

Notitie

voor Stuurgroep Spaarnelanden
cc Robert Oosting, Spaarnelanden N.V. en Else Kingma, gemeente Haarlem
van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
datum 29 maart 2017
betreft Vormgeving juridische aansluiting Zandvoort DBOR - Spaarnelanden NV
zaaknr 11005292

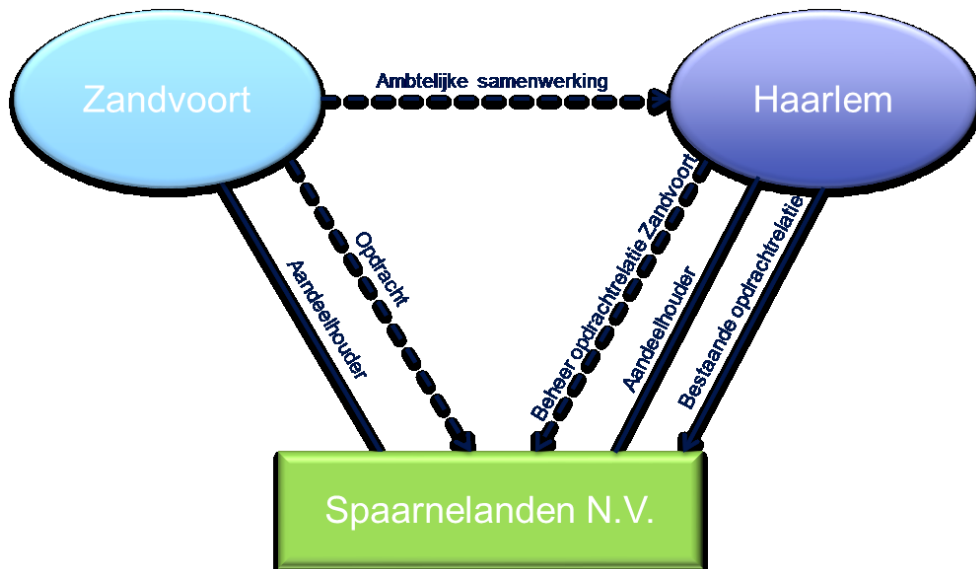
1 Inleiding

- 1.1 In deze notitie wordt de voorgestelde vormgeving van de juridische aansluiting van Dagelijks Beheer en Onderhoud en Reiniging (DBOR) van de gemeente Zandvoort bij Spaarnelanden NV beschreven. Deze notitie vormt onderdeel van de uitwerking van de voorgenomen ambtelijke fusie tussen de gemeentes Zandvoort en Haarlem. De inhoud van deze notitie vormt een beschrijving op hoofdlijnen die bedoeld is om besluitvorming door college en raad van beide gemeentes en door de directie van Spaarnelanden mogelijk te maken.
- 1.2 Alvorens nader in te gaan op de voorgestelde wijze van juridische aansluiting is het goed om te beseffen dat er een verschil is tussen de voorgenomen ambtelijke fusie tussen Zandvoort en Haarlem en de aansluiting van Zandvoort DBOR bij Spaarnelanden NV. De laatste overgang betreft in feite een verzelfstandigingsproces van de afdeling DBOR dat een zelfstandig juridisch vehikel noodzakelijk maakt.
- 1.3 Paragraaf 2 beschrijft de uitgangspunten en het aanbestedingsrechtelijk kader. In paragraaf 3 wordt de structuur beschreven waarbij Zandvoort DBOR overgaat naar Spaarnelanden NV en Zandvoort mede-aandeelhouder wordt van Spaarnelanden N.V. Paragraaf 4 beschrijft kort een alternatieve structuur (de joint venture BV) welke in de besprekingen aan bod is gekomen. Hierin wordt toegelicht waarom niet is gekozen voor deze variant. Bijlage I geeft een kort overzicht van de op te stellen documentatie in verband met de toetreding van Zandvoort als aandeelhouder in Spaarnelanden NV en de bijbehorende overgang van Zandvoort DBOR naar Spaarnelanden NV.

2 Uitgangspunten en aanbestedingsrechtelijk kader

2.1 De voorgestelde wijze van samenwerking is gebaseerd op de volgende aannames:

- Er dient voldaan te worden aan de geldende aanbestedingsrechtelijke criteria (waartoe de bestaande Haarlemse 'quasi in house constructie' wordt gehandhaafd);
- er wordt een langdurige samenwerking aangegaan welke wordt vastgelegd in (i) een contractuele opdrachtrelatie tussen Zandvoort en Spaarnelanden (stippellijn; welk contract beheerd zal worden door ambtenaren werkzaam bij Haarlem volgens het bestaande Haarlemse model) waarin de DBOR taken worden vastgelegd en (ii) een aandeelhoudersrelatie met invloed en zeggenschap;
- de DBOR mensen en activa/passiva gaan zoveel mogelijk over naar Spaarnelanden NV (mens volgt werk).



2.2 Als hoofdregel van de aanbestedingsregelgeving geldt dat het de gemeente Haarlem in uitgangspunt niet is toegestaan aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten voor de gemeente Zandvoort te verrichten, ook niet wanneer de gemeente Haarlem personeel van de gemeente Zandvoort heeft overgenomen. In de voorgestelde uitwerking wordt daarom gebruik gemaakt van een toegestane uitzondering op de hoofdregel.

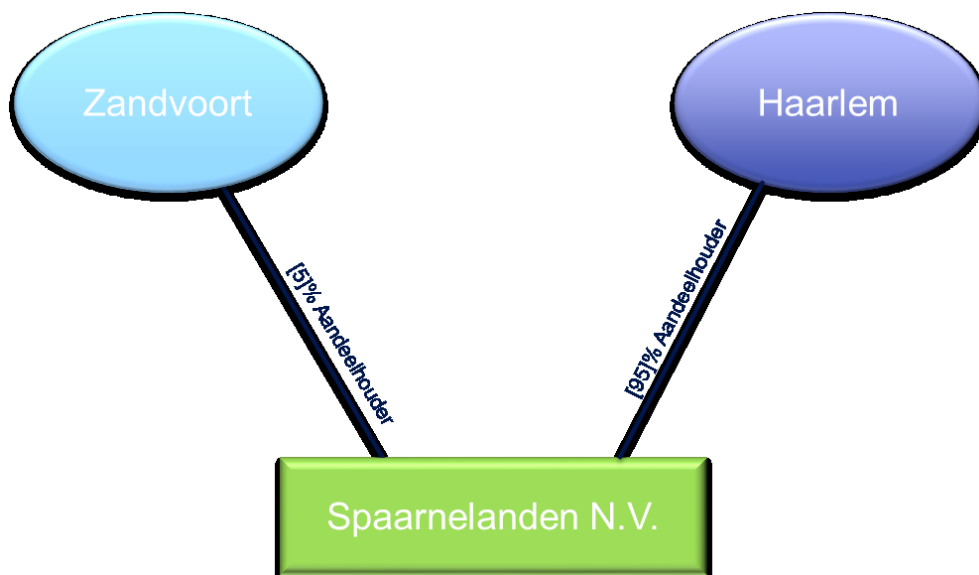
2.3 In casu wordt voorgesteld om gebruik te maken van - de thans reeds bestaande - toegestane 'quasi in house constructie' in de vorm van een publiek-private samenwerkingsvariant (NV of BV), die inhoudt dat een (i) gemeenschappelijke dienst wordt opgericht met uitsluitend publieke aandeelhouders en (ii) waarop beide gemeenten (aanbestedende diensten) toezicht houden (zeggenschap), en (iii) die voor

tenminste 80% (merendeel) voor de toezichthouders Haarlem en Zandvoort werkzaam is.

3 Zandvoort DBOR gaat over naar Spaarnelanden NV en gemeente Zandvoort wordt aandeelhouder van Spaarnelanden NV

3.1 Zoals hiervoor aangegeven veronderstelt een overdracht van DBOR activa (en passiva) een langdurige opdrachtrelatie. Immers, zonder meerjarige opdracht van Zandvoort aan Spaarnelanden NV zal laatstgenoemde niet geïnteresseerd zijn in een overname van die activa (en passiva).

3.2 Wanneer Zandvoort aandeelhouder wordt in Spaarnelanden NV - waarmee invulling wordt gegeven aan een van de vereisten van de 'quasi in house constructie'- dient Zandvoort te betalen voor de aan haar uit te geven aandelen. Dit kan in geld of in natura. De meest aangewezen route lijkt hier om nieuwe aandelen uit te geven in NV tegen inbreng in natura (de DBOR activa/passiva) door Zandvoort. Deze inbreng dient daartoe beschreven en gewaardeerd te worden. Ook is het noodzakelijk om een waardering van Spaarnelanden NV op te stellen voorafgaand aan de inbreng van de DBOR activa/passiva teneinde een goed beeld te krijgen van de waarde van een aandeel in NV. Vervolgens kan worden bepaald wat het aandelenpercentage is dat toekomt aan Zandvoort en in welke mate het belang van Haarlem 'verwatert' (dat wil zeggen vermindert ten gevolge van een uitgifte van nieuwe aandelen aan Zandvoort.).



3.3 De mate van zeggenschap in een NV of BV is in belangrijke mate afhankelijk van het gehouden belang (%) in die vennootschap. Dit volgt uit wettelijke bepalingen en kan nader worden vormgegeven in de statuten. Op basis van de eerste inventarisatie en waardering van activa zal Zandvoort een belang gaan houden in Spaarnelanden NV van circa 5% waarmee het belang van Haarlem verwatert van 100% naar circa 95%.

In casu zullen partijen na de voorlopige besluitvorming op hoofdlijnen nader dienen af te stemmen over de gewenste zeggenschap en de verdeling van bevoegdheden tussen de organen van de vennootschap en binnen die organen (zoals de algemene vergadering van aandeelhouders). In het verlengde hiervan dient te worden geregeld hoe de verschillende organen van de vennootschap zich tot elkaar verhouden en hoe de besluitvorming plaatsvindt (governance). Naast de statuten kunnen de mate van zeggenschap en onderlinge afspraken tussen aandeelhouders in nader detail worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst of reglementen. Dit is niet verplicht maar vaak wel nuttig. Het voordeel van een aandeelhoudersovereenkomst is dat deze niet openbaar is in tegenstelling tot statuten.

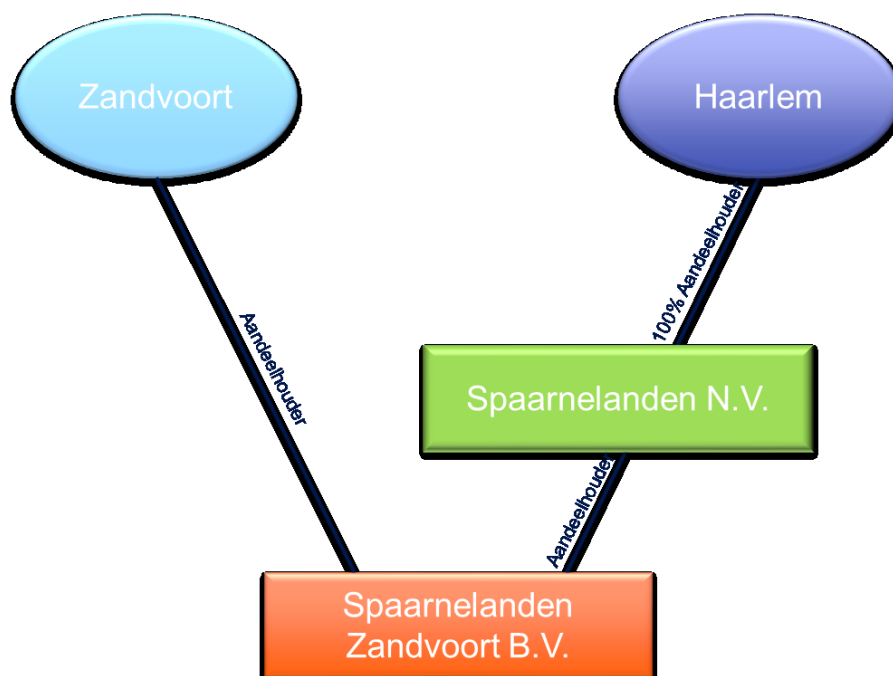
- 3.4 In het kader van de nadere uitwerking van de governance zal specifieke aandacht worden besteed aan de door Zandvoort geuite zorgen ten aanzien van de positie als minderheidsaandeelhouder en risicobeheersing en - beperking. Vanuit een oogpunt van risicobeheersing dient onderscheid gemaakt te worden tussen de verschillende posities van onderneming Spaarnelanden NV en grootaandeelhouder Haarlem en minderheidsaandeelhouder Zandvoort als stakeholders. Tevens dient onderscheid gemaakt te worden tussen diverse soorten risico's. Manieren om operationele risico's te mitigeren zijn onder andere: een gezonde, veilige en beheerste bedrijfsvoering, bijvoorbeeld via certificering en als onderdeel van de kwaliteitsborging. Voor dit moment wordt daarbij verwezen naar pagina 48-49 van het jaarverslag 2015 van Spaarnelanden NV. Daarnaast kan via de governance bepalingen in statuten en aandeelhoudersovereenkomst gedacht worden aan minderheidsaandeelhouder-bescherming door bepaalde aandeelhoudersbesluiten bijvoorbeeld afhankelijk te maken van een unanieme besluitvorming of een bepaalde gekwalificeerde meerderheid. Een ander voorbeeld is een goedkeuringsrecht voor de aandeelhouders ten aanzien van belangrijke investeringen door Spaarnelanden NV of bijvoorbeeld een voordrachtrecht om een 'eigen' commissaris te kunnen voordragen, bijvoorbeeld in verband met het borgen van de 'couleur locale'. Dit zijn punten die partijen bij de vormgeving van hun samenwerking nader zullen kunnen bespreken en uitwerken. Daarbij zal ook gezocht dienen te worden naar een balans tussen de rollen van opdrachtgever en aandeelhouder. Ook zal nagedacht dienen te worden over de wijze van financiering van de onderneming in het kader van risicobeheersing en het dienen van de diverse stakeholders (waaronder personeel en klanten). Als uitgangspunt van Nederlands vennootschapsrecht geldt dat een aandeelhouder in beginsel niet gehouden is om meer bij te dragen aan de onderneming waarin hij aandeelhouder is dan het bedrag dat hij heeft gestort op zijn aandelen.
- 3.5 De activiteiten voor Zandvoort gaan verricht worden door, of komen in regie van, Spaarnelanden NV. Het is mogelijk dat in de toekomst activiteiten van Spaarnelanden NV georganiseerd zullen gaan worden vanuit dochtervennootschappen indien dit bijdraagt aan de (betere) realisatie van de geformuleerde doelstellingen. Dit is echter geen punt voor de besluitvorming nu in verband met de toetreding van Zandvoort als

aandeelhouder in Spaarnelanden NV. Mocht daartoe op enig moment worden besloten dan is het belangrijk dat het toezicht door Haarlem en Zandvoort op de NV ook doorwerkt in de dochter BV. Dit vereist afstemming van de statutaire bepalingen van de beide vennootschappen en een 'doorwerking' van het toezicht naar de BV. In de praktijk is dit juridisch goed vorm te geven in overeenstemming met de geldende vereisten.

- 3.6 Ten aanzien van de overgang van het personeel geldt als principe 'mens volgt werk'. Er wordt gewerkt aan een plaatsingsplan, een personeelscovenant met een werkgelegenheidsgarantie en een sociaal plan waarbij als uitgangspunt geldt dat een medewerker er op de voornaamste inkomenscomponenten niet op achteruit gaat.
- 3.7 Een nadere uitwerking van fiscale aandachtspunten is noodzakelijk. Op voorhand worden hier geen onoverkomelijke obstakels verwacht.

4 Alternatieve structuur (Joint venture BV)

- 4.1 In het kader van de voorbereiding van de besluitvorming wordt in deze notitie kort stilgestaan bij een structuur die is voorgesteld door Zandvoort en welke is besproken in de diverse gremia ter voorbereiding op deze notitie, maar die niet de voorkeur geniet. Het betreft een joint venture BV structuur met een directe deelname van Zandvoort in een BV waarin ook Spaarnelanden NV deelneemt. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



- 4.2 Op zichzelf is voor een geslaagd beroep op de quasi inhouse uitzondering niet relevant of de samenwerking wordt vormgegeven in een NV of een joint venture-BV waarin de gemeente Zandvoort rechtstreeks toezicht houdt en de gemeente Haarlem via Spaarnelanden NV. In beide gevallen kan in beginsel aan de voorwaarden van de quasi inhouse uitzondering worden voldaan. Wel vormt een belangrijk aandachtspunt dat de gemeente Zandvoort (ondanks een eventueel minderheidsbelang) daadwerkelijk effectieve zeggenschap in de NV of BV verkrijgt. Bij deze variant vormt een aandachtspunt dat de NV dient te kwalificeren als "aanbestedende dienst"; volgens Richtlijn 2014/24/EU (en de Aanbestedingswet) kan alleen aan de quasi inhouse uitzondering worden voldaan indien de aanbestedende dienst te samen met andere aanbestedende diensten het toezicht uitoefent. Wij nemen aan dat Spaarnelanden NV als zodanig kwalificeert. Uiteraard dient ook het toezicht van de gemeente Haarlem via de NV voldoende te zijn verzekerd. De "tussenschakel" (de NV) mag het toezicht op de BV niet verzwakken. Volgens Richtlijn 2014/24/EU (en de Aanbestedingswet) dient de BV op dezelfde wijze door de gemeente Haarlem te kunnen worden gecontroleerd.
- 4.3 De vraag die bij deze structuur echter opkomt, is of er wel daadwerkelijk sprake is van een gemeenschappelijke dienst. Als Spaarnelanden Zandvoort BV alleen werkzaamheden voor Zandvoort uitvoert en niet ook voor Haarlem (via Spaarnelanden NV), dan bestaat een risico dat de structuur wordt gezien als een constructie om de aanbestedingsplicht te omzeilen. Gesteld zou kunnen worden dat Zandvoort in feite diensten afneemt van de gemeente Haarlem en dat er materieel geen sprake is van een gemeenschappelijke eigen dienst. Om die reden is het vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief minder aanbevelenswaardig om de gemeente Zandvoort deel te laten nemen in een separate BV die louter diensten voor Zandvoort verricht, en niet ook voor de andere toezichthouder (de NV/Haarlem). Het zou uit oogpunt van risicomijding de voorkeur genieten om de BV breder in te zetten c.q. in te richten. Het staat de JV-BV in de situatie van gedeeld toezichthouderschap (Zandvoort en NV) op grond van Richtlijn 2014/24/EU (en de Aanbestedingswet) overigens ook niet zonder meer vrij om bij de NV personeel of materieel in te lenen. Deze overeenkomsten vormen overheidsopdrachten die aanbestedingsplichtig kunnen zijn.
- 4.4 De JV-BV structuur kan ook niet worden gebruikt om Spaarnelanden NV de opdracht van Zandvoort als commerciële opdracht uit te laten voeren. Behalve het feit dat Zandvoort die opdracht zou moeten aanbesteden, geldt bovendien dat Spaarnelanden NV het merendeel van haar werkzaamheden (tenminste 80%) voor de toezichthoudende publieke aandeelhouders dient te verrichten (Vergelijk de hiervoor beschreven hoofdregels van de quasi in house constructie in paragraaf 2.3.). Met de omzet voor Zandvoort zou de beschikbare ruimte voor commerciële opdrachten grotendeels gevuld worden en dit zou naast de reeds aanwezige commerciële opdrachten van Spaarnelanden structureel niet mogelijk zijn wegens overschrijding

van de maximaal beschikbare ruimte voor omzet (20%) naast omzet van de leden van de gemeenschappelijke dienst (80%).

- 4.5 Om vorenstaande redenen is gekozen voor het bestaande Haarlemse model, zoals beschreven in paragraaf 3.