

Advies in concept

voor Lieke van de Meerakker (Provincie Noord-Brabant)
van Wouter Admiraal
datum 22 april 2021
inzake COO BIC
zaaknr 31007909

1 Inleiding

- 1.1 De provincie Noord-Brabant ('**Provincie**') is voornemens om een stichting op te doen richten. Deze stichting zal een zogenaamde Campus Ontwikkelings Organisatie ('**COO**') zijn met betrekking tot het project Eindhoven Brainport Industries Campus ('**BIC**').
- 1.2 Naast de Provincie is het voornemen dat de COO tevens zal worden opgericht door de gemeente Eindhoven en door Stam + De Koning Bouw B.V., een private partij die onderdeel uitmaakt van Koninklijke VolkerWessels.
- 1.3 De BIC heeft betrekking op de ontwikkeling van een campus ten behoeve van vestiging van bedrijven uit de hightech maak-industrie. De COO heeft daarbij onder andere als taak om zorg te dragen voor marketing en communicatie en om bepaalde activiteiten ondersteunen ten behoeve van de BIC. Tevens zal de COO de onderliggende innovatiestrategie (verder) ontwikkelen en zal de COO externe betrekkingen aanknopen en onderhouden met derden.
- 1.4 De vraag is opgekomen op welke wijze de Provincie effectief invloed kan uitoefenen binnen de COO ter zake de strategie en beslissingen die voor de COO belangrijk (van principiële of zwaarwegende aard) zijn. Een gedachte daarvoor is de mogelijkheid dat een lid van het college van gedeputeerde staten van de Provincie ('**gedeputeerde**') lid van de raad van toezicht ('**RvT**') van de COO wordt. In deze notitie wordt op die vraag ingegaan en wordt een alternatief geschetst voor het kunnen uitoefenen van invloed door de Provincie en/of de gedeputeerde.

2 Raad van Toezicht

- 2.1 De RvT is een toezichthoudend orgaan dat gevormd wordt door natuurlijke personen. De RvT houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de COO en de daarmee verbonden onderneming of organisatie.

Bij vorenstaande omschrijving van de RvT en de volgende paragrafen wordt al geanticipeerd op de wetswijziging die per 1 juli 2021 van kracht wordt ten aanzien van stichtingen nu de wet thans geen eenduidige regeling voor een RvT van een stichting voorschrijft. Zie ook Staatsblad 2020, nrs. 507 en 508 ter zake de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

- 2.2 Leden van de RvT moeten zich bij hun taakvervulling richten naar het belang van de COO en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Elk lid van de RvT is daarbij verantwoordelijk voor het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken. Met deze norm wordt onder meer tot uitdrukking gebracht dat leden van de RvT bij de vervulling van hun taak de belangen van de COO moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen.
- 2.3 De leden van de RvT zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de taakvervulling van de Rvt. Een lid van de RvT is in beginsel persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit een onbehoorlijke taakvervulling. Indien een lid van de RvT zijn taak niet voldoende vervult, kan deze daarvoor persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de COO. Bovendien kan een lid van de RvT een rechterlijk verbod krijgen om voor een periode van vijf jaar na ontslag door een rechter nog bestuurder of commissaris (waaronder ook wordt verstaan het lid zijn van een RvT) van een andere rechtspersoon te worden.
- 2.4 De aansprakelijkheid van leden van de RvT kan bijvoorbeeld aan de orde komen als er binnen de COO:
- a. onverantwoorde risico's worden genomen;
 - b. verplichtingen worden aangegaan die de spankracht van de COO overstijgen;
 - c. ingrijpende beslissingen worden genomen zonder afdoende voorbereiding;
 - d. risicovolle financiële transacties worden aangegaan, of
 - e. sprake is van onzakelijke afspraken en/of ondoorzichtige financiële verhoudingen van de COO met derden.
- 2.5 Voorts kunnen leden van de RvT tegenover derden aansprakelijk worden gesteld voor een misleidende of niet tijdig gedeponeerde jaarrekening van de COO. Bovendien geldt in geval van een faillissement gelijk aan bestuurders ook voor leden van de RvT het bewijsvermoeden dat een niet tijdige deponering van de jaarrekening en het niet voldoen aan de administratieplicht belangrijke oorzaken van het faillissement zijn. Dat heeft als gevolg dat zonder tegenbewijs de leden van de RvT aansprakelijk worden gehouden voor het tekort in het faillissement.

- 2.6 Als een gedeputeerde zitting heeft in de RvT is het vorenstaande dus ook op hem van toepassing. Terwijl vandaag de dag de aansprakelijkheden nog niet zo sterk geformaliseerd zijn, zijn er in het verleden voorbeelden geweest dat bestuurders van overheden en die overheden in de problemen zijn geraakt doordat de politieke ambtsdragers niet voldoende de hen toekomende taak uitoefenden. Hierbij valt onder meer te denken aan de zaak aangaande Stichting Europartenaariat waarbij (gedeputeerden van) de provincies Flevoland, Overijssel en Gelderland betrokken waren.
- 2.7 Als een lid van de RvT zitting neemt in de RvT op verzoek van zijn werkgever, zoals de gedeputeerde die zitting neemt namens de Provincie, kan dat lid de te vergoeden schade met een reële kans op succes claimen bij de werkgever.
- 2.8 Vanwege voormelde aansprakelijkheidsrisico's zijn er veel decentrale overheden die in een 'Nota verbonden partijen' voorschrijven dat hun bestuurders en ambtenaren geen zitting mogen hebben in een bestuur of een RvT van een private rechtspersoon, zoals de COO.

3 Alternatief voor het uitoefenen van controle door de Provincie

- 3.1 In het kader van het aanbestedingsrecht geldt wel een vereiste dat een aanbestedende dienst, zoals de Provincie, op een partij toezicht moet houden als ware het een eigen dienst als het aan die partij een opdracht wil verstrekken zonder aanbesteding. In een dergelijke situatie kan aan het criterium 'toezicht houden' worden voldaan zonder dat een gedeputeerde in een RvT zitting moet nemen.
- 3.2 Zo is het mogelijk dat het door het aanbestedingsrecht voorgeschreven toezicht wordt uitgeoefend doordat de Provincie op grond van de statuten van de COO het recht heeft om besluiten ter zake de strategie en besluiten die voor de COO belangrijk (van principiële of zwaarwegende aard) zijn ('**Belangrijke Besluiten**') van een veto te voorzien. Daarbij wordt ook vaak bepaald dat ten minste de helft van de bestuurders of leden van de RvT benoemd worden door de Provincie. Ik begrijp dat de COO niet ingericht hoeft te worden ten behoeve van een onderhandse opdrachtverlening. Ik ga op deze mogelijkheid dan ook niet verder in.

Raad van advies

- 3.3 De Provincie kan ook een vorm van controle en toezicht op de COO uitoefenen via een apart orgaan binnen de COO. Dat werkt als volgt. Aan dit aparte orgaan wordt bij de statuten van de COO diverse rechten toegekend, onder meer om de Belangrijke Besluiten van voorafgaande goedkeuring te voorzien. Ook kan aan dit orgaan het recht worden toegekend om gevraagd en ongevraagd het bestuur van advies te voorzien en/of om periodiek met het bestuur te overleggen over de te verwachten ontwikkelingen ter zake de BIC. Wel moet daarbij voorkomen worden dat dit orgaan (of haar leden) feitelijk het beleid van de COO gaan bepalen omdat zij anders uit dien

hoofde aansprakelijk kunnen zijn in het geval van een faillissement van de COO.

- 3.4 Dit orgaan zal een eigen titel krijgen, bijvoorbeeld de 'raad van advies'. Leden van dit orgaan kunnen worden benoemd door de Provincie en de andere samenwerkingspartners, waarbij ieder een eigen lid benoemt. Ook kunnen de Provincie en de andere samenwerkingspartners zelf lid van dat orgaan zijn.

Raad van aangeslotenen

- 3.5 In aanvulling op een orgaan als de 'raad van advies' en de RvT kunnen er nog meer organen bij de COO worden ingesteld. Ik begrijp dat er thans ook gedacht wordt aan het betrekken van andere partijen rondom de campus bij de COO opdat zij mee kunnen denken over de ontwikkelingen die de COO op de campus moet realiseren of heeft gerealiseerd. Deze partijen kunnen samen worden gebracht in een orgaan waar ook de Provincie en de overige samenwerkingspartners in vertegenwoordigd zijn (door daar zelf onderdeel van uit te maken of door een vertegenwoordiger). Een dergelijk orgaan kan een titel krijgen als 'raad van aangeslotenen', 'raad van deelnemers', 'gebruikersraad' of een andere titel.
- 3.6 In de statuten kan bepaald worden op welke manier derden toe kunnen treden tot deze 'raad van aangeslotenen'. De statuten van de COO zullen de rol van dit orgaan en de mate van invloed binnen de COO van dit orgaan moeten beschrijven. Zal de 'raad van aangeslotenen' bijvoorbeeld slechts niet-bindende adviezen aan het bestuur van de COO kunnen geven over bepaalde onderwerpen, of zal dit orgaan ook op een bepaalde wijze inspraak kunnen hebben ten aanzien van Belangrijke Besluiten?
- 3.7 Voorts kan in de statuten bepaald worden dat leden van een orgaan zoals de 'raad van aangeslotenen' gehouden zijn om een financiële bijdrage te leveren ter dekking van bepaalde kosten van de COO. Met de leden van dit orgaan kunnen aparte overeenkomsten worden gesloten met betrekking tot de voorwaarden waaronder zij lid van het orgaan kunnen zijn en onder welke voorwaarden dat lidmaatschap eindigt. Tevens kan bepaald worden dat de Provincie en de samenwerkingspartners niet gehouden zijn om bij te dragen in die kosten gezien hun bredere bijdragen aan de COO.

Toezichthoudersrol?

- 3.8 Zowel de 'raad van advies' als de 'raad van aangeslotenen' zal nadrukkelijk niet de taak hebben om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de COO en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Voor dat toezicht kan juist een RvT worden ingesteld bij de COO. De leden van de RvT - natuurlijke personen - kunnen benoemd worden door de Provincie en de andere samenwerkingspartners gezamenlijk of elk afzonderlijk, maar die benoeming kan ook op een andere wijze vorm worden gegeven.
- 3.9 Het voordeel van het instellen van een RvT is dat daarmee het toezicht op het bestuur

van de COO formeel wordt geïstitutionaliseerd. Met een dergelijke formele toezichthouder wordt formeel en praktisch het risico beperkt dat het bestuur bij gebreke aan voldoende toezicht niet passend in het belang van de COO handelt. Als het onverhoopt niet goed gaat bij de COO, kan de RvT daarop acteren. De RvT is dan ook naast het bestuur een partij die aangesproken kan worden op de gang van zaken binnen de COO. Indien een RvT niet wordt ingesteld, is er een kans aanwezig dat de Provincie zich zal moeten verantwoorden in het publieke debat waarom er geen RvT is ingesteld bij de oprichting van de COO terwijl zij voor aanzienlijke bedragen subsidies en/of opdrachten aan de COO beoogt te verstrekken.

- 3.10 Met betrekking tot de rol van verstrekker van subsidies of opdrachten aan de COO merk ik nog op dat het van belang is dat tijdig wordt vastgesteld op welke wijze de Provincie rechtmatig de COO kan ondersteunen met subsidies en/of opdrachten. Indien gewenst, kan ik over die punten met een of meer kantoorgenoten adviseren.

Ten slotte

- 3.11 Er zijn diverse mogelijkheden om de Provincie via de statuten van de COO invloed op de COO uit te laten oefenen. Hierbij is het wel van belang om op te merken dat de Provincie of een orgaan van de COO niet zoveel rechten mag krijgen waardoor zij vergelijkbaar wordt met de algemene ledenvergadering van een vereniging. Dit zou namelijk een overtreding van het zogenaamde ledenverbod zijn met als gevolg dat de COO niet voldoet aan de wettelijke typologie voor een stichting en zij om die reden ontbonden kan worden. Van dat laatste zal niet snel sprake kunnen zijn en het is van belang om bij het opstellen van de statuten van de COO én de verdeling van bevoegdheden tussen de diverse organen en partijen daar rekening mee te houden.