Cooperación is de handelsnaam van
Rob de Greef Bestuurlijk Organisatierecht B.V.

Telefoon 085 – 076 1717
E-mail secretariaat@cooperacion.nl
Website www.cooperacion.nl

Memo

Aan
[redacted]

Van
mr. [redacted]

Datum
5 maart 2025

Betreft
Aandachtspunten oprichting stichting

1. Aanleiding

De Zuid-Limburgse gemeenten willen nauwer gaan samenwerken voor de uitvoering van de Regio Deal Zuid-Limburg. Van de Bunt Adviseurs heeft daartoe een verkenning uitgevoerd onder direct betrokkenen.[1] Wat samenwerkingsvormen betreft geeft dit memo aan dat er grofweg twee mogelijkheden zijn voor het onderbrengen van de gezamenlijke uitvoeringsorganisatie. Deze kan worden ondergebracht bij een gemeente als host ("netwerksamenwerking") of worden ondergebracht in een aparte rechtspersoon ("verzelfstandigde organisatie"). Een regiegroep bestaande uit Maastricht, Sittard-Geleen, Beekdalen en één zetel die rouleert onder de overige gemeenten moet de kar trekken en de uitvoeringsorganisatie aansturen. Er is daarnaast een bestuurlijke klankbordgroep waarin alle betrokken overheden zitten, en waarmee de regiegroep belangrijke besluiten kan afstemmen. In de regiegroep wordt bepaald *wat* moet gebeuren, de uitvoeringsorganisatie gaat over het *hoe*. Een advies van Paulussen Advocaten vertaalt dit eerste memo door naar rechtsvormen.[2] Er wordt geadviseerd te kiezen voor een stichting. In dit memo wordt nog eens stilgestaan bij die keuze.

2. Voorkeur voor publiekrecht

2.1 Oprichting stichting

De oprichting van en participatie in een stichting wordt beheerst door Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De oprichting gebeurt bij een daartoe verrichte rechtshandeling (art. 2:285 lid 1 BW). Een dergelijke rechtshandeling kan in beginsel alleen door natuurlijke personen worden verricht (art. 3:32 lid 1 BW). Omdat een rechtspersoon voor het vermogensrecht gelijk wordt gesteld met een natuurlijke persoon, kan ook een rechtspersoon rechtshandelingen verrichten (art. 2:5 jo. art. 3:32 lid 1 BW). Alleen natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen rechtshandelingen naar privaatrecht verrichten. De

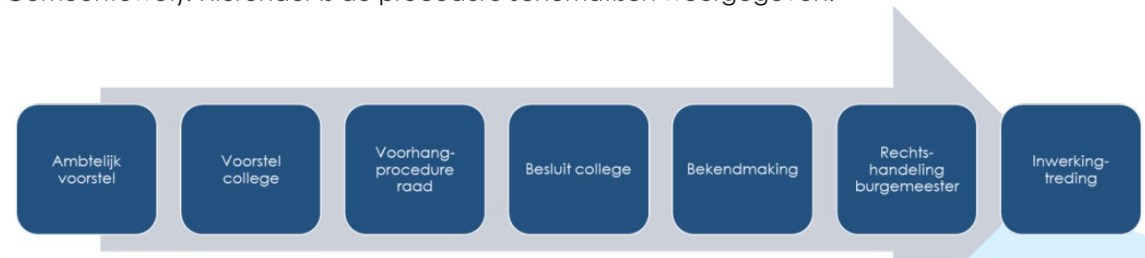
[1] Memo Van de Bunt Adviseurs d.d. 20 maart 2024.
[2] Advies Paulussen Advocaten d.d. 5 februari 2024.

gemeente is een rechtspersoon (art. 2:1 lid 1 BW) en kan zodoende privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten (art. 2:1 lid 3 jo. art. 2:5 jo. art. 3:32 lid 1 BW).

Omdat de gemeente als rechtspersoon slechts een fictie is, moet de gemeente vertegenwoordigd worden om daadwerkelijk rechtshandelingen te kunnen verrichten. In de Gemeentewet is daarom geregeld dat het college van burgemeester en wethouders beslist tot de privaatrechtelijke rechtshandeling (art. 160 lid 1 onder d Gemeentewet)[3], waarna de burgemeester de rechtshandeling daadwerkelijk kan verrichten (art. 171 lid 1 Gemeentewet).[4] Dit laatste is bij de Aanpassingswet dualisering I nog eens benadrukt:

> "In artikel 171, eerste lid, van de Gemeentewet is bepaald dat de burgemeester de gemeente in en buiten rechte vertegenwoordigt. Hieronder valt ook het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Door het bij de Wet dualisering gemeentebestuur in artikel 160, eerste lid, opgenomen onderdeel e, wordt ook het college bevoegd privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Om onduidelijkheid te voor komen, wordt die toevoeging in artikel 160 in dit onderdeel geschrapt. Het college blijft bevoegd te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. Het verrichten van die handelingen blijft een bevoegdheid van de burgemeester."[5]

De bovenstaande procedure is van toepassing bij de oprichting van een stichting door de gemeente (als rechtspersoon). Daarbij geldt wel een extra stap in de procedure. Het college van burgemeester en wethouders mag pas beslissen tot de rechtshandeling *nadat* de gemeenteraad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen aan het college kenbaar te maken (art. 160 lid 2 Gemeentewet). Hieronder is de procedure schematisch weergegeven:



	Artikel 160 lid 1 onder d jo. art. 160 lid 2 Gemw	Art. 160 lid 2 Gemw	Art. 160 lid 1 onder d Gemw	Art. 3:40 Awb	Art. 171 Gemeentewet jo. art. 3:32 BW Art. 180 Gemeentewet	
Ondersteuning van college	Incl. ontwerp-statuten		Besluit tot deelneming of oprichting	Bekendmaking besluit tot deelneming of oprichting	Rechtshandeling bij notaris Toezending aan raad	Passeren notariële akte

[3] Dit is de publiekrechtelijke kant van de rechtshandeling. Tegen de beslissing van het college van burgemeester en wethouders staat echter géén beroep op de bestuursrechter open (art. 8:3 lid 2 Awb).
[4] De burgemeester kan daartoe ook een ander machtigen (art. 171 lid 2 Gemeentewet), net als dat het college een ander kan mandateren namens hem te beslissen tot de rechtshandeling (art. 10:3 lid 1 Awb).
[5] *Kamerstukken II* 2001/02, 28243, nr. 3, p. 8.

2.2 Wensen en bedenkingen gemeenteraad

Het college moet voor de wensen en bedenkingen een ontwerpbesluit aan de gemeenteraad voorleggen, waarbij ook de concept-statuten met de raad worden gedeeld. Het is echter het college dat beslist, niet de gemeenteraad. De gemeenteraad kan die bevoegdheid in juridische zin niet aan zich trekken, maar kan via de wensen en bedenkingen natuurlijk wel in politieke zin sturen op het college van burgemeester en wethouders.

Bij de wensen en bedenkingen moet de gemeenteraad in elk geval toetsen of de oprichting van de stichting wel in het bijzonder aangewezen is voor het openbaar belang dat met de oprichting gediend is. Het college zal in het ontwerpbesluit dus moeten motiveren welk openbaar belang gediend wordt met de oprichting van de stichting en waarom de stichtingsvorm bijzonder aangewezen is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat er een voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving is, omdat deze betere waarborgen kent:

> "Met het onderhavige wetsvoorstel kiest de regering er echter voor de wettelijke voorkeur voor publiekrechtelijke regeling boven privaatrechtelijke regeling in stand te houden. Artikel 160, tweede lid, Gemeentewet blijft dus van kracht. Reden hiervoor is dat het publiekrecht meer waarborgen biedt ten aanzien van het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid. Beleid en wetgeving op het terrein van het overheidsorganisatierecht zijn er al decennia op gericht het ongebreideld gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door de overheid terug te dringen. Het in stand laten van de voorkeursnorm is ook in lijn met de Bestuursafspraken 2011–2015, waarin is opgenomen dat waar mogelijk publiekrechtelijke samenwerking boven privaatrechtelijke samenwerking wordt verkozen."[6]

Kortom: het bijzondere belang dat met de oprichting van de stichting wordt gediend moet afgewogen worden tegen de publiekrechtelijke waarborgen die niet of verminderd van toepassing zijn. In de statuten van de stichting kunnen natuurlijk ook aanvullende afspraken worden gemaakt waaraan de stichting moet voldoen om tóch zoveel als mogelijk aan de publiekrechtelijke waarborgen te voldoen.

2.3 Gebruik van privaatrechtelijke vormen

In de praktijk wordt nog altijd veelvuldig gebruik gemaakt van privaatrechtelijke rechtspersonen. Veel gehoorde redenen:
(1) er is een bepaalde mate van aansprakelijkheidsbeperking gewenst;
(2) er is een bepaalde mate van zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de politiek gewenst;
(3) er is sprake van publiek-private samenwerking, waarbij zowel de overheid als andere partijen middelen inbrengen;

[6] *Kamerstukken II* 2012/13, 33691, nr. 3, p. 14.

(4) de samenwerking ziet vooral op doe-taken, niet op de uitoefening van publieke bevoegdheden;

Ad 1) **Aansprakelijkheidsbeperking**

Zowel voor een vennootschap als stichting geldt dat er géén sprake is van een financiële "open eind"-regeling geldt, wat bij openbare lichamen of bedrijfsvoeringsorganisaties wel zo is. Dat betekent echter wel dat aan een vennootschap of stichting geen al te ruime garantstellingen moeten worden gegeven, want dan is alsnog sprake van nagenoeg ongelimiteerde aansprakelijkheid en die weegt dan niet op tegen het (extra) verlies van publiekrechtelijke waarborgen. Deze reden komt als zodanig niet terug in de eerdere adviezen en lijkt zodoende niet aan de orde te zijn.

Ad 2) **Verzelfstandiging**

De Wet gemeenschappelijke regelingen gaat uit van verlengd lokaal bestuur, en daarmee van nauwe banden tussen het samenwerkingsverband en zijn deelnemers (hetgeen blijkt uit de bestuurssamenstelling en verantwoordingsrelaties (bestuurlijke banden) en financiële banden. De Wgr voorziet dus niet in mogelijkheden voor zelfstandige, onafhankelijke bestuursorganen (behoudens via een bestuurscommissie ingesteld bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam, zoals dat geschiedde bij schadeschappen die vaak mede door het Rijk werden ingesteld).
Het advies van Paulussen Advocaten noemt de voorkeur wel, maar gaat er verder niet echt op in. Ook wordt niet gekeken hoe de waarborgen van publiekrecht toch vorm kunnen worden gegeven wanneer gekozen wordt voor een stichting.

Ad 3) **Publiek-private samenwerking**

Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan ook deelnemen in een gemeenschappelijke regeling (art. 93 resp. art. 96 Wgr), maar daarvoor geldt een erg zware procedure waarbij een machtiging bij koninklijk besluit vereist is. Daarnaast moeten ook de statuten van de rechtspersoon in die mogelijkheid voorzien. Voor privaatrechtelijke partijen is het deelnemen in een gemeenschappelijke regeling, met een financiële open eindregeling vaak echter onacceptabel. Dat blijkt ook uit het BMC advies waarnaar Paulussen Advocaten verwijst.[7] Om die reden ligt bij publiek-private samenwerking een privaatrechtelijke variant meer voor de hand. Daarbij moet natuurlijk wel goed in de gate worden gehouden dat deze vorm van geïnstitutionaliseerde vorm van publiek-private samenwerking wel voldoet aan de eisen van het Europees recht (geen ongeoorloofde of verkapte staatssteun, geen problemen met aanbestedings- en/of mededingingsrecht). Paulussen noemt overigens wel de nadelen van een gemeenschappelijke regeling, maar niet de voordelen. En enkele nadelen zijn juridisch

[7] Het verdient wel opmerking dat dit BMC-onderzoek in verre mate onvolledig was omdat er wel degelijk meer publiek-private samenwerkingen via gemeenschappelijke regelingen waren in de tijd dat BMC zijn onderzoek verrichte. Omdat BMC die nooit gezien heeft, lijken de conclusies die men trekt wel heel eenzijdig en ook juridisch kent het rapport meerdere misslagen. Vgl. R.J.M.H. de Greef, N. Jak en R. Nehmelman, 'Kroniek bestuurlijke organisatie', *NTB* 2016/41.

simpelweg niet waar. Besluitvormingsprocessen in een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm zijn niet per definitie eenvoudiger. Bij een gemeenschappelijke regeling kan een algemeen bestuur bevoegdheden krijgen en zodoende beslissen over publiekrechtelijke bevoegdheden. Een stichtingsbestuur kan dat nooit, waardoor besluitvorming steeds terug moet naar alle colleges en eventueel raden. Vanuit democratisch perspectief niet nadelig (zoals het advies zegt: "deelnemers behouden hun autonomie"), maar als de stroperigheid en doorlooptijden worden bekeken wel een aandachtspunt. En wat gebeurt er als één gemeente niet positief beslist? Een stichtingsbestuur kan geen bindende besluit opleggen aan gemeentebesturen, een algemeen bestuur van een openbaar lichaam kan dat wel. Men *moet* dan meewerken aan de uitvoering (art. 10a Wgr). Dat leidt dus juist tot minder lange besluitvormingslijnen en minder risico op stroperigheid.

Bij louter publiek-publieke samenwerking (tussen uitsluitend overheden) gelden de hier vernoemde aandachtspunten ook, maar zijn deze vaak minder complex. Daar past een gemeenschappelijke regeling in beginsel beter, tenzij sprake is van een van de andere genoemde redenen. Paulussen Advocaten lijkt hier ook van uit te gaan. Daarnaast geeft dat advies aan dat een mengvorm van gemeenschappelijke regeling (de publieke kant) en een stichting (voor de publiek-private kant) ook tot de mogelijkheden behoort. Dit is feitelijk wat in de regio Zuidoost Brabant gebeurt. De Metropoolregio Eindhoven (een openbaar lichaam in de zin van de Wgr) ziet op de publiekrechtelijke kant, de stichting Brainport Eindhoven op de privaatrechtelijke kant. In het kader van het Nationaal Programma Groningen werd ook geadviseerd om die kant op te gaan, om zowel de betrokkenheid van alle overheden goed te borgen, als ook om recht te doen aan de positie van private partijen. Overigens komt het ook voor dat juist wél met een gemeenschappelijke regeling wordt gewerkt: de Regio Achterhoek werkt op die manier. Via de Achterhoek Board wordt de publiek-private kant ingevuld.

Ad 4) **Doe-taken**

Een stichting is uitgesloten wanneer publiekrechtelijke bevoegdheden op eigen titel moeten worden uitgeoefend. Het gesloten stelsel van bevoegdheden dat ten grondslag ligt aan de Gemeentewet (en de Provinciewet en Wet gemeenschappelijke regelingen) laat het niet toe dat publiekrechtelijke bevoegdheden worden geattribueerd (art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet) of gedelegeerd aan een privaatrechtelijke rechtspersoon (art. 10:15 Awb).[8] Delegatie aan het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam, het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie of aan een gemeenschappelijk orgaan is juist wél toegestaan (art. 30 lid 1 Wgr). De Wet gemeenschappelijke regelingen is juist ingericht op een dergelijke delegatie.[9] Mandatering van bevoegdheden aan het

[8] Zie en ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176 (*Stichting Cultuur Eindhoven nr. 2*). Zie nader R.J.M.H. de Greef, 'Stichting Cultuur Eindhoven: het gesloten stelsel van de Gemeentewet revisited', *JBplus* 2021/5.
[9] Vgl. R.J.M.H. de Greef, 'Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking?', *JBplus* 2019/4, p. 3-14.

stichtingsbestuur of medewerkers van de stichting kan in beginsel wél (art. 10:3 lid 1 Awb), maar dat maakt de stichting nog niet verantwoordelijk (art. 10:1 en art. 10:2 Awb). Overigens kan een gemeenschappelijke regeling ook uitsluitend doe-taken uitvoeren, dus het argument van doe-taken kan nooit alleen doorslaggevend zijn.

2.4 Deelneming: gemeente als bestuurslid

Het bovenstaande geldt onverkort wanneer een gemeente gaat deelnemen in de stichting. Deelneming bij een stichting is overigens een bijzonder paradoxale uitdrukking, nu een stichting géén leden kent en evenmin aandeelhouders. Bij een kapitaalvennootschap is immers sprake van deelneming wanneer de gemeente aandeelhouder wordt en zodoende stemrecht krijgt in de algemene vergadering, hetgeen ook geldt wanneer een gemeente lid wordt van een vereniging of coöperatie. Een aandeelhouder of lid kan zijn stem- en vergaderrecht in beginsel inzetten om zijn eigen belangen te dienen (in het geval van de gemeente dus de eigen gemeentelijke belangen).[10]

De stichting kent echter geen algemene vergadering, maar slechts een bestuur. Ook wanneer dit bestuur bestaat uit een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, dan geldt dat de leden van deze besturen allen stichtingsbestuurders zijn. De gemeente (de rechtspersoon) kan als bestuurder van de stichting worden aangewezen, waarmee voldaan is aan de 'deelnemingseis' van artikel 160 lid 2 Gemeentewet (er is dan overigens ook automatisch sprake van een bestuurlijk belang in de zin van artikel 1 BBV). Is een gemeentebestuurder of gemeenteambtenaar als natuurlijke persoon als stichtingsbestuurder aangewezen, dan zit deze persoon daar op persoonlijke titel en is er zodoende geen sprake van gemeentelijke 'deelneming'. Artikel 160 lid 2 Gemeentewet is dan niet van toepassing (en er is evenmin sprake van een bestuurlijk belang in de zin van artikel 1 BBV).

Wanneer de gemeente (als rechtspersoon) als stichtingsbestuurder wordt aangewezen, dan blijft gelden dat de gemeente vertegenwoordigd dient te worden. Daarbij geldt hetzelfde als hierboven beschreven: de gemeente wordt vertegenwoordigd door de burgemeester of een door de burgemeester gemachtigde. Bij de totstandkoming van de Provinciewet is op deze rol van de commissaris van de Koning (die in deze dezelfde verantwoordelijkheden heeft als de burgemeester):

> "In het algemeen zal de commissaris of een door hem op grond van artikel 175, tweede lid, aan te wijzen persoon de provincie vertegenwoordigen in de vergadering van aandeelhouders. Artikel 175 van het wetsvoorstel bepaalt immers dat de commissaris van de Koning de provincie in en buiten rechte vertegenwoordigt. Het stemgedrag in die vergadering kan echter niet door de commissaris alleen worden

[10] HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wennex*). Zie ook HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (*Melchers*), HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (*Aurora*), Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2013, , ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9658 (*AAA Group*) en Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4056 (*Delta Lloyd*).

> bepaald. Afhankelijk van de taken van de vennootschap en van de bevoegdheidsverdeling binnen de provincie, zal de vertegenwoordiger van de provincie gedeputeerde staten of provinciale staten bij zijn standpuntbepaling moeten betrekken. Vertegenwoordiging geeft immers niet het recht naar eigen mening daarover te beslissen. Het in te nemen standpunt zal in de regel gebaseerd moeten worden op wat aan de hand van interne regelingen of beraadslagingen van het provinciaal bestuur is afgesproken."[11]

De burgemeester is over zijn handelen of over het handelen van de gemachtigde volledig verantwoording schuldig aan de gemeenteraad (art. 180 lid 1 Gemeentewet).[12] Dat betekent echter niet dat de burgemeester of zijn gemachtigde ook mag handelen in het belang van de gemeente. Een stichtingsbestuurder heeft zich immers altijd te richten naar het belang van de stichting en de met de stichting verbonden onderneming of organisatie (art. 2:291 lid 3 BW).[13] Is er sprake van een tegenstrijdig belang (wanneer het eigen gemeentelijke belang en het belang van de stichting niet met elkaar in overeenstemming zijn) dan dient de burgemeester of gemachtigde zich te onthouden van stemming in het bestuur en mag hij ook niet deelnemen aan de beraadslagingen (art. 2:291 lid 6 BW).

De burgemeester of zijn gemachtigde mag dus niet zomaar onverkort de gemeentelijke belangen inbrengen in het stichtingsbestuur, zoals dat bij een algemene vergadering bij een kapitaalvennootschap of vereniging of bij het algemeen bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam wél mag. Wanneer alle stichtingsbestuurders een tegenstrijdig belang hebben, dan is de raad van commissarissen bevoegd te beslissen. Is er geen raad van commissarissen dan mag het bestuur tóch beslissen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen (art. 2:291 lid 6 BW). Er moet dus goed nagedacht worden over hoe om te gaan met eventuele tegenstrijdige belangen wanneer gekozen wordt voor het door Paulussen Advocaten geschetste Bestuursmodel.

2.5 Gemeente als commissaris/toezichthouder

Voor de volledigheid wordt hier nog opgemerkt dat de gemeente *niet* kan worden aangewezen als commissaris of toezichthouder. Alleen natuurlijke personen komen daarvoor in aanmerking (art. 2:292a lid 1 BW). Bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen gold dat al langer, sinds de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen geldt dat ook bij stichtingen. Bij de invoering van deze eis bij kapitaalvennootschappen werd opgemerkt:

[11] *Kamerstukken II* 1988/89, 19836, nr. 9, p. 106.
[12] Een gemeentelijke onderzoekscommissie kan om die reden ook onderzoek doen naar het handelen van de burgemeester of zijn gemachtigde binnen de algemene vergadering (art. 155a Gemeentewet).
[13] *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 2 en 4-5. Voor een bestuurder bij een naamloze vennootschap en besloten vennootschap gold dit al langer (*Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 10). Overigens gold het voor stichtingsbestuurders ook al voor de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zie Rb. Den Haag 11 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8328 en Rb. Gelderland 11 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3247.

> "Anders ligt het naar de mening van de aan het woord zijnde leden met de figuur van de rechtspersoon-commissaris. De commissaris-functie vraagt een persoonlijke taakvervulling en de in de memorie van toelichting gegeven argumenten voor het optreden van de rechtspersoon-bestuurder gelden nauwelijks voor de rechtspersoon-commissaris. De bezwaren vanuit het gezichtspunt van de in de onderneming werkzame personen gelden hier te sterker. Deze argumentatie komt mij overtuigend voor. […] Voor zover mij bekend, komt de figuur van de commissaris-rechtspersoon niet of nauwelijks voor. Er heeft zich hier geen praktijk gevormd zoals bij de rechtspersoon-bestuurder. Gezien de bezwaren die in het algemeen kunnen worden aangevoerd tegen benoeming van rechtspersonen in functies die een persoonlijke taakvervulling eisen, lijkt het mij dan ook beter deze in elk geval voor de commissarisfunctie te verbieden. In de nota van wijzigingen wordt dit uitgewerkt."[14]

Een commissaris handelt dus altijd op persoonlijke titel, ook wanneer deze 'toevallig' ook gemeentebestuurder of -ambtenaar is. De commissaris is dan ook géén verantwoording verschuldigd aan de gemeenteraad. In de memorie van antwoord bij de Provinciewet schrijft de regering:

> "Anders wordt het als een lid van het provinciaal bestuur wordt aangewezen als commissaris van de vennootschap. In die hoedanigheid is hij gehouden alleen de belangen van de vennootschap te behartigen. In dat geval zal een ander lid van het provinciaal bestuur de provincie in de vergadering van aandeelhouders moeten vertegenwoordigen."[15]

De commissaris moet overigens, net als de stichtingsbestuurder, altijd handelen in het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie (art. 2:292a lid 2 BW). En net als bij stichtingsbestuurders moet de commissaris zich onthouden van stemming en deelneming aan de beraadslagingen in de raad van commissarissen wanneer hij een tegenstijdig belang heeft (art. 2:292a lid 7 BW). In de nota naar aanleiding van het eindverslag bij de Provinciewet werd het hierboven ingenomen standpunt van de regering iets vertroebeld:

> "Als het besluit tot oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke organisatie eenmaal is genomen en goedgekeurd, dan is de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd uiteraard een zaak tussen provinciale staten en gedeputeerde staten en eventueel de commissaris van de Koning, binnen de regels die de Provinciewet daarvoor stelt. Daarbij hoeft naar ons oordeel niet per se sprake te zijn van een competentieprobleem voor een lid van het provinciaal bestuur, als deze als commissaris van een vennootschap de belangen van de vennootschap moet behartigen. Uiteindelijk werd oprichting van of deelneming in de vennootschap ook in het provinciaal belang geacht. Bovendien is hij gehouden desgevraagd inlichtingen te verschaffen aan provinciale staten (artikelen 167 en 179 van het wetsvoorstel)."[16]

[14] *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 17.
[15] *Kamerstukken II* 1988/89, 19836, nr. 9, p. 107.
[16] *Kamerstukken II* 1989/90, 19836, nr. 15, p. 34-35.

In de memorie van antwoord bij de Gemeentewet lijkt de regering er van uit te gaan dat wanneer een wethouder of burgemeester zitting neemt in een raad van commissarissen of bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon, hij dit altijd doet als vertegenwoordiger van het college en dat hij zodoende altijd ex artikel 169 lid 1 Gemeentewet verantwoording schuldig is aan de gemeenteraad.[17] Dat staat dus haaks op de dwingendrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. De regering lijkt de commissaris van een vennootschap te zien als een vertegenwoordiger van de provincie (mits deze persoon ook lid is van het provinciebestuur), en daarom geldt een verantwoordingsplicht. Nu de commissaris altijd een natuurlijke persoon moet zijn valt niet in te zien hoe deze natuurlijke persoon, die nota bene onafhankelijk toezicht moet houden, kan optreden *namens* de provincie en daarover verantwoording schuldig is. Dat tast die onafhankelijkheid volledig aan. Dat één persoon mogelijk meerdere functies heeft doet daaraan niets af: de verantwoordingsplicht van de Provinciewet geldt immers alleen voor het door gedeputeerde staten gevoerde bestuur, niet voor handelingen gedaan in een andere hoedanigheid. Daarbij is het niet relevant of het belang van de vennootschap, dat door de commissaris gediend moet worden, overeenkomt met het belang van de provincie. Gezamenlijke belangen leiden als zodanig immers niet tot een vertegenwoordigingsbevoegdheid noch een verantwoordingsplicht. Overigens kan de dubbelfunctie van ambtsdrager, waaronder het handelen in de functie buiten het provinciebestuur, op grond van de vertrouwensregel wel een reden voor ontslag zijn.

Het zitting nemen in een raad van commissarissen kan nooit leiden tot 'deelneming' in de stichting in de zin van artikel 160 lid 2 Gemeentewet, nu de betreffende persoon daar uitsluitend op persoonlijke titel kan zitten. Om deze reden past het door Paulussen geschetste raad van toezichtmodel niet voor deze vorm van samenwerking. De gemeentebesturen kunnen dan nergens hun eigen belangen inbrengen. Gemeentebestuurders die op persoonlijke titel handelen binnen een overheidssamenwerking is zéér onwenselijk.

3. Conclusie

3.1 Stichting voor bestuurlijke samenwerking

Een stichting is niet bijzonder aangewezen voor een publiek-publieke samenwerking. Er is geen bijzondere motivatie waarom een stichting in deze noodzakelijk is en hetzelfde niet via publiekrechtelijke weg (een gemeenschappelijke regeling) kan worden bereikt. Verder is niet ingegaan op hoe het gebrek aan toepasselijkheid van allerlei publiekrechtelijke waarborgen wordt gemitigeerd.

[17] *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 3, p. 74. Ook in de nota naar aanleiding van het eindverslag kwam de regering tot de conclusie dat de vertegenwoordiging door een wethouder in een privaatrechtelijke rechtspersoon wél onder de verantwoordingsplicht van het college valt (*Kamerstukken II* 1989/90, 19403, nr. 16, p. 30). Bij de statuten zou daaraan nader invulling kunnen worden gegeven, aldus de regering.

Verder moet goed gekeken worden naar hoe gemeentebesturen hun eigen belangen kunnen behartigen in de samenwerking. Een stichting is immers van nature géén samenwerkingsvorm (kent geen leden), waar een vereniging, coöperatie, besloten vennootschap of naamloze vennootschap dat nu juist wel zijn. Zij hebben een algemene vergadering waarin die samenwerking tot uitdrukking komt. Dat geldt ook voor het algemeen bestuur van een openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Toch wordt voorgesorteerd op een stichting. Een stichting is juist een goede rechtsvorm wanneer een verre mate van verzelfstandiging gewenst is. Dat is bijvoorbeeld binnen een gemeenschappelijke regeling weer moeilijk vorm te geven. Verzelfstandiging betekent wel dat colleges én gemeenteraden verder op afstand worden gezet en zich niet of nauwelijks kunnen en mogen bemoeien met de dagelijkse uitvoering. Zij komen wel in beeld wanneer eventueel publiekrechtelijke bevoegdheden moeten worden uitgeoefend: die bevoegdheid kan *niet* worden overgedragen aan een stichtingsbestuur.

3.2 Stichting voor publiek-private samenwerking

Een stichting is wél bijzonder aangewezen voor een publiek-private samenwerking omdat daar geen goed publiekrechtelijke alternatief voor handen is. De Wet gemeenschappelijke regelingen is niet toegesneden op een dergelijke samenwerking, en zeker niet op het incorporeren in de samenwerking van private belangen. Dat wil overigens niet zeggen dat dat überhaupt niet kan, maar het is uitermate ingewikkeld. Dat laat onverlet dat nog steeds moet worden gekeken hoe publiekrechtelijke waarborgen zoals democratische controle, openbaarheid/transparantie etc. gewaarborgd worden.

3.3 Tussenvorm?

Wanneer een stichting voor multiple helix-samenwerking het einddoel is, dan is het logisch dat nu al daarop voorgesorteerd wordt. Het optuigen van een gemeenschappelijke regeling is te ingewikkeld als deze binnen afzienbare tijd weer geliquideerd moet worden. Maar dan moet die stap wel binnen afzienbare tijd gezet worden: anders is gewoon sprake van een pure overheidssamenwerking.

Dat wordt anders wanneer gekozen wordt voor een gemengd met een gemeenschappelijke regeling voor het publiek-publieke deel van de samenwerking en een stichting voor de publiek-private kant. De bestuurlijke klankbordgroep is dan het algemeen bestuur van het openbaar lichaam, de regiegroep het dagelijks bestuur. Het dagelijks bestuur neemt ook zitting in het stichtingsbestuur tezamen met private partijen. De stichting kan dan later worden opgericht tezamen met de private partijen. Het openbaar lichaam kan daar dan toe beslissen (art. 31a Wgr) en de gemeenten hoeven daarin geen directe rol te hebben.