

Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden

**Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies,
gemeenten en waterschappen**

Rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie
Den Haag, december 2006

Ten geleide

Dit rapport is opgesteld in het kader van het programma Bruikbare rechtsorde. Dit programma beoogt departementale activiteiten op het gebied van de terugdringing van regeldruk te stimuleren en faciliteren. Hiertoe biedt het programma alternatieve reguleringsmodellen aan en worden projecten uitgevoerd om deze modellen toe te passen. Daarnaast worden onderzoeksopdrachten uitgezet met betrekking tot het onderwerp regeldruk.

Een overzicht van overige publicaties van Bruikbare rechtsorde vindt u achterin deze publicatie. Voor informatie over het programma en het downloaden van publicaties kunt u terecht op de internetsite www.bruikbaarerechtsorde.nl

Voor vragen over het programma kunt u zich wenden tot het programmabureau Bruikbare rechtsorde van het ministerie van Justitie, prof. mr. F.J. van Ommeren (070 370 71 45, programmaleider) of drs. A.M. Bokhorst (070 370 44 38, programmasecretaris).

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
1.1. Bruikbare rechtsorde	7
1.2. Aanleiding van het project	7
1.3. Doel van het project	8
1.4. Afbakening	9
1.5. Aanpak	9
1.6. Leeswijzer	10
2. De wettelijke norm	11
2.1. Inleiding	11
2.2. Wettelijke norm	11
2.3. Parlementaire geschiedenis	12
2.4. Jurisprudentie en literatuur	14
2.5. Resultaten onderzoek: werking van het goedkeuringsvereiste	16
2.6. Kiezen tussen de publiek- of de privaatrechtelijke weg	17
2.7. Conclusies	19
3. De praktijk: privaatrechtelijke taakbehartiging door provincies, gemeenten en waterschappen	21
3.1. Inleiding	
3.2. Omvang en aard van privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden	21
3.2.1. Privaatrechtelijke taakbehartiging door provincies	
3.2.2. Privaatrechtelijke taakbehartiging door gemeenten	
3.2.3. Privaatrechtelijke taakbehartiging door waterschappen	
3.3. Argumenten voor privaatrechtelijke taakbehartiging	25
3.3.1. De provincies	
3.3.2. De gemeenten	
3.3.3. De waterschappen	
3.4. De wenselijkheid van een nieuw samenwerkingsinstrument	28
3.5. Samenwerking in gemeenschappelijke regelingen	28
3.6. Conclusies	29
4. De praktijk: het goedkeuringsbeleid van BZK en provincies	31
4.1. Inleiding	31
4.2. Toetsingscriteria: parlementaire geschiedenis	31
4.3. Inrichting van het toezicht	32
4.3.1. Gemeenschappelijk Minimum Beleidskader Toezicht	
4.3.2. Goedkeuringstaak in verleden ondergebracht bij financiële afdeling	

4.4. De goedkeuringspraktijk	33
4.4.1. Minister van BZK	
4.4.2. GS	
4.5. Conclusies	37
5. Conclusies en aanbevelingen	39
5.1. Inleiding	39
5.2. Conclusies	39
5.3. Aanbevelingen	40
Bijlage 1 Samenstelling werkgroep	43
Bijlage 2 Aanverwante publicaties en onderzoeken	45
Bijlage 3 Lijst met uitgaven	49

1. Inleiding

1.1. Bruikbare rechtsorde

Het kabinet ontplooit diverse programma's en activiteiten om regeldruk te verminderen en de verhouding tussen overheid en samenleving te verbeteren.

Doel van de projecten, die in het kader van het programma Bruikbare rechtsorde van het Ministerie van Justitie worden uitgevoerd, is de introductie van nieuwe regelgevingmodellen, door bestaande wetgeving beter bruikbaar te maken en door toezicht, handhaving of sanctionering minder belastend te maken. Wetgeving die Bruikbare rechtsorde voorstaat, laat meer ruimte voor diversiteit en eigen verantwoordelijkheid, maar is ook bestendiger en beter toegesneden op de praktijk. Wetgeving biedt een kader waarbinnen deelnemers aan het rechtsverkeer zelf kunnen regelen wat nodig is of wordt geacht.

Voorliggend rapport doet verslag van het project Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden, dat is uitgevoerd in het kader van het programma Bruikbare rechtsorde.

1.2. Aanleiding van het project

Een provinciaal besluit tot het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen, is op grond van artikel 158 lid 3 Provinciewet, onderworpen aan goedkeuring van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK).

Het preventieve toezicht op een soortgelijk gemeentelijk besluit wordt uitgevoerd door Gedeputeerde Staten (GS), uit hoofde van artikel 160 lid 3 Gemeentewet.

In de Waterschapswet zijn soortgelijke bepalingen niet opgenomen. Noch de bevoegdheid voor waterschappen om rechtspersonen op te richten, dan wel erin deel te nemen is opgenomen, noch de plicht om dergelijke besluiten te laten goedkeuren. Door de provincies is in de verschillende Waterschapsverordeningen wel een meldplicht opgenomen. Waterschappen zijn hierdoor verplicht om, nadat het besluit tot oprichting of deelname is genomen, dit te melden aan GS van de provincie. De bevoegdheid tot reglementering van de waterschappen behoort aan Provinciale Staten (PS) (artikel 2 Waterschapswet). Een besluit tot vaststelling of wijziging van een reglement behoeft goedkeuring van de Minister van Verkeer en Waterstaat (artikel 5 Waterschapswet).

Op rijksniveau regelt de Comptabiliteitswet (artikel 34) deelneming in en oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen. De oprichtings- en deelnemingsbesluiten van het rijk worden in dit project verder buiten beschouwing gelaten, aangezien het project betrekking heeft op de privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden.

In de huidige wet- en regelgeving gaat de voorkeur uit naar publiekrechtelijke rechtsvormen. Het publiekrecht biedt waarborgen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid. Een publiekrechtelijke vormgeving krijgt ook met het oog op

(her)kenbaarheid en doorzichtigheid van de bestuurlijke organisatie de voorkeur. Het gebruik door decentrale overheden van privaatrechtelijke rechtsvormen is slechts toegestaan op grond van artikel 158, tweede lid Provinciewet en artikel 160, tweede lid Gemeentewet “(...) als dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang”. Goedkeuring van het besluit kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

Deze wettelijke normering voor decentrale overheden lijkt niet langer toegesneden op de praktijk. Provincies geven regelmatig de voorkeur aan de privaatrechtelijke weg en de daarbij gekozen constructies lijken steeds complexer te worden. Bij gemeenten doet zich een vergelijkbare ontwikkeling voor. Grote gemeenten maken gewag van een diversiteit aan bedrijven waaraan zij in het kader van de uitvoering van publieke taken in meer of mindere mate verbonden zijn. De deelnemingen verschillen naar aard, omvang en risico's.¹ Uit navraag bij een aantal provincies is gebleken, dat zij een maal in de twee jaar van een waterschap een melding van een oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke constructie ontvangen.

In de loop der jaren is ook de goedkeuringspraktijk veranderd. Niet langer wordt enkel een oordeel gevormd over de mate waarin de situatie als “bijzonder aangewezen” kan worden beschouwd. Ook overige wettelijke eisen, financiële risico's, staatssteun- en aanbestedingsrechtelijke aspecten, worden in het goedkeuringsproces meegenomen. Goedkeuring wordt zelden onthouden.

Probleemstelling luidt als volgt:

De wettelijke normstelling en het goedkeuringsbeleid zijn in de loop der jaren uiteen gaan lopen, als gevolg waarvan de wettelijke norm (nee, tenzij) niet langer toegesneden is op de praktijk van privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden en op het goedkeuringsbeleid van BZK en de provincies.

1.3. Doel van het project

De volgende projectdoelen zijn bij de start van het project geformuleerd:

1. Heroverweging van het wettelijke kader (eventueel leidend tot aanpassing van de wet) van art. 160 lid 2 en lid 3 Gemeentewet en art. 158 lid 2 en lid 3 Provinciewet.
2. Herijking van het goedkeuringsbeleid (eventueel leidend tot de ontwikkeling van een beleidskader) van BZK en provincies.
3. Inzicht verkrijgen in de motieven van provincies, gemeenten en waterschappen voor de keuze voor privaatrechtelijke rechtsvormen.
4. Inzicht in de vraag of een nieuw instrument, dan wel een modaliteit van een bestaand instrument, wenselijk is.

1) Zie onder meer: “Besturen in veelvoud”, Rekenkamer Rotterdam, april 2002.

“Notitie Gemeentelijk Deelnemingenbeleid Amsterdam”, Amsterdam september 2003

1.4. Afbakening

Dit project gaat over de oprichting van, of deelneming in private organisaties door decentrale overheden (provincies, waterschappen en gemeenten). De privaatrechtelijke taakbehartiging door het rijk wordt buiten beschouwing gelaten.

Van de ontwikkelingen op rijksniveau en met name de publicaties die recent over het onderhavige onderwerp zijn verschenen, is in het kader van het project kennis genomen. In dit verband wordt verwezen naar de bijlage, waarin een selectie van relevante publicaties zijn opgenomen.

Het project gaat, zoals gezegd, over de oprichting van, of deelneming in privaatrechtelijke rechtsvormen. Er zijn echter meer vormen van samenwerking op privaatrechtelijke basis, zoals het contract en het bestuursakkoord/het convenant. Op deze samenwerkingsvormen is het goedkeuringsvereiste echter niet van toepassing. Ze zijn om die reden verder niet bij het project betrokken geweest. Datzelfde geldt voor de publiekrechtelijke vormen van samenwerking als de regelingen op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR).

In de gesprekken met informanten van de zijde van de decentrale overheden zijn alternatieve samenwerkingsvormen wel door de respondenten ter sprake gebracht. In gevallen waarin deze "bijvangst" relevant bleek voor het doel van het project, is daar in dit rapport melding van gemaakt. Zo is bijvoorbeeld een aparte passage besteed aan de bevindingen ten aanzien van de gemeenschappelijke regelingen.

De publiek private samenwerking (PPS) kent diverse verschijningsvormen. De uitspraken in dit rapport hebben betrekking op PPS die in de vorm van een privaatrechtelijke rechtsvorm is gegoten.

1.5. Aanpak

Het project "Privaatrechtelijke Taakbehartiging" is uitgevoerd door een werkgroep onder voorzitterschap van de heer H.P. Van Gils, gemeentesecretaris te Rotterdam.

In de werkgroep zijn vertegenwoordigd: het ministerie van Justitie, het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), het ministerie van Verkeer en Waterstaat (V&W), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UVW). Het secretariaat van de werkgroep bestaat uit een secretaris van het ministerie van Justitie en een secretaris van het ministerie van BZK. Laatstgenoemde ministerie is als verantwoordelijk ministerie voor de Provinciewet en de Gemeentewet co-eigenaar van het project.

De werkgroep heeft het plan van aanpak op 11 april 2006 vastgesteld. Vervolgens zijn, aan de hand van interviews en documentanalyse, de privaatrechtelijke taakbehartiging door andere overheden en de goedkeuringspraktijk bij BKZ en provincies in kaart gebracht.

BZK heeft een overzicht gemaakt van de goedkeuringsverzoeken die de provincies de

afgelopen tien jaar hebben ingediend en de provincies hebben hetzelfde gedaan voor de goedkeuringsverzoeken die afkomstig waren van de gemeenten. Deze overzichten geven inzicht in de aantallen goedkeuringsverzoeken, het aantal honoreringen, de sectoren waarin privaatrechtelijke taakbehartiging plaatsvindt, de daarbij gekozen rechtsvormen en de argumenten waarmee decentrale overheden het besluit onderbouwen. Verder hebben de provincies de beleidskaders deelneming, voor zover zij daarover beschikken, verstrekt. Met medewerking van de UVW is een vragenlijst onder de waterschappen verspreid. Met vier provincies (Gelderland, Zuid-Holland, Utrecht en Noord-Brabant) en drie grote gemeenten (Amsterdam, Den Haag en Rotterdam) en met de Unie van Waterschappen zijn aanvullende interviews gehouden. De gesprekken zijn aan de hand van een checklist gevoerd.

Respons

Uiteindelijk is van alle 12 provincies en van 21 van de 27 waterschappen, informatie over het beleidskader en over de privaatrechtelijke taakbehartiging ontvangen. Een enkele provincie zag geen gelegenheid om alle gevraagde informatie boven water te krijgen. De voor de overzichten gevraagde gegevens worden door veel provincies niet, (althans niet in het verleden) geregistreerd. Vooral de gegevens over de verdeling van de privaatrechtelijke taakbehartiging over de sectoren en de argumenten voor de keuze voor privaatrechtelijke rechtsvormen, zijn veelal alleen via archiefonderzoek te achterhalen.

De belangrijkste resultaten van het onderzoek zijn besproken in de werkgroep. Een samenvatting is teruggekoppeld naar de actoren. Doel van de terugkoppeling was de actoren te informeren en de gelegenheid te bieden om op de bevindingen te reageren. Het commentaar van de actoren is in voorliggend rapport verwerkt.

1.6. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 staat het wettelijk kader centraal. Hoofdstukken 3 en 4 geven inzicht in de huidige praktijk. De stand van zaken met betrekking tot de privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden is in hoofdstuk 3 beschreven en het goedkeuringsbeleid van BZK en de provincies in hoofdstuk 4. De conclusies en aanbevelingen zijn in hoofdstuk 5 opgenomen.

2. De wettelijke norm

2.1. Inleiding

In paragraaf 2.2. staat de wettelijke norm centraal. De parlementaire geschiedenis is in paragraaf 2.3. beschreven. Relevante jurisprudentie is opgenomen in paragraaf 2.4. De resultaten van het onderzoek naar de wettelijke normen zijn beschreven in paragraaf 2.5. Paragraaf 2.6. schetst de ontwikkelingen in het denken over privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden en plaatst deze tegen de achtergrond van trends in het bestuur en de maatschappij. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een zevende paragraaf, waarin de belangrijkste conclusies ten aanzien van de wettelijke normstelling zijn opgenomen.

2.2. Wettelijke norm

2.2.1. Goedkeuringsvereiste voor de provincies en de gemeenten

Wanneer een provincie besluit tot het oprichten van, of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtsvorm, is dit besluit op grond van artikel 158 lid 3 van de Provinciewet onderworpen aan de goedkeuring van de minister van BZK.

Wanneer een gemeente besluit tot oprichting van, of deelname in een privaatrechtelijke rechtsvorm, dient GS op grond van artikel 160 lid 3 van de Gemeentewet haar goedkeuring te verlenen.

De beide wetsartikelen zijn volgens een zelfde structuur opgebouwd:

GS c.q. het college van burgemeester en wethouders (B&W) besluiten slechts tot de oprichting van c.q. deelname in een privaatrechtelijke rechtsvorm, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.

Provinciale Staten c.q. de Gemeenteraad worden in de gelegenheid gesteld hun wensen en bedenkingen ter kennis van GS c.q. B&W te brengen. Het besluit behoeft de goedkeuring van de minister van BZK c.q. GS en kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

De tekst van art. 158 lid 2 en 3 Provinciewet luidt als volgt:

Lid 2: "Gedeputeerde Staten besluiten slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat provinciale staten een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld hun wensen en bedenkingen ter kennis van gedeputeerde staten te brengen.

Lid 3: Een besluit als bedoeld in het tweede lid behoeft de goedkeuring van Onze minister. De goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang."

De tekst van art. 160 lid 2 en 3 Gemeentewet luidt als volgt:

Lid 2: "Het college besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat de Raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld om zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

Lid 3: Een besluit als bedoeld in het tweede lid behoeft de goedkeuring van Gedeputeerde Staten. De goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang."

2.2.2. Meldplicht voor de waterschappen

De Waterschapswet bepaalt, anders dan de Gemeente- en Provinciewet, niet dat besluiten tot deelneming in private rechtspersonen goedkeuring van het hoger gezag behoeven. Het primaat op de regulering van het toezicht op de waterschappen ligt bij de provincie. Kaderstellend aan de regulering van het provinciaal toezicht op de waterschappen in provinciale waterschapsreglementen, bepaalt artikel 148 van de Waterschapswet limitatief welke besluiten van het waterschapsbestuur bij provinciaal reglement aan de goedkeuring van gedeputeerde kunnen worden onderworpen. Teneinde het preventief toezicht op de waterschapsbesturen te beperken is er in de Waterschapswet niet voor gekozen het mogelijk te maken dat waterschapsbesluiten tot deelneming in private rechtspersonen aan voorafgaand toezicht te onderwerpen. Veelal is evenwel in provinciale waterschapsreglementen bepaald, dat besluiten tot deelneming in private rechtspersonen aan gedeputeerde staten worden toegezonden. Deze meldplicht maakt het voor gedeputeerde staten mogelijk, om zo nodig in kader van het repressief toezicht, deze besluiten voor vernietiging voor te dragen bij de Kroon.

2.3. Parlementaire geschiedenis

Uit de parlementaire geschiedenis van de artikelen over deelneming in en oprichting van privaatrechtelijke rechtsvormen, is te lezen dat de voorkeur van de regering weliswaar uitgaat naar publiekrechtelijke rechtsvormen, maar dat zij onder voorwaarden ruimte wil bieden aan privaatrechtelijke rechtsvormen.

Artikel 93 provinciewet 1962

In het voorlopig verslag wordt door enkele leden de vraag gesteld, of de privaatrechtelijke vorm van samenwerking alleen mag worden gebruikt als de publiekrechtelijke niet mogelijk is. (Hand. II '58-'59, 5460, nr.5, blz 13). In de memorie van antwoord wordt op deze vraag als volgt gereageerd: Een beperking tot niet mogelijk achten ondergetekende te stringent. Het zou volgens hen te ver gaan het gebruik van de privaatrechtelijke vorm uit te sluiten in gevallen waarin de publiekrechtelijk weg wel mogelijk is, doch de andere weg verre de voorkeur verdient.

De voorkeur voor de publiekrechtelijke weg wordt met name ingegeven door de waarborgen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, democratische controle en openbaarheid van bestuur.

Artikel 152 Provinciewet 1992

In het voorlopig verslag wordt onder meer gevraagd op welke wijze gegarandeerd kan worden dat politieke organen toch maximale greep kunnen houden op de gang van zaken binnen privaatrechtelijke organisaties. De memorie van antwoord geeft aan dat de regering een voorkeur heeft voor behartiging van het openbaar belang langs de publiekrechtelijke weg. Publiekrechtelijk rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht en aldus zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze waarborgen niet. Met name bij privaatrechtelijke rechtsvormen zal moeten worden getoetst of in voldoende mate is voldaan aan de eisen van democratische controle bij de toekenning van rechten en verplichtingen en bij het verdelen van taken en verantwoordelijkheden. Voor die toetsing biedt het criterium “andere dringende redenen” de ruimte. (TK '88-'89, 19836, nr9, blz 105-107).

Artikel 158 lid 2 Provinciewet 2003

In het tweede lid is een wettelijke waarborg voor tijdige betrokkenheid van provinciale staten bij de deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen opgenomen, aangezien aan dergelijke deelnemingen niet alleen in financieel opzicht grote consequenties verbonden zijn (MvT, 28 384, nr3, p.35).

Uit de parlementaire geschiedenis is verder ook op te maken, dat de regering voor preventief toezicht kiest in het belang van de democratische controle en de openbaarheid.

156 Gemeentewet-nieuw

Vragen in het voorlopig verslag hebben vooral betrekking op de keuze voor preventief toezicht i.p.v. repressief toezicht. In de memorie van antwoord wordt als volgt gereageerd: Er is gekozen voor het handhaven van preventief toezicht om een doelmatig en democratisch gemeentelijk bestuur te handhaven. Er moet op worden toegezien dat het uitvoeren van de overheidstaak op voldoende democratische wijze geschiedt en deze niet te zeer versnipperd wordt over verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen. Het preventieve toezicht blijft ook gehandhaafd omdat grote zorgvuldigheid betracht moet worden bij de keuze van de privaatrechtelijke rechtsvorm. Dit doet niet af dat aan het feit dat de regering samenwerking tussen overheid en particulieren op prijs stelt en die ook wil stimuleren. Daarbij zal echter recht moeten worden gedaan aan het bijzondere karakter van de taakbehartiging door de overheid. De overheid verricht zijn taak in het openbaar en heeft mitsdien veelal een andere positie dan een andere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Bij de toetsing door GS zal gelet moeten worden op de verdeling van taken en verantwoordelijkheden, of in voldoende mate voldaan is aan de eisen die een democratische besluitvorming stelt aan de openbaarheid en de controle. Ook zal erop worden toegezien dat de

gemeente geen financiële verplichtingen op zich neemt die zij niet aan kan. (TK'88-'89, 19403, nr.10, blz 207)

2.4. Jurisprudentie en literatuur

De jurisprudentie over het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door overheden is redelijk schaars. Uit de jurisprudentie in de periode voor de afschaffing van het Kroonberoep blijkt dat de regering een duidelijke voorkeur had voor het gebruik van publiekrechtelijke rechtsvormen.

Het beperkte aantal Kroonberoepen en rechterlijke uitspraken kan een vertekend beeld van de werkelijkheid geven. Immers, zoals ook uit het onderzoek is gebleken, werden en worden er jaarlijks vele verzoeken tot deelnemingen en oprichtingen goedgekeurd, zowel door de provincies als door BZK.

In de jurisprudentie wordt vaak de zogenaamde tweewegenleer aangehaald. Deze leer houdt in dat de overheid vrijelijk gebruik kan maken van privaatrechtelijke vormen voor de behartiging van publiekrechtelijke belangen, ook in gevallen waarin voor die behartiging een publiekrechtelijke weg openstaat, tenzij de desbetreffende regeling een exclusief karakter draagt. Het bestuur heeft in beginsel een keuzemogelijkheid. De rechtspraak en de meerderheid van de literatuur hebben de tweewegenleer altijd aanvaard in die zin, dat het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen aanvaardbaar is, tenzij er een dringende reden is om in een bepaald geval anders te oordelen.

De volgende KB's zijn noemenswaardig. Het KB van 3 november 1966, Gs 5922 (Gasbedrijf Amstelland) gaat over een casus waarbij 4 gemeenten besluiten tot de oprichting van een deelneming in de N.V. Gasbedrijf Amstelland. De provincie onthoudt de goedkeuring en de gemeenten gaan in beroep bij de Kroon. De Kroon is van mening dat de gemeenten de gewenste situatie ook hadden kunnen bereiken door gebruik te maken van de Wet gemeenschappelijke regelingen. De argumenten van de gemeenten, dat het hier een openbaar nutsbedrijf betreft en dat er reeds vele NV's zijn opgericht voor het beheer van de gasvoorziening (!), overtuigen de Kroon niet.

Ook in het KB van 29 april 1971, Stb. 299, OB nr. 32724 over de Stichting verkeersdam Ameland, is de Kroon van mening dat met gebruikmaking van de Wet gemeenschappelijke regelingen hetzelfde doel bereikt kan worden.

In het KB van 1 maart 1974, genaamd "Recreatie Vlissingen", is de Kroon van mening, dat de keuze voor de stichtingsvorm niet aannemelijk is gemaakt als zijnde bijzonder aangewezen, en dat de beoogde bevordering van recreatiemogelijkheden ook kan worden bewerkstelligd middels een gemeentelijke commissie.

In het KB van 27 juni 1977 werd de vernietiging van een raadsbesluit van de gemeente Emmen door GS bevestigd. Het raadsbesluit betrof de deelneming van de gemeente in de Stichting Openluchtmuseum, waarvan GS eiste dat in de betreffende statuten bepalingen zouden worden opgenomen over een preventief financieel toezicht door GS, gelet op de mogelijk verregaande consequenties van de deelneming voor de gemeente Emmen.

In 1983 werd bij KB de onthouding van goedkeuring van GS aan de deelneming van de agglomeratie Eindhoven aan de NV openbaar vervoer Eindhoven, omgezet in een goedkeuring. De rechtsvraag ging in dit geval niet over het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm op zich, maar om de vraag of het openbare lichaam bevoegd was betreffende taak via de deelneming te realiseren.

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. Beheer en exploitatie van onroerende zaken zouden worden ondergebracht in deze stichting en de gemeente Dronten zou de onroerende zaken vervolgens van de stichting huren. Met deze zogeheten sale- en leaseback constructie kon de gemeente een BTW-besparing realiseren. GS keurde de oprichting echter niet goed, omdat zij de stichtingsvorm in dit geval niet bijzonder aangewezen achtten. De gemeente stelde beroep in bij de rechtbank Zwolle, onder aanvoering van de criteria uit de twee-wegenleer jurisprudentie. De rechtbank was echter van mening, dat het uitsluitend dienen van het gemeentelijk financieel belang niet is gelijk te stellen met de behartiging van het openbaar belang zoals bedoeld in de gemeentewet. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde in het hoger beroep niet anders dan GS en de rechtbank.

In wetenschappelijke commentaren op deze uitspraak wordt gewezen op het feit dat er op gemeentelijk niveau veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de privaatrechtelijke rechtsvorm. Voorts wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat de gemeenteraad de motivering voor zijn keuze moet aandragen en dat GS bij hun toetsing alleen mogen beoordelen of die keuze bijzonder aangewezen is voor de behartiging van het daarmee te dienen belang en dat het rekening houden met de financiële belangen van de staat nergens aan de orde is geweest. Het begrip openbaar belang dient op grond van de wetshistorie te worden geïnterpreteerd als

(inter-)gemeentelijk belang. In het wetenschappelijk commentaar in de Gemeentestem (Gst. 1999, 7098) wordt dan ook gesteld dat het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak in deze onjuist is. Er is in de casus geen strijd met de Gemeentewet en evenmin met het criterium van de onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht (Windmill-arrest: HR 26-1-1990, NJ 1991, 393).

Desalniettemin is de uitspraak van de Raad van State uit 1998 qua resultaat wel in lijn met de strenge Kroonjurisprudentie zoals boven geschetst. Zoals in dit rapport wordt aangegeven geeft deze de discrepantie weer tussen de wet en de jurisprudentie enerzijds en hetgeen in de praktijk geschiedt en als wenselijk wordt ervaren anderzijds.

2.5. Resultaten onderzoek: werking van het goedkeuringsvereiste

Preventieve werking wettelijke norm

Uit de gesprekken met provincies en gemeenten is gebleken dat artikel 160 lid 2 Gemeentewet van belang wordt geacht vanwege de preventieve werking. Het artikel wordt gezien en gebruikt als een stok achter de deur. Gemeentelijke juristen of beleidsmakers gebruiken het artikel in de praktijk om te verzekeren dat hun bestuurders weloverwogen en rationele besluiten nemen.

Het goedkeuringsvereiste levert een belangrijke bijdrage aan de kwaliteit van de besluitvorming ten aanzien van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit geldt zowel voor het proces van besluitvorming als voor de onderbouwing van de gemaakte bestuurlijke keuzes.

Beperkte relevantie goedkeuringsvereiste voor provincies en grote gemeenten

Grote gemeenten maken, door het feit dat zij een grotere en bredere economische bedrijvigheid hebben, meer gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen teneinde bepaalde publieke belangen te behartigen. Zij doen dit in de praktijk als vanzelfsprekend vanuit een autonome positie.

Grote gemeenten en provincies ervaren het goedkeuringsvereiste als weinig relevant, aangezien zij over het algemeen zelf goed in staat zijn hun eigen beleid te bepalen met gebruikmaking van de verantwoordingsmechanismen die de Wet dualisering gemeentebevoegdheden heeft gebracht en de goedkeuringsverzoeken doorgaans gehonoreerd worden.

Waterschappen

De meldplicht voor de waterschappen doet recht aan de bestuurlijke praktijk en de geringe omvang en diversiteit van privaatrechtelijke samenwerking door de waterschappen.

Selectieve toetsing niet raadzaam

In de gesprekken met informanten van de zijde van gemeenten en provincies, is een aantal keren spontaan het onderwerp van selectieve toetsing ter sprake gebracht. In dit verband is de mogelijkheid geopperd om het goedkeuringsvereiste voor stichtingen en verenigingen achterwege te laten, of om het al dan niet goedkeuren te laten afhangen van het financiële belang dat daarbij betrokken is.

Een selectief goedkeuringsvereiste wordt echter niet raadzaam geacht. Ten eerste is het moeilijk om een nauwkeurige scheidslijn te trekken tussen aanmerkelijke financiële belangen en geringe financiële belangen. Een discussie daarover bevordert de gewenste transparantie van de toezichtsrelatie niet. Bovendien wijzigt door de privaatrechtelijke

taakbehartiging de verhouding tussen de overheid en de burgers vrijwel altijd en is goedkeuring of een adequate democratische controle van mogelijk voor de burger verstrekende besluiten noodzakelijk.

Openbaar belang

Er lijkt verschil van inzicht te bestaan over de vraag wat er precies valt onder het goedkeuringsvereiste in relatie tot het openbaar belang, zoals dat in de wet wordt genoemd.² Wanneer een gemeente of provincie een rechtsvorm opricht of daarin deelneemt, dient dit besluit te worden goedgekeurd door de provincie of het rijk. De vraag of er een openbaar belang in het geding is, is echter niet bepalend voor het antwoord op de vraag of het besluit aan goedkeuring onderhevig is. De aanwezigheid van het openbare belang is inherent aan het feit dat het een overheid is die een besluit neemt over iets dat binnen haar bevoegdheden valt. In de goedkeuringsprocedure wordt getoetst of de provincie of de gemeente het vereiste, dat het gebruik van een rechtspersoon bijzonder aangewezen is voor de behartiging van het daarmee te dienen openbare belang, voldoende en overtuigend heeft gemotiveerd.

2.6. Kiezen tussen de publiek- of de privaatrechtelijke weg

In deze paragraaf wordt het denken over publieke en private samenwerkingsverbanden geschetst en geplaatst tegen de achtergrond van ontwikkelingen in het bestuur en de maatschappij.

Bij de parlementaire behandeling van de nieuwe Provinciewet van 1992, werden door de regering de volgende opmerkingen gemaakt:

‘aan deelnemingen in privaatrechtelijke rechtspersonen zijn niet alleen in financieel opzicht grote consequenties verbonden.’

‘de overheid bij de uitoefening van zijn taken en activiteiten als behartiger van het openbaar belang een andere rol vervult dan een gewone deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. In het algemeen verdient het dan ook de voorkeur dat het openbaar belang wordt behartigd langs de daarvoor geëigende, publiekrechtelijke weg. Publiekrechtelijke rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht, zoals bijvoorbeeld de regels vastgelegd in de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen. Hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze waarborgen niet. Daarom moet de privaatrechtelijke rechtsvorm wel bijzonder aangewezen worden geacht voor de behartiging van een bepaald openbaar belang, wil deze in aanmerking kunnen komen. Met deze principiële keuze is echter niet alles gezegd. De praktijk wijst uit dat de wijze waarop gestalte wordt gegeven aan de gekozen rechtsvorm, of

2) Opgemerkt zij, dat de term publiek belang juist bij publiek-private samenwerking als bijvoorbeeld op het terrein van ruimtelijke ontwikkeling, kan staan voor een complex van publieke belangen. Zie verder Publiek-private samenwerking : Rijksoverheid in debat met wetenschappers . Delft 2003

deze nu publiekrechtelijk of privaatrechtelijk is, van veel invloed kan zijn op het al dan niet democratisch functioneren. Bij de beoordeling van de keuze voor een bepaalde rechtsvorm zal dan ook niet voorbij mogen worden gegaan aan de eisen van democratische besluitvorming, openbaarheid en controle bij de toekenning van rechten en verplichtingen en bij het verdelen van taken en verantwoordelijkheden.'

Werd hier nog vrij een-dimensionaal gedacht over de keuze tussen publiekrechtelijke rechtsvormen en privaatrechtelijke rechtsvormen en werd de principiële keuze snel gemaakt, de praktijk ziet er 15 jaar later in Nederland anders uit. Twee belangrijke oorzaken voor de veranderde attitude ten aanzien van privaatrechtelijke samenwerking zijn hieronder genoemd.

Op de eerste plaats is 'de overheid' thans veel meer bezig met de vraag op welke wijze zij haar taken en de uitvoering daarvan, het best kan organiseren. Er is daarbij in de praktijk, met name bij de lagere overheden, een breed scala aan (deels overlappende) varianten te zien: gemeenschappelijke regelingen, uitbesteden, samenwerking tussen gemeenten op basis van overeenkomsten, het zelf oprichten van een private rechtsvorm, het privatiseren van onderdelen, samenvoegen, fuseren, samenwerken, shared services, PPS constructies. De organisatorische mogelijkheden zijn talrijk en in de praktijk is te zien dat de wijze waarop overheden hun taken en interne organisatie vormgeven divers is. Met name de PPS constructies staan op dit moment bijzonder in de belangstelling. De overheid is door nieuwe ontwikkelingen en door opgedane inzichten voortdurend in ontwikkeling.

Een tweede oorzaak is gelegen in het feit dat het Europese en Nederlandse economische beleid tot liberalisering van de markt leidt, als gevolg waarvan lagere overheden hun taken op onderdelen (her)organiseren. Op de terreinen energie, water en openbaar vervoer is te zien dat overheden private rechtsvormen oprichten, bestaande verder privatiseren om te voldoen aan de noodzakelijke randvoorwaarden voor een geliberaliseerde economie. Principiële discussies over het al dan niet verkiezen van de publiekrechtelijke of de privaatrechtelijke weg hebben in deze sectoren niet veel relevantie. Vaak is reeds in formele wetgeving aangegeven of voorgeschreven dat de betreffende taak privaatrechtelijk georganiseerd dient te worden. (Bijvoorbeeld in de Waterleidingwet, waarbij de openbare drinkwatervoorziening is georganiseerd, waarbij bij een privaatrechtelijke organisatievorm ("gekwalificeerde rechtspersonen") de aandelen alleen in handen kunnen zijn van publiekrechtelijke rechtspersonen.)

Als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen is er geen blauwdruk te geven van wat nu wel en niet mag of mogelijk is. Er kan hooguit politieke sturing met betrekking tot de gewenste richting plaatsvinden. Een en ander betekent, dat er nagedacht dient te worden over de kerntaken van de overheid en de waarborgen die nodig zijn in het geval de private weg wordt gekozen. Democratische legitimatie blijft een terugkerend argument net als de kenbaarheid en de helderheid van de bestuurlijke organisatie voor de burger.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) legt in zijn rapport "Borgen

van publiek belang” (2000) de nadruk op het feit, dat de borging van het te behartigen publieke belang in de private en in als de publieke sector op diverse manieren mogelijk is. Als uitgangspunt neemt de Raad de goede behartiging van het publieke belang. Goede behartiging wordt uitgewerkt in de volgende expliciete en algemeen aanvaarde nomen voor goed bestuur: democratische legitimatie, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, effectiviteit en efficiëntie. Het gaat volgens de WRR niet primair om de vraag of de overheid of de markt een bepaald publiek belang moeten behartigen, maar om de vraag, welke beste (combinatie van) borgingsmechanismen het private of het publieke domein te bieden hebben om het betreffende publieke belang zo goed mogelijk te dienen.

Voor de afweging van de juiste wijze van behartiging van publieke belangen geldt in de optiek van de WRR uiteindelijk slechts één ijkpunt: de mogelijkheden tot borging van het gespecificeerde publieke belang dat in het geding is. Als die mogelijkheden in het private domein beter zijn dan moet voor die rechtsvorm gekozen worden; zijn de mogelijkheden beter binnen het publieke domein, dan moet daarvoor worden gekozen, aldus de Raad.

De WRR stelt, dat de argumenten voor privatisering van een publiek belang sterker zijn naarmate er minder complexe publieke belangen in het geding zijn, er binnen de overheid consensus bestaat over de publieke belangen die in het geding zijn, de publieke belangen makkelijker zijn te operationaliseren in wettelijke regels of in contracten en naarmate (mede daardoor) de prestaties van private partijen beter verifieerbaar zijn, er beter een eenduidige norm voor de uitvoering kan worden gegeven, de borging van de in het geding zijnde belangen het mechanisme van vraag en aanbod niet te zeer verstoort, de risico's minder substantieel zijn en de risicooversie bij private ondernemers geringer is en het effectief toezicht beter kan worden georganiseerd.

De beleidsvorming die de laatste jaren heeft plaatsgevonden rondom de zogeheten Verbonden partijen draagt bij aan de ontwikkeling van het vraagstuk inzake publiek-private samenwerking. Verbonden partijen zijn door de rijksoverheid gedefinieerd als: privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisaties waarin de provincie -onderscheidenlijk gemeente- een bestuurlijk en een financieel belang heeft. In het kader van dit beleid worden redelijk concrete handvatten gegeven voor de inrichting van de gekozen vorm. Daarbij worden vier elementen onderscheiden: sturing, beheersing, verantwoording en toezicht.

2.7. Conclusies

- De artikelen 158 lid 2 en 3 Provinciewet en 160 lid 2 en 3 Gemeentewet zijn niet langer toegesneden op de praktijk. Overheden en private partijen werken in toenemende mate in privaatrechtelijke rechtsvormen samen en de toezichthouders keuren deze oprichtings- en of deelnemingsbesluiten vrijwel altijd goed. Deze stand van zaken geeft aanleiding tot de vraag of een heroverweging van het wettelijk kader aangewezen is.

- Grote gemeenten en provincies ervaren het goedkeuringsvereiste als weinig relevant, aangezien zij over het algemeen zelf goed in staat zijn hun eigen beleid te bepalen met gebruikmaking van de verantwoordingsmechanismen die de Wet dualisering gemeentebevoegdheden heeft gebracht, en de goedkeuringsverzoeken doorgaans gehonoreerd worden.
- Gemeenten, met name de grote gemeenten en provincies hanteren thans de norm van 160 lid 2 vooral op de aspecten van transparantie en borging van het openbaar belang. Zij voeren beleid ten aanzien van de vraag hoe de samenwerking met private partijen in te richten.
- Het goedkeuringsvereiste voor provincies en gemeenten voor oprichtings- en deelnemingsbesluiten wordt preventieve werking toegedicht. Het zou het totstandkomen van weloverwogen en rationele besluiten bevorderen.
- Een selectief goedkeuringsvereiste wordt niet raadzaam geacht. Het is lastig om een nauwkeurige scheidslijn te trekken tussen aanmerkelijke en geringe financiële belangen. Het komt de transparantie voor zowel de toezichthouders als de burgers niet ten goede.
- De meldplicht voor de waterschappen doet recht aan de bestuurlijke praktijk en de geringe omvang en diversiteit van privaatrechtelijke samenwerking door waterschappen.
- Het denken over publiek-private samenwerking volgt maatschappelijke ontwikkelingen en is mede als gevolg van liberalisering van de markt veranderd.

3. De praktijk: privaatrechtelijke taakbehartiging door provincies, gemeenten en waterschappen

3.1. Inleiding

Dit hoofdstuk geeft een beeld van de huidige praktijk van privaatrechtelijke samenwerking. De omvang en de diversiteit van de privaatechtelijke taakbehartiging zijn beschreven in paragraaf 3.2.. De argumenten waarbij de keuzen door decentrale overheden worden onderbouwd, staan in paragraaf 3.3. De vraag, of er behoefte is aan een nieuwe samenwerkingsvorm komt in een vierde paragraaf aan de orde. Er is een aparte paragraaf gewijd aan de WGR (paragraaf 3.5.). Het hoofdstuk wordt afgesloten met de weergave van de belangrijkste conclusies in paragraaf 3.6.

3.2. Omvang en diversiteit privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden

3.2.1. Privaatrechtelijke taakbehartiging door provincies

Alle provincies maken gebruik van de bevoegdheid tot het oprichten van, dan wel het deelnemen in private rechtsvormen, de provincies in de randstad in iets grotere mate dan die buiten de randstad. Het privaatrechtelijke instrumentarium zoals genoemd in artikel 158 lid 2 Provinciewet -oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen- wordt vooral gebruikt voor economische ontwikkeling en stimulering, energie, milieu (met name afvalverwerking) en ruimtelijke ordening.

Verschillende zittingsperioden van PS laten nauwelijks verschillen zien in het gebruik van private rechtsvormen. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat er in de praktijk weinig verschil zit in de wijze waarop verschillende politieke partijen omgaan met het instrument.

Eén provincie gaf aan als stelregel te hanteren, dat men in beginsel geen gebruik maakt van private rechtsvormen. De oorzaak daarvan is gelegen in een debacle van jaren geleden.

3.2.2. Privaatrechtelijke taakbehartiging door gemeenten

De privaatrechtelijke taakbehartiging door gemeenten is met medewerking van de provincies in kaart gebracht.³ De gegevens bestrijken over het algemeen de periode van 1997 tot en met het jaar 2005 en geven een beeld van het aantal goedkeurings-verzoeken, de sectoren waarbinnen gemeenten privaatrechtelijke rechtsvormen gebruiken, de keuze voor de diverse privaatrechtelijke alternatieven en de argumenten voor die keuze. De belangrijkste resultaten zijn hieronder bijeen gezet en toegelicht.

3) Eén provincie was door omstandigheden niet in de gelegenheid om de gegevens aan te reiken.

Omvang

Door gemeenten van elf provincies (gegevens van één provincie ontbreken) zijn over de periode van 1997 tot en met 2005 circa 1030 goedkeuringsverzoeken ingediend. Het betreft hier een zo goed mogelijke benadering.⁴

Vrijwel alle goedkeuringsverzoeken worden gehonoreerd

Goedkeuringsverzoeken plegen te worden gehonoreerd. Uit de door de provincies verstrekte gegevens over de afgelopen jaren is op te maken dat, in de periode van 1997-2005 twee verzoeken niet zijn gehonoreerd.

Diversiteit

De betrokkenheid van gemeenten bij privaatrechtelijke rechtsvormen is zeer divers. Hieronder is voor de vennootschappen, voor de stichtingen en verenigingen een korte beschrijving gegeven. Gemeenten houden vaak aandelen in NV's en BV's. Het kan daarbij gaan om beleggingen (zoals in de Bank Nederlandse Gemeenten), om minderheidsbelangen, om 50-50 joint ventures, om meerderheidsbelangen en om 100% deelnemingen.

De aard van (de activiteit van) die vennootschappen varieert enorm. Het kan bijvoorbeeld gaan om een "op afstand gezette" publieke dienst (waterleiding, energie, openbaar vervoer, havenbedrijf, woningbedrijf e.d.), om samenwerking met private marktpartijen in het kader van grote projecten of gebiedsontwikkeling (PPS) of om samenwerking met andere overheden (bijvoorbeeld op het gebied van IT).

Ook de betrokkenheid van gemeenten bij stichtingen en verenigingen kent veel verschijningsvormen. Soms treedt de gemeente op als oprichter, maar daarmee is nog allerm minst gezegd dat de gemeente daarna nog enige rol van betekenis speelt (anders dan als opdrachtgever of subsidiënt): zo heeft een gemeente wel bewonersverenigingen opgericht, met als enig doel de vereniging "van de grond" te helpen. Stichtingen worden vaak - door de gemeente en/of maatschappelijke organisaties - gebruikt als vehikel om maatschappelijk belangrijke activiteiten een effectieve organisatievorm te geven, zodat op een verantwoorde wijze subsidie kan worden verstrekt.

4) Het is niet mogelijk om een exact overzicht te geven van het aantal goedkeuringsverzoeken dat de provincies in de afgelopen circa negen jaren hebben ontvangen. De gegevens hebben namelijk betrekking op elf van de 12 provincies en van twee provincies waren alleen de gegevens vanaf 1999 voorhanden.

Een tweede opmerking betreft de interpretatie van de aantallen. De provincies hebben gecombineerde goedkeuringsverzoeken (betrekking hebbende op een privaatrechtelijke samenwerking waarbij een aantal gemeenten betrokken zijn) niet als één goedkeuringsverzoek gerekend, maar als een aantal goedkeuringsverzoeken dat overeenstemt met het aantal gemeenten dat in de betreffende samenwerking participeert.

Een derde en laatste kanttekening vloeit voort uit de gesprekken die in het kader van het onderzoek met gemeenten en provincies zijn gevoerd. Diverse malen is door respondenten geopperd (spontaan en desgevraagd) dat het denkbaar is dat een aantal privaatrechtelijke rechtsvormen niet bij de provincies ter goedkeuring worden voorgelegd.

Spreiding van goedkeuringsverzoeken over gemeenten

Een volledige uitsplitsing naar aanvragen per gemeenten is van tien provincies verkregen. In totaal hebben de gegevens, voor wat betreft het aantal verzoeken per gemeenten, betrekking op ruim 370 gemeenten. Daarvan hebben twintig gemeenten (5%) aangegeven dat zij in de periode tussen 1997 en 2005 geen goedkeuringsverzoek hebben ingediend. Ruim de helft van de 370 gemeenten heeft in genoemde periode één tot twee goedkeuringsverzoeken ingediend, 28% van de gemeenten diende drie tot vier verzoeken in. Een klein percentage, 10% heeft tien tot en met twintig verzoeken ingediend. Eén gemeente springt er uit met ruim vijfendertig ingediende goedkeuringsverzoeken.

Spreiding van goedkeuringsverzoeken van gemeenten over de provincies

Zes van de twaalf provincies ontvangt gemiddeld vijf of minder goedkeuringsverzoeken per jaar. Dat gemiddelde ligt bij één provincie tussen de vijf en de tien en bij drie tussen de tien en de vijftien. Eén provincie heeft over de onderzochte periode gemiddeld tussen de twintig en vijfentwintig aanvragen ontvangen. Eén provincie springt er uit, met een gemiddeld aantal binnengekomen ontvangen verzoeken van ruim 50 per jaar.

De stichting is de meest gekozen rechtsvorm

In totaal zijn bij tien provincies 700 oprichtingen/deelnemingen ter goedkeuring voorgelegd. In (47%) van de gevallen is de stichting gekozen. De keuze is 175 keer (25%) op de BV en 119 (17%) keer op NV gevallen. De vereniging is 44 keer genoemd en de CV is in 22 gevallen als rechtsvorm gekozen. In een relatief gering aantal gevallen is de voorkeur uitgegaan naar de coöperatie, de onderlinge waarborg maatschappij en de VOF.

Privaatrechtelijke taakbehartiging gemeenten komt het meeste voor in de sector economie.

Het gaat daarbij vooral om bedrijventerreinen en samenwerking ten dienste van de economische ontwikkeling van de stad of regio. Onder de noemer “bedrijventerreinen” is vooral melding gemaakt van: locatieontwikkeling, het beheer van bedrijventerreinen en parkmanagement. Met het stimuleren van de economische ontwikkeling van stad of regio is met name bedoeld op: het versterken binnensteden, grensoverschrijdende samenwerking, economische activiteiten regio, bevorderen veiligheid van de stad, participatie in vastgoedprojecten.

Ook de sectoren ruimtelijke ordening en volkshuisvesting, onderwijs en arbeidsmarkt en milieu zijn door de provincies voorzien van voorbeelden van private samenwerking. Bij ruimtelijke ordening en volkshuisvesting werden bijvoorbeeld genoemd: samenwerking met bouw en woningtoezicht, wijkontwikkeling en verbetering woon- en bedrijfsklimaat. In het kader van het onderwijs werd samenwerking gezocht ten behoeve van verzelfstandiging van het bestuur openbaar primair onderwijs, wetenschappelijk onderzoek en zorgvoorzieningen voor basisscholen. In de sector werk en inkomen is veelal bedoeld op samenwerking ten behoeve van de uitvoering van de wet inschakeling werkzoekenden en de wet sociale werkvoorziening. In het kader van milieu tenslotte is samenwerking gezocht voor de inzameling en verwerking van afval, de reinigingsdienst, opslag en verwerking van grond.

In de sectoren sport, cultuur en zorg vindt -zij het minder frequent dan in de hiervoor genoemde sectoren- ook privaatrechtelijke samenwerking plaats. Bij de sector sport gaat het veelal om de exploitatie van een sportcomplex, of samenwerking in het kader van recreatief toeristische infrastructuur. Op het culturele vlak vindt nogal eens samenwerking tussen gemeenten en private partijen plaats in het kader van het beheer van musea en het behoud en de exploitatie van monumenten. Voor wat betreft de zorg is regelmatig het indicatieorgaan (een onafhankelijk orgaan dat de behoefte van cliënten aan zorg en voorzieningen beoordeelt), als aanleiding voor samenwerking gegeven.

Privaatrechtelijke rechtsvormen vormen in de provinciale en gemeentelijke praktijk geen uitzondering meer

In de wettelijke norm vormen privaatrechtelijke rechtsvormen een uitzonderingspositie (nee, tenzij) ten opzichte van publiekrechtelijke rechtsvormen. van privaatrechtelijke rechtsvormen. Het onderzoek naar de omvang en aard van privaatrechtelijke taakbehartiging geeft aanleiding tot de conclusie, dat de wettelijke norm niet langer aansluit op de pluriforme praktijk, die gekenmerkt wordt door een grote verscheidenheid aan privaatrechtelijke samenwerkingsvormen. De praktijk vraagt om een legitieme plaats voor privaatrechtelijke rechtsvormen naast de publiekrechtelijke samenwerkingsvormen.

3.2.3. Privaatrechtelijke taakbehartiging door waterschappen

Drie van de waterschappen hebben aangegeven dat zij in de afgelopen 10 jaar niet hebben deelgenomen en ook geen privaatrechtelijke rechtsvorm hebben opgericht. Van de waterschappen die hebben aangegeven dat zij gebruik hebben gemaakt van een privaatrechtelijke rechtsvorm, beperkt zich dat per waterschap in de afgelopen 10 jaar tot één of twee gevallen. In kwantitatieve zin gaat het niet om grote aantallen. Dit beperkte aantal is te verklaren uit het feit dat de bedrijfsvoering van waterschappen met de oprichting van 1 of meerdere rechtspersonen geregeld is en loopt. Het gaat echter wel direct om oprichtingen of deelnames met een behoorlijke financiële omvang (tientallen miljoenen).

Vrijwel alle provincies zijn op de hoogte van meldingen die zijn binnengekomen van onder hen ressorterende waterschappen inzake (over het algemeen) de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Op een enkele uitzondering na is uit het veldwerk niet gebleken dat er iets met deze meldingen wordt gedaan. Vanuit de waterschappen zelf wordt aangegeven, dat in ieder geval een aantal van hen vooroverleg pleegt met de provincie over voornemens tot oprichtingen of deelnames aan privaatrechtelijke rechtsvormen.

Waterschappen maken gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen voor de zuiveringstechnische werken. Het zuiveren van afvalwater is een eigen taak die met name vanwege fiscale motieven vaak is ondergebracht in een private rechtsvorm. Ook het verwerken van slib is een taak die meestal via een privaatrechtelijke constructie wordt uitgevoerd. Voor de verwerking van groen afval wordt door waterschappen geparticipeerd in composteringinrichtingen. Waterschappen participeren ook in stichtingen in verband met het behoud van het cultureel erfgoed (watermolens en stoomgemalen).

3.3. Argumenten voor privaatrechtelijke taakbehartiging

Uit het onderzoek naar de argumenten die gemeenten en provincies aandragen voor de privaatrechtelijke taakbehartiging is gebleken dat deze over het algemeen beperkt, vrij algemeen en oppervlakkig zijn. Door diverse provincies is aangegeven dat soms de indruk bestaat dat gemeenten hun motivering toeschrijven naar een reeds gemaakte keuze voor een bepaalde rechtsvorm.

3.3.1. De provincies

Waar het NV's betreft gaat het in de helft van de gevallen om deelnemingen, met name in energie- en waterbedrijven. De NV wordt vooral gebruikt voor de grotere bedrijfstakken (zoals water en energie), voor grote afvalondernemingen en bij grote infrastructurele werken.

Waar het de BV's betreft is er in driekwart van de gevallen sprake van medeoprichting door de provincie. De BV's hebben vooral economische bevordering tot doel (bedrijvenparken, stimuleringsfondsen). Als argumenten om te kiezen voor de BV zijn genoemd: snelheid en efficiëntie, beperkte risico's, goede samenwerkingsmogelijkheid tussen overheid en bedrijfsleven.

De oprichting van een CV is in de onderzochte periode (1993-2005) altijd gepaard gegaan met de oprichting van een gelijknamige BV. Hier zouden een aantal redenen voor zijn die te maken hebben met flexibiliteit (een CV geeft veel organisatievrijheid), zeggenschapsverhoudingen (bij een CV geen koppeling tussen zeggenschap en aandelenomvang), kapitaalbelasting (geen bij een CV over de inbreng van het eigen vermogen) en fiscale transparantie.

De stichting is de meest gebruikte rechtsvorm bij de provincies en wordt in alle beleidssectoren gebruikt: economie, milieu, kunst en cultuur en slechts een enkele maal voor eenmalige activiteiten. Alle argumenten om voor de stichting te kiezen zijn genoemd: de slagkracht, de onafhankelijkheid, gelijkwaardige inbreng betrokkenen, relatief lage kosten en de mogelijkheden van een stichting om subsidie te ontvangen.

3.3.2. De gemeenten

In de gesprekken is gebleken dat lang niet altijd rationele overwegingen ten grondslag liggen aan de keuze voor de publieke of de private weg en voor de rechtsvorm. Vaak lijkt de keuze voor de publieke of private weg te weinig gebaseerd op een fundamentele afweging voor voor- en nadelen van diverse opties.

In de gesprekken is, vooral bij (kleinere) gemeenten, behoefte geconstateerd aan een handvat of een afwegingskader ter ondersteuning van het maken van de juiste keuze (privaat of publiek) en dan vervolgens voor de juiste rechtsvorm. Vaak wordt het voorbeeld van een andere gemeente gevolgd of een advies gekopieerd, zonder een kritische blik daarop te werpen. Het is opvallend, dat met name de gemeenten van elkaar afkijken als het

gaat om organisatorische vraagstukken inzake specifieke taken van de gemeenten. Dit is een gezond en logisch gegeven. Vrijwel niemand (met uitzondering van de grote steden) heeft er kennelijk de behoefte aan om het wiel opnieuw uit te vinden. De keerzijde kan evenwel ondoordacht kopieergedrag zijn. De rol van consultants, advocatenkantoren, fiscaal adviseurs en accountants bij de oprichting van privaatrechtelijke rechtsvormen door overheden is groot gebleken.

Grote gemeenten

Wanneer een grote gemeente overgaat tot het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen gebeurt dat binnen de eigen vastgestelde beleidskaders. Vrijwel elke grote gemeente heeft een eigen beleid voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen in brede zin (onder diverse noemers: deelnemingenbeleid, participaties, privatiseren etc). In principe maakt men dit beleid zelf. Deze beleidskaders zijn kwalitatief goed maar onderscheiden zich van elkaar in de mate van diepgang. Algemene uitgangspunten van good governance, zoals transparantie, rechtsgelijkheid en behoorlijkheid, zijn terug te vinden in het gemeentelijke deelnemingenbeleid (al dan niet tezamen met privatiseringsbeleid en/of een breder 'verbonden partijen' beleid).

Het Besluit begroting en verantwoording (BBV)⁵ draagt bij aan een transparante bestuurlijke praktijk. Op deze wijze is het voor de gemeenteraden en provinciale staten inzichtelijk wat er in de gemeente op dit terrein gebeurt en wat de inhoudelijke en financiële belangen zijn. Verder zijn de raden en provinciale staten hierdoor in staat tot adequate sturing vooraf via de beleidskaders en adequate controle achteraf o.a. door de wijze waarop de begroting/ jaarverslag ingericht dient te zijn.

Met de dualisering van de gemeentelijke taken en bevoegdheden stelt het College het beleid vast, nadat het de Raad heeft geconsulteerd. De Raad vervult daarmee een toetsende rol en kan ook kaderstellend optreden. De wijze waarop de gemeente zelf is georganiseerd, lijkt erg bepalend voor de kwaliteit van de besluitvorming inzake privaatrechtelijke rechtsvormen. In zijn algemeenheid lijkt: hoe centraler de beleidsmatige aansturing is geregeld, hoe beter. Alertheid binnen de gemeente zelf, alsmede organisatie van de kennisfunctie, lijken van groot belang.

De sturingsrelatie van de gemeente met de privaatrechtelijke organisatie en de vraag van bestuurders hoe deze 'in control' te houden, leven bijzonder onder de gemeenten. Het handboek Verbonden Partijen (2006)⁶ reikt op dit punt waardevolle aanbevelingen aan. Het biedt verbetervoorstellen om als gemeente 'in control' te zijn van verbonden partijen

5) Met het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (BBV) van januari 2003, zijn de verslaggevingsvoorschriften voor provincies en gemeenten gemoderniseerd. Daarbij is nader inhoud gegeven aan de informatievoorziening in het duaal bestuur en worden kaders geschetst voor een dualistische inrichting van begrotingen en jaarrekeningen van provincies en gemeenten. Met het BBV wordt beoogd de Provinciale Staten en de Gemeenteraad doeltreffender in haar kaderstellende en controlerende taak te ondersteunen en de financiële functie te versterken. Zo kan aan de burgers duidelijker rekenschap afgelegd worden over het realiseren van concrete doelen.

6) Gemeente Governance-Handboek Verbonden partijen. Deloitte in samenwerking met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Kenniscentrum 'Publiek Private Samenwerking' (PPS) van het ministerie van Financiën en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Mei 2006.

en de relatie met deze partijen inzichtelijker te maken.

De zogeheten de dubbele petten problematiek wordt met grote regelmaat door gemeenten en provincies als aandachtspunt naar voren gebracht. Het gaat dan om de situatie dat bestuurders (wethouders, gedeputeerden) ook bestuursfuncties uitoefenen in vennootschappen en stichtingen waar de gemeente of provincie bij is betrokken. Door een aantal gemeenten wordt helder beleid op dit punt gevoerd, ter voorkoming van vermenging van mogelijk tegenstrijdige belangen. Andere gemeenten worstelen met het gegeven en ervaren het als problematisch.

Gebeurtenissen als de Ceteco-affaire bij Zuid-Holland, de ontwikkelingen rond het Havenbedrijf in Rotterdam, de financiële ondertoezichtstelling van Den Haag, rechterlijke uitspraken (waarbij bv. sale- en leaseback constructies verboden werden), of andere factoren (zoals een strenge Rekenkamer of de Fido-wetgeving) hebben decentrale overheden gewezen op het belang bewust te zijn van de wijze waarop de overheid omgaat met de publieke belangen die zij dient. Bij de grote steden hebben deze ontwikkelingen, zo is in sommige gesprekken beluisterd, mede aanleiding gevormd voor meer terughoudendheid in het gebruik van private rechtsvormen. In grote gemeenten zijn de bestaande constructies getoetst en geëvalueerd.

Het zijn met name economische en maatschappelijke ontwikkelingen die de steden er toe noodzaken om over te gaan tot het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen, met name in de sfeer van vennootschappen. De energiesector en de openbaar vervoer sector zijn hierbij de belangrijkste voorbeelden. Deze sectoren zijn op grond van Europese en Nederlandse regelgeving geliberaliseerd, waardoor marktpartijen toegang krijgen tot deze markten.

Gemeenten in het algemeen

In de voorgaande stonden de grote gemeenten centraal. Hieronder zijn voor gemeenten in het algemeen, de resultaten van het onderzoek naar de argumenten voor de keuze van privaatrechtelijke samenwerking beschreven.

De keuze voor de stichting wordt veelal onderbouwd met één of een combinatie van de volgende argumenten: de slagkracht en flexibiliteit, de onafhankelijkheid, zelfstandig deelnemer zijn aan het rechtsverkeer, de waarborgen voor onafhankelijkheid en transparantie, het feit dat de gemeentelijke belangen op goede wijze gewaarborgd kunnen worden, de gelijkwaardige inbreng van alle betrokkenen, de scheiding van financiële en formele verantwoordelijkheid, de relatief lage kosten, en het ontbreken van een commerciële achtergrond.

De keuze voor de BV wordt vooral met de volgende argumenten onderbouwd: het bedrijfsleven en de overheid kunnen in deze vorm samenwerken, de financiële risico's zijn beperkt, er is een mogelijkheid tot snelle en efficiënte besluitvorming, het privaatrecht biedt betere mogelijkheden voor de handhaving dan publieke samenwerkingsvorm, het is een goede vorm om bedrijfskapitaal bijeen te brengen, de mogelijkheid voor andere partijen om deel te nemen aan het risicodragend vermogen, de bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn helder vastgelegd en de organisatie heeft een open juridische structuur. De samenwerking binnen een NV wordt veelal onderbouwd met motieven die

betrekking hebben op slagvaardigheid en financiële aspecten. De keuze voor de vereniging tenslotte, wordt vooral beargumenteerd met de behoefte aan flexibiliteit en slagvaardigheid.

3.3.3. De waterschappen

Bij de waterschappen spelen vooral overwegingen van financiële en fiscale aard de doorslag bij de keuze voor de privaatrechtelijke rechtsvormen. Daarnaast vormt ook het behoud van het cultureel erfgoed een motief.

3.4. De wenselijkheid van een nieuw samenwerkingsinstrument

Van een wens om een nieuw instrument te creëren is uit het onderzoek niets gebleken. Provincies, gemeenten en de waterschappen lijken uit de voeten te kunnen met het bestaande privaatrechtelijke instrumentarium. Deze conclusie is met enige voorzichtigheid geformuleerd, aangezien in het onderzoek ook de nodige informatiebehoefte ten aanzien van mogelijkheden en beperkingen van (alternatieve) samenwerkingsvormen is gesignaleerd.

3.5. Samenwerking in gemeenschappelijke regelingen

In de gesprekken met provincies en gemeenten zijn verschillende keren de gemeenschappelijke regelingen (WGR) aan de orde geweest. Gemeenschappelijke regelingen lijken onvoldoende toegesneden op de behoefte van overheden en private partijen. De bekendheid van provincies en gemeenten met de mogelijkheden en beperkingen van deze publiekrechtelijke variant blijkt niet groot. De bevindingen zijn relevant genoeg om er een aparte paragraaf aan te wijden. Hieronder volgt een korte beschrijving van gemeenschappelijke regelingen en daarna de bevindingen.

Gemeenschappelijke regelingen

De wet, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenschappelijke regelingen is een wet die de voorwaarden regelt waaronder gemeenten afzonderlijk of tezamen gemeenschappelijke regelingen kunnen treffen. De WGR kent een aantal varianten daarin, oplopend van zwaar naar lichtere regelingen:

1. Het instellen van een openbaar lichaam dat rechtspersoonlijkheid heeft. In deze variant worden bevoegdheden van gemeentebesturen overgedragen. Een zware variant op het openbaar lichaam is de zogeheten plusregio, waar ook de provincie bevoegdheden aan kan delegeren.
2. Het gemeenschappelijk orgaan zonder rechtspersoonlijkheid. Er is een beperkte bevoegdheidsoverdracht mogelijk.
3. De centrumgemeente. In deze variant treden bestuursorganen of ambtenaren van een van de deelnemende gemeenten op namens de andere deelnemende

gemeenten. Deze samenwerking berust op mandaat.

4. De lichte regeling betreft een soort publiekrechtelijk convenant waarbij er afspraken tussen gemeenten worden gemaakt.

In het jaar 2000 is bij de herziening van de WGR het goedkeuringsvereiste door de provincie van gemeenschappelijke regelingen waar gemeenten aan deelnemen, geschrapt. Daarmee diende een bijdrage te worden geleverd aan een heldere verdeling van bestuursverantwoordelijkheden en aan het terugdringen van toezichtrelaties.

Gemeenschappelijke regelingen onvoldoende toegesneden op behoefte overheden en private partijen

De WGR is als publiekrechtelijk alternatief voor private taakbehartiging, niet populair. De WGR heeft de naam stroperig en te bureaucratisch te zijn. Op zijn minst heeft de WGR een imago probleem. Verder zijn lagere overheden vaak niet bekend met het feit dat ook private partijen kunnen deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling.

Het verdient aanbeveling om de WGR door te lichten om te bezien op welke wijze de regeling beter kan aansluiten op de behoeften van gemeenten. De mogelijkheden van de WGR dienen meer en beter bij de lagere overheden onder de aandacht te worden gebracht.

3.6. Conclusies

- De praktijk vraagt om een legitieme plaats voor privaatrechtelijke rechtsvormen naast de publiekrechtelijke samenwerkingsvormen. De uitzonderingspositie van privaatrechtelijke rechtsvormen in de wettelijke norm sluit niet langer aan op de praktijk, die gekenmerkt wordt door een grote verscheidenheid aan privaatrechtelijke samenwerkingsvormen.
- De keuze voor de publieke of private weg lijkt te weinig gefundeerd op een fundamentele afweging van voor- en nadelen van diverse opties. Voorbeelden maar ook vooroordelen spelen een niet onbelangrijke rol. Er is, vooral bij (kleinere) gemeenten, in het onderzoek de nodige informatiebehoefte ten aanzien van alternatieve samenwerkingsvormen geconstateerd.
- Decentrale overheden hebben behoefte aan ondersteuning van de keuze voor de publieke of de private samenwerkingsvorm en daarbinnen voor de juiste rechtsvorm. De behoefte gaat niet zozeer uit naar een sjabloon, dat voor elk probleem de juiste vorm aangereikt. Daarvoor is de praktijk te divers. De ondersteuning zou met name dienen plaats te vinden in de vorm van een handvat of een afwegingskader op basis waarvan een rationele en afgewogen keuze voor de publieke of de private weg kan worden gemaakt en een keuze voor de juiste samenwerkingsvorm.
- De sturingsrelatie van de gemeente met de privaatrechtelijke organisatie, en de vraag van bestuurders hoe deze 'in control' te houden, is een punt dat bijzonder onder de

gemeenten blijkt te leven. Het handboek Verbonden Partijen (2006) reikt op dit punt waardevolle aanbevelingen aan.

- Integriteit en meer in het bijzonder, de dubbele petten problematiek, is met grote regelmaat door gemeenten en provincies als aandachtspunt naar voren gebracht. Het gaat dan om de problematiek waarbij bestuurders (wethouders, gedeputeerden) ook bestuursfuncties uitoefenen in vennootschappen en stichtingen waar de gemeente of provincie bij is betrokken.
- Het onderzoek geeft geen aanleiding tot de conclusie dat er behoefte is aan een nieuw samenwerkingsinstrument. Aan deze opmerking dient te worden toegevoegd dat er de nodige informatiebehoefte is geconstateerd ten aanzien van de mogelijkheden van (alternatieve) samenwerkingsvormen en dat van een grondige analyse van huidige en eventuele nieuwe samenwerkingsvormen niet is gebleken.
- In het onderzoek is de nodige informatiebehoefte ten aanzien van de gemeenschappelijke regeling naar voren gekomen. De WGR is als publiekrechtelijk alternatief voor private taakbehartiging, niet populair, onder meer omdat de regeling als te bureaucratisch wordt ervaren. De mogelijkheden van de WGR dienen meer en beter bij de decentrale overheden onder de aandacht te worden gebracht. Daarnaast dient de WGR te worden doorgelicht om te bezien op welke wijze de regeling beter kan aansluiten op de behoeften van gemeenten.

4. De praktijk: het goedkeuringsbeleid van BZK en provincies

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de goedkeuringspraktijk centraal. In paragraaf 4.2. wordt een korte uitstap gemaakt naar de parlementaire geschiedenis van de toetsingscriteria. Bij de inrichting van het toezicht wordt in paragraaf 4.3. stilgestaan. In paragraaf 4.4. staan de resultaten van het onderzoek in het kader van dit project naar de goedkeuringspraktijk beschreven. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een vijfde concluderende paragraaf.

4.2. Toetsingscriteria: parlementaire geschiedenis

In de behandeling van artikel 152 Provinciewet (oud) in de Tweede Kamer wordt de regering gevraagd hoe in de praktijk getoetst zal gaan worden dat de privaatrechtelijke weg de meest aangewezen rechtsvorm moet worden geacht. Ook wordt gevraagd, hoe de regering het zich voorstelt na te gaan of de verantwoordingslijnen op verantwoorde wijze lopen. (TK '89-90, 19836, nr.14, blz 24.)

In de Nota n.a.v. het eindverslag antwoordt de regering dat de democratische controle volgens haar op tweeërlei wijze kan worden vorm gegeven. Op de eerste plaats via de voorzieningen die bij de oprichting of deelneming worden getroffen: medezeggenschap, inspraak en controle. Op de tweede plaats via het begrotingsinstrumentarium van de betrokken overheid.

Op de vraag, wanneer iets bijzonder aangewezen kan worden geacht, kan de regering een antwoord in algemene zin over de taken en bevoegdheden niet geven. De veelvormigheid van het overheidsterrein leidt ertoe, dat alleen in algemene zin gesproken kan worden van normen c.q. randvoorwaarden waarbinnen, vanuit de overheid bezien, privaatrechtelijke taakbeartiging tot stand kan komen. Randvoorwaarden zijn onder meer, dat het behartigen door de overheid van een publieke taak met zich mee brengt dat zij door het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke organisatie zich nimmer zodanig mag binden, dat de beslissingen die zij moet nemen op basis haar publiekrechtelijke bevoegdheden en verantwoordelijkheid, dientengevolge formeel of feitelijk een gebonden karakter krijgen. Daarnaast mag de privaatrechtelijke taakbeartiging niet leiden tot financiële risico's die de draagkracht van de betrokken overheid te boven gaat. De financiële gevolgen dienen in een vroegtijdig stadium in kaart worden gebracht. Bovendien zal de toezichthouder erop moeten toezien, dat geen inbreuk wordt gemaakt op de bevoegdheidsverdeling en de verantwoordingsplicht. Zo'n inbreuk is een voorbeeld van andere dringende redenen, evenals het niet voldoen aan de randvoorwaarden, aldus de regering. (TK '89-'90, 19836, nr 15, blz 33-35)

4.3. Inrichting toezicht

In het verleden is het toezicht ten aanzien van privaatrechtelijke taakbeartiging vooral vanuit de financiële hoek ingericht. Het hierna genoemde Gemeenschappelijk Minimum Beleidskader Toezicht (GMBT), waarin naast financiële ook bestuurlijk aspecten van het toezicht zijn opgenomen, blijkt in de praktijk hoofdzakelijk een rol te vervullen bij de inrichting van het financiële toezicht.

4.3.1. Gemeenschappelijk Minimum Beleidskader Toezicht

Er is een GMBT dat in het bestuurlijk overleg van toezichthouders, GS van de 12 provincies en de minister van BZK, van 5 juni 2003 is vastgesteld. Het GMBT bevat beleidsregels en normen die de dertien toezichthouders minimaal zullen toepassen. Het is geen dwingend beleidskader, nadere wet- of regelgeving ter zake is er niet en de provincies zijn, binnen de marges van de wet, vrij om hun eigen beleid vast te stellen. Doel van het beleidskader is een gezonde financiële situatie bij gemeenten en provincies te bevorderen.

In het in 2003 vastgestelde GMBT zijn voor het eerst andere dan de gebruikelijke onderwerpen met betrekking tot het financieel toezicht geïntegreerd. In dat kader is het vijfde hoofdstuk getiteld “Deelnemingen” over de wijze waarop deelnemings- en oprichtingsbesluiten getoetst kunnen opgenomen. Hieronder worden enkele relevante passages overgenomen.

“De Gemeentewet en de Provinciewet gaan uit van preventief toezicht door de toezichthouder op het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen en in het aanbrengen van essentiële wijzigingen daarin, die het karakter (de doelstelling) van de oorspronkelijke deelneming veranderen. Onder essentiële wijziging wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet financiering decentrale overheden (Fido) tevens verstaan uitbreiding van het aandelenkapitaal, aangezien aandelenverwerving uit treasury-oogpunt niet is toegestaan.⁷

Het uitgangspunt van publieke behartiging van openbare belangen weegt zwaar.

Er moet op worden toegezien dat het uitvoeren van de overheidstaak op voldoende democratische, controleerbare wijze geschiedt en deze niet te zeer versnipperd wordt over verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen, waarvoor geen publieke verantwoordingsplicht geldt. De toezichthouder dient ter waarborging van een doelmatig en democratisch gemeentebestuur/provinciebestuur.”

In bijlage 4 van het GMBT zijn de wettelijke uitgangspunten gegeven (de rechtsvorm wordt niet bijzonder aangewezen geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar

7) In de Wet financiering decentrale overheden (Wet FIDO) zijn de kaders gesteld voor een verantwoorde professionele inrichting en uitvoering van de treasuryfunctie van de decentrale overheden. Deze wet definieert de treasuryfunctie daarbij als “het sturen en beheersen van-, het verantwoorden over-, het toezicht houden op: de financiële vermogenswaarden, de financiële geldstromen, de financiële positie en de hieraan verbonden risico's”.

De Wet FIDO zet sterk in op de eigen lokale verantwoordelijkheid. In de wet zijn normeringen vastgelegd die als richtsnoer dienen voor het lokale handelen. Echter, de gemeente en toezichthouder kunnen in samenspraak hiervan afwijken. Voorbeelden van de normering zijn de kasgeldlimiet, de renterisiconorm en de invulling van de publieke taak.

belang, er is sprake van strijd met het recht, er zijn andere dringende redenen die zich tegen het besluit (of de goedkeuring) verzetten) en de toetspunten die uit de wettelijke bepalingen voortkomen:

- de mogelijkheid van democratische controle en beïnvloeding,
- de openbaarheid van besluitvorming, controle en verantwoording,
- de controle bij de toekenning van rechten en verplichtingen,
- het verdelen van taken en verantwoordelijkheden tussen de overheid en de privaatrechtelijke rechtspersoon,
- een mogelijkheid om te vergaande versnippering van de van de overheidstaak over verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen te voorkomen,
- financiële risico's en
- de juridische houdbaarheid.

4.3.2. Goedkeuringstaak in verleden ondergebracht bij financiële afdelingen

De goedkeuringstaak werd in het verleden vooral als uitvoeringstechnische aangelegenheid gezien en om die reden bij de meeste provincies bij de financiële afdeling ondergebracht.

Gaandeweg zijn er bij de afwegingen voor de keuze van een rechtsvorm andere dan puur uitvoeringstechnische argumenten een rol gaan spelen en kwam de bestuurlijke context meer in beeld. Een en ander vergde andersoortige informatie en afwegingen over het doel en de alternatieven. Om die reden is bij een aantal provincies de goedkeuringstaak ondergebracht bij de bestuurlijke afdeling.

De toetsing dient zodanig georganiseerd te zijn, dat de diverse invalshoeken (financiële, juridische en bestuurlijke) die goedkeuringsverzoeken kenmerken, tot hun recht kunnen komen. Dat betekent dat niet alleen de financiële afdeling betrokken en verantwoordelijk is, maar ook de bestuurlijk/juridische afdeling. Dit wordt gerechtvaardigd door de breedte en bestuurlijke reikwijdte van dergelijke besluiten.

4.4. De goedkeuringspraktijk van de minister van BZK en van GS

4.4.1. De minister van BZK

Voor het onderzoek is gekeken naar de besluiten van GS tot oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtsvormen die de Minister van BZK in de periode 1993-2005 ter goedkeuring zijn voorgelegd.

Jaarlijks zijn gemiddeld tien verzoeken om goedkeuring van provincies bij de minister van BZK ingediend. Alle verzoeken zijn goedgekeurd.

Het ministerie van BZK hanteert geen formeel vastgesteld beleidskader om de verzoeken te toetsen. De minister gaat niet op de stoel zitten van GS; er wordt "slechts" gekeken of het genomen besluit past binnen de kaders van het recht en het algemeen belang.

De laatste jaren is een ontwikkeling te zien waarbij (enkele) provincies gebruik maken van ingewikkelde juridische privaatrechtelijke constructies om bijvoorbeeld grote economische of financiële projecten met meerdere partijen te kunnen realiseren. In dergelijke gevallen wordt vanuit de toezichthouder veel energie gestopt in een zo goed mogelijke beoordeling van de casus.

Het goedkeuringstraject komt, voortvloeiend uit de wetsystematiek, aan het einde van (meestal) lange besluitvormingsprocessen binnen de provincies. Dit gegeven doet niet af aan de verantwoordelijkheid van de minister van BZK, maar maakt wel dat de toets zich in de praktijk meer beperkt tot de hoofdlijnen – uitzonderingen daargelaten. Er zijn overigens ook besluiten waarbij de rijksoverheid zelf als partij betrokken is, en uit dien hoofde (op grond van artikel 34 van de Comptabiliteitswet) melding van oprichting dan wel deelname doet aan de Tweede en Eerste Kamer.

Op het niveau van de rijksoverheid is de werkgroep meermalen gestuit op goedkeuringsverzoeken ex. art. 158 Provinciewet waarbij naast BZK als goedkeurend departement, ook een beleidsdepartement betrokken is. Als voorbeeld kan worden genoemd de energiesector, waarbij de minister van Economische Zaken op basis van formele wetgeving toestemming verleent aan bepaalde organisatiewijzigingen. In de praktijk is te zien dat BZK over het algemeen later dan het andere departement bij een concreet goedkeuringsverzoek betrokken raakt en zich geconfronteerd ziet met de reeds gegeven toestemming van een ander departement. Deze stand van zaken is vanuit bestuurlijk oogpunt minder wenselijk.

4.4.2. Gedeputeerde Staten

Een besluit van het college van B&W tot het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtsvorm behoeft, op grond van art. 160 lid 3 Gemeentewet, goedkeuring van Gedeputeerde Staten. Voor dit project Privaatrechtelijke taakbeartiging, is van alle provincies informatie verkregen over het goedkeuringsbeleid dat zij hanteren ten aanzien van de gemeenten die binnen hun provinciale grenzen vallen. Daarmee is inzicht verkregen in de mate waarin en de wijze waarop er bij de gemeenten gebruik wordt gemaakt van privaatrechtelijke rechtsvormen. De provincies gaven desgevraagd aan, dat zij het Gemeenschappelijk minimumbeleidskader als uitgangspunt nemen bij de toetsing van ingekomen goedkeuringsverzoeken. De meeste provincies hebben het hoofdstuk over deelnemingen uit het gemeenschappelijk minimum beleidskader opgenomen in het provinciaal beleidskader financieel toezicht gemeenten.

Accentverschillen in de goedkeuringspraktijk van provincies

De in het vorige hoofdstuk beschreven pluriformiteit aan privaatrechtelijke rechtsvormen en de diversiteit van de gemeentelijke betrokkenheid daarin, hebben hun effect op het goedkeuringsbeleid.

In de praktijk geven provincies een eigen uitwerking aan het beleidskader en leggen daarbij andere accenten. Door sommige provincies wordt het beleidskader gebruikt om gemeenten (op onderdelen) te informeren, bijvoorbeeld over het gebruik van alternatieve rechtsvormen. Door een enkele provincie wordt de vraag, of een rechtsvorm bijzonder aangewezen is (uitgewerkt naar beleidsterrein), nader uitgewerkt. Een andere provincie heeft de nadruk gelegd op het operationaliseren van het toetspunt 'democratische legitimatie'. De meeste provincies beperken zich echter tot het GMBT. Het lijkt erop dat naarmate het GMBT verder is uitgewerkt door een provincie, deze provincie ook minder marginaal toetst.

Eén provincie geeft in haar beleid aan dat het voor gemeenten verstandig is om de provincie vooraf te betrekken middels goed overleg om "een tussenweg te vinden tussen enerzijds de plicht van de provincie om nadrukkelijk rekening te houden met de eigen beleidsvrijheid en verantwoordelijkheid van de gemeenten en anderzijds te voorkomen dat gemeenten te snel en zonder gegronde reden overgaan tot privaatrechtelijke taakbehartiging". Bij sommige goedkeuringen is sprake van goed vooroverleg tussen gemeente en provincie, hetgeen uiteindelijk een goedkeuring tot gevolg heeft gehad.

De meeste provincies toetsen, zo is de indruk, marginaal en wellicht te marginaal. Enerzijds wordt daarvoor als oorzaak genoemd dat dit type toezicht uiteindelijk toch bestuurlijk toezicht is en dat het in de provinciale bestuurlijke realiteit nauwelijks mogelijk is dergelijke goedkeuringsverzoeken van gemeenten af te keuren. Anderzijds wordt ook als reden aangegeven, dat er spanning zit tussen de bedoeling van de wetgever, het beleid en de praktijk. Dit gecombineerd met de (vermeende) veronderstelling dat het onderwerp private rechtsvormen politiek minder interessant is, kan leiden tot enige lijdzaamheid.

In de gesprekken met de provincies is regelmatig opgemerkt, dat de provinciale goedkeuring aan het eind van een lang gemeentelijk besluitvormingsproces komt, als gevolg waarvan er te weinig ruimte bestaat om nog mee te denken, te sturen of laat staan af te keuren. Provincies geven aan meer invulling te willen en kunnen geven aan hun rol van adviseur.

De behandeling van een goedkeuringsverzoek vraagt om maatwerk, in combinatie met de toetsing van een vaste reeks aspecten die dienen voor de borging van het publieke belang (bijvoorbeeld democratische legitimatie en publieke verantwoording). In dit licht is van de zijde van provincies de wenselijkheid onderstreept van een landelijk overzicht van toetspunten. Ook vanuit het oogpunt van kenbaarheid en transparantie wordt een dergelijk overzicht wenselijk geacht. Het bevordert dat door provincies en BZK in soortgelijke situaties dezelfde lijn in toezicht wordt gevolgd en het verschaft inzicht in de aspecten waarop de aanvraag zal worden getoetst.

Ook is opgemerkt dat de toezichthouder gebruik dient te kunnen en durven maken van "de

stok achter de deur". Een overheidstaak die versnipperd is over allerlei samenwerkingsvormen belemmert de raad in haar controlerende taak. De bewaking van de verantwoording binnen de eigen bestuurslaag, dient niet ondergeschikt te worden aan de huidige tendens, om de andere overheid en de horizontalisering ruim baan te geven, aldus de provinciale respondent.

4.5. Conclusies

- Er is een Gemeenschappelijk minimum beleidskader toezicht (GMBK) dat in het bestuurlijk overleg van toezichthouders (GS van de 12 provincies en de minister van BZK) van 5 juni 2003 is vastgesteld. Het GMBK bevat beleidsregels en normen die de dertien toezichthouders minimaal zullen toepassen. Het is geen dwingend beleidskader. Nadere wet- of regelgeving ter zake is er niet en de provincies zijn, binnen de marges van de wet, vrij om hun eigen beleid vast te stellen.
- In de praktijk geven provincies een eigen uitwerking van het beleidskader en leggen daarbij andere accenten. Die ruimte voor afweging is met het oog op de pluriformiteit van privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden wenselijk.
- De behandeling van een goedkeuringsverzoek vraagt om maatwerk. In het licht van deze pluriformiteit aan samenwerkingsvormen, heeft het geen zin de keuze voor de rechtsvorm langs sjablonen vorm te willen geven.
- Bij de toetsing komen naast maatwerk, ook een terugkerende reeks aspecten aan de orde die dienen voor de borging van het publieke belang (bijvoorbeeld democratische legitimatie en publieke verantwoording). Aspecten die los staan van de concrete samenwerkingsvorm die ter goedkeuring wordt voorgelegd. In dit licht is van de zijde van provincies de wenselijkheid onderstreept, van een landelijk overzicht van toetspunten. Een dergelijk overzicht wordt ook vanuit het oogpunt van kenbaarheid en transparantie wenselijk geacht
- De goedkeuringstaak werd in het verleden vooral als uitvoeringstechnische aangelegenheid gezien en om die reden bij de meeste provincies bij de financiële afdeling ondergebracht. Gaandeweg zijn er bij de afwegingen voor de keuze van een rechtsvorm andere dan puur uitvoeringstechnische argumenten een rol gaan spelen en kwam de bestuurlijke/juridische context meer in beeld. Een en ander vergde andersoortige informatie en afwegingen over het doel en de alternatieven. Om die reden is bij een aantal provincies de goedkeuringstaak ondergebracht bij de bestuurlijke/juridische afdeling. De toetsing dient zodanig georganiseerd te zijn, dat de diverse invalshoeken (financiële, juridische en bestuurlijke) die goedkeuringsverzoeken kenmerken, tot hun recht kunnen komen. Dat betekent dat niet alleen de financiële afdeling betrokken en verantwoordelijk is, maar ook de bestuurlijk/juridische afdeling. Dit wordt gerechtvaardigd door de breedte en bestuurlijke reikwijdte van dergelijke besluiten.

- In geval met BZK nog een tweede departement bij een besluit tot oprichting of deelneming is betrokken, blijkt het eerstgenoemde departement over het algemeen laat in de zaak te worden betrokken. BZK ziet zich dan geconfronteerd met de reeds door het andere departement gegeven toestemming. Deze stand van zaken is vanuit bestuurlijk oogpunt niet wenselijk.
- In de gesprekken met de provincies is verschillende keren opgemerkt, dat de provinciale goedkeuring aan het eind van een lang gemeentelijk besluitvormingsproces komt en dat daardoor, mede gelet op de aard van het toezicht, te weinig ruimte bestaat om nog mee te denken, te sturen of af te keuren. Provincies willen meer invulling kunnen geven aan hun rol van adviseur en daartoe eerder in het besluitvormingsproces worden betrokken.

5. Conclusies en aanbevelingen

5.1. Inleiding

Doel van het project was een herijking van het goedkeuringsbeleid van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en van Gedeputeerde Staten van de provincies, inzicht in de motieven van decentrale overheden voor de keuze voor privaatrechtelijke rechtsvormen en in de wenselijkheid van een nieuw samenwerkingsinstrument en een heroverweging van het wettelijk kader.

Op verzoek van de werkgroep hebben het ministerie van BZK en de provincies de provinciale en gemeentelijke privaatrechtelijke taakbehartiging in kaart gebracht en is door waterschappen een vragenlijst over het onderwerp ingevuld. De resultaten zijn in aanvullende interviews verder uitgediept en in de vorm van een tussentijds verslag naar het veld het teruggekoppeld. De belangrijkste conclusies en aanbevelingen zijn hieronder beschreven.

5.2. Conclusies

Gemeenten, provincies en waterschappen maken sinds jaar en dag gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen. Het onderhavige onderzoek laat zien dat deze praktijk zeker de laatste 15 jaar redelijk bestendig is. Deelnemingen in en oprichtingen van privaatrechtelijke rechtsvormen komt in alle beleidssectoren voor en met name in de economische sector.

Er is uitvoerig onderzoek gedaan naar de omvang en aard van privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden. De motieven die ten grondslag liggen aan de oprichting van een privaatrechtelijke rechtsvorm door een lagere overheid zijn talrijk. Een aantal motieven is leidend en keert steeds weer terug. Dat zijn die met betrekking tot de slagvaardigheid en flexibiliteit van privaatrechtelijke samenwerkingsvormen.

Vrijwel alle in het Burgerlijk Wetboek genoemde privaatrechtelijke rechtsvormen worden in de praktijk gebruikt. Daar waar grote financiële of economische belangen een rol spelen, wordt vooral de NV of de BV (soms in combinatie met de CV) gekozen. Als het financieel belang een subsidierelatie betreft, krijgt de stichting meestal de voorkeur. De praktijk is divers en vraagt om maatwerk.

Vrijwel alle verzoeken om goedkeuring op grond van de artikelen 158 lid 2 van de Provinciewet en 160 lid 2 van de Gemeentewet worden door het Rijk dan wel de provincie gehonoreerd. In uitzonderlijke gevallen wordt goedkeuring onthouden, hetgeen aanleiding kan zijn voor een gang naar de rechter (voorheen tot een Kroonberoep). Dat betekent dat ook door de bestuurlijke toezichtpraktijk het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door provincies, gemeenten en waterschappen is geaccepteerd en náást het publiekrechtelijk instrumentarium is komen te staan.

Hoewel de afgelopen decennia een beperkt aantal (financiële) debacles heeft plaatsgevonden, blijken zich in de praktijk bij de door de overheden gebruikte

privaatrechtelijke rechtsvormen, nauwelijks grote problemen voor te doen.

Gelet op het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen en de wijze waarop deze zijn 'ingeburgerd' in de bestuurlijke praktijk, is de wettelijke normstelling niet langer in overeenstemming met de praktijk. De wet stelt, voor de decentrale overheden, dat 'slechts tot de oprichting c.q. deelname kan worden besloten, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'.

De bestaande goedkeuringspraktijk is, dat vrijwel alle verzoeken worden goedgekeurd.

De schaarse jurisprudentie die in dit verband gevonden is laat echter zien dat in de casussen zowel door de rechter, streng wordt toegezien op de wettelijke norm. De algemene lijn daarbij is, dat daar waar ook met behulp van een publiekrechtelijke instrument hetzelfde kan worden bereikt, het publiekrechtelijke instrument gebruikt dient te worden in plaats van het privaatrechtelijke instrument, ook al heeft het initiërende bestuur op grond van haar eigen afwegingen de keuze gemaakt voor de privaatrechtelijke rechtsvorm.

5.3. Aanbevelingen

De praktijk vraagt om een legitieme plaats voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door decentrale overheden naast de publiekrechtelijke mogelijkheden. In het onderzoek is een duidelijke behoefte geconstateerd aan ondersteuning bij de keuze voor de publieke of de private weg en voor de juiste rechtsvorm. Een afwegingskader op basis waarvan een rationele en afgewogen keuze voor een samenwerkingsvorm kan worden gemaakt.

Bestaande mogelijkheden, waaronder de WGR, dienen beter onder het voetlicht te worden gebracht bij de decentrale overheden.

Er is in het onderzoek geen behoefte geconstateerd aan de ontwikkeling van een nieuw samenwerkingsinstrument.

Het denken over de wijze waarop privaatrechtelijke rechtsvormen het best kunnen worden gebruikt en de manier waarop de processen in de verhouding tussen publieke en private partijen kunnen worden ingericht, is voortdurend in ontwikkeling. Beleidsprocessen met betrekking tot de zogenaamde verbonden partijen en de sturings- en toezichtrelaties tonen aan, dat er een behoefte bestaat aan verdere professionalisering van de wijze waarop de overheden zich bedienen van de privaatrechtelijke rechtsvormen. Zij geven in feite een bewustwordingsproces binnen de verschillende bestuurslagen aan.

Deze ontwikkeling loopt niet bij toeval samen met het proces waarin met name de gemeenten ten volle worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden. De autonome huishouding van gemeenten wordt meer en meer gecomplementeerd doordat in het kader van de decentralisatie, in beginsel taken en bevoegdheden worden neergelegd bij gemeenten. De dualisering van de provinciale en de gemeentelijke besturen heeft extra impulsen gegeven aan deze volwaardige democratische bestuurslagen waarbinnen eigen, democratisch gelegitimeerde afwegingen worden gemaakt. Met de dualisering hebben de gemeenteraad, c.q. provinciale staten het primaat binnen de gemeente respectievelijk de

provincie, is de machtsbalans in de gemeenten en provincies evenwichtiger geworden en zijn de mogelijkheden voor de raden en provinciale staten om daadwerkelijk te sturen en te controleren, vergroot.

Algemene uitgangspunten van good governance, zoals transparantie, rechtsgelijkheid en behoorlijkheid, zijn dan ook terug te vinden in het beleid dat door gemeenten wordt gemaakt inzake deelnemingen (al dan niet tezamen met privatiseringsbeleid en/of een breder 'verbonden partijen' beleid). De mede vanuit het rijk geëntameerde beleidsstukken kunnen de gemeenten en provincies van dienst zijn om beleid op dit terrein te maken en om vanuit de eigen situatie het afwegingskader te bepalen op grond waarvan bijvoorbeeld wordt deelgenomen in een BV. Dit geldt tevens voor de wijze waarop een gemeente of provincie, via statuten of samenwerkings-overeenkomsten, vorm wenst te geven aan de sturing, het toezicht, de verantwoording en het beheer met betrekking tot de (in het kader van dit rapport) privaatrechtelijke rechtsvormen die zij oprichten of waarin zij wensen deel te nemen.

Het Besluit begroting en verantwoording (BBV) draagt bij aan een transparante bestuurlijke praktijk. Op deze wijze is het voor de gemeenteraden en provinciale staten inzichtelijk wat er in de gemeente op dit terrein gebeurt en wat de inhoudelijke en financiële belangen zijn. Verder zijn de raden en provinciale staten hierdoor in staat tot adequate sturing vooraf via de beleidskaders en adequate controle achteraf o.a. door de wijze waarop de begroting/jaarverslag ingericht dient te zijn.

De herijking van het goedkeuringsbeleid leidt tot de aanbeveling om een afwegingskader op te stellen waarin de toetsingscriteria uit artikel 158 lid 3 Provinciewet en artikel 160 lid 3 Gemeentewet nader worden uitgewerkt. Deze twee criteria zijn "strijd met het recht" en "strijd met het algemene belang". Zij dienen te worden uitgewerkt in de volgende onderdelen:

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 bijsturing en interventie door belanghebbenden
3. Financiële paragraaf,
 - a. De beschrijving van de financiële risico's,
 - b. De wijze waarop de financiële verantwoording plaatsvindt, alsmede hoe deze (periodiek) democratisch gecontroleerd kan worden,

4. Rechtszekerheid voor de burger,
5. Doelmatigheid en doeltreffendheid tav het met de rechtsvorm beoogde doel.⁴³

Het verdient aanbeveling om het afwegingskader door een bestuurlijke werkgroep van het rijk en de decentrale overheden vanuit de bestuurlijk juridische invalshoek in te richten en bij voorkeur nog voor de zomer van 2007 af te ronden.

De ontwikkeling van het denken over de relaties tussen overheid en private partijen dient te worden voortgezet en op dat punt dienen overheden good governance na te streven. In de toekomst kan zich een moment aandienen waarop geconcludeerd kan worden, dat gemeenten en provincies zelf in staat zijn het complete proces van beleid tot uitvoering tot verantwoording in eigen bestuurslaag gestalte te geven. Het systeem van checks en balances binnen de decentrale bestuurslagen heeft dan immers alles in zich om ook op het beleidsterrein van deelnemingen en oprichtingen zelf democratisch besluiten te nemen en daarover op transparante wijze verantwoording af te leggen. Het toezicht op het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen zoals dat nu in artikel 160 lid 3 gemeentewet en in artikel 158 lid 3 provinciewet is opgenomen, zou dan kunnen worden heroverwogen en wellicht kunnen worden afgeschaft. Een en ander past in het beleid van de rijksoverheid om toezicht alleen daar waar echt nodig in stand te houden. Wat overblijft zijn de grondwettelijke instrumenten van schorsing en vernietiging waardoor de rijksoverheid op grond van het algemeen belang altijd nog in staat is in te grijpen. Ook de strenge wettelijke normstelling (het bepaalde in de 160 lid 2 gemeentewet en 158 lid 2 provinciewet) voor de lagere overheden -die niet bestaat voor de rijksoverheid (!)- zou op termijn, in navolging van afschaffing van het toezicht, kunnen worden losgelaten.

Bijlage 1. Samenstelling werkgroep

Voorzitter

Dhr. H. P. van Gils

Gemeente Rotterdam

Leden van de Werkgroep

Dhr. H.W. Westerveld

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Mw. B. de Rooij-Sonneveld (agendalid)

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Mw. C. Sewbalak

Ministerie van Verkeer en Waterstaat

Dhr. D. P. van den Bosch

Ministerie van Justitie

Mw. M. S. Dabekausen

Provincie Limburg

Interprovinciaal Overleg

Mw. M. J. Rol

Provincie Noord-Holland

IPO/Vakberaad Financieel Toezicht

Gemeenten

Mw. Y.C.C. Sinnige (agendalid)

Interprovinciaal Overleg

Mw. E. Poldervaart

Vereniging Nederlandse Gemeenten

Dhr. C. Wildeboer Schut

Vereniging Nederlandse Gemeenten

Gemeente Eindhoven

Dhr. L. Poortvliet

Unie van Waterschappen

Secretarissen

Mw. P.M. Verhaak

Ministerie van Justitie

Mw. J. Poldervaart

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Bijlage 2. Aanverwante publicaties en onderzoeken

Over de keuze van decentrale overheden voor de publieke of de private rechtsvorm voor de behartiging van publieke taken en over de wijze waarop de relatie met verbonden partijen het beste kan worden vormgegeven en bewaakt, is de afgelopen periode het nodige aan publicaties verschenen. Hieronder zijn enkele voor het onderhavige onderzoek relevante documenten genoemd.⁸

De werkgroep verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau (werkgroep-Kohnstamm)

is van mening dat de overheid in beginsel niet moet optreden als oprichter, medeoprichter of medebestuurder van stichtingen. In het rapport *Een herkenbare staat: investeren in de overheid (voorjaar 2004)* is te lezen dat een zbo alleen bestaansrecht heeft, als onafhankelijkheid van de politiek wenselijk is. Als er sprake is van een publieke taak die gefinancierd wordt uit publieke middelen, dan is er maar één manier om dit te controleren: de publieke controle. En de publieke verantwoording loopt in de regel via de ministeriële verantwoordelijkheid. De onduidelijkheid in de verantwoordingsstructuur is het grootste knelpunt in de huidige situatie, zo concludeert de werkgroep.

In de discussies naar aanleiding van het rapport, wordt onder meer aandacht gevraagd voor de transparantie en de werking van toezichts- en verantwoordings-instrumentarium, de checks and balances die veel zbo's hanteren (benchmark exercities, raden van toezicht klantenpanels, visitaties en zelf evaluaties).⁹

In het *kabinetsstandpunt* naar aanleiding van het rapport Kohnstamm stelt het kabinet; "Het valt evenwel thans nog niet uit te sluiten dat er zich situaties voordoen waarbij participatie door de overheid in een stichting nuttig is. Het kabinet zal daarom een beleidskader opstellen voor het (mede)oprichten van stichtingen de bestuursparticipatie en het al dan niet opnemen van bepaalde ministeriele bevoegdheden in de statuten. Bij het opstellen van dit kader zal ook worde gekeken naar publiekrechtelijke alternatieven. Tot het

8) De werkgroep heeft ook andere rapporten en nota's genoemd die vanwege de minder directe relatie met het voorliggend onderwerp hier worden genoemd. In dat verband wordt gewezen op de discussienotitie van minister Remkes 'Maatwerk in het middenbestuur' waarin de minister onder meer aangeeft te streven naar differentiatie (takenpakket en bestuurlijke inrichting), minder bestuurlijke drukte en een helder en integraal bestuur in maximaal drie lagen, naast welke hoofdstructuur ook *hulpstructuren kunnen bestaan. Zoals intergemeentelijke samenwerking obv de Wgr, ofwel op andere, privaatrechtelijke grondslag. Deze hulpstructuren mogen niet tot een feitelijke extra bestuurslaag ontwikkelen. Dat komt de bestuurlijke transparantie, noch de democratische controle ten goede.* In de notitie zijn uitgangspunten voor verdere beleidsontwikkeling vastgelegd en een aantal bestuurlijke scenario's geschetst die met de Holland 98 en een Comité van wijzen worden voorgelegd. Najaar 2006 zal de minister een notitie over het middenbestuur naar de Tweede Kamer sturen. Op het terrein van het interbestuurlijk toezicht wordt verwezen naar het in het december 2005 verschenen rapport *Interbestuurlijk toezicht herijkt. Toe aan nieuw zicht op overheden.* van de Bestuurlijke Werkgroep Alders en de onlangs door de commissie onder leiding van de heer mr dr Oosting gestarte doorlichting, aan de hand van het stappenplan van de bestuurlijke werkgroep Alders, van het interbestuurlijke toezichtarrangementen van departementen en provincies.

9) Raad voor het openbaar bestuur, Zelfstandige bestuursorganen verdienen ene faire en prudente beoordeling van de politiek. December 2004.

vaststellen van het kader zal het kabinet terughoudend zijn met het (mede)oprichten van stichtingen”¹⁰

Het in het kabinetsstandpunt aangekondigde Beleidskader stichtingen (stichtingenkader) is in 2006 opgesteld door een werkgroep onder voorzitterschap van het ministerie van Financiën.

Het beleidskader voor de betrokkenheid van het Rijk bij Stichtingen behandelt de argumenten die kunnen gelden bij de beantwoording van de vraag of de stichtingsvorm een geschikt instrument is voor overheidsbeleid, de wijze waarop en de mate waarin de overheid betrokken dient te zijn en de procedure die vanuit het oogpunt van ministeriele verantwoordelijkheid moet worden gevolgd bij de betrokkenheid van het Rijk bij de stichting.

In opdracht van de minister van BZK hebben

de VU Amsterdam en de Universiteit van Tilburg, onderzoek verricht naar de wijze waarop institutionele samenwerking tussen het rijk en andere overheden onderling respectievelijk tussen overheden onderling respectievelijk tussen overheden en particuliere organisaties in een stichting kan plaatsvinden en naar de vraag of er publiekrechtelijke alternatieven voorhanden zijn en zo ja, welke de eventuele belemmeringen zijn om die vormen te gebruiken. De bevindingen zijn neergelegd in het onlangs verschenen rapport Samenwerking door en met de overheid in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsvormen (2006).

In het rapport zijn de stichtingen als juridische kader voor publieke of private samenwerking onder meer vergeleken met de publiekrechtelijke variant, de Wgr. Voor wat betreft de oprichting, het bestuur en de controle, constateren de onderzoekers een grote mat van overeenkomst tussen de stichting en de gemeenschappelijke regeling enerzijds en een markant verschil tussen die twee en het zbo. Verwezen wordt naar de vrijheid om de samenwerking in institutionele vorm naar eigen inzichten in te richten. In het rapport is te lezen dat hoezeer de mogelijkheden in juridisch opzicht gelijkwaardig lijken, in de praktijk de publiekrechtelijke varianten, vooral op het niveau van de centrale overheid, in procedureel en inhoudelijk opzicht, op onderdelen lacunes vertonen. Zo wordt geconstateerd dat de samenwerkingsvorm van de Wgr niet blijkt te zijn toegesneden op samenwerking die op initiatief of mede op initiatief van het rijk tot stand komen. In dat verband wordt verwezen naar grote verschillen tussen de onderlinge wettelijke regelingen. De regeling van de stichtingsvorm is transparant en eenvoudig, die van de Wgr complex. De institutionele input die voor de stichtingen in het privaatrecht wordt verzorgd door Boek2 BW in combinatie met de betrokkenheid van de notaris, wordt bij de Wgr node gemist.

De auteurs zien de oplossing van geconstateerde knelpunten vooral in het vergemakkelijken van het gebruik van publiekrechtelijke rechtspersonen door de (rijks)overheid, door een mogelijkheid te creëren om de instelling daarvan te versnellen.

10) Kamerstukken II 2005/2006, 25268, nr.20.

In verband met de actuele vraag naar de sturingsrelatie van decentrale overheden met verbonden partijen, zijn onderstaande handreikingen relevant. *Het besluit begroting en verantwoording (BBV)*¹¹ regelt de wijze waarop gemeenten hun begroting en jaarstukken moeten inrichten. In het BBV is sprake van een paragraaf en een lijst van verbonden partijen¹² aan de hand waarvan wordt gerapporteerd aan de gemeenteraad over de relatie met verbonden partijen.

Het Kader verbonden partijen (2004) is een handreiking voor raadsleden en leden van PS, geschreven door een werkgroep waaraan raadsleden en ambtenaren van gemeenten, provincies en het ministerie van BZK vertegenwoordigd waren. Om te sturen op verbonden partijen kan een Raadslid of lid PS een nota verbonden partijen met algemene kaders vaststellen, zich bezighouden met de deelname aan een afzonderlijke verbonden partij en hij kan met behulp van de gemeentelijke begroting en het jaarverslag controleren of de verbonden partij de gemeentelijke taak uitvoert volgens de kaders die hij heeft vastgesteld.

Het onlangs verschenen *Handboek Gemeente governance (2006)* is geschreven door Deloitte in samenwerking met de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) het Kenniscentrum Publiek Private Samenwerking van het ministerie van Financiën en het ministerie van BZK. Het handboek biedt voorstellen om als gemeente meer ‘in control’ te zijn van verbonden partijen en de relatie met deze partijen inzichtelijker te maken.

Deze bijlage over aanverwante relevante projecten, wordt afgesloten met een passage over het recent verschenen *rapport van een interdepartementale projectgroep onder voorzitterschap van dhr. dr. H.H.F. Wijffels* die, in het kader van het programma Bruikbare Rechtsorde, heeft onderzocht of een nieuwe rechtsvorm, een modaliteit van één of meer bestaande rechtsvormen dan wel een keurmerk voor de maatschappelijke onderneming tot aanbeveling strekt, om de instellingen in de semi-publieke sector beter in staat te stellen zoveel en zo goed mogelijk invulling te geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. De projectgroep “Rechtsvorm maatschappelijke onderneming”, waarin één of meer vertegenwoordigers van (in alfabetische volgorde) BZK, EZ, Financiën, Justitie (secretariaat), OCW, VROM, V&W en VWS zitting hadden, heeft onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk en daaronder een privaatrechtelijke rechtsvorm begrepen die één of meer ondernemingen in stand houdt en die zich blijkens de statuten specifiek en uitsluitend in dienst stelt van de betrokken publieke belangen.

Deze maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk onderscheidt zich van de commerciële onderneming, doordat zij een externe, op de belangen van de afnemers van de aangeboden diensten gerichte doelstelling heeft. Eventueel rendement (“winst”) wordt

11) Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten. Besluit van 17 januari 2003 (Stb 27), houdende voorschriften voor de begrotings- en verantwoordingsdocumenten, uitvoeringsinformatie en informatie voor derden van provincies en gemeenten.

12) Het BBV geeft als definitie: is een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de provincie onderscheidenlijk gemeente een bestuurlijk én financieel belang heeft.

niet aan de kapitaalverschaffers uitgekeerd, maar komt geheel en al ten goede aan het publieke belang dat blijktens de statutaire doelstelling wordt gediend. Het is aan de politiek te bepalen wat een publiek belang precies is en hoe dat het beste kan worden geborgd. In het rapport ligt de nadruk op de mogelijke betekenis van een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk in de sectoren onderwijs, wonen en zorg. De projectgroep heeft de eventuele betekenis van zo'n regeling voor andere sectoren met die keuze evenwel niet op voorhand willen uitsluiten.

Lijst met uitgaven

Deze publicatie maakt deel uit van de reeks Bruikbare rechtsorde. Tot nu toe zijn uitgekomen:

1. Bruikbare rechtsorde, 2004
2. A practical legal system, 2004
3. Vreemde ogen, 2004
Naar een andere kijk op toezichtarrangementen
4. Vreemde ogen, 2004
Naar een andere kijk op toezichtarrangementen, Bijlage A: Uitwerking casus
5. Vreemde ogen, 2004
Naar een andere kijk op toezichtarrangementen, Bijlage B: Overzichten
6. Ruimte voor zorgplichten, 2004
7. Eindrapport doorlichting ministeriële regelingen, 2004
Een interdepartementale analyse van de kwaliteit van ministeriële regelingen
8. Alle regels tellen, 2004
De ontwikkeling van het aantal wetten, AMvB's en ministeriële regelingen in Nederland
9. Naar een bruikbare rechtsorde voor het hoger onderwijs, 2005
10. Wet MOT/WID, 2005
11. De bakens verzet, 2005
Een eigentijdse koers voor de handhaving van de Schepenwet en de Wet voorkoming verontreiniging door schepen
12. Naar een effectieve borging van dierenwelzijn, 2005
Rapportage vanuit het project welzijn gezelschapsdieren
13. Een hele klui, 2005
De bruikbare ordening van de vleesregelgeving

14. Zorgplichten in milieuwetgeving, 2005
15. Voortgangsnotitie juni 2005 Bruikbare rechtsorde
16. Regelgeving gevaarlijke stoffen
Rapportage
17. Zorgplichtbepalingen in het primair onderwijs
Een rapport van de projectgroep zorgplichten primair onderwijs
18. Open normen en regeldruk
Een onderzoek naar de kosten en oorzaken van irritaties bij open normen in de kwaliteitszorg
19. Wie draagvlak zoekt, die regeldruk ontmoet!
Een onderzoek naar de wijze waarop participatie van belanghebbenden in het wetgevingsproces leidt tot regeldruk
20. Verdere vereenvoudiging regelgeving biotechnologie
21. Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming
22. Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie
22. Minimumvoorschriften voor de inrichting van het vmbo.
Rapport van de werkgroep Bruikbare rechtsorde voortgezet onderwijs
22. Minimumvoorschriften voor de inrichting van het vmbo.
Rapport van de werkgroep Bruikbare rechtsorde voortgezet onderwijs
23. Voortgangsrapportage Bruikbare rechtsorde 2006
24. Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden
Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen
25. Tuchtrect
26. Particuliere recherche en beveiliging