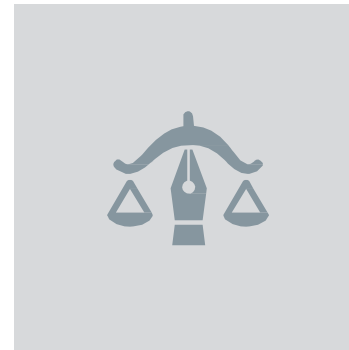




Erik Eshuis



Ate Bijlsma



Rens Snel

Governance verbonden rechtspersonen

Programma



- ◆ 13.15: Inleiding
- ◆ 13.30: Civiele aspecten (Erik Eshuis & Ate Bijlsma)
 - keuze rechtsvorm
 - organen/inrichting toezicht
 - governance code (Zorgbrede Governance Code)
 - wet bestuur en toezicht
 - (bestuurders)aansprakelijkheid
- ◆ 15.30: Bestuursrechtelijke aspecten (Rens Snel)
 - subsidie of opdracht
- ◆ 16.30: Vragen en discussie

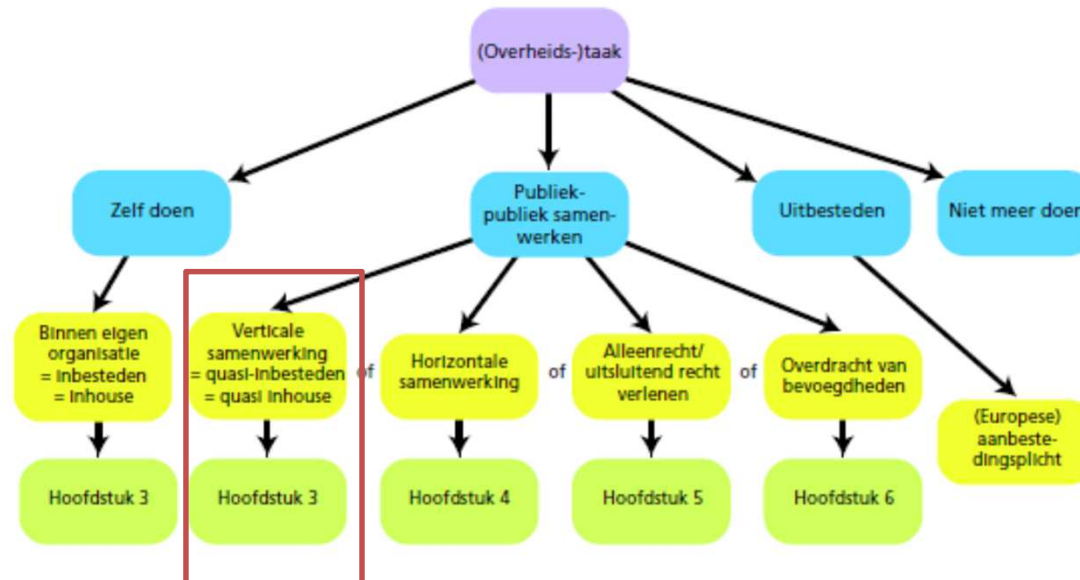
Wat gaan we doen?

- ◆ Governance:

het waarborgen van de onderlinge samenhang van de wijze van sturen, beheersen en toezicht houden van een organisatie, gericht op een efficiënte en effectieve realisatie van de doelstellingen, alsmede daarover op een open wijze communiceren, evalueren en verantwoording afleggen ten behoeve van belanghebbenden

Uit: Handboek verbonden partijen. Twee voeten in één sok (VNG, Bzk)

Wat gaan we doen?



- ♦ Uit: Handreiking publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht (VNG)

Verbonden partij (BBV)

- ◆ Gemeente heeft bestuurlijk en financieel belang
- ◆ Financieel:
 - wanneer een aan de verboden partij beschikbaar gesteld bedrag niet verhaalbaar is als de verbonden partij zijn verplichtingen niet nakomt
- ◆ Bestuurlijk:
 - de gemeente heeft zeggenschap, waardoor het beslissende invloed kan uitoefenen op de activiteiten
- ◆ Publiek belang
 - de raad besluit of het zo is

Uit: Nota verbonden partijen Groningen 10-2-2015

Nota verbonden partijen

- ◆ Instrumenten voor governance:

Afwegingskader bij het aangaan van verbonden partijen

Risicoanalyse

Informatievoorziening aan college en raad

Heldere afspraken over rollen en verantwoordelijkheden

Dus: elementen voor afwegingskader vanuit

- ◆ Civiel perspectief
- ◆ Notarieel perspectief
- ◆ Bestuursrechtelijk perspectief

Is dat alles?

- ◆ Nee!
- ◆ Denk nog aan:
 - Wet markt en overheid
 - Staatssteun
 - Mededingingsrecht
 - Privacyrecht
 - Arbeidsrecht (OvO/ Cao's)
 - Ambtenarenrecht
 - Wet Fido
 - etc.

Civiele aspecten



TRIP Advocaten & Notarissen



Erik Eshuis

- ◆ Advocaat insolventierecht en ondernemingsrecht
- ◆ Sedert 2000 bij Trip
- ◆ Gemeente: Faillissementen en privatiseringen

TRIP Advocaten & Notarissen



Ate Bijlsma

- ◆ Notaris ondernemingsrecht
- ◆ Sedert 2007 bij Trip (1-1-2012 als notaris)
- ◆ Advisering publieke instellingen, groot bedrijf en MKB
- ◆ Gemeente: privatiseringen

Behandelplan



- ◆ Keuze civielrechtelijk of publiekrechtelijk
- ◆ Verschillende rechtsvormen
- ◆ Verschillende organen
- ◆ Governance codes / Wet bestuur en Toezicht
- ◆ Aansprakelijkheid

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



Voordelen:

- ◆ Flexibele inrichting (statuten)
- ◆ Meer financieringsmogelijkheden
- ◆ Winst (onderscheid bv en stichting)
- ◆ Regulier arbeidsrecht
- ◆ Faillissement/doorstarten

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



Nadelen:

- ◆ Onbekendheid
- ◆ Onduidelijkheid over bevoegdheden
- ◆ Toezicht
- ◆ Harde maatregelen
- ◆ Staatssteun

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



Verschillende rechtsvormen

- ◆ Niet vrij in de keuze en wijze van inrichting, de wet bepaalt
- ◆ Richtinggevend:
 - a) gerechtigd tot vermogen of niet;
 - b) wordt er winst beoogd en moet die winst kunnen worden uitgekeerd;
 - c) eigen invloed op de hoofdlijnen van de activiteiten van de rechtspersoon.

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



Verschillen tussen rechtspersonen

- ◆ NV/ BV
- ◆ Stichting
- ◆ Vereniging
- ◆ Coöperatie
- ◆ Onderlinge waarborgmaatschappij

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



- ◆ (Grote) persoonlijke financiële en bestuurlijke betrokkenheid: N.V./de B.V. en de coöperatie.
- ◆ De coöperatie → partijen die *als leden* samenwerken door zèlf diensten of prestaties te leveren.
- ◆ De N.V./de B.V. → partijen die zich *als aandeelhouders* beperken tot het ter beschikking stellen van kapitaal, waarmee een door hen aangesteld bestuur een onderneming drijft.
- ◆ De N.V. en de B.V. → gericht op het maken van winst
- ◆ De coöperatie → gericht op kostenbesparing in de kring van leden..

Civielrechtelijk of publiekrechtelijk



- ◆ Bij (grote) financiële en bestuurlijke afstand past de stichting.
- ◆ De door een stichting verrichte activiteiten moeten haar doel dienen.
- ◆ Niet als doel het maken en uitkeren van winst aan partijen.
- ◆ De bestuurlijke activiteit en het vermogen van de stichting moet gericht zijn op het realiseren van haar doel.

- ◆ De vereniging is een tussenvorm, in die zin dat de daarin samenwerkende partijen als leden (grote) persoonlijke invloed (kunnen) hebben, maar zij gedurende haar bestaan geen winst aan deze leden kan uitkeren.

Bestuur of Toezicht



- ◆ Gedwongen bestuur
- ◆ RvC of RvT
- ◆ Raad van Advies
- ◆ Benoemingsrecht
- ◆ Feitelijk (via geldstroom)

Governance (code)

Het waarborgen van de onderlinge samenhang in de wijze van sturen beheersen en toezicht houden van een organisatie, gericht op een efficiënte en effectieve realisatie van doelstellingen, alsmede het daarover op een open wijze communiceren en verantwoording afleggen ten behoeve van belanghebbenden.



Governance codes

- ◆ Vele branchespecifieke governance codes of gedragscodes.
- ◆ Corporate Governance Code, Code Cultural Governance, Governancecode Woningcorporaties, Governancecode Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening, Governancecode Kinderopvang, Goed bestuur in de bve-sector (onderwijs), Branchecode, **Zorgbrede Governance Code**, Governance Hogescholen, Code goed bestuur uitvoerings-organisaties, Gedragscode Verzekeraars, Code Banken, Code Goed Bestuur voor Goede Doelen, Code goed openbaar bestuur, Gedragscode goed bestuur en integriteit publieke omroep, Goed onderwijsbestuur primair onderwijs, NVP Gedrags- en lidmaatschapscode, NCR code voor coöperatieve ondernemingen, Governance Code Veiligheid in de Bouw

Pas toe en leg uit!



- ◆ Zorgbrede Governance Code
- ◆ Per 1 januari 2017 van kracht
- ◆ Richtinggevend en levend document voor de sector zelf
- ◆ Stimuleert tot reflectie op en het gesprek over het functioneren van bestuurders en toezichthouders en hun onderlinge verhouding
- ◆ Vorm van zelfregulering (ruimte laten)



Subsidie of opdracht

- ◆ Hiervoor: hoe stuur ik via de (civiele) inrichting van de rechtspersoon
- ◆ Nu: hoe stuur ik via het geld?
- ◆ Globale opties: opdracht of subsidie
- ◆ Bespreking voor- en nadelen
- ◆ Dan: relativering
- ◆ Eerst: wat is het verschil?

Voordelen subsidie

- ◆ Karakter beschikking:
 - Onherroepelijk, inclusief (kennelijke) fouten
 - Geen Haviltex
- ◆ Opschorten heel eenvoudig
 - 13 weken-regeling (art. 4: 56 Awb)
- ◆ Beëindigen:
 - tussentijds intrekken of wijzigen (art. 4: 48 lid 1, 4:50)
 - achteraf intrekken (4:49 lid 1)
- ◆ Pas achteraf vaststellen (4:46 lid 2: bewijslast aanvrager 4:45 lid 1)
- ◆ Terugvordering bij beschikking (art 4:57 Awb)

Voordelen subsidie

- ◆ En dat alles zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter!!

Voordelen subsidie

- ◆ Grote beleidsvrijheid
- ◆ Extra afstandelijke toetsing (“gegeven paard”)
- ◆ Geen gedoe met aanbestedingen etc.

Voordelen subsidie

- ◆ *De algemene afspraken rondom het governance op de gesubsidieerde instellingen zijn opgenomen in de ASV. Hierin staat opgenomen op welke manier gesubsidieerde instellingen zich moeten verantwoorden.*

Uit: Nota governance, p. 2

Dus:

- ◆ Altijd maar zo doen?
- ◆ Kan (helaas) niet!

Nadelen subsidie

- ◆ 4:21 Awb:

Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Nadelen subsidie

- ◆ Als uitgangspunt: geen verplichting om daadwerkelijk uit te voeren
- ◆ Is (lang) niet altijd wenselijk
- ◆ En soms ook verplicht: bij een algemene voorziening (Wmo) is uitvoeringsverbintenis jegens het college essentieel

CRvB18 mei 2016, ELCI:NL:CRVB:2016:1404, r.o. 4.5.7

Oplossing:

- ◆ Art. 4:36 lid 1 Awb: ter uitvoering van een subsidie kan een uitvoeringsovereenkomst worden gesloten
- ◆ Lid 2: daarin kan worden bepaald dat de ontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten die worden gesubsidieerd.
- ◆ Maar hoofdelementen (betaling, subsidievoorwaarden) behouden subsidiekarakter
- ◆ Nakoming verplichting wel bij de civiele rechter vorderen

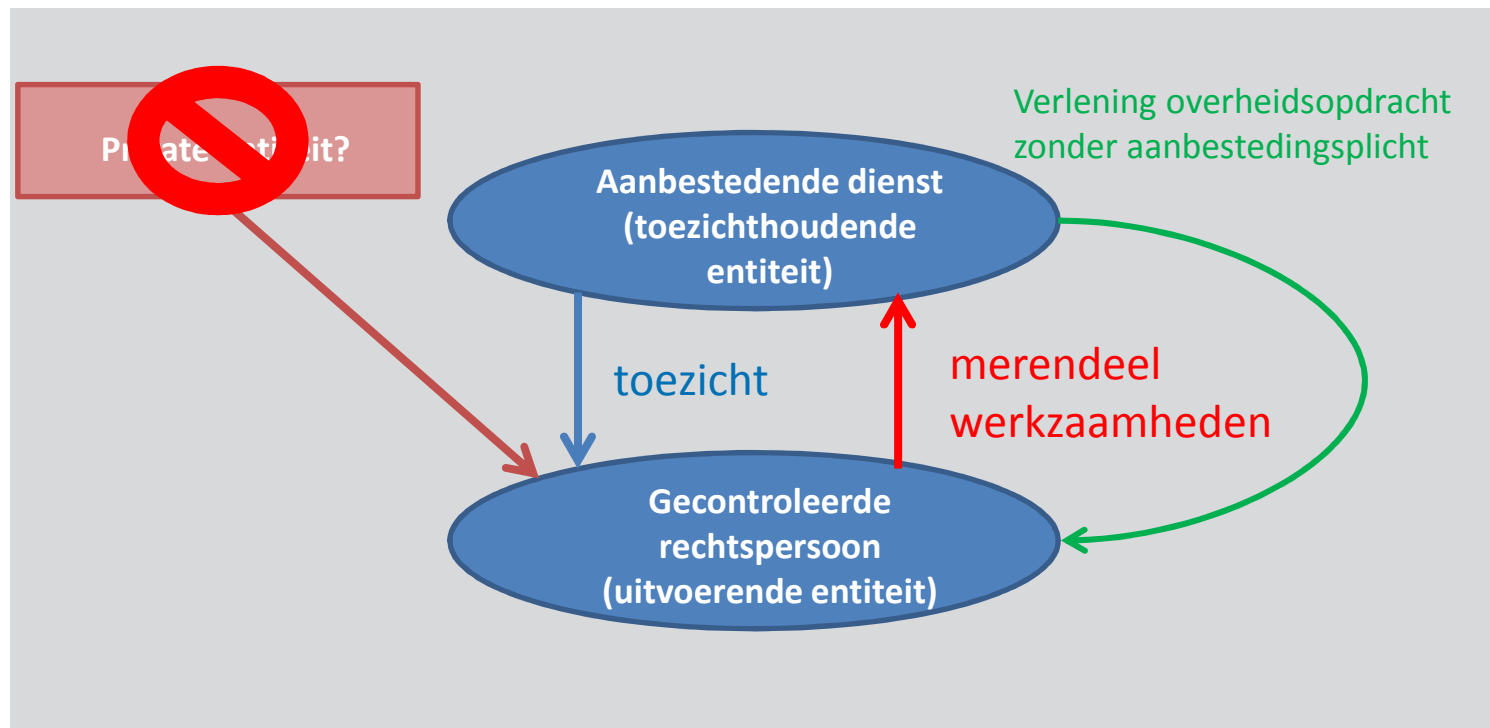
Maar dan: aanbestedingsrechtelijk

- ◆ Subsidie met uitvoeringsovereenkomst = overeenkomst onder bezwarende titel

Heinz Müller-arrest: bezwarende titel is aan de orde als dienstverlener een verplichting op zich neemt die direct of indirect in rechte afdwingbaar is
(HvJEU van 25 maart 2010 (C-451/08))

- ◆ “Zuivere subsidie” dus niet, want prestatie niet afdwingbaar (vgl. considerans Richtlijn 2014/24/EU)
- ◆ Zie ook: Handreiking subsidie en overheidsopdracht (VNG)

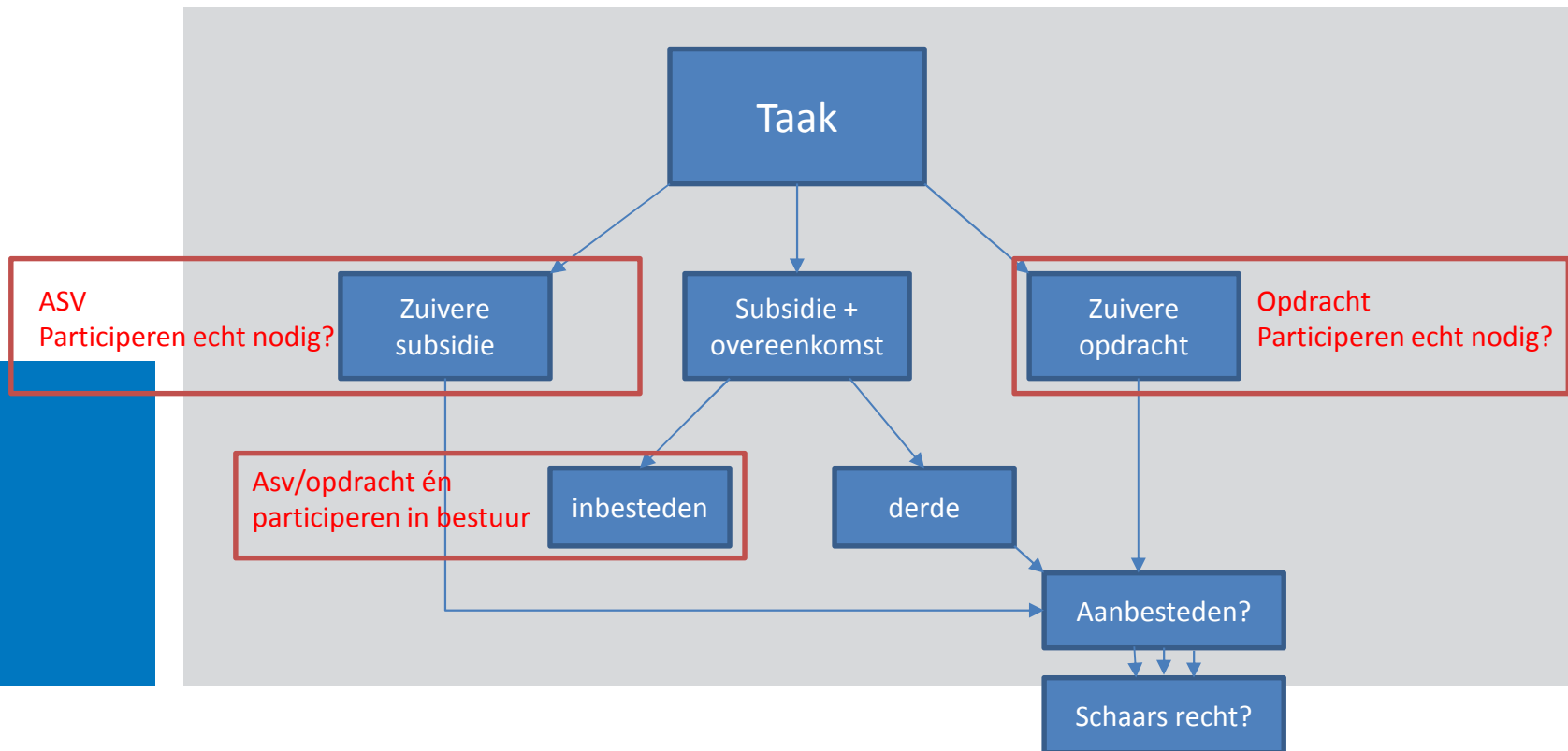
Oplossing:



“Zuivere” subsidie veilig?

- ◆ Nee!
- ◆ Jurisprudentie schaarse publieke rechten
ECLI:NL:RVS:2016:2927
- ◆ Jurisprudentie 3:14 BW (abbb, waaronder
gelijkheidsbeginsel) (bijvoorbeeld: Viaduct)
ECLI:NL:RBAMS:2013:5591
ECLI:NL:RBDHA:2015:15812

Stroomschema



Discussie en vragen

