

# Publiek aandeelhoudersbelang? Een kijkje achter de schermen bij de aandeelhoudende overheid

*Mr. H. P. Wiersema* \*

## Inleiding

In het Financieel Dagblad van 23 januari 2014 verscheen een artikel met de volgende kop: 'Vitens ruziet met Overijssel over Israël'. Wat is de connectie tussen waterleidingbedrijf Vitens NV, een Nederlandse provincie en de staat Israël? Vitens overwoog aanvankelijk een samenwerking met het Israëlische waterleidingbedrijf Mekorot, maar zag daarvan af in verband met beschuldigingen door de VN Mensenrechtenraad dat het bedrijf grondwater uit Palestijns gebied pompt. Minderheidsaandeelhouder Overijssel (6,4% van de aandelen) wilde Vitens dwingen alsnog samen te werken met Mekorot. Hij verzocht Vitens daartoe een bijzondere aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen. Directe aanleiding voor dat verzoek was een PVV-motie in de Overijsselse Provinciale Staten, die op steun kon rekenen van coalitiepartijen CDA, VVD, ChristenUnie en SGP.

Overheden houden aandelen in vennootschappen in uiteenlopende sectoren. Sprekende voorbeelden zijn Luchthaven Schiphol NV, Havenbedrijf Rotterdam NV, GasTerra BV en Eneco Holding NV, maar ook regionaal en lokaal opererende ondernemingen rekenen overheden tot hun aandeelhouders. Bij publiek aandeelhouderschap kunnen politieke en publieke afwegingen direct of indirect van invloed zijn op het handelen van een vennootschap. Inzicht in het handelen van aandeelhoudende overheden is dus van wezenlijk belang voor de afwegingen die bestuurders, medeaandeelhouders en investeerders maken. Met welk doel is die overheid aandeelhouder en hoe wendt zij haar aandeelhoudersbevoegdheden aan? Wordt de betrokken overheid op correcte wijze vertegenwoordigd? Heeft het overheidsorgaan de noodzakelijke interne procedures gevolgd?

In deze bijdrage worden de procedurele en beleidsmatige kaders voor overheden als aandeelhouder in een vennootschap (BV en NV) geschetst. Ik beperk mij daarbij hoofdzakelijk tot de publiekrechtelijke kaders voor gemeenten en provincies, nu die decentrale overheden een meerderheid van de publieke deelnemingen aangaat.<sup>1</sup> De wettelijke kaders voor gemeenten

en provincies zijn grotendeels gelijklopend. Hierna behandel ik daarom met name het gemeentelijke kader en waar nodig benoem ik het provinciale kader.

Hierna behandel ik achtereenvolgens de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke hoedanigheid van de aandeelhoudende overheid, de publiekrechtelijke regeling voor deelnemingen, het goedkeuringsrecht van gedeputeerde staten, vernietiging door de Kroon, het budgetrecht van de gemeenteraad (hierna: de raad), onderzoek door de gemeentelijke rekenkamer, deelnemingenbeleid, geheimhouding en vertegenwoordiging.

## Twee hoedanigheden

Overheden kunnen rechtshandelingen uitvoeren naar publiekrecht en naar privaatrecht. Dit doen zij in verschillende hoedanigheden: voor het privaatrecht als *publiekrechtelijke rechtspersoon*, voor het publiekrecht als *bestuursorgaan*.

De Staat, provincies, gemeenten en waterschappen ontleen (publiekrechtelijke) rechtspersoonlijkheid aan artikel 2:1 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Deze rechtspersoonlijkheid stelt overheden in staat zelfstandig deel te nemen aan het vermogensrechtelijke rechtsverkeer (art. 2:5 BW).<sup>2</sup> Koop, huur, erfpacht en aandeelhouderschap behoren voor publiekrechtelijke rechtspersonen dus tot de mogelijkheden. Vanwege de bijzondere rol van de overheid als behartiger van algemene en specifieke publieke belangen zijn in wetgeving en jurisprudentie regels voor en beperkingen aan hun handelen gesteld. Een voorbeeld biedt artikel 3:14 BW, dat bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

Voor wat betreft de deelneming in een vennootschap kan men dus te maken krijgen met bijvoorbeeld de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Rotterdam of de publiekrechtelijke rechtspersoon Provincie Overijssel als aandeelhouder. De vertegenwoordiging van de publiekrechtelijke rechtspersoon ligt bij de wettelijk daartoe aangewezen organen. Voor zover het

\* Mr. H.P. Wiersema is advocaat in Amsterdam.

1. Zie Ministerie van Justitie, Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden, Den Haag 2007.

2. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 23.

publiekrechtelijk handelen van die organen vermogensrechtelijke consequenties heeft, worden die consequenties toegerekend aan de publiekrechtelijke rechtspersoon waartoe het orgaan behoort (art. 1:1 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)).

De organen van publiekrechtelijke rechtspersonen worden aangeduid als 'bestuursorganen' (art. 1:1 lid 1 onder a Awb). De regels voor deelneming in BV's en NV's door gemeenten en provincies en de bevoegdheden van hun bestuursorganen zijn onder meer geregeld in de Gemeentewet (Gemw) en de Provinciewet (ProvW).

### Deelneming in een vennootschap

Het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) is bevoegd te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente (art. 160 lid 1 onder e Gemw). Voor besluiten tot deelneming in vennootschappen gelden specifieke voorwaarden in artikel 160 lid 2 Gemw:

'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 zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.'

Ik behandel hierna de volgende voorwaarden: (1) er is sprake van een 'deelneming', die (2) in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang, en (3) het bieden van de gelegenheid aan de raad zijn wensen en bedenkingen te uiten.

### Deelneming

Het begrip deelneming is niet nader gedefinieerd in de Gemw.<sup>3</sup> In de wetsgeschiedenis wordt het verwerven van aandelen als een gemeentelijke deelneming beschouwd als dit plaatsvindt met het oogmerk een openbaar belang te behartigen of mede te behartigen door het op die wijze verkrijgen van zeggenschap.<sup>4</sup>

Niet elke verwerving van aandelen wordt dus beschouwd als deelneming, bijvoorbeeld als geen sprake is van een achterliggend openbaar belang. Vroeger kon een gemeente overtollige kasgelden beleggen<sup>5</sup> of aandelen verwerven met het enkele doel daaruit inkomsten te genereren. Onder de huidige Wet financiering decentrale overheden (Wet fido) kunnen overheden echter uitsluitend ten behoeve van de publieke taak

middelen uitzetten en is het bezit van aandelen met een beleggingsoogmerk niet langer toegestaan (art. 2 lid 1 Wet fido).<sup>6</sup>

Van een aantal situaties is niet geheel duidelijk of sprake is van een deelneming in de zin van de Gemw. Wat als het verwerven van aandelen niet tot gevolg heeft dat de zeggenschap wordt vergroot, maar dat deze kleiner wordt of gelijk blijft, bijvoorbeeld als een overheid pro rata of minder dan pro rata meedoet bij een uitgifte van aandelen? Uit een grammaticale uitleg van artikel 160 lid 2 Gemw zou kunnen worden afgeleid dat elke verwerving van aandelen onder het deelnemingsbegrip valt, ook indien de zeggenschap niet wordt vergroot. Er is dan immers sprake van 'deelnemen in' en van het verkrijgen van zeggenschap, ook wanneer geen sprake is van *meer* zeggenschap dan voorheen.

Het aanmerken van een aandelenverkoop als deelneming verdraagt zich minder goed met de redactie van artikel 160 lid 2 Gemw.<sup>7</sup> Dat neemt niet weg dat het verkopen kan geschieden met het oogmerk een openbaar belang te behartigen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een overheid niet langer betrokken wil zijn bij een bedrijf dat zaken doet met bepaalde contractspartijen. Tegenvallende opbrengsten of het creëren van liquide middelen zouden ook een reden kunnen zijn om aandelen (gedeeltelijk) af te stoten.

### Aangewezen voor de behartiging van het openbaar belang

Dat een openbaar belang wordt gediend met een deelneming is bijna inherent aan het feit dat een overheid een besluit neemt over iets dat binnen haar bevoegdheden valt.<sup>8</sup> Niet elk openbaar belang is echter ook het belang van elke overheid. Het openbaar belang dat een gemeente dient, zal vaak beperkt zijn tot de belangen die zij dient binnen haar gemeentegrenzen. Binnen die gemeentegrenzen kunnen echter verschillende openbare belangen worden aangewezen, zoals waterleidingbeheer, openbaar vervoer, afvalverwerking en elektriciteitsvoorziening.

Centraal staat de vraag of de deelneming in het bijzonder is aangewezen voor het behartigen van het (gemeentelijk) openbaar belang. Het college dient bijvoorbeeld de keuze te motiveren voor het oprichten van een BV in plaats van een stichting. Beperking van aansprakelijkheid en financiële risico's kunnen redenen zijn voor het deelnemen in BV's en NV's. Naast het noemen van specifieke gemeentelijke openbare belangen zal het college moeten onderbouwen waarom zeggenschap in de betrokken vennootschap die openbare belangen zal bevorderen. In belangrijke mate zijn deze afwegingen politiek van aard en kunnen daarom in de loop der tijd wijzigen. Bij het wisselen van de wacht na verkiezingen kan de vlag er weer heel anders bij hangen.

3. Vgl. art. 1 lid 1 onder e Bbv.

4. Kamerstukken II 1963/64, 7685, 3, p. 9. Zie ook de uitleg van De Moor in: B.F.Th. de Moor, Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen, Gst. 2007/97.

5. Zie bijv. KB 1 oktober 1926, AB 322, G. 3923, W.G.B. 408.

6. Kamerstukken II 1999/2000, 26906, 3, p. 22; Kamerstukken II 2000/01, 27751, 6, p. 54.

7. In dezelfde zin De Moor 2007.

8. Zie Ministerie van Justitie 2007, p. 17.

## *Wensen en bedenkingen*

Een besluit tot deelneming kan zowel financieel als anderszins ingrijpend zijn voor een gemeente.<sup>9</sup> Om die reden moet de raad in de gelegenheid worden gesteld zijn bedenkingen en wensen te uiten over het ontwerpbesluit tot deelneming, de zogenaamde 'voorhangprocedure'.

Weliswaar kan de raad een definitief besluit hier juridisch niet tegenhouden, maar vanwege de politieke vertrouwensrelatie tussen raad en college zal het niet vaak voorkomen dat het college geen gehoor geeft aan (een deel van) de wensen van de raad. De raad kan inhoudelijke en procedurele kaders stellen aan de besluitvorming door het college voor belangrijke privaatrechtelijke rechtshandelingen.<sup>10</sup> Het gaat onder meer om het stellen van financiële kaders via het budgetrecht van de raad, waarover later meer. Ook kan de raad naar aanleiding van in zijn ogen onjuist gebruik van de bestuursbevoegdheid bij motie (van wantrouwen) aan het college om een notitie vragen, die vervolgens in de raad wordt behandeld. Tot slot is het college verplicht de raad alle informatie te verstrekken die de raad voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft. Daaronder kan onder omstandigheden ook worden gerekend informatie over voornemens van het college tot het aangaan van deelnemingen (art. 169 Gemw).<sup>11</sup>

## **Goedkeuringsrecht gedeputeerde staten**

Nadat de voorhangprocedure bij de gemeente is doorlopen, wordt het besluit tot deelneming ter goedkeuring voorgelegd aan gedeputeerde staten (art. 160 lid 3 Gemw). Deze zijn bevoegd, maar niet verplicht, onder omstandigheden hun goedkeuring te onthouden. Een besluit tot deelneming kan ook gedeeltelijk worden goedgekeurd, voor zover een gedeeltelijke inwerkingtreding zou stroken met de aard van het besluit en het college gelegenheid tot overleg is geboden (art. 10:29 en 10:30 Awb).

De goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Gedeputeerde staten toetsen of voldaan is aan de voorwaarden voor een deelneming, met name of de deelneming in het bijzonder is aangewezen voor de behartiging van het openbaar belang.<sup>12</sup> Ook wordt getoetst aan wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Bijvoorbeeld of de voorhangprocedure is doorlopen en op welke wijze rekenschap is gegeven van de wensen en bedenkingen van de raad. De goedkeuring wordt gezien als een vorm van preventief toezicht in het belang van de democratische controle en de openbaarheid. Volgens de wetgever moet erop worden toegezien dat het uitvoeren van de overheidstaak niet te zeer versnipperd raakt over verschillende privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>13</sup>

Gedeputeerde staten controleren ook of de gemeente geen financiële verplichtingen op zich neemt die zij niet aankan.<sup>14</sup> De financiële gevolgen van een deelneming moeten daarom (tijdig) in kaart worden gebracht door het college. In een bestuurlijk overleg tussen gedeputeerde staten van de provincies en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is in juni 2003 het Gemeenschappelijke Minimum Beleidskader Toezicht (GMBT) vastgesteld. Het GMBT bevat minimumnormen die de toezichthouders toepassen, maar het staat provincies vrij hun eigen beleid vast te stellen. Het GMBT is met name bedoeld om een gezonde financiële situatie bij gemeenten en provincies te bevorderen.

Gedeputeerde staten maken het besluit omtrent goedkeuring binnen dertien weken na verzending door het college bekend (art. 10:31 lid 1 Awb). Deze termijn kan met dertien weken worden verdaagd (art. 10:31 lid 2 Awb). Als de termijn – inclusief een eventuele verdaging – is verstreken, dan is het goedkeuringsbesluit van rechtswege gegeven (art. 10:31 lid 4 jo. art. 4:20b lid 1 Awb).

Het goedkeuringsvereiste lijkt niet langer aan te sluiten op de praktijk en maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>15</sup> Het zal, zoals het er nu naar uitziet, komen te vervallen bij een aanhangig wetsvoorstel tot wijziging van de Gemw, de Provw de Waterschapswet en de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.<sup>16</sup>

## **Vernietiging door de Kroon**

Onder uitzonderlijke omstandigheden kan een besluit of niet-schriftelijke beslissing gericht op enig rechtsgevolg bij koninklijk besluit worden vernietigd (art. 268 Gemw). Dit kan dus ook zien op beslissingen tot verwerving of verkoop van aandelen en andere beslissingen met betrekking tot de deelneming die rechtsgevolg hebben.

Vernietiging vindt alleen plaats indien sprake is van strijd met het recht of het algemeen belang (art. 10:35 Awb) en niet eerder dan nadat de gemeente gelegenheid tot overleg is geboden (art. 10:41 lid 1 Awb). Een besluit tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen kan niet worden vernietigd als dertien weken zijn verstreken sinds dat besluit is bekendgemaakt (art. 10:39 lid 1 Awb). De vernietiging strekt zich uit tot alle rechtsgevolgen van het besluit, niet tot de feitelijke gevolgen (art. 10:42 lid 1 Awb).<sup>17</sup> Tegen een vernietigingsbesluit staat voor belanghebbenden rechtstreeks beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 281a Gemw jo. bijlage 1 en 2 art. 2 Awb).

14. Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 208.

15. Zie Ministerie van Justitie 2007.

16. Kamerstukken II 2012/13, 33691. Na de vaststelling op 16 januari 2014 van de NV II ligt het wetsvoorstel nu klaar voor een plenaire behandeling in de Tweede Kamer.

17. T.C. Borman, T&C Algemene wet bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 922-923; HR 28 februari 1975, AB 1975/128 (Parochiehuis Woerden).

9. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 112.

10. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 60.

11. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 6, p. 54.

12. Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 207.

13. Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 207. Zie ook Ministerie van Justitie 2007, p. 13-14.

Een sprekend voorbeeld van vernietiging deed zich voor in 2006/2007, toen de Staat wilde besluiten tot de gedeeltelijke privatisering van Luchthaven Schiphol NV. De Staat en de Gemeente Amsterdam waren beide aandeelhouders van Schiphol. De Staat wilde Schiphol gedeeltelijk privatiseren, de gemeente niet. Voor een gedeeltelijke privatisering was een statutenwijziging nodig, die alleen kon plaatsvinden met instemming van de gemeente. In een bijzondere aandeelhoudersvergadering stemde de gemeente tegen de statutenwijziging. De Kroon vernietigde vervolgens de niet-schriftelijke beslissing van het college tot het niet instemmen met de statutenwijziging, zoals dit zich had geuit met de stem van de gemeente.<sup>18</sup> De gemeente ging in beroep tegen die beslissing bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en maakte een procedure aanhangig bij de Ondernemingskamer. De Kroon trok de vernietiging uiteindelijk in. Interessante juridische vragen zijn daardoor onbeantwoord gebleven, zoals de vraag of het publiekrechtelijke middel van vernietiging per koninklijk besluit gerechtvaardigd is in een aandeelhoudersrelatie.

### Budgetrecht van de raad

Een ander controle-instrument van de raad, naast de voorhangprocedure, is zijn budgetrecht. Het college dient de raad op grond van de Gemw en het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (Bbv) inzicht te bieden in het financiële belang van gemeentelijke deelnemingen (art. 186 Gemw jo. art. 15 lid 1 Bbv).<sup>19</sup> Dit doet het college door de relatie tussen de deelnemingen en het publieke belang te beschrijven in een aparte paragraaf van de gemeentebegroting met de titel 'Verbonden partijen'. Daarbij dient apart te worden stilgestaan bij de voornemens van het college over deelnemingen.<sup>20</sup> Een college dat tot privaatrechtelijke rechtshandelingen besluit met financiële consequenties die niet zijn begroot, kan in grote politieke problemen komen.<sup>21</sup>

### Onderzoek gemeentelijke rekenkamer

De gemeentelijke rekenkamer onderzoekt de doelmatigheid, de doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het door het college gevoerde bestuur (art. 182 lid 1 Gemw). Zij kan op verzoek van de raad een onderzoek instellen naar deelnemingen van de gemeente (art. 182 lid 2 Gemw).

Voor deelnemingen van een bepaalde omvang heeft de rekenkamer eigen en vergaande bevoegdheden. Van BV's en NV's waarvan de gemeente meer dan 50% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt, is de rekenkamer bevoegd bij de betrokken onderneming nadere inlichtingen in te winnen over de jaarrekeningen, daarop betrekking hebbende (accountants)rapporten en overige documenten met betrekking tot die onderneming die bij het college berusten (art. 184 Gemw). Als bepaalde documenten ontbreken, kan de rekenkamer van

de betrokken onderneming overlegging vorderen (art. 184 lid 2 Gemw). Als de documenten daartoe aanleiding geven, kan de rekenkamer bij de onderneming en bij de administrateur een onderzoek instellen (art. 184 lid 3 Gemw). Deze bevoegdheden bestrijken alleen de jaren waarin de gemeente meer dan 50% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt (art. 184 aanhef lid 1 Gemw). Deze bevoegdheden bestaan ook als het meerderheidsbelang van de overheid (deels) wordt gehouden door middel van stemrecht- of winstrechtloze aandelen.<sup>22</sup>

Hoewel sprake is van vergaande onderzoeksbevoegdheden,<sup>23</sup> heeft de rekenkamer geen juridische middelen om de betrokken onderneming tot medewerking te dwingen. Mijns inziens kan het bestuur van de onderneming weigeren de gevraagde informatie aan de rekenkamer te verstrekken, indien het verstrekken de belangen van de onderneming zou schaden of indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 2:8 BW). De rekenkamer kan echter een bepaalde gevolgtrekking verbinden aan de weigering documenten over te leggen en in haar rapportage een opmerking maken met betrekking tot het ontbreken van stukken.<sup>24</sup>

In de rapporten van de rekenkamer worden geen gegevens en bevindingen opgenomen die naar hun aard vertrouwelijk zijn (art. 185 lid 1 Gemw). Een afschrift van de rapporten en verslagen wordt gezonden aan de raad, het college en de betrokken onderneming (art. 185 lid 4 Gemw). De rapporten en de verslagen van de rekenkamer zijn openbaar (art. 185 lid 5 Gemw).

### Deelnemingenbeleid

Het college kan beleid vaststellen met betrekking tot zijn bevoegdheid deelnemingen aan te gaan (art. 4:81 Awb). Zulk beleid bevat richtlijnen over de wijze waarop het college zelf tot een deelnemingsbesluit komt en bindt in beginsel alleen het college zelf. De aard van beleid is dat daar onder bijzondere omstandigheden van kan worden afgeweken, met name als die omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met het beleid te dienen doelen.

Het deelnemingenbeleid verschilt van overheid tot overheid, zowel in diepgang als in omvang. Sommige gemeenten hebben over dit onderwerp geen beleid vastgesteld. Die gemeenten zoeken soms aansluiting bij het rijksbeleid neergelegd in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 en voorgangers van die nota.<sup>25</sup> Het komt ook voor dat gemeenten alleen voor bepaalde soorten deelnemingen het rijksbeleid volgen, bijvoor-

18. <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2006-615.pdf>>.

19. Stb. 2003, 27, p. 48.

20. Stb. 2003, 27, p. 59.

21. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 60.

22. Kamerstukken II 2009/10, 32426, 3, p. 22.

23. Kamerstukken II 2000/01, 27751, 3, p. 70.

24. In dezelfde zin S. Brackmann, De gemeentelijke rekenkamer dwingt gemeenten tot aanbesteden, Tijdschrift Aanbestedingsrecht, maart 2005, p. 48.

25. Ministerie van Financiën, Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, Den Haag, 18 oktober 2013.

beeld in geval van doorslaggevende zeggenschap.<sup>26</sup> Soms sluiten gemeenten en provincies bij het opstellen van het eigen beleid aan bij dat van andere decentrale overheden, zoals bij dat van de Gemeente Amsterdam.

Deelnemingenbeleid biedt veel inzicht in het denken en handelen van de overheid-aandeelhouder. Om een indruk te geven beschrijf ik hierna aspecten van het Amsterdamse en Overijsselse beleid.

### *Amsterdams deelnemingenbeleid*

Het Amsterdamse deelnemingenbeleid is neergelegd in het document 'Doelgericht op Afstand II'.<sup>27</sup> Aan de hand van een stappenplan bepaalt de gemeente of een deelneming wordt aangegaan. Daarbij worden de volgende vragen gesteld: (1) is sprake van een gemeentelijk publiek belang, (2) is volledige gemeentelijke betrokkenheid noodzakelijk, (3) is behartiging als opdracht- of regelgever of subsidie- of leningverstrekker mogelijk en afdoende, en (4) welke rechtsvorm is het meest geschikt?

Het Amsterdamse beleid bevat een eigen visie op governance. De Nederlandse Corporate Governance Code<sup>28</sup> geldt als leidraad. Wel hanteert de gemeente strengere regels ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemen en ten aanzien van het beloningsbeleid. Zo is het bijvoorbeeld bij nieuwe 100%-deelnemingen verplicht een paragraaf over maatschappelijk verantwoord ondernemen op te nemen in de statuten. De gemeente acht de introductie van een *one-tier board* niet wenselijk voor haar deelnemingen. De Rijnlandse *two-tier board* zou het publieke belang beter borgen door de onafhankelijke positionering van de raad van commissarissen tegenover het bestuur en de eenduidige rolverdeling tussen die twee organen.

Om grip te houden op haar deelnemingen wil de gemeente afspraken maken met het bestuur en de raad van commissarissen over de wijze waarop zij wordt geïnformeerd of goedgekeuring verleent aan de ondernemingsstrategie, grote investeringsbeslissingen, het bezoldigingsbeleid, het beoordelen van de vermogensstructuur en het benoemen en ontslaan van leden van het bestuur en de raad van commissarissen. De gemeente streeft ernaar zich in het beheer van deelnemingen als zakelijk en actief aandeelhouder op te stellen.

### *Overijssels deelnemingenbeleid*

Het deelnemingenbeleid van de Provincie Overijssel komt op veel punten overeen met het Amsterdamse beleid en put daar ook uit.<sup>29</sup> Ik noem een paar belangrijke aanvullingen.

In de voorhangprocedure is het uitgangspunt dat de consultatie van provinciale staten 'het vragen van instemming' is. Provinciale staten hebben in zoverre dus een grotere rol in de besluitvorming dan volgt uit artikel 158 lid 2 Prov. w.

Interessant is ook dat relatief gedetailleerd beleid is opgesteld voor het vervreemden van aandelen. Een wenselijk profiel wordt opgesteld van de kopende partij, beredeneerd vanuit het publieke belang en het belang van de aandeelhouder. Zaken als het opzetten van een *vendor due diligence*, het benaderen van de markt en het tekenen van intentieverklaringen worden in een stappenplan weergegeven. Ook werpt de provincie waar mogelijk een drempel op met betrekking tot de uitkering van bonussen aan het bestuur wanneer de deelneming naar de markt wordt gebracht.

### **Geheimhouding**

De aandeelhoudende overheid kan beschikken over (markt)gevoelige informatie van de vennootschap waarin zij deelneemt of van partijen die direct of indirect zijn betrokken bij de onderneming. Deze informatie kan onder meer in het kader van democratische verantwoording onder een groot aantal personen worden verspreid, zoals wethouders, raadsleden en medewerkers van de betrokken dienst van de gemeente. Daarnaast zijn bestuursorganen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) verplicht bepaalde informatie op verzoek van eenieder openbaar te maken. De Gemw voorziet in mogelijkheden om de geheimhouding van gevoelige informatie te waarborgen.

De burgemeester, het college, de raad en commissies kunnen geheimhouding opleggen over het in een besloten vergadering behandelde en over de inhoud van stukken die aan deze organen zijn overgelegd (art. 25 en 55 Gemw). De geheimhouding wordt in acht genomen totdat het betrokken orgaan deze opheft. De verplichting tot geheimhouding die aan de raad is opgelegd door een van de andere organen vervalt als deze niet door de raad wordt bekrachtigd in zijn eerstvolgende vergadering die door meer dan de helft van de leden is bezocht (art. 25 lid 3 Gemw).

Aan de geheimhouding kan onder meer het volgende ten grondslag worden gelegd:

1. Het betreft bedrijfsgegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de gemeente zijn meegedeeld.
2. Het betreft economische of financiële belangen van de gemeente.
3. Geheimhouding dient om onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden te voorkomen (art. 10 lid 1 onder c en lid 2 onder b en g WOB).

### **Vertegenwoordiging**

Hoewel het college het bevoegde bestuursorgaan is voor besluiten tot deelneming en tot uitoefening van aandeel-

26. Bestuursdienst Gemeente Amsterdam, Doelgericht op Afstand II, Amsterdam, 13 maart 2013, p. 13.

27. Bestuursdienst Gemeente Amsterdam 2013.

28. <[www.corpgov.nl/](http://www.corpgov.nl/)>.

29. Deelnemingenbeleid Overijssel, 8 april 2008, 2008/0054081.

houdersbevoegdheden van de gemeente, is de burgemeester bevoegd de gemeente in en buiten rechte te vertegenwoordigen (art. 171 lid 1 Gemw). Een collegebesluit tot verwerving van aandelen of om op een bepaalde manier te stemmen tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) kan dus alleen rechtsgeldig ten uitvoer worden geleid door de burgemeester.<sup>30</sup>

De burgemeester kan de vertegenwoordiging opdragen aan een door hem aan te wijzen persoon (art. 171 lid 2 Gemw). In de praktijk machtigt de burgemeester een ambtenaar of bijvoorbeeld een vakwethouder. De interne besluitvorming kan er dan als volgt uitzien. De vakwethouder brengt zijn stemadvies voor in de AVA in bij het college via een collegevoordracht. Het college accordeert het advies bij besluit. De vakwethouder neemt met machtiging van de burgemeester deel aan de AVA en brengt zijn stem uit conform het collegebesluit.

### Afronding

Deze bijdrage geeft een beeld van de procedurele en beleidsmatige kaders waarbinnen decentrale overheden functioneren als zij deelnemen in een BV of NV. Voor een belangrijk deel doet het bovenstaande ook opgeld als het de centrale overheid betreft en wanneer overheden deelnemen in andere soorten rechtspersonen. Er is sprake van een uitgebreid systeem van *checks and balances* om recht te doen aan het openbaar belang en de democratische controle van overheidsbesturen.

De wettelijke regeling voor deelnemingen is op onderdelen nog niet geheel uitgekristalliseerd, bijvoorbeeld voor wat betreft de precieze invulling van het begrip 'deelneming'. De regeling staat op het punt te wijzigen door de afschaffing van het goedkeuringsrecht van gedeputeerde staten en de minister. Er is een tendens bij overheden om steeds vaker een deelneming aan te gaan en dit slaat neer in het deelnemingenbeleid van gemeenten en provincies.

De casus Vitens kan met het voorgaande beter worden begrepen. Een actief aandeelhouderschap van de Provincie Overijssel betekent in dit geval dat invloed wordt uitgeoefend op het bestuur van Vitens en op de vennootschapsrechtelijke besluitvorming. Interessant is dat het initiatief tot het uitoefenen van de aandeelhoudersbevoegdheid in dit geval wordt gedreven door provinciale staten en niet door gedeputeerde staten, die toch het bevoegde bestuursorgaan zijn voor deelnemingen. Het Overijssels deelnemingenbeleid biedt enig inzicht in de houding van gedeputeerde staten jegens provinciale staten: 'U geeft de richting aan.' Ook al heeft Overijssel niet genoeg aandelen om een bijzondere vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen, haar inmenging kan vanwege het politieke karakter toch van invloed zijn. Zeker als zij andere (over-

heid)aandeelhouders van Vitens achter haar standpunt weet te scharen.

---

30. Voor een meer uitgebreide bespreking van vertegenwoordigingsperikelen bij het contracteren met de overheid verwijs ik naar M.J. Woodward, Valkuilen bij contracteren met publiekrechtelijke rechtspersonen, V&O 2012, p. 146-152.