelijke bezwaren weg te nemen. Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is denkbaar dat de DVO-gemeenten wordt verzocht zich aan te sluiten bij de bestaande gemeenschappelijke regeling. Op die wijze zou eveneens kunnen worden voldaan aan de voorwaarden van de quasi-inhouse uitzondering.
> Zoals opgemerkt in ons eerdere advies van 8 september jl. kunnen wij ons voorstellen dat er nog meer (en ons onbekende) overwegingen dan alleen aanbestedingsrechtelijke overwegingen een rol spelen bij de wens tot verzelfstandiging van de GKBD.
> In deze notitie gaan wij evenwel uit van de keuze voor oprichting van een nieuwe privaatrechtelijke rechtspersoon.

[4] Artikel 12 richtlijn 2014/24/EU en artikelen 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet.
[5] Artikel 2.24b Aanbestedingswet.

2.2 Toezichtcriterium

2.2.1 Bij het toezichtcriterium gaat het erom dat de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon zoals op hun eigen diensten. Het is niet vereist dat de aanbestedende diensten afzonderlijk een individuele toezichtsbevoegdheid hebben over de gecontroleerde rechtspersoon.[6]

2.2.2 Een louter formele deelneming van een aanbestedende dienst in de gecontroleerde rechtspersoon (bijvoorbeeld met het oog op een beroep de quasi-inhouse uitzondering) is echter niet voldoende; iedere aanbestedende dienst moet *effectief* kunnen deelnemen aan de uitoefening van het 'toezicht zoals op de eigen diensten'.[7]

2.2.3 Volgens het HvJ EU is er sprake van 'toezicht zoals op de eigen diensten' wanneer de opdrachtnemende entiteit (hier: de Nieuwe GKBD) onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet daarbij gaan om de mogelijkheid om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen van die entiteit. Met andere woorden: de aanbestedende dienst moet op die entiteit een *structureel* en *functioneel toezicht* kunnen uitoefenen.[8]

2.2.4 Of een aanbestedende dienst op een gecontroleerde rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, moet worden beoordeeld in het licht van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. De in aanmerking te nemen factoren omvatten niet alleen de feitelijke omstandigheden, maar ook de toepasselijke wetgeving en met name de in de statuten van de rechtspersoon opgenomen toezichtsmechanismen.[9]

> Voorbeeld: In de recente zaak *AVR-Twence* stond ter discussie of een beroep op de quasi-inhouse uitzondering mogelijk is in een situatie waarin *op papier* weliswaar sprake is van gezamenlijk toezicht, maar dat toezicht *in de praktijk* wellicht niet effectief is.[10] De rechtbank Overijssel merkte hierover op voorhand op dat 'het feit dat één of enkele gemeenten zich niet kunnen vinden in voorgenomen besluiten of procedures en dat er interne discussies zijn, niet [betekent] dat voldoende toezicht ontbreekt.'[11]

---

6 O.a. HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*) r.o. 30.

7 HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*) r.o. 27 e.v. Het HvJ EU geeft in het Econord-arrest aan dat het uitgeoefende toezicht niet uitsluitend kan berusten op de toezichtsbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip 'gezamenlijk toezicht' anders zou worden uitgehold.

8 O.a. HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*), r.o. 27.

9 HvJ EU 22 deceomber 2022, C-383/21 en C-384/21 (Sambre & Biesme), r.o. 67.

10 Zie rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (*AVR/Twence*), r.o. 4.10-4.14 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7065 (*AVR/Twence*). De rechtbank Overijssel oordeelde in deze zaak dat de aandeelhoudende gemeenten in ieder geval op papier gezamenlijk toezicht kunnen houden als op hun eigen diensten. De rechtbank stelt vervolgens voorop dat moet worden beoordeeld of het toezicht van de gezamenlijke (aandeelhoudende) gemeenten voldoende effectief is. Volgens de rechtbank kan er 'in beginsel' van uit worden gegaan dat conform de statuten wordt gehandeld. Concurrent AVR heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

11 Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (*AVR/Twence*), r.o. 4.12.

2.2.5 Het feit dat het volledig kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen is van de controlerende aanbestedende diensten '[lijkt] er in beginsel op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten'.[12] Dit is echter niet doorslaggevend.[13]

Aanvullende voorwaarden voor gezamenlijk toezicht

2.2.6 De aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU stelt nadere voorwaarden aan het gezamenlijk toezicht dat wordt uitgeoefend als op de eigen diensten. Deze voorwaarden zijn nationaal geïmplementeerd in artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet, dat als volgt luidt.

> *Artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet 2012*
> 'Aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen […], indien:
> a. de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen,
> b. deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
> c. de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.'

Gezamenlijk toezicht – voorwaarde a.

2.2.7 Uit *het Sambre&Biesme-ar*rest[14] blijkt dat bovenstaande voorwaarde van artikel 2.24b lid 2 sub a Aanbestedingswet – inzake de *vertegenwoordiging* van aanbestedende diensten die samen toezicht uitoefenen – een (nieuw) autonoom vereiste is om beslissende invloed te kunnen uitoefen op de gecontroleerde rechtspersoon. Volgens het HvJ EU betekent dit dat de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde

---

12 HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 57.

13 HvJ EU van 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*), r.o. 37 e.v. en HvJ EU van 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), r.o. 37. In de jurisprudentie van het HvJ EU zijn in de loop der jaren onder meer de volgende omstandigheden relevant geacht:
- plicht om toegewezen opdrachten uit te voeren (geen mogelijkheid om te weigeren);
- geen mogelijkheid om vrijelijk tarief voor activiteiten vast te stellen;
- de aard van de betrekking met de aanbestedende diensten (al dan niet van contractuele aard) (zie: HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (Asemfo), r.o. 60);
- de aard en het type van de rechtspersoon;
- de verruiming van het maatschappelijke doel;
- de (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal;
- de (on-)mogelijkheid tot territoriale uitbreiding van de activiteiten;
- de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd (zie: HvJ EG 13 oktober 2005, C-485/03 (Parking Brixen), r.o. 67);
- het houderschap van het kapitaal;
- de samenstelling van de beslissingsorganen;
- de omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur (zie: HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel), r.o. 39);
- de toepasselijke wettelijke regeling;
- de vraag of de betrokken entiteit marktgericht is;
- statutair voorziene mechanismen voor toezicht (zie: HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea), r.o. 66).

14 HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 70.

rechtspersoon moeten zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten[15]

[15] HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 56.

2.2.8 Een deelnemende aanbestedende dienst moet dit toezicht bovendien uitoefenen via een als vertegenwoordiger van die aanbestedende dienst zelf optredend lid van de besluitvormingsorganen. Aan dit vereiste kan niet worden voldaan via een lid van de besluitvormingsorganen dat daar alleen zitting in heeft als vertegenwoordiger van een andere aanbestedende dienst.[16] Wel is het mogelijk dat een en dezelfde persoon verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigt.[17]

> *Voorbeeld: vertegenwoordiging bij een B.V. of N.V.*
> Uit de hiervoor reeds aangehaalde *AVR-Twence* zaak blijkt dat de vertegenwoordiging van de deelnemende aanbestedende diensten in een besloten vennootschap (B.V.) als volgt geregeld zou kunnen worden:
> 'De Raad van Commissarissen van Twence Holding wordt benoemd door de AvA, en dus enkel en alleen door de aandeelhoudende gemeenten, welke Raad van Commissarissen het bestuur benoemt. Het bestuur van Twence Holding vertegenwoordigt Twence Holding in de AvA van AVI Twente en Twence Bioconversie. Daarmee zijn de aanbestedende diensten vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersonen.'[18]
> Een ander voorbeeld kan gevonden worden in de zaak *AVR- N.V. BAR*,[19] waarin zowel het bestuur als de raad van commissarissen van de naamloze vennootschap Irado op grond van haar statuten werd benoemd door haar aandeelhouders. De rechtbank Rotterdam oordeelde daarover als volgt:
> 'Op grond van de statuten benoemt NV BAR [*NV BAR is een aanbestedende dienst, red. PRDF*] in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Irado samen met de andere aandeelhouders, die ook aanbestedende diensten zijn, het bestuur en de raad van commissarissen van Irado. Uit de aandeelhoudersovereenkomst volgt dat de commissarissen te gelden hebben als benoemd door alle aandeelhouders en dat zij het vertrouwen genieten van alle aandeelhouders. Daarmee is NV BAR naar het oordeel van de rechtbank vertegenwoordigd in de besluitvormende organen van Irado. Daaraan doet niet af dat het bestuur in theorie […] benoemd kan worden zonder instemming van NV BAR.'

Gezamenlijk toezicht – voorwaarde b.

2.2.9 De deelnemende aanbestedende diensten moeten in de praktijk daadwerkelijk effectief gezamenlijk toezicht (kunnen) uitoefenen. In de Europese jurisprudentie is nog niet uitgekristalliseerd welke mate van gezamenlijke deelname aan de besluitvormingsorganen voldoende is om van effectief gezamenlijk toezicht te spreken. In nationale jurisprudentie[20] is wel aangenomen dat het houden van een bijzonder aandeel – waarbij bij specifieke belangrijke besluitvorming steeds voorafgaande toestemming van de houder van dit bijzondere aandeel moest worden verkregen – voldoende was om van het vereiste gezamenlijke toezicht te spreken.

---

16 HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 62 en 73.
17 HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 56-57.
18 Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (AVR/Twence), r.o. 4.11.
19 Rechtbank Rotterdam 23 december 2020, ECLI :NL:RBROT:2020:12395 (*AVR/ NV BAR*), r.o. 2.7 en 5.13.
20 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Fryslân Miljeu*).

2.2.10 Voor aanbestedende diensten met een (relatief) beperkt aandelenbelang kan – bijvoorbeeld via diverse bijzondere zeggenschapsrechten – worden geborgd dat zij effectief toezicht kunnen uitoefenen. Het spreekt voor zich dat hoe meer (veto-) rechten iedere deelnemende aanbestedende dienst verkrijgt, en hoe ingrijpender de aard van die rechten, hoe effectiever het toezicht zal zijn en hoe robuuster het beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

Gezamenlijk toezicht voorwaarde c.

2.2.11 Tot slot wordt bepaald dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen mag nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. Als de gecontroleerde rechtspersoon activiteiten gaat ontplooien die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten – bijvoorbeeld door zich op de reguliere markt te richten en over een bepaalde mate van zelfstandigheid te beschikken – dan kan daarmee de voorwaarde van 'toezicht als op eigen diensten' onzeker worden. Om te bepalen of sprake is van marktgerichtheid, dient te worden nagegaan welke geografische en materiële omvang de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon hebben en of de rechtspersoon de mogelijkheid heeft betrekkingen aan te gaan met anderen dan de controlerende aanbestedende diensten. Een indicatie van marktgerichtheid kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de rechtspersoon taken gaat ontplooien buiten de aanvankelijke activiteitensfeer (bijvoorbeeld buiten de nagestreefde doelen zoals vastgelegd in zijn statuten) en buiten de geografische omvang van de controlerende aanbestedende diensten.[21] Dit neemt niet weg dat de gecontroleerde rechtspersoon betrekkingen met andere partijen mag aangaan, mits die bijkomstig zijn (max. 20%) ten opzichte van de hoofdactiviteit.

2.2.12 Om het beroep op quasi-inhouse zo robuust mogelijk te maken, zouden de statuten van de Nieuwe GKBD kunnen voorzien in een beperkte doelstelling, bijv. uitsluitend gericht op het uitvoeren van diensten waarvoor de controlerende gemeenten wettelijk verantwoordelijkheid dragen.

2.2.13 Ook zou uit de statutaire doelstelling moeten blijken dat de Nieuwe GKBD geen andere belangen nastreeft dan die van de haar controlerende aanbestedende diensten; concreet betekent dit dat de Nieuwe GKBD geen commerciële doelen mag nastreven. Verder zouden beperkingen kunnen worden opgelegd ten aanzien van de mogelijkheid voor de Nieuwe GKBD om in te schrijven op aanbestedingen, bijvoorbeeld door te bepalen dat deelname aan aanbestedingen (met een geraamde opdrachtwaarde boven een bepaald bedrag) voorafgaande toestemming van de controlerende aanbestedende diensten vergt. Bijkomend voordeel hiervan is dat daardoor tevens aan het – hierna in § 2.3 beschreven – merendeelcriterium wordt voldaan.

---

[21] HvJ EU van 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*), r.o. 36 e.v. en HvJ EU van 10 september 2009, C573/07 (*Sea*), r.o. 73 e.v.

2.3 Merendeelcriterium

2.3.1 De tweede voorwaarde voor een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering is het zogenoemde merendeelcriterium. Het vereiste dat de gecontroleerde rechtspersoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de overheidsinstanties die toezicht op hem houden, heeft tot doel te waarborgen dat de aanbestedingsrichtlijn van toepassing blijft in situaties waarin een dergelijke onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Indien deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de toezichthoudende aanbestedende diensten, acht het HvJ EU het gerechtvaardigd dat de aanbestedingsrichtlijn – die bedoeld is ter bescherming van de mededinging – niet op deze onderneming van toepassing is, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.[22]

2.3.2 Aan dit criterium wordt voldaan indien meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon (Nieuwe GKBD) de uitvoering van taken behelst die door de controlerende aanbestedende diensten aan haar zijn toegewezen.[23]

2.3.3 Alle werkzaamheden die door de gecontroleerde rechtspersoon worden verricht voor personen die geen enkele toezichtrelatie met hem hebben moeten worden geacht te zijn verricht voor derden. Dit geldt ook als het om overheidsinstanties gaat.[24]

> **NB.** Uit de Gemeenschappelijke Regeling Gemeentelijke Kredietbank Drenthe[25] begrijpen wij dat de GKBD bewindvoerders en curatoren beschikbaar stelt aan rechtbanken (op grond van de Fw) en bewindvoerders (op grond van BW) beschikbaar stelt aan kantongerechten. Uit de regeling blijkt ook dat de kosten van de dienstverlening en activiteiten van de bank op basis van een uitvoeringsovereenkomst in rekening worden gebracht bij de desbetreffende gemeenten en/of overige opdrachtgevers. Indien beoogd is dat de Nieuwe GKBD deze diensten blijft uitvoeren voor rechtbanken en kantongerechten, zullen deze mogelijk kwalificeren als diensten voor 'derden'. Dit vergt in voorkomend geval een nadere analyse.

2.3.4 Het activiteiten-percentage wordt bepaald aan de hand van alle taken die de gecontroleerde rechtspersoon voor de controlerende aanbestedende diensten tezamen uitvoert. De berekening van dit percentage vindt in uitgangspunt plaats op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.[26] Het is echter mogelijk om een alternatieve maatstaf toe te passen die is gebaseerd op de activiteit van de rechtspersoon.

---

22 Zie HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04, EU:C:2006:308 (*Carbotermo*), r.o. 60-62 en HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935 (*Undis*), r.o. 33.

23 Artikel 2.24b lid 1 sub b Aanbestedingswet. Die taken kunnen overigens ook zijn toegewezen door andere rechtspersonen die op hun beurt door diezelfde aanbestedende diensten worden gecontroleerd.

24 HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935 (*Undis*), r.o. 34. Het is niet relevant of de activiteiten worden verricht op basis van een via aanbesteding door Nieuwe GKBD verkregen opdracht.

25 Staatscourant 2016, nr. 1654 d.d. 13 januari 2016.

26 Artikel 2.24b lid 3 jo artikel 2.24a lid 4 Aanbestedingswet.

2.4 Geen participatie van privékapitaal

2.4.1 De derde voorwaarde luidt dat geen sprake mag zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. Directe participatie van privékapitaal geeft een onrechtmatig voordeel aan ondernemers ten opzichte van hun concurrenten; de opdracht wordt immers niet voor mededinging opengesteld.[27]

2.4.2 Het (statutair) expliciet uitsluiten van deelname van privaat kapitaal is als zodanig niet vereist om aan bovengenoemd criterium te voldoen. Indien in de toekomst sprake zou zijn van participatie van privékapitaal in de Nieuwe GKBD, zal dit ontegenzeggelijk afbreuk doen aan de quasi-inhouse relatie met de reeds deelnemende publieke partijen. Gelet op de wens om een beroep te kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering ligt het in de rede om (statutair) te regelen dat een dergelijke onwenselijke situatie zich niet zal kunnen voordoen.

2.5 Mogelijkheden voortzetting huidige dienstverlening

2.5.1 U gaf aan dat op dit moment sprake is van een ongewenste situatie, aangezien de omzet die door de GKBD wordt gegenereerd voor de gemeenten Assen, Hoogeveen en Meppel beduidend lager is dan 80%. Ten aanzien van opdrachtverlening aan de nieuwe private rechtspersoon – de Nieuwe GKBD – is het de bedoeling dat een geslaagd beroep kan worden gedaan op de quasi-inhouse voorwaarden, zodat vanaf dat moment sprake zal zijn van een aanbestedingsrechtelijk rechtmatige situatie.

2.5.2 De ontbinding van de gemeenschappelijke regeling GKBD en het onderbrengen van de activiteiten bij de Nieuwe GKBD heeft gevolgen voor de mogelijkheden tot voortzetting van de huidige dienstverlening. Dit lichten wij onderstaand toe.

> *Is een wijziging aan de zijde van opdrachtnemer een 'wezenlijke wijziging'?*
> Het HvJ EU heeft in het *Lerici*-arrest gespecificeerd dat als de opdrachtnemer van een overeenkomst die op basis van de quasi-inhouse uitzondering onderhands is gegund, wijzigt door rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel, er in uitgangspunt sprake is van een 'wezenlijke wijziging' van de oorspronkelijke overeenkomst.[28] Op grond van vaste jurisprudentie wordt aangenomen dat een 'wezenlijke wijziging' kwalificeert als een nieuwe opdracht die op zijn eigen aanbestedingsrechtelijke merites moet worden beoordeeld en dus mogelijk zal moeten worden aanbesteed.[29]
>
> Wordt er geen Europese aanbesteding gehouden terwijl dat wel had gemoeten, dan kan de – wezenlijk gewijzigde – overeenkomst in rechte

[27] Kamerstukken II, 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 39 en HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*) r.o. 49.
[28] HvJ EU 12 mei 2022, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372 (Comune di Lerici), r.o. 37 e.v. Volgens het HvJ EU kan geen beroep worden gedaan op de mogelijkheid die artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU (nationaal: artikel 2.163f Aanbestedingswet) biedt om een opdrachtnemer te vervangen, omdat de overeenkomst aanvankelijk niet is aanbesteed (r.o. 43).
[29] In het bijzonder HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext) en HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG). Gelet op artikel 73 van aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU is het uitgangspunt dat een wezenlijk gewijzigde overheidsopdracht moet worden beëindigd.

worden vernietigd op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet. Een dergelijke vordering moet worden ingesteld binnen zes maanden nadat de wezenlijke wijziging heeft plaatsgevonden.[30]

Uit het *Lerici*-arrest volgt dat er bij een wijziging van de opdrachtnemer (door rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel) alleen dan geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de lopende overeenkomst indien:

a. de oorspronkelijke overeenkomst openbaar is aanbesteed én een geslaagd beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 72 richtlijn 2014/24/EU (artikel 2.163f Aanbestedingswet), *of*
b. de oorspronkelijke overeenkomst onderhands is gegund op basis van de quasi-inhouse uitzondering en na de rechtsopvolging wordt nog steeds voldaan aan de voorwaarden van de quasi-inhouse uitzondering.

2.5.3 Wij maken een onderscheid tussen dienstverlening aan gemeenten die participeren in de Nieuwe GKBD en gemeenten die dat niet doen.

2.5.4 Ten aanzien van de eerstgenoemde gemeenten – die gezamenlijk toezicht zullen houden op de Nieuwe GKBD – geldt dat zij aannemelijk een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering zullen kunnen doen. Het ligt in de rede dat deze gemeenten hun huidige overeenkomsten met GKBD zullen beëindigen en onderhands nieuwe overeenkomsten zullen aangaan met de Nieuwe GKBD op basis van de quasi-inhouse uitzondering. Op deze wijze kan de dienstverlening aan deze gemeenten feitelijk worden voortgezet door de Nieuwe GKBD.

2.5.5 Dit ligt anders voor (DVO-)gemeenten die niet (wensen te) participeren in de Nieuwe GKBD; zij zullen in de toekomst geen beroep kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering. Naar u aangaf is ten aanzien van de huidige DVO-overeenkomsten reeds sprake van een aanbestedingsrechtelijk ongewenste situatie. In die zin verandert er dus weinig bij eventuele voortzetting van de dienstverlening door de Nieuwe GKBD aan deze gemeenten; er was en blijft sprake van een situatie met aanbestedingsrisico's. Wel kan de overeenkomst met de Nieuwe GKBD in rechte vernietigd worden omdat de overstap naar de Nieuwe GKBD gelet op het *Lerici*-arrest waarschijnlijk kwalificeert als een 'wezenlijke wijziging' van de oorspronkelijke DVO. Dit vormt een aanvullend aanbestedingsrisico bovenop de bestaande aanbestedingsrisico's.

2.5.6 Wij merken verder op dat het in de rede ligt dat DVO's met gemeenten die niet participeren in de Nieuwe GKBD zo spoedig mogelijk worden beëindigd. Het is immers de bedoeling dat het beroep op de quasi-inhouse uitzondering ten aanzien van de Nieuwe GKBD zo robuust mogelijk wordt gemaakt. Dienstverlening aan gemeenten die niet participeren in de Nieuwe GKBD kan maken dat (wederom) niet aan het merendeelcriterium wordt voldaan, waarmee ook de rechtmatigheid van de

[30] Artikel 4.15 lid 1 sub a jo artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet.

dienstverlening aan de participerende gemeenten op losse schroeven kan komen te staan. Dat dient uiteraard te worden voorkomen.

2.5.7 Indien een niet-deelnemende gemeente – na beëindiging van de huidige DVO met de GKBD – gebruik wil blijven maken van de dienstverlening van de Nieuwe GKBD, loopt zij tegen twee juridische obstakels op, namelijk:

- De gemeente zal de dienstverlening in uitgangspunt moeten aanbesteden indien de waarde van die dienstverlening boven de Europese drempelwaarde (voor SAS-diensten) ligt.[31] Ook beneden de drempelwaarde kan de Aanbestedingswet, o.a. Gids Proportionaliteit, en eventueel eigen aanbestedingsbeleid nopen tot het houden van een vorm van aanbesteding.
en
- Het is de vraag of de Nieuwe GKBD – gelet op statutaire beperkingen - kan/mag inschrijven op de betreffende aanbesteding.[32]

2.5.8 Concreet betekent dit dat gemeenten die niet deelnemen in de Nieuwe GKBD geen zekerheid hebben dat zij in de toekomst gebruik kunnen blijven maken van de dienstverlening van de (Nieuwe) GKBD.

3 Voorwaarden verzelfstandiging vanuit het financieel toezicht

3.1 Op basis van de Wet op het financieel toezicht ("**Wft**") is het verboden om in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.[33] Kredietaanbieders die een vergunning hebben, staan onder doorlopend (gedrags)toezicht van de AFM.[34] Voor gemeentelijke kredietbanken is in de Wft een uitzondering gemaakt. Indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan (zie hierna onder 3.2-3.3), hoeven gemeentelijke kredietbanken voor kredietverstrekking niet te beschikken over een vergunning voor zover zij krediet aanbieden in de uitoefening van hun publieke taak.[35] Zij staan in dat geval ook niet onder gedragstoezicht van de AFM.[36] De rechtsvorm van de gemeentelijke kredietbank staat vrij. Echter, de gekozen rechtsvorm heeft gevolgen voor de manier waarop aan de uitzonderingsregels moet worden voldaan.

3.2 Een gemeentelijke kredietbank die is ingesteld op basis van een gemeenschappelijke regeling zonder privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, is niet vergunningplichtig voor

---

31 De Europese drempelwaarde voor SAS-diensten bedraagt nu € 750.000. Deze drempelwaarde zal per 1 januari 2024 worden aangepast. De nieuwe drempelwaarde is op dit moment nog niet bekend.
32 Wellicht kunnen de gemeenten die in de Nieuwe GKBD participeren toestaan dat de Nieuwe GKBD dienstverlening blijft bieden aan een beperkt aantal (kleine) gemeenten, zodanig dat het voldoen aan het merendeelcriterium niet onder druk komt te staan. In deze situatie zijn de betreffende (kleine) gemeenten *de facto* overgeleverd aan de welwillendheid van de gemeenten die participeren in de Nieuwe GKBD.
33 Artikel 2:60, eerste lid, Wft. Van "krediet" is sprake als aan een consument een geldsom ter beschikking wordt gesteld, ten zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten.
34 Artikel 4:1 e.v. Wft.
35 Zie artikel 2:61, tweede lid, Wft.
36 Zie artikel 4:2 Wft.

het aanbieden van krediet (en staat dan ook niet onder toezicht van de AFM) als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. Voor de bedrijfsvoering van een gemeentelijke kredietbank wordt door de betrokken gemeenteraden van de aan de regeling deelnemende gemeenten een reglement vastgesteld, waarin voor het aanbieden van krediet in het kader van het uitoefenen van de publieke taak van de gemeentelijke kredietbank ten minste voorschriften staan opgenomen die overeenkomen met de materiële voorschriften die gelden voor vergunninghoudende kredietaanbieders.[37]
2. Op de naleving van de regeling als bedoeld onder 1. wordt toezicht gehouden. Dat toezicht wordt uitgeoefend door het algemeen bestuur van de gemeentelijke kredietbank.[38]

   NB. Wij veronderstellen dat de GKBD in haar huidige opzet gebruik maakt van de uitzonderingsregeling en voldoet aan bovenstaande voorwaarden.

3.3 Heeft de gemeentelijke kredietbank een privaatrechtelijke rechtsvorm (zoals een stichting of besloten vennootschap), dan gelden de volgende voorwaarden:

1. Voor de bedrijfsvoering van een gemeentelijke kredietbank wordt een reglement vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders, waarin voor het aanbieden van krediet in het kader van het uitoefenen van haar publieke taak ten minste voorschriften staan opgenomen die overeenkomen met de materiële voorschriften die gelden voor vergunninghoudende kredietaanbieders;[39] en
2. de meerderheid van het bestuur wordt benoemd op voordracht van een gemeenteraad of een college van burgemeester en wethouders van een of meer gemeenten waarvoor de gemeentelijke kredietbank werkzaamheden verricht;
3. de meerderheid van de Raad van Toezicht wordt benoemd op voordracht van een gemeenteraad of van een college van burgemeester en wethouders van een of meer gemeenten waarvoor de gemeentelijke kredietbank werkzaamheden verricht;
4. de jaarrekening en begroting van de gemeentelijke kredietbank worden goedgekeurd door een gemeenteraad of door een van burgemeester en wethouders van een of meer gemeenten waarvoor de gemeentelijke kredietbank werkzaamheden verricht.[40]

---

37 Zie artikel 4:37, eerste lid Wft.
38 Zie artikel 4:37, tweede lid aanhef en onder a, Wft. Het algemeen bestuur legt overigens op grond van de Wet financiering decentrale overheden verantwoording af aan de betrokken gemeenten, vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr.19, p. 526.
39 Zie artikel 4:37, eerste lid Wft.
40 Artikel 4:37, tweede lid aanhef en onder b, Wft.

3.4 De onder ad. 2-4 genoemde vereisten zijn niet van toepassing indien een negatief exploitatiesaldo wordt aangezuiverd door één of meer gemeenten waarvoor de gemeentelijke kredietbank werkzaam is.

NB. Uit de wettekst blijkt niet duidelijk of de hierboven beschreven voorwaarden onder § 3.3 ad 2-4 cumulatief of alternatief zijn geformuleerd. Op basis van de wetsgeschiedenis is goed verdedigbaar dat aanspraak kan worden gemaakt op de uitzonderingsregeling als aan één van de voorwaarden onder 2-4 is voldaan. Echter, die lezing kan niet zonder meer worden aangenomen en het risico bestaat dat de AFM zal bepleiten dat aan alle drie de vereisten moet zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op de uitzondering van de vergunningplicht en het gedragstoezicht.
Wij vermoeden dat het in het onderhavige geval niet bezwaarlijk zal zijn om aan alle drie de voorwaarden te voldoen en zo de kans op overtreding van de Wft bij voorbaat weg te nemen; om te voldoen aan het aanbestedingsrechtelijke toezichtcriterium zullen alle deelnemende aanbestedende diensten immers reeds vertegenwoordigd moeten zijn in de besluitvormingsorganen (zie § 2.2 van dit advies).