MEMO

AAN Gemeenten Helmond, Asten, Deurne, Gemert-Bakel, Laarbeek en Someren
P. Tulner

VAN E.A. van de Kuilen
Advocaat/partner
TELEFOON +31 88 253 5977
E-MAIL evandekuilen@akd.nl

DATUM 14 oktober 2023
ONS KENMERK nnb

ONDERWERP Samenwerkingsvorm regionaal bedrijventerrein Brainport-Oost

I. Inleiding

1. De gemeenten Helmond, Asten, Deurne, Gemert-Bakel, Laarbeek en Someren (hierna '**Peelgemeenten**') onderzoeken samen met de provincie Noord-Brabant ('**Provincie**') de mogelijkheden om een nieuw bedrijventerrein te ontwikkelen, Brainport-Oost. De Peelgemeenten vragen zich af welke samenwerkingsvorm het beste past bij het realiseren van het bedrijventerrein. Daarbij kijken de Peelgemeenten zowel naar publiekrechtelijke als privaatrechtelijke samenwerkingsvormen. De Peelgemeenten hebben advies gevraagd over de geschiktheid van verschillende samenwerkingsvormen. In dit memo gaan wij in op de kenmerken van de verschillende typen gemeenschappelijke regelingen, de besloten vennootschap (BV), de coöperatie en de stichting. We gaan allereerst in op de verschillen tussen een publiekrechtelijke samenwerking in een GR en een privaatrechtelijke rechtsvorm. Daarbij hebben we verschillende vragen geformuleerd voor de Peelgemeenten om tot een afweging te komen voor de geschikte samenwerkingsvorm. Bij de advisering hebben we geen rekening gehouden met eventuele fiscale consequenties. Bij een keuze voor de daadwerkelijke rechtsvorm, adviseren wij ook rekening te houden met eventuele fiscale consequenties.

II. PUBLIEKRECHTELIJKE OF PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVORM?

2. In de Gemeentewet en de Provinciewet gaat de voorkeur uit naar publiekrechtelijke rechtsvormen voor de behartiging van publieke belangen. Volgens de wetgever is dit met het oog op de waarborgen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid.[1] Als gemeenten of provincies gebruik willen maken van een privaatrechtelijke rechtsvorm, dan is dat alleen toegestaan 'indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'.[2] Voor het deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon is geen goedkeuring meer van Gedeputeerde Staten vereist. Het besluit tot deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon kan niet worden genomen dan nadat de

[1] Kamerstukken II 2012/2013, 33691, nr. 3 (paragraaf 6).

[2] Artikel 160, tweede lid, Gemeentewet en artikel 158, tweede lid, Provinciewet

#33675480v2
AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

gemeenteraden een ontwerpbesluit is toegezonden en zij in de gelegenheid zijn gesteld hun wensen en bedenkingen ter kennis van de colleges te brengen.

3. Dit is een eerste vraag om met elkaar af te wegen.

    1. *Is de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in het bijzonder aangewezen voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang?*

4. Een relevant aspect bij het antwoorden van deze vraag is wat de gevolgen zijn van het wel of niet als bestuursorgaan aangemerkt kunnen worden. De besturende organen van een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn een bestuursorgaan, bij een privaatrechtelijke rechtspersoon ligt dat veel minder voor de hand. In de kern genomen kan het zijn van een bestuursorgaan tot gevolg hebben dat dit orgaan (c.q. de rechtspersoon waartoe zij behoort) zich ook aan het toepasselijke publiekrecht moet houden. Hieronder behandelen wij de publiekrechtelijke kaders die met het oog op de beoogde samenwerking het meest relevant zijn.

Het Didam-arrest

5. Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad het zogenaamde 'Didam-arrest' gewezen.[3] Hierin oordeelt de Hoge Raad dat overheidslichamen bij de verkoop van een onroerende zaak in beginsel mededingingsruimte moeten bieden.

6. Gelet op eerdere jurisprudentie[4] van de Hoge Raad kan worden aangenomen dat deze normen van toepassing is op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht. Dit zijn organen van publiekrechtelijke rechtspersonen. Indien de Peelgemeenten en de Provincie een gemeenschappelijke regeling zouden vaststellen die rechtspersoonlijkheid bezit, zal deze gemeenschappelijke regeling gebonden dan ook gebonden zijn aan de normen uit het Didam-arrest.

7. Dit zou in beginsel niet gelden voor een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals een BV. Hierbij plaatsen wij wel een kanttekening. In een recent vonnis nam de rechtbank Gelderland aan dat een BV van een gemeentelijk samenwerkingsverband wél gehouden was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[5] Daartoe was redengevend dat het beleid van de BV wordt bepaald door overheden (het bestuur bestaat uit 21 vertegenwoordigers van de gemeenten, meer specifiek wethouders) en dat zij een overheidstaak vervult (inrichting van de openbare ruimte). Er kunnen vraagtekens worden gezet bij deze redenering van de rechtbank. Toch blijkt hieruit dat rechters kritisch kunnen zijn op het 'omzeilen' van de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Afhankelijk van de uiteindelijke inrichting van de samenwerkingsvorm, zou dus toch een risico kunnen bestaan dat een rechter aanneemt dat deze samenwerkingsvorm het Didam-arrest moet naleven.

[3] Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

[4] Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

[5] Rb. Gelderland 28 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5510.

Wet Markt & Overheid (hoofdstuk 4b Mededingingswet)

8. Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet bevat gedragsregels voor bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. Een van deze gedragsregels houdt in dat wanneer een bestuursorgaan een economische activiteit verricht, hij minstens de integrale kosten moet doorberekenen aan de afnemers.[6]

9. De gedragsregels zijn van toepassing op (bestuursorganen van) krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen.[7] Dit betekent dat ook een gemeenschappelijke regeling die rechtspersoonlijkheid bezit zich moet houden aan de gedragsregels. Overigens kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat dit ook geldt voor gemeenschappelijke regelingen zonder rechtspersoonlijkheid.[8] De gedragsregels zijn dus niet van toepassing op privaatrechtelijke rechtspersonen.

Aanbestedingsrecht: onderscheid minder relevant

10. De vraag of sprake is van een bestuursorgaan, is minder relevant voor de toepasbaarheid van het aanbestedingsrecht.

11. Allereerst is van belang dat de Provincie en de Peelgemeenten – ongeacht de opdrachtwaarde – onderhands overheidsopdrachten zouden mogen verstrekken aan de samenwerkingsvorm, indien voldaan wordt aan de voorwaarden van de zogenaamde ‘quasi-inbesteding’[9]. Voor de toepasselijkheid van deze voorwaarden maakt het niet uit wat de rechtsvorm partijen kiezen voor hun samenwerking.

12. Daarnaast is van belang dat de Aanbestedingswet 2012 ook verplichtingen kan bevatten voor de samenwerkingsvorm zelf. Dat is het geval als de samenwerkingsvorm als aanbestedende dienst kan worden aangemerkt, meer specifiek als ‘publiekrechtelijke instelling’. Hiervoor is niet vereist dat het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon. In dit geval zou sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling – en dus van een aanbestedende dienst – als aan de volgende eisen wordt voldaan:

> De beoogde samenwerkingsvorm heeft rechtspersoonlijkheid, heeft specifiek tot doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, en:
> a. De activiteiten worden in hoofdzaak door de Provincie en/of de Peelgemeenten gefinancierd;
> b. Het beheer is onderworpen aan toezicht van de Provincie en/of de Peelgemeenten; of
> c. De leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan zijn voor meer dan de helft door de Provincie en/of de Peelgemeenten aangewezen.

13. Kortom, voor de vraag of de samenwerkende overheden rechtstreeks overheidsopdrachten mogen gunnen aan de samenwerkingsvorm, maakt het niet uit of deze als bestuursorgaan kan worden aangemerkt of niet. Hetzelfde geldt voor de vraag of de samenwerkingsvorm gebonden is aan het

[6] Artikel 25i, lid 1, Mededingingswet.

[7] Kamerstukken II, 2007-2008, 31354, Nr. 3, p. 34.

[8] Kamerstukken II, 2007-2008, 31354, Nr. 3, p. 12.

[9] Artikel 2.24b Aw 2012.

aanbestedingsrecht. Wat betreft dit laatste punt maakt het wel uit of deze samenwerkingsvorm rechtspersoonlijkheid bezit.

III. GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING

14. Op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen (hierna: '**Wgr**') kunnen de bestuursorganen van gemeenten en provincies een gemeenschappelijke regeling treffen ter behartiging van (collectieve) belangen van die gemeenten of provincies. Het gaat hier om een publiekrechtelijke samenwerkingsvorm.

15. Een belangrijk verschil met privaatrechtelijke samenwerkingsvormen, is dat er in geval van een gemeenschappelijke regeling meer mogelijkheden zijn voor democratische controle. Een voorbeeld hiervan is de verplichting dat de begroting van een gemeenschappelijke regeling (afhankelijk van de vorm) moet worden voorgelegd aan de gemeenteraden c.q. provinciale staten, die hierop een zienswijze kunnen geven.[10] Daarnaast leent de gemeenschappelijke regeling zich beter voor de overdracht van bestuursrechtelijke bevoegdheden.

16. De Wgr biedt verschillende mogelijkheden van publiekrechtelijke samenwerkingsvormen, van zwaarder tot lichter. Hieronder beschrijven wij kort de (in dit geval) meest voor de hand liggende vormen[11] en benoemen we daarbij de belangrijkste kenmerken:

i. Openbaar lichaam

- Heeft rechtspersoonlijkheid;
- Geleed bestuur (Algemeen en Dagelijks bestuur);
- Zwaarste (en meest voorkomende) variant.

Voordelen: grote mate van zelfstandigheid, volwaardige 'overheidsorganisatie'. Kan volwaardig deelnemen aan marktverkeer. AB kan begroting vaststellen, waarna deelnemende overheden financiering moeten opbrengen.
Nadelen: Indien de GR marktactiviteiten verricht, kan het gelede bestuur als 'log' worden ervaren. Een doelmatige overdracht van bevoegdheden door AB aan DB kan dit beperken.

ii. Gemeenschappelijk orgaan

- Geen rechtspersoonlijkheid, wel bestuursorgaan;
- Enkelvoudig bestuur;
- Lichtere vorm (bedoeld voor één beleidsterrein).

Voordelen: deelnemende overheidsbesturen blijven verantwoordelijk. Er wordt geen zelfstandige

[10] Artikel 59 Wgr.

[11] Wij bespreken niet de zogeheten 'centrumregeling' en 'regeling zonder meer'. Beide betreffen in feite geen afzonderlijke organisatie of afzonderlijk orgaan, waardoor deze gelet op de wensen van de Peelgemeenten en de Provincie minder voor de hand liggen. Indien gewenst kunnen wij deze alsnog uiteenzetten.

organisatie ingericht, zodat de regie bij deelnemers blijft.
Nadelen: GR kan moeizaam als zelfstandige organisatie functioneren. Er is steeds een sterke betrokkenheid nodig van de betrokken besturen. Het gebrek aan rechtspersoonlijkheid betekent dat de GR geen eigen personeel in dienst kan nemen of kan deelnemen aan het marktverkeer.

iii. Bedrijfsvoeringsorganisatie

- Wel rechtspersoonlijkheid;
- Enkelvoudig bestuur (bestaande uit wethouders/gedeputeerden);
- Bedoeld voor ondersteunende processen en uitvoeringstaken (bedrijfsvoering en uitvoering).

Voordelen: het enkelvoudige bestuur in combinatie met de rechtspersoonlijkheid betekent flexibelere en meer slagvaardige aansturing, vergelijkbaar met een 'marktpartij'. Deze vorm kan onafhankelijk van deelnemers opereren. Zo stelt het bestuur zijn eigen begroting vast en kan het zelfstandig aanbestedingen doen. Wethouders/gedeputeerden kunnen direct door raad/PS worden aangesproken op hun taakuitvoering.
Nadelen: de bedrijfsvoeringsorganisatie is niet bedoeld voor taken die beleidsmatige afweging vergen. Gebrek aan interne 'checks and balances' betekent dat controle op afstand plaatsvindt.

17. Het voorgaande betreft een beknopte weergave van verschillende vormen van een gemeenschappelijke regeling. Indien gewenst zijn wij graag bereid een en ander nader uiteen te zetten.

IV. PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVORMEN

18. Naast de gemeenschappelijke regeling is het ook mogelijk om de samenwerking vorm te geven in een privaatrechtelijke rechtsvorm. In dit advies bespreken we de kenmerken en de voor- en nadelen van de besloten vennootschap, de coöperatie en de stichting. Een personenvennootschap, zoals een vennootschap onder firma (VOF), lijkt ons vanwege het gebrek aan rechtspersoonlijkheid en de aansprakelijkheidsregels niet geschikt voor deze samenwerking. Zo kan een personenvennootschap niet zelf eigenaar worden van onroerend goed. Voor een VOF geldt ook dat alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van de VOF.

19. In het onderstaande overzicht gaan we in op de specifieke kenmerken van de verschillende rechtspersonen. Dit overzicht betreft een beknopte weergave van de verschillende rechtspersonen. Indien gewenst zijn wij graag bereid een en ander nader uiteen te zetten.

iv. Besloten vennootschap

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) is een rechtspersoon met een in één of meer overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal. Aandeelhouders zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor wat in naam van de BV wordt verricht en zijn niet gehouden om boven het bedrag dat op de aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de BV bij te dragen. Wanneer de Peelgemeenten de samenwerking onderbrengen in een BV, worden de Peelgemeenten aandeelhouder van deze BV. Gezamenlijk vormen de aandeelhouders de algemene vergadering van de BV. De algemene vergadering

is een orgaan van de BV.
.
Voordelen:

- Een BV kan winst uitkeren aan de aandeelhouders (bij een stichting is dit niet mogelijk).
- De aansprakelijkheid van aandeelhouders (Peelgemeenten) is in beginsel beperkt tot het bedrag dat zij aan aandelenkapitaal moeten volstorten.
- Gemeenten kunnen als aandeelhouder (afhankelijk van de vormgeving van de statuten) relatief veel invloed uitoefenen op (het bestuur van) de BV.

Nadelen:

- Relatief veel dwingendrechtelijke regels, waarvan niet kan worden afgeweken (ten opzichte van de stichting en de coöperatie).
- Flexibele toe- en uittreding van gemeenten tot de BV is niet goed mogelijk, omdat voor het uitgeven of overdragen van aandelen altijd een notariële akte is vereist.
- De BV heeft een commerciële uitstraling, bij het nastreven van maatschappelijke doelen, kan dat een nadeel vormen voor de beeldvorming (aangezien het gaat om de ontwikkeling van een bedrijventerrein lijkt de betekenis van dit nadeel beperkt).

v. Coöperatie

Een coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet blijkens de statuten ten doel hebben het in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten die zij daartoe met die leden sluit in het bedrijf dat zij ten behoeve van die leden uitoefent. Een coöperatie lijkt op een vereniging, met als belangrijk verschil dat een coöperatie wel winst kan uitkeren aan haar leden.

Voordelen:

- De coöperatie is als rechtsvorm gericht op samenwerkende leden.
- De coöperatie is flexibel vorm te geven, omdat het aantal wettelijke bepalingen over de coöperatie beperkt is (in tegenstelling tot de BV). Dit vereist wel maatwerk.
- Evenals een BV, kan een coöperatie winst uitkeren aan haar leden.
- De hoofdregel is dat alle leden aansprakelijk zijn voor gelijke delen,[12] maar deze aansprakelijkheid kan statutair worden beperkt (B.A.) of uitgesloten (U.A.).

Nadelen:

- Wanneer de gemeenten geen gelijke bijdragen leveren aan de samenwerking, moeten hierover binnen de governance van de coöperatie aanvullende afspraken worden gemaakt (ieder lid heeft in beginsel 1 stem, terwijl de stemverhouding in een BV naar rato van het aandelenbelang ligt).
- In beginsel is er bij een coöperatie sprake van vrijheid tot uittreding.[13] Wel kunnen de statuten voorwaarden verbinden aan uittreding, bijvoorbeeld het betalen van een vergoeding.

[12] Art. 2:55 BW.

[13] Art. 2:60 BW.

Onopzegbaarheid van het lidmaatschap kan niet worden vastgelegd in de statuten.
- Opzegging door de coöperatie of ontzetting (bijvoorbeeld in strijd handelen met de statuten) kan ook leiden tot beëindiging van het lidmaatschap. Dit is anders dan de blokkeringsregeling of de uitstootregeling bij de BV.

vi. Stichting

Een stichting is een rechtsvorm zonder leden. Een stichting beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.[14] Een stichting is zelfstandig drager van rechten en plichten. Bestuurders zijn in beginsel niet aansprakelijk voor schulden van de stichting.

Een stichting is eenvoudig vorm te geven, gezien de beperkte wettelijke bepalingen is er veel flexibiliteit mogelijk. Ook is er bij de stichting maar één verplicht orgaan, een bestuur. Dit in tegenstelling tot de besloten vennootschap, die ook een algemene vergadering van aandeelhouders heeft. Aangezien de stichting een ledenverbod kent, staan de gemeenten bij de stichting meer op afstand dan bij een BV of een coöperatie. Statutair kunnen de gemeenten wel bepaalde rechten krijgen binnen een stichting, maar deze kunnen nooit zover strekken als de rechten voor een lid van een coöperatie of een aandeelhouder van een BV.

Voordelen:
- Flexibel vorm te geven, gezien de beperkte hoeveelheid wettelijke bepalingen over de stichting.
- Maatschappelijke uitstraling, bij het nastreven van maatschappelijke doelen kan dit voordeel vormen voor de beeldvorming (aangezien het gaat om de ontwikkeling van een bedrijventerrein lijkt de betekenis van dit voordeel beperkt).

Nadelen:
- De stichting kan geen winst uitkeren aan de oprichters.[15]
- Door het ledenverbod staat de stichting op grotere afstand van de gemeenten dan de BV of de coöperatie.

20. Op basis van de verschillen tussen deze rechtspersonen, adviseren wij de Peelgemeenten om (bij een keuze voor een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm) de volgende vragen met elkaar af te wegen:

1) In welke mate willen de Peelgemeenten invloed hebben op de strategie en het beleid van de samenwerkingsvorm?[16]
2) *Moet de samenwerkingsvorm winst (of overtollig kapitaal) kunnen uitkeren aan de Peelgemeenten?*

[14] Art. 2:285 lid 1 BW.

[15] Art. 2:285 lid 3 BW.

[16] Wanneer quasi-inbesteding gaat plaatsvinden, is het toezicht criterium uit de Aanbestedingswet relevant. Een aanbestedende dienst oefent toezicht op een andere partij (entiteit) als hij op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van die partij een beslissende invloed uitoefent. Dit heeft gevolgen voor de inrichting van de rechtspersoon en de rol van de Peelgemeenten binnen die rechtspersoon.

3) In hoeverre heeft de samenwerking een duurzaam karakter (moet een gemeente eenvoudig kunnen uittreden of juist niet?)
4) Hoe willen de Peelgemeenten de zeggenschap binnen de rechtspersoon verdelen (heeft bijvoorbeeld iedere gemeente één stem of wordt de zeggenschap gekoppeld aan de (financiële) inbreng van gemeenten?
5) In hoeverre hechten de Peelgemeenten waarde aan een ideële/maatschappelijke uitstraling van de rechtsvorm?

Wij adviseren de Peelgemeenten om deze vragen ook te prioriteren. Aan de hand van de prioritering en de antwoorden op deze vragen kunnen de Peelgemeenten tot een keuze voor een geschikte privaatrechtelijke samenwerkingsvorm komen.

21. Voor alle genoemde rechtspersonen geldt dat zij een bestuur hebben die belast is het besturen van de rechtspersoon. Daarnaast hebben de Peelgemeenten de keuze om een toezichthoudend orgaan (raad van commissarissen/toezicht) in te stellen. Een raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur van de rechtspersoon en de algemene gang van zaken binnen de rechtspersoon. Voordeel van een toezichthoudend orgaan kan zijn dat een aantal door de gemeente benoemde natuurlijke personen specifiek verantwoordelijk zijn voor het toezicht op (het bestuur van) de rechtspersoon. Zo kan het toezicht nadrukkelijker worden vormgegeven en hebben de bestuurders van de rechtspersoon een eenduidig aanspreekpunt. Nadeel kan zijn dat er een extra toezichtslaag ontstaat tussen de Peelgemeenten en de rechtspersoon. Afhankelijk van de specifieke verantwoordelijkheden van de raad van commissarissen en de Peelgemeenten, kan dat ervoor zorgen dat de Peelgemeenten meer op afstand van de rechtspersoon komen te staan. Wij adviseren de Peelgemeenten om de volgende vragen met elkaar af te wegen:

- Moet (bij een keuze voor een privaatrechtelijke rechtsvorm) een toezichthoudend orgaan worden ingesteld?
- Zo ja, hoe gaan de rollen van de Peelgemeenten en het toezichthoudend orgaan zich tot elkaar verhouden bij belangrijke besluiten, zoals het benoemen en ontslaan van bestuurder(s) en het doen van grote investeringen?
- Hoe moet de informatievoorziening tussen (het bestuur van) de rechtspersoon, de Peelgemeenten en het eventuele toezichthoudend orgaan worden vormgegeven?

22. Relevant is nog dat de Peelgemeenten bij een privaatrechtelijke rechtsvorm onderdeel kunnen worden van een orgaan van de rechtspersoon, bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders in een BV of de algemene ledenvergadering van een coöperatie. De Peelgemeenten krijgen hierin stemrecht. Daarbij is van belang dat het uitbrengen van een dergelijke stem een privaatrechtelijke rechtshandeling is. Het uitoefenen van privaatrechtelijke rechtshandelingen is een collegebevoegdheid. Een gemeente wordt vertegenwoordigd door de burgemeester, tenzij die bevoegdheid is opgedragen aan een andere persoon.[17] Het college is verplicht de gemeenteraad vooraf inlichtingen te verstrekken over de

[17] Art. 171 Gemeentewet.

uitoefening van dit stemrecht, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. Wanneer er sprake is van mogelijk ingrijpende gevolgen voor de gemeente, kan het college geen besluit nemen nadat de gemeenteraad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.[18] Dit kan van invloed zijn op bepaalde besluitvorming binnen de op te richten rechtspersoon.

V. STAATSSTEUN

- *Juridisch kader*

23. Op grond van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: 'het VWEU') is sprake van staatssteun wanneer aan de volgende criteria wordt voldaan:

i. De steun wordt verleend door de staat en is met staatsmiddelen bekostigd;
ii. De steun verschaft een voordeel aan een onderneming dat niet langs normale commerciële weg zou zijn verkregen;
iii. De steun komt (slechts) ten goede aan een bepaalde onderneming of bepaalde producties;
iv. De steun leidt tot vervalsing van de mededinging; en
v. De steun leidt tot ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

24. Als een steunmaatregel aan de bovenstaande criteria voldoet, moet deze op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU eerst worden aangemeld bij de Europese Commissie. De maatregel mag niet ten uitvoer worden gelegd totdat de Europese Commissie een eindbeslissing heeft genomen.

- *Staatssteun op twee niveaus mogelijk*

25. Wat betreft de beoogde samenwerking tussen de Peelgemeenten en de Provincie is van belang dat staatssteun zich op twee niveaus zou kunnen voordoen: het niveau van de samenwerkingsvorm zelf en het niveau van derden waarmee de samenwerkingsvorm bijvoorbeeld overeenkomsten zou sluiten.

Staatssteun op het niveau van de samenwerkingsvorm

26. Wanneer de samenwerkingsvorm – bijvoorbeeld een B.V. of een gemeenschappelijke regeling – economische activiteiten zou verrichten, kan deze worden aangemerkt als 'onderneming'.[19] Een economische activiteit is het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als de samenwerkingsvorm gronden gaat uitgeven. De rechtsvorm is hierbij niet van belang.

27. Als sprake is van een onderneming, betekent dit dat eventuele niet-marktconforme voordelen vanuit de

[18] Art. 169 lid 4 Gemeentewet. Door het vervallen van voormalig sub d. in art. 160 Gemeentewet, verwijst art. 169 lid 4 Gemeentewet abusievelijk niet meer naar de privaatrechtelijke rechtshandelingen in dit art. 160 (nu sub d, voorheen sub e). Wij adviseren hier desalniettemin rekening mee te houden.

[19] HvJEU zaak C-41/90, (Hofner und Elsner); en HvJEU 12 september 200 (Pavel Pavlov e.a.) C-180/98.

Provincie of de Peelgemeenten aan deze onderneming staatssteun kunnen opleveren. Dat geldt ook voor hun handelen als eventuele aandeelhouder van de samenwerkingsvorm en de investeringen die zij in die hoedanigheid zouden doen.

Staatssteun via samenwerkingsvorm aan derden

28. Daarnaast bestaat het risico op staatssteun via c.q. door de samenwerkingsvorm aan derden. Indien de Provincie of de Peelgemeenten een voordeel verstrekken aan de samenwerkingsvorm, maar een eventuele derde de uiteindelijke begunstigde is, is sprake van 'indirecte staatssteun' aan deze derde.

29. Ook is van belang dat eventuele steunmaatregelen van de samenwerkingsvorm zelf onder omstandigheden aan de Provincie en de Peelgemeenten zouden kunnen worden toegerekend. In dat geval zou ook sprake zijn van staatssteun. De toerekenbaarheid moet worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen. Bijvoorbeeld of de betrokken instelling het besluit niet kon nemen zonder rekening te houden met door de overheid gestelde eisen of dat een overheidsbedrijf rekening moest houden met de aanwijzingen van de staat. Hierbij kunnen onder meer de volgende aspecten van belang zijn:

- Het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie;
- De aard van de activiteiten van het bedrijf en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere ondernemers;
- Of het publiekrecht dan wel het algemene vennootschapsrecht van toepassing is op het bedrijf;
- De mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent;
- Dan wel elke andere aanwijzingen waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van de maatregel betrokken is.

30. Hoewel de beoordeling van deze aspecten van geval tot geval moet worden uitgevoerd, kan in algemene zin worden aangenomen dat sneller sprake zal zijn van toerekenbaarheid van steunmaatregelen indien wordt gekozen voor een publiekrechtelijke samenwerkingsvorm in plaats van een privaatrechtelijke. Dit eventuele verschil lijkt ons echter niet dusdanig groot dat deze van zwaarwegend belang zou zijn voor de keuze voor een bepaalde samenwerkingsvorm.

VI. CONCLUSIE

31. In dit memo hebben we verschillende vragen meeggegeven die relevant zijn voor de Peelgemeenten om de juist publiek- of privaatrechtelijke rechtsvorm te kiezen in het kader van de ontwikkeling van het bedrijventerrein Brainport-Oost.

Eelkje van de Kuilen
Sammie Elbertsen
Mels Landzaad
AKD