

Notitie

voor Frans van Dooremalen en Geert Lenders - Provincie Noord-Brabant
van Sandra van Heukelom-Verhage en Wouter Admiraal - Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
datum 27 juni 2014
betreft Oprichting Stichting Cultuurfonds Brabant C
zaaknr 31003290

1 Inleiding en vraagstelling

- 1.1 De provincie Noord-Brabant (de "Provincie") heeft de intentie een fonds genaamd Brabant C Fonds' (het "Fonds") in te stellen ten behoeve van het mogelijk maken van kunst en cultuur van (inter-)nationaal niveau en uitstraling binnen de Provincie. Het Fonds zal gevuld worden met gelden vanuit de Provincie, maar het Fonds moet ook 'op afstand' van de Provincie komen te staan. Aldus zal het Fonds worden ondergebracht bij een aparte rechtspersoon waarin de Provincie een bepaalde mate van invloed heeft. In deze notitie beschrijven wij op hoofdlijnen de verschillen tussen het onderbrengen van het Fonds bij een stichting in vergelijking met een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ("BV"), zoals wij deze verschillen in de afgelopen maanden ook mondeling in overleg met de Provincie naar voren hebben gebracht.

2 Kenmerken van een stichting en een BV op hoofdlijnen

- 2.1 In bijlage I en bijlage II zijn de te onderscheiden juridische kenmerken van de stichting respectievelijk de BV op hoofdlijnen nader omschreven.

3 Keuze tussen de rechtsvormen van een stichting en een BV

- 3.1 Uit bijlage I en bijlage II volgt dat zowel een stichting als een BV zich in beginsel lenen als rechtspersoon waar het Fonds in kan worden ondergebracht, ten einde het Fonds uit te voeren. Op basis van de ons bekende uitgangspunten en doelstellingen van de Provincie bij het Fonds lijkt het ons logisch dat het Fonds wordt ondergebracht bij een stichting. In de navolgende paragrafen lichten wij dit toe.
- 3.2 Zoals uit de bijlagen I en II naar voren komt, is de verhouding tussen enerzijds de Provincie en anderzijds de stichting dan wel de raad van toezicht of het bestuur,

eenvoudiger 'op afstand' vorm te geven dan bij een BV terwijl een beroep op 'inbesteding' mogelijk blijft. De statuten van zowel een stichting als een BV kunnen beperkingen voor het bestuur bevatten. Met name kan een vereiste van voorafgaande goedkeuring door een bepaald orgaan (bijvoorbeeld de toezichthouder) voor het bestuur een specifiek besluit mag nemen, worden opgenomen in de statuten. In de statuten van een stichting kan evenwel, in tegenstelling tot bij een BV, worden bepaald dat een derde (zoals de Provincie) een goedkeuringsrecht toekomt of toe kan komen voor besluiten van het bestuur en/of de raad van toezicht. Bij een BV kan dat recht alleen aan een orgaan zoals de raad van commissarissen of de algemene vergadering worden toegekend, maar niet aan de Provincie buiten haar aandeelhoudersrol. In geval van een BV zal de Provincie dus aandeelhouder moeten zijn om invloed uit te kunnen oefenen op bestuursbesluiten door middel van een goedkeuringsrecht. Als aandeelhouder zal de Provincie echter als enig lid van de algemene vergadering ook diverse besluiten moeten nemen die op grond van het Burgerlijk Wetboek alleen door de algemene vergadering genomen kunnen worden. Dergelijke besluiten zijn bijvoorbeeld de benoeming of het ontslag van de bestuurder van de BV of de vaststelling van de jaarrekening van de BV. Bij een stichting kan de invloed ter zake die besluiten daarentegen op afstand van de Provincie worden geplaatst door deze bevoegdheden toe te kennen aan de raad van toezicht. Daarbij kan bovendien worden vastgelegd dat de raad van toezicht van de stichting wordt benoemd en ontslagen door de Provincie en kan een verplichting worden opgenomen dat de raad van toezicht desgewenst vooraf de Provincie over het te nemen besluit informeert.

- 3.3 Waar de BV ten minste een aandeel moet hebben uitgegeven aan de Provincie, en de Provincie dit aandeel moet houden, geeft een stichting geen aandeel uit. Desondanks kan zowel de stichting als de BV op een gelijke wijze gefinancierd worden ten behoeve van de uitoefening van het Fonds. Wel houdt het zijn van aandeelhouder in dat de aandeelhoudersrol goed vervuld moet worden, iets wat ontegenzeggelijk tot inzet van mensen en middelen van de Provincie leidt. Afhankelijk van de afstand die de Provincie wenst ten opzichte van het Fonds, zal de inzet van mensen en middelen van de Provincie bij een stichting gelijk of minder kunnen zijn dan bij een BV.
- 3.4 Een ander argument voor de keuze voor een stichting boven een BV is dat het Fonds met haar op de culturele sector gerichte doelstelling een ideële en sociale strekking heeft en dat met het Fonds niet beoogd wordt om winst maken dat ten goede dient te komen aan, in geval van het Fonds, de Provincie. De stichting is dan ook de meest gebruikte rechtsvorm in de cultuursector. Een fonds waar Brabant C Fonds mee vergeleken kan worden is bijvoorbeeld het Fonds Podiumkunsten. Dit fonds geeft namens de Rijksoverheid ondersteuning aan alle vormen van professionele

podiumkunsten in Nederland en is onder gebracht bij een stichting: Stichting Nederlands Fonds voor Podiumkunsten+.

- 3.5 Deskundige bestuurders, toezichthouders en leden van adviserende commissies binnen de culturele sector zijn gewend om te werken binnen de rechtsvorm van een stichting en de op basis daarvan geldende rechtspersoonrechtelijke verhoudingen. Zo is bijvoorbeeld de code 'goed bestuur en toezicht in de cultuursector' geënt op de rechtsvorm stichting. Deze code richt zich op diverse vraagstukken die ondanks de verscheidenheid bij de meeste organisaties in de culturele sector spelen: het werken met gemengde financiering, risicobeheer, toezicht en verantwoording. Dit laat onverlet dat deze code overeenkomstig op een BV kan worden toegepast, met dien verstande dat vanwege het dwingende kader van het Burgerlijk Wetboek niet alle bepalingen uit de code zonder meer kunnen worden toegepast.
- 3.6 Ten slotte merken wij voor de goede orde nog op dat de rechtsvorm van stichting op enig moment kan worden omgezet in een BV. Voorts is het mogelijk dat in voorkomend geval de stichting een BV opricht met het oog op het ontplooiën van activiteiten ten behoeve van het Fonds en daar enig aandeelhouder van zal zijn.

4 Afsluiting

- 4.1 Tot zover onze weergave op hoofdlijnen van de verschillen tussen de rechtsvormen van stichting en BV die een rol spelen bij de overwegingen om het Fonds onder te brengen bij een stichting dan wel een BV. Wij zijn vanzelfsprekend graag bereid deze weergave nog nader uit te werken.

Bijlage I - de stichting als rechtsvorm

1.1 De stichting wordt in de wet gekwalificeerd als een rechtspersoon, die geen leden kent en die met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel beoogt te verwezenlijken. Het doel vormt het centrale element bij de stichting. Het doel bepaalt de bestemming van het vermogen van de stichting, welk vermogen wordt gevormd door hetgeen zij verkrijgt bij haar oprichting of door latere inkomsten. De stichting is een rechtspersoon en kan daardoor een zelfstandig drager van rechten en verplichtingen zijn. Als rechtspersoon kan een stichting zelfstandig optreden in het rechtsverkeer door – bijvoorbeeld – overeenkomsten aan te gaan met derden en diensten te verrichten.

1.2 De wet geeft slechts enkele regels omtrent de stichting; dit heeft een grote mate van flexibiliteit voor wat betreft haar bestuurlijke inrichting tot gevolg. De statuten kunnen grotendeels naar eigen inzicht worden ingericht.

Winst

1.3 Een stichting heeft geen winstoogmerk. Het voorgaande betekent echter niet dat een stichting geen winst mag maken of geen onderneming kan voeren. Uitkeringen van het stichtingsvermogen kunnen echter slechts plaatsvinden indien deze passen binnen het doel en een ideële of sociale strekking hebben. Het is dan ook niet zonder meer mogelijk dat een stichting uitkeringen doet aan oprichters of aan degenen die deel uitmaken van haar organen. Onder "uitkering" kan worden verstaan iedere prestatie van de stichting die onverplicht is en waar geen of een ongelijkwaardige prestatie van de wederpartij tegenover staat.

1.4 In ieder geval is het een stichting toegestaan betalingen te verrichten ten laste van haar vermogen aan oprichters of aan degenen die deel uitmaken van de organen van de stichting als daar een overeenkomst aan ten grondslag ligt. Te denken valt daarbij aan een overeenkomst van opdracht, een overeenkomst van geldlening of een overeenkomst tot uitvoering van subsidie.

1.5 De jaarrekening van de stichting wordt in beginsel vastgesteld door het bestuur, behoudens een andere statutaire regeling. Als de stichting geen toezichthoudend

orgaan kent, kan het bestuur als orgaan decharge verlenen aan de individuele bestuursleden, behoudens een andere statutaire regeling.

Ledenverbod

- 1.6 Een stichting mag geen leden hebben ('ledenverbod'). Wel kan een stichting deelnemers / (contractueel) aangeslotenen hebben. Hierbij moet worden opgepast dat deze deelnemers / (contractueel) aangeslotenen niet dezelfde rechten hebben als de leden van een vereniging. Als de stichting in strijd handelt met het ledenverbod, dan kan de stichting op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontbonden, omdat zij niet aan de eisen voldoet, die aan haar rechtsvorm worden gesteld.

Oprichting van een stichting

- 1.7 Een stichting moet worden opgericht bij notariële akte, welke akte de statuten van de stichting bevatten. De statuten dienen bepalingen in te houden omtrent:
- (a) de naam van de stichting, met het woord 'stichting' als deel van de naam;
 - (b) het doel van de stichting;
 - (c) de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders;
 - (d) de gemeente in Nederland waar de stichting haar zetel heeft;
 - (e) de bestemming van het overschot na vereffening van de stichting, in het geval de stichting wordt ontbonden, of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld.
- 1.8 Het is mogelijk om voor de oprichting van de stichting namens de stichting rechtshandelingen te verrichten. Zolang de stichting niet is opgericht en de inschrijving in het handelsregister nog niet heeft plaatsgevonden, is iedere persoon die handelt namens de stichting hoofdelijk aansprakelijk voor de rechtshandelingen die zijn verricht namens de op te richten stichting. Het is derhalve niet aan te raden om rechtshandelingen aan te gaan voor de oprichting en inschrijving van de stichting.
- 1.9 Indien het wel is gewenst dat voor oprichting van de stichting rechtshandelingen worden verricht, zal door de Provincie vastgesteld kunnen worden welke persoon (dat kan een natuurlijk persoon zijn, maar ook een rechtspersoon) of welke personen namens de stichting in oprichting kan/kunnen handelen. Bij het handelen dient vastgelegd te worden dat namens de stichting in oprichting wordt gehandeld. Na de oprichting van de stichting, is de stichting echter pas verbonden als zij de rechtshandeling heeft bekrachtigd. Onder omstandigheden kan de handelende persoon tot een jaar na die bekrachtiging nog aangesproken worden tot nakoming van de bekrachtigde rechtshandeling. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid kan voorkomen worden indien bij het aangaan van die rechtshandeling expliciet bepaald wordt dat de

vertegenwoordiger niet zelf gebonden zal zijn aan die rechtshandeling. Dit laatste kan er toe leiden dat als de stichting niet wordt opgericht, terwijl wel een rechtshandeling namens de stichting is aangegaan, de derde partij op niemand verhaal kan halen als verplichtingen niet worden nagekomen. In de praktijk is deze uitsluiting van hoofdelijke aansprakelijkheid dan ook geen standaard.

Organen van de stichting

- 1.10 De stichting kent op grond van de wet slechts één – verplicht – orgaan: het bestuur. De statuten kunnen echter bepalen dat de stichting andere organen heeft, zoals de raad van toezicht, de raad van advies, de raad van deelnemers (of aangeslotenen) en/of een bureau.
- 1.11 Het bestuur is belast met het besturen van de stichting en kan de stichting naar buiten toe vertegenwoordigen. Het bestuur heeft tot taak om in het belang van de stichting te handelen. Het is mogelijk in de statuten de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan een of meer bestuurders toe te kennen. Daarnaast kan in de statuten een bepaalde taakverdeling tussen de bestuurders worden afgesproken. Het bestuur blijft echter collectief verantwoordelijk voor het beleid van de stichting.
- 1.12 Een bestuurder hoeft geen arbeidsovereenkomst te hebben met de stichting. Als er wel een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de bestuurder en de stichting dan geldt op basis van de huidige stand van de rechtspraak en literatuur dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet automatisch betekent dat betrokkene ook geen bestuurder meer is. Anders dan voor bestuurders van een vennootschap geldt, dienen deze twee rechtsverhoudingen dus separaat te worden beëindigd.
- 1.13 Het toezicht op het bestuur berust bij de raad van toezicht. De statuten kunnen bepalen dat een partij de leden van de raad van toezicht benoemt of dat meerdere partijen, bijvoorbeeld de schappen, bevoegd zijn tot de benoeming van één – eigen – lid van de raad van toezicht. Vervolgens kunnen bepaalde bestuursbesluiten in de statuten onderworpen worden aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. Bij dergelijke bestuursbesluiten kan gedacht worden aan:
 - (a) het doen van een uitgaven/investeringen die een bepaald bedrag te boven gaan;
 - (b) de vaststelling van de meerjarenstrategie en/of begroting;
 - (c) de vaststelling van de jaarrekening en verlening van decharge;
 - (d) de wijziging van de statuten of ontbinding.
 Deze lijst van goedkeuringsbesluiten kan zeer omvangrijk zijn, hetgeen de slagvaardigheid van het bestuur – intern – beperkt.

- 1.14 De leden van de raad van toezicht van een stichting hebben in de regel zitting in de raad van toezicht ten behoeve van het algemene doel van de stichting en de met haar verbonden onderneming, waarbij het belang van de diverse stakeholders wordt meegewogen. Daarbij kan elk lid van de raad van toezicht een eigen specifiek particulier belang van een of meer partijen bewaken mits het lid niet onrechtmatig handelt ten opzichte van de stichting. Dit is anders dan bij de raad van commissarissen van een kapitaalvennootschap, zoals een BV, omdat thans nog geen wetgeving is die de rol van de raad van toezicht van een stichting expliciet vastlegt. Wel is een ambtelijk voorontwerp van een wetsvoorstel gepubliceerd dat onder meer de kwaliteit van bestuur en toezicht bij stichtingen beoogt te verbeteren. Dat voorontwerp voorziet in een wettelijke verankering van de taak van leden van een raad van toezicht van een stichting. Specifiek ten aanzien van stichtingen strekt het wetsvoorstel ertoe te regelen leden van de raad van toezicht die het belang van de stichting zodanig schaden dat het voortduren van hun lidmaatschap van de raad van toezicht in redelijkheid niet meer kan worden geduld, op verzoek van het openbaar ministerie of van belanghebbenden kunnen worden ontslagen. Voorts loopt het lid van de raad van toezicht persoonlijke aansprakelijkheid bij het niet goed vervullen van zijn taak als toezichthouder.
- 1.15 Een of meer derden, bijvoorbeeld (deelnemers van) de schappen, kunnen statutaire rechten krijgen ten aanzien van het beleid van een stichting.
- 1.16 Indien een of meer derden, bijvoorbeeld (deelnemers van) de schappen, statutaire rechten krijgen ten aanzien van het beleid van een stichting, is het bestuur van die stichting niet gehouden die invloed zich te allen tijde te laten welgevalen. Het bestuur kan in strijd met de wensen een andere koers varen als gevolg waarvan de organisatie in een patstelling terecht kan komen waar slechts door middel van ontslag van bestuurders of ingrijpen door de rechten een einde aan gemaakt kan worden.
- 1.17 De statuten kunnen ook een bureau of secretariaat instellen dat wordt geleid door een directeur. De praktische uitvoering van de bestuurswerkzaamheden berust bij dit bureau/secretariaat. Het bestuur blijft evenwel verantwoordelijk voor het beleid van de stichting en de uitvoering daarvan.
- 1.18 Het is goed voorstelbaar dat het bestuur van het Fonds en de directe verantwoordelijkheid voor de uitvoering, in één persoon wordt belegd: de directeur-bestuurder. Dit in plaats van een apart bestuur en een aparte directeur die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het door het bestuur vastgestelde beleid. Deze keuze wordt in de praktijk vaker gebruikt. Wij wijzen er wel op dat in dat geval de raad van toezicht er goed aan doet in haar toezichthoudende functie ook periodiek

met het management onder de directeur-bestuurder te spreken over de wijze waarop binnen de stichting wordt gehandeld. Ook kan met enige terughoudendheid in de statuten worden voorzien in een recht om de directeur-bestuurder instructies te geven.

- 1.19 De benoeming, schorsing, ontslag van organen kunnen tot in detail worden uitgewerkt (met omvangrijke regelingen), zie ook hierna. Ook kunnen aan bestuurders en toezichthouders bepaalde kwaliteitseisen worden gesteld (binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht). Mogelijk moet ook een regeling worden opgenomen voor het geval schappen toe- of uittreden, dan wel samengevoegd worden.

Organisatorische rechten van de Provincie en derden

- 1.20 De statuten delen organisatorische rechten toe aan organen van de stichting of aan derden, waarmee de reële zeggenschap wordt vastgelegd. Er kan onder meer gedacht worden aan:
- a. een regeling met betrekking tot de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en/of ontslag van bestuurders en leden van de raad van toezicht;
 - b. een regeling met betrekking tot de bevoegdheid tot voorafgaande goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten;
 - c. een regeling met betrekking tot informatievoorziening en het verstrekken van aanwijzingen.

a. benoeming, schorsing en/of ontslag van bestuurders en leden van de raad van toezicht

- 1.21 De statuten van de stichting voorzien in een regeling omtrent benoeming en ontslag van bestuurders en - eventueel - leden van de raad van toezicht. De statuten kunnen naar wens van de Provincie bepalen aan wie de bevoegdheid toekomt tot benoeming, schorsing en/of ontslag van bestuurders en leden van de raad van toezicht. Een dergelijk recht kan worden toegekend aan zowel het bestuur, de raad van toezicht als aan de Provincie of aan een of meer derden. Ook een systeem van bindende voordracht is denkbaar, waarbij een of meer bestuurders of toezichthouders op bindende voordracht van de raad van toezicht of de Provincie worden benoemd. Het is ook mogelijk om te bepalen dat de bestuurder benoemd wordt door de raad van toezicht en dat de raad van toezicht en de Provincie de bestuurder kunnen ontslaan. Voorts kunnen in de statuten voorschriften worden opgenomen in relatie tot het afleggen van verantwoording aan de raad van toezicht en/of de Provincie.
- 1.22 De statuten van een stichting kunnen kwaliteitseisen voor bestuurders en leden van de raad van toezicht bevatten. Door middel van een kwaliteitseis wordt bewerkstelligd dat bestuurders voldoen aan een of meer vastgelegde kwalificaties, zonder welke kwalificaties benoeming niet mogelijk is.

1.23 Naast een statutaire regeling omtrent ontslag kan een bestuurder ook door de rechtbank worden ontslagen wanneer hij (i) handelt in strijd met de bepalingen van de wet of de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, of (ii) niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank gegeven bevel.

1.24 Het lidmaatschap van het bestuur of de raad van toezicht kan in beginsel altijd per direct worden beëindigd indien een lid van het bestuur of de raad van toezicht dat lidmaatschap wenst te beëindigen. Voorts zal dat lidmaatschap eindigen indien een lid komt te overlijden of na ommekomst van de benoemingstermijn.

b. voorafgaande goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten

1.25 De vrijheid van het bestuur om besluiten te nemen kan via bepalingen in de statuten worden beperkt, doordat via de statuten bewerkstelligd kan worden dat de Provincie reële zeggenschap heeft over de door de stichting gedreven onderneming. Een voorbeeld van een dergelijke statutaire regeling is de regeling waarbij bepaalde besluiten van het bestuur aan de voorafgaande goedkeuring van een orgaan van de stichting, bijvoorbeeld de raad van toezicht, of van een derde (bijvoorbeeld de Provincie) worden onderworpen.

1.26 Een dergelijke statutaire beperking heeft slechts *interne* werking: ondanks het ontbreken van de statutair vereiste goedkeuring blijft het bestuur in beginsel bevoegd tot vertegenwoordiging van de stichting. De bestuurders kunnen de stichting in beginsel derhalve geldig binden, maar indien zij handelen in strijd met de statuten kan dit tot persoonlijke aansprakelijkheid van die bestuurders leiden.

c. informatievoorziening en het verstrekken van aanwijzingen

1.27 In de statuten kan een regeling worden opgenomen waarbij aan de Provincie een recht wordt toegekend om bij het bestuur van de stichting en/of een raad van toezicht informatie op te vragen. Het bestuur en/of de raad van toezicht is in principe gehouden de informatie te verstrekken, tenzij een zwaarwegend belang zich daartegen verzet.

1.28 Ook kunnen de statuten voorzien in een instructierecht voor de Provincie, waarbij aan de Provincie het recht wordt toegekend om algemene en concrete aanwijzingen te geven aan het bestuur. Het bestuur moet deze aanwijzingen opvolgen, tenzij de aanwijzingen in strijd zijn met het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming. Met gebruikmaking van deze bevoegdheid zal terughoudend moeten worden omgegaan, omdat bestuursautonomie in ons wettelijk systeem vooropstaat en

dit instructierecht niet - zoals bij een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid - met wettelijke waarborgen is omkleed.

- 1.29 Vergelijkbare rechten kunnen ook op basis van een overeenkomst worden verleend. Dat heeft in beginsel slechts een verbintenisrechtelijk gevolg: de schappen kunnen de stichting slechts aanspreken op basis van het niet-naleven van een overeenkomst. Evenmin kan dit op een gelijke wijze door middel van een subsidievoorwaarde worden gewaarborgd.

De stichting vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief

- 1.30 De vrijheid die de wetgever geeft aan de oprichter(s) van een stichting, maken mogelijk dat de statuten van de stichting zodanig worden ingericht dat daarmee wordt voldaan aan de vereisten van 'quasi inhouse'-jurisprudentie en de toekomstige aanbestedingsrichtlijn. Op grond daarvan is vereist dat in het bestuur en een (eventuele) raad van toezicht de Provincie wordt vertegenwoordigd, in die zin dat zij invloed moet hebben op de benoeming van de *meerderheid* van de bestuurders en leden van de raad van toezicht.

- 1.31 Het toezicht op het bestuur berust bij de raad van toezicht. De statuten kunnen bepalen dat de Provincie de raad van toezicht benoemt. Vervolgens kunnen bepaalde bestuursbesluiten in de statuten onderworpen worden aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. Bij dergelijke bestuursbesluiten kan gedacht worden aan:

- het doen van een uitgaven/investeringen die een bepaald bedrag te boven gaan;
- de vaststelling van de meerjarenstrategie en/of -begroting;
- de vaststelling van de jaarrekening en verlening van decharge;
- de wijziging van de statuten of ontbinding.

Deze lijst van goedkeuringsbesluiten kan zeer omvangrijk zijn, hetgeen de slagvaardigheid van het bestuur – intern – beperkt.

- 1.32 Met deze statutaire inrichting van de raad van toezicht wordt voldaan aan de eisen die de jurisprudentie op het gebied van 'quasi inhouse' en de concept-aanbestedingsrichtlijn stelt aan het toezicht door de schappen op de stichting.

Deelnemingen van de Provincie

- 1.33 Het oprichten van een stichting dan wel het verkrijgen van statutaire rechten binnen een stichting kwalificeert als het verkrijgen van een 'deelneming' wat voorafgaand aan Provinciale Staten moet worden voorgelegd. Voorts zal er voorafgaand aan het

aangaan van de deelneming goedkeuring van de toezichthouder op de Provincie moeten worden verkregen om die deelneming aan te mogen gaan.

- 1.34 Gedeputeerde Staten besluiten ingevolge artikel 158 lid 2 Provinciewet tot de oprichting. Het besluit kan pas worden genomen als aan Provinciale Staten een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld wensen en bedenkingen ter kennis van Gedeputeerde Staten te brengen. Het besluit van Gedeputeerde Staten behoeft goedkeuring van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Deze goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.
- 1.35 Voor de uitoefening van de zeggenschapsrechten door een publieke partij in de stichting, geldt het daaromtrent bepaalde in de wet. Voor de Provincie geldt het bepaalde in artikel 158, lid 1 sub e van de Provinciewet: het besluit tot het uitoefenen van het stemrecht ligt bij het Gedeputeerde Staten en eventueel worden daarover vooraf inlichtingen verschaft aan Provinciale Staten, indien dat mogelijke ingrijpende gevolgen voor de Provincie kan hebben (artikel 167, lid 4 van de Provinciewet). Of in concrete gevallen van te voren politieke afstemming met Gedeputeerde Staten noodzakelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- 1.36 In de statuten zullen diverse regelingen omtrent de raad van toezicht worden opgenomen. Hierbij kan gedacht worden aan de oproepingstermijnen voor vergaderingen, tegenstrijdig belangregelingen en regelingen omtrent de bezoldiging. Voorts kan bij reglement voor de raad van toezicht voorzien worden in een regeling van diverse praktische aspecten rondom een raad van toezicht, zoals een taakverdeling en de instelling van commissies binnen de raad van toezicht.
- 1.37 De mogelijkheden voor de vormgeving van de inrichting van het bestuur en de raad van toezicht zijn divers en wij werken deze desgewenst graag verder in overleg met de Provincie uit.

Bijlage II - de besloten vennootschap (BV) als rechtsvorm

- 1.38 Een BV is een rechtspersoon met een kapitaal dat in aandelen verdeeld is en waar een of meer aandeelhouders in deelnemen. Een aandeelhouder van een BV is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de BV wordt verricht. Een BV wordt opgericht bij notariële akte door een of meer (private en/of publieke) partijen. Het besluit tot oprichting wordt genomen met inachtneming van de voorhangprocedure die de Provinciewet voorschrijft.
- 1.39 Het eigen vermogen van een BV bestaat uit aandelen die door een of meerdere partijen worden gehouden. De aandeelhouders worden ook wel gekenmerkt als eigenaren van de BV.
- 1.40 De BV wordt gekenmerkt door – grotendeels – dwingendrechtelijke regelgeving. De samenstelling en bevoegdheden van haar organen zijn wettelijk verankerd. De algemene vergadering van aandeelhouders benoemt de bestuurders van de BV; externen kunnen geen direct benoemingsrecht krijgen. Via aandeelsoorten kan dit in de praktijk worden ondervangen; dat zijn evenwel complexe regelingen (vergeleken met een stichting). Daarnaast wordt directe benoeming van bestuurders door een raad van commissarissen door de wetgever uitgesloten (afgezien van zeer grote vennootschappen).
- 1.41 De wet stelt geen verplichting aan een minimum aandelenkapitaal van de BV. De partijen zouden daardoor een BV op kunnen richten en elk een aandeel kunnen nemen van € 0,01 nominaal. De BV zal in dat geval een kapitaal kennen van een paar eurocent. Dat laat overigens onverlet dat de BV wel voldoende vermogen dient te hebben om haar onderneming te drijven. Het staat de partijen evenwel vrij de daartoe vereiste financiële middelen op andere wijze dan door een kapitaalstorting aan de BV te verstrekken, bijvoorbeeld door middel van een subsidie (of een achtergestelde geldlening), een en ander met inachtneming van het kader voor staatssteun.

Winst

- 1.42 De BV heeft - naar haar aard - een winstoogmerk. De BV kan winsten of vermogen uitkeren aan de aandeelhouders (en eventueel andere winstgerechtigden) mits de BV voldoende vermogen behoudt om aan haar schulden te kunnen blijven voldoen. Het besluit daartoe wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders en dient door het bestuur van de BV goedgekeurd te worden alvorens de uitkering door

de aandeelhouders opgeëist kan worden. Het bestuur mag de goedkeuring slechts weigeren indien de BV na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Indien na een uitkering de BV niet kan blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders van de BV in beginsel voor het tekort aansprakelijk indien zij dat tekort hadden kunnen voorzien. De aandeelhouders zijn in dat geval aansprakelijk tot het bedrag dat zij als uitkering hebben ontvangen.

- 1.43 De jaarrekening wordt opgemaakt door het bestuur (en de raad van commissarissen als deze is ingesteld) en deze wordt vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. De algemene vergadering van aandeelhouders is voorts het enige orgaan dat decharge aan het bestuur (en eventueel de raad van commissarissen) kan verlenen.

Oprichting van een BV

- 1.44 Een BV moet worden opgericht bij notariële akte, welke akte de statuten van de BV bevatten. De statuten dienen bepalingen in te houden omtrent:
- (f) de naam van de BV, met het woord 'BV' of 'Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' als deel van de naam;
 - (g) het doel van de BV, en
 - (h) de gemeente in Nederland waar de BV haar zetel heeft.
- 1.45 Het is mogelijk om voor de oprichting van de BV namens de BV rechtshandelingen te verrichten. Zolang de BV niet is opgericht en de inschrijving in het handelsregister nog niet heeft plaatsgevonden, is iedere persoon die handelt namens de BV hoofdelijk aansprakelijk voor de rechtshandelingen die zijn verricht namens de op te richten BV. Het is derhalve niet aan te raden om rechtshandelingen aan te gaan voor de oprichting en inschrijving van de BV. Indien dat wel is gedaan, is de BV verbonden aan de bekrachtigde rechtshandeling. Onder omstandigheden kan de handelende persoon tot een jaar na die bekrachtiging nog aangesproken worden tot nakoming van de bekrachtigde rechtshandeling.

Organen

- 1.46 De wet stelt twee organen verplicht voor de BV: het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur van een BV is belast met het besturen van de BV en kan de BV naar buiten toe vertegenwoordigen. Statuten kunnen intern werkende bepalingen bevatten die de vrijheid van het bestuur om besluiten te nemen beperken. Ondanks dergelijke interne beperkingen kan het bestuur in beginsel toch

geldig de rechtspersoon binden aan een derde partij. Zulks kan overigens wel tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders leiden.

- 1.47 Bij de statuten kan voor een BV een raad van commissarissen worden ingesteld die als toezichthouder op het bestuur fungeert. De wet bevat diverse dwingende bepalingen voor de rechten en plichten van de raad van commissarissen van een BV. Voorts is het mogelijk het bestuur en de raad van commissarissen van een BV samen te voegen in een bestuur, waarbij de toezichthouders de functie van 'niet-uitvoerend bestuurder' krijgen en de andere leden de titel van 'uitvoerend bestuurder'. Dit zogeheten one-tier model leidt er toe dat het bestuur en de toezichthouders in een orgaan zitting hebben waardoor er meer kennis bij de niet-uitvoerend bestuurders is over de invulling van de bestuurstaken door de uitvoerende bestuurders.
- 1.48 De vergadering van houders van aandelen van een BV of NV vormen een door de wet voorgeschreven orgaan waaraan de wet diverse bevoegdheden toekent. Voorbeelden zijn het vaststellen van de jaarrekening, benoeming en ontslag van bestuurders en besluiten tot statutenwijziging. Een partij kan aandeelhouder van een BV worden door het overnemen van aandelen van een bestaande aandeelhouder of doordat de BV nieuwe aandelen uitgeeft. Zowel voor de overdracht van aandelen als voor de uitgifte van aandelen in een notariële akte vereist. Voorts zal in de regel een bedrag als koopsom of volstorting op het nieuw uit te geven aandeel voldaan moeten worden.

Verplichtingen van aandeelhouders

- 1.49 Een aandeelhouder van een BV is slechts gehouden een bedrag op zijn aandelen te storten dat bij de uitgifte van die aandelen is vastgesteld. Een aandeelhouder in een BV kan tegen zijn wil niet enige (financiële) verplichting opgelegd krijgen die komt boven de vastgestelde storting die de aandeelhouder op zijn aandelen moet doen. Aan een aandeelhouder kan derhalve niet zonder meer een verplichting worden opgelegd om verliezen van de BV bij te passen. Aan de aandelen in de BV kunnen diverse andere verplichtingen worden verbonden, bijvoorbeeld tot het sluiten van bepaalde overeenkomsten met bepaalde derde partijen.

Organisatorische rechten van de aandeelhouders

- 1.50 De statuten van de BV delen de organisatorische rechten toe aan organen van de BV of aan derden, waarmee de reële zeggenschap over het reilen en zeilen van de BV wordt vastgelegd. Bij deze organisatorische rechten kan onder meer worden gedacht aan:
- (a) een regeling met betrekking tot de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en/of ontslag van bestuursleden en leden van de raad van toezicht;

- (b) een regeling met betrekking tot de bevoegdheid tot voorafgaande goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten;
- (c) een regeling met betrekking tot informatievoorziening en het verstrekken van aanwijzingen.

a. benoeming, schorsing en/of ontslag van bestuurders en toezichthouders

1.51 De wet bevat voor de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en/of ontslag van een of meer bestuurders en toezichthouders van een BV diverse dwingende bepalingen. Zo ligt de bevoegdheid tot het nemen van besluiten omtrent de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders en toezichthouders bij de algemene vergadering van aandeelhouders of aan een of meer houders van een bijzonder soort aandelen (wat in geval van een enig aandeelhouderschap van de Provincie verder niet opportuun is).

1.52 De statuten van een BV kunnen voorts een kwaliteitseis voor leden van het bestuur en de raad van commissarissen bevatten. Door middel van de kwaliteitseis wordt bewerkstelligd dat leden van een orgaan ten minste aan een of meer in de statuten vastgelegde kwalificaties voldoen, zonder welke kwalificaties zij niet tot lid van het orgaan benoemd kunnen worden.

b. voorafgaande goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten

1.53 De statuten van een BV kunnen naast de personele invulling van het bestuur en de raad van commissarissen bepalen dat de algemene vergadering van aandeelhouders reële zeggenschap krijgt over het reilen en zeilen van de BV.

1.54 Statutaire beperkingen kunnen met name bestaan uit het vereiste van voorafgaande goedkeuring door een bepaald orgaan (bijvoorbeeld de publieke aandeelhouders) voor het bestuur van de BV een specifiek besluit mag nemen.

1.55 Een statutaire beperking van de mogelijkheid van het bestuur een besluit te nemen heeft slechts *interne* werking: ondanks het ontbreken van de door de statuten vereiste goedkeuring blijft het bestuur in beginsel bevoegd tot vertegenwoordiging van de BV. Wel kan het in strijd met een dergelijk statutair voorschrift leiden tot aansprakelijkheid van de desbetreffende bestuurder(s).

c. informatievoorziening en verstrekken van aanwijzingen

1.56 De algemene vergadering van aandeelhouders van een BV heeft het recht om informatie op te vragen bij het bestuur en de raad van commissarissen (indien deze is ingesteld) van de BV. Het bestuur en de raad van commissarissen zijn gehouden die

informatie te verstrekken aan de algemene vergadering van aandeelhouders tenzij een zwaarwegend belang zich daartegen verzet.

- 1.57 Voorts kan aan de algemene vergadering van aandeelhouders of bijvoorbeeld aan de vergadering van publieke aandeelhouders of een bepaalde publieke aandeelhouder, het recht worden toegekend om algemene en concrete aanwijzingen te geven die het bestuur van de BV moet opvolgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de BV en de met haar verbonden onderneming. Deze rechten die partijen als aandeelhouders kunnen uitoefenen zijn rechtstreeks van invloed op de handelingsvrijheid van het bestuur. Indien een bestuurder in strijd hiermee handelt, kan dat leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van die bestuurder.

De BV vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief

- 1.58 Als de Provincie enig aandeelhouder is, kunnen de statuten van de BV zodanig worden ingericht dat daarmee wordt voldaan aan de vereisten van 'quasi inhouse'-jurisprudentie en de toekomstige aanbestedingsrichtlijn. Op grond daarvan is vereist dat in het bestuur een (eventuele) raad van commissarissen de Provincie wordt vertegenwoordigd, in die zin dat zij invloed moet hebben op de benoeming van de *meerderheid* van de bestuurders en leden van de raad van commissarissen.

- 1.59 Het toezicht op het bestuur berust bij de raad van commissarissen. De statuten kunnen bepalen dat de Provincie de raad van commissarissen benoemt. Vervolgens kunnen bepaalde bestuursbesluiten in de statuten onderworpen worden aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen. Bij dergelijke bestuursbesluiten kan gedacht worden aan:

- het doen van een uitgaven/investeringen die een bepaald bedrag te boven gaan;
- de vaststelling van de meerjarenstrategie en/of -begroting;

Deze lijst van goedkeuringsbesluiten kan zeer omvangrijk zijn, hetgeen de slagvaardigheid van het bestuur – intern – beperkt.

- 1.60 Met deze statutaire inrichting van de raad van commissarissen wordt voldaan aan de eisen die de jurisprudentie op het gebied van 'quasi inhouse' en de concept-aanbestedingsrichtlijn stelt aan het toezicht door de Provincie op de BV.

Deelnemingen van de Provincie

- 1.61 Het oprichten van een BV dan wel het verkrijgen aandelen in een BV kwalificeert als het verkrijgen van een 'deelneming' wat voorafgaand aan Provinciale Staten moet worden voorgelegd. Voorts zal er voorafgaand aan het aangaan van de deelneming

goedkeuring van de toezichthouder op de Provincie moeten worden verkregen om die deelneming aan te mogen gaan.

- 1.62 Gedeputeerde Staten besluiten ingevolge artikel 158 lid 2 Provinciewet tot de oprichting. Het besluit kan pas worden genomen als aan Provinciale Staten een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld wensen en bedenkingen ter kennis van Gedeputeerde Staten te brengen. Het besluit van Gedeputeerde Staten behoeft goedkeuring van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Deze goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.
- 1.63 Voor de uitoefening van de zeggenschapsrechten door een publieke partij in de BV, geldt het daaromtrent bepaalde in de wet. Voor de Provincie geldt het bepaalde in artikel 158, lid 1 sub e van de Provinciewet: het besluit tot het uitoefenen van het stemrecht ligt bij het Gedeputeerde Staten en eventueel worden daarover vooraf inlichtingen verschaft aan Provinciale Staten, indien dat mogelijke ingrijpende gevolgen voor de Provincie kan hebben (artikel 167, lid 4 van de Provinciewet). Of in concrete gevallen van te voren politieke afstemming met Gedeputeerde Staten noodzakelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.