

Waarborging van het publieke belang in privaatrechtelijke rechtspersonen bij gemeenten

Een kwalitatief onderzoek bij de gemeente Enschede

Bachelorthesis Universiteit Twente

Faculteit Management en Bestuur

Opleiding Bestuurskunde

Door: Jor Muller

Oktober 2013

Begeleiders: Mr. drs. M. Harmsen

Prof. mr. M.A. Heldeweg

Inhoudsopgave

Voorwoord	4
Samenvatting.....	5
Hoofdstuk 1: Inleiding	6
1.1 Algemene inleiding.....	6
1.2 Aanleiding tot onderzoek	7
Hoofdstuk 2: Publieke belangen	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Definitie	9
2.3 Van maatschappelijk naar publiek belang.....	10
2.4 Waarborging publieke belangen; de 'hoe'-vraag.....	11
2.5 De waarborging van het publieke belang in privaatrecht.....	11
2.5.1 Inleiding	11
2.5.2 Publieke belangen in privaatrecht.....	12
2.5.3 Mechanismen	13
2.5.4 Praktische waarborging.....	14
2.5.5 Bezwaren	14
2.5.6 Conclusie.....	14
Hoofdstuk 3: Oprichting privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente.....	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Definities en criteria	16
3.3 Gebruik en kritiek.....	16
3.4 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 160 lid 2.....	18
3.5 Privaatrechtelijke publieke taakbeartiging; altijd mogelijk?.....	20
3.6 Adviezen en voornemens	20
3.7 Conclusies.....	22
Hoofdstuk 4: Oprichting en waarborging bij de gemeente Enschede	23
4.1 Inleiding	23
4.2 Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval	24
4.2.1 Algemeen.....	24
4.3 Voorwaarden tot oprichting.....	26
4.4 Waarborging publiek belang Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval	28
4.5 Innovatiefonds BV	29
4.5.1 Algemeen.....	29

4.5.2 Voorwaarden tot oprichting	30
4.5.3 Publieke belangen	32
4.4 Conclusies.....	34
Hoofdstuk 5: Conclusies	35
5.1 Waarborging van het publieke belang	35
5.2 Oprichtingscriteria artikel 160 lid 2 en 3	35
5.3 Beantwoording hoofdvraag.....	36
Hoofdstuk 6: Beperkingen en aanbevelingen	38
Nawoord.....	39
Literatuurlijst	40

Voorwoord

Ter afsluiting van mijn bacheloropleiding Bestuurskunde aan de Universiteit Twente heb ik een juridische bachelorthesis geschreven. De praktische informatie die ik in mijn bachelorthesis heb verwerkt is afkomstig van de gemeente Enschede. Ik wil graag mijn eerste begeleider, de heer Harmsen, danken voor zijn tijd die hij vrij heeft gemaakt om mij met raad en daad bij te staan bij het schrijven van deze thesis. Mijn tweede begeleider, de heer Heldeweg, wil ik graag bedanken voor zijn kritische blik op mijn thesis. Voor de verkregen informatie van de gemeente Enschede ben ik veel dank verschuldigd aan de heer Bosman, mevrouw Reeuwijk en mevrouw Van Kampen.

Samenvatting

Deze scriptie onderzoekt de mate waarin er sprake is van waarborging van het publieke belang in privaatrechtelijke rechtspersonen die de gemeente Enschede heeft opgericht. Een gemeente heeft op basis van artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet de mogelijkheid om een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten en een publieke taak te laten uitvoeren door deze privaatrechtelijke rechtspersoon. Doordat de publieke taak in handen komt van een privaatrechtelijke organisatie, is publiekrechtelijke belangenbehartiging niet gewaarborgd. Een private partij heeft immers niet als doel om publieke belangen te behartigen, een private partij is gericht op het maken van winst. Het is dus van groot belang dat de overheid bij het overhevelen van een publieke taak naar een privaatrechtelijke rechtspersoon, zorgt voor mechanismen waarmee het publieke belang gewaarborgd kan worden binnen deze privaatrechtelijke rechtspersoon. Het is ook niet voor niets dat gemeenten en provincies slechts een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen oprichten, indien dit bijzonder aangewezen moet worden geacht voor het daarmee te behartigen openbaar belang. Indien wordt besloten een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten neemt Gedeputeerde Staten een aanvraag voor het oprichten van een privaatrechtelijke partij in overweging en toetst deze. Het is vervolgens aan Gedeputeerde Staten of zij het verzoek inwilligt of afwijst. Uit de theorie en de praktijk blijkt dat dit vaak een vrij marginale toetsing is en dat toestemming vrijwel altijd verleend wordt. Bij de gemeente Enschede heb ik verschillende documenten bestudeerd en gesprekken gehad met sleutelpersonen die betrokken waren bij de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente Enschede. Ik vroeg mij af in hoeverre er sprake was van waarborging van het publieke belang binnen de door hen opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen. Het bestuderen van organogrammen van privaatrechtelijke rechtspersonen binnen de gemeente, documenten die besluiten tot oprichting en gesprekken met betrokken medewerkers van de gemeente, heeft de basis gevormd voor mijn thesis. Dit onderzoek wijst uit dat er binnen de gemeente Enschede van goede waarborging van het publieke belang binnen privaatrechtelijke rechtspersonen sprake is. Er kunnen binnen de onderzochte constructies voldoende zogenaamde waarborgmechanismen ontdekt worden om te kunnen spreken van voldoende waarborging. Om tot deze waarborging binnen privaatrechtelijke rechtspersonen te kunnen komen moet er echter wel een privaatrechtelijke rechtspersoon opgericht zijn. De criteria die de wet daarvoor geeft zijn, zoals hierboven reeds genoemd, streng en geven aan dat de publiekrechtelijke weg de voorkeur geniet. Bij de gemeente Enschede is binnen de onderzochte casus naar mijn mening te weinig aandacht besteed aan de wettelijk vereiste onderbouwing voor het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De wettelijk vereiste toetsing van Gedeputeerde Staten lijkt meer een hamerstuk, afgaande op de korte en inhoudelijk weinig waardevolle goedkeuringsbrief die de gemeente ontving. Kortom: de waarborging van het publieke belang binnen privaatrechtelijke rechtspersonen opgericht door de gemeente Enschede is ruim voldoende. De wettelijk vereiste onderbouwing voor het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon is naar mijn mening niet volledig. Aanvullend onderzoek is vereist. Doordat de bachelorthesis in een relatief kort tijdsbestek uitgevoerd dient te worden, kon ik helaas maar enkele casus bestuderen. Verder onderzoek kan gedaan worden binnen meerdere casus binnen de gemeente Enschede, om op deze manier de gemeente vollediger te kunnen informeren over dit onderwerp. Tevens zou het aan te raden zijn een dergelijk onderzoek binnen meerdere gemeenten uit te voeren, eventueel tussen kleine(re) en grote(re) gemeenten. Mogelijke verschillen in waarborging van het publieke belang bij privaatrechtelijke rechtspersonen en de daarmee samenhangende mate van voldoen aan wettelijke oprichtingscriteria kunnen dan aan het licht komen.

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Algemene inleiding

In deze bachelorscriptie zal ik onderzoek doen naar de waarborging van publieke belangen binnen de door de gemeente Enschede opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit is de afsluitende scriptie van mijn bachelor bestuurskunde aan de Universiteit Twente.

De overheid dient ter behartiging van publieke belangen. Publieke belangen zijn volgens het rapport van de WRR¹ “Ieder maatschappelijk belang dat de overheid zich heeft aangetrokken”. De overheid heeft zich deze maatschappelijke belangen aangetrokken omdat zij van mening is dat deze anders niet goed tot hun recht komen. De overheid zorgt er bijvoorbeeld voor dat er een instantie is (het UWV) die Nederlanders in een financiële tegemoetkoming voorziet indien zij werkloos raken. Het leger en de politie zorgen voor de veiligheid in het land. Dit zijn goede voorbeelden van publieke taken die de overheid op zich heeft genomen.

De overheid heeft verschillende soorten gedaanten. Allereerst de publiekrechtelijke gedaanten. Iedere bestuursbevoegdheid moet op een wettelijke grondslag of op een wettelijke taak terug te voeren zijn. Anders dan in het privaatrecht, is in het publiekrecht niet de natuurlijke persoon of de rechtspersoon, maar het *ambt* of, volgens de Algemene Wet Bestuursrecht, het *bestuursorgaan* drager van bestuursrechtelijke rechten en verplichtingen.² Bij of krachtens de (Grond)wet worden overheidsambten in het leven geroepen. Goede voorbeelden hiervan zijn ministers, gemeenteraden, colleges van burgemeester en wethouders, commissies, openbare lichamen met bestuursorganen etc.³

Daarnaast zijn er ook verscheidene privaatrechtelijke gedaanten van de overheid. Het is bijvoorbeeld mogelijk een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (zbo) met openbaar gezag te bekleden. Daarnaast bestaan er verschillende mogelijkheden om andere privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak te belasten, waarover later meer. Enkele privaatrechtelijke zbo's zijn bijvoorbeeld de Stichting Bloembollenkeuringsdienst, de Nederlandsche Bank en de Nederlandse Publieke Omroep.

De wetgever heeft echter een voorkeur uitgesproken voor een publiekrechtelijke rechtsvorm, dit volgt uit bijvoorbeeld artikel 4 lid 2 onder a Kaderwet ZBO, artikel 160 lid 2 Gemeentewet en artikel 158 lid 2 Provinciewet. Deze bepalingen geven aan dat het belasten van een privaatrechtelijke rechtspersoon met een publieke taak alleen is toegestaan indien dat ‘bijzonder aangewezen moet worden geacht voor het daarmee te dienen openbaar belang’. De overheid heeft expliciet gekozen voor deze bewoordingen, omdat het publiekrecht wordt geacht waarborgen te bieden voor het gebruik van bevoegdheden. Het gaat om waarborgen met betrekking tot besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid⁴, die het privaatrecht niet of in beperkte mate mogelijk kent. Een publiekrechtelijke vormgeving heeft voorts met het oog op (her)kenbaarheid en doorzichtigheid van de organisatie de voorkeur.⁵ Niettemin zijn door de overheid vele privaatrechtelijke rechtspersonen opgericht. Enerzijds kan de aanleiding

¹ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000

² Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 43.

³ Zie voor een meer compleet overzicht en verduidelijking van de termen o.a. Zijlstra, 2009.

⁴ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 265.

⁵ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.9.

hiervoor worden gevonden in de onmogelijkheid om een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten voor gemeenten en provincies, met uitzondering van samenwerking in het kader van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen. Het onderbrengen van publiekrechtelijke taken kan daarom gemakkelijker bij een privaatrechtelijke rechtspersoon ondergebracht worden, als er een zwaarwegend openbaar belang is om een privaatrechtelijke rechtspersoon een publieke taak te laten uitoefenen. Anderzijds was in een bepaalde periode in de twintigste eeuw, voornamelijk de jaren tachtig, de publieke en politieke opinie dat privaatrechtelijke organisaties doelmatiger en efficiënter werken dan publiekrechtelijke. Ook het feit dat de ambtelijke rechtspositie van werknemers kon worden ingeruild tegen een arbeidscontract is volgens Scheltema & Scheltema reden geweest voor een figuurlijke stormloop op de keuze voor dit soort constructies.⁶

1.2 Aanleiding tot onderzoek

Ondanks de voorkeur van de wetgever voor de publiekrechtelijke weg, is er binnen provincies en gemeenten een breed palet aan privaatrechtelijke rechtspersonen die met een publieke taak zijn belast.⁷ Worden de publieke belangen wel voldoende gewaarborgd indien zij worden uitgeoefend door private organen? Dit is de vraag die centraal staat binnen mijn onderzoek.

De gemeente Enschede is met 158.343 inwoners de grootste gemeente van Overijssel en staat op de elfde plaats in de Nederlandse ranglijst van gemeenten met de meeste inwoners.⁸ Een grote gemeente betekent een zeggenschap over een relatief groot aantal mensen. Een groot aantal mensen betekent een noodzaak tot behartiging van vele belangen. Om onderzoek te kunnen doen naar de mate van waarborging van publieke belangen door private organen die door een gemeente zijn opgericht of waarin zij deelnemen, moet ik de beschikking hebben over een aantal casus die ik kan onderzoeken. Vanwege de beperkte tijd die staat voor het schrijven van een bachelorthesis is het voor mij niet mogelijk om meerdere gemeenten c.q. provincies te onderzoeken en moest ik mij richten op één gemeente of provincie. Het gemeentehuis van Enschede bevindt zich op korte afstand van de Universiteit Twente, waardoor het bezoeken van het gemeentehuis enerzijds en het verwerken van de informatie en andere studiegerelateerde bezigheden anderzijds, perfect te combineren is. Het feit dat Enschede een relatief grote stad is, geen sterk afwijkende bevolkingskenmerken heeft⁹ en de reeds genoemde andere positieve factoren, hebben tot mijn keuze voor de gemeente Enschede als onderzoeksobject geleid.

Binnen de gemeente Enschede heb ik de ruimte gekregen om een kwalitatief onderzoek te doen over de door haar opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak, alsmede voor de privaatrechtelijke rechtspersonen waar zij in deelneemt. Door middel van bestudering van stukken van de gemeente en kwalitatieve interviews met een tweetal medewerkers van de gemeente, heb ik voldoende praktische informatie kunnen verzamelen om later in deze thesis conclusies over te kunnen trekken.

Mijn centrale onderzoeksvraag luidt: “In hoeverre worden publieke belangen gewaarborgd binnen de privaatrechtelijke organisaties die de gemeente Enschede heeft opgericht dan wel waarin zij participeert?”

⁶ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

⁷ Zie o.a. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 264 en Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

⁸ Bron: CBS, 2013.

⁹ Bron: CBS, 2012.

Deze onderzoeksvraag kan niet direct beantwoord worden, er is meer informatie nodig om hier een zinnig antwoord op te kunnen geven. De informatie die ik gebruik bij de beantwoording van mijn hoofdvraag komt voort uit deelvragen. De informatie uit de deelvragen komt voort uit verschillende documenten. Ik maak gebruik van juridische literatuur, maar ook van overheidsdocumenten, wetgeving(sgeschiedenis), rechtspraak en andere bronnen die mij helpen bij het beantwoorden van mijn deelvragen en indirect mijn hoofdvraag.

De deelvragen die ik heb opgesteld worden hieronder kort toegelicht.

De eerste deelvraag, hoofdstuk 2, beslaat de publieke belangen en bestaat uit twee delen. Het eerste deel betreft: Wat zijn publieke belangen, welke weg moet afgelegd worden van een maatschappelijk naar een publiek belang en hoe kan waarborging geschieden? Daarnaast probeer ik in dit hoofdstuk duidelijkheid te verschaffen over op welke manier het publieke belang gewaarborgd kan worden binnen een private organisatie. Het tweede deel van de eerste deelvraag gaat over de vraag op welke manier de publieke belangen gewaarborgd kunnen worden in een private organisatie. Welke mechanismen zijn er zoal te ontdekken in de literatuur? Op welke manier kunnen deze gebruikt worden bij het waarborgen? Dit zijn de aspecten die aan bod komen in het tweede deel van de eerste deelvraag.

“Oprichting van en deelneming in rechtspersonen” is de titel van hoofdstuk 3 en deelvraag 2. Dit hoofdstuk beslaat de oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen. Voor het oprichten van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn een aantal criteria, opgesteld door de wetgever, waaraan in dit geval de gemeente moet voldoen. In ogeschouw genomen worden de voorwaarden waaronder gebruik gemaakt mag worden van het privaatrecht en de kritiek die daarop bestaat.

“De casuïstiek binnen de gemeente Enschede” is het onderwerp van hoofdstuk 4 en deelvraag 3. Hierin staan de twee vragen: “Zijn de privaatrechtelijke rechtspersonen bij de gemeente Enschede opgericht volgens de wettelijke maatstaf?” en “Hoe wordt het publiek belang gewaarborgd?” centraal. Met deze twee vragen als leidraad duik ik in de casuïstiek bij de gemeente Enschede. De case study die ik bij de gemeente Enschede heb uitgevoerd en de aanvullende kwalitatieve interviews die ik gehouden heb met een juridische medewerker van de gemeente en het hoofd veiligheid geven invulling aan het praktische gedeelte van deze deelvraag.

Ik heb gekozen voor het behandelen van twee casus, twee privaatrechtelijke rechtspersonen die door de gemeente zijn opgericht. Het zou voor mijn onderzoek inhoudelijk waardevol zijn om zoveel mogelijk casus te nemen en deze uitgebreid te onderzoeken en vervolgens te bespreken in de verslaglegging van mijn onderzoek. Omdat voor deze bachelorthesis slechts een beperkte tijdsduur staat, is dat helaas niet mogelijk. Mijn eerste keuze was om slechts één overheidsinstantie te selecteren. Dit was realistisch gezien de tijd die staat voor een bachelorthesis. Mijn tweede keuze was de keuze voor een gemeente, mede vanwege de beperkte reistijd en de kleinere organisatie. Mijn derde keuze was Enschede, om de hierboven uitgelegde redenen. Ik heb keuzes moeten maken en heb gekozen voor twee casus waar ik de informatie uit kan krijgen die ik nodig heb voor het schrijven van een inhoudelijk complete thesis, binnen de tijd die ervoor staat.

Hoofdstuk 2: Publieke belangen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de publieke belangen aan bod. In dit theoretische hoofdstuk over publieke belangen worden definities gegeven en worden verschillende concepten verduidelijkt. De weg die een belang aflegt van maatschappelijk naar publiek wordt benoemd, vervolgens wordt de 'hoe-vraag' van publieke belangen uitgelegd. Het laatste gedeelte van het hoofdstuk beslaat het publieke belang in het privaatrecht. Mechanismen van waarborging, de praktische waarborging van publieke belangen en bezwaren tegen waarborging komen aan bod.

2.2 Definitie

Om goed weer te kunnen geven wat publieke belangen zijn en hoe de waarborging kan geschieden binnen een PRR, volgt nu een theoretisch hoofdstuk over publieke belangen waarin definities worden gegeven en een en ander verduidelijkt wordt. In de literatuur zijn weinig eenduidige definities te vinden over het enigszins ambigue concept dat publieke belangen heet. Volgens Scheltema & Scheltema¹⁰ komt dat omdat het begrip zich lastig laat conceptualiseren doordat de inhoud verandert door de casus waarop het toegepast wordt en inzichten veranderen in de loop van de tijd. Stone¹¹ schrijft over een publiek belang: 'We might think of the public interest as those things desired by the public-spirited side of citizens'. Deze zogenaamde 'public-spirited side' bestaat uit belangen die individuen gemeen hebben. Hij beschouwt het publiek belang als een optelsom van individuele belangen die overeenkomen.¹² Een publiek belang is volgens het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), ieder maatschappelijk belang dat de overheid zich heeft aangetrokken.¹³

Hetzelfde rapport definieert 'waarborgen' als 'beletten dat iets los of verloren gaat'.¹⁴ Dit kan gebeuren doordat de overheid regels over het onderwerp vaststelt, eventueel de uitvoering zelf ter hand neemt of gelden voor de uitvoering ter beschikking stelt.¹⁵ Belangen zijn maatschappelijke belangen indien hun behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is.¹⁶ De samenleving is zelf niet in staat om een bepaald belang of bepaalde belangen te behartigen. Zijlstra stelt dat er eerst moet worden gekeken of het particulier initiatief, eventueel gefaciliteerd door de overheid, het belang kan behartigen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan spreken we pas van een publieke taak en moet de overheid het belang geheel of gedeeltelijk zelf behartigen.¹⁷

¹⁰ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 55.

¹¹ D. Stone, *The Market and the Polity. Political Paradox: The Art of Political Decision Making*. Norton, New York, 1997, p. 17-32.

¹² D. van der Gugten, *Het waarborgen van publiek belang bij de totstandkoming van organisaties met een publiek karakter*. Masterthesis Universiteit Twente, Enschede, 2009, p. 22.

¹³ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000.

¹⁴ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.9.

¹⁵ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 55.

¹⁶ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.20-21.

¹⁷ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 102.

2.3 Van maatschappelijk naar publiek belang

In het rapport van de WRR worden twee vragen aan de orde gesteld die binnen de discussie publiek-privaat gesteld kunnen worden. Allereerst is er de *wat-vraag*, die in gaat op welke maatschappelijke belangen de overheid aanmerkt als publieke belangen, hetgeen inhoudt dat zij zich deze belangen aantrekt in de overtuiging dat deze alleen dan goed tot hun recht zullen komen.¹⁸ Moet de overheid tot haar zorg rekenen dat er goed openbaar vervoer is? In de discussie over de eindverantwoordelijkheid van de overheid en de daarmee gepaard gaande deregulering in de jaren tachtig speelde de *wat-vraag* een grote rol. Vaak werd gedacht dat een private partij doelmatiger en efficiënter kan werken dan een publiekrechtelijke rechtspersoon.¹⁹ Ten tweede stellen zij de *hoe-vraag*. Op welke wijze worden vervolgens de belangen waarvoor de overheid aldus de eindverantwoordelijkheid heeft aanvaard, behartigt en wie draagt de operationele verantwoordelijkheid hiervoor? Moet de overheid dit doen of kan zij beter voor bijvoorbeeld exploitatie van het openbaar vervoer of de gevangenis een private partij inschakelen?²⁰

Het bovengenoemde onderscheid geeft weer dat niet alle maatschappelijke belangen door de overheid moeten worden gerealiseerd. Als er voor bepaalde maatschappelijke belangen een goed functionerende marktwerking is, die voorziet in bevredigende productie en allocatie voorziet van bepaalde goederen en diensten, is het niet noodzakelijk dat de overheid (eind)verantwoordelijkheid draagt. Waarom zou de overheid zich bijvoorbeeld bemoeien met de productie van brood, terwijl de vrije marktwerking op dit gebied prima functioneert? Bij de beslissing of een maatschappelijk belang tot een publiek belang gemaakt moet worden zijn er twee vragen die gesteld moeten worden. Allereerst of er sprake is van een maatschappelijk belang dat onvoldoende dreigt te worden behartigt wanneer de overheid zich dat belang niet aantrekt. Vervolgens moet de vraag gesteld worden of de overheid wel in staat is dit belang op een bevredigende manier te behartigen.²¹

De vijf beginselen voor goed bestuur (democratische legitimatie, efficiëntie, effectiviteit, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid) geven zowel voor- als tegenstanders in het debat over privatisering munitie. De voorstanders van privatisering dragen efficiëntie en effectiviteit aan als positieve kenmerken van privatisering, terwijl de tegenstanders zich beroepen op het mogelijke gebrek aan democratische legitimatie, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.²² De schrijvers van het rapport *Het borgen van Publiek belang* pleiten voor relatering aan overheidsdoelen. Privatisering van de uitvoering van de Bijstandswet mag bijvoorbeeld leiden tot een verlaging van de uitvoeringskosten, maar zij is toch minder aangewezen als de winst wordt geboekt door bijstandsgerechtigden niet meer die zorg te bieden die ze nodig hebben. Omgekeerd kan elke beslissing van een sociale dienst democratisch verantwoord zijn, maar als de sociale dienst niet in staat is bijstandsgerechtigden te re-integreren, wordt een belangrijk overheidsdoel niet bereikt.²³

De WRR maakt onderscheid tussen maatschappelijke en publieke belangen. De publieke belangen zijn maatschappelijke belangen die de overheid zich heeft aangetrokken omdat zij acht dat de behartiging hiervan zonder overheidsbemoeienis niet goed tot zijn recht komt. Is het eigenlijk aan de

¹⁸ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.20.

¹⁹ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

²⁰ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.19.

²¹ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.46..

²² Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.27.

²³ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.42.

overheid om publieke belangen te formuleren? Jazeker, binnen de moderne samenleving is de overheid de enige partij die gelegitimeerd is om namens de samenleving als geheel dwingend te bepalen welke publieke belangen moeten worden behartigd. Het is aan de overheid om te bepalen of bepaalde belangen binnen het maatschappelijke verkeer voldoende tot hun recht komen. Tevens intervenueert de overheid, indien zij vindt dat deze belangen door het maatschappelijk verkeer onvoldoende tot hun recht komen en er zodoende sprake is van een publiek belang.²⁴

Het rapport van de WRR stelt dat noch van publieke, noch van private organisaties verwacht mag worden dat zij uit zichzelf uitsluitend oog hebben voor het publiek belang.²⁵ Publieke belangen zijn tevens nooit objectieve feiten. Het proces van politieke oordeelsvorming duidt bepaalde belangen als zodanig aan. Het formuleren van publieke belangen vergt altijd een normatieve, politieke afweging.²⁶

2.4 Waarborging publieke belangen; de 'hoe'-vraag.

Om publieke belangbehartiging veilig te stellen acht de WRR het nodig om organisaties zo te disciplineren dat publiekebelangenbehartiging wordt veiliggesteld. Het rapport onderscheidt vier mechanismen om de publieke belangen te waarborgen binnen een organisatie. Dit kan gebeuren door middel van:

- Regels (vastgelegd in wetten of contracten)
- Concurrentie (concurrentie op de markt en concurrentie om de markt, bij de uitbesteding van taken)
- Hiërarchie (de politiek bestuurder geeft aanwijzingen aan zijn onderdanen)
- Institutionele waarden (versterking van de waarden en normen binnen een organisatie die de behartiging van het betreffende publieke belang ondersteunen).

Welk(e) borgingsmechanisme(n) in een bepaalde casus het best is, hangt volgens de WRR samen met het publieke belang dat gewaarborgd dient te worden en het gewicht dat wordt toegekend aan zaken als effectiviteit en efficiëntie, democratische legitimatie, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.²⁷ Binnen mijn thesis is de *wat-vraag* ondergeschikt aan de *hoe-vraag*. Toch is de *wat-vraag* zeker van belang binnen mijn onderzoek. Ik wil graag weten welke motieven ten grondslag liggen aan het oprichten van, dan wel deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon door de gemeente Enschede. De *hoe-vraag* is echter voor mij bij beantwoording van mijn hoofdvraag van groter belang. Ik kijk naar de eindverantwoordelijkheid van de publieke belangen binnen deze privaatrechtelijke rechtspersonen. Op welke manieren waarborgt de gemeente Enschede deze binnen de door hen opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen?

2.5 De waarborging van het publieke belang in privaatrecht

2.5.1 Inleiding

Indien een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt opgericht door een provincie of een gemeente, levert deze mogelijkheden tot waarborging van het publieke belang in. Deze overheidsinstantie kan immers niet meer als publiekrechtelijke rechtspersoon haar invloed uitoefenen op de besluitvorming

²⁴ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.57.

²⁵ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.42.

²⁶ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.48.

²⁷ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.10.

zoals zij dat wel kan wanneer zij een publiek belang zelf waarborgt. Het is ook daarom dat, zoals reeds genoemd in hoofdstuk 1, de voorkeur van de wetgever uit gaat naar een publiekrechtelijke rechtspersoon voor het behartigen van een publiek belang. De vijf, vaak zeer belangrijk geachte, beginselen van goed bestuur die de waarborging van het publieke belang moeten garanderen, zijn niet altijd aanwezig bij een private organisatie. Private organisaties, met uitzondering van een stichting en een vereniging, hebben immers een winstoogmerk, terwijl een publiekrechtelijke organisatie van nature het publiek belang behartigt. Om publieke belangenbehartiging binnen zo'n private, in principe op winst gerichte, organisatie onder te brengen is dus niet zonder risico's. De vraag is dus welke mogelijkheden er zijn om het publieke belang in een privaatrechtelijke organisatie zo goed mogelijk te waarborgen. In dit hoofdstuk zal ik ingaan op verschillende mogelijkheden die de literatuur biedt voor een zo goed mogelijke waarborging van het publieke belang in een privaatrechtelijke rechtspersoon.

2.5.2 Publieke belangen in privaatrecht

De meeste door de overheid opgerichte privaatrechtelijke rechtspersonen zijn belast met een publieke taak die de hoofdtaak van de organisatie is of wordt. De publieke taak is overheersend en de overheid wil sturen op de uitvoering. Instrumenten voor sturing die de overheid normaal gesproken heeft, kunnen mogelijk niet gebruikt worden indien de publieke taak binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt ondergebracht..

Zoals reeds vermeld eerder in dit hoofdstuk, stelt het rapport van de WRR dat waarborging kan plaatsvinden door middel van regels, concurrentie, hiërarchie en institutionele waarden. De mogelijkheden voor borging blijken in de praktijk volgens het rapport echter vaak niet ruim bemeten, de raad adviseert de overheid te kijken naar combinaties van borgingsmechanismen. Naar mate de overheid meer informatie heeft over een private partij met betrekking tot de inspanning die de private partij moet leveren, de risico's minder substantieel zijn en de risicooversie bij private ondernemers geringer is, is het borgen van het publieke belang gemakkelijker.²⁸

Het rapport van de WRR acht verantwoording en toezicht belangrijke factoren bij het waarborgen van publieke belangen in het privaatrecht. Toezicht op borging met regels is nodig, waarbij de organisaties zich moeten verantwoorden voor de wijze waarop de regels zijn toegepast. Welk borgingsmechanisme vervolgens geëigend is, hangt samen met het publieke belang dat in het geding is. De mate van succes van de borgingsmechanismen hangt ook samen met de aard en de cultuur van de desbetreffende private partij. Het disciplineren van private en publieke partijen gebeurt op verschillende manieren. Ook tussen disciplineren van de ene en de andere publieke organisatie bestaan verschillen. De waarborging van publieke belangen in de private sector kan door gebruik te maken van drie van de vier reeds genoemde waarborgmechanismen. Regels, concurrentie en institutionele waarden kunnen gebruikt worden bij waarborging binnen de private sfeer. Hiërarchie is kenmerkend voor de publieke sfeer.²⁹

In de praktijk is er veelal sprake van een clustering van publieke belangen die gewaarborgd moeten worden. Ook is het zo dat mechanismen van waarborging aan de tijd onderhevig zijn en nieuwe methoden en technieken ontwikkeld werden en worden. Hieronder zal ik mogelijkheden tot waarborging bespreken die door het rapport van de WRR worden gegeven. Zij baseren zich op de drie mechanismen die gebruikt kunnen worden binnen de private sector om publieke belangen te waarborgen.

²⁸ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.10.

²⁹ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.60.

2.5.3 Mechanismen³⁰

Concurrentie. Concurrentie leidt ertoe dat burgers beter bediend worden. Het disciplineert partijen op de markt. Concurrentie is belangrijk voor het waarborgen van het publieke belang omdat het allereerst de uitvoering van het publieke belang op zich kan nemen. Het produceren van goederen die maatschappelijke belangen representeren en de daadwerkelijke productie daarvan kan in handen van een private partij zijn. De markt zorgt ervoor dat maatschappelijke belangen worden behartigd en de overheid is niet eindverantwoordelijk voor de productie van het goed als zodanig. Daarnaast is het mogelijk dat indien marktwerking niet zorgt voor de behartiging van maatschappelijke belangen, de overheid zelf de productie op zich neemt. Het is echter ook mogelijk dat dit uitbesteed wordt aan een private partij, die de concurrentieslag om deze productie wint van de andere partijen. De praktijk kent naast deze twee basisvormen, vele tussenvormen.

Concurrentie is als los waarborgingsmechanisme kwetsbaar doordat wanneer er sprake is van voldoende concurrentie op de markt, goederen die maatschappelijke belangen representeren goed geproduceerd kunnen worden. Het gevaar ligt op de loer dat het publieke belang verdwijnt. Randvoorwaarden voor levering en productie kunnen desalniettemin nog wel een rol spelen. Concurrentie op de markt kan ervoor zorgen dat publieke belangen onder druk komen te staan. Om deze belangen te borgen zullen wettelijke regels nodig zijn. Concurrentie kan maatschappelijk onwenselijke consequenties hebben; rendement van publieke diensten kan verbeteren, maar de menselijke maat verdwijnen.

Binding met regels en contracten. Dit is een tweede mechanisme om publieke belangen te waarborgen. Door het stellen van *in abstracto* geformuleerde regels, wordt vooraf de vrije beslisruimte ingeperkt. De partijen weten vooraf welke ruimte ze hebben, er kan niet van worden afgeweken. In de praktijk laat het echter vaak enige ruimte voor discretionaire ruimte van de verschillende partijen; juist dit kan een positieve invloed op de effectiviteit en de efficiëntie van het beleid. Regels kunnen wettelijke voorschriften zijn, maar ook contractafspraken. Regels zelf leiden niet tot resultaat, zij zullen nageleefd dienen te worden. Sancties moeten voorkomen dat men de regels overschrijdt. Contracten zijn meer specifiek, waardoor het publieke belang specifiekere gewaarborgd kan worden. Het nadeel van contracten is dat het een onderhandeling nodig heeft om verbonden te kunnen worden. Als overheid kan het dus zijn dat je op bepaalde punten invloed inlevert. De onderhandelingen worden tussen twee partijen gevoerd en zijn dus niet de uitkomst van een democratisch besluitvormingsproces, zoals het publiekrecht kent.

Ook dit mechanisme behoeft nuancering. Handhaving en toezicht zijn nodig voor effectieve borging. Er bestaat bovendien veel geslotenheid en automie bij de te sturen actoren, waardoor het voor de overheid moeilijker is om private partijen met regels te bereiken. Het gevaar van *decoupling* ligt op de loer. Binnen de directie wordt veel waarde gehecht aan afspraken die met de overheid zijn gemaakt, maar op lagere niveaus wordt hier minder aandacht aan besteed.

Institutionele borging. Deze laatste vorm van borging is minder direct en subtieler dan de vorige twee. Borging van publieke belangen is eenvoudiger als de institutionele waarden van een private partner aansluiten bij de aard van het publieke belang dat in het geding is. Versterking van de institutionele waarden zorgt voor ondersteuning van het publieke belang. Voorbeeld hiervan is dat zorg verbeterd kan worden door waarden en normen van artsen en verplegend personeel meer centraal te stellen. Mogelijkheden voor deze borging zijn ruimschoots aanwezig. Interne en externe

³⁰ Alle mechanismen zijn uitvoerig beschreven in Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.60 – 69.

kwaliteitstoetsen kunnen worden ingesteld, interprofessionele toetsing kan uitgevoerd worden en zelfs tuchtrecht kan worden georganiseerd.

Hoe belangrijk institutionele borging ook is, er kan nooit helemaal op vertrouwd worden. De waarden van de organisatie zullen bijna nooit geheel samenvallen met het publieke belang. Bovendien kan er spanning ontstaan tussen het publieke belang en andere waarden en normen binnen de organisatie. Het is tevens de vraag of het de overheid lukt om de waarden normen te versterken die nodig zijn voor behartiging van het publieke belang. De behoefte bestaat om dit mechanisme ook te koppelen met een of beide andere mechanismen.

2.5.4 Praktische waarborging

De hierboven genoemde waarborgmechanismen zoals benoemd door het rapport van de WRR zijn goede handvatten om waarborging van publieke belangen binnen privaatrechtelijke organisaties zo optimaal mogelijk veilig te stellen. Het meer praktisch gezien waarborgen van publieke belangen binnen een privaatrechtelijke rechtspersonen kan echter op een nog meer directe manier plaatsvinden. Scheltema en Scheltema³¹ geven aan dat de overheid kan sturen binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon door middel van het benoemen van bestuurders, het onderwerpen van bepaalde besluiten aan een goedkeuringsrecht, het gebruiken van positie als grootaandeelhouder en dergelijke. Sturing op grotere afstand is ook mogelijk door het gebruik van algemene regels of subsidieafspraken, dit valt meer in het kader van de waarborgmechanismen die bedoeld zijn in de paragraaf hierboven. Zoals we later zullen zien binnen de casus van de gemeente Enschede bestaat er een wethouder 'Betrekkingen', die onder andere aandeelhoudersvergaderingen bijwoont van de verschillende privaatrechtelijke organisaties en deze organisaties controleert.

2.5.5 Bezwaren

Tegen het onderbrengen van publieke belangen bij privaatrechtelijke rechtspersonen bestaan in de juridische literatuur bezwaren. Scheltema & Scheltema³² schrijven over verminderde waarborgen voor openheid en controle alsmede onduidelijkheid jegens vertegenwoordigende lichamen indien een publieke taak door een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt uitgeoefend. Zij achten een privaatrechtelijke rechtspersoon dan ook minder geschikt om een publiekrechtelijke taak uit te oefenen. Ook Zijlstra wijst op het belang van terughoudendheid in het gebruik van privaatrechtelijke organisaties.³³ De relatief zware criteria die de wetgever voorschrijft bij het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door gemeenten en provincies, wijzen volgens hem op de onwenselijkheid van deze constructies. Zijlstra stelt het alternatief van de bestuurscommissie voor.³⁴

2.5.6 Conclusie

Concluderend kan ik stellen dat het beter is om niet op slechts één mechanisme van borging te vertrouwen. Niet altijd is concurrentie toepasbaar en niet elk publiek belang leent zich voor concurrentie. Binding met regels en contracten kan heel effectief zijn, feit is wel dat scherp op naleving moet worden toegezien. Institutionele borging kan succesvol zijn, maar is sterk afhankelijk van de private actor.³⁵

³¹ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 56.

³² Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 61, pp. 108 – 110.

³³ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, pp. 265, 114.

³⁴ Zie hoofdstuk 3 van deze thesis.

³⁵ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.85.

Het is de taak van de overheid om bij privatisering een helder institutioneel kader te scheppen. De overheid moet zorgen voor genoeg expertise om wettelijke en contractuele regels op te stellen en om systemen van toezicht en verantwoording te ontwerpen. De overheid moet zich boven de partijen opstellen en het proces regisseren vanuit een zelfstandige positie.

Waarborging van publieke belangen in een private organisatie kan niet plaatsvinden zonder dat deze private organisatie is opgericht. In het volgende hoofdstuk komt de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente aan bod.

Hoofdstuk 3: Oprichting privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente

3.1 Inleiding

Het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de gemeente is mogelijk onder een aantal voorwaarden. Het college van burgemeester en wethouders is binnen de gemeente daartoe bevoegd. In het volgende hoofdstuk komen de criteria aan bod die de wetgever heeft gesteld voor het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de gemeente. Ook wordt aandacht besteed aan de kritiek op het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door gemeenten voor het uitoefenen van een publieke taak. Ook worden jurisprudentie en adviezen en voornemens vanuit de literatuur besproken.

3.2 Definities en criteria

Bij de oprichting van, of deelneming in private organisaties³⁶ is de gemeente volgens de wet aan een aantal criteria en verplichtingen verbonden. Het artikel dat leidend is binnen dit hoofdstuk is artikel 160, specifiek lid 2 en 3, van de Gemeentewet. Het wetsartikel stelt een aantal voorwaarden aan het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon, te weten:

- (lid 2) Het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door het college van burgemeester en wethouders, wordt slechts genomen indien dit '[...]in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Een zeker openbaar belang dat aangetrokken is³⁷ door de overheid, kan slechts worden gediend door een privaatrechtelijke rechtspersoon indien deze rechtspersoon bijzonder aangewezen wordt geacht voor de behartiging. De behartiging door een privaatrechtelijke rechtspersoon moet de uitdrukkelijke voorkeur hebben boven uitvoering door een publiekrechtelijke rechtspersoon.
- (lid 2) De gemeenteraad moet in de gelegenheid gesteld worden wensen en bedenkingen aan het college over te brengen. Een besluit wordt niet genomen voordat dit gebeurd is.
- (lid 3) Het besluit zoals bedoeld in lid 2 dient de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te hebben. Deze goedkeuring kan slechts worden onthouden indien het besluit in strijd is met het recht of het openbaar belang.

3.3 Gebruik en kritiek

Deze 'vlucht in het privaatrecht', zoals Zijlstra³⁸ dit noemt, wordt door veel gemeenten omarmd voor het verzelfstandigen van publieke taken. Scheltema & Scheltema³⁹ geven aan dat dit gezien de eenvoud waarmee het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon bewerkstelligd kan worden, in het bijzonder een stichting, logisch is. Een notariële akte tot oprichting volstaat. Gemeenten en provincies kunnen bovendien geen publiekrechtelijke rechtspersoon oprichten, behoudens in het geval van een samenwerking op basis van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen. Zijlstra en Scheltema & Scheltema achten dit zeer opmerkelijk omdat de wetgever uitdrukkelijk de

³⁶ Onder private organisaties c.q. privaatrechtelijke rechtspersonen wordt volgens de wet verstaan: stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

³⁷ Zie hoofdstuk 2 van deze thesis over openbare belangen.

³⁸ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 265.

³⁹ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

voorkeur heeft uitgesproken voor de publiekrechtelijke weg (artikel 160 lid 2 Gemeentewet geeft immers aan dat alleen in bepaalde gevallen voor de privaatrechtelijke weg gekozen mag worden). Zijlstra geeft tevens aan dat er in de vorm van een bestuurscommissie, een publiekrechtelijk alternatief bestaat. Deze commissie kan krachtens art. 156 jo. art. 160 Gemeentewet de bevoegdheid overgedragen krijgen om te besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen namens de gemeente; tezamen met volmacht (volgens artikel 171 Gemeentewet) om de gemeente wat betreft haar werkzaamheden in en buiten rechte te vertegenwoordigen. Ook langs deze weg is zelfstandig optreden in het privaatrechtelijke rechtsverkeer mogelijk.⁴⁰ Zijlstra is sceptisch over het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente, bijvoorbeeld omdat publiekrechtelijke normering met betrekking tot het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid zijn gegarandeerd binnen het publiekrecht. Deze normering geldt bij privaatrechtelijke rechtsvormen niet.⁴¹

Zijlstra noemt nog twee kritiekpunten op de keuze voor privaatrechtelijke rechtspersonen voor de uitoefening van een publieke taak. Als eerste noemt hij de onduidelijkheid die bestaat rond het eigen belang van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Hij geeft aan dat men het in de rechtswetenschap oneens is over de vraag in hoeverre een rechtspersoon een eigen belang heeft bij gebruik door de overheid, en hoe eventueel een eigen belang zich verhoudt tot de belangen die de overheid en haar vertegenwoordigers in de rechtspersoon moeten behartigen. Hij verwijst hier naar het probleem van de 'twee petten'. Dit levert volgens hem risico's op in de sfeer van politieke verantwoordelijkheid en bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Als laatste geeft Zijlstra aan dat gebruik van een privaatrechtelijke rechtsvorm in het openbaar bestuur leidt tot onduidelijkheid bij de burger over de vraag of de betrokken instelling tot de overheid behoort. Hierover hoort in een democratische rechtsstaat zo min mogelijk onduidelijkheid over bestaan.⁴²

Het behoeft volgens Scheltema & Scheltema niet te verwonderen dat de belemmeringen met het oog op het gebrek aan publiekrechtelijke alternatieven, ertoe geleid hebben dat het gebruik van privaatrechtelijke organisaties in het openbaar bestuur een hoge vlucht heeft genomen.⁴³ Niet alleen om deze reden zijn er volgens de auteurs zoveel privaatrechtelijke constructies ontstaan. Ook bepaalde modes en oneigenlijke argumenten hebben volgens hen hier een rol in gespeeld. Lang heeft men gedacht dat een private partij efficiënter en doelmatiger is dan een publiekrechtelijke partij. Dat is volgens Scheltema & Scheltema niet altijd het geval. Wel is het zo dat een private partij aan concurrentie onderhevig is en het zodoende bijdraagt aan bevordering van de doelmatigheid, maar concurrentie is ook in de private wereld geen vanzelfsprekendheid. Een tweede argument is geweest dat men medewerkers binnen zo een nieuw opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon een arbeidscontract kon geven. De ambtelijke rechtspositie kon zo worden ingeruild tegen een 'privaat' arbeidscontract. Scheltema & Scheltema achten ook dit een oneigenlijk argument want, zo redeneren zij, wanneer het onjuist wordt geacht dat medewerkers van een bepaalde dienst een ambtelijke rechtspositie hebben, zou de keuze voor een private vorm niet een omweg moeten zijn

⁴⁰ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 265.

⁴¹ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 264-265.

⁴² Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 265.

⁴³ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

om dit te kunnen bereiken wanneer er niet voldoende inhoudelijke argumenten zijn om over te gaan tot het oprichten van, dan wel deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon.⁴⁴

Het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden* stelt dat de wettelijke normering van artikel 160 lid 2 en 3 niet meer is toegesneden op de praktijk. De constructies lijken steeds complexer te worden en grote gemeenten hebben veel projecten waaraan zij, in het kader van het uitvoeren van het publieke belang, in meer of mindere mate verbonden zijn.⁴⁵

De goedkeuringspraktijk (door Gedeputeerde Staten) is in de loop der jaren veranderd. Er wordt niet alleen een oordeel geveld over de mate waarin de situatie als 'bijzonder aangewezen' moet worden beschouwd. Ook overige wettelijke eisen, financiële risico's, staatssteun- en aanbestedingsrechtelijke aspecten worden in het goedkeuringsproces meegenomen.⁴⁶

3.4 Jurisprudentie met betrekking tot artikel 160 lid 2

Er is weinig jurisprudentie beschikbaar over het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door overheden. De jurisprudentie in de periode voor de afschaffing van het Kroonberoep, laat duidelijk zien dat de regering een duidelijke voorkeur had voor een publiekrechtelijke rechtsvorm. In de jurisprudentie wordt vaak de zogenaamde tweewegenleer aangehaald. Dit houdt in dat de overheid vrijelijk gebruik kan maken van privaatrechtelijke vormen voor behartiging van publiekrechtelijke belangen, ook in die gevallen waarin voor die behartiging een publiekrechtelijke weg openstaat, tenzij deze regeling een exclusief karakter draagt. De rechtspraak en het merendeel van de literatuur hebben deze leer altijd aanvaard in die zin dat het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen aanvaardbaar is, tenzij er een dringende reden is om anders te beslissen.⁴⁷ Scheltema & Scheltema⁴⁸ achten grote terughoudendheid op zijn plaats bij het positief beantwoorden van de vraag of het wenselijk is een publiekrechtelijke taak aan een privaatrechtelijke rechtspersoon over te dragen. Zij wijzen op rechtspraak van de Hoge Raad⁴⁹, dat de vraag gesteld moet worden of het publiekrecht bij een dergelijke overdracht naar het privaatrecht niet onaanvaardbaar wordt doorkruist. Deze afweging komt voort uit het zogenaamde Windmill-arrest⁵⁰. Hieronder geef ik een samenvatting van de jurisprudentie die betrekking heeft op de oprichting c.q. het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten.

Allereerst een aantal Kroonberoepen⁵¹. Deze Kroonberoepen hebben betrekking op verouderde wetgeving die, afgeleid uit de gronden waarop afgewezen wordt, enigszins overeenkomt met de

⁴⁴ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 54.

⁴⁵ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.8.

⁴⁶ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.8.

⁴⁷ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.14.

⁴⁸ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 105.

⁴⁹ HR 20 december 2002, JB 2003, 32 m.nt. Peters (*Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalveren II*)

⁵⁰ HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (*Staat/Windmill*)

⁵¹ Het Kroonberoep is in 1994 afgeschaft, zie o.a. De Meij & Van der Vlies, *Inleiding tot het staats- en bestuursrecht*, 2004, Kluwer, Deventer, p. 251; Belinfante & De Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, 2009, Kluwer, Deventer, p. 208.

huidige wetgeving die volgt uit artikel 160 lid 2 en 3. Ook hier gaat het om een provincie die toetst en het criterium 'bijzonder aangewezen' reeds gebruikt wordt.

- Het KB van 3 november 1966 (*Gasbedrijf Amstelland*) gaat over een casus waarin vier gemeenten besluiten tot oprichting van en deelneming in de N.V. Gasbedrijf Amstelland. De provincie onthoudt de goedkeuring en de gemeenten gaan in beroep bij de Kroon. Deze acht een constructie op basis van de WGR wenselijker.
- In het KB van 1 maart 1974 (*Recreatie Vlissingen*) is de Kroon van mening dat de keuze voor een stichtingvorm niet aannemelijk is gemaakt als zijnde bijzonder aangewezen. De beoogde bevordering van recreatiemogelijkheden kan ook door een gemeentelijke commissie worden bewerkstelligd.
- In het KB van 27 juni 1977 werd de vernietiging van een raadsbesluit van de gemeente Emmen door GS bevestigd. Dit raadsbesluit betrof de deelneming van de gemeente in de Stichting Openluchtmuseum, waarvan GS eiste dat gezien de mogelijk verregaande consequenties voor de gemeente, in de statuten bepalingen over preventief toezicht door GS opgenomen moesten worden.

Vervolgens komt de meer recentere uitspraak in dit rechtsgebied aan de orde.

- De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS 2 juli 1998) ging over het besluit van de gemeente Dronten om de Stichting Beheer en Accommodaties Dronten op te richten. Het beheer en de exploitatie van onroerende zaken zouden worden ondergebracht in de stichting en door middel van een zogenaamde sale-and-leaseback constructie, zou de gemeente Dronten deze onroerende zaken van de stichting huren. Hiermee kon een BTW-besparing bewerkstelligd worden. GS keurde de aanvraag niet goed, omdat zij de stichting niet bijzonder aangewezen achtten. Onder aanvoering van de criteria uit de tweewegenleer stelde de gemeente beroep in bij de rechtbank Zwolle. De rechtbank was van mening dat het dienen van een gemeentelijk financieel belang niet gelijk staat aan het dienen van een openbaar belang zoals bedoeld in de Gemeentewet. De Afdeling Bestuursrechtspraak oordeelde in hoger beroep niet anders dan GS en de rechtbank.⁵²

In wetenschappelijke commentaren wordt gewezen op het feit dat op gemeentelijk niveau, een veelvoud aan dit privaatrechtelijke rechtsvormen bestaat. Er wordt gewezen op het feit dat GS bij hun toetsing alleen mogen beoordelen of de keuze voor een PRR bijzonder aangewezen is voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het rekening houden met financiële belangen van de staat is nergens aan de orde. Het begrip 'openbaar belang' dient volgens de wetshistorie geïnterpreteerd te worden als (inter-)gemeentelijk belang.⁵³ Wetenschappelijk commentaar uit de Gemeentestem van 1999 (7098)⁵⁴ geeft dan ook aan dat het oordeel van de Afdeling Bestuursrechtspraak in de bovenstaande casus onjuist is. In de casus is geen strijd met de

⁵² Voorbeelden ontleend aan Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.14 – 15.

⁵³ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.15.

⁵⁴ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.15.

Gemeentewet en evenmin met het criterium van de onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.⁵⁵ Dit geeft weer dat er een discrepantie bestaat tussen wat de wet en jurisprudentie weergeeft enerzijds en hetgeen in de praktijk geschiedt en als wenselijk wordt ervaren anderzijds.

3.5 Privaatrechtelijke publieke taakbeartiging; altijd mogelijk?

Voor bepaalde taken is vastgelegd dat deze enkel door publiekrechtelijke rechtspersonen uitgevoerd mogen worden. Het is bijvoorbeeld voor een privaatrechtelijke rechtspersoon in het geheel niet mogelijk om boetes te heffen⁵⁶ en belasting te heffen.⁵⁷ Voorts kan er worden getwijfeld aan de mogelijkheid tot het verdelen van subsidiegelden aan derden door privaatrechtelijke rechtspersonen. Soms worden er ook bepaalde vormen van privaatrechtelijke rechtspersonen als ontoelaatbaar geacht. Bijvoorbeeld het onderbrengen van een taak in een vennootschap, dat immers op winst gericht is, hetgeen niet verenigbaar is met het uitoefenen van een publieke taak. De taken van brandweer zijn hier een goed voorbeeld van. In de Woningwet is dit tevens uitdrukkelijk bepaald.^{58,59} Ook een regeling binnen de Waterleiding wet geeft aan dat bij een private rechtspersoon waaronder de openbare drinkwatervoorziening is georganiseerd, alleen kan bestaan uit publiekrechtelijke aandeelhouders.⁶⁰

3.6 Adviezen en voornemens

Er zijn binnen de juridische literatuur voor- en tegenstanders te vinden van het gebruik van privaatrechtelijke organisaties voor publieke taken. Zij verschillen veelal van mening over hoe rekbaar de wet moet zijn op dit punt. Het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden* stelt dat de praktijk vraagt om een legitieme plaats voor privaatrechtelijke taakbeartiging, naast de huidige voorkeur voor publiekrechtelijke. De wettelijke norm sluit volgens hen niet meer aan op de huidige, pluriforme praktijk waarin er een breed palet van verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen binnen de gemeentelijke structuur bestaat. Het rapport geeft de mogelijkheid aan dat het toezicht mogelijk op termijn kan verdwijnen doordat het systeem van checks and balances binnen de decentrale bestuurslagen alles in zich heeft om op dit terrein democratisch besluiten te nemen en op transparante wijze verantwoording af te leggen.⁶¹ De auteurs van het rapport pleiten voor een herstructurering van de toetsingsgronden van Gedeputeerde Staten. Zij toetsen momenteel een aanvraag van de gemeente op de criteria 'strijd met het recht' en 'strijd met het algemene belang'. De toetsing is vaak marginaal en wellicht te marginaal. Dit goedkeuringsproces komt helemaal aan het eind van een lang besluitvormingsproces,

⁵⁵ Zie: Windmill-arrest, HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393.

⁵⁶ HR 20 december 2002, NJ 2004, 450 m.nt. MS (*Stichting Kwaliteitsgarantie II*). Vergelijk HR 28 februari 1997, NJ 1999, 732 m.nt. MS (*Stichting Kwaliteitsgarantie I*).

⁵⁷ HR 8 oktober 1993, NJ 1994, m.nt. MS (*Veenman/Waterland*).

⁵⁸ Art. 70 Woningwet. Hierin staat dat sociale woningbouw alleen kan worden opgedragen aan privaatrechtelijke rechtspersonen in de vorm van een stichting of een vereniging.

⁵⁹ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p. 55.

⁶⁰ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.18.

⁶¹ Zie J.A.F. Peters, *Bruikbare privaatrechtelijke taakbeartiging*, Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2007, 29 (6), p. 204-206 en B.F.Th. de Moor, *Oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten*, Gemeentestem, 2007, 7279, 97, p. 439-448.

waardoor er voor Gedputeerde Staten weinig mogelijkheid meer is om te sturen of laat staan af te keuren.⁶² Voorgesteld wordt op dit uit te werken in de volgende onderdelen:

63

1. Strijd met het recht,
 - a. Strijd met Europese wet- en regelgeving,
 - b. Nederlandse wet- en regelgeving,
2. Democratische controle en beïnvloeding,
 - a. De waarborgen die ervoor zorgen dat de overheid, vanuit haar publieke verantwoordelijkheid, in staat is op adequate wijze te sturen op het doel en de resultaten van de rechtspersoon,
 - b. Helderheid inzake de verdeling van taken en bevoegdheden,
 - c. De waarborgen die ervoor zorgen dat de overheid, vanuit haar publieke verantwoordelijkheid, in staat is adequaat toezicht uit te oefenen op de rechtspersoon,
 - d. De invloed van alle relevante belanghebbenden,
 - e. De mogelijkheid tot bijsturen en interventie door belanghebbenden,
3. Financiële paragraaf,
 - a. De beschrijving van financiële risico's,
 - b. De wijze waarop de financiële verantwoording plaatsvindt,
4. Rechtszekerheid voor de burger,
5. Doelmatigheid en doeltreffendheid.⁶⁴

In het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht reageert Peters op dit rapport. Hij is het zeker niet op alle punten eens met de aanbevelingen die in het rapport gegeven worden. 'Het rapport is mij te snel en ook te eenzijdig gericht op het opruimen van bestuurlijke obstakels'. Peters geeft aan dat hij het afschaffen van toezicht zoals hierboven genoemd, nog niet ziet zitten. Hij wijst op het feit dat er dan horizontale verantwoordingsmechanismen ontstaan, waarbij er sprake is van verantwoording in eigen kring. Het toezichtregime is bovendien onderhevig geweest aan inspectie tijdens de dualiseringsoperaties van de Provincie- en Gemeentewet. De wetgever heeft het regime heel bewust laten staan. Hij bestrijdt de opinie van het rapport dat het toezichtregime een oud en achterhaald stelsel is en daarom opgedoekt zou moeten worden. Hij adviseert te kijken naar mogelijkheden voor alternatieve samenwerkingsvormen, naast een nieuw afwegingskader voor bestuurlijk toezicht. B.F.Th. De Moor vraagt zich in zijn artikel af in hoeverre de criteria voor oprichting en deelneming van artikel 160 lid 2 nog van toegevoegde waarde zijn. Hij wijst op het informatierecht van de raad en de verantwoordingsplicht van burgemeester en wethouders op grond van artikel 169 Gemeentewet.⁶⁵

⁶² Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.35

⁶³ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006, p.41

⁶⁴ Vanwege het (deels) ontbreken van onderdelen 3, 4 en 5 in het originele rapport heb ik de opsomming van J.A.F. Peters aangehouden in zijn artikel *Bruikbare privaatrechtelijke taakbeartiging*, Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2007, 29 (6), p. 204-206.

⁶⁵ B.F.Th. de Moor, *Oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten*, Gemeentestem, 2007, 7279, 97, p. 439-448.

Het voorstel van het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, de beperkingen van artikel 160 Gemeentewet en 158 Provinciewet weg te nemen, is overgenomen door het toenmalige kabinet.⁶⁶ Het kabinet is voornemens een afwegingskader in te stellen, waarmee een rationele en afgewogen keuze gemaakt kan worden voor de juiste samenwerkingsvorm. Zo krijgen gemeenten en provincies de bevoegdheid om te bepalen op welke manier een publiek belang het beste kan worden gediend.⁶⁷ Tevens zullen er meer opties komen voor nieuwe rechtsvormen, zoals maatschappelijke ondernemingen en vormen voor grensoverschrijdende samenwerking. Echter, gelet op recente ontwikkelingen, lijkt de publiekrechtelijke weg toch de voorkeur te krijgen boven de voorgestelde verruiming van de privaatrechtelijke weg.⁶⁸ Men wenst namelijk een krachtige, kleine overheid, waar allerlei semioverheden of overheidsdeelnemingen toch minder voor de hand liggen.⁶⁹

3.7 Conclusies

Concluderend kunnen we stellen dat de criteria die de wet stelt aan het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon relatief streng zijn. De wetgever heeft een duidelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke weg. De gemeente die de aanvraag indient bij Gedeputeerde Staten moet volgens de wet het 'bijzonder aangewezen belang' duidelijk en overtuigend motiveren. Toch wordt er vaak de in de rechtspraak ontstane tweewegenleer aangehaald om de keuze voor het privaatrechtelijk alternatief te onderbouwen. Kritiek is er op de wildgroei aan dit soort constructies, mede belicht door Scheltema & Scheltema en Zijlstra. Het wordt volgens het rapport van F.J. Van Ommeren e.a. tijd voor een andere benadering, zij stellen een wettelijke verruiming voor van het privaatrechtelijk alternatief. Peters vindt dit te snel gericht op het opruimen van bestuurlijke obstakels, De Moor vraagt zich af of de criteria van artikel 160 nog van toegevoegde waarde zijn.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 279, nr. 72.

⁶⁷ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 266.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 047, nr. 1, p. 17-18. Bestuursakkoord 2010 – 2015, p. 8 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 749, nr. 1) en *Kamerstukken II* 2010/11, 31 953, nr. 41, p.4.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 15, p. 6. R.J.M.H. De Greef e.a. *Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging*, NTB, 2012, 6, 2, p. 38-46.

Hoofdstuk 4: Oprichting en waarborging bij de gemeente Enschede

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik beschreven welk orgaan van de gemeente, en onder welke voorwaarden, een privaatrechtelijke rechtspersoon op mag richten. De theorie met betrekking tot het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon en de waarborging van de publieke belangen is inmiddels uitgebreid aan bod gekomen in deze thesis. Om de theorie aan de empirie te kunnen koppelen ben ik op zoek gegaan naar een gemeente die mij de mogelijkheid geeft om casus, met betrekking tot privaatrechtelijke rechtspersonen, te bestuderen. Op basis van de theoretische inzichten kan ik de empirische casus analyseren en mogelijk conclusies trekken over de waarborging van het publieke belang door privaatrechtelijke rechtspersonen bij de gemeente Enschede, die mij de gelegenheid heeft gegeven dit te onderzoeken. De casus heb ik op twee verschillende manieren geselecteerd. Allereerst kon ik na contact met de juridische afdeling inzicht krijgen in de juridische documenten van de Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval, via een medewerker van juridische zaken die bekend was met deze privaatrechtelijke rechtspersoon. Via de juridische afdeling werd ik vervolgens naar het hoofd Veiligheid van de gemeente gestuurd. Hij had meegewerkt aan de oprichting van het Innovatiefonds BV. Hij kon mij voorzien van veel informatie omtrent deze privaatrechtelijke rechtspersoon. Hij bezat ook een overzicht met alle ‘verbonden partijen’, zowel publiek- als privaatrechtelijk.

In dit hoofdstuk zal ik uitleggen wat ik precies heb onderzocht bij de gemeente. Allereerst de voorwaarden tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals deze reeds in de inleiding en hoofdstuk 3 zijn genoemd. Het betreft het feit dat de op te richten privaatrechtelijke rechtspersoon ‘bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang’, de gemeenteraad moet in de gelegenheid gesteld zijn om wensen en bedenkingen kenbaar te maken en het voorstel moet de goedkeuring van Gedeputeerde Staten hebben gehad. Afkeuring kan alleen plaatsvinden indien het besluit in strijd is met het recht of het openbaar belang.

De door mij onderzochte casus doorzoek ik op informatie die leidt tot het mogelijk maken van een vergelijking van de oprichtingsgegevens van verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen binnen de gemeente Enschede en de voorschriften die de wet hierover geeft. Zijn de verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen opgericht volgens de voorschriften die de wet hiervoor geeft? Is de gemeenteraad op de hoogte gesteld en hebben zij ruimte gehad tot het overbrengen van wensen en bedenkingen, op welke wijze gebeurt dat? Heeft Gedeputeerde Staten het besluit onder ogen gekregen en is er goedkeuring verleend? Ik probeer antwoord te verkrijgen op mijn deelvraag of de verschillende casus aan de wettelijke eisen voldoen zoals gesteld in artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet.

Na het verkrijgen van antwoorden op bovenstaande vragen zal ik mij richten op het waarborgen van de publieke belangen. Op welke manier vindt dit binnen de gemeente Enschede plaats? Herken ik waarborgmechanismen die beschreven staan in het rapport van de WRR, uitgebreid aan de orde geweest in hoofdstuk 2? Zodoende hoop ik antwoord te krijgen op de deelvraag welke manieren van waarborging ik herken bij de gemeente Enschede.

Alle informatie die tot mijn beschikking was, is afkomstig van interne verslaglegging binnen de gemeente Enschede. Mondelinge toevoegingen op deze documenten zijn gegeven door respectievelijk juridische medewerkers van de gemeente of het hoofd Veiligheid van de gemeente Enschede.

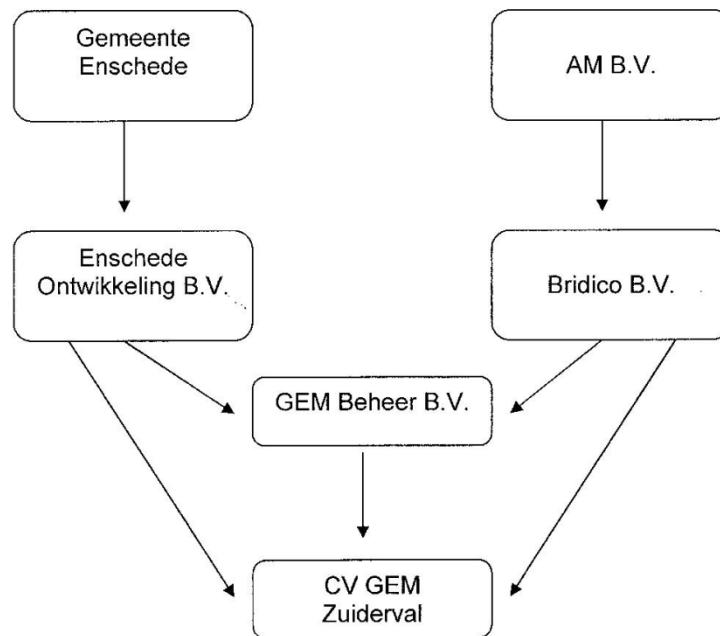
4.2 Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval

4.2.1 Algemeen

Al in 2001 is de gemeente Enschede een zogenaamde ontwikkelingsovereenkomst aangegaan met HBG Vastgoed B.V. Deze ontwikkelingsovereenkomst heeft betrekking op de herontwikkeling van deelgebieden langs de Zuiderval en het geven van kaders daarvoor. De overeenkomst had een looptijd van tien jaar. In 2011 is er een nieuwe overeenkomst gesloten tussen de gemeente Enschede en AM B.V. (hierna: AM), waarbij AM de rechtsopvolger is van BAM Vastgoed B.V. (hierna: BAM) en BAM op haar beurt weer de rechtsopvolger was van HBG Vastgoed B.V. Zuiderval is een ontwikkelingsgebied aan de rand van Enschede, vlakbij de snelweg. Er is een aantal doelstellingen geformuleerd voor het uitvoeren van de herontwikkeling van de deelgebieden langs de Zuiderval en het geven van kaders daarvoor. De inhoud van de ontwikkelingsovereenkomst bestaat uit de volgende items:

- het geven van ruimtelijke en financiële kaders voor de locatieontwikkeling binnen de Zuiderval door CV GEM Zuiderval
- het geven van kaders voor de organisatie van de CV GEM Zuiderval
- het geven van kaders voor de organisatie van GEM Zuiderval Beheer B.V.
- het stellen van randvoorwaarden voor financiering van de CV GEM Zuiderval, en
- het instellen van een Stuurgroep

Om bovenstaande inhoud van de overeenkomst enigszins te verduidelijken en verklaren zal ik hieronder uitgebreider verslag doen van de betrokken privaatrechtelijke rechtspersonen en de manier waarop zij zich tot elkaar verhouden.



Figuur 1: Interne memo gemeente Enschede (2012).

In de bovenstaande figuur staan de verschillende onderdelen van de samenwerking tussen de gemeente Enschede en AM. Beide zijn dan ook vertegenwoordigd in het eerste blok van de figuur.

Enschede Ontwikkeling B.V. (EO B.V.) is in 2002 opgericht om namens de Gemeente te participeren in de ontwikkeling van de Zuiderval. Deze is opgericht om de juridische aansprakelijkheid van de gemeente in het kader van de ontwikkeling van het project Zuiderval te beperken. Deze privaatrechtelijke rechtspersoon moet gezien worden als een verlengstuk van de gemeente. De gemeente is 100% aandeelhouder en de taken van de aandeelhoudersvergadering worden door de betrokken wethouder als vertegenwoordiger van het college van B&W uitgeoefend.

Bridico B.V. acteert als dochterbedrijf van AM in deze constructie. AM wordt door Bridico B.V. in deze constructie vertegenwoordigd, net als Enschede Ontwikkeling B.V. de gemeente in deze constructie vertegenwoordigd, zij het beide als aparte B.V.'s.

De GEM (GrondExploitatieMaatschappij) Zuiderval Beheer B.V. (hierna: GEM Beheer) bestaat uit zowel EO B.V. als Bridico B.V., zij zijn beide voor 50% aandeelhouder. EO B.V. en Bridico vormen de algemene vergadering van aandeelhouders. EO B.V. en Bridico B.V. zijn beiden bestuurder van GEM Beheer. De doelstelling van GEM Beheer is het realiseren van het project door het verwerven, bouwrijp maken, financieren en uitgeven van gronden. Daarnaast is GEM Beheer voor 2% aandeelhouder in de CV GEM Zuiderval.

CV GEM Zuiderval is een commanditaire vennootschap (samenwerkingsovereenkomst *zonder* rechtspersoonlijkheid) die is belast met de ontwikkeling van de Zuiderval. De GEM heeft drie vennoten. Twee stille c.q. commanditaire vennoten (EO B.V. en Bridico B.V., beiden voor 49%) en een behorend vennoot (GEM Beheer, voor 2%). De commanditaire vennoten verschaffen kapitaal waarmee de GEM kan investeren in het project. In haar hoedanigheid als behorend vennoot heeft GEM Beheer een directeur voor de GEM aangesteld. Deze directeur is geen behorend vennoot van de GEM en is zodoende niet hoofdelijk aansprakelijk.

De GEM Beheer is in dit geval voor mij zeer interessant. Het is een B.V., mede opgericht door de Gemeente Enschede, die er als aandeelhouder een aandeel in heeft. De gemeente is niet de enige aandeelhouder en moet in die hoedanigheid beslissingen nemen met de andere aandeelhouder;

Bridico B.V. Ik ben benieuwd hoe deze constructie tot stand is gekomen en hoe het publiek belang gewaarborgd wordt.

4.3 Voorwaarden tot oprichting

Allereerst is het de vraag waarom de gemeente Enschede ervoor heeft gekozen om een speciale BV op te richten om de ontwikkeling van de Zuiderval te gaan uitvoeren.

De Zuiderval is een langdurig en complex project en de gemeente had bij de aankoop van de grond reeds een fors verlies geleden. Toen AM zich geïnteresseerd toonde in het mede uitvoeren van het project en bereid was te investeren in het project ondanks het verlies dat zij voor 50% op zich zou nemen bij deze constructie, vond de gemeente dit een opening naar een samenwerking. Het risico van de exploitatie van zo'n groot en langdurig project kan door de samenwerking in een BV met een private partner gedeeld worden. Door persoonlijke communicatie met een medewerker van de afdeling juridische zaken van de gemeente⁷⁰, kwam er nog een reden naar boven: bij de betrokken medepartij was sprake van kennis en ervaring bij deze projecten, bovendien was het zelf uitvoeren van dit project naar alle waarschijnlijkheid zeer verliesgevend voor de gemeente geworden. Het belang van AM was ook duidelijk, zij kreeg de garantie om en nabij 80% van het te realiseren vastgoed te mogen ontwikkelen.

Doordat de AM bereid was een deel van het reeds geleden verlies op zich te nemen, kennis en ervaring meebracht en bereid was een samenwerking aan te gaan, was voor de gemeente Enschede genoeg reden om een BV op te richten die de ontwikkeling van de Zuiderval op zich moest gaan nemen. Het college van burgemeester en wethouders is hiertoe bevoegd volgens artikel 160 lid 2 Gemeentewet. Het besluit om een BV op te richten moet aan enkele criteria voldoen, die genoemd worden in artikel 2 en 3 Gemeentewet. Deze zal ik noemen en vervolgens zal ik de besproken BV langs de maatstaf die de wet biedt, leggen.

Met betrekking tot het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn er voorwaarden waaraan het besluit tot het oprichten door het college, moet voldoen. Deze voorwaarden worden genoemd in artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet. Deze voorwaarden som ik op en vervolgens analyseer ik de gegevens van de gemeente Enschede op basis van deze voorwaarden.

- (lid 2) Het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door het college van burgemeester en wethouders, wordt slechts genomen indien dit '[...]in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'.

Door het verlies dat men reeds geleden heeft op de aankoop van de grond en de overeenkomst met AM, was de deling van de financiële risico's een goede mogelijkheid om verdere risico's met betrekking tot het project Zuiderval zo goed mogelijk te beperken. De marktpartij (AM) kon door zijn marktkennis tevens bijdragen de ontwikkeling minder complex te maken. De GEM Beheer BV-CV-constructie moet volgens de hierboven genoemde wet 'bijzonder aangewezen zijn voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Is het dat ook? Een financieel belang hoeft niet altijd voldoende te zijn om de term 'openbaar belang' voldoende te dienen, dat kwamen we

⁷⁰ Persoonlijke communicatie medewerker juridische afdeling, 17 mei 2013.

eerder in deze thesis al tegen.⁷¹ Mogelijkerwijs zou dit voor de rechtspraak een heikel punt zijn, aangezien zij oordeelden dat een financieel belang niet gelijk staat aan het dienen van een openbaar belang zoals bedoeld in de Gemeentewet. Dit is dus een punt van twijfel, waar een rechtbank mogelijk over zou vallen als de gemeente in beroep gaat indien de aanvraag op dit punt wordt afgewezen door Gedeputeerde Staten. Wel komt er in dit geval nog de extra expertise en marktkennis van de private partij bij. Een groter verlies, problemen en oponthoud tijdens werkzaamheden zouden door de inschakeling van de private partij zo klein mogelijk gehouden kunnen worden.

Concluderend kunnen we stellen dat alleen het financiële belang, waar veelal naar verwezen wordt (in de stukken naar de gemeenteraad, in de stukken naar Gedeputeerde Staten), minimaal voldoende is om aan dit criterium te voldoen. De kennis en expertise van de private partij trekken de fundering van het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon met de hakken over de sloot.

- (lid 2) De gemeenteraad moet in de gelegenheid gesteld worden wensen en bedenkingen aan het college over te brengen. Een besluit wordt niet genomen voordat dit gebeurd is.

De gemeenteraad heeft het voorstel onder ogen gehad en is akkoord gegaan met het oprichten van de Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval op 17 september 2001. Bij het verzoek tot goedkeuring worden er enige punten aangehaald binnen de vergadering van de gemeenteraad. Een lid van de gemeenteraad is bezorgd over het verlies dat de gemeente reeds heeft geleden op de grond en over de mogelijkheid dat dit niet terugbetaald kan worden omdat de HBG(AM/BAM) een groot deel van de opbrengsten inneemt (zie voorwaarde 80% van het vastgoed, zoals hierboven reeds genoemd). Wethouder Helder benadrukt in het raadsverslag, dat publiekrechtelijke bevoegdheden bij de raad blijven, bijvoorbeeld het vaststellen van de bestemmingsplannen. Op voorwaarde dat beide partijen er zoveel mogelijk aan doen om het tekort terug te gaan dringen, wordt het voorstel met algemene stemmen aangenomen.

- (lid 3) Het besluit zoals bedoeld in lid 2 dient de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te hebben. Deze goedkeuring kan slechts worden onthouden indien het besluit in strijd is met het recht of het openbaar belang.

Het voorstel is naar Gedeputeerde Staten gegaan. De toetsing van GS bestaat uit twee fasen. Allereerst wordt gekeken of de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Vervolgens wordt beoordeeld of de statutaire vormgeving voldoet. Dit gebeurt uiteraard nadat de grondslag waarop de privaatrechtelijke constructie opgericht zal worden geanalyseerd is. Bij de beoordeling van de statutaire vormgeving wordt gekeken of aan de randvoorwaarden wordt voldaan waarbinnen, vanuit de overheid bezien, privaatrechtelijke taakbehartiging tot stand kan komen.⁷² Iets wat opvalt in de stukken en wat ook blijkt uit het gesprek dat ik met de

⁷¹ Zie paragraaf 3.3, de discrepantie tussen wet en jurisprudentie enerzijds en hetgeen in de praktijk geschiedt en als wenselijk wordt ervaren anderzijds.

⁷² Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p.60.

medewerker van juridische zaken had⁷³, is dat er vooraf al overleg plaatsvindt tussen het college, dat besluit tot oprichting, en het college van Gedeputeerde Staten, dat wettelijk gezien pas nadat de gemeenteraad haar licht erover heeft geworpen om goedkeuring gevraagd dient te worden. In de beginfase is er dus al zogenaamd 'ambtelijk vooroverleg'. Dit vindt plaats in het beginstadium en is een soort aankondiging van het verzoek dat komen gaat. Gedeputeerde Staten gaat akkoord met de oprichting van de GEM Beheer B.V. Afgaande op de stukken, waarin in de communicatie met Gedeputeerde Staten niet veel meer uitgebreide informatie wordt gegeven dan in het voorstel richting gemeenteraad, lijkt het een hamerstuk bij Gedeputeerde Staten.

4.4 Waarborging publiek belang Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval

De vraag is in hoeverre binnen deze constructie wordt voldaan aan de waarborgen die de publiekrechtelijke weg beoogt te bieden. De huidige constructie betreft een BV waarin zowel de gemeente als de private partner beide 50% van de aandelen bezitten, hierdoor is de gemeente niet als enige partij betrokken bij de beleidsbepaling. Waarborging van het publieke belang, stedelijke ontwikkeling, is in dit geval van belang, omdat een private partij de wederhelft van de BV vormt. Sturing, een waarborgmechanisme dat de overheid als bestuursorgaan kan gebruiken, zal lastiger worden omdat er geen sprake is van een meerderheid van de aandelen dat in handen is van de gemeente. Het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid is niet of in mindere mate mogelijk binnen het privaatrecht.⁷⁴

In termen van de drie waarborgmechanismen voor privaatrecht zoals die door het rapport van de WRR zijn opgesteld⁷⁵, is binnen deze constructie gebruik gemaakt van concurrentie en binding met regels en contracten. Concurrentie is toegepast doordat de gemeente in zee is gegaan met een private partner, die haar diensten tegen een bepaald tarief heeft aangeboden. Verschillende private partijen zullen hun diensten hebben aangeboden voor de behartiging van dit publieke belang, de markt zorgt voor behartiging van het publieke belang. De grondexploitatie van de Zuiderval is in dit geval het publieke belang, dit publieke belang is ondergebracht binnen een BV die bestaat uit de gemeente en een private partij. Door middel van binding met regels en contracten is de samenwerking tot stand gekomen en zijn er heldere afspraken gemaakt over de rol van beide partijen binnen de nieuw op te richten BV. Hierdoor is het publieke belang gegoten in de vorm van afspraken waar beide partijen aan gebonden zijn.

De praktische waarborging, aan bod geweest in hoofdstuk 2⁷⁶, geeft enkele mogelijkheden tot waarborging van het publieke belang in privaatrechtelijke constructies. De waarborging op afstand is ingevuld door de regels en contracten die opgesteld zijn. Door het toezicht in deze casus van de wethouder betrekkingen, is dit ook een manier van waarborging van de publieke belangen binnen deze casus. Daarnaast kan de gemeente als aandeelhouder belangrijke besluiten aan goedkeuringsrecht onderwerpen, zoals we hieronder zullen zien. Op deze manier kun je grip houden op een samenwerking als deze.

⁷³ Persoonlijke communicatie medewerker juridische afdeling, 17 mei 2013.

⁷⁴ Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009, p. 265.

⁷⁵ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.60 – 69.

⁷⁶ Zie 2.4.4.

De daadwerkelijke planontwikkeling Zuiderval wordt in de BV gerealiseerd. Deze planontwikkeling moet binnen de beleidskaders passen. Zo niet, dan moet de gemeente als aandeelhouder binnen de BV instemmen met het afwijken van het bestemmingplan. Hierdoor kun je vat houden op het proces.⁷⁷ Dit is voor de gemeente een mogelijkheid om het publieke belang te waarborgen en op deze private constructie toch nog enigszins grip te houden als publieke partner. Dat de gemeente op deze manier invloed kan uitoefenen is een belangrijk feit, toch blijft de gemeente voor slechts 50% aandeelhouder in deze constructie en zullen belangrijke beslissingen altijd genomen moeten worden in samenspraak met de private partner in de vorm van Bridico B.V.

4.5 Innovatiefonds BV

4.5.1 Algemeen

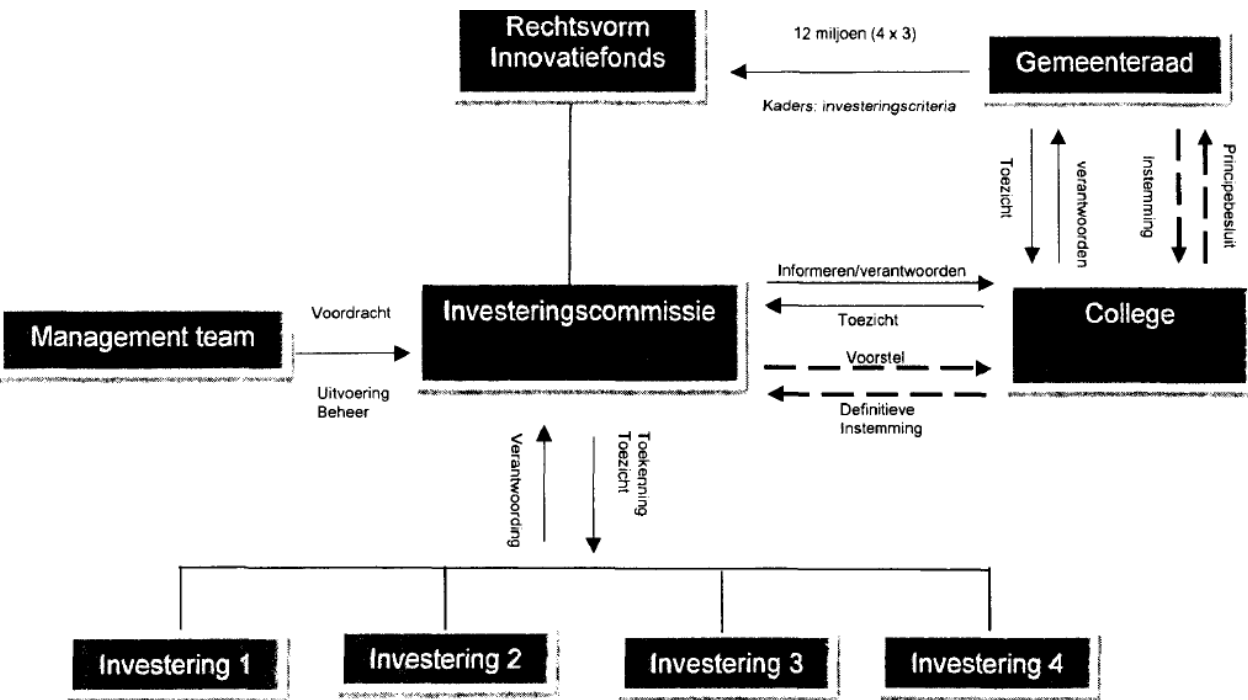
Het actieprogramma Innovatie, zoals dit door de gemeente Enschede is vastgesteld in 2010, behelst de visie op de aanpak en de rol van de gemeente als aanjager van innovaties om samen met bedrijven, overheden en (kennis-)instellingen te werken aan het oplossen van maatschappelijke vraagstukken, versterking van de economische concurrentiekracht en verbetering van de efficiëntie van het gemeentelijk beleid. De gemeente investeert met het innovatiefonds in nieuwe en reeds bestaande ondernemingen met innovatieve oplossingen. Er is voor gekozen om dit actieprogramma op te richten op de maatschappelijke thema's veiligheid, zorg en duurzaamheid. De gemeenteraad zal controleren op een aantal resultaatindicatoren, te weten een toename van het aantal:

- Arbeidsplaatsen
- Bedrijven
- Succesvol geïmplementeerde innovaties en in het bijzonder innovaties gericht op de aanpak van maatschappelijke vraagstukken
- Efficiëntie van gemeentelijk beleid

Bij de toelichting voor de keuze van oprichting van dit innovatiefonds, geeft de gemeente aan dat alleen investeringen gedaan mogen worden indien er sprake is van marktfalen en/of een publiek belang. Volgens de gemeente is er in dit geval zeker sprake van een publiek belang vanwege de complexiteit van de vraagstukken op het gebied van zorg, veiligheid en duurzaamheid. Er is steeds meer zorg nodig terwijl er minder handen beschikbaar zijn, de veiligheidsvraagstukken worden steeds ingewikkelder en schaarser wordende grondstoffen en duurzaamheidsopgaven worden uitgebreider. De aansturing moet volgens de nota commercieel zijn.

In het volgende schema wordt weergegeven hoe de structuur volgens de gemeente in elkaar zit.

⁷⁷ Persoonlijke communicatie medewerker juridische afdeling, 19 juni 2013.



Figuur 2: Innovatiefonds, 'voorstel gemeenteraad' (2011).

4.5.2 Voorwaarden tot oprichting

Ook bij deze privaatrechtelijke rechtspersoon die is opgericht door de gemeente gaan we systematisch de criteria die de wet geeft voor oprichting langs. Het Innovatiefonds BV is een BV opgericht door de gemeente, waarin zij honderd procent van de aandelen hebben en dus als enige aandeelhouder aan de BV verbonden zijn. Hieronder een opsomming van de wettelijke criteria en een analyse van de betreffende casus op basis van deze criteria.

- (lid 2) Het besluit tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door het college van burgemeester en wethouders, wordt slechts genomen indien dit '[...]in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'.

Uit de bestudeerde stukken blijkt niet duidelijk waarom er specifiek is gekozen voor een BV. Een toelichting op de voorkeur voor deze vorm is mijns inziens aan de magere kant: 'In samenspraak met de beoogde Investeringscommissie (bestuur van het fonds, red.) opteren wij voor een BV, een privaatrechtelijke rechtsvorm, omdat deze rechtsvorm het mogelijk maakt dat gelden terugvloeien (revolving fund) naar de algemene middelen'.⁷⁸ Overleg met een medewerker van de gemeente⁷⁹ zorgde voor meer onderbouwing van deze beslissing. Het vereiste dat deze

⁷⁸ Brief aan de gemeenteraad van Enschede, 13 december 2011.

⁷⁹ Persoonlijke communicatie, afdelingshoofd bestuurlijke zaken & kabinet, 27 juni 2013.

privaatrechtelijke rechtspersoon 'bijzonder aangewezen geacht' moet zijn, wordt gestalte gegeven door een aantal factoren.

- Allereerst zou de BV 'bijzonder aangewezen' (zoals volgt uit artikel 160 lid 2 Gemw) moeten zijn omdat gelden die in het investeringsfonds worden gestoken, terug kunnen vloeien naar algemene middelen van de gemeente. Daarnaast is het bedrijfsmatig karakter van belang. De op te richten entiteit is immers een privaatrechtelijke rechtspersoon en zal daardoor bedrijfsmatig kunnen handelen.
- Ook de snelheid van de besluitvorming wordt als argument aangevoerd. Het is een rechtspersoon die handelt op afstand van de gemeente (ergo: niet binnen de gemeentelijke kolom) en heeft onafhankelijke expertise door de leden van de Investeringscommissie. Op deze manier is er geen gemeentelijke besluitvorming nodig en kunnen besluiten sneller genomen worden in de vergadering van deze BV.
- (lid 2) De gemeenteraad moet in de gelegenheid gesteld worden wensen en bedenkingen aan het college over te brengen. Een besluit wordt niet genomen voordat dit gebeurd is.

Er is een voorstel bij de gemeenteraad neergelegd op 26 april 2011, tot goedkeuring van oprichting Enschede Innovatiefonds BV. De gemeenteraad is door dit voorstel in de gelegenheid gesteld wensen en bedenkingen aan het college over te brengen. Het voorstel is behandeld in de vergadering van 23 mei 2011. Er is sprake van een unanieme goedkeuring van het voorstel met 35 stemmen voor.

- (lid 3) Het besluit zoals bedoeld in lid 2 dient de goedkeuring van Gedeputeerde Staten te hebben. Deze goedkeuring kan slechts worden onthouden indien het besluit in strijd is met het recht of het openbaar belang.

Het college van Gedeputeerde Staten is middels een brief op de hoogte gebracht van het besluit tot oprichting van het Innovatiefonds Enschede BV. Deze brief is op 31 januari 2012 aan Gedeputeerde Staten verstuurd. Ook in de brief naar Gedeputeerde Staten wordt er geen ander argument dan het financiële argument – terugvloeiing van gelden – genoemd. Volgens wetsartikel 160 lid 3 Gemeentewet moet de Gedeputeerde Staten het verzoek goedkeuren voordat de rechtspersoon de publieke taak op zich kan krijgen. Goedkeuring kan onthouden worden vanwege strijd met de wet of het algemeen belang. De toetsing van GS bestaat ook hier weer uit twee fasen. Allereerst wordt gekeken of de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Vervolgens wordt beoordeeld of de statutaire vormgeving voldoet. Dit gebeurt uiteraard nadat de grondslag waarop de privaatrechtelijke constructie opgericht zal worden geanalyseerd is. Bij de beoordeling van de statutaire vormgeving wordt gekeken of aan de randvoorwaarden wordt voldaan waarbinnen, vanuit de overheid bezien, privaatrechtelijke taakbehartiging tot stand kan komen.⁸⁰ De gemeente Deventer geeft, op basis van informatie van de provincie, aan dat bij de toetsing nog een factor meespeelt: de financiële verplichting en risico's voor de gemeente⁸¹. De onderbouwing van het aspect dat de op te richten vorm

⁸⁰ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p.60.

⁸¹ Gemeente Deventer (2007), interne memo, *Juridische aspecten RegiZorg, organisatievorm en aanbesteden*.

'bijzonder aangewezen' moet zijn voor het te dienen belang, lijkt ook hier weer relatief summier. Omdat dit alles mij niet duidelijk was, heb ik mailcontact gehad met het afdelingshoofd bestuurlijke zaken en kabinet⁸² om te vragen om een toelichting. Het bleek dat er wel degelijk nagedacht is over deze vorm, maar dat het niet op zo'n heldere wijze terugkomt in de officiële stukken die te maken hebben met de oprichting van de rechtspersoon.

Gedeputeerde Staten reageren op het verzoek tot goedkeuring met een brief van 26 maart 2012, waarin zij aangeven geen bezwaar te hebben met de oprichting. Zij bespreken drie punten:

- Zij vinden de aanwezigheid van het openbaar belang voldoende aangetoond. Ook is voldoende aangetoond dat de gekozen rechtsvorm in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor het openbaar belang;
- De raad van de gemeente is vooraf in de gelegenheid gesteld wensen en bedenkingen over het besluit kenbaar te maken;
- "Een investeringscommissie wordt belast met het opstellen van een Fondsreglement, waarin onder andere aandacht wordt besteed aan hoe om te gaan met de spelregels met betrekking tot staatssteun om te voorkomen dat een investering vanuit het Innovatiefonds in strijd zou komen met de Europese regelgeving hieromtrent. In een bijgevoegd concept van een dergelijk Investeringsreglement is hieraan uitvoering gegeven".

Een laatste zin van Gedeputeerde Staten geeft aan dat zij ook geen strijd met het recht of algemeen belang in het besluit kunnen ontdekken.

Wat opvalt aan deze goedkeuring van de provincie, is dat het niet ingaat op bijvoorbeeld de volgens Scheltema & Scheltema⁸³ van belang geachte statutaire vormgeving en eventuele financiële risico's voor de gemeente in de toelichting. Omdat het een fonds is waarin geld uiteindelijk terug moet stromen naar de gemeente en de gemeente enig aandeelhouder is, kan ik me voorstellen dat Gedeputeerde Staten niet veel aandacht heeft besteed aan de eventuele financiële risico's. Wel heeft Gedeputeerde Staten volgens de wet (strijd met de wet en openbaar belang toetsen) haar taak vervuld.

4.5.3 Publieke belangen

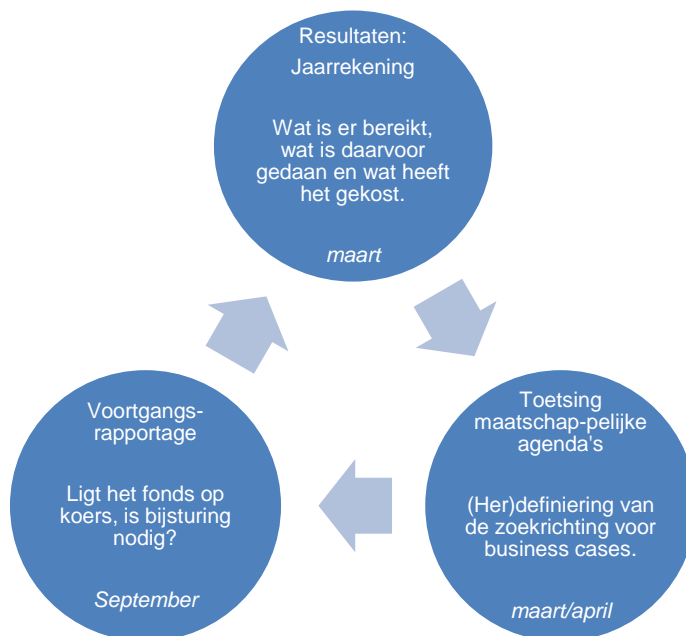
Uit figuur 2 valt af te lezen dat er sprake is van een redelijke controle in de vorm van toezicht op verschillende onderdelen van de constructie. De meest duidelijke vorm van waarborging van het publieke belang, is in dit geval de lijn van toezicht van het college naar de investeringscommissie die in principe verantwoordelijk is voor het innovatiefonds. Bovendien krijg ik in het gesprek met een medewerker van de gemeente duidelijk, dat er ook hier sprake is van een wethouder 'deelnemingen', die toezicht houdt op constructies waar de gemeente partner in is. Dit zou dan een extra link beteken tussen het college en de rechtsvorm. Dat versterkt de waarborging van het publieke belang. Ondanks dat de gemeente honderd procent aandeelhouder is van de rechtspersoon, is het dagelijks bestuur op afstand van de gemeente. De Innovatiecommissie moet verantwoording afleggen aan de gemeente, maar een directe sturing op het beleid vanuit de gemeente is niet mogelijk. Door de verschillende lijnen die zijn uitgezet (hierboven besproken), kan de gemeente wel invloed uitoefenen op de samenstelling en route van de PRR uitstippelen.

⁸² Persoonlijke communicatie, afdelingshoofd bestuurlijke zaken & kabinet, 27 juni 2013.

⁸³ Scheltema & Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008, p.60.

Een andere manier van waarborging van het publieke belang schuilt in het toekennen van middelen uit het fonds aan de investeringscommissie. Dat kan alleen plaatsvinden met toestemming van het college van B&W en de gemeenteraad. De investeringscommissie komt met een voorstel voor investering in een bepaalde case, waarna toekenning van gelden op de hierboven geschetste manier plaatsvindt.

In de volgende figuur wordt weergegeven hoe controle en verantwoording binnen het innovatiefonds plaatsvindt.



Figuur 3: Planning en control cyclus, 'voorstel gemeenteraad' (2011).

In het kader van de drie waarborgmechanismen die in het rapport van de WRR worden genoemd, is binnen deze casus voornamelijk gebruik gemaakt van binding met regels en contracten.⁸⁴ Het lijkt met name te gaan om het feit dat geïnvesteerd geld (deels) terugvloeit in de gemeentekas en het als een financieel verantwoord project gezien wordt. Uit de officiële stukken en de organigram blijkt dat er wel sprake is van binding met regels en contracten. Er is sprake van toezicht en controle, dat alles is vastgelegd in documenten en zorgt voor waarborging van het publieke belang. Ook het feit dat de gemeente honderd procent aandeelhouder is, hetgeen vastgelegd is in de statuten, is als een zekere vorm van waarborging te beschouwen. De leden van de Investeringscommissie zijn allen al jaren actief op het gebied van ontwikkeling van bedrijven, wat zou kunnen duiden op een mogelijke vorm van institutionele borging. Het zijn allemaal (ex-)bestuurders en ondernemers, die weten wat investeren betekent. Hun waarden komen mogelijkerwijs overeen met deze van de BV. In het rapport wordt echter ook al weergegeven dat deze vorm van waarborging van publiek belang minder direct en subtieler is dan alle andere vormen van waarborging die gegeven wordt. Het feit dat de leden van deze commissie ervaring hebben met investeren en het waarborgmechanisme institutionele borging zich daardoor aandient, zorgt voor een sterkere positie voor het waarborgen van het publieke belang.

⁸⁴ Prof. mr. M. Scheltema e.a., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000, p.60 – 69.

4.4 Conclusies

Concluderend kunnen we stellen dat aan de criteria die gesteld worden door artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet, krap wordt voldaan binnen de twee onderzochte casus. In beide gevallen is het voornamelijk een financieel aspect dat als 'bijzonder aangewezen' moet worden geacht voor de behartiging van het publieke belang. In het volgende hoofdstuk, waar de conclusies worden getrokken en beargumenteerd, zal ik dieper ingaan op de mate waarin de gemeente heeft voldaan aan de wettelijke criteria bij deze twee casus.

Op het gebied van het waarborgen van het publieke belang laat de gemeente een goede indruk op mij achter. Als we spreken over de in het rapport van de WRR uitgelegde mechanismen, zijn bij beide casus minimaal twee mechanismen te ontdekken, hetgeen volgens de schrijvers van het rapport voldoende is voor waarborging. Daarnaast zien we uit beide organogrammen van de privaatrechtelijke rechtspersonen dat er sprake is van controle. Daarnaast is de wethouder 'Betrekkingen' nauw betrokken bij de beide privaatrechtelijke rechtspersonen. In het komende hoofdstuk zullen we hier ook nog wat dieper op ingaan.

Hoofdstuk 5: Conclusies

Na uitvoering van mijn onderzoek kan ik conclusies trekken en daarmee mijn hoofdvraag beantwoorden.

5.1 Waarborging van het publieke belang

In de eerste onderzochte constructie, de Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval, is het van groot belang dat het publieke belang zo goed mogelijk gewaarborgd wordt. Omdat de gemeente in de GEM Beheer BV slechts vijftig procent van de aandelen heeft, wordt de verantwoording en de zeggenschap gedeeld met de private partij die winst maken als doel heeft. De twee waarborgmechanismen die de gemeente heeft gebruikt zijn concurrentie en binding met regels en contracten. Praktische waarborging vindt plaats door toezicht van de wethouder betrekkingen en bepaalde besluiten die de gemeente aan goedkeuringsrecht heeft onderworpen. Op deze manier houdt je als publieke partij grip op een samenwerking met een private partij en de waarborging van het publieke belang in een dergelijke constructie.

In de tweede onderzochte casus, het Innovatiefonds Enschede BV, is er ook een aantal mogelijkheden voor de gemeente om het publieke belang te waarborgen binnen deze constructie. Figuur 2 laat zien dat er een aantal controlemechanismen in werking zijn gesteld, om de publieke belangen zo goed mogelijk te waarborgen. De lijn van het college naar de Investeringscommissie is een belangrijke controle. Daarnaast is een wethouder betrekkingen actief, die een extra lijn trekt van het college naar de Investeringscommissie, die het dagelijks bestuur vormt van de onderneming. De commissie moet een verzoek indienen waarin zij aangeven welk geld zij willen gebruiken waarvoor. Zowel het college als de gemeenteraad moeten hiermee akkoord gaan. Dat is een praktisch mechanisme om het publieke belang te waarborgen en de commissie niet de vrije hand te geven bij het doen van investeringen. In het kader van de waarborgmechanismen wordt hier gebruik gemaakt van binding met regels en contracten, het functioneren van de BV is vastgelegd in de statuten. Daarnaast zijn de bestuurders van de BV jarenlang actief in een branche gelieerd aan de branche waar de Investeringscommissie in actief is. Institutionele waarborging kan hierdoor plaatsvinden.

5.2 Oprichtingscriteria artikel 160 lid 2 en 3

Is bij de twee casus binnen de gemeente Enschede aan de wettelijke voorwaarden tot oprichting voldaan? Het antwoord hierop is dat bij beide onderzochte constructies, zowel Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval (GEM Beheer BV) als het Innovatiefonds Enschede BV, de wettelijke richtlijnen wel gevolgd zijn, maar dat er een relatief summiere onderbouwing is van het feit 'bijzonder aangewezen'. Met wettelijke richtlijnen bedoel ik hier het feit dat het voorstel voor oprichting van een private partij bij de gemeenteraad langs is geweest, dat zij eventuele wensen en bedenkingen aan hebben kunnen geven en dat Gedeputeerde Staten op de hoogte is gesteld en goedkeuring heeft verlenend.

De Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval kenmerkt zich door een samenwerking met een private partner in een opgerichte BV, GEM Beheer BV. De gemeente en AM BV hebben beide vijftig procent van de aandelen. De gemeente had reeds een fors verlies in de aankoop van de grond. AM was bereid vijftig procent van dit verlies op zich te nemen, op de voorwaarde dat zij tachtig procent van het vastgoed in het gebied mochten gaan exploiteren. Aangevoerd als onderbouwing voor het bijzonder aangewezen achten van een BV voor behartiging van het publieke belang, wordt voornamelijk een financieel belang. Dat hoeft niet altijd voldoende te zijn voor goedkeuring door

Gedeputeerde Staten en de rechtbank zou een eventuele afkeuring door Gedeputeerde Staten gegrond kunnen achten. Het feit dat bij AM BV de kennis en expertise beschikbaar was die het project aanzienlijk zou versnellen, trekt mijns inziens deze constructie net over de streep.

Het Innovatiefonds BV van de gemeente Enschede is een fonds met de gemeente als aanjager van innovaties om samen met bedrijven, overheden en (kennis-)instellingen te werken aan het oplossen van maatschappelijke vraagstukken, versterking van de economische concurrentiekracht en verbetering van de efficiëntie van het gemeentelijk beleid. De gemeente Enschede is honderd procent aandeelhouder van deze BV. Aan het criterium van de wetgever dat deze BV bijzonder aangewezen moet zijn voor het publiek belang dat het dient, wordt in het besluit tot oprichting en de overige stukken niet duidelijk genoeg voldaan. De officiële argumentatie is dat de rechtsvorm het mogelijk maakt dat publieke gelden terugvloeien naar algemene middelen. Na overleg met een medewerker van de gemeente kwamen meer factoren aan de orde waarom gekozen is voor een privaatrechtelijke rechtspersoon, maar in de officiële stukken is de beargumentering aan de magere kant.

5.3 Beantwoording hoofdvraag

Mijn hoofdvraag luidt: "In hoeverre worden publieke belangen gewaarborgd binnen de privaatrechtelijke organisaties die de gemeente Enschede heeft opgericht dan wel waarin zij participeert?"

Binnen de door mij onderzochte casus van de gemeente Enschede is er sprake van behartiging van het publieke belang. Deze behartiging vindt op verschillende manieren plaats. Bij beide privaatrechtelijke rechtspersonen is er een wethouder betrekkingen, die aanwezig is bij de aandeelhoudersvergaderingen en toezicht houdt op deze constructies. Daarnaast is er bij beide rechtspersonen sprake van binding met regels en contracten. Afspraken zijn vastgelegd in de statuten van de rechtspersoon en over enkele ingrijpende investeringen c.q. beslissingen van de rechtspersonen is toestemming nodig van het college en de gemeenteraad.

Bij de Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval is er sprake van waarborging van het publieke belang door middel van concurrentie. De gemeente is bij de exploitatie van deze ontwikkelingsovereenkomst in zee gegaan met een private partner en heeft tezamen een BV opgericht, de GEM Beheer BV. Er is een bepaalde aanbieding geweest van de private partij, in dit geval het op zich nemen van de helft van het reeds geleden verlies bij grondaankoop, waar de gemeente op in is gegaan. Het nadeel aan deze constructie is het feit dat zij samenwerken in een BV met een private partner en slechts vijftig procent van de aandelen hebben. Beslissingen moeten gemaakt worden met een partner die als enige doel heeft zoveel mogelijk winst maken. Dat kan de publieke belangen in het geding brengen.

In het geval van de het Innovatiefonds Enschede BV is er ook zeker sprake van waarborging van het publieke belang, dat op verschillende manieren tot uiting komt. De gemeente is honderd procent aandeelhouder, hierdoor is sowieso het publieke belang al steviger gewaarborgd dan bij een constructie waarbij zij slechts de helft van de aandelen bezitten. Het kenmerk van deze constructie is dat er ook waarborging plaatsvindt door middel van institutionele borging. De bestuurders van de Investeringscommissie, die het dagelijks bestuur over de BV voeren, zijn zorgvuldig gekozen en hebben jarenlange ervaring op het betreffende beleidsterrein. Zo zijn er waarden en normen die overeenkomen en een stevig waarborgmechanisme vormen.

Wat betreft het voldoen aan de wettelijke criteria van de beide constructies zijn er duidelijk zaken die overeenkomen voor de twee BV's. De wettelijke route, die gegeven wordt in artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet is bij de oprichting van de twee BV's gevolgd. Het besluit is naar de gemeenteraad geweest en Gedeputeerde Staten hebben goedkeuring verleend tot oprichting van de BV. Bij beide BV's, echter, is de onderbouwing die men geeft voor de oprichting van de BV bijzonder mager en het wettelijk vereiste 'bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang' wordt slechts summier beargumenteerd in de stukken.

De argumentatie voor het oprichten van de Ontwikkelingsovereenkomst Zuiderval beslaat voornamelijk het financieel belang van de gemeente. Er is verlies geleden bij de aankoop van de grond en verdere risico's wil men beperken. Kennis en expertise van de private partner komen van pas bij het voorkomen van vertraging bij de exploitatie en de private partner wil een deel van het verlies op zich nemen. Het financieel belang hoeft niet per se een openbaar belang te zijn, zoals ik reeds enkele keren vermeldde in de thesis. Binnen de rechtspraak en de vakjuristen bestaat hier meningsverschil over. Als we het financieel belang niet als voldoende bijzonder aangewezen beschouwen, dan is het de expertise van de private partij die de doorslag moet geven. Al met al zeker geen overtuigende onderbouwing, toch acht Gedeputeerde Staten het voldoende voor oprichting.

Bij het Innovatiefonds BV moet de BV het mogelijk maken dat geïnvesteerde gelden terugvloeien naar de gemeente. Deze rechtsvorm is volgens de stukken daarom bijzonder aangewezen voor de behartiging van het openbaar belang. Navraag leert dat men het binnen de gemeente erover eens is dat dit een magere onderbouwing is. Er worden dan ook nog wel extra ondersteunende argumenten gegeven: het bedrijfsmatig handelen van de BV is een voordeel voor de gemeente en de besluitvorming zal sneller zijn. Expertise binnen de BV zorgt voor voldoende onderbouwing voor beslissingen en deze kunnen binnen de BV sneller worden genomen dan door de gemeente. Het voordeel dat de gemeente kan hebben bij de terugvloeiing van gelden wordt ook als speerpunt aangevoerd in de brief naar Gedeputeerde Staten. Ondanks deze matig onderbouwde argumentatie geeft Gedeputeerde Staten aan dat zij het bijzonder aangewezen belang voldoende beargumenteerd achten en gaan zij akkoord met oprichting van de BV. Dit bevestigt mijns inziens de stelling van F.J. Van Ommeren e.a. in het rapport *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden* dat er marginaal, mogelijk zelfs te marginaal, getoetst wordt door Gedeputeerde Staten.

Concluderend kunnen we stellen dat de waarborging van het publieke belang bij beide privaatrechtelijke rechtspersonen, opgericht door de gemeente Enschede, in orde is. Er zijn bij beide constructies meerdere waarborgmechanismen duidelijk en vanuit de gemeente is er extra toezicht door middel van een wethouder betrekkingen en toezichtregimes die duidelijk naar voren komen uit de beide organogrammen. Wat betreft de wettelijke criteria die uit artikel 160 lid 2 en 3 komen, kunnen we stellen dat de weg die het college moet volgen bij een besluit tot oprichting, wel gevolgd wordt. De gemeenteraad wordt verwittigd en Gedeputeerde Staten wordt op de hoogte gesteld en gevraagd goedkeuring te verlenen. Met betrekking tot de onderbouwing, voornamelijk het 'bijzonder aangewezen'- zijn van de beide constructies, plaats ik vraagtekens. Na overleg komt er vaak wel een extra onderbouwing aan de orde, maar uit de papieren blijkt dit niet. Dat is toch wel een kwalijk feit. De onderbouwing zou concluderend bij beide opgerichte private partijen, een stuk beter en vollediger kunnen.

Hoofdstuk 6: Beperkingen en aanbevelingen

Vanwege de beperkte tijd die staat voor een bachelorthesis, heb ik het onderzoek helaas niet zo uitgebreid kunnen uitvoeren als dat ik zelf graag zou willen. Het kiezen van slechts twee casus uit een ruim aantal mogelijkheden binnen de gemeente is hier helaas het resultaat van. Het beeld dat hierdoor geschetst wordt van de casus binnen de gemeente Enschede is mogelijk niet representatief voor de gehele gemeente. De externe validiteit van mijn onderzoek is daardoor beperkt.

Verder onderzoek zou gedaan kunnen worden over alle beschikbare casus binnen de gemeente. Er is dan een inhoudelijk waardevoller conclusie mogelijk, waarin eventueel nog verschillende afdelingen geanalyseerd kunnen worden als er een discrepantie aan het licht komt tussen het al dan niet houden aan wettelijke regels binnen een bepaalde afdeling. Daarnaast kan het interessant zijn om verschillende gemeenten te vergelijken. Enschede is een relatief grote gemeente, ter vergelijking zou een andere grote gemeente of juist een kleinere gemeente bekeken kunnen worden. Belangrijke vragen zijn dan of er sprake is van een verschil in de uitvoering van regels van artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet, alsmede de mate van waarborging van het publiek belang, tussen de ene en de andere grote gemeente of een grote en een kleine gemeente.

Verder onderzoek lijkt mij wenselijk, aangezien in de praktijk blijkt dat de strikte wetgeving van artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet niet zo nauwkeurig wordt opgevolgd als door de wetgever gewenst. Het onderzoek van prof. mr. F.J van Ommeren et al.⁸⁵ laat zien dat de huidige tendens lossier is dan de wetgever wenst. Door verder diepgaand onderzoek binnen een groter aantal gemeenten, kan die boodschap mogelijk waardevoller worden en is het mijns inziens waard om op de politieke agenda te zetten.

⁸⁵ Prof. mr. F.J. Van Ommeren e.a., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006.

Nawoord

Nu het inhoudelijke deel van mijn scriptie is afgewerkt, is het in dit onderdeel van mijn thesis tijd om terug te blikken op het proces. Het beginstadium in april en mei was nog zeer aftastend. Het was voor mij wel direct al duidelijk dat ik graag een juridische opdracht zou willen doen. In samenspraak met de heer Harmsen heb ik mijn onderwerp afgebakend en de opdracht vormgegeven. Vervolgens begon het zoeken naar informatie, zowel juridische als praktische. Via de heer Pouwels van de gemeente Enschede ben ik bij de juridische afdeling belang en vanuit daar heb ik, via verschillende personen binnen de gemeente, het praktische deel van mijn thesis vorm kunnen geven. Na enkele maanden van schrijven, insturen, herschrijven en gesprekken is mijn thesis uiteindelijk afgerond. Het schrijven van dit stuk heeft mij geleerd om handvaten vast te pakken. Door overleg met mijn begeleider en het banen van een pad in de juridische literatuur, krijg je meer grip op de structuur van je werkstuk en krijg je die zeer belangrijke handvatten, uiteindelijk te pakken.

Literatuurlijst

(Juridische) literatuur

Belinfante & De Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, 2009, Kluwer, Deventer, p. 208.

De Greef, R.J.M.H. e.a. *Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging*, NTB, 2012, 6, 2, p. 38-46.

De Meij & Van der Vlies, *Inleiding tot het staats- en bestuursrecht*, 2004, Kluwer, Deventer, p. 251;

De Moor, B.F.Th. *Oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten*, Gemeentestem, 2007, 7279, 97, p. 439-448.

Gugten, D. van der. *Het waarborgen van publiek belang bij de totstandkoming van organisaties met een publiek karakter*. Masterthesis Universiteit Twente, Enschede, 2009, p. 22.

Peters, J.A.F. *Bruikbare privaatrechtelijke taakbeartiging*, Tijdschrift voor Bestuursrecht, 2007, 29 (6), p. 204-206.

Scheltema, M. et al., WRR, *Het borgen van publiek belang*, SDU, Den Haag, 2000.

Scheltema, M. & Scheltema, M.W. *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek en privaatrecht*. Kluwer, Deventer, 2008.

Stone, D. *The Market and the Polity. Political Paradox: The Art of Political Decision Making*. Norton, New York, 1997, p. 17-32.

Van Ommeren, F.J. et al., *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2006.

Zijlstra, S.E. *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer, Deventer, 2009.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2007/08, 279, nr. 72.

Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 15, p. 6.

Kamerstukken II 2010/11, 31 953, nr. 41, p.4.

Kamerstukken II 2011/12, 33 047, nr. 1, p. 17-18. Bestuursakkoord 2010 – 2015, p. 8 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 749, nr. 1)

Jurisprudentie (inclusief Kroonberoepen en arrest Raad van State)

AbRS 2 juli 1998 (*Stichting Accommodaties en beheer Dronten*)

HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (*Staat/Windmill*)

HR 8 oktober 1993, NJ 1994, m.nt. MS (*Veenman/Waterland*).

HR 28 februari 1997, NJ 1999, 732 m.nt. MS (*Stichting Kwaliteitsgarantie I*).

HR 20 december 2002, JB 2003, 32 m.nt. Peters (*Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalveren II*)

HR 20 december 2002, NJ 2004, 450 m.nt. MS (*Stichting Kwaliteitsgarantie II*).

KB van 3 november 1966 (*Gasbedrijf Amstelland*)

KB van 1 maart 1974 (*Recreatie Vlissingen*)

KB van 27 juni 1977