

## **Toelichting**

**Onderwerp** : Deelneming in Stichting Achterhoek Toerisme

Hieronder de achtergronden van de totstandkoming van Achterhoek Toerisme en de juridische context van de deelneming<sup>1</sup> in het bestuur van Achterhoek Toerisme.

### **Hoe is Achterhoek Toerisme tot stand gekomen.**

In de periode 2008-2011 is toegewerkt naar een nieuwe toeristische organisatie voor de Achterhoek. Op 5 april 2011 is tijdens een bijeenkomst met de gezamenlijke colleges het eerste concept voorstel voor de nieuw te vormen toeristische organisatie besproken. De geformeerde stuurgroep kreeg de opdracht om de ambities voor de Vrijtijdseconomie en de financiële structuur duidelijker te krijgen. De stuurgroep heeft met Twijnstra en Gudde toegewerkt naar een concept beslisdocument. Dit is december 2011 besproken door het Programmteam Vrijtijdseconomie (Regio Achterhoek). Twijnstra en Gudde had geadviseerd om het Achterhoeks bureau voor toerisme, VVV Achterhoek en een deel van het Recreatieschap om te vormen tot één efficiëntere en goedkopere organisatie. De organisatie zou moeten worden aangestuurd door een Raad van Toezicht, dat bezet zou worden door vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en overheid. De voorbereidingsfase moest voor de zomer 2012 zijn afgerond om na de zomer de besluitvorming af te kunnen ronden. De planning was om de nieuwe organisatie per 1-1-2013 te laten starten. Ondertussen vond een reorganisatie plaats bij de Regio Achterhoek. De programmateams zijn opgeheven.

Naar aanleiding van het faillissement van het Achterhoeks Bureau voor Toerisme in juli 2012 en de VVV Achterhoek én de ontmanteling van het Recreatieschap Achterhoek Liemers (RAL) hebben het Portefeuillehoudersoverleg Vrijtijdseconomie en het bedrijfsleven in de toeristische sector in 2012 de handen ineen geslagen om de vrijetijdssector verder te ontwikkelen tot een stevige drager binnen de economische sector in de Achterhoek. Daartoe is per 6 september 2012 de Stichting Achterhoek Toerisme (AT) in het leven geroepen. Volgens het in opdracht van de Regio Achterhoek opgestelde Bedrijfsplan Stichting Achterhoek Toerisme (d.d. 12 december 2012) kreeg AT aanvankelijk een “tijdelijk bestuur waarmee de periode naar structurele invulling van de nieuwe organisatie wordt overbrugd”. Vanwege die overgangssituatie is de stichting niet opgericht door genoemde partijen maar door een drietal personen in privé, te weten de heer L. Scharenborg, wethouder gemeente Berkelland, de heer B.J. Bussink, wethouder gemeente Lochem en de heer J. de Boer, ondernemer. In de statuten is overigens niet verwoord dat het hier om een tijdelijke situatie ging.

Vervolgens heeft het bestuur van de stichting, dat daartoe statutair bevoegd was, de statuten gewijzigd op 31 oktober 2013. Pas in deze gewijzigde statuten komt de betrokkenheid van de gemeenten tot uitdrukking in de bestuursamenstelling. Bepaald is namelijk dat aan het platform ‘Portefeuillehoudersoverleg Vrijtijdseconomie’, evenals aan de Vrijtijds Ondernemers Achterhoek (VOA), een bindend voordrachtsrecht toekomt voor de benoeming van twee bestuursleden (in een bestuur dat uit ten minste vijf bestuurders bestaat). Ook komt de gemeentelijke betrokkenheid in de statuten nog meer tot uitdrukking door een uitbreiding van de doelomschrijving. Aan het primaire doel (kort samengevat: versterking van de toeristisch-recreatieve sector in de Achterhoek en het vervullen van de functie van routeontwikkelaar en beheerder) wordt onder meer toegevoegd: het beheren van gelden (en overige goederen) van het voormalige recreatieschap Achterhoek-Liemers. Oud-wethouder Scharenborg van Berkelland en wethouder Te Gronde van Winterswijk hebben tot nu toe zitting in het bestuur gehad.

Omdat over het beheer van de publieke gelden alleen de gemeentelijke bestuurders binnen de stichting zeggenschap behoren te hebben, is door de AT op 13 december 2013 een zogenaamde steunstichting in het leven geroepen: de Stichting Beheer Gelden Routebureau Achterhoek. Het bestuur van deze stichting bestaat uit ten minste 3 leden, waaronder de twee door het portefeuillehoudersoverleg voorgedragen bestuursleden en de uitvoerend bestuurder.

Het doel is het beheer van publieke gelden en wel 1) de gelden die afkomstig zijn van het voormalige RAL en bestemd zijn voor de ontwikkeling en beheer van routestructuren en 2) de gelden (subsidies) die afkomstig zijn van de deelnemende gemeenten en bestemd zijn voor investeringen in routenetwerken.

### **Juridische context van de deelneming in het bestuur van Achterhoek Toerisme**

Aan de rol die in de statuten van AT aan het portefeuillehoudersoverleg is toebedeeld, liggen afspraken ten grondslag die in maart 2013 in het portefeuillehoudersoverleg zijn gemaakt. Het feit dat die afspraken zijn gemaakt met medeweten en instemming van alle colleges en gemeenteraden, betekent dat het vanaf het begin duidelijk is geweest dat de 10 gemeenten feitelijk deelnemen in de stichting en dat de beide wethouders daar namens de 10 gemeenten zitten. Dit neemt niet weg dat aan de participatie in de stichting de vereiste besluiten van de bevoegde bestuursorganen ontbreken. De formele gemeentelijk besluitvorming heeft zich tot nu toe beperkt tot de subsidiëring van de stichting. Dit betekent dat de bevoegde gemeentelijke bestuursorganen materieel wel maar formeel niet hebben ingestemd met de participatie in de stichting. Die formele besluitvorming moet alsnog plaatsvinden, ook omdat de statuten moeten worden gewijzigd op het punt van de benoeming van de twee gemeentelijke bestuurders. Het voordrachtsrecht daartoe moet formeel niet toekomen aan het portefeuillehoudersoverleg maar aan de colleges van burgemeester en wethouders.

In artikel 160 lid 2 en 3 Gemeentewet is bepaald dat het college slechts tot de oprichting van en de deelneming in (onder meer) een stichting besluiten, 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 ontwerpbesluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen. Het besluit moet worden goedgekeurd door gedeputeerde staten. Die goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

Wezenlijk in de huidige statuten van AT zijn de volgende artikelen:

- 1 art. 2. Hier worden de doelen van de stichting beschreven.
- 2 art. 4. Het bestuur bestaat uit ten minste 5 door het bestuur te benoemen bestuurders waarvan er ten minste één uitvoerend bestuurder (en daarmee coördinerend manager) is. De informele vereniging 'Vrijetijds Ondernemers Achterhoek' en het platform 'Portefeuillehoudersoverleg Vrijetijdseconomie' hebben elk een bindend voordrachtsrecht voor de benoeming van twee bestuurders. Daarbij is bepaald dat een voorgedragen kandidaat een reële functie dient te vervullen binnen de instantie/organisatie door wie hij wordt voorgedragen.
- 3 art. 9.3. In de administratie moeten de volgende functies van elkaar gescheiden zijn: 1) marketing en promotie en 2) routeontwikkeling en beheer.

Uit oogpunt van transparantie is het gewenst dat artikel 4 wordt gewijzigd. Omdat het platform 'Portefeuillehoudersoverleg Vrijetijdseconomie' geen zelfstandige juridische entiteit is maar een afvaardiging van de tien colleges, ligt het voor de hand dat het bindend voordrachtsrecht statutair bij de tien colleges komt te berusten. Zij zullen twee leden uit hun midden kandideren. Dezelfde wijziging moet in de statuten van de steunstichting worden

doorgevoerd (ook artikel 4). Ook met deze statutaire wijzigingen blijft het portefeuillehoudersoverleg uiteraard de plek waar de samenwerking feitelijk gestalte krijgt.

In het door u te nemen (ontwerp)besluit moet u dus motiveren dat deelneming in de bestaande stichting 'de meest aangewezen weg is voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Vervolgens moet de raad over dit ontwerpbesluit zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college kunnen brengen, waarna u het definitieve besluit neemt. Dat besluit moet worden goedgekeurd door Gedeputeerde Staten.

De woorden 'de meest aangewezen weg' duiden allereerst op het feit dat de wet ervan uitgaat dat bij het aangaan van samenwerking bij voorkeur wordt gekozen voor een publiekrechtelijke rechtsvorm, zoals de commissie en de gemeenschappelijke regeling. Een samenwerking met een private partij als hier aan de orde is (met de vereniging 'Vrijetijds Ondernemers Achterhoek') vindt echter altijd plaats in een privaatrechtelijke rechtspersoon, het vaakst in een stichting. De Wet gemeenschappelijke regelingen kent weliswaar een procedure waarbij privaatrechtelijke rechtspersonen in uitzonderlijke gevallen, op basis van een bij Koninklijk Besluit afgegeven machtiging, mogen deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling, maar dat is hier een theoretische optie die we hier verder buiten beschouwing laten. Ook de instelling van een commissie als bedoeld in de Gemeentewet is geen optie voor de hier beoogde (gelijkwaardige) samenwerking tussen gemeente en bedrijfsleven die moet plaatsvinden in een samenwerkingsvorm met rechtspersoonlijkheid. Een commissie heeft namelijk geen rechtspersoonlijkheid, terwijl er ook geen sprake is van gelijkwaardigheid omdat het om een gemeentelijk orgaan gaat.

Er moet vervolgens wel worden gemotiveerd waarom voor deze samenwerkingsvorm wordt gekozen. Onder deelneming in een stichting moet volgens de Memorie van Toelichting bij de Gemeentewet worden verstaan: het actief deelnemen aan werkzaamheden van de stichting ten einde daardoor rechtstreeks een gemeentelijke taak uit te oefenen.

In het artikel 'Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten' (mr. drs. B.F.Th. de Moor. De Gemeentestem 2007, 97) zijn de geldende criteria als volgt op een rij gezet:

Bij een oprichting en/of deelneming als bedoeld in art. 160 Gemw is sprake van:

1. betrokkenheid bij de privaatrechtelijke rechtsvorm;
2. waarbij het oogmerk bestaat;
3. door het verkrijgen van zeggenschap in de rechtsvorm;
4. en/of het actief deelhebben aan werkzaamheden van de rechtsvorm;
5. rechtstreeks
6. een gemeentelijk belang te behartigen;
7. of mede te behartigen.

Uit het voorgaande blijkt ons inziens duidelijk dat de deelneming van de gemeenten in AT aan deze criteria voldoet. Alle gemeenten zijn bij de stichting betrokken omdat ze een door hen te behartigen overheidstaak uitoefenen via de stichting waarvoor ze middelen inbrengen in de stichting. Ook bij het criterium 'rechtstreeks' hoeft geen vraagteken worden gezet. Weliswaar verloopt de zeggenschap van acht gemeenten via twee, mede door hen aangewezen, portefeuillehouders van andere gemeenten, maar dit betekent niet dat hun belangen niet rechtstreeks zouden worden behartigd. Het gaat bovendien om het oogmerk van rechtstreekse zeggenschap. Als de raden en colleges met deze constructie instemmen is er geen probleem. Een vergelijkbare constructie is al eerder toegepast en goedgekeurd door de

provincie Gelderland. Het ging daarbij om de Stichting Strategische Board Stedendriehoek (waarin ook de gemeenten Zutphen en Lochem deelnamen). Overigens is het onderhavige voorstel doorgesproken met behandelend ambtenaren van de provincie. Zij kunnen zich hierin vinden.

### **Rechtsverhouding tussen de Stichting Achterhoek Toerisme en de gemeenten**

De voorgestelde formalisering van de deelneming door de gemeenten aan de stichting houdt alleen maar in dat een reeds bestaande deelneming alsnog een correcte besluitvormingstraject doorloopt. In de rechtsverhouding tussen stichting en gemeenten verandert niets. Over die rechtsverhouding merken wij nog het volgende op.

De besluitvorming door het bestuur is statutair zodanig geregeld dat de gemeenten nooit kunnen worden overruled door de VOA. Verder zijn de gemeenten in beginsel niet aansprakelijk voor door AT aangegane verplichtingen. De AT kent als rechtspersoon een eigen positie, organisatie en een eigen verdeling van de bevoegdheden. Voor aangegane verplichtingen is de AT dan ook in beginsel zelf aansprakelijk en niet anderen. Voor de bestuursleden geldt uiteraard wel de uit artikel 2:9 lid 2 Burgerlijk Wetboek voortvloeiende bestuurdersaansprakelijkheid bij onbehoorlijk bestuur. Ze zijn daarvoor verzekerd.

Wij merken in dit verband tenslotte nog op dat op grond van artikel 2:9 lid 1 BW elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. In het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt dit nog uitgebreid met de verplichting van de bestuurder om zich te richten op het belang van de rechtspersoon.

### **Vervallen goedkeuring door GS**

Het ziet er naar uit dat het vereiste van goedkeuring door Gedeputeerde Staten zal vervallen. Een daartoe strekkend wetsvoorstel (het schrappen van artikel 160 lid 3 Gemeentewet) is door de Tweede én Eerste Kamer aangenomen.

<sup>1</sup> Een rechtspersoon of vennootschap heeft een deelneming in een rechtspersoon, indien hij of een of meer van zijn dochtermaatschappijen alleen of samen voor eigen rekening aan die rechtspersoon kapitaal verschaffen of doen verschaffen teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid. Indien een vijfde of meer van het geplaatste kapitaal wordt verschaft, wordt het bestaan van een deelneming vermoed. (Burgerlijk Wetboek Boek 2: Rechtspersonen/Algemene bepalingen/Artikel 24c)

