

NOTITIE

AAN : [REDACTED] (gemeente Waalre)
VAN : [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED]
(Hekkelman Advocaten N.V.)
DATUM : 4 mei 2026
BETREFT : Waalre/We Connect Waalre (20260536); **beantwoording van uw vragen**

***** VERTROUWELIJK / NIET OPENBAAR *****

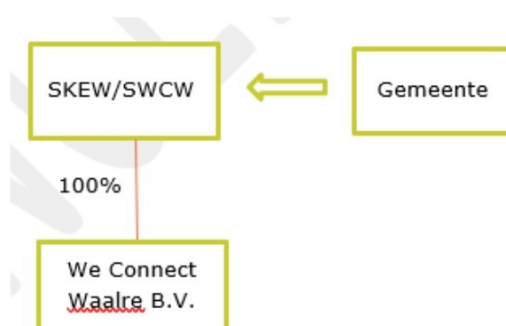
A. Inleiding en vraagstelling

1. Aanleiding voor deze notitie is uw e-mail van 2 april jl. Daarin legt u ons een aantal vragen ter beoordeling en beantwoording voor in verband met de aanstaande statutenwijziging van de Stichting Kabel Exploitatie Waalre (hierna: '**SKEW**'), welke stichting na de statutenwijziging zal heten: Stichting We Connect Waalre (hierna: '**SWCW**'). In uw e-mail stelt u de volgende vragen:

"Graag wil ik een korte check hebben op bijgaand collegevoorstel. Voordat ik een raadsvoorstel verder uitwerk wil ik graag advies van u hierop. Lopen we nog risico in het kader van inkoop- en aanbesteding als we onderdeel blijven van het stichtingsbestuur van WeConnect door benoeming van de raad van één bestuurslid? Zitten er andere risico's verbonden aan dit besluit die niet in dit advies zijn opgenomen? B.v. onttrekking van middelen uit stichting door het stichtingsbestuur. Welke waarborgen moeten we daarvoor opnemen?"

2. Kortom, u heeft één aanbestedingsrechtelijke vraag en één vraag op het gebied van ondernemingsrecht/governance.
3. Omdat wij behoefte hadden aan nadere concretisering en duiding van deze twee vragen, hebben wij op 21 april jl. telefonisch overleg met elkaar gehad. Dit heeft tot de volgende (her-)formulering en concretisering van uw vragen geleid:
 - i. Als de gemeente Waalre een aanbesteding houdt voor de aanleg van nieuwe glasvezel in de gemeente en We Connect Waalre B.V. doet mee aan die aanbesteding, loopt de gemeente dan risico's in verband met mogelijke belangenverstrengeling/voorkennis van We Connect Waalre B.V., vanwege het feit dat de gemeente een bestuurslid van SWCW benoemt, welke stichting de aandelen van We Connect Waalre B.V. houdt?
 - ii. Welke aansprakelijkheidsrisico's loopt een (door de gemeente Waalre aangedragen) bestuurder van SKEW/SWCW?

- iii. Loopt de gemeente Waalre aansprakelijkheidsrisico's voor handelingen van SKEW/SWCW en/of het stichtingsbestuur?
4. Deze drie vragen zullen wij hieronder beoordelen en beantwoorden. Dat doen wij op basis van de informatie uit ons telefonisch contact en de van u ontvangen stukken, namelijk:
- Statutenwijziging Stichting d.d. 9 november 2007. Dit zijn de (gewijzigde) statuten van SKEW (als opvolgster van de Stichting Centrale Antenne Inrichting Waalre, welke stichting de opvolgster was van de Stichting CAI Waalre);
 - Concept-Statutenwijziging d.d. 14 juli 2023, waarbij o.a. de naam van SKEW zal worden gewijzigd in SWCW;
 - Memo van We Connect Waalre B.V. (hierna: '**We Connect**') aan het bestuur van SKEW in verband met de aanstaande statutenwijziging van SKEW. Dit Memo is overigens niet gedateerd;
 - Concept-Collegeadvies Wijziging statuten WeConnect 2026 d.d. 17 maart 2026 (hierna: het '**concept-Collegeadvies**'), waarin het College wordt voorgesteld om goedkeuring te verlenen voor de statutenwijziging van SKEW (die in dit advies wordt aangeduid als: 'WeConnect').
5. Vooral voor ons eigen beeld hebben we hieronder de relatie tussen de gemeente Waalre (hierna: '**de Gemeente**'), SKEW/SWCW en We Connect nog even schematisch weergegeven:¹



6. Dan volgen nu de beoordeling en beantwoording van uw vragen, zoals weergegeven bij nr. 3.

B. Beoordeling en beantwoording

B.1. Vraag (i)

Opmerkingen vooraf:

7. Vooraf merken wij op dat de concept-Statutenwijziging d.d. 14 juli 2023 (hierna: '**de Statutenwijziging**') in die zin niet relevant is voor c.q. in die zin

¹ Dit schema hebben wij mede gebaseerd op de informatie op de website van We Connect, waaruit volgt dat enig aandeelhouder van deze vennootschap is: SKEW. Zie: <https://weconnectwaalre.nl/bestuur/>

géén invloed heeft op de beoordeling en beantwoording van uw eerste vraag, dat het op basis van de huidige statuten al zo is en op basis van de statutenwijziging zo blijft, dat één van de bestuursleden van SKEW/SWCW wordt benoemd door de raad van de Gemeente (behoudens hetgeen verderop is bepaald in de betreffende statutaire bepaling). Zie art. 4 lid 3 van de huidige statuten van SKEW en art. 5 lid 3 van de Statutenwijziging. Met andere woorden: uw eerste vraag speelt ook al op basis van de huidige statuten van SKEW.

8. Verder merken wij vooraf op, hoewel uw eerste vraag daar niet op ziet, dat het op het eerste gezicht niet mogelijk lijkt, dat de Gemeente met een beroep op de *quasi-inhouse uitzonderingen* in de Aanbestedingswet 2012 (zie de artt. 2.24a en 2.24b) één op één opdrachten kan/mag gunnen aan SKEW/SWCW en/of aan We Connect. Dit, omdat op het eerste gezicht niet lijkt te worden voldaan aan in ieder geval het *toezichtcriterium* zoals genoemd in die uitzonderingsbepalingen: op basis van de huidige statuten en de Statutenwijziging lijkt de Gemeente namelijk géén toezicht op SKEW/SWCW en/of We Connect uit te kunnen oefenen, zoals op haar eigen (interne) diensten, nu de Gemeente op basis daarvan géén beslissende invloed lijkt te kunnen uitoefenen op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van SKEW/SWCW en/of van We Connect.² Het enkele benoemingsrecht van één bestuurslid van SKEW/SWCW en de andere, statutaire bevoegdheden van c.q. ten gunste van de Gemeente lijken op het eerste gezicht onvoldoende om met succes te kunnen stellen dat wél/tóch sprake is van toezicht in de hiervoor bedoelde zin. Zie ook nr. 51 hierna. Uit het concept-Collegeadvies menen wij te kunnen/moeten afleiden dat dit ook het oordeel van Bizob is, wiens advies kennelijk is verwerkt in het concept-Collegeadvies:

"2.2 De betrokkenheid van de gemeente in de stichting is niet meer nodig, maar nog wel wenselijk.

Na een adviesvraag bij Bizob blijkt dat er in de huidige situatie geen voordelen meer zitten aan de betrokkenheid van de gemeente in de stichting. Om als gemeente zonder aanbestedingstraject opdrachten te mogen geven aan de stichting, zou minimaal vijftig procent van de bestuursleden door de raad moeten zijn benoemd. Dat is in huidige statuten, en ook de voorgenomen wijziging, niet het geval. Het kabelnet ligt er nu grotendeels al ligt en wordt alleen nog maar onderhouden. Voor de verdere ontwikkeling van Waalre-Noord en Ekenrooi-zuid kan de raad politieke invloed uitoefenen om WeConnect als voorkeurspartij aan te wijzen indien men dit gewenst acht. Als de gemeente in de toekomst nog zaken aan de stichting wil aanbesteden zou het eventueel nog wel nut kunnen hebben, maar ook dan is de invloed klein vanwege de benoeming van slechts één bestuurslid door de raad."

9. In het licht van onze constatering in nr. 8, kunnen wij de opmerkingen in de laatste twee zinnen van de aangehaalde passage uit nr. 2.2 van het concept-Collegeadvies overigens niet goed plaatsen: op grond waarvan meent de

² Zie art. 2.24a lid 1 sub a jo lid 3 en art. 2.24b lid 1 sub a jo lid 2 Aanbestedingswet 2012.

Gemeente dan in voorkomend geval een voorkeurspositie aan SKEW (of is werkelijk bedoeld: We Connect Waalre B.V.?) te kunnen geven, zonder daarmee inbreuk te maken op de aanbestedingsregels en -beginselen? En: op grond waarvan meent de Gemeente dat het in voorkomend geval dan toch mogelijk/toegestaan is om in de toekomst nog (één op één?) 'zaken aan de stichting aan te besteden'?

10. Tot zo ver enkele opmerkingen vooraf. Dan nu de daadwerkelijke beoordeling en beantwoording van uw eerste vraag.

Beoordeling en beantwoording vraag (i):

11. Als de Gemeente een aanbesteding houdt voor de aanleg van nieuwe glasvezel in de gemeente en We Connect doet mee aan die aanbesteding, dan loopt de gemeente inderdaad risico's in verband met mogelijke belangenverstrengeling/voorkennis van We Connect, doordat de Gemeente een bestuurslid van SKEW/SWCW benoemt, welke stichting enig aandeelhouder is van We Connect (met als gevolg dat de Gemeente op die manier via SKEW/SWCW participeert in We Connect). Maar ook, doordat We Connect zittende exploitant is in de Gemeente. Wij lichten dit hierna verder toe.
12. Als aanbestedende dienst is de Gemeente verplicht om ondernemers op gelijke wijze te behandelen, mag zij niet discrimineren en moet de Gemeente transparant zijn. Die algemene beginselen/uitgangspunten gelden niet enkel bij Europese aanbestedingsprocedures, maar ook bij de aanbesteding van onderdrempelige opdrachten. Zie de artt. 1.8, 1.9 lid 1, 1.12 en 1.15 Aanbestedingswet 2012. Daarnaast is de Gemeente bij dit soort privaatrechtelijk optreden gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie de artt. 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb.
13. Het voorgaande betekent onder meer, dat de Gemeente bij aanbestedingen een *level playing field* moet creëren en ondernemers (zo veel mogelijk) gelijke kansen moet bieden. Met het oog daarop bepaalt art. 1.10a Aanbestedingswet 2012 dat de mededinging niet bewust en onnodig mag worden beperkt:
- "1 Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf ontwerpt geen overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2, deel 2a of deel 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.*
- 2 De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen."*
14. Eventuele voorkennis, belangenverstrengeling, bevoordeling, etc. moeten ook worden voorkomen en tegengegaan. Zie in dit verband art. 1.10b Aanbestedingswet 2012:

"1 Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt passende maatregelen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

2 Onder belangenconflicten als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval de situatie verstaan waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf of de namens de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf optredende publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instantie die een aanvullende aankoopactiviteit op de markt aanbiedt, die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen."

15. Kortom, de Gemeente is verplicht om passende maatregelen te nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten te voorkomen. Het begrip belangenconflict wordt nader uitgewerkt in het tweede lid, dat een niet-limitatieve opsomming bevat van mogelijke belangenconflicten.
16. Tenslotte kan de aanbestedende dienst een ondernemer als *ultimum remedium* op grond van art. 2.87 lid 1 sub e en f Aanbestedingswet 2012 bijvoorbeeld uitsluiten, als sprake is van een (onoplosbaar) belangenconflict of van vervalsing van de mededinging die niet met minder vergaande maatregelen kan worden verholpen.
17. Het voorgaande betekent in ieder geval, dat de Gemeente zich ervoor moet inspannen dat wordt voorkomen dat sprake is/zal zijn van een (onrechtmatige) kennisvoorsprong bij We Connect, van bevoordeling van We Connect en/of van een belangenconflict, waardoor er geen sprake meer is van een *level playing field* in een door de Gemeente te houden aanbestedingsprocedure. De Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) overweegt in dat verband het volgende in advies nr. 765 van 18 augustus 2025:

"De Commissie stelt voorop dat een aanbestedende dienst op grond van het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.8 Aw 2012) verplicht is om in aanbestedingsprocedures een 'level playing field' te creëren. De Commissie overweegt dat deze verplichting in beginsel slechts inhoudt dat een aanbestedende dienst inschrijvers zoveel als mogelijk in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen (zie hiervoor bijv. Advies 642 ov. 4.2.5). Volgens vaste jurisprudentie gaat die verplichting niet zover dat hij de verschillen tussen de concurrenten volledig moet compenseren (vgl. Vzr. Rechtbank Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842, r.o. 4.31). Hoewel aanbestedende diensten de voordelen van, bijvoorbeeld, de zittende leverancier niet volledig hoeven te neutraliseren, zijn zij wel gehouden zo veel mogelijk relevante informatie over de opdracht aan de andere potentiële inschrijvers te verschaffen. Het is daarbij ook aan de potentiële

inschrijvers naar relevante informatie te vragen (Vzr. Rechtbank Rotterdam 4 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4205, r.o. 4.7)."

18. Hoewel de Aanbestedingswet 2012 niet voorschrijft, welke maatregelen de aanbestedende dienst precies/concreet moet treffen om een *level playing field* te creëren en borgen, zou u daarbij – voor zover hier relevant en van toepassing – (dus) onder andere aan het volgende kunnen denken:

- Kennis- en informatievoorsprong: als zittende exploitant kan We Connect, bijvoorbeeld als gevolg van de uitvoering van lopende overeenkomsten, maar ook als indirect aan de Gemeente gelieerde partij, een informatievoorsprong hebben ten opzichte van andere inschrijvers/concurrenten. Deze voorsprong kan zich op verschillende manieren manifesteren. We Connect zou bijvoorbeeld over interne kennis van de Gemeente, haar processen en voorkeuren kunnen beschikken, doordat de Gemeente een bestuurslid van SKEW/SWCW benoemt, welke stichting enig aandeelhouder is van We Connect. Om te voorkomen dat andere inschrijvers op achterstand komen, kan en moet de Gemeente zo veel mogelijk relevante informatie over de uitvoering van de opdracht openbaar maken, rekening houdend met de bedrijfsvertrouwelijke aard ervan voor We Connect.³ In de praktijk blijft vaak een kennisvoordeel bestaan voor de zittende dienstverlener. Dit uit zich niet alleen in specifieke technische of operationele kennis, maar ook in bekendheid met interne processen, de bedrijfscultuur en de goede relatie met de aanbestedende dienst. Dit voordeel is niet altijd volledig te neutraliseren, maar is ook niet per definitie onrechtmatig;
- Materiële voorsprong: een zittende opdrachtnemer kan naast een informatievoorsprong ook een materiële voorsprong hebben doordat hij reeds investeringen heeft gedaan in middelen die nodig zijn voor de uitvoering van de opdracht. Hierdoor heeft hij lagere kosten dan nieuwe inschrijvers, die dergelijke investeringen nog moeten doen. Hoewel deze middelen eerlijk zullen zijn verworven, moet de aanbestedende dienst ingrijpen wanneer hierdoor een ongelijk speelveld ontstaat. Dat zou bijvoorbeeld kunnen via de gunningscriteria en de bijbehorende beoordelings- en scoringsmethodiek;
- We Connect als adviseur: het is af te raden om We Connect als adviseur in te schakelen bij de voorbereiding en uitvoering van een aanbesteding, waarop zij mogelijk zelf zal inschrijven. Zeker als het gaat om het opstellen van de gunnings- en beoordelingssystematiek in die aanbesteding. Indien dat toch onvermijdelijk is, dan zou het beste met We Connect op voorhand en schriftelijk kunnen worden overeengekomen dat zij dan niet zal inschrijven op de aanbesteding in kwestie.

19. Als het *level playing field* toch zou worden geschonden in een aanbesteding van de Gemeente c.q. wanneer de Gemeente de hiervóór genoemde verplichtingen

³ Zie: CvAE 15 april 2016, advies nr. 300.

niet in acht zou nemen, met als gevolg een onrechtmatige (kennis-) voorsprong, bevoordeling van We Connect en/of belangenverstrengeling, dan loopt de Gemeente met name de volgende risico's:

- Vóór/tijdens de aanbestedingsprocedure: een belanghebbende (m.n. een concurrent-inschrijver) stapt naar de kortgedingrechter met als inzet een verbod op verdere uitvoering van de voorgenomen/lopende aanbesteding en/of een verbod op gunning aan We Connect. Als die vorderingen (-en) zou (-den) worden toegewezen, dan zal de Gemeente de aanbesteding moeten staken en opnieuw moeten doen, met alle vertraging en extra kosten van dien;
- Na de voorlopige gunning: een belanghebbende (m.n. een afgewezen concurrent-inschrijver) kan naar de kortgedingrechter stappen met als inzet een verbod op definitieve gunning aan We Connect en/of een gebod tot heraanbesteding. Als die vorderingen zou (-den) worden toegewezen, dan moet de Gemeente de opdracht gunnen aan de mogelijk duurdere c.q. minder gunstige aanbieder nr. 2, dan wel zal de Gemeente de aanbesteding moeten staken en opnieuw moeten doen. Met alle vertraging en extra kosten van dien;
- Na de aanbesteding/definitieve gunning aan We Connect: een belanghebbende (m.n. een concurrent-inschrijver) zou naar de rechter kunnen stappen om schadevergoeding te vorderen met als argument dat een onrechtmatige aanbestedingsprocedure is gehouden c.q. dat op basis van een onrechtmatige procedure ten onrechte aan We Connect is gegund. Om schadevergoeding te kunnen vorderen, zal in principe een bodemprocedure moeten worden gevoerd. In het slechtste geval zou dit kunnen leiden tot de verplichting van de Gemeente om het positief contractbelang, althans de gederfde winst en andere geleden schade aan eiseres te vergoeden;
- Accountantscontrole: de accountant zou kritische vragen kunnen stellen over de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure en/of de gunning aan We Connect. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de goedkeuring van de gemeentelijke jaarrekening;
- Politiek-bestuurlijke, publicitaire en andere risico's: schending van de hiervoor genoemde aanbestedingsrechtelijke verplichtingen zou tot slot kunnen leiden tot politiek-bestuurlijke, publicitaire (negatieve berichtgeving in de media) en andere risico's kunnen leiden (zoals de indiening van klachten en een Woo-verzoek/-procedure), waardoor de relatie met We Connect en SWCW onder druk kan komen te staan.

20. Tot zo ver de beoordeling en beantwoording van uw eerste vraag.

B.2. Vraag (ii)

Opmerking vooraf

21. Zoals reeds onder nr. 7 is opgemerkt, heeft de raad van de Gemeente zowel op grond van de huidige statuten, als op grond van de statuten na doorvoering van de statutenwijziging, de bevoegdheid om een van de bestuursleden van SKEW/SWCW te benoemen. Dit betekent dat vragen (ii) en (iii), over de aansprakelijkheidsrisico's voor de bestuurder en de Gemeente, ook al op basis van de huidige statuten spelen.

Beoordeling en beantwoording vraag (ii)

22. Vraag (ii) ziet op bestuurdersaansprakelijkheid. Het begrip bestuurdersaansprakelijk ziet op bestuurders van rechtspersonen. SKEW/SWCW is een rechtspersoon.

23. De hoofdregel in het ondernemingsrecht is dat alleen de rechtspersoon zelf (SKEW/SWCW) aansprakelijk is voor zijn handelen en nalaten en niet de bestuurders van de rechtspersoon. Er geldt een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder. Deze hoge drempel wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon, en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.⁴

24. De belangrijkste grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid zijn:

1. onbehoorlijke taakvervulling, ex art. 2:9 BW;
2. onbehoorlijk bestuur, ex art. 2:300a. jo. 2:138 BW;
3. onrechtmatige daad, ex art. 6:162 BW.

1. Onbehoorlijke taakvervulling

25. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij op zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo gehandeld zou hebben.⁵ De beoordeling of er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling moet plaatsvinden na het moment waarop het verweten handelen of nalaten plaatsvond.

26. Een vordering op grond van art. 2:9 BW is een vordering van de rechtspersoon jegens de bestuurder(s). Bij faillissement kan deze vordering ook worden ingesteld door de curator. Deze vordering komt niet toe aan de schuldeisers van de rechtspersoon.

⁴ HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (*Tulip Air*).

⁵ HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (*Panmo Productie*).

27. Bij onbehoorlijke taakvervulling is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade van de rechtspersoon.

Ernstig verwijt

28. Voor aansprakelijkstelling op grond van art. 2:9 BW is vereist dat er sprake is van een ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder.⁶ Alledaagse fouten leveren geen ernstig verwijt op. Bestuurders hebben nu eenmaal te maken met risico's en een goed bestuurder is juist iemand die verantwoorde risico's durft te nemen.

29. Of sprake is van een ernstig verwijt is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer:⁷

- de aard van de activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;
- de eventueel geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen;
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

30. Een bestuurder kan een ernstig verwijt worden gemaakt als die bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.⁸

31. Ook handelen in strijd met de statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen.⁹

Collectieve verantwoordelijkheid + disculpatie:

32. Elke bestuurder draagt volgens art. 2:9 lid 2 BW verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Onder de "algemene gang van zaken" bij een stichting valt in ieder geval de zorg voor het verwezenlijken van het doel van de stichting, het vaststellen van (de hoofdlijnen van) het financiële beleid, het naleven van de administratieplicht en het vertegenwoordigen van de stichting.

33. Indien de onbehoorlijke taakvervulling een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Wanneer het bestuur uit meerdere personen

⁶ HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

⁷ HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

⁸ HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvangen/Roelofsen*).

⁹ HR 29 november 2002, NJ 2003/455.

bestaat en er sprake is van een duidelijke taakverdeling, kan een individuele bestuurder, in geval van onbehoorlijke taakvervulling, als verweer aanvoeren dat de (onbehoorlijke) taakvervulling niet tot zijn takenpakket behoort.

34. Veel bestuurstaken worden echter gezien als een collectieve verantwoordelijkheid. Een bestuurder zal in beginsel dus moeten aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij heeft geprobeerd om de negatieve gevolgen ervan te voorkomen.
35. Mist de bestuurder het inzicht of bekwaamheid die van iemand in zijn positie mag worden verwacht, dan kan hij zich ter disculpatie niet daarop beroepen.

2. Onbehoorlijk bestuur

Vordering van curator

36. In geval van faillissement kunnen bestuurders onder bepaalde omstandigheden door de curator worden aangesproken. Deze omstandigheden volgen uit art. 2:138 BW en art. 2:248 BW. Art. 2:138 BW is op grond van art. 2:300a BW (grotendeels) van overeenkomstige toepassing op stichtingen.
37. De hoofdregel voor de aansprakelijkheid op grond van art. 2:300a BW jo. 2:138 BW, staat in lid 1: in geval van faillissement van de rechtspersoon (in dit geval: SKEW/SWCW) is iedere bestuurder jegens de faillissementsboedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien:
- het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en
 - aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
38. De norm voor kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:138 BW komt in belangrijke mate overeen met de norm voor onbehoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:9 BW.

(Dubbel) wettelijk vermoeden ex art. 2:138 lid 2 BW

39. In lid 2 van art. 2:138 BW staat daarnaast een dubbel wettelijk vermoeden: indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of publicatieplicht (art. 2:394 BW), staat (onweerlegbaar) vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit laatste vermoeden kan door de bestuurder worden weerlegd door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹⁰ Het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW is alleen van overeenkomstige toepassing op bestuurders van stichtingen wanneer de stichting aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, of wanneer de stichting bij of krachtens de wet verplicht is een financiële

¹⁰ HR 20 mei 1988, NJ 1989/676.

verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening zoals bedoeld in Titel 9 van Boek 2 BW (zie art. 2:300a lid 2 BW).

3. Onrechtmatige daad

40. Deze laatste categorie betreft de aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van derden, zoals schuldeisers van SKEW/SWCW. Een bestuurder van een stichting kan ook onbehoorlijk handelen tegenover derden. Naast de stichting kan de bestuurder worden aangesproken voor het niet nakomen van een overeenkomst of onrechtmatig handelen. Het is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval of een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld op grond van onrechtmatige daad.

41. De aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zal voornamelijk worden ingeroepen door derden als hun vordering onbetaald is gebleven. Indien de stichting een schuldeiser niet betaalt, en dus aansprakelijk is wegens wanprestatie, kan dit ertoe leiden dat de bestuurder van de stichting aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Daarvan is (onder meer) sprake, indien:

- i. een bestuurder bij het aangaan van een overeenkomst wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de stichting de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet zou (kunnen) nakomen.¹¹ Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een bestuurder weet dat een faillissement niet afgewend kan worden, maar hij toch nieuwe verplichtingen namens de stichting aangaat;
- ii. een bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurd stichting wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade veroorzaakt. In de meeste gevallen gaat het dan om situaties van verhaalsfrustratie, zoals betalingsonwil, vermogensonttrekkingen of ongeoorloofde selectieve betalingen.¹²

42. In beide gevallen geldt dat er tevens sprake moet zijn van een ernstig verwijt, wil er sprake zijn van een onrechtmatige daad van een bestuurder (zie onder nr. 28 e.v. (het kopje "*Ernstig verwijt*"). Naast het ernstige verwijt moet er sprake zijn van schade.

43. Bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad gaat het om individuele aansprakelijkheid, terwijl bij de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW of art. 2:138 BW in beginsel sprake is van een collectieve aansprakelijkheid (zie ook onder nr. 32 e.v. (het kopje "*Collectieve verantwoordelijkheid + disculpatie*").

¹¹ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/217 (*Beklamel*).

¹² Linskens & Van Thiel, O&F 2020/4.4; Oost in: *GS Faillissementswet*, hoofdstuk II.2.4.4.

Conclusie en aanbevelingen vraag (ii)

44. Een bestuurder loopt het risico om aansprakelijk te worden gehouden als hij zijn taak onbehoorlijk vervult, zich schuldig maakt aan onbehoorlijk bestuur en/of onrechtmatige gedragingen begaat. Dit wordt aangeduid als "bestuurdersaansprakelijkheid". Dit geldt ook voor bestuurders van stichtingen. Dat een bestuurder is benoemd door de Gemeente, maakt dit niet anders.
45. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan de (voormalig) bestuurder van SKEW/SWCW worden aangesproken door (opvolgend) bestuurders namens de stichting, de curator (in geval van faillissement) en door schuldeisers.
46. Als het bestuur, althans een bestuurder, middelen onttrekt aan SKEW/SWCW, zal er naar alle waarschijnlijkheid sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. Geen redelijk denkend bestuurder onttrekt immers middelen aan de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is. Bovendien wordt in dat geval gehandeld in strijd met statutaire bepalingen van SKEW/SWCW. Er worden immers activiteiten verricht die niet in lijn zijn met het doel van de stichting. Bestuurdersaansprakelijk is daarmee een middel om dergelijke onttrekkingen (deels) te sanctioneren. Ook gaat een preventieve werking uit van het risico op een schadevergoedingsvordering wegens bestuurdersaansprakelijkheid.
47. Wij adviseren de Gemeente om de adviseur (bestuurder) die zij aandraagt als bestuurder van SKEW/SWCW te informeren over de risico's op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit kan (mede) plaatsvinden door het verstrekken van dit memo aan de adviseur.
48. Meer in het algemeen verdient het voor het bestuur, althans een bestuurder, van SKEW/SWCW aanbeveling om:
- taken van individuele bestuurders schriftelijk vast te leggen;
 - actie te ondernemen wanneer bestuurstaken onbehoorlijk worden vervuld door medebestuurders;
 - schriftelijk vast te leggen waarom bepaalde beslissingen wel/niet zijn genomen;
 - indien aan de orde: jaarrekeningen tijdig te publiceren;
 - de administratie van SKEW/SWCW op orde te hebben;
 - geen verplichtingen aan te gaan die niet nagekomen kunnen worden;
 - nakoming van betalingsverplichtingen niet te frustreren;
 - schuldeisers met een gelijke positie ook gelijk te behandelen.
49. Bij uitvoering van deze (algemene) aanbevelingen wordt het risico op bestuurdersaansprakelijkheid gemitigeerd.

B.3. Vraag (iii)

Opmerkingen vooraf

50. Bij de Gemeente is ook de vraag opgekomen of zij verantwoordelijk kan zijn voor handelingen van (het bestuur van) SKEW/SWCW. In dit kader is het relevant eerst de bevoegdheden van de Gemeente met betrekking tot SKEW/SWCW, op grond van zowel de huidige statuten als de statuten na doorvoering van de Statutenwijziging, te beoordelen. Wij stelden daarvoor onderstaande tabel op:

	Huidige statuten	Statuten na Statutenwijziging
Benoeming bestuurslid SKEW/SWCW door raad van de Gemeente.	Art. 4 lid 3	Art. 5 lid 3
Het door de raad van de Gemeente aangedragen bestuurslid mag niet verbonden zijn met de Gemeente.		Art. 5 lid 11
Goedkeuringsbevoegdheid raad van de Gemeente t.a.v. vervreemding en bezwaring aandelen We Connect, ontbinding We Connect en staking onderneming We Connect.	Art. 6 lid 4	Art. 7 lid 3
Goedkeuringsbevoegdheid raad van de Gemeente t.a.v. statutenwijziging en juridische fusie.	Art. 11 lid 1 en lid 4	Art. 14 lid 2 en lid 5
Goedkeuringsbevoegdheid raad van de Gemeente t.a.v. ontbindingsbesluit SKEW/SWCW.	Art. 12 lid 1	Art. 15 lid 1
Procedure na ontbinding: goederen SKEW/SWCW worden overgedragen aan de Gemeente tegen boekwaarde, vereffening geschiedt door op voordracht van een door de raad van de Gemeente benoemde vereffenaar. Een eventueel batig saldo komt ten goede aan de Gemeente ter bestemming overeenkomstig het doel van SKEW/SWCW.	Art. 12 lid 1, lid 3 en lid 5.	
Procedure na ontbinding: als het doel van SKEW/SWCW is bereikt, moet het overschot na vereffening zoveel mogelijk worden besteed ten behoeve van casu quo algemene nutte van de inwoners van de Gemeente en ten nutte van de Gemeente, ter beoordeling van het laatste bestuur.		Art. 15 lid 3 en lid 5
Als de Gemeente niet langer als zelfstandige gemeente bestaat, vervallen alle taken en bevoegdheden die de Gemeente op grond van de statuten heeft.		Art. 16

51. Uit bovenstaande tabel volgt dat de Gemeente benoemings- en goedkeuringsbevoegdheden heeft, zowel op grond van de huidige statuten, als op grond van de statuten na doorvoering van de Statutenwijziging. Deze benoemings- en goedkeuringsbevoegdheden zijn vrij beperkt. De raad van de Gemeente kan een bestuurder benoemen, maar deze bestuurder handelt (volgens het concept-Collegeadvies) zonder last of ruggenspraak van de Gemeente. Dit impliceert dat de Gemeente dus géén invloed heeft op het beleid van SKEW/SWCW en de besluiten die SKEW/SWCW neemt.

N.B. In het concept-Collegeadvies, onder "Kanttekeningen 1.2", is het volgende opgenomen: "*Bovendien kost het benoemen van een bestuurslid door de raad tijd en administratie, evenals het verkrijgen van mandaat voor besluitvorming binnen het bestuur van de stichting*". Dit laatste lijkt tegenstrijdig te zijn met het gegeven dat de door de raad van de Gemeente benoemde bestuurder handelt zonder last of ruggenspraak. Als de Gemeente wél invloed heeft op de besluiten die SKEW/SWCW neemt, vernemen wij dat graag. Wij kunnen dan beoordelen of dit gevolgen heeft voor de aansprakelijkheidsrisico's van de Gemeente. In dit advies zijn wij ervan uitgegaan dat de Gemeente géén invloed heeft op het beleid van SKEW/SWCW en de besluiten die SKEW/SWCW neemt.

52. De bevoegdheden van de Gemeente ten aanzien van SKEW/SWCW zorgen voor toezicht, en daarmee controle, op (de middelen van) SKEW/SWCW. Volgens het concept-Collegeadvies legt het bestuur van SKEW/SWCW immers verantwoording af aan de raad van de Gemeente. Bovendien moet de raad van de Gemeente, zowel op grond van de huidige statuten, als op grond van de statuten na doorvoering van de Statutenwijziging, goedkeuring verlenen voor een statutenwijziging. Het doel van SKEW/SWCW is volgens de statuten het bevorderen van goede informatie en communicatiemogelijkheden in de Gemeente Waalre. SKEW/SWCW tracht dit doel te bereiken door We Connect te exploiteren. Deze bepalingen in de statuten vormen waarborgen dat de gelden van SKEW/SWCW voor het juiste doel worden aangewend. Uiteraard kunnen malafide onttrekkingen hiermee niet voorkomen worden, maar het doel van SKEW/SWCW (en daarmee ook het doel waarvoor de gelden aangewend mogen worden) kan momenteel niet gewijzigd worden zonder goedkeuring van de raad van de Gemeente. Dit zorgt voor controle.

53. Gelet op de beperkte wijzigingen ten aanzien van de betrokkenheid van de Gemeente die met de Statutenwijziging worden doorgevoerd, verschillen de aansprakelijkheidsrisico's van de Gemeente in deze twee scenario's niet. De aansprakelijkheidsrisico's worden vanaf nr. 55 besproken.

54. Uit het concept-Collegeadvies volgt verder dat het vanwege de Wet Markt en Overheid niet langer gebruikelijk is dat een gemeente nog zitting heeft in een onderneming die nutsvoorzieningen beheert. Voorlopig heeft de raad van de Gemeente besloten dat zij deel wil blijven uitmaken van het bestuur van SKEW/SWCW. Voor de volledigheid merken wij op dat wanneer de Gemeente afstand zou doen van haar benoemings- en goedkeuringsbevoegdheden, en

daarmee niet meer betrokken is bij SKEW/SWCW, er uiteraard geen aansprakelijkheidsrisico's meer zijn voor de Gemeente. Wel is er in dit geval minder toezicht, en daarmee controle, op (de middelen van) SKEW/SWCW, nu in dit geval – naar wij aannemen – ook geen verantwoording meer zal worden afgelegd aan de raad van de Gemeente.

Beoordeling en beantwoording vraag (iii)

Overheidsaansprakelijkheid

55. Bij de Gemeente is de vraag opgekomen of de Gemeente aansprakelijk kan worden gehouden voor handelingen van SKEW/SWCW. Deze vraag ziet op het leerstuk "overheidsaansprakelijkheid".
56. De onrechtmatige overheidsdaad vindt zijn grondslag in art. 6:162 BW. Onder sommige omstandigheden kan de Gemeente door middel van "doorbraak van aansprakelijkheid" aansprakelijk worden gehouden voor handelingen van private rechtspersonen (zoals SKEW/SWCW). Dit is het geval wanneer de overheid (in casu: de Gemeente) een feitelijke instructiemogelijkheid heeft ten aanzien van de private rechtspersoon (in casu: SKEW/SWCW), in de vorm van de mogelijkheid tot het geven van bindende aanwijzingen over het bestuursbeleid.¹³
57. Uit de literatuur volgt dat indirecte doorbraak op grond van art. 6:162 BW aan de orde kan zijn wanneer de overheid een grote mate van zeggenschap heeft over de rechtspersoon. Hierbij is opgemerkt dat *"dit niet zozeer zal gelden indien de overheid benoemings-, controle en goedkeuringsbevoegdheden toekomen, maar met name indien de overheid door middel van instructiebevoegdheden het reilen en zeilen van de rechtspersoon kan bepalen en daarbij bovendien geen beleidsvrijheid meer voor het bestuur bestaat"*.¹⁴
58. In dit geval heeft de Gemeente geen grote mate van zeggenschap over SKEW/SWCW. De Gemeente heeft momenteel een benoemingsbevoegdheid en enkele goedkeuringsbevoegdheden, maar deze bevoegdheden maken niet dat de Gemeente het beleid van SKEW/SWCW kan bepalen. Ook is het niet zo dat er geen beleidsvrijheid meer bestaat voor het bestuur van SKEW/SWCW. Bovendien volgt uit het concept-Collegeadvies dat de door de Gemeente aangedragen bestuurder zonder last of ruggenspraak handelt. Uit art. 5 lid 11 van de nieuwe statuten volgt daarnaast dat bestuursleden niet verbonden mogen zijn met de Gemeente of haar organen.

N.B. Uit het concept-Collegeadvies volgt wel dat de "adviseur" (wij begrijpen dat dit het door de Gemeente aangedragen bestuurslid is) "de opdracht heeft om te bewaken en stimuleren dat Waalre via moderne netwerken omsloten wordt voor moderne communicatiemiddelen". Het is ons niet bekend of deze opdracht een formele

¹³ Vgl. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/172 (*Staat/Kurvers*).

¹⁴ Scheltema, *GS Onrechtmatige daad V.1.15.2* (online, laatst bijgewerkt 24 december 2021).

juridische grondslag heeft en op welke (juridische) manier deze "opdracht" wordt verleend. De eventuele implicaties hiervan zijn daarom niet meegenomen in dit advies.

59. Gelet op het voorgaande is het aansprakelijkheidsrisico van de Gemeente, voor handelingen van SKEW/SWCW en/of haar bestuurders, volgens ons beperkt. Dit neemt uiteraard niet weg dat er politieke risico's voor de Gemeente bestaan wanneer sprake is van aansprakelijkheid van SKEW/SWCW en/of haar bestuurders, wanneer de Gemeente een van de bestuurders heeft benoemd.

N.B. Als de Gemeente aangemerkt zou kunnen worden als "feitelijk bestuurder", zou dit een grondslag kunnen opleveren voor aansprakelijkheid van de Gemeente op grond van art. 2:300a BW jo. art. 2:138 lid 7 BW. Nu er volgens ons geen sprake is van een instructiebevoegdheid, is de kans dat de Gemeente als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt naar onze mening minimaal.

Zelfstandige onrechtmatige daad Gemeente wegens aandragen onbekwame bestuurder

60. Het is daarnaast denkbaar dat de door de Gemeente aangedragen bestuurder middelen aan SKEW/SWCW onttrekt, waardoor SKEW/SWCW schade lijdt. In dat geval rijst de vraag of de Gemeente aansprakelijk zou kunnen zijn vanwege het benoemen van een kennelijk onbekwame bestuurder.
61. Vooropgesteld moet worden dat in gevallen als deze de betreffende bestuurder van SKEW/SWCW in eerste instantie privé aansprakelijk zal worden gehouden (zie de beantwoording van vraag (ii)).
62. Het is in theorie niet ondenkbaar dat daarnaast ook de Gemeente aansprakelijk wordt gehouden op grond van art. 6:162 BW. Desondanks achten wij deze kans in praktijk beperkt. In dit geval zal namelijk gesteld moeten worden dat de Gemeente door het benoemen van de betreffende bestuurder in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld (art. 6:162 BW). Zolang de Gemeente zorgvuldig handelt en streeft naar een benoeming van een bestuurder met goede technische, juridische en financieel economische kennis (zie ook art. 4 lid 5 huidige statuten en art. 5 lid 6 statuten na Statutenwijziging), zal dit niet snel aan de orde zijn.

Conclusie en aanbevelingen vraag (iii)

63. Zowel op grond van de huidige statuten, als op grond van de statuten na de Statutenwijziging, heeft de Gemeente benoemings- en goedkeuringsbevoegdheden. De Gemeente heeft echter geen grote mate van zeggenschap over SKEW/SWCW. Er is daarmee volgens ons geen sprake van een instructiebevoegdheid. Om die reden achten wij de kans dat de Gemeente aansprakelijk kan worden gehouden voor handelingen van SKEW/SWCW, en/of een van haar bestuurders, klein.

64. In het verlengde van bovenstaande achten wij ook de kans dat de Gemeente aansprakelijk wordt gehouden wegens het *benoemen* van een (kennelijk) onbekwame bestuurder, gering.
65. In dit kader is het wel van belang dat de raad van de Gemeente zorgvuldig beoordeelt wie zij als bestuurder benoemt en dat de raad van de Gemeente waarborgt dat hiermee goede technische, juridische en financieel economische kennis wordt ingebracht. De raad van de Gemeente moet bij het benoemen van de bestuurder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel.
66. Aangezien de ondernemingsrechtelijke aansprakelijkheidsrisico's voor de Gemeente beperkt zijn, hoeft dit – onzes inziens – dan ook geen reden te vormen om te besluiten de betrokkenheid van de Gemeente bij SKEW/SWCW te beëindigen (en afstand te doen van haar benoemings- en goedkeuringsbevoegdheden). Uiteraard kan de Gemeente daar wel andere redenen voor hebben, zoals de politieke risico's voor de Gemeente bij onbehoorlijk bestuur van de stichting en/of (verdere) aansluiting bij de Wet Markt en Overheid. Wij kunnen ons voorstellen dat bij deze afweging meespeelt dat de Gemeente momenteel (ook) geen sterke invloed in SKEW/SWCW heeft.

C. Slotopmerkingen

67. Tot zo ver onze beoordeling en beantwoording van uw drie vragen. Mocht u nog vervolgvragen hebben of behoefte aan overleg, dan weet u ons te vinden.
