

Memo

Aan

Werkgroep nieuw beschut werk
(SDOA)

Van

Rob de Greef en Maartje de Rond

PROOF Adviseurs bv
Postbus 90416
2509 LK Den Haag

info@proofadviseurs.nl
proofadviseurs.nl

rabo NL43RAB00303425660
btw NL8550.87.250.B01
kvk 63089068

Datum

19 februari 2019

Betreft

Memo rechtsvormkeuze

Aanleiding

De gemeenten Berkelland, Oost Gelre en Winterswijk zijn in 2010 een gemeenschappelijke regeling aangegaan, waarmee de uitvoeringsorganisatie Sociale Dienst Oost Achterhoek (hierna: SDOA) is opgericht. Dit openbaar lichaam draagt zorg voor een effectieve en efficiënte uitvoering van de taken van de colleges op het brede terrein van het sociaal domein, waaronder de arbeidsparticipatie, arbeidsondersteuning, werk en inkomen. De regeling geldt ook voor de re-integratiedoelgroep of burgers die een beroep doen op de Wsw of andere wetten, zoals genoemd in artikel 4, eerste lid, van de Gemeenschappelijk regeling (hierna: GR).

Op grond van artikel 10b van de Participatievoorziening Beschut Werk zijn de drie deelnemende colleges verplicht dienstverbanden Beschut Werk aan te bieden aan geïndiceerde personen die onder aangepaste omstandigheden werkzaamheden kunnen verrichten. In 2019 is de taakstelling voor SDOA gesteld op 28 fte (op basis van 31 uur per week). De dienstverbanden Beschut Werk zijn vooralsnog tijdelijk via een payrollconstructie aangeboden.

Adviesvraag

Het dagelijks bestuur van SDOA heeft op 8 augustus jl. opdracht gegeven uit te werken welke rechtsvorm geschikt is om de dienstverbanden nieuw Beschut Werk structureel onder te brengen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de aansprakelijkheid, de zeggenschap in relatie tot de betrokken (rechts)personen (eigenaar- en opdrachtgeverschap), de financiële aspecten, de arbeidsvoorwaarden, bevoegdheden en de toekomstige ontwikkelingen voor de mensen met een grote afstand tot de arbeidsmarkt.

Bij uitwerking hiervan gelden de volgende uitgangspunten:

- *Werkgeversrisico's en gevolgen bij werkloosheid en arbeidsongeschiktheid;*
- *Aansluiting bij de CAR/UWO is uitgesloten;*
- *De periode van realisatie van rechtsvorm (eind maart 2019);*
- *De incidentele opstartkosten en structurele uitvoeringskosten (incl. arbeidsvoorwaardenpallet) zo beperkt mogelijk moeten zijn, tegen de achtergrond dat de ontwikkeling van de taakstelling jaarlijks zal stijgen;*
- *Dat inrichting van de rechtsvorm voldoet aan alle juridische eisen en fiscale eisen die de wetgever stelt;*
- *Directe aansturing van deze rechtsvorm mogelijk is vanuit de directeur SDOA/bestuur gelet op mandatering uitvoering PW;*

- Te anticiperen en mogelijk samenhang te vinden m.b.t. mogelijk toekomstige ontwikkelingen van Werkbaan Oost en ontwikkelingen onderkant arbeidsmarkt;
- Belangenbehartigers al bij de start van deze opdracht aan te laten sluiten (cliëntenraad, OR, SDOA (gemeenten)); en
- Eenduidige communicatievoering voor alle de drie deelnemende gemeenten.

Samenvatting

Op grond van een eerste verkenning van de motieven voor oprichting van de samenwerking, de uitgangspunten en consequenties van alle rechtsvormen, is een Besloten Vennootschap (hierna; BV) de meest logische keuze, waarvan SDOA 100% aandeelhouder is. De opties zijn aan de hand van de uitgangspunten vergeleken. Dit betekent dat de tijdelijke payroll constructie zal worden beëindigd en de dienstverbanden voor het nieuw Beschut Werk worden ondergebracht in de nieuwe rechtsvorm (de BV).

Samenwerkingsvormen

Er zijn verschillende organisatie- en rechtsvormen waaruit gekozen kan worden. Voordat je komt tot de keuze van een rechtsvorm, dient er eerste een keuze te worden gemaakt in de wijze waarop er samengewerkt gaat worden. Er zijn drie soorten samenwerkingsvormen:

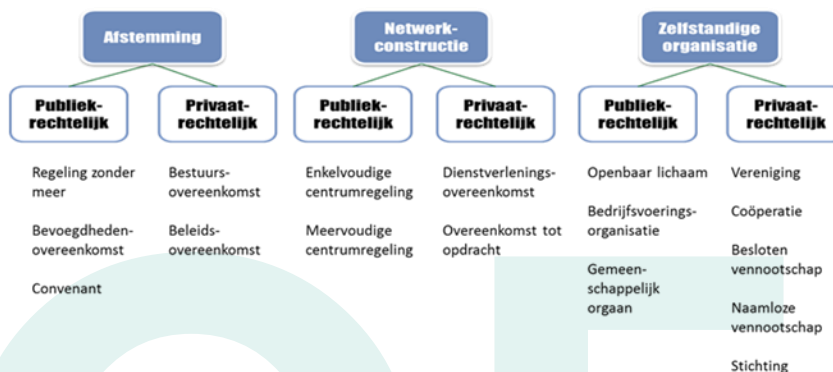
- afstemming;
- netwerkconstructie; en
- zelfstandige organisatie.

Het voornaamste kenmerk van afstemming is dat de betrokken overheden met elkaar om tafel gaan om beleid en bevoegdheidsuitoefening op elkaar af te stemmen. Deze samenwerkingsvorm heeft tot gevolg dat ieder betrokken bestuursorgaan volledig zelf bevoegd blijft om te beslissen en dus ook politiek verantwoordelijk is voor zijn keuzes. In dit geval gaan er geen taken en/of bevoegdheden over naar een ander.

Bij een netwerkconstructie gaan er bevoegdheden over naar een centrumtiteit(en).

Als partijen kiezen voor een zelfstandige organisatie wordt er een nieuwe rechtspersoon en/of bestuursorgaan ingesteld die door de betrokken deelnemers wordt beheerd. De organisatie voert de taken en/of bevoegdheden uit voor de deelnemers. Op basis van de uitgangspunten is deze vorm van samenwerking wenselijk bij SDOA. Bij een zelfstandige organisatie kan er gekozen worden tussen publiekrechtelijke- of privaatrechtelijke rechtsvormen.

Hieronder zijn de hoofdvormen van samenwerking en de daarbij behorende rechtsvormen schematisch weergegeven. Zoals te zien is, kunnen alle drie de samenwerkingsvormen op publiekrechtelijke- en privaatrechtelijk leest worden geschoeid. Nadat de samenwerkingsvorm is gekozen, kan een keuze worden gemaakt voor een bijbehorende rechtsvorm.



Als we de samenwerkingsvormen naast elkaar leggen vallen de vormen afstemming en netwerkconstructie op voorhand af. De colleges willen wel degelijk de bevoegdheden en taken overdragen (zie ook artikel 4, lid 1 en 2, van de GR). Dit gaat dus verder dan afstemming. Daarnaast verzetten de gestelde uitgangspunten, onder meer de gelijkwaardigheid en mogelijkheid om zelfstandig in de markt te opereren, zich tegen de vorm van een netwerkconstructie. Daarmee vallen die samenwerkingsvormen af. Om dezelfde reden(en) valt ook het gemeenschappelijk orgaan af, omdat daarmee wel een nieuw bestuursorgaan, maar geen nieuwe organisatie met rechtspersoonlijkheid ontstaat.

Dit betekent dat de nieuwe rechtsvorm een zelfstandige organisatie wordt, waarbij gekozen moet worden tussen:

Publiekrecht	Privaatrecht
Openbaar lichaam	Stichting
Bedrijfsvoeringsorganisatie	Vereniging/coöperatie (lidmaatschap)
	NV/BV (aandeelhouderschap)

Afweging en voorkeursvorm

Overheden kunnen kiezen tussen publiek- en privaatrechtelijke vormgeving. Beide komen in de praktijk voor. Overheden moeten echter wel rekening houden met artikel 160 lid 2 van de Gemeentewet. In dit artikel staat de voorkeur voor publiekrecht opgenomen. Er kan alleen gekozen worden voor privaatrechtelijke rechtspersoon, als dit bijzonder aangewezen is vanuit het te dienen openbaar belang. Die voorkeur heeft vooral te maken met democratische controlemiddelen (inlichtingen- en verantwoordingsplichten), bestuursrechtelijke rechtsbescherming, openbaarheid, klachtrecht e.d. Dit soort waarborgen gelden niet direct bij privaatrechtelijke samenwerkingsvormen. Overigens geldt deze voorkeur voor publiekrecht ook wanneer SDOA een privaatrechtelijke rechtspersoon wenst op te richten (art. 31a Wgr).

1. De medewerkers van SDOA en Werkbaan Oost (hierna; Wbo) vallen onder de werkingsfeer van de CAR/UWO. Als de medewerkers voor nieuw Beschut Werken ook onder één van deze entiteiten vallen, zouden voor hen in beginsel dezelfde arbeidsvoorwaarden kunnen gelden. De CAR/UWO voorziet vooralsnog niet in een uitzondering, net zo min als de Ambtenarenwet.¹ Het is voor SDOA als openbaar lichaam (publiekrechtelijke rechtsvorm) niet mogelijk om voor de nieuwe medewerkers andere arbeidsvoorwaarden op te stellen.² De CAR/UWO zal in beginsel ook op de medewerkers van nieuw Beschut Werken van toepassing zijn (indien zij in dienst treden van SDOA). Voor Wbo geldt echter dat zij als werkgever ervoor kunnen kiezen om de CAR/UWO van toepassing te verklaren, of althans daarbij inhoudelijk aan te sluiten. Zij zijn daartoe niet verplicht. Het is voor Wbo dus mogelijk om de nieuwe medewerkers een dienstverband aan te bieden, waarvoor andere arbeidsvoorwaarden gelden dan de huidige medewerkers. Beslist Wbo om voor haar medewerkers verschillende arbeidsvoorwaarden te hanteren, dan kan dit er wel toe leiden dat vakbonden en ondernemersraden hierover in overleg

¹ Wij merken hierbij op dat op de hoofdregel dat personen werkzaam bij een gemeente of openbaar lichaam ambtenaar zijn een uitzondering geldt voor mensen met een dienstbetrekking als bedoeld in de Wet sociale werkvoorziening (art. 134 lid 3 Ambtenarenwet). Dat betekent dat zij daarmee ook niet onder de betreffende arbeidsvoorwaardenregeling (art. 125 lid 2 Ambtenarenwet) vallen. In artikel 1:2 lid onder h CAR/UWO is dit nog eens benadrukt. In artikel 1:2 CAR/UWO zijn ook enkele andere functionarissen uitgezonderd van de werking van deze regeling.

² Voor ambtenaren geldt de CAR/UWO, en voor andere arbeidsovereenkomsten geldt dat deze slechts mogen worden afgesloten indien hiervoor een algemene regeling is vastgesteld (art. 134 lid 2 Ambtenarenwet). De CAR/UWO bepaalt dat voor mensen werkzaam met een arbeidsovereenkomst dezelfde voorwaarden gelden (art. 1:1 lid 1 onder a CAR/UWO), waarbij enkele zaken expliciet zijn uitgezonderd (art. 1:2:1 lid 1 CAR/UWO).

willen. Dit kan vele onderhandelingen en ingewikkelde processen tot gevolg hebben. Daarnaast dient er rekening te worden gehouden met het aanbestedingsrecht. Indien Wbo als werkgever de dienstverbanden aangaat, zal ook de gemeenschappelijke regeling gewijzigd moeten worden (waarover meer in de paragraaf 'aanbestedingsrecht').

Op basis van de gestelde uitgangspunten vallen dus de publiekrechtelijke rechtsvormen grotendeels af, omdat daar vooralsnog in beginsel ambtenaren werken (denk onder meer aan een openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie).

Doordat de CAR/UWO niet mag gelden voor de medewerkers van nieuw Beschut Werken en de gemeenten het werkgeverschap bij voorkeur willen neerleggen bij de nieuw op te richten rechtsvorm/rechtspersoon i.v.m. het werkgeversrisico, vallen de publiekrechtelijke vormen af en blijven uitsluitend de privaatrechtelijke vormen over.

2. Vervolgens is in de uitgangspunten meegegeven dat het wenselijk is als er directe aansturing is vanuit de het bestuur van SDOA, gelet op mandatering inzake uitvoering. Dit aspect wordt het beste bereikt als de nieuwe organisatie/rechtspersoon onder 100% zeggenschap van SDOA valt.

Daarmee vallen de vereniging en coöperatie automatisch af, omdat deze rechtspersonen tenminste twee leden vergen bij oprichting.

Dit betekent dat van de privaatrechtelijke vormen de stichting, een naamloze vennootschap (hierna; NV) en een BV overblijven.

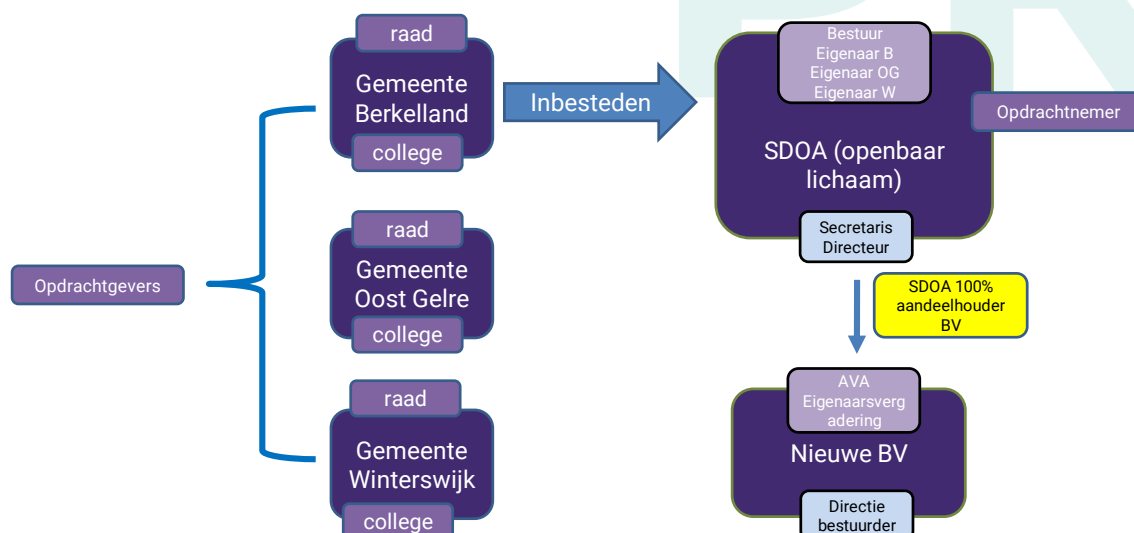
3. Bij uitzetting van de opdracht is aangegeven dat bij de nieuw op te richten rechtsvorm/rechtspersoon er een zo optimaal mogelijk zeggenschap dient te zijn en eenduidige communicatie voor de drie deelnemende gemeenten.

In feite kent de stichting geen 'eigenaren', zoals de vereniging en coöperatie leden kennen en de vennootschappen (NV/BV) aandeelhouders kennen. Dat maakt een stichting minder geschikt voor samenwerking tussen gemeenten waarbij eigenaarschap goed belegd moet worden. Bij een stichting wordt de organisatie juist op afstand geplaatst. Om die reden verdient de NV of BV de voorkeur.

4. Tot slot blijkt uit de uitgangspunten dat de oprichting van de rechtsvorm/rechtspersoon weinig transitiekosten met zich mee moet brengen. Er dient sprake te zijn van een flexibele organisatievorm. In dit geval ligt de keuze voor een NV niet voor de hand. De BV is namelijk flexibeler en er is geen startkapitaal vereist voor de oprichting. De organisatie wordt dan door hen overgenomen. Bij een aandelenoverdracht geldt overigens wel het adviesrecht van bijvoorbeeld de ondernemingsraad. Bij privaatrechtelijke vormen kan geen gebruik worden gemaakt van de uitzondering van het politiek primaat in het medezeggenschapsrecht.

Voorgestelde constructie

De voorgestelde voorkeursvorm ziet er op hoofdlijnen als volgt uit:



SDOA is een gemeenschappelijk openbaar lichaam van de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten Berkelland, Oost Gelre en Winterswijk. De drie colleges zijn eigenaar en opdrachtgever van SDOA. Ieder college wijst uit zijn midden twee leden aan die deelnemen in het algemeen bestuur van SDOA. In het dagelijks bestuur zitten bestuursleden die het belang van de opdrachtgevers behartigen, terwijl in het algemeen bestuur met name het belang van de eigenaren wordt behartigd. Het dagelijks bestuur en de leden van het dagelijks bestuur zijn verantwoording verschuldigd aan het algemeen bestuur, terwijl het algemeen bestuur aan niemand verantwoording schuldig is (art. 19a Wgr). De leden van het algemeen bestuur zijn wel verantwoording schuldig over hun eigen handelen in dat algemeen bestuur aan hun eigen college en gemeenteraad (art. 18 en art. 19 lid 1 jo. art. 16 lid 1 Wgr). Zij moeten daartoe ook de gevraagde inlichtingen verschaffen (art. 18 en art. 19 lid 1 jo. art. 16 lid 2 Wgr). De voorzitter is bevoegd SDOA te vertegenwoordigen. De algemene vergadering van aandeelhouders (hierna; AVA) en het bestuur van de BV worden formeel bemenst door de voorzitter van SDOA (zie artikel 33d Wgr) en niet door het dagelijks bestuur. Het dagelijks bestuur beslist slechts hoe er gestemd dient te worden (art. 33b lid 1 aanhef en onder e Wgr).

Bij de gekozen uitvoeringsvorm is het voor een gemeentebestuur van belang dat ook daadwerkelijk de gemeentelijke belangen worden gediend. In feite heeft een gemeentebestuur drie opties om zeggenschap uit te voeren:

1. Via stemrecht in een eigenaarsvergadering (AVA) invloed uitoefenen;
2. Zitting nemen in het bestuur van de BV; en
3. Bepaalde besluiten voor te behouden aan het gemeentebestuur.

Als SDOA 100% aandeelhouder wordt van de BV, stuurt het bestuur van SDOA ook een vertegenwoordiger naar de AVA (of de bestuursleden gaan gezamenlijk, hoewel dat weinig toevoegt). In de AVA spreken de vertegenwoordigers van de aandeelhouder als één, het heeft immers één stem als AVA. Eventuele discussies over de punten vinden voorafgaand plaats in een bestuursvergadering van SDOA. De AVA is het gremium waar de gemeente het beste zijn 'eigen belang' kan dienen. Het is het gremium waar alle belangen samenkomen, die de belangen moet wegen en waar ze andere organen kunnen controleren. Zo is onder meer in artikel 2:217 lid 2 BW bepaald dat het bestuur en de Raad van commissarissen van een vennootschap de plicht hebben om alle verlangde inlichtingen te verschaffen aan de AVA, tenzij een 'zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet'.

Naast een eigenaarsvergadering heeft een BV ook een bestuur. Het bestuur van de BV heeft een eigen verantwoordelijkheid, net als een eventuele raad van commissarissen. Het bestuur is

in beginsel belast met het besturen en vertegenwoordigen van de besloten vennootschap (art. 2:239 lid 1 en art. 2:240 lid 1 BW). Bestuurders hebben, omdat zij in beginsel *niet* lid zijn van de algemene vergadering een raadgevende stem in die algemene vergadering (art. 2:227 lid 7 BW).

De bestuurder van een vennootschap heeft zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zo bepaalt het Burgerlijk Wetboek sinds 2013.³ Zij kunnen dus over hetgeen zij als bestuurder of commissaris doen, niet altijd verantwoording afleggen aan college of raad. Dit geldt zowel voor de naamloze vennootschap (art. 2:129 lid 5 BW) als voor de besloten vennootschap (art. 2:239 lid 5 BW).⁴

Het is dus noodzakelijk om te kijken welk orgaan over welke besluiten gaat. Als bijvoorbeeld aan een AVA goedkeuringsrechten worden gegeven ten aanzien van besluiten van het bestuur, kunnen aandeelhouders meer invloed uitoefenen.

Aanbestedingsrecht

Belangrijk voor het werken met dit model is dat voldaan kan worden aan het aanbestedingsrecht. Dit wil zeggen dat de relatie tussen SDOA en de nieuw op te richten BV ten allen tijde aanbestedingsvrij is. Binnen het aanbestedingsrecht kennen we twee uitzonderingen voor publiek-publieke samenwerking namelijk:

- a. Inbesteding (ook wel verticale samenwerking genoemd); en
- b. Horizontale samenwerking.

Beiden zijn gecodificeerd in de Algemene Aanbestedingsrichtlijn en in de Aanbestedingswet 2012 (art. 2.24b Aw2012). Er kan alleen sprake zijn van inbesteden als er wordt samengewerkt vanuit een gezamenlijke rechtspersoon, in dit geval het openbaar lichaam SDOA. Op dit moment kunnen de gemeenten Berkelland, Oost Gelre en Winterswijk voor de taken die zij door SDOA laten uitvoeren een beroep doen op de constructie van inbesteden (zie ook artikel 5 van de gemeenschappelijke regeling).

Bij de voorgestelde constructie moet de eigenaarspositie van de drie gemeenten geborgd blijven (SDOA wordt eigenaar van de BV). Bovendien dient men er voor te zorgen dat **ten minste 80% van zijn werkzaamheden voor SDOA** (de aandeelhouder) verricht en dat er **toezicht is op de diensten van SDOA** (zelfde geldt voor de BV). Dienstverlening voor de gemeenten valt daar niet onder.

Op basis van het aanbestedingsrecht adviseren wij de nieuwe op te richten BV onder SDOA te hangen en niet onder de bestaande rechtspersoon Wbo. De reden hiervoor ziet met name op de gedelegeerde bevoegdheden. Als de op te richten BV onder Wbo komt te hangen, is het overdragen van de taken en bevoegdheden voor uitvoering van de taken aanbestedingsplichtig. Wbo is namelijk niet gerelateerd aan SDOA. Het is een zelfstandig rechtspersoon. Voor een samenwerking tussen deze organisaties geldt niet het inbestedingscriterium, omdat er dan geen sprake is van het vereiste toezichtscriterium dat tussen de organisaties dient te bestaan.

³ Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, nr. 275.

⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10.