

T R I P

# Samenwerkingsverbanden

Dinsdag 16 November 2021

Elmer van de Kamp  
Rens Snel

A D V O C A T E N  
N O T A R I S S E N

## Programma:

10.00: even voorstellen en inleiding

10.10: civielrechtelijke aandachtspunten

10.40: bestuursrechtelijk aandachtspunten

11.10: korte pauze

11.20: gezamenlijke verkenning *best practices*

12.00: einde

## Inleiding en afbakening

- Samenwerkingsvormen, maar met name
  - tussen overheden en
  - contractueel
- Samen op zoek naar standaard en/of “cafetariamodel”
- Antwoord op een aantal vragen met betrekking tot formele besluitvorming

## Overeenkomsten tussen overheden

- Wie gaan de overeenkomst aan (partijen)?:
  - rechtspersonen naar publiekrecht, art. 2:1 en 2:5 BW (Staat, provincie, gemeente)
  - bestuursorganen
  - of beide

Voorbeeld:

*De minister van [...], [naam] gevestigd te 's-Gravenhage, handelend in de hoedanigheid van bestuursorgaan en als rechtsgeldig vertegenwoordiger van de Staat der Nederlanden, hierna genoemd "de Staat",*

## Overeenkomsten tussen overheden

- Wie beslist hierover?
  - privaatrecht: college van GS (art. 158 lid 1 sub d Provinciewet), B&W (art. 160 lid 1 sub d Gemeentewet);
  - publiekrecht: bevoegd gezag

## Overeenkomsten tussen overheden

- Wie is bevoegd tot vertegenwoordiging?:
  - privaatrecht: de commissaris van de Koning (art. 176 lid 1 Provinciewet), de burgemeester (art. 171 lid 1 Gemeentewet)
  - NB CvdK en burgemeester kunnen deze vertegenwoordiging aan een ander opdragen (art. 176 lid 2 Provinciewet resp. 171 lid 2 Gemeentewet)
  - publiekrecht: bevoegd gezag zelf
  - NB: Houd rekening met begrotingsrecht (PS, raad) en wensen en bedenkingen (art. 158 lid 2 Provinciewet, art. 160 lid 2 Gemeentewet)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Waarop heeft de overeenkomst betrekking?
- Bijzonder geval: de bevoegdhedenovereenkomst

Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden. Een dergelijke overeenkomst kan door een bestuursorgaan of een overheidslichaam worden aangegaan indien en voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid. (HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, NJ 2017, 156)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Binding:
  - als overeenkomst naar privaatrecht
  - als zelfbinding bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden
  - let op bevoegdhedenovereenkomsten: de rechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden kan privaatrechtelijk een toerekenbare niet-nakoming opleveren (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (Etam / Zoetermeer))
  - in beginsel slechts binding tussen partijen



## Overeenkomsten tussen overheden

- Aansprakelijkheid:
  - nakoming en niet-nakoming (let op HR 23 juni 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0834, NJ 1991, 673 (GCN / Nieuwegein))
  - ontbinding wegens niet-nakoming
  - toerekenbare niet-nakoming: schade
  - let op derden: derdenbeding en schakeljurisprudentie
  - HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017, 364

Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractsverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben.

## Overeenkomsten tussen overheden

- Aansprakelijkheid; let op de (onbedoelde) vennootschap onder firma
- Art. 16 Wetboek van Koophandel: “*De vennootschap onder eene firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan.*”
- Bedrijf: de gerichtheid van de organisatie op het behalen van winst, het duurzaam en georganiseerd karakter van de organisatie en het als zodanig naar buiten optreden in het economisch verkeer
- Art. 22 WvK: “*De vennootschappen onder eene firma moeten worden aangegaan bij authentieke of bij onderhandsche akte, zonder dat het gemis eener akte aan derden kan worden tegengeworpen.*”
- Gevolg: hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten (art. 18 WvK)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Hoe beperk je aansprakelijkheid?
  - duidelijke formulering van de afspraken
  - inspanningsverplichtingen versus resultaatsverbintenis (m.n. bij bevoegdhedenovereenkomsten)
  - contractuele beperking van aansprakelijkheid (exoneratie)
  - uitsluiting derden (geen rechten voor derden of derdenbeding)
  - oprichten rechtspersoon (BV/NV of stichting)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Oprichten rechtspersoon; let op:
  - proces: wensen en bedenkingen
  - inbreng van middelen
  - doelomschrijving
  - goedkeuringsvereiste (externe versus interne werking)
  - aandeelhoudersovereenkomst
  - uitnemen van middelen (NB: stichting en doelgebonden vermogen)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Bevoegdheden en governance (binnen de samenwerking)
- Hoe richt je zoiets in?
- Wie neemt de besluiten?
- Op basis van welke bevoegdheid?
- Stuurgroep, regiegroep, werkgroepen
- Volmacht, machtiging en mandaat
- Intern escalatiemodel
- Externe vertegenwoordiging: ieder voor zich, allen voor één of iets daar tussenin?

## Overeenkomsten tussen overheden

- In welke hoedanigheid wordt gehandeld? Dit zal ook voor derden duidelijk moeten zijn
- Wat het laatste betreft: HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babbel):

De gedragingen van een wethouder kunnen ook dán een onrechtmatige daad van de Gemeente opleveren, wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de Gemeente hebben te gelden. Aangenomen kan worden dat dit het geval is, wanneer de gedragingen van een wethouder van onderwijs bestaan in het doen van uitlatingen in zijn hoedanigheid ter zake van de aansprakelijkheid voor gebreken in de bouw van een in de Gemeente gevestigde kleuterschool.

- ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (toezegging, toerekening, nakoming)
- Oftewel, maak steeds duidelijk in welke hoedanigheid wordt gehandeld

## Overeenkomsten tussen overheden

- Veiligheidskleppen:
  - Overleg
  - Overleg*verplichting*: HR 29 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5612
  - Art. 6:2 en 6:248 BW
  - Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)
  - Beëindigingsregeling (exit-bepaling); bij voorkeur op te nemen:
    - wanneer kan worden beëindigd (bijvoorbeeld: mijlpalen, doel kan niet worden bereikt);
    - wat de gevolgen daarvan zijn (gemaakte kosten, ongedaanmaking, afwikkeling claims derden, resterend budget/terugvloeien middelen);
  - Ontbinden (en schade)
  - Opzeggen (let op duurovereenkomsten)

## Overeenkomsten tussen overheden

- Gebruik van modellen?:
- Voor: veel onderwerpen bepalingen komen in de meeste overeenkomsten terug
- Tegen:
  - samenwerkingsovereenkomsten zijn een “containerbegrip” met een soms erg verschillende inhoud en doel
  - samenwerkingsovereenkomsten blijven daarom maatwerk
  - het overnemen van standaardbepalingen kan onbedoelde gevolgen hebben
- Een model zal eerder een checklist zijn dan een invuloefening



## Bestuursrechtelijke aspecten

- Welke formele (“oprichtings”)besluiten?
- Overdracht bestuursbevoegdheden
- Subsidie
- Sturing

## “Oprichtings”besluitvorming

- Voorvraag: waarom eigenlijk een *privaatrechtelijke* samenwerking?  
Want: publiekrechtelijke regeling heeft voorkeur. “Dringend aangewezen”? (Zie voor kort overzicht: T&C Pw, X, aant. 4)
- Aangaan van een overeenkomst, dus: 158, lid 1, onder e, Pw
  - › oprichten of deelnemen in rechtspersonen, dus 158, lid 2, Pw en dan ook:
  - › wensen en bedenkingen PS
- Rechtshandeling die leidt tot het aangaan de overeenkomst (176 lid 1 of 2 Pw)
- Inhoudelijke instemming van de betrokken bestuursorganen
  - › beleidsmatig (meestal: GS)
  - › begrotingsrecht (PS)
- Besluiten omtrent overdracht civiele en/of bestuursrechtelijke bevoegdheden
- Besluiten omtrent aansturing en beleid
  
- Aandachtspunt: WOR, politiek primaat en personele gevolgen

## Terzijde: regeling zonder meer

- Regeling hoeft niet in de vormen van artikel 8 WGR als het gaat om:
  - afspraken tussen bestuursorganen (bijvoorbeeld over de vraag hoe zij met bepaalde bevoegdheden omgaan), maar
  - zonder dat een bestuursrechtelijke voorziening izv artikel 8 nodig is.
- Dergelijke “afspraken” tussen bestuursorganen van provincies zijn
  - › meerzijdige bestuursrechtelijke rechtshandelingen
  - › maar afdwingbaar via civiele rechter, die ook bevoegd is tzv schade
- Oprichting: bij (Awb)-besluit van bestuursorgaan (als GS: ogv 158 onder a)
- Oprichting, toetreding en uittreding behoeft toestemming van PS (40 lid 2 WGR)
- Geen betrokkenheid CdK, want geen vertegenwoordiging van de rechtspersoon
- Ook hier: aandachtspunt: WOR. Oprichten regeling is politiek primaat (art. 46d WOR), behoudens voor zover het gaat om personele gevolgen

## Overdacht bevoegdheden

- Voorvragen: is nodig dat bevoegdheden (echt) worden overgedragen
- Zo ja: welke (bestuursrechtelijke/civielrechtelijk) en
- Aan wie eigenlijk?
  - rechtspersoon
  - bestuursorgaan
  - natuurlijk persoon
- Civiel: volmacht om privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten
  - besluit tot verrichten van rechtshandeling (158 lid 1 onder e) en daadwerkelijke rechtshandeling van verlening van volmacht (176)
  - kan alleen aan een (rechts)persoon.
- Bestuursrechtelijk: mandaat/delegatie
  - besluiten op grond van hoofdstuk 10 Awb
  - van het betrokken bestuursorgaan

## Mandaat

- Mandaat gaat om een besluitbevoegdheid uit naam van een ander bestuursorgaan. Dus mandaterende orgaan behoudt eindverantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid)
- Mandaat kan ook aan (civielrechtelijke) rechtspersoon
- Grenzen:
  - 10:3 lid 1: als de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet
  - 10:3 lid 2 (maar zal zich niet vaak voordoen)
  - 10:3 lid 3: niet zowel de beslissingen zelfs als de beslissingen op bezwaar
- Mandaat aan niet ondergeschikte (bij andere overheid) kan, mits
  - 10:4: instemming van gemandateerde en degene onder wiens verantwoordelijkheid hij werkt
  - NB!: extra check op verenigbaarheid mandaat met 10:3 lid 1
- Algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend (10:5 lid 2)

## Delegatie

- Delegatie niet erg geschikt want:
  - › niet aan ondergeschikten (10:14 Awb) en
  - › alleen op wettelijke grondslag (10:15) (algemeen: alleen 152 en 163 Pw, dus niet aan derden)
- Uiteraard wel bij GR

## Subsidie

- 4:21 Awb: iedere aanspraak op financiële middelen anders dan als dienst
- Uitzondering o.m. lid 3: specifieke wettelijke uitkeringen aan overheden. Maar dus zeker niet alle onderlinge vergoedingen
- Grondslag 4:23 Awb:
  - wettelijk voorschrift dat de subsidie regelt
- Uitzonderingen (lid 3), meest gebruikt:
  - begroting vermeldt subsidieontvanger en het maximale bedrag (c)
  - incidentele gevallen voor ten hoogste 4 jaar (d).
- Wettelijk systeem van vaststellen op gronden met eventueel voorafgaande verlening

## Sturing

- Hoe hou je bestuursrechtelijk “grip”?
- Alleen “weggeven” wat écht nodig is
- Waak voor effectieve uitvoering begrotingsrecht
- (uiteeraard:) duidelijke afspraken maken, maar daarna
- Avv en/of beleidsregels
- Via mandaat:
  - Algemene of concrete instructiebevoegdheid (10:6 lid 1 Awb)
  - Verplichting tot verschaffen inlichtingen 10:6 lid 2 Awb)
  - Noodrem: zelf uitoefenen (10:7) of intrekken (10:8)



## In- en uitlenen personeel

- Aan- en inbestedingsregels
- Staatssteun en Wmo (maar: 25h lid 2 Mw)
- Let op *specials*, zoals 227b Pw (heffingsambtenaar)
- Arbeidsrechtelijke consequenties en WOR

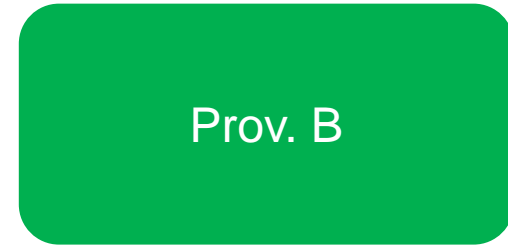
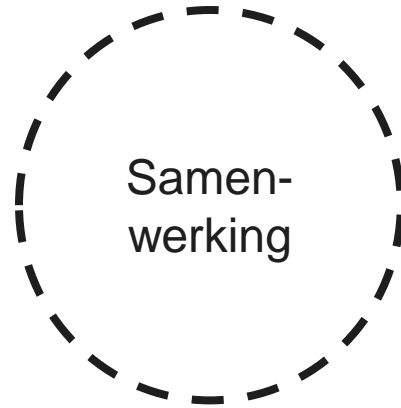
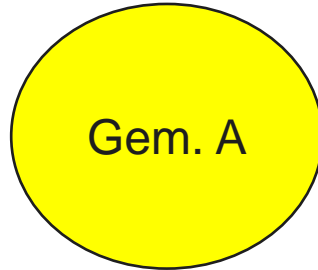
## Aanbesteding

- “Overeenkomst onder bezwarende titel” kan ook tussen overheden valt onder de Aanbestedingswet 2012 en moet aanbesteed worden.
- Het onderling inlenen van ambtenaren op basis van een inleenovereenkomst kan aldus onder het aanbestedingsrecht vallen.
- Een arbeidsovereenkomst/aanstelling is geen “overeenkomst onder bezwarende titel”.
- Een *volledige* overdracht van bevoegdheden is dat ook niet. Dus: delegatie, bijvoorbeeld op grondslag van art. 30 lid 1 Wgr aan een regeling

## Uitzonderingen:

- Afhankelijk van de waarde (< 50.000)
- Uitsluitend recht (2.24, sub a, Aw2012)
- Enkelvoudig/meervoudig quasi-inhouse (2.24a/b Aw2012). Verticale samenwerking
- Horizontale samenwerking (2.24c Aw 2012)

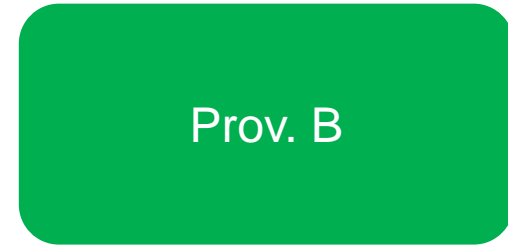
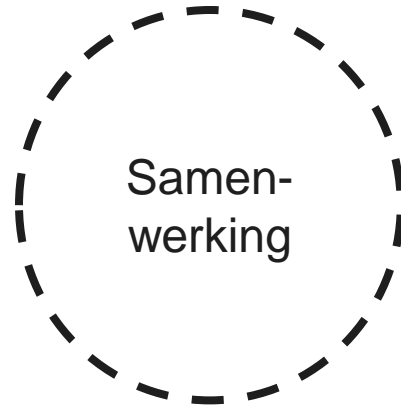
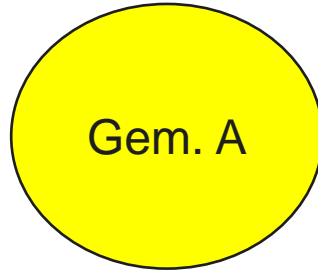
“Praatplaatje”



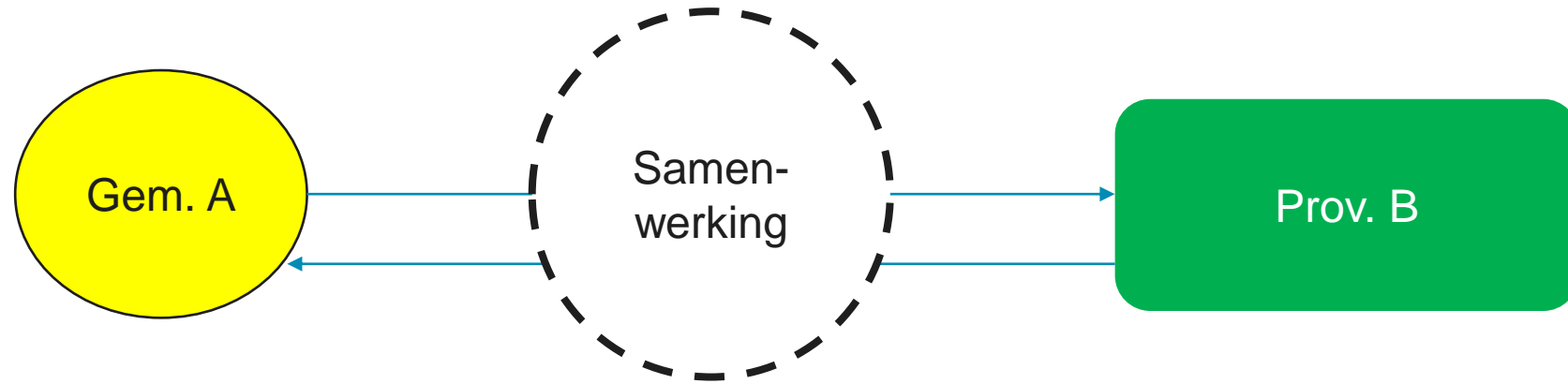
## Caveat

- Inhoud eerst dan vorm!
- Checklist (inspiratie Wgr)
  1. Wie gaan samenwerken? (welke bestuursorganen en/of welke rechtspersonen)
  2. Wat is de taak (10 lid 1 (jo 41) Wgr)?
  3. Welke bevoegdheden zijn nodig om die taak te verrichten (10 lid 2 Wgr)?
  4. Wie gaat het feitelijk uitvoeren en waar (10a Wgr)
  5. Wie heeft waarover wat te zeggen/governance (12 e.v., 16, 17, 19a etc Wgr)
  6. Zoete lieve Gerritje-vraag (34 e.v. Wgr)
  7. Hoe gaat het licht aan en uit (1 resp. 9 Wgr)?
  8. Wat gebeurt er bij ruzie (28 Wgr)?

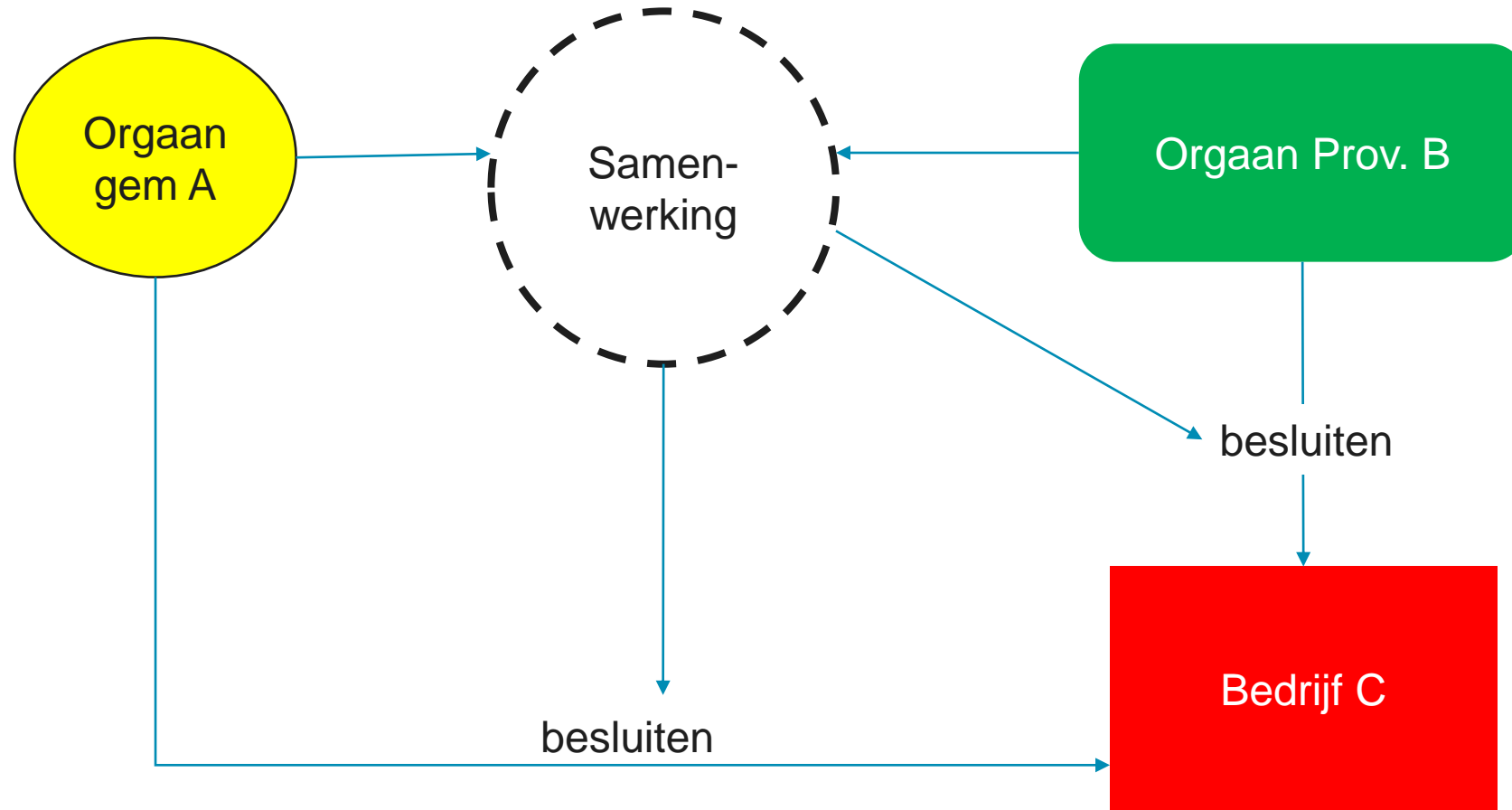
“Praatplaatje”



## Onderdeel: uitlenen faciliteiten en personeel

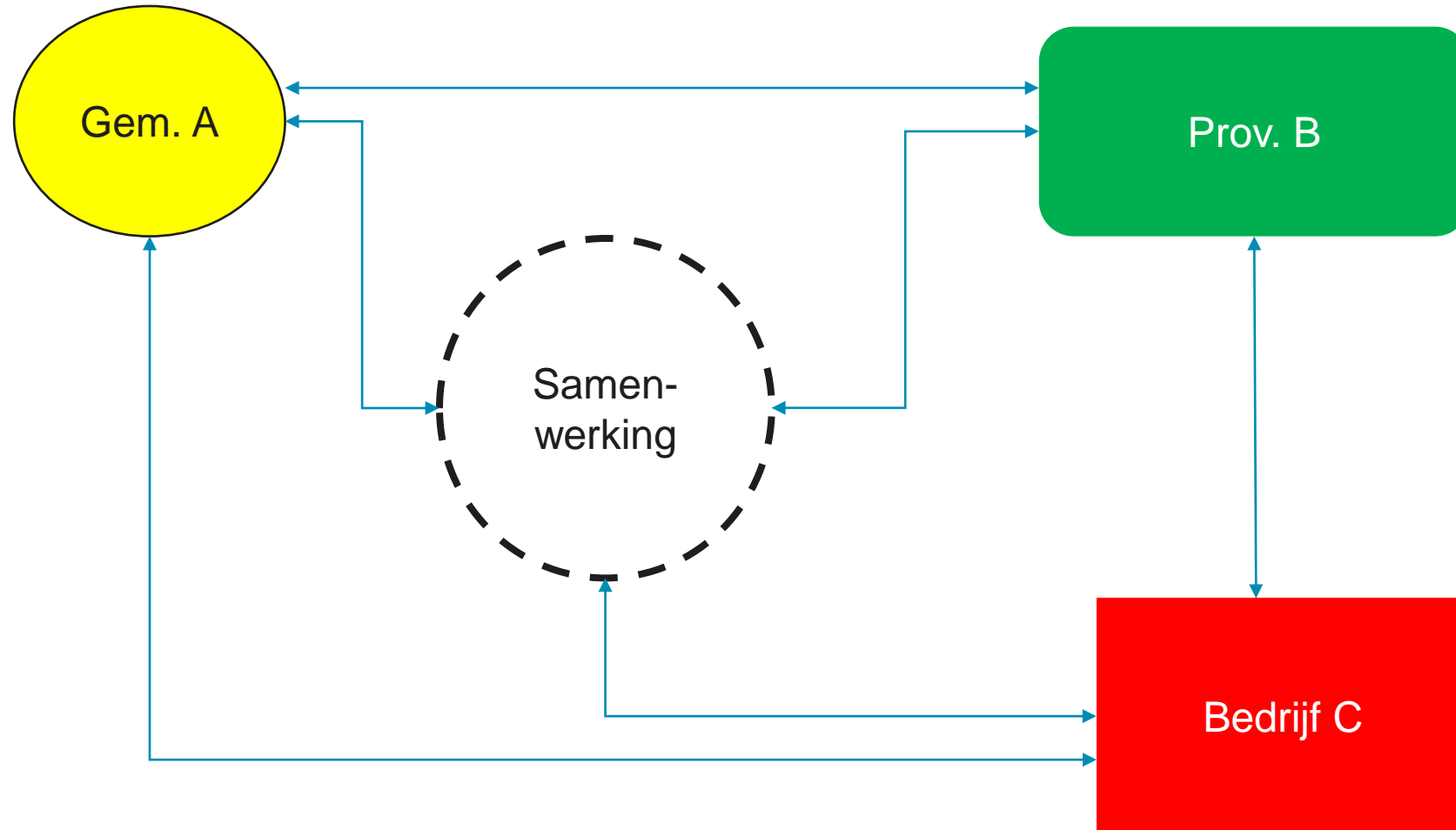


## Onderdeel: bevoegdheidsovereenkomst

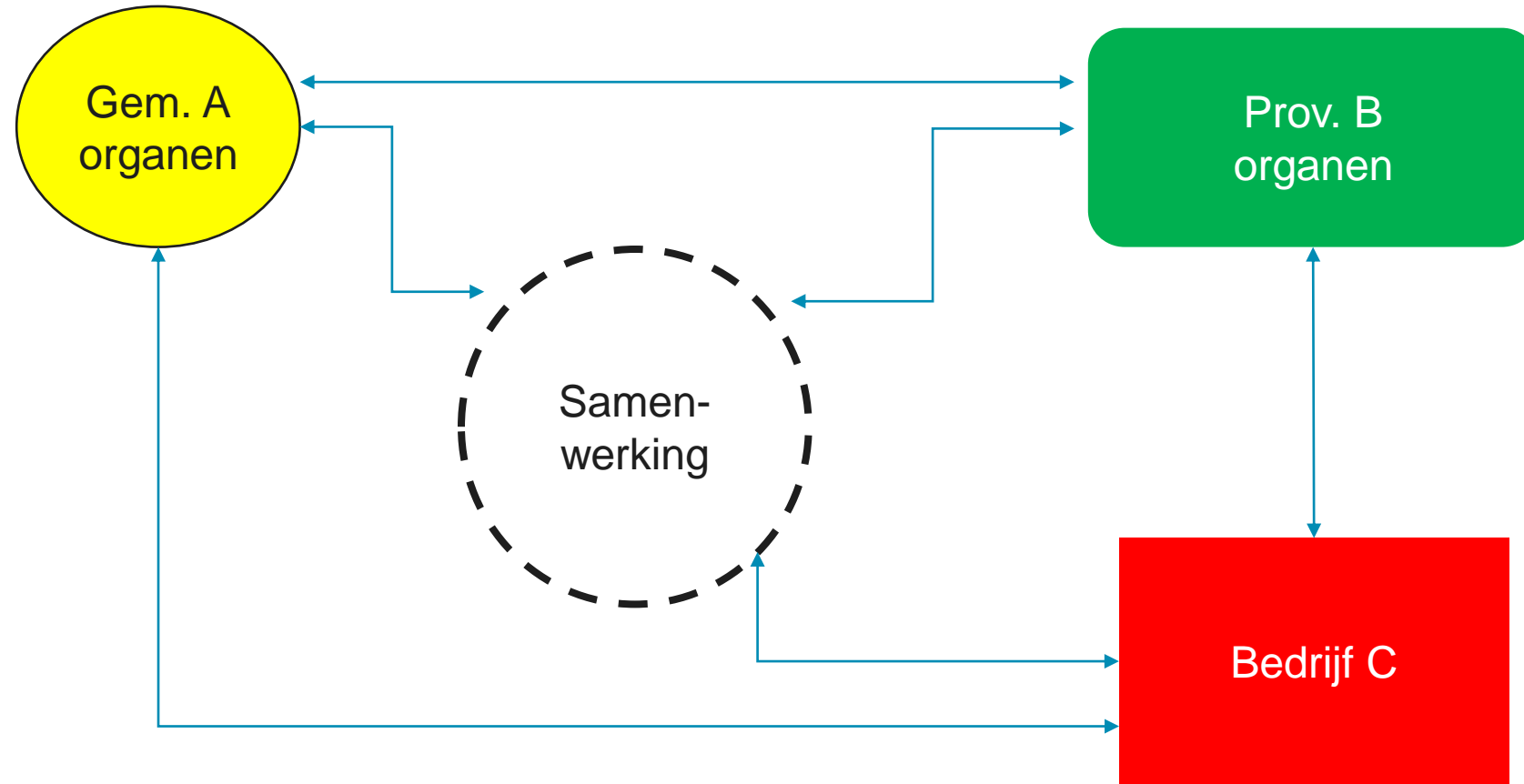




Onderdeel: ook civielrechtelijke transacties (gebiedsontwikkeling)



Onderdeel: onderlinge vergoedingen (kosten en ambtelijke inzet)



Onderdeel: gelden van en aan derden (bijv. subsidieprogramma)

