

NOTITIE

Aan : kernteam Gemeenschappelijke Regeling en Iroko
Van : Rudolf Knegtering en Willemijn Kuper
Datum : 25 januari 2022
Betreft : **GR Fryslân-West/Empatec/200206**

Postbus 222
8901 BA Leeuwarden
Prins Hendrikstraat 8
8911 BK Leeuwarden
T 058 21 22 444
F 058 21 33 666
info@rgadvocaten.nl
www.rotshuizengeense.nl

Inleiding

In onze notitie aan het kernteam Gemeenschappelijke Regeling en Iroko van november 2021 zijn wij ingegaan op de vraagstelling inzake de Gemeenschappelijke Regeling Fryslân-West (hierna: GR) zoals door ons ontvangen met de notitie d.d. 16 juli 2021.

Wij hebben meerdere opties voor de juridische structuur van Empatec getoetst, waarbij rekening is gehouden met diverse aspecten (o.a. het voldoen aan relevante regelgeving, het hebben van een voldoende mate van flexibiliteit, bedrijfseconomische slagvaardigheid, bestendigheid voor de toekomst, gevolgen voor personeel, uitvoerbaarheid van de wijzigingen, snelheid waarmee e.e.a. te realiseren, kosten).

De opties die in de notitie van november 2021 aan de orde zijn gesteld zijn:

- Optie 1: aanpassen statuten N.V. en B.V.'s
- Optie 2: opheffen van de N.V.
- Optie 3: opheffen van de GR
- Optie 4a en 4b: B.V.'s onder GR (varianten op optie 1 en optie 3)
- Optie 4c: Opheffen B.V.'s

Geconcludeerd is dat optie 1, met indien mogelijk de variant 4c, het meest passend en voor de hand liggend is. Optie 2 en 3 zouden echter ook kunnen voldoen aan de toepasselijke regelgeving en de overige uitgangspunten. Aan ons is gevraagd om optie 2 en 3 nader toe te lichten, in het bijzonder wat de gevolgen van deze opties zijn ten opzichte van optie 1. Hieronder zullen wij nader ingaan op optie 2 en 3. Hierbij maken wij de kanttekening dat wij dit doen vanuit een helicopterview. Dit betekent dat wij geen concrete bedragen kunnen noemen, daarvoor is het noodzakelijk dat op alle details concreet wordt ingezoomd.

Opheffen van de N.V.

Soorten activa en passiva

Wanneer de N.V. wordt opgeheven, moet alle activa die zich in de N.V. bevindt worden overgedragen naar de GR. De activa zijn kortgezegd alle bezittingen van de N.V. De activa is onder te verdelen in diverse categorieën die elk op de voor deze categorie geëigende wijze overgedragen dienen te worden.

De materiële vaste activa bestaat uit de tastbare bezittingen van de N.V. Hierbij kan worden gedacht aan onroerend goed (de grond en gebouwen), maar ook aan zaken als machines, auto's, aanhangers en alle inventaris die bij de gebouwen hoort.

Naast voornoemde soorten van vaste activa, is er ook nog zogenoemde vlottende activa. Dit zijn de bezittingen van de N.V. die bij het productieproces worden gebruikt, onderhanden werk en gereed product. Denk aan voorraden, debiteuren en liquide middelen (beschikbare rekening-/kassaldi).

Hiernaast is er ook sprake van immateriële vaste activa. Kortgezegd is dit al hetgeen dat niet tastbaar is. Hieronder vallen intellectuele eigendomsrechten zoals handelsnamen en licenties, maar ook goodwill. Ook alle vermogensrechten moeten overgedragen worden. Zoals geldvorderingen, aandelen, rechten op de levering van goederen of dienstverlening.

Waar de activa kortgezegd de bezittingen van de N.V. zijn, zijn de passiva de schulden. Het moge voor zich spreken dat deze niet zomaar verdwijnen wanneer de N.V. wordt opgeheven. Wanneer de GR de activa van de N.V. overneemt, dient zij ook de passiva over te nemen. Hieronder vallen zowel kortlopende schulden (zoals openstaande facturen van leveranciers), alsook eventueel langlopende schulden. Uit de jaarrekening 2020 blijkt overigens niet van langlopende schulden.

Bij een opheffing van de N.V. neemt de GR dus alle bezittingen, schulden, rechten en verplichtingen over van de N.V.

Wijze van overdracht en kosten

Alle activa en passiva van de N.V. dienen in kaart te worden gebracht. Vervolgens dienen er overeenkomsten te worden opgesteld waarin de overdracht van de activa, en passiva en ook de voorwaarden waaronder dit gebeurt, goed worden vastgelegd.

Voor de overdracht van bepaalde zaken gelden bijzondere regels, zo is voor de overdracht van onroerend goed een notariële akte vereist.

Voor de overname van al hetgeen zich in de N.V. bevindt, zal een koopsom betaald moeten worden. Wat een redelijke hoogte van een dergelijke koopsom is, zal uit nader onderzoek moeten volgen. De vraag is dan feitelijk: wat is de onderneming Empatec N.V. waard? De koopsom wordt door de GR betaald aan de N.V. Bij het opheffen van de N.V. komt een positief saldo toe aan de aandeelhouder. Dat zou vooraf verrekend kunnen worden, waardoor er geen geld onnodig wordt rondgepompt.

Met het goed in kaart brengen van alle bezittingen en schulden van de N.V., het opstellen van de noodzakelijke overeenkomsten en notariële akten, zijn kosten gemoeid (denk aan kosten voor inschakeling van juristen, notaris of bijvoorbeeld accountant of fiscalist).

Overgang van personeel

De werknemers met een indicatie vanuit de Wet Sociale Werkvoorziening (Wsw) - ofwel de SW'ers - zijn ondergebracht in de GR. Opheffing van de N.V. verandert dan ook niets aan hun arbeidsrechtelijke positie.

Dit is anders voor personeel dat thans in de N.V. is ondergebracht (kaderfuncties). Wanneer de N.V. wordt opgeheven, zullen deze werknemers over moeten gaan naar de GR. Dit kan gevolgen hebben in die zin dat binnen de GR op deze werknemers mogelijk de CAO Samenwerkende Gemeentelijke Organisaties (CAO SGO) van toepassing is. Het is aannemelijk dat deze cao andere arbeidsvoorwaarden en bepalingen kent dan thans op de werknemers van toepassing. Voor een uitwerking van het antwoord op de vraag wat dit dan concreet betekent en of wellicht een (gedeeltelijke) vrijstelling van voornoemde cao mogelijk is, is nader onderzoek noodzakelijk. Mogelijk is ook overleg met de cao-partijen noodzakelijk. Met dit nader onderzoek en overleg zijn vanzelfsprekend tijd en daarmee ook kosten gemoeid.

Voorgaande kan voorkomen worden door de werknemers, zoals thans in loondienst bij de N.V., onder te brengen in een separate personeelsvennootschap. Dit betekent echter dat er dus een B.V. of N.V. onder de GR blijft hangen. In dat geval houd je in feite de bestaande structuur in stand.

Fiscale consequenties

Er dient onderscheid gemaakt te worden tussen eenmalige en blijvende fiscale consequenties.

Eenmalig is bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting die in beginsel zal moeten worden betaald in verband met de overdracht van onroerend goed. Voor bedrijfspanden bedraagt de overdrachtsbelasting 8% van de koopsom.

Daarnaast zal bij een overdracht van alle activa en passiva mogelijk blijken dat bijvoorbeeld bepaalde vorderingen afgeboekt moeten worden omdat deze feitelijk niet meer te incasseren zijn en/of dat bepaalde vorderingen en schulden met elkaar verrekend moeten worden. Dit kan fiscaal gevolgen hebben en tot kosten leiden.

Op de vaste activa, de gebouwen en inventaris en dergelijke, is afgeschreven. Dat betekent dat de waarde waarvoor de activa op de balans staat van de N.V., lager kan zijn dan de reële marktwaarde. Als deze goederen worden overgedragen tegen de marktwaarde, dan ontstaat er winst. Over winst moet belasting betaald worden. Hoeveel dat is, is afhankelijk van de afschrijvingen, de marktwaarde en verliezen uit het verleden waarmee verrekend kan worden.

Een mogelijk blijvende fiscale consequentie speelt op het gebied van btw. Dit vereist nader onderzoek naar de mogelijkheden om de btw door te schuiven, waarna de gemeentes een beroep op het btw-compensatiefonds kunnen doen.

Waarschijnlijk kan er een beroep gedaan worden op artikel 37d Wet op de Omzetbelasting (OB). Dit artikel bepaalt dat bij een overdracht van een onderneming, ervan uit wordt gegaan dat er geen leveringen of diensten plaatsvinden. Dit heeft tot gevolg dat de overdracht van de activa zelf niet btw-belast is.

Noodzakelijke herstructurering GR

Wanneer de N.V. wordt opgeheven is wezenlijke aanpassing van de GR noodzakelijk. De GR wordt dan immers - in tegenstelling tot nu - een direct uitvoerende organisatie. De onderneming moet wel aangestuurd worden en daar is een zekere structuur voor nodig. In feite moet dan ook de gehele onderneming Empatec in de GR worden geïmplementeerd. Zo komen directie, administratie, controller etc. reeds in de GR. Rechten en verplichtingen die de N.V. had uit hoofde van langlopende of juist kortdurende overeenkomsten of bijvoorbeeld vergunningen komen eveneens rechtstreeks in de GR.

Met het opheffen van de N.V., verdwijnt ook de raad van commissarissen. Wanneer de onderneming in de GR wordt ondergebracht, is het moeilijk voorstelbaar dat er een raad van commissarissen blijft. De GR is immers een met name democratisch gecontroleerd orgaan en dat verstaat zich niet goed met een privaatrechtelijk georganiseerde toezichthouder. Een toezichthoudend orgaan als een raad van commissarissen is echter wel van groot belang voor een organisatie. Een raad van commissarissen kan immers op het niveau van de onderneming de bestuurder bijstaan en adviseren en vooraf goedkeuring geven aan relevante en ingrijpende besluiten. Ook waarborgt een raad van commissarissen de belangen van de onderneming op langere termijn en kan een belangrijke rol spelen voor het netwerk van en rond de onderneming (denk ook aan het bieden van een luisterend oor aan de OR).

Een raad van commissarissen bestaat uit deelnemers die een toegevoegde waarde hebben voor de onderneming. Zij hebben bijvoorbeeld kennis op het gebied van organisatie, het werkveld of juridische zaken. Met het ontbreken van een raad van commissarissen zal de directie van de organisatie deze sparringpartner en ook dit orgaan om verantwoording aan af te leggen, missen. De in de gewijzigde Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) opgenomen mogelijk in te stellen adviescommissie heeft een andere rol en functie en zal moeilijk een met een raad van commissarissen te vergelijken rol kunnen invullen.

De doorlopende kosten die gemoeid zijn met het besturen en aansturen van de onderneming Empatec zullen bij het opheffen van de N.V. per saldo niet veel verschillen van de situatie dat de N.V. blijft bestaan. Het besturen en aansturen van de onderneming zal immers op gelijke wijze plaatsvinden en er is slechts een hele beperkte overlap van functies binnen de GR en de N.V.

Opheffen van de GR

Overdracht van activa en passiva

De GR is enig aandeelhouder van de N.V. Wanneer de GR wordt opgeheven, moeten de aandelen van de N.V. worden overgedragen. Met het overdragen van de aandelen gaat de hele N.V. over naar de gemeenten als nieuwe aandeelhouders. De deelnemende gemeenten zullen dan dus aandeelhouder worden. Voor deze aandelen zal een koopsom betaald moeten worden. Wat een redelijke hoogte van een dergelijke koopsom is, zal uit nader onderzoek moeten volgen. De feitelijke vraag is dan: wat zijn de aandelen in Empatec N.V. waard?

Overigens geldt dat wanneer de GR blijft bestaan, maar één of meerdere deelnemers uit de GR stappen, de aandelen van de N.V. achter blijven in de GR. Anders gezegd: een uittredende gemeente wordt niet automatisch rechtstreeks aandeelhouder.

Verder zal bij een opheffing van de GR in kaart moeten worden gebracht of zich in de GR nog andere activa of passiva bevindt die moet worden overgedragen. Hetgeen hierboven staat opgenomen over de verschillende te onderscheiden soorten activa en passiva, geldt hier ook. Uit de balans 2020 van de GR volgt dat de GR behalve de aandelen in de N.V. en vorderingen geen bezittingen heeft.

Een aandelen- en/of verdere activa/passiva-overdracht zal moeten worden vastgelegd in goede overeenkomsten. Een aandelenoverdracht vindt plaats via notariële akte. Voorgaande brengt kosten met zich mee ter zake van juridisch advies, kosten van de notaris en bijvoorbeeld accountantskosten.

Overgang van personeel

De SW'ers zijn ondergebracht in de GR. Deze arbeidsovereenkomsten zullen overgeheveld moeten worden naar de gemeentes. Deze medewerkers moeten in dienst zijn en blijven van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het oprichten van een andere private entiteit om deze werknemers in onder te brengen, is daarmee niet mogelijk. De CAO Gemeenten is niet op SW'ers van toepassing, nu deze categorie werknemers van de toepasselijkheid van de CAO Gemeenten is uitgezonderd. Wel zullen er voor de medewerkers die overgaan nieuwe arbeidsovereenkomsten opgesteld moeten worden.

Fiscale consequenties

Er lijkt geen sprake te zijn van eenmalige fiscale consequenties in verband met de overdracht van activa, omdat een aandelenoverdracht onbelast is en er geen onroerend goed wordt overgedragen.

Daarnaast zal bij een overdracht van alle activa en passiva mogelijk blijken dat bijvoorbeeld bepaalde vorderingen afgeboekt moeten worden en/of dat bepaalde vorderingen en schulden met elkaar verrekend moeten worden. Dit kan fiscaal gevolgen hebben en tot kosten leiden.

Noodzakelijke herstructurering

Wanneer de GR wordt opgeheven, zal dit tot gevolg hebben dat de gemeentes rechtstreeks aandeelhouder worden. Als aandeelhouder bezitten de gemeentes dan de onderneming. Aandeelhouderschap geeft recht op dividend indien er winst wordt gemaakt. Daarnaast geeft het bezit van aandelen ook recht om de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) bij te mogen wonen en daar een stem uit te brengen. Over de verdeling van de aandelen en het verdelen van het stemrecht, moeten nog nadere afspraken gemaakt tussen de deelnemende gemeenten.

Het besturen van de onderneming (ofwel: de dagelijkse leiding) wordt gedaan door één of meerdere bestuurders. In beginsel zijn het bestuur en de ava onafhankelijke organen, echter hebben zij wel veel met elkaar van doen. Zo dient het bestuur bepaalde belangrijke besluiten voor te leggen aan de ava.

Wanneer de GR wordt opgeheven, zal er dus nagedacht moeten worden over de manier waarop de aandeelhoudersvergaderingen worden voorbereid en geleid en op welke wijze daarin het (gezamenlijk) beleid wordt opgesteld en gecontroleerd. Ook moet nagedacht worden over de wijze waarop de ava verantwoording zal afleggen aan de gemeenteraad. Een optie is om ondersteuning per gemeente vanuit de gemeente te organiseren. Het is in het kader van een goede governance immers niet wenselijk dat deze ondersteuning vanuit de N.V. zelf wordt aangeleverd. Wanneer er wordt gekozen voor het opheffen van de GR ligt het ook niet voor de hand om de ondersteuning vanuit de gemeenten centraal te organiseren.

Belangrijke kanttekening is nog dat bij een GR de bepalingen uit de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) van toepassing zijn. De Wgr geeft bij een intergemeentelijke samenwerking de nodige kaders voor toezicht. Dit geeft de GR de nodige democratische legitimatie en invloed voor de gemeenteraden. Als de GR wordt opgeheven, zullen al deze aspecten op alternatieve wijze geregeld moeten worden. Bijvoorbeeld door verwerking hiervan in de statuten van de N.V. Hier zal nader onderzoek naar gedaan moeten worden. Een ander relevant punt is dat na opheffing van de GR, bij conflicten de bestuursrechter niet langer bevoegd zal zijn, maar uitsluitend de civiele rechter. Wij verwijzen ook naar hetgeen is opgenomen in de notitie van november 2021 omtrent de opheffing van de GR.