

**Samenwerking tussen overheden
ter voorbereiding op
Publiek Private Samenwerking**

gewijzigd januari 2005

Inhoudsopgave

Hoofdstuk I: Leeswijzer, Inleiding, Afbakening onderwerp

Hoofdstuk II: Doelen en randvoorwaarden voor de overeenkomst tussen publieke partijen

- Mogelijke doelen van een overeenkomst tussen publieke partijen
- Randvoorwaarden aan de publieke samenwerking
 - verbindendheid
 - duurzaamheid
 - vooruitkijken
 - effectiviteit
 - onbevooroordeeldheid
- Techniek van de publieke samenwerking
 - gefaseerde aanpak
 - rekening houden met openbaarheid
 - helder zijn
 - leemten voorkomen

Hoofdstuk III: De inhoud van de overeenkomst tussen publieke partijen

- A) Partijen
- B) Considerans (aanleiding en doel van de overeenkomst (belangrijk hulpmiddel bij uitleg))
- C) Kern van de overeenkomst
 - a. Definities
 - b. Doel en duur van de overeenkomst
 - c. Verdeling zeggenschap
 - d. Projectorganisatie
 - e. Hoofdverplichtingen
 - f. Risicoverdeling
- D) Bijkomende bepalingen:
 - a. Adreskeuze, communicatie
 - b. Tekst, volledigheid, wijzigingen
 - c. Vertrouwelijkheid
 - d. Opschortende voorwaarden
 - e. Geen ontbinding
 - f. Sommatie bij tekortkoming
 - g. Opzeggingsmogelijkheden
 - h. Bevoegde rechter
 - i. Geschilbeslechting

Bijlagen

Inhoudsopgave

- A) Kernbegrippen en voorbeelden van de publiekrechtelijke overeenkomst.
 - Burger en overheid, rechtsgevolg, privaatrecht vs. Publiekrecht, overeenkomst, publiekrechtelijke overeenkomst, bevoegdheden overeenkomst, algemeen
 - Bevoegdheden- en beleidsovereenkomsten, mandaatovereenkomsten, convenanten, gemeenschappelijke regelingen, subsidie-uitvoeringsovereenkomsten
- B) Algemeen overeenkomstenrecht en twee wegen leer
 - algemeen overeenkomstenrecht (nakoming, schadevergoeding en ontbinding)
 - twee wegen leer
- C) Belangrijkste publiekrechtelijke regelingen en begrippen
 1. bevoegdheden bestuursorganen (dual stelsel, mandaat en delegatie)
 2. toezicht
 3. financiële bepalingen en wet Fido
 4. aanbestedingsrecht
- D) Verschillende organisatievormen van publiek-private samenwerking
- E) Overzicht mogelijkheden (buitengerechtelijke) geschillenbeslechting
 - bemiddeling (onder meer op basis van art. 174 Provinciewet)
 - bindend advies
 - arbitrage
 - Wet gemeenschappelijke regelingen
 - geschillenbeslechting bij Koninklijk Besluit
 - alternatieve geschillenbeslechting

Hoofdstuk I: Leeswijzer, Inleiding, Afbakening Onderwerp

Leeswijzer

Deze leidraad bestaat uit een drietal hoofdstukken:

- I: Leeswijzer, Inleiding, Afbakening onderwerp
- II: Randvoorwaarden voor de overeenkomst tussen publieke partijen
- III: De inhoud van de overeenkomst tussen publieke partijen

En een vijftal bijlagen:

- A) Kernbegrippen en voorbeelden van de publiekrechtelijke overeenkomst.
- B) Overeenkomstenrecht en twee wegen leer
- C) Belangrijkste publiekrechtelijke regelingen en begrippen
- D) Overzicht verschillende organisatievormen van publiek-private samenwerking
- E) Overzicht mogelijkheden (buitengerechtelijke) geschillenbeslechting.

Met deze Leidraad hopen wij een praktisch antwoord te geven op juridische vragen die rijzen bij samenwerking tussen overheden (publieke partijen) ter voorbereiding van publiek private samenwerking ("PPS") d.m.v. de aanbesteding van een Design, Build, Finance and Maintain (DBFM) contract. Omdat de samenwerking gericht is op PPS, komt een aantal aspecten van PPS aan bod, al vormt PPS als zodanig niet het onderwerp van deze Leidraad. Andere aspecten van de voorbereiding op samenwerking tussen publieke en private partijen (organisatorische, financiële en andere) komen in deze Leidraad alleen aan de orde als afgeleide van de juridische kanten ervan.

De hoofdlijn van de Leidraad – een praktische aanpak - is te vinden in de hoofdstukken. In de bijlagen worden als noodzakelijke achtergrondinformatie de belangrijkste relevante rechtsregels voor het sluiten van overeenkomsten tussen publieke partijen ter voorbereiding van PPS beschreven. Doel van deze opzet is om de hoofdlijn kort en overzichtelijk te houden; dat heeft als neveneffect, dat hier en daar een verdubbeling optreedt (hetzelfde onderwerp kort wordt aangestipt in een hoofdstuk en uitgebreider in een bijlage). Ook zijn daardoor de – meer gedetailleerde – bijlagen omvangrijker dan de hoofdstukken. De bedoeling is dat de grote lijn van de Leidraad in de hoofdstukken makkelijk te volgen is, zonder dat men voor definities en uitleg in de bijlagen hoeft te zoeken. Wie geïnteresseerd is in een precieze afbakening van begrippen en bevoegdheden zal echter wel bij de bijlagen te rade moeten gaan, met name bij de eerste drie bijlagen.

De materie die in deze Leidraad wordt beschreven, met name een aantal publiekrechtelijke regelingen, is aan voortdurende verandering onderhevig. Deze Leidraad zal dus – afhankelijk van de activiteit van de wetgever – tamelijk snel achterhaald kunnen zijn op detailniveau. Veel van de tekst is terug te voeren op rechtspraak en wettelijke bepalingen. Wij hebben – vanwege de overwegend praktische aard van de Leidraad – vrijwel geen vindplaatsen opgenomen.

Bijlage B) betreft overeenkomsten en de mogelijkheid de nakoming ervan af te dwingen, zowel naar privaats- als publiekrecht. Voorts wordt in die bijlage ingegaan op de mogelijkheden van overheden om privaatrechtelijke instrumenten in te zetten (twee wegen leer). Bijlage D bevat niet alleen een overzicht van mogelijke vormen van PPS, maar ook de relatieve voor- en nadelen op het punt van

kosten, zeggenschap, doelmatigheid en een handreiking voor het verstrekken van zekerheden aan een private financier in een PPS. De inhoud van de bijlagen A, C en E blijkt voldoende duidelijk uit de titel ervan.

Inleiding

Onderwerp van deze leidraad is de samenwerking tussen publieke partijen op basis van een of meer overeenkomsten ter voorbereiding van PPS, in het bijzonder via een (openbare) aanbestedingsprocedure. Deze leidraad verduidelijkt, wat "rechtens" kan worden afgesproken tussen publieke partijen ter voorbereiding van de samenwerking met private partijen. Van welke rechten en plichten tussen publieke partijen is het nuttig om ze in het leven te roepen en uitdrukkelijk vast te leggen; waar heb je je aan te houden en wat mag je van de ander verwachten?

Waarom een leidraad "overeenkomsten tussen publieke partijen"?

Het gebruik van PPS-constructies, in het bijzonder van die waarbij investeringen zowel in de opbouw als exploitatiefase – al dan niet met "bijbetaling" door de overheid - kunnen worden uitbesteed aan een private partij (DBFM contracten) neemt toe. Overeenkomsten tussen publieke partijen in de fase voor aanvang van de aanbesteding zijn daarbij noodzakelijk om een dergelijke langjarige verplichting aan te gaan en tegelijkertijd zekerheid te creëren voor de private partij gedurende de samenwerking.

Een goede en overzichtelijke voorbereiding, in de vorm van een heldere risico- en taakverdeling aan de publieke zijde (de publiek publieke samenwerking), kan een belangrijke bijdrage leveren aan het welslagen van de daarop volgende publiek private samenwerking.

In de praktijk blijkt dat publieke partijen, in voorbereiding op een publiek private samenwerking (in veel gevallen via een aanbestedingsprocedure), nog onvoldoende de voordelen van een duidelijke en gestructureerde organisatie benutten. Ook als in de voorbereiding wel onderling overeenkomsten worden gesloten, die enige mate van structuur en organisatie veronderstellen, is het hoofddoel veelal het in het leven roepen van middelen om nakoming af te dwingen. Men kan met een overeenkomst echter meer bereiken. Het sluiten van een overeenkomst kan helpen om een evenwichtige en realistische verdeling van risico's, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en financiële stromen tot stand te brengen. Heldere afspraken over zulke onderwerpen vormen een katalysator voor een succesvolle publiek publieke samenwerking en daarmee voor een succesvolle publiek private samenwerking. De overeenkomst biedt de publieke partijen dus een handvat voor samenwerking, niet (alleen) een instrumentarium om nakoming af te dwingen. Daarvoor is een constructieve opstelling van de contractspartners uiteraard vereist.

Het onderwerp van deze Leidraad: Overeenkomsten tussen publieke partijen

Publiekrechtelijke overeenkomst: definitie

De overeenkomsten die in deze Leidraad worden beschreven hebben met elkaar gemeen dat de contractpartners publieke partijen zijn¹. We noemen die overeenkomsten "publiekrechtelijke overeenkomsten"². Daarmee wordt in deze Leidraad bedoeld:

een stelsel van "afspraken tussen publieke partijen, over handelingen ter uitvoering van een publieke taak door een van beide partijen tegen een bepaalde tegenprestatie van de andere partij".³

Kortom: alle overeenkomsten gesloten tussen publieke partijen, zowel die met publiekrechtelijke als die met privaatrechtelijke gevolgen en/of inhoud.

Publiekrechtelijk door de aard der contractspartijen, soms door inhoud.

"Publiekrechtelijk" ziet op het feit, dat overeenkomsten tussen publieke partijen altijd (mede) gereguleerd worden door het publiekrecht, alleen al omdat elke partij tot de overheidsorganisatie behoort. "Behorend tot de overheidsorganisatie" moet ruim worden opgevat, in die zin dat deze term tevens privaatrechtelijke entiteiten insluit die geheel of gedeeltelijk een publieke taak vervullen en wier bestuur in zoverre moet worden aangemerkt als "bestuursorgaan" in de zin van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb").⁴ Het begrip publiekrechtelijk duidt dus op het publieke karakter van de partijen bij alle door ons behandelde overeenkomsten en het publiekrecht dat die overeenkomsten (daarom) beheerst. Daarnaast kan de inhoud van zulke overeenkomsten publiekrechtelijk zijn, bijvoorbeeld, waar die overeenkomst ziet op het overdragen van bevoegdheden. Partij bij dit type overeenkomsten is het bestuursorgaan (de Minister, het College van Burgemeester en Wethouders, het College van Gedeputeerde Staten), niet de rechtspersoon (Staat, gemeente provincie etc.).

Soms: (mede) privaatrechtelijk van inhoud

Onze definitie sluit tevens overeenkomsten met een (geheel of gedeeltelijke) privaatrechtelijke inhoud in, die worden gesloten tussen publieke partijen. Ook die overeenkomsten worden – door de aard van de contractspartners - mede beheerst door het publiekrecht.⁵ De categorie publiekrechtelijke overeenkomsten met een privaatrechtelijke inhoud is onmisbaar en komt daarom in de Leidraad evenzeer aan de orde. Meest voor de hand liggende privaatrechtelijke inhoud van publieke samenwerking is die waar par-

¹ Publieke partijen: Partijen bij de publiekrechtelijke overeenkomst zijn steeds alleen overheidslichamen of andere publieke belangenbehartigers c.q. organen, belast met een publieke taak, derhalve gebracht onder de noemer: "publieke partij". Zij stellen het publieke belang voorop, omdat zij (geheel of gedeeltelijk) belast zijn met een publieke taak, wat een zekere mate van gelijk gestemdheid scheidt.

² Er wordt al jaren gesproken over het in de wet vastleggen van het begrip "publiekrechtelijke overeenkomst". Op dit moment is het echter geen wettelijk begrip en evenmin een begrip, dat in de doctrine een vaste inhoud heeft. De hier gebruikte betekenis is nuttig voor de Leidraad maar heeft geen algemene gelding.

³ Mr. R. Kluin, Contracten met de Overheid, B.II, 1995, p B.II-7.

⁴ In de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") worden "publieke partijen" geschaard onder de noemer bestuursorgaan. Daarbij wordt in artikel 1:1 onder a en b onderscheid gemaakt tussen organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (bijvoorbeeld de gemeenteraad als orgaan van het openbare lichaam: de gemeente) en een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

⁵ Zie artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek en de spiegelbeeldige bepaling in de Awb, artikel 3:1 lid 2.

tijen grond willen inbrengen of, overdragen, enz. Meer algemeen gaat het om overeenkomsten waarin de publieke partijen vermogensrechtelijke rechtsgevolgen in het leven (willen) roepen. Ook is het mogelijk dat publieke partijen bij een overeenkomst uitdrukkelijke verklaren, dat het burgerlijk recht erop van toepassing is. Partij bij zo'n overeenkomst is niet het bestuursorgaan maar de publiekrechtelijke rechtspersoon: de Staat, de gemeente, de provincie enz. Als publieke partijen elkaar willen binden en zo nodig in staat willen zijn om nakoming bij de rechter af te dwingen zijn zij aangewezen op het burgerlijk recht. Een administratief overeenkomstenrecht is in Nederland niet ontwikkeld. Door het burgerlijk recht (analoog) toe te passen kunnen we in de praktijk ook zonder.

Rechtsgevolgen

Veel publiekrechtelijke overeenkomsten hebben geen vermogensrechtelijk rechtsgevolg, omdat zij voornamelijk de uitoefening en/of overdracht van bevoegdheden regelen, dat wil zeggen: alleen publiekrechtelijk rechtsgevolg hebben. Derhalve kan ook niet zonder meer gezegd worden dat het BW – dat alleen vermogensrechtelijke rechtsgevolgen beheerst – rechtstreeks op deze overeenkomsten van toepassing is. Alleen de drager van bevoegdheden, kan (bij overeenkomst) over die bevoegdheden afspraken maken. Drager van bevoegdheden is niet de publiekrechtelijke rechtspersoon, maar juist het bestuursorgaan, (art. 1:1 Awb) het orgaan van de rechtspersoon. Bestuursorganen zijn evenwel (anders dan de publiekrechtelijke rechtspersoon, expliciet genoemd in artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek ("BW")) geen rechtssubject c.q. partij in de zin van het burgerlijke recht. Dit verschil kan complicaties opleveren bij de toepassing van het algemene contractenrecht uit het BW⁶. Het BW gaat er vanuit, dat alleen partijen in de zin van het BW vermogensrechtelijke rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen via rechtshandelingen.

Het begrip "besluit" als bedoeld in artikel 1:3 Awb is een van de hoekstenen van het bestuursrecht. Het besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een *publiekrechtelijke rechtshandeling*. In de Memorie van Toelichting op dit artikel is uitdrukkelijk overwogen, dat het begrip besluit bewust zo is gedefinieerd, dat rechtshandelingen naar burgerlijk recht er niet onder vallen.⁷ Volgens diezelfde toelichting is een besluit publiekrechtelijk, indien het is gebaseerd op een wettelijk voorschrift of strekt ter uitvoering van een publieke taak. Publieke partijen kunnen daarnaast – net als burgers - ook rechten en plichten naar burgerlijk recht hebben, met (ten opzichte van burgers en andere overheden) dit verschil, dat zij in de uitoefening van die rechten en de naleving van die plichten niet alleen aan de regels van het BW, maar tevens aan het publiekrecht zijn gebonden.

Samengevat: Rechtsgevolgen die voortvloeien uit de uitoefening van bevoegdheden c.q. van de publieke taak (uit rechtshandelingen naar publiekrecht), zijn publiekrechtelijk van aard en worden primair beheerst door het publiekrecht.

Rechtsgevolgen die voortvloeien uit de uitoefening van rechten en plichten, m.a.w. uit het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, zijn vermogensrechtelijk van aard en worden beheerst door het burgerlijk recht.

Een publieke partij die een rechtshandeling naar burgerlijk recht verricht moet behalve het burgerlijk recht ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.

⁶ In bijlage B wordt daar nader op ingegaan.

⁷ TK 1988.1989, 21 221, nr. 3, blz. 37.

Hoofdstuk II: Doelen en randvoorwaarden voor de overeenkomst tussen publieke partijen

Mogelijke doelen van een overeenkomst tussen publieke partijen

Om te kunnen beoordelen in welke situaties het sluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst een zinnige stap kan zijn in de voorbereiding van samenwerking met private partijen, volgt hier een inventarisatie van de doelen die daarmee kunnen worden gediend.

a) *Definiëring project, inventarisatie betrokken publieke partijen*

Tussen de definiëring van het project en de identificatie van de betrokken publieke partijen bestaat een wisselwerking: nieuwe partners kunnen wijzen op nog onvermoede aspecten van een project, nieuw ontdekte aspecten kunnen leiden tot een uitbreiding van de kring van betrokken publieke partijen. Op basis van een zo volledig mogelijke definitie en de vaststelling van de samenhang van het project met andere projecten kan een opdracht tot voorbereiding van het project worden verleend aan (bijvoorbeeld) een stuurgroep, waarin de betrokken publieke partijen vertegenwoordigd zijn.

b) *Vastleggen verhouding betrokken publieke partijen*

Voor het vastleggen van de verhouding tussen de betrokken publieke partijen moeten de volgende stappen achtereenvolgens worden doorlopen:

- Inventarisatie van de verschillende bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot het project; vaststellen wie als aanbesteder moet(en) optreden;
- Keuze welke overheden niet gemist kunnen worden in de publiek-publieke samenwerking, in het bijzonder als contractspartij in een voorbereidende publiekrechtelijke overeenkomst;
- Inventarisatie van het belang dat de meest betrokken partijen hebben bij het project. Op basis van de relatieve betrokkenheid (financieel, verdeling van risico's, aantal betrokken inwoners) kan (eventueel: naderhand, bij het concretiseren van de samenwerking) de zeggenschap worden vastgesteld, voorzover deze geen wettelijk gegeven is;
- Het zeker stellen van de noodzakelijke medewerking van andere publieke partijen.

Veelal moet rekening worden gehouden met publieke partijen, die terzake op enig moment een plan moeten vaststellen, een vergunning moeten verlenen, goedkeuring moeten hechten aan een besluit of een plan, of financiële steun (direct of in de zin van een garantie) moeten verlenen aan het project. Er moet – aan de hand van de mate van betrokkenheid - een keuze worden gemaakt, tussen publieke partijen die wel en niet partij behoren te zijn bij publiekrechtelijke overeenkomsten. Voor zover de betrokkenheid beperkt is tot het nemen van een gebonden beschikking (voorbeeld: ontheffing Flora en Fauna wet ("Ff-wet")) zal het wellicht niet nuttig worden geacht hen als partij bij de publiekrechtelijke overeenkomst te betrekken. Voor zover het grondgebied van een publieke partij een rol speelt zal die over het algemeen wel partij moeten zijn.

Voorbeeld: gemeentegrens overschrijdende "light rail" verbinding:

- Planologie: provinciale staten zijn betrokken bij het Streekplan, de gemeenteraad bij het bestemmingsplan;
- Vergunningen: het Rijk bij eventuele vergunningen of ontheffingen onder de Ff-wet;

- De gemeente kan gehouden zijn tot het vergoeden van schade op grond van art. 49 Wet RO (bestemmingsplan); de gemeente kan de meest aangewezen publieke partij zijn om tot grondverwerving (eventueel: onteigening) over te gaan;
- het Rijk, de provincie en de gemeente kunnen alle drie in financiële zin participeren. Dat kan de aanvangsinvestering betreffen en de exploitatie;
- Er kunnen allerhande andere overheden zijn, waarvan het nuttig is, dat zij vroeg zijn geïnformeerd over het project en van wie een toezegging mag worden verwacht om bepaalde dingen, die het plan kunnen bemoeilijken of frustreren (voorbeeld: concurrerend project, dat de economische haalbaarheid van het project beïnvloedt) niet te ondernemen.

Voorbeelden van afspraken, die men vooraf (wel) kan maken, voorzover ze binnen de eigen beleids- of beoordelingsruimte vallen:

- College van B&W: toezegging om te bestemmen, mits de raad akkoord gaat, en de wet, inspraak en de rechtsbescherming dat toelaten;
- Alle overheden: tijdsplanning (bijvoorbeeld: toezegging om voortvarend mee te werken aan het doorlopen van de vergunning- of ontheffingsprocedure, zonder dat een resultaat wordt gegarandeerd);
- B&W, GS, Minister: afspraken over wie de door de gemeente te betalen planschadevergoeding en/of schadeloosstelling uiteindelijk zal dragen; het opzetten van "één schadeloket";
- B&W, GS, Minister: afspraak om gelden in de begroting te reserveren (onder voorbehoud van instemming van het orgaan, dat de begroting vaststelt);
- Alle betrokken overheden: afspraak om elkaar op de hoogte houden van relevante (op handen zijnde) ontwikkelingen.

c) *Eerste onderzoek naar publieke en private financieringsmogelijkheden*

ci) *Beschikbaarheid publieke gelden*

Er moet worden onderzocht welke publieke gelden onder welke voorwaarden beschikbaar zijn voor het project. Voor de ontbrekende gelden en het risico, dat de kosten hoger zijn dan verwacht moet dekking gevonden worden in het project c.q. bij de deelnemende private partij(en). Vanwege de indringende voorwaarden, die vaak door financiers worden gesteld is het van belang dit onderzoek vòòr de aanbesteding uit te voeren en de resultaten ervan in een publiekrechtelijke overeenkomst vast te leggen. Minstens zo belangrijk als het vastleggen van beschikbare publieke middelen is een onderzoek naar de mogelijkheid dat de meest aangewezen publieke partij hetzij de wederpartij wordt van de privaatrechtelijke financier ("de bank") hetzij aan de bank een garantie verstrekt voor de in het kader van een PPS aan te trekken financiering. In de praktijk blijken financiers aan een publieke wederpartij verreweg de voorkeur te geven (c.q. tot betere voorwaarden bereid) dan aan een publieke partij die – voor wat betreft de financiering - alleen langs de zijlijn opereert.

cii) *Toelaatbaarheid financieringsconstructies*

Afspraken over de toelaatbaarheid van financieringsconstructies en de daarbij behorende risico's (met inachtneming van wettelijke randvoorwaarden zoals (voor lagere overheden geldt) de Wet financiering decentrale overheden⁸, met dien verstande dat financiers (zoals bijvoorbeeld banken of andere inves-

⁸ Zie bijlage C

teerders) in een vroegtijdig stadium betrokken worden bij deze afspraken, om niet het risico te lopen, dat de afgesproken voorwaarden onvoldoende "comfort" bieden voor financiers.

Wijze van financieren

Zoals gezegd (hiervoor, ci) zijn in een PPS vaak gunstiger financieringsvoorwaarden te bedingen, als een publieke partij direct bij de financiering betrokken is. De aldus betrokken publieke partijen dienen in een vroeg stadium te onderzoeken welk systeem van voeding van het project de voorkeur verdient. Een belangrijke tweesprong is die tussen:

- a) de klassieke wijze van het toewijzen van middelen voor de aanvangsinvestering om vervolgens van jaar tot jaar vast te stellen, wat er nodig is voor onderhoud en exploitatie;
- b) het bij aanvang uitbesteden van aanvangsinvesteringen, onderhoud en exploitatie voor de levensduur van de met het project te creëren infrastructuur, tegen een lineair- of anders verlopende jaarlijkse vergoeding (DBFM-overeenkomsten).

Kiest men voor een constructie, waarbij onderhoud en exploitatie voor de levensduur van het project zijn uitbesteed, dan legt men – optisch - voor de verre toekomst beslag op publieke gelden. De vrijheid van besteding van overheidsmiddelen voor het desbetreffende orgaan in de toekomst wordt overeenkomstig beperkt. Men dient zich te realiseren, dat dit in de praktijk evenzeer geldt bij een meer klassieke wijze van financieren. Ook (bijvoorbeeld) het bedrag dat nodig is voor onderhoud eveneens komt ieder jaar terug. De flexibiliteit komt er op neer, dat men misschien (anders dan in de tweede constructie) voor een beperkte periode kan besparen op uitgaven, door het onderhoud van bestaande fysieke infrastructuur (een weg, een school) te verwaarlozen. Op de iets langere duur betekent dat, dat men de infrastructuur onbruikbaar maakt en daarmee de aanvangsinvesteringen vernietigt. Om die reden zijn in onze ogen de verschillen tussen deze twee wijzen van financiering materieel minder groot dan het lijkt⁹.

d) Bevordering van gezamenlijk en voortvarend optreden

di) Structuur van de samenwerking

Als volgende stap moet worden onderzocht of de voortgang van het project vereist (of wenselijk maakt) dat er een rechtspersoon wordt opgericht, waarin de verschillende publieke participanten (en eventueel: private partijen) zijn vertegenwoordigd (privaatrechtelijke rechtspersoon (NV; BV etc.) al dan niet in het verband van een gemeenschappelijke regeling), of dat de samenwerking beperkt blijft tot het sluiten van een reeks van overeenkomsten. Heel in het algemeen geldt, dat het creëren van een rechtspersoon meebrengt, dat de democratische organen wat meer op afstand van de besluitvorming en zeker de dagelijkse uitvoering komen te staan. Dat maakt het bestuur van zo'n rechtspersoon slagvaardiger. Voor ieder project geldt, dat men moet zoeken naar het optimale evenwicht tussen het (laten) nemen van de principiële beslissingen op hoofdlijnen door de direct gekozen organen en dat de uitvoering in handen komt van organisaties die wendbaarder en sneller in de markt kunnen opereren. In bijlage D wordt kort omschreven welke structuren in beginsel in aanmerking komen voor een PPS.

dii) Gezicht naar buiten

Het creëren van één gezicht naar de burger en overige publieke partijen: één aanspreekpunt voor derde partijen. Dit is in het belang van die derden en het beschermt de betrokken overheden tegen derden doordat bij gebreke aan een aanspreekpunt verschillende overheden wellicht tot conflicterende uitspraken kunnen worden verlokt ("uit elkaar kunnen worden gespeeld").

⁹ Zie bijlage c, financiële bepalingen en wet FIDO

Randvoorwaarden aan de publiek publieke samenwerking

Verbindendheid

Partijen bij de samenwerking moeten zich willen binden, wil er sprake zijn van zinvolle en doelmatige samenwerking. Gebruikt men de Gemeenschappelijke regeling, dan is de binding publiekrechtelijk van aard. Sluit men een overeenkomst, dan is de meest ondubbelzinnige wijze van binding dat het burgerlijk recht uitdrukkelijk op de overeenkomst van toepassing wordt verklaard. Wil men zich (nog) niet binden, dan kan dat duidelijkheidshalve maar het best uitdrukkelijk worden vermeld. Men kan bindendheid niet voor zich uitschuiven door een document te laten ondertekenen door een daartoe (nog) niet bevoegde vertegenwoordiger. De binding van een overeenkomst houdt op, als de wederpartij zich aan zijn (kern)verplichtingen onttrekt en/of in het zeer uitzonderlijke geval, dat er zich omstandigheden voordoen die door partijen bij het sluiten van de overeenkomst niet zijn voorzien zijn en die zo ingrijpend zijn, dat het niet redelijk zou zijn een of meer partijen aan zijn (hun) verplichtingen onder de overeenkomst te houden.

Duurzaamheid

- *Politieke constellatie*

De betrokken dagelijkse besturen moeten vooraf voldoende draagvlak hebben verkregen van hun vertegenwoordigende colleges. Deze laatste hebben steeds het laatste woord bij de vaststelling van de begrotingen. Zolang het dagelijks bestuur geen uitdrukkelijke en formele steun heeft verkregen van het vertegenwoordigend lichaam, dient het daar een uitdrukkelijk voorbehoud voor te maken. Het belang daarvan is nog toegenomen door de invoering van de duale structuur in gemeente en provincie in 2002. Men kan nu niet zonder meer aannemen, dat een professionele partij ervan uit moet gaan, dat een wethouder (een College) de rechtspersoon (gemeente) niet zonder machtiging van de Raad (PS) kan binden.

In het algemeen lopen de voorbereiding en uitvoering van projecten langer dan de zittingsduur van de colleges, die ertoe besluiten. Het is daarom noodzakelijk onder ogen te zien (en vast te leggen), dat ook na wisseling van een college de betrokken publieke rechtspersoon gebonden blijft aan de gemaakte afspraken. Een publieke partij zal zich vanwege gewijzigde politieke inzichten over het algemeen niet of alleen tegen een hoge prijs tussentijds aan samenwerking kunnen onttrekken.

- *Vooruitkijken*

Bij het maken van afspraken tussen publieke partijen dient men zo goed mogelijk de consequenties van het verdere traject in te schatten. Publieke partijen dienen zich te realiseren wat de uiteindelijke kosten (met name in de verhouding met private partijen) kunnen zijn van een onderlinge afspraak, met name als die tot stand komt als vrucht van een bestuurlijk compromis. Voorts dienen de afspraken een omschrijving te bevatten van onvoorziene omstandigheden en consequenties, die rechtvaardigen dat tussen publieke partijen gemaakte afspraken op verzoek van de meest gerede partij worden opgebroken. De gemeenschappelijke regeling is een duidelijk voorbeeld van een samenwerkingsvorm waarin zulke voorwaarden (moeten) worden vastgelegd en bij voorkeur de uittredingsvoorwaarden al zo veel mogelijk inhoudelijk zijn vastgelegd.

Ten slotte is het goed om in een vroeg stadium een afspraak te maken over de beslechting van geschillen over de uitleg en de naleving van overeenkomsten en de mogelijkheden en voorwaarden van opzegging van de samenwerking.

Effectiviteit

Effectiviteit kan worden bereikt door de besluitvorming zoveel mogelijk te concentreren, bijvoorbeeld door de keuze van de structuur en/of het overdragen (delegatie en mandaat) van bevoegdheden. Het moet niet te lang duren voordat besluiten kunnen worden genomen, wat inhoudt dat daarbij niet meer partijen betrokken moeten zijn dan strikt noodzakelijk.

Daarnaast kan de effectiviteit worden bevorderd door in de overeenkomst voorzieningen op te nemen die aan eventuele conflicten snel en laagdrempelig een einde maken. Een regeling van geschilbeslechting buiten de door de wet aangewezen instituten (een regeling dus, die verder gaat dan bemiddeling) kan alleen worden getroffen met betrekking tot bevoegdheden waar de overheid vrij over kan beschikken (in die zin, dat zij ze kan uitbesteden).

Er bestaat een opklimmende reeks van mogelijkheden om geschillen "uit handen te geven": de lichtste vorm is dat men vooraf een bemiddelingsprocedure (mogelijk: een bemiddelaar) overeenkomt. Zo'n bemiddeling zal in ieder geval kunnen werken als periode van afkoeling. Slaagt de bemiddeling niet dan behoudt iedere partij de vrijheid zich tot de rechter te wenden. Veel zwaarder is het bindend advies (dat door de rechter in beginsel wordt gevolgd en (dus) alleen onder bijzondere omstandigheden kan worden aangetast). De weg van arbitrage is vrijwel onomkeerbaar: is de arbitrageovereenkomst naar behoren nageleefd, dan zal de rechter de uitkomst ervan nauwelijks meer ter discussie willen stellen¹⁰.

Onbevooroordeeldheid

Het gebeurt regelmatig, dat een private partij, die zich verzet tegen een besluit, wijst op een voorafgaande aan dat besluit door de betrokken publieke partij gesloten overeenkomst en concludeert, dat deze zich in die overeenkomst al zodanig had gebonden, dat van een onbevooroordeelde voorbereiding van het besluit waar hij zich tegen verzet, geen sprake meer kon zijn. Een dergelijk verweer zal over het algemeen niet opgaan. Het is desalniettemin nuttig om overeenkomsten zo te formuleren, dat er geen redelijke twijfel over kan bestaan, dat de betrokken publieke partij niet de vrijheid heeft prijsgegeven om de feiten te onderzoeken, inzichten en belangen, die naar voren worden gebracht in het kader van inspraak en rechtsbescherming mee te wegen en te besluiten op basis van die feiten en inzichten en een zorgvuldige belangenafweging.

Techniek van de publiek publieke samenwerking

Gefaseerde aanpak

De afspraken tussen publieke partijen zullen in de praktijk nooit vanaf de aanvang concreet en compleet kunnen zijn. De natuurlijke gang van zaken is, dat er een serie (raam- en uitwerkings)overeenkomsten tot stand komt, waarin aan de hand van de feitelijke vorderingen steeds meer zekerheid ontstaat en

¹⁰ Zie bijlage E

steeds meer gegevens bekend zijn waardoor publieke partijen zich tegenover elkaar in toenemende mate kunnen en moeten binden. Gaat het om gebiedsontwikkeling, dan zullen veelal achtereenvolgens (slechts gedeeltelijk overlappend) de trajecten van bestemming (via de ruimtelijke ordening, evt.: milieu-effectrapportage), grondexploitatie, grondverwerving, vergunningverlening (milieu-effectrapportage) aanbesteding en exploitatie moeten worden doorlopen.

Voorbeeld gefaseerde aanpak:

Zuiveringsinstallatie Harnaschpolder: (partijen: Ministerie van Verkeer en Waterstaat, provincie Zuid-Holland; Hoogheemraadschap van Delfland; gemeente Schipluiden):

- a) Streekplan, concrete beleidsbeslissing ("cbb") met betrekking tot AWZI (later door ABRvS geoordeeld: geen cbb want nog geen volledige afweging), vastgesteld 24 mei 1996; heroverwogen (herzien) 17 januari 1997;
- b) **Principe overeenstemming** over locatie en ruimtelijke inpassing tussen Hoogheemraadschap en gemeente Schipluiden;
- c) **Convenant** dd 22 december 1997, centraal begrip: "integrale ontwikkeling" AWZI, bedrijventerrein, ontwikkeling stads- en dorpsgebied, reconstructie glastuinbouw;
- d) Structuurschets Harnaschpolder dd. 10 april 1998 (als concept al bij het Convenant van 1997 gevoegd);
- e) IJkmoment: schriftelijke constatering van de vooruitgang en vooruitblik: "**Convenant Harnaschpolder: afronding fase 1**", 12 april 1999;
- f) **Ontwikkelingsovereenkomst** AWZI Harnaschpolder tussen de gemeente Schipluiden en het Hoogheemraadschap 1 juni 1999:
 - algemene uitgangspunten
 - financiële uitgangspunten
 - overleg en planning
 - werken aan realisatieovereenkomst
 - zoeken naar definitieve locatie
 - Bijlagen, onder meer "verwervingsstrategie", gedetailleerde exploitatieopzet
- g) **Samenwerkingsovereenkomst** gemeente Schipluiden-gemeente Delft d.d. Augustus 2000;
- h) Milieu effect rapportage met betrekking tot locatie en inrichting (drie varianten)
- i) Bestemmingsplan Harnaschpolder Noord vastgesteld door de raad van de gemeente Schipluiden op 30 mei 2000, mede op basis van m.e.r.
- j) **Samenwerkingsconvenant** Schipluiden-Delft-Den Haag 17 april 2001: Ontwikkeling bedrijventerrein Harnaschpolder, strekkende ondermeer tot opzet Bedrijvenschap (gemeenschappelijke regeling), waarin onder meer afspraken zijn opgenomen m.b.t.
 - oprichting Groenfonds, participatie gemeente Den Haag
 - hoofdlijn exploitatieopzet en aanwending bedrijventerrein met risicoverdeling en verdeling positief saldo
 - participatie gemeente Den Haag in bedrijvenschap
- k) Aanvang Europese aanbestedingsprocedure door Hoogheemraadschap met betrekking tot ontwerp en bouw AWZI
- l) **Realisatie-overeenkomst** tussen de gemeente Schipluiden en het Hoogheemraadschap concept 30 augustus 2000), 25 januari 2002 met betrekking tot verdere planvorming,

grondverwerving, rechtsverhouding. Deze overeenkomst neemt de plaats in van de Ontwikkelingsovereenkomst.

Schema gefaseerde aanpak:

Onderdeel	Kernvragen	Betrokken overheden
Overeenkomst ter voorbereiding van het project	Doel, randvoorwaarden Betrokken partijen Procedures,	Alle betrokken overheden
1) Ruimtelijke voorbereiding	a) meest doelmatige procedure Rijksprojectenprocedure? b) Niveau waarop concrete beslissing wordt genomen: Nationaal niveau (PKB) Provinciaal niveau (Streekplan, eventueel met concrete beleidsbeslissing) gemeentelijk niveau (Bestemmingsplan)	Rijk, provincie en gemeente Rijk provincie gemeenteraad
Overeenkomst gericht op de realisering van ruimtelijke plannen; grondverwerving.	Tijdpad Grondexploitatie Onteigening op welke basis?	Overheden die aan het project deelnemen
2) Ruimtelijke inpassing Grondverwerving	Financiële middelen Basis voor de onteigening Rolverdeling	Alle betrokken overheden
3) Vergunningen en m.e.r.	Wie is initiatiefnemer?	Bevoegd Gezag
4) Uitvoering, aanvangsinvesteringen	Keuze inschakeling private partijen	Bij het project direct betrokken overheden
Overeenkomst gericht op exploitatie		
5) Exploitatie	Keuze inschakeling private partijen	

Openbaarheid

Bij de formulering van de tekst van overeenkomsten dient ervan uitgegaan te worden dat deze openbaar zullen zijn, dit mede in het licht van de mogelijkheden die bestaan voor derden, om op grond van de Wet openbaarheid van bestuur deze overeenkomsten op te vragen.

De meest belangrijke (gedeeltelijke) uitzondering op openbaarheid is die van gegevens, die afbreuk zouden doen aan het doel dat men nastreeft met een (openbare) aanbesteding.

Helder zijn

Terminologie

Dit begint met het formuleren van heldere (niet voor velerlei uitleg vatbare) definitiebepalingen. Daarnaast moet zoveel mogelijk worden vermeden dat in de sfeer van een compromis gekozen wordt voor zinswendingen waar ieder (onuitgesproken) het zijne bij denkt. In dit verband verdient de considerans de nodige aandacht. Hierin moet duidelijk het doel verwoord worden dat partijen nastreven met het sluiten van de overeenkomst.

Mate van bindendheid uitdrukkelijk aangeven

Helderheid betekent allereerst, dat men het al dan niet bindende karakter van afzonderlijke afspraken in een overeenkomst uitdrukkelijk benoemt. Men zou – in afnemende mate van bindendheid kunnen onderscheiden tussen:

- harde randvoorwaarden, resultaatsverbintenissen;
- harde afspraak maar met flexibiliteit (tracé binnen een bepaalde bandbreedte; locatie met alternatieven, bijvoorbeeld afhankelijk van verder feitenonderzoek, m.e.r. etc.);
- inspanningsverbintenissen (verplichting om te streven naar een bepaald resultaat, daartoe een bepaalde inspanning te leveren);
- niet bindende voornemens.

Leemten voorkomen

Checklist van elementen in een overeenkomst, die nuttig kunnen zijn

Naast de specifieke zaken die in een betreffende overeenkomst geregeld zullen moeten worden, zijn er elementen die in veel overeenkomsten terugkomen. Het is dienstig om aan de hand van een checklist te bezien of men alles heeft meegenomen in de overeenkomst. Zo'n checklist moet per project worden opgesteld, hier kunnen alleen de meest voorkomende elementen ervan worden aangeduid:

- formeel adres en wijze van aanzeggen van belangrijke ontwikkelingen (aangetekende post o.i.d.)
- opschortende voorwaarden (instemming gemeenteraad, provinciale staten etc.)
- lijst met ten tijde van het sluiten voorziene risico's (nieuwe omstandigheden) en overeengekomen gevolgen als deze intreden; onvoorziene omstandigheden
- ontbindende voorwaarden (ruimer: mogelijkheden inroepen ontbinding)
- mogelijkheden en voorwaarden opzegging,
- gevolgen van opzegging en ontbinding
- verdeling van in de loop van het project gemaakte kosten bij tussentijds afbreken (bijvoorbeeld: door niet intreden opschortende voorwaarde, ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden etc. etc.)
- duur van de overeenkomst
- evaluatiemomenten uitvoering overeenkomst
- toepasselijk recht
- forum geschillenbeslechting.

Zoals al meermalen is aangestipt is een publiekrechtelijke overeenkomst in het bijzonder nuttig waar men daarmee een heldere verdeling van risico's en verantwoordelijkheden in het leven roept. In het volgende en tevens laatste hoofdstuk zal de nadruk dan ook liggen op die risico's.

Overeenkomst tussen overheden, schematisch:

- A) Partijen
- B) Considerans (aanleiding en doel van de overeenkomst (belangrijk hulpmiddel bij uitleg))
- C) Kern van de overeenkomst
 - a. Definities
 - b. Doel en duur van de overeenkomst
 - c. Verdeling Zeggenschap
 - d. Projectorganisatie
 - e. Hoofdverplichtingen deelnemers (projectorganisatie)
 - i. Bindend karakter (of niet); resultaatsverbintenissen vs. inspanningsverplichtingen;
 - ii. Tijdschema
 - iii. Geldstromen
 - f. Risicoverdeling; omstandigheden waarvan vooraf is overeengekomen, dat ze in beginsel juist wel/niet tot wijziging of opschorting verplichtingen, of tot tussentijdse beëindiging leiden
- D) Bijkomende bepalingen:
 - a. Adreskeuze, communicatie
 - b. Tekst, volledigheid, wijzigingen
 - c. Vertrouwelijkheid
 - d. Opschortende voorwaarden
 - e. Geen ontbinding
 - f. Sommatie bij tekortkoming
 - g. Opzeggingsmogelijkheden
 - h. Bevoegde rechter
 - i. Geschilbeslechting

Hoofdstuk III: Hoofdbestanddelen van de overeenkomst tussen publieke partijen

In dit hoofdstuk bespreken wij – aan de hand van voorbeelden en een korte toelichting - onderwerpen, die in de meeste overeenkomsten tussen publieke partijen geregeld zullen moeten worden. De voorbeeldclausules zijn direct aan de praktijk ontleend. Ze zijn te verbeteren en ze zijn niet zonder meer toe te passen in andere situaties dan waarin ze eerder gebruikt zijn.

Partijen

Over het algemeen wordt in publiekrechtelijke overeenkomsten (met name, die aangeduid worden als "convenanten") – in ieder geval door de Staat - vaak de naam van het bestuursorgaan (de betrokken Minister(s)) als partij opgenomen in plaats van die van de publiekrechtelijke rechtspersoon (de Staat). Daarvoor wordt als rechtvaardiging opgegeven, dat een minister (degene die tekent) zijn bevoegdheden mogelijk zou overschrijden, als hij zijn handtekening zou zetten onder een document waaraan de ("gehele") Staat zou zijn gebonden. De Minister is een bestuursorgaan. Die treden op namens de rechtspersoon, waarvan zij het bestuur vormen. Zij binden dus bij het sluiten van een overeenkomst uiteraard niet alleen zichzelf, maar ook de openbare rechtspersoon, die zij vertegenwoordigen. Het is ten behoeve van de duidelijkheid aan te bevelen om de rechtspersoon als partij noemen, onoverkomelijk is het evenwel niet, als men er de voorkeur aan geeft om aan het hoofd van de overeenkomst het betrokken bestuursorgaan te noemen.

- 1) De Minister van Verkeer en Waterstaat, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door de Directeur Bestuur en Juridische zaken van de directie Zeeland van het Directoraat Generaal van Rijkswaterstaat, drs.
- 2) De provincie Zeeland, te dezen.....door de CdK , de heer
- 3) Het Waterschap de Zeeuwse Eilanden, vertegenwoordigd door haar Voorzitter.....,
- 4) De gemeente Dreischor, te dezen.....door burgemeester ...

Als een overheid nog niet zeker weet of zij zich wil binden dient dat duidelijk tot uitdrukking te worden gebracht, bijvoorbeeld door een document "Intentieovereenkomst" te noemen en daarnaast uitdrukkelijk te bepalen, dat partijen zich nog niet hebben willen binden. Het is niet raadzaam (eigenlijk ook niet mogelijk) om de gebondenheid te nuanceren door een document te laten ondertekenen via delegatie en/of door iemand die formeel niet tot ondertekening bevoegd is. Er zijn in dat geval immers twee mogelijkheden: of beide partijen zijn ervan op de hoogte dat de ondertekenaar niet bevoegd is, dan is de ondertekening niet meer dan scherts. Is de wederpartij niet op de hoogte van de onbevoegdheid (en hoeft zij redelijkerwijze ook niet te begrijpen, dat de overheidsdienaar die tekent daartoe niet bevoegd is), dan zal de overeenkomst de overheid mogelijk toch binden, als de wederpartij daar prijs op stelt en aangenomen moet worden dat de overheid door zijn gedrag de schijn van bevoegde vertegenwoordiging heeft opgewekt.

Een overeenkomst is alleen bindend voor de partijen, die haar zijn aangegaan. Wel kan een overeenkomst direct worden opengesteld voor ondertekening door derde partijen, die aan bepaalde criteria voldoen en die daarmee te kennen geven de rechten en de plichten van de overeenkomst op zich te willen nemen. Zulke derden zijn direct na ondertekening partij.

Een bestuursorgaan kan een ambtenaar mandateren om namens hem te tekenen. Het mandaat kan een specifieke overeenkomst betreffen of een categorie van overeenkomsten. Het is dus niet nodig dat de Minister/Gedeputeerde/Wethouder zelf tekent.

Considerans

De overwegingen voorafgaande aan een overeenkomst ("considerans") hebben een belangrijke functie: partijen geven daarin vaak aan hoe zij tot het sluiten van de overeenkomst zijn gekomen, wat hun doel is met de overeenkomst en wat zij (globaal) van elkaar verwachten. Zolang de overeenkomst door alle partijen naar ieders tevredenheid wordt uitgevoerd is dat niet van groot belang. Als er onenigheid ontstaat over de uitleg van de overeenkomst of als door omstandigheden uitvoering conform de aanvankelijke verwachtingen niet meer mogelijk is (althans in de ogen van sommige partijen) kan een duidelijke considerans een grote steun vormen bij de formulering en uitleg van wat er aan verplichtingen en rechten voor partijen overblijft.

Overwegende

Dat Provinciale Staten in het streekplaneen vaste oeververbinding hebben neergelegd (tracé)

Dat het Waterschap ingevolge een nieuw sluiscomplex wil oprichten

Dat de gemeente ter plaatse een recreatiehaven wil aanleggen

Dat partijen een geïntegreerde ontwikkeling voorstaan van de oeververbinding, sluiscomplex en recreatiehaven

Naast dit minimum aan overwegingen is het wenselijk, dat de considerans melding maakt van:

- eventuele aan de overeenkomst voorafgaande stappen zoals eerdere convenanten, uitspraken van de gemeenteraad etc.;
- de verwachte verdere opbouw van overeenkomst, via evaluatie naar uitvoeringsovereenkomst of iets dergelijks;
- de noodzaak/wenselijkheid van opzet van het project op voet van D(esign)B(uilt)F(inance) and M(aintain);
- een globale taakverdeling tussen de partijen bij de publiekrechtelijke overeenkomst.

Kern van de overeenkomst

Met "de Kern van de overeenkomst" wordt hier geduid op de hoofdverplichtingen tussen partijen. "De kern" is geen juridische term en het is ook heel gebruikelijk om hoofdverplichtingen en bijkomende bepalingen zonder onderscheid te laten volgen op de considerans.

a. Definities

Hoeveel definities men onder "definities" onderbrengt en wat men onderweg in de overeenkomst definieert zal van geval tot geval verschillen. Het grote voordeel van vooraf definiëren, is dat de overeenkomst

vervolgens korter en overzichtelijker wordt. Het moet dan wel gaan om definities, die men nog enigszins in het hoofd kan houden bij het lezen van de overeenkomst.

Het Project: de bouw en exploitatie van een vaste oeververbinding met sluzencomplex en recreatiehaven te Dreischor

De Vaste oeververbinding: langs een tracé dat past in de op bijgaande kaart aangegeven bandbreedte

Het Sluzencomplex:

De Recreatiehaven:

De Projectorganisatie:

b. Doel en duur van de overeenkomst

Over het algemeen wordt door overheden gepoogd om van dit soort projectmatige overeenkomsten geen overeenkomsten met onbepaalde duur te maken. Aan de andere kant is het in deze fase nog moeilijk te overzien hoeveel tijd er nodig is voor de uitvoering van de overeenkomst.

Partijen beogen met deze overeenkomst gezamenlijk te komen tot globale planvorming en voorbereiding van de uitvoering van het Project. Partijen zullen na deze planvorming en voorbereiding een nadere overeenkomst sluiten met betrekking tot de uitvoering- en exploitatiefase. Deze overeenkomst zal zijn uitgewerkt wanneer partijen die nadere overeenkomst zullen zijn aangegaan.

c. Zeggenschap

Zeggenschap kan verdeeld worden naar rato van de grootte van inbreng, van het risico, dat een partij loopt en van het belang van de verschillende partijen. Al zulke wegingen hebben iets arbitrairs, dat neemt niet weg, dat publieke partijen zich bindend aan dergelijke systemen kunnen onderwerpen, voorzover het tenminste bevoegdheden betreft, die zij ook kunnen delegeren.

Aan de overeenkomst is een tabel gehecht, waarop de onderlinge zwaarte van de stemmen van de partijen bij het nemen van beslissingen bij de uitvoering van deze overeenkomst is aangegeven. Beslissingen bij de uitvoering van deze overeenkomst worden genomen met gewone meerderheid van stemmen, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.

Indien bepaalde beslissingen zo gevoelig liggen, dat deelnemers de controle erover niet prijs willen geven, zal voor die specifieke onderwerpen veelal een regeling moeten worden opgenomen, volgens welke iedere contractspartij (of een bepaalde contractspartij: bijvoorbeeld: die op wiens grondgebied een bepaalde ontwikkeling dient plaats te vinden) een vetorecht toekomt. In beginsel is het gebruik van het stemrecht vrij. In beginsel: dat gebruik is – voorzover daarmee uitvoering wordt gegeven aan een overeenkomst – genormeerd door de a.b.b.b. (voorbeeld: gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die is gegeven) en de redelijkheid en billijkheid (men mag zich niet zonder meer en altijd door een gering eigen belang laten leiden als men beseft dat andere, grote belangen een andere kant opwijzen).

d. Opzet projectorganisatie

De opzet van de projectorganisatie zal van project tot project zo sterk verschillen, dat daar in algemene zin geen aanwijzingen voor te geven zijn. Overigens zal het uiteraard voorkomen, dat het project waar men naar toe werkt zo "licht" is, dat geen aparte organisatie behoeft te worden opgezet, maar dat kan worden volstaan met vaste contacten tussen de partijen bij de publieke overeenkomst.

Partijen zullen een projectorganisatie opzetten in de vorm van.....

De kosten van deze projectorganisatie zullen als volgt over de partijen worden verdeeld....

De taken van de projectorganisatie zijn....

De Projectorganisatie zal bij de instelling ervan de opdracht krijgen om jaarlijks uiterlijk op ** een voorstel te doen voor het Budget. Partijen zullen zich ieder jaar uiterlijk op *** uitspreken over de (gedeeltelijke) goedkeuring van het budget.

Partijen dragen geen bevoegdheden aan de projectorganisatie over, met uitzondering van....

e. Hoofdverplichtingen deelnemers

- i) Een essentiële beslissing bij de opstelling van een overeenkomst is die van de mate waarin men zichzelf en zijn wederpartijen wil binden. Staat men in voor een resultaat of beperkt men zich tot de toezegging een behoorlijke inspanning te leveren?
- ii) Om enig houvast te bieden is het nuttig om aan een dergelijke overeenkomst een tijdschema te verbinden. Vaak moeten verschillende scenario's in acht worden genomen: dat waarin bepaalde besluiten bij de bestuursrechter moeten worden verdedigd (met de overeenkomstige vertraging) en dat waarin geen gebruik wordt gemaakt van rechtsbeschermingsmogelijkheden.
- iii) Tenslotte dient vastgelegd te worden hoe de overeenkomst zal worden uitgevoerd, dat wil zeggen: hoe de projectorganisatie door de partijen zal worden gefinancierd.
- iv) In beginsel kan iedere verplichting in een bindende overeenkomst worden versterkt met een verplichting om een boete te betalen naast (of in plaats van) de verplichtingen uit het BW tot vergoeding van schade en nakoming. Ook ziet men vaak bepaald, dat vermeende gebreken in de nakoming door de andere partij geen recht geven op het opschorten van de eigen prestatie en/of verrekening. Al zulke bepalingen lijken niet opportuun in een overeenkomst tussen publieke partijen. Hier wordt daarom volstaan met te wijzen op de mogelijkheid om ze (in bijzondere gevallen) op te nemen.
- v) In iedere civielrechtelijke overeenkomst en ook in publiekrechtelijke samenwerkingsvormen (met name de gemeenschappelijke regeling) rust op partijen de plicht om loyaal (in redelijkheid en billijkheid, vroeger "te goeder trouw") hun aandeel te leveren in de uitvoering. Wanneer een overheid geconfronteerd wordt met de plicht om medewerking te verlenen in de vorm van verlening van een besluit ontstaat hier soms een grensgebied: het kan voorkomen, dat de betrok-

ken overheid ingevolge de samenwerkingsovereenkomst gehouden is om een inspanning te leveren om een bepaald besluit te nemen. Het kan voorkomen, dat die overheid tot het inzicht komt dat het een bepaald besluit om beleidsmatige redenen eigenlijk niet meer zou willen nemen, maar daartoe – op grond van de op haar ingevolge de samenwerking rustende inspanningsverplichting – toch overgaat. Komen er dan bezwaren van derden, dan blijft op die overheid de plicht rusten, om – binnen de haar toekomstige beleidsruimte – het besluit in bezwaar te bekrachtigen. Zijn de bezwaren steekhoudend, dan zal het besluit niet in stand kunnen blijven. Het grensgebied komt aan de orde, wanneer de bezwaren op zich terzijde te schuiven zijn, maar er bij het bestuur zelf andere bezwaren opkomen, die wel tot herroeping van het besluit moeten leiden. Zijn die – nog niet eerder bedachte – bezwaren van openbare orde, dan zullen zij door het bestuur toch moeten worden meegenomen: het besluit op bezwaar behoort het resultaat te zijn van een volledige heroverweging naar de stand van zaken (en de regelgeving) ten tijde van de beslissing op bezwaar. Zijn de aanvullende (maar door de bezwaarmaker niet aangedragen) bezwaren niet van openbare orde, dan vereist een behoorlijke invulling van de resultaatsverbintenis om het besluit te nemen zoals in de samenwerking is overeengekomen, dat het bestuur ze niet alsnog spontaan zelf opbrengt.

Een loyale uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst brengt uiteraard ook mee, dat een overheid, die uitgaven gaat doen, die geheel of gedeeltelijk door andere overheden (waarmee zij de samenwerking is aangegaan) gedragen zullen worden zo zuinig mogelijk te werk gaat. Dit punt speelt bijvoorbeeld bij grondverwerving in der minne. Bij twijfel dienen de partijen die de uitgaven (mede) dragen tijdig geconsulteerd te worden.

- vi) In het verlengde van het voorgaande zal het bestuur ten opzichte van de partners in de samenwerking royaal invulling moeten geven om belanghebbende partijen (dat kunnen ook medeoverheden zijn) de gelegenheid te geven om bij de primaire besluitvorming en bij de voorbereiding van het besluit op bezwaar hun standpunt naar voren te brengen (zie art. 4:8 en 7:2 Awb).

Uitgangspunten

De uitgangspunten van de Minister en de provincie t.a.v. de vaste oeververbinding zijn:

- 1)
- 2)

De uitgangspunten van het Waterschap t.a.v. het sluiscomplex zijn:

- 1)
- 2)

De uitgangspunten van de gemeente t.a.v. de recreatiehaven zijn:

- 1)
- 2)

Partijen nemen op zich om naar vermogen rekening te houden met elkanders, hiervoor geformuleerde, uitgangspunten.

Financiële bepalingen

Financiële bijdrage partijen:

.....

Planschade

.....

Grondexploitatieberekening

.....

Planologische voorbereiding

De gemeente zal uiterlijk op een bestemmingsplan ter vaststelling voorleggen aan de Raad dat een basis biedt voor realisatie van het Project. Bij de voorbereiding van dit bestemmingsplan zal zij de overige partijen als volgt betrekken:

.....

De gemeente en de provincie nemen op zich

- om bij het doorlopen van de bestemmingsplanprocedure de minimale wettelijke termijn aan te houden;
- om in overleg te treden met de andere partijen wanneer zij reden te hebben te vermoeden, dat een bestemmingsplan waarin het Project kan worden gerealiseerd niet volledig in overeenstemming kan zijn met de hiervoor geformuleerde uitgangspunten;

De Minister neemt op zich om de gemeente de op voet van art. 49 Wet RO uit te keren planschade te vergoeden, die voortvloeit uit de planontwikkeling en realisatie van de vaste oeververbinding;

Het waterschap neemt op zich.....het sluizencomplex.

Bodemverontreiniging

De kosten van sanering van bodemverontreiniging zullen worden toegerekend aan de partij, die het deel van het Project realiseert waar die verontreiniging zich bevindt. Partijen zullen – bij een perceel(project-deel)overschrijdende verontreiniging de kosten van onderzoek en sanering verdelen naar rato van het deel van de oppervlakte, dat op hun grond bij de verontreiniging betrokken is. De meest gereede partij zal gehouden zijn tot verhaal van kosten van bodemverontreiniging over te gaan, indien er een redelijk perspectief is op zulk verhaal.

Procedures en vergunningen

- i) partijen nemen op zich procedures en vergunningen voortvarend te doorlopen c.q. te laten verlopen
- ii) partijen, die als vergunninghouder optreden zullen bevorderen, dat er gelegenheid bestaat tot vooroverleg met de overige partijen bij deze overeenkomst.....
- iii) wanneer bezwaar- of beroepsprocedures en/of beslissingen van hogere overheden leiden tot wijzigingen en/of vertragingen van de (wijze van) realisering van het Project, dan zullen partijen zich – in overleg - inspannen om de consequenties daarvan zoveel mogelijk te beperken
- iv) de gemeente zal op verzoek van de meest gereede partij de planontwikkeling baseren op een besluit op voet van art. 19 Wet RO in plaats van op een van kracht zijnd bestemmingsplan.

Grondverwerving en bouwrijp maken

Formeel geschiedt de grondverwerving op naam van de gemeente, ter realisering van het bestemmingsplan. Aan deze overeenkomst is – als vertrouwelijk stuk – een eerste voorstel gehecht voor de grondex-

exploitatie van het Project. De gemeente zal in overleg treden met de overige partijen, indien de grondexploitatie in negatieve zin afwijkt van het aangehechte voorstel.

Archeologisch onderzoek

Het archeologisch onderzoek zal worden uitgevoerd door de gemeente. De kosten van het archeologisch onderzoek zullen over de partijen worden verdeeld.

Evaluatie

Partijen zullen ieder jaar, uiterlijk op ** de voortgang van het project evalueren aan de hand van (interne/externe rapportage, waarin in ieder geval de volgende gegevens zullen zijn opgenomen...../volgens bijgaand model....) Zij zullen aan de hand van de evaluatie overleggen over aanpassing van deze overeenkomst.

f. Risicoverdeling

Algemeen: het beheersen van risico's

Het algemene recept voor het beheersen van risico's is het benoemen en verdelen van die risico's door ze uitdrukkelijk te leggen bij de partij(en), die men bij het sluiten de overeenkomst daarvoor het meest in aanmerking vindt komen. Een partij, die getekend heeft voor het risico (bijvoorbeeld), dat de verwerving van de grond een factor drie duurder wordt dan bij de aanvang van het project werd vermoed, kan zich met een beroep op de te zeer (maar minder dan 300%) gestegen kosten van verwerving van grond niet meer uit het project terugtrekken.

Er zijn echter grenzen aan de toepasbaarheid van dit recept:

- a) een al te lange lijst van risico's vooraf, zal het (politieke) draagvlak om de overeenkomst aan te gaan verminderen;
- b) door het uitspellen van een bepaald risico (bijvoorbeeld: stijging van de waarde van aan te kopen grond) laat de betrokken publieke partij zich in de kaart kijken (in dit voorbeeld: door de belanghebbenden bij de grond) waardoor het risico (hier: de grondwaardestijging), dat alleen genoemd is als een niet verwacht element) intreedt, juist doordat er van gerept wordt in de publiek publiekrechtelijke overeenkomst.

Een algemene clause in de publiekrechtelijke overeenkomst ("*kostenverhogingen zullen tot maximaal ** % (als volgt verdeeld *****)*), door de partijen bij deze overeenkomst als een niet onvoorziene omstandigheid worden geaccepteerd") zal over het algemeen niet aanvaardbaar zijn, omdat daarmee de drempel voor kostenverhoging te sterk wordt verlaagd. Overigens verandert het niet opnemen van zo'n clause niets aan het feit dat bepaalde kostenverhogingen als gevolg van de specifieke rechtsverhouding voor het risico van deze publieke partijen komen. Hierbij kan worden gedacht aan de opdrachtgevers – opdrachtnemersrelatie voor werken, waarin de aannemer bepaalde (meer)kostenposten in beginsel bij de opdrachtgever mag claimen.

Verdeling risico's tussen publieke- en marktpartijen.

De samenwerking tussen publieke partijen, die het onderwerp vormt van deze Leidraad, dient ter voorbereiding van PPS. De publieke partijen dienen - als het project enigermate gerijpt is - te beslissen welke risico's zij af willen wentelen op de private partij (die daar zijn prijs op zal afstemmen) en welke risico's zij beter (goedkoper) voor eigen rekening nemen (waar zij de private partij voor willen vrijwaren).

Ieder project zal zijn eigen optimum in de verdeling van risico's over de publieke - en private spelers hebben. Heel in het algemeen kan men zeggen, dat de risico's die door de publieke partij beter te overzien en te beïnvloeden zijn, daarom ook thuis horen (en daar goedkoper kunnen verblijven) bij die partij, terwijl typische risico's die horen bij de markt (materiaal- en personeelskosten, capaciteitsplanning) door de marktpartij dienen te worden genomen. Verdeling van de risico's tussen publieke partijen en marktpartijen is overigens geen onderwerp van deze leidraad. In de praktijk bestaan er diverse regelingen, bijvoorbeeld de UAV en de RAW voor de aanneming van werken, waarin een (standaard) risicoverdeling is opgenomen.

Verdeling van risico's over de betrokken publieke partijen

Naar rato van inbreng (dus: zeggenschap)...

In het algemeen zal men ernaar streven zeggenschap en risico's via dezelfde sleutel te verdelen: degene die (overwegend) beslist tussen een variant die goedkoper is met meer risico en een duurdere variant met minder risico, behoort ook overwegend op te draaien voor de hogere prijs of het hogere risico ("wie betaalt, bepaalt").

en/of veroorzaking

Daarnaast zal er behoefte bestaan om schade (risico's) neer te leggen bij een bepaalde partij, als die verwijtbaar het risico heeft doen intreden. Als - bijvoorbeeld - het leeuwendeel van kosten en risico's voor een project aan een Waterschap toevallt en de planologische voorbereiding van dat project loopt een jaar vertraging op door een gebrek in de publicatie van het ontwerp-bestemmingsplan, kan men er voor kiezen om de uit dat incident voortvloeiende vertragingsschade neer te leggen bij de gemeente, op wie de plicht tot publicatie van het ontwerp bestemmingsplan rustte in plaats van - naar rato van de overeengekomen risicoverdeling - bij het Waterschap. Men zou dat wellicht ook kunnen bereiken zonder het uitdrukkelijk vooraf overeen te komen (namelijk: doordat het Waterschap het risico primair draagt en vervolgens de gemeente aanspreekt op grond van wanprestatie of mogelijk onrechtmatige overheidsdaad), maar dat lijkt een minder zekere weg (procesrisico), die bovendien de onderlinge verhoudingen ernstig(er) beschadigt.

Gebrekkige nakoming door een participerende overheid: geen "risico".

Gebreken in de nakoming van een partij bij een overeenkomst tussen publieke partijen zijn niet onder "risico's" te scharen. Dat een publieke partij niet meer zou "kunnen" bijdragen (omdat die overheid daartoe niet meer over de nodige financiële middelen zou beschikken) is in de Nederlandse verhoudingen niet goed voorstelbaar.

In Nederland is geen ervaring met publieke lichamen, die de (rijks)overheid failliet heeft laten gaan. Theoretisch is zo'n faillissement wél mogelijk, nu de Faillissementswet de mogelijkheid dat een openbaar lichaam failliet gaat niet uitsluit.¹¹ Een faillissement van een openbaar lichaam betekent in de praktijk veelal dat de aan dat lichaam toebedeelde taak niet meer kan

¹¹ In het Eindrapport van de MDW-werkgroep "Modernisering faillissementsrecht", kamerstukken II 2001/2002, 24 036, nr. 238, p. 44 wordt gesteld, dat het wenselijk is dat de Faillissementswet zelf uitdrukkelijk bepaalt welke natuurlijke en rechtspersonen, gemeenschappen en publiekrechtelijke lichamen (waaronder ZBO's, kerkgenootschappen) onder de werking van de Faillissementswet vallen.

worden uitgeoefend, wat in de meeste gevallen maatschappelijk onaanvaardbaar is.¹² Dit zou slechts anders kunnen zijn indien de publieke taak kan worden overgenomen (zoals bijvoorbeeld in het geval van het faillissement van een vuilnisophaaldienst of een afvalverwerker).

Het niet "willen" naleven van een dergelijke overeenkomst (bijvoorbeeld: omdat een (nieuw gekozen) raad op grond van gewijzigd beleid weigert nog langer bij te dragen op voet van de gesloten overeenkomst) kan en moet vooraf worden ingekaderd in de overeenkomst door voor die mogelijkheid uitdrukkelijk een voorziening te bieden, met de verplichting om met inachtneming van een bepaalde termijn op te zeggen en een betaling te doen (volgens een in de overeenkomst opgenomen systematiek) om de schade door de vervroegde uittreding weg te nemen. Laat men dat na, dan zullen partijen bij duurovereenkomsten "gaandeweg" de voorwaarden voor uittreding moeten vinden. Bij een overeenkomst van bepaalde duur zal uittreding door gewijzigde inzichten over het algemeen onmogelijk zijn. Overigens kan een wijziging in de samenstelling van het bestuur van een overheid (College, Raad) als zodanig geen reden zijn om van deelname in een overeenkomst af te zien, maar (onder omstandigheden) alleen (eventueel) een door het (nieuwe) bestuur noodzakelijk geachte wijziging van beleid.

Risico's.¹³

A. Kostenverhogende factoren:

Fase van voorbereiding

de aanbesteding van het project slaagt niet

Er zijn diverse redenen te noemen als gevolg waarvan een aanbesteding kan mislukken. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar, dat geen enkele marktpartij bereid is gebleken binnen de gestelde voorwaarden een aanbieding te doen en de taxatie van verhouding tussen risico's en kosten enerzijds en opbrengsten anderzijds, kennelijk voor de markt te zonnig is geweest. Evenzeer kunnen uitsluitend abnormaal lage of hoge aanbiedingen zijn ontvangen, of kunnen door alle partijen formele fouten zijn gemaakt. Het aanbestedingsrecht schrijft van geval tot geval voor welke procedures moeten en mogen worden gevolgd. Veelal geldt dat een bepaalde onderhandelingsprocedure mag worden gevolgd, mits de oorspronkelijke opdracht niet substantieel wordt gewijzigd. Gebeurt dat laatste wel, dan zal opnieuw moeten worden aanbesteed, opdat alle gegadigden opnieuw de kans krijgen de (gewijzigde) opdracht te verwerven. Van een dergelijke substantiële wijziging is al snel sprake indien de randvoorwaarden van de opdracht zodanig worden gewijzigd dat de publieke partij een groter deel van de risico's op zich neemt of genoeg moet nemen met een kleinere (of sterker negatieve) opbrengst.

¹² Derhalve bestaat er bijvoorbeeld voor gemeenten een financieel vangnet in artikel 12 Financiële-verhoudingswet, op grond waarvan gemeenten een extra uitkering uit het Gemeentefonds kunnen ontvangen wanneer de algemene middelen van de gemeente aanmerkelijk en structureel tekortschieten om in de noodzakelijke behoeften te voorzien. Daarmee wordt overigens geen wijziging aangebracht in de rechten en plichten van een gemeente. Zij dient echter wel maatregelen te nemen om haar financiële positie te verbeteren.

¹³ Een verder uitgewerkte beschrijving van de soorten risico's van PPS kan men aantreffen in de Publieke Private Comparator, eveneens een uitgave van het Kenniscentrum PPS. Zie voor het verstrekken van zekerheid voor de risico's die een private financier loopt Bijlage D.

In het algemeen zal het niet eenvoudig zijn vooraf in een publiekrechtelijke overeenkomst voorzieningen te treffen voor een situatie waarin de aanbesteding is mislukt. Het negatieve signaal dat van zo'n voorziening uitgaat, kan bovendien zowel politiek, als strategisch richting marktpartijen ongelukkig zijn. Dit kan mogelijk anders zijn in geval bij voorbaat duidelijk is, dat in de aanbestedingsprocedure de grenzen van de markt zullen worden verkend en het afbreukrisico van de procedure derhalve groot is. Partijen hebben in dat geval meer concreet voor ogen voor welk risico een voorziening moet worden getroffen, zodat zorgvuldiger een afweging kan worden gemaakt tussen de negatieve en positieve kanten van de voorziening.

Tegenhanger van deze situatie is het geval dat na een onderhandse gunning van een opdracht aan een private partij alsnog (in rechte) wordt vastgesteld dat een openbare aanbestedingsprocedure had moeten worden gevolgd. In het bijzonder wanneer in het voortraject bewust is gekozen om niet aan te besteden, wetende dat die beslissing ter discussie zou kunnen worden gesteld, is het wenselijk zowel in de publiekrechtelijke overeenkomst, als in de publiek-private overeenkomst voorzieningen te treffen. Met de private partij kan bijvoorbeeld worden overeengekomen dat hij in voorkomend geval uitsluitend aanspraak kan maken op vergoeding van de gemaakte kosten, en niet op winstderving. Tussen de publieke partijen kan in aansluiting daarop worden overeengekomen hoe die eventuele kosten onderling zullen worden verdeeld.

Fase van realisering

Voorbeelden:

- a. de realisering van het project loopt vertraging op, als gevolg van
 - a1: vertraging in de besluitvorming bij de publieke partij
 - a2: gerechtelijke procedures bij het verkrijgen van de benodigde vergunningen etc.
 - a3: als gevolg van fysieke belemmeringen
- b. wettelijke eisen (bijv. natuurcompensatie, planschade) vallen duurder uit dan verwacht
- c. verwerving van de benodigde grond is duurder dan verwacht.

ad a)

Vertraging zal over het algemeen een risico voor de marktpartij zijn. Hier doet zich overigens een kans voor om risico's die de betrokken publieke partijen "in eigen beheer" kunnen beperken, bij de publieke partijen te laten met als resultaat een betere prijs.

ad a1)

Voorzover het gaat om besluitvorming bij "participerende" publieke partijen lijkt het voor de hand liggend om het risico van vertraging uit te bannen (in ieder geval niet: dat risico bij de marktpartij te leggen), door deze partijen een resultaat (met betrekking tot de snelheid van besluitvorming, niet de uitslag) te laten garanderen (in beginsel: besluitvorming met in achtname van de wettelijke termijn). Voorzover het gaat om publieke partijen, die geen partij zijn bij de voorovereenkomst tussen de betrokken publieke partijen, gaat het hier om een risico, dat voor die betrokken publieke partijen wellicht beter beïnvloedbaar is dan voor de marktpartij. Dat zou een reden kunnen zijn, om het voor rekening van de publieke partijen te laten komen. Uiteraard moet daarvoor wel uitdrukkelijk worden vastgelegd of de uitvoerende marktpartij "alleen" zijn opleveringsdata ziet opschuiven, of dat hij ook vertragingsschade kan claimen en zo ja of die schade op een of andere manier wordt beperkt (alleen extra kosten, geen gedeelde winst) of gefixeerd op een bepaald bedrag (per tijdseenheid).

ad a2):

De vertraging, als gevolg van het doorlopen van een standaard bestuursrechtelijke procedure, kan als volgt worden samengevat:

- i) fase van bezwaar: 6 weken bezwaarschrift, eventueel 4 weken om het bezwaar te motiveren, een mondelinge behandeling, advies van de commissie bezwaar en beroep, beslissing op bezwaar;

Commentaar: Het valt op, dat de publieke partij die op een bezwaarschrift moet beslissen in de praktijk veelal 5 maanden of meer neemt voor het doorlopen van de bezwaarprocedure. Dat is langer dan de wettelijke termijn van 6 tot 10 weken, met een verdagingsmogelijkheid van 4 weken. Er zullen over het algemeen geen fysieke beletselen bestaan die maken, dat de duur van de bezwaartermijn niet zou kunnen worden beperkt tot de wettelijke termijn. Dat kan dus - in een samenwerkingsovereenkomst tussen publieke partijen - als resultaatsverplichting (behoudens uitzonderlijke omstandigheden) worden opgenomen.

- ii) fase van beroep bij de sector bestuursrecht van de Rechtbank. Wederom 6 weken voor het beroepschrift, eventueel 4 weken om het beroep te motiveren, een mondelinge behandeling en uitspraak. De duur van een beroep belooft bij de Rechtbank in de praktijk 8 maanden tot een jaar;
- iii) fase van hoger beroep bij de ABRvS. Deze procedure kent eenzelfde verloop als die bij de Rechtbank. De duur ervan is tussen het jaar en de anderhalf jaar.

Commentaar:

- veel gebreken, die bij de bestuursrechter tot vernietiging leiden, zijn op zich te repareren. De vertraging is dan de duur van de gerechtelijke procedure zelf en daarbij opgeteld de duur van de periode tussen het moment in de procedure waar - naar het oordeel van de bestuursrechter - de reparatie moest worden aangebracht en de (nieuwe) afronding van de procedure;
- in de meeste gevallen schorsen bezwaar en beroep een besluit (bijvoorbeeld een vergunning) niet, zodat het besluit ondanks bezwaar en beroep geldig, "van kracht" is (alleen, zolang er nog bezwaar of beroep loopt, niet "onherroepelijk", wat betekent dat het besluit in rechte niet meer kan worden aangetast). Dat is pas anders wanneer het besluit door de voorzieningenrechter is geschorst.

Bij het voeren van gerechtelijke procedures komt het veel voor, dat de benodigde vergunningen al wel van kracht (in werking getreden) maar nog niet onherroepelijk zijn, omdat er nog een of meer beroepen tegen de vergunning lopen. De vergunninghouder mag dan weliswaar gebruik maken van de vergunning, maar zal dat over het algemeen "op eigen risico" doen. Dat betekent, dat hij opdraait voor de kosten en schade als achteraf het beroep tegen de vergunning slaagt. Hij zal dan met de verdere ontwikkeling moeten wachten, totdat de vergunning is hersteld of zelfs (als de uitspraak van de rechter er op neer komt, dat herstel niet mogelijk is en de aangevraagde vergunning niet kan worden verleend) eventuele investeringen, gedaan in de periode sedert het van kracht worden, moeten terugdraaien. Het voorgaande betekent, dat de vergunninghouder, die beschikt over een vergunning, die van kracht is, maar nog niet onherroepelijk, de strategische beslissing moet nemen of hij - ter minimalisering van de vertraging -

gebruik gaat maken van de vergunning of dat hij - ter minimalisering van ieder risico - de beslissing op het beroep afwacht. Dergelijke beslissingen horen in beginsel thuis bij de uitvoerder van de investeringen, dus niet bij de publieke partijen, wier samenwerking deze leidraad bestrijkt. Het wordt echter nadrukkelijk een besluit waar de belangen van de publieke partij(en) bij zijn betrokken, wanneer de vertraging door het invoeren van rechtsbescherming is ontstaan als gevolg van een door een publieke partij gemaakte fout (in beginsel dan: een onrechtmatige daad jegens de vergunninghouder).

ad a3)

Met "fysieke belemmeringen" wordt bedoeld op problemen in de aanvoer van bouwstoffen en producten en/of tekorten op de arbeidsmarkt. Vertraging als gevolg van fysieke belemmeringen hoort thuis bij de partij, die dat soort belemmeringen kan inschatten, voorkomen of opheffen, dat wil zeggen: de marktpartij.

Exploitatiefase

- a. de inkomsten uit het project vallen tegen;
- b. de uitgaven op het project (onderhoud etc.) zijn hoger dan verwacht;
- c. déconfiture van de onderneming, die de exploitatie op zich heeft genomen.

Hoe kunnen publieke partijen in hun onderlinge samenwerking hierop anticiperen?

ad a en b: tegenvallende exploitatie

In beginsel gaat het hier om risico's, die typisch behoren tot het ondernemingsrisico van de onderneming die het project exploiteert. Dit lijkt een type risico, dat publieke partijen, die besluiten een project in een PPS aan te besteden, nu juist niet willen lopen. Het is in ieder geval niet aan te raden, dat publieke partijen dat risico in zijn geheel op zich zouden nemen, aangezien dat een uitnodiging is voor de private partij om zich minder gelegen te laten liggen aan beperking van kosten en optimalisering van inkomsten.

Publieke partijen kunnen van dat patroon afwijken door (bijvoorbeeld) een plafond aan onderhoudsuitgaven en een bodem aan de inkomsten te garanderen. Het resterende risico komt dan voor rekening van de aanbestedende overheden. Het zal van geval tot geval afhangen of het nemen van die risico's per saldo (prijs technisch) aantrekkelijk is.

In veel gevallen zal een publieke partij ook overigens bij exploitatierisico's betrokken zijn, omdat zij - als het project neerkomt op de realisering van voorzieningen voor het publiek - voorwaarden zal willen stellen aan de toegankelijkheid van die voorzieningen. Zo is voorstelbaar, dat de publieke partij een bepaalde maximumprijs in gedachten heeft, voor welke de burger van de desbetreffende voorziening gebruik moet kunnen maken. Is die prijs lager, dan wat de markt mogelijk maakt, dan is een mogelijke oplossing, dat de betrokken publieke partij per gebruiker het verschil betaalt tussen de marktprijs en het door de publieke partij voorgeschreven maximum tarief.

De andere route is dat de publieke partij bij de aanbesteding deze toegankelijkheid (maximumprijs per gebruiker per keer en de wijze om deze te bepalen) als voorwaarde opneemt. Wordt de eerste weg gevolgd, dan zullen de publieke partijen vooraf overeenstemming moeten hebben over de bijdrage van de verschillende publieke partijen aan het aan de exploitant te betalen surplus per kaartje.

Wordt de tweede weg gevolgd, dan zullen de betrokken publieke partijen zich vooraf een beeld moeten vormen, in welke mate deze toegankelijkheidseis het project duurder maakt. Bij de verdeling van deze risico's onder de publieke partijen zal apart bekeken kunnen worden, welke publieke partij(en) zich het belang van de toegankelijkheid van de voorziening direct moet(en) aantrekken en dus zou moeten participeren in de "toeslag".

ad c. Déconfiture exploitant

Het risico van een deconfiture van de onderneming, die de exploitatie voor zijn rekening zou nemen zal over het algemeen zijn afgedekt in de financieringsovereenkomsten die die onderneming heeft gesloten. De bank zal daarin het recht bedingen om uit te stappen en een nieuw consortium te vormen, als de bank aannemelijk kan maken, dat er serieuze redenen zijn te vrezen, dat een partner in een consortium financieel onderuit dreigt te gaan. Daarmee voorkomt de bank, dat er een vacuüm ontstaat, doordat een consortium ophoudt te bestaan, wanneer een deelnemer ervan in financiële moeilijkheden komt. Wanneer onverhoopt toch sprake zou zijn van een exploitant, die niet meer in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen, zal het PPS contract erin voorzien, dat de publieke partijen (als wederpartij bij de exploitatieovereenkomst) weer de mogelijkheid krijgen de verdere exploitatie ter hand te nemen of aan een derde uit te besteden. Verliezen die daarbij ontstaan zullen door de publieke partijen naar rato van de tussen hen bestaande verdeelsleutel onderling moeten worden verdeeld. Bij die verliezen moet men in de eerste plaats denken aan het geval, dat de private partij in gebreke is gebleven omdat de overeengekomen (financiële) wederprestatie te gering was en een nieuwe aanbesteding een hogere tegenprestatie oplevert, dan die waar in de "eerste ronde" vanuit was gegaan.

Wanneer men de realisatie en exploitatie tezamen aanbesteedt, zijn er - zolang de partij die de exploitatie op zich heeft genomen naar behoren presteert - geen verrassingen meer te verwachten op het punt van de uitgaven op de langere termijn.

B. Factoren, die het project onuitvoerbaar maken

Veelal zullen factoren, die een project volledig frustreren in een tamelijk vroeg stadium van de voorbereiding naar voren komen. In de aanvang zullen publieke partijen participeren op basis van "ieder neemt zijn eigen kosten". Vanaf het moment, dat er extern omvangrijke (onderzoeks)kosten worden gemaakt wordt het van belang met de andere participerende publieke partijen afspraken te maken omtrent de kosten, wanneer het project moet worden afgeblazen. Daarbij zal aandacht moeten worden besteed aan de vraag of de tot dan toe geleverde inspanningen een restwaarde hebben, zo ja, wie van die restwaarde profiteert (profiteren) en indien daarvan sprake is, hoe dat in de verrekening tot uiting kan worden gebracht.

Onteigening is alleen toegelaten, wanneer de eigenaar van de gronden zelf niet in staat of bereid is de ontwikkeling die met de onteigening wordt nagestreefd te realiseren. Daardoor kan het verweer van de eigenaar, dat hij zelf die ontwikkeling kan en wil realiseren ertoe leiden, dat de onteigening niet slaagt en dat de overheid de ontwikkeling aan de eigenaar moet overlaten. Het feit, dat de onteigenaar zo'n beroep op dit zogenaamde "zelfrealisatie-verweer" zal moeten honoreren leidt dus niet tot onuitvoerbaarheid van het project, wel tot uitvoering door een ander (type onderneming) dan de publieke partijen in de voorbereiding voor ogen stond.

Clausules onvoorziene omstandigheden

Eventuele strijd met wet- of regelgeving.

Ingeval een of meer artikelen uit deze overeenkomst ten gevolge van enige bepaling van (inter)nationale en/of EG-wet- en regelgeving geheel of gedeeltelijk ongeldig blijk(t)en en/of niet zonder inbreuk op zo'n bepaling kan (kunnen) worden nagekomen, geldt dat zulks in beginsel geen invloed heeft op (de uitvoering van) de andere artikelen van het Convenant. Partijen zullen in dat geval zo spoedig mogelijk met elkaar in overleg treden teneinde tot een oplossing te komen welke past in de geest van de overeenkomst en die zoveel mogelijk aansluit bij het bepaalde in (het) de betrokken artikel(en).

Onvoorziene omstandigheden

Set 1)

Onvoorziene omstandigheden die met zich brengen dat ongewijzigde uitvoering van deze overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer verlangd kan worden, kunnen leiden tot (gedeeltelijke) wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding van deze overeenkomst.

De partij bij deze overeenkomst aan wiens zijde een omstandigheid als hiervoor bedoeld opkomt, is gehouden de andere partijen bij de overeenkomst daarvan onmiddellijk schriftelijk in kennis te stellen en voorafgaand aan een eventuele ontbinding in overleg te treden met de andere partijen bij de overeenkomst teneinde de ontstane situatie en de consequentie te bespreken en zo mogelijk in onderling overleg op te lossen.

Ontbinding als hiervoor bedoeld vindt plaats door middel van een aangetekende brief aan de andere partijen bij de overeenkomst zulks binnen 3 (drie) maanden nadat de desbetreffende onvoorziene omstandighe(i)d(en) zich hebben (heeft) voorgedaan. Na het verstrijken van deze periode vervalt het recht tot ontbinding met betrekking tot de desbetreffende onvoorziene omstandighe(i)d(en).

Set 2)

Als bijlage x bij deze overeenkomst is de aanvangsbegroting voor de projectorganisatie gevoegd. Bij overschrijding van deze begroting met meer dan ** zullen Partijen bij elkaar te rade gaan, of deze moet leiden tot een aanpassing van de taken en opzet van de Projectorganisatie.

Als bijlage y bij deze overeenkomst is een tijdspad voor de ontwikkeling van het Project bijgevoegd. Bij overschrijding van dit tijdspad met meer dan ** zullen Partijen bij elkaar te rade gaan of deze moet leiden tot een aanpassing van het Project.

Indien zich overigens omstandigheden voordoen die in deze overeenkomst niet zijn voorzien en die met zich brengen, dat ongewijzigde uitvoering daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verlangd kan worden (waaronder ook gerekend dient te worden een wijziging in wet- of regelgeving met dat effect) zullen partijen in overleg treden over aanpassing van deze overeenkomst. De partij aan wier zijde een onvoorziene omstandigheid als hier bedoeld opkomt, is gehouden de andere partijen daarvan onmiddellijk bij aangetekende brief met ontvangstbevestiging in kennis te stellen.

De volgende omstandigheden maken een einde aan deze overeenkomst en ontslaan partijen van de verplichting om aan de overeenkomst uitvoering te geven:

- a) gebleken onmogelijkheid om het Project te volvoeren in de vorm waarin het in deze overeenkomst is omschreven als gevolg van:
- hetzij weigering van de Raad van de gemeente om een daartoe strekkend bestemmingsplan vast te stellen, gecombineerd met de gebleken onmogelijkheid voor de provincie en de Minister om zulks, via een aanwijzing op voet van art. ** te doen;
 - hetzij het definitief uitblijven van ingevolge de wet vereiste goedkeuring van enig bestuursorgaan;
 - hetzij gebleken obstakels in wettelijke bepalingen;
 - hetzij een onherroepelijke uitspraak van de rechter, die niet – met instandhouding van de hoofdlijn van het project – valt op te heffen met het opnieuw (in gewijzigde vorm) in procedure brengen van het Project;
 - hetzij de vaststelling, dat de voor de realisering en exploitatiefase benodigde gelden de aan deze overeenkomst als bijlage z gehechte schatting overtreffen met meer dan 15%.

b)

Partijen dragen in een geval van beëindiging op voet van dit artikel ieder de tot dan toe door henzelf gemaakte kosten, met uitzondering van:

a.....

b.....

welke kosten naar rato van de verdeling van bijlage x over hen wordt verdeeld.

Uiteraard staat het partijen vrij om ook in deze gevallen in overleg tot aanpassing van het Project te komen.

Bijkomende bepalingen

Adreskeuze, wijze van communicatie

Partijen kiezen voor de uitvoering van deze overeenkomst als volgt woonplaats:

.....

Waar in deze overeenkomst gevolgen worden verbonden aan een schriftelijke melding van een der partijen aan een of meer andere partijen kan als zo'n schriftelijke melding uitsluitend dienen:

- aangetekende post
- door een deurwaarder uitgebracht exploit
- faxbericht, mits gevolgd door een aangetekende brief

.....

Tekst: volledigheid, wijzigingen

Bij deze overeenkomst behoren de volgende bijlagen:

a)

b)

Dit document vormt – met de bijlagen a tot en met x - de volledige neerslag van de terzake van de voorbereiding van het Project tussen de Partijen gesloten overeenkomst. Deze overeenkomst kan alleen

worden aangevuld of gewijzigd door middel van een door alle partijen ondertekend schriftelijk stuk, waarin de verhouding met dit document uitdrukkelijk is geregeld.

Vertrouwelijkheid

De volgende bijlagen zullen niet worden geopenbaard dan aan:

- i) [de Raadscommissie]
- ii) [de leden van de Projectorganisatie]

Partijen zullen strikte vertrouwelijkheid in acht (doen) nemen ten aanzien van de tekst van deze bijlagen en daarmee samenhangende informatie, met dien verstande dat partijen niet tot geheimhouding verplicht zijn voorzover zij tot verstrekking van gegevens verplicht moeten worden geacht ter naleving van wettelijke voorschriften.

Indien en voorzover communicatie en/of publiciteit met betrekking tot het Project jegens derden, niet zijnde marktpartijen, noodzakelijk of wenselijk is, zal die zoveel mogelijk in onderling overleg en uniform geschieden.

Commentaar;

Het is mogelijk nog een plicht in te bouwen tot het waarschuwen van de andere partijen voorafgaande aan feitelijke openbaarmaking (bijvoorbeeld naar aanleiding van een verzoek op grond van de Wet openbaarheid bestuur), zodat de desbetreffende partij de kwestie zo nodig nog aan de bestuursrechter kan voorleggen.

Opschortende voorwaarden

Deze overeenkomst wordt aangegaan:

- Door de gemeente onder de opschortende voorwaarde van instemming door de raad
- Door de provincie onder de opschortende voorwaarde van instemming van provinciale staten.

Geen ontbinding

Partijen doen afstand van het recht om ontbinding van deze overeenkomst te vorderen.

Sommatie bij tekortkoming (in gebreke stelling)

Ingeval van enige tekortkoming in de nakoming van een partij, dient de andere partij de tekortschietende partij binnen een maand nadat van deze tekortkoming is gebleken, per aangetekend schrijven, aan te manen tot nakoming, hem een termijn te stellen voor nakoming en hem terzake aansprakelijk te stellen. Leidt dit niet alsnog tot nakoming binnen een – gegeven de aard van de tekortkoming – redelijke termijn, dan zal de meest gerede partij zich terzake kunnen wenden tot de arbiter bedoeld inetc.

De in gebreke stelling dient om eventuele misverstanden tussen partijen omtrent het al dan niet bestaan van een tekortkoming zo veel mogelijk te beperken en met enige zekerheid vast te stellen wanneer de tekortkoming is aangevangen. Voorts is de in gebreke stelling een vereiste voor het intreden van verzuim. Pas daarna is een vordering bij de rechter tot nakoming en schadevergoeding opeisbaar. (zie bijlage B). Het is mogelijk om overeen te komen, dat een tekortkoming zonder nadere ingebrekestelling of aanmaning kan leiden tot verbeurte van een boete of tot opeisbaarheid van schade e.d. Tussen civiele partijen wordt dat regelmatig overeengekomen maar in een publiekrechtelijke overeenkomst liggen dergelijke bepalingen niet voor de hand. Wat het gevolg is van het uitblijven van nakoming na een sommatie hangt af van de overige inhoud van de overeenkomst. De keuze voor het inleiden van een geding bij een arbiter in deze voorbeeldclausule is dus niet meer dan een willekeurig voorbeeld.

Opzeggingsmogelijkheden

Deze overeenkomst kan niet tussentijds worden opgezegd of beëindigd dan via ontbinding op grond, van het intreden van onvoorziene omstandigheden, zoals beschreven in art.xx. of via beëindiging wegens een tekortkoming in de nakoming door de wederpartij als bedoeld in art. yy.

Commentaar:

De overeenkomst, die hier als voorbeeld wordt genoemd betreft een samenwerking voor beperkte duur (zij het dat de einddatum van die duur niet vooraf te bepalen is). Het ligt bij zulke overeenkomsten niet in de rede om beëindiging mogelijk te maken anders dan vanwege het intreden van onvoorziene omstandigheden, waarna in redelijkheid voortzetting van de overeenkomst niet mag worden verlangd. Is sprake van een langdurige overeenkomst, dan zullen partijen het recht hebben om de overeenkomst op te zeggen tegen een redelijke termijn en met vergoeding van door die opzegging veroorzaakte (niet te vermijden) schade bij de overige partijen bij de overeenkomst. In het burgerlijk recht gaat men ervan uit, dat het wenselijk is (niet de bedoeling van partijen kan zijn) dat partijen zich – zonder ontsnappingsmogelijkheid voor onbepaalde duur aan elkaar binden. Wil men vooraf meer zekerheid over de mogelijkheden van opzegging en de gevolgen ervan (wil men deze mogelijkheden en gevolgen begrenzen), dan kan men de termijn waartegen kan worden opgezegd uitdrukkelijk in de overeenkomst opnemen en de omvang van de schadevergoeding fixeren, hetzij op een absoluut bedrag, hetzij door uitdrukkelijk te bepalen, dat alleen bepaalde schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen. Een dergelijke inkadering van de opzeggingsmogelijkheden en -gevolgen treft men standaard aan in gemeenschappelijke regelingen.

Bevoegde rechter

Geschillen omtrent de uitleg en uitvoering van de overeenkomst zullen door de meest gereede partij worden voorgelegd aan de Rechtbank (sector Civiel) te Middelburg.

Buitengerechtelijke geschillenbeslechting

In bijlage E zijn diverse manieren van buitengerechtelijke geschillenbeslechting opgenomen.

Combinatie bemiddeling/gerechtelijke procedure (arbitrage en bindend advies)

Alle geschillen naar aanleiding van deze overeenkomst, of daaruit voortvloeiende overeenkomsten, zullen zoveel mogelijk in goed onderling overleg worden opgelost. Leidt dit overleg niet tot een oplossing van het geschil, dan kan één der partijen voorstellen een bemiddelaar aan te trekken. Partijen wijzen dan samen een onafhankelijke bemiddelaar aan, die in overleg met partijen vorm en inhoud zal geven aan de bemiddeling. Leidt ook deze bemiddeling niet tot een oplossing van het geschil, dan kunnen partijen [zich wenden tot de rechtbank te.....].....[het geschil aan arbitrage onderwerpen][het geschil onderwerpen aan bindend advies].

Een geschil is aanwezig indien een der partijen bij deze overeenkomst zulks schriftelijk aan de andere partijen bij de overeenkomst meldt.

Commentaar

De combinatie van diverse vormen van geschillenbeslechting kan naar believen worden aangepast, afhankelijk van onder meer de snelheid (liever direct een procedure starten of eerst een rustmoment inbouwen, zodat de scherpe kantjes van het geschil af zijn?) en de gewenste oplossing (een te executeren arbitrage vonnis of een bindend advies waarvan eventueel nakoming moet worden gevorderd

alsnog in een gerechtelijke procedure?) voeren. In plaats van bemiddeling kan ook gekozen worden voor een afkoelingsprocedure, waarbinnen of waarna partijen hun zienswijzen over het geschil op papier zetten, waarna een arbitrage of bindend advies procedure wordt gevolgd. Ingeval van arbitrage en bindend advies, zal in de overeenkomst een arbitragereglement van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard of zal anderszins moeten worden voorzien in een procedure via welke de arbitrage of de bindend adviesprocedure zal worden doorlopen. Ingeval van arbitrage kunnen dat ook gewoon de toepasselijke bepalingen uit Rechtsvordering zijn.

Arbitrage

Alle geschillen welke mochten ontstaan naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst dan wel van nadere overeenkomsten, die daarvan het gevolg mochten zijn, zullen worden beslecht overeenkomstig het Reglement van het NAI.

Dit is de standaardclausule die wordt voorgeschreven door het NAI. Daarbij worden aanwijzingen gegeven over zaken die in de overeenkomst geregeld kunnen worden, zoals het aantal arbiters, de plaats van arbitrage, dat de arbiters beslissen naar de regelen des rechts enz.

In de overeenkomst kan ook worden voorzien in de mogelijkheid van een arbitraal hoger beroep of een arbitraal kort geding.

Bijlage A: Kernbegrippen en voorbeelden van de publiekrechtelijke overeenkomst

Inleiding

In deze bijlage wordt een aantal relevante juridisch begrippen verklaard en worden de meest voorkomende verschijningsvormen van de publiekrechtelijke overeenkomst beschreven.

Begrippen

Burger en Overheid

De burger is steeds en alleen burger, private persoon, natuurlijke persoon of rechtspersoon.

De publieke partij onderscheidt zich van de burger, doordat hij een publieke taak uit te voeren heeft en daarvoor bevoegdheden heeft gekregen, die de burger niet heeft (bijvoorbeeld: het opstellen en handhaven van regels). De publieke partij speelt ook de rol van een "gewone" rechtspersoon, bijvoorbeeld als deze overgaat tot (klassiek voorbeeld:) de aankoop van potloden. Hij blijft bij die aankoop in zoverre overheid, dat hij ook dan gebonden is aan de normen die hij als publieke partij in acht heeft te nemen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Hij kan in het kader van de aankoop niet zo maar een bevoegdheid uit de kast trekken om (bijvoorbeeld) eenzijdig de prijs van de aan te kopen waren te bepalen.

Recht(sgevolg)

Wij spreken van rechtsgevolg wanneer sprake is van het doen ontstaan, wijzigen of tenietgaan van een recht, verplichting, bevoegdheid of status. Met het sluiten van een overeenkomst is rechtsgevolg beoogd, het sluiten van een overeenkomst is dan ook een (tweezijdige) rechtshandeling.

Van een rechtshandeling (besluit tot plaatsen van een eenrichtingsbord, sluiten van een overeenkomst) kan een feitelijke handeling (straat opbreken) worden onderscheiden. Feitelijk handelen is overigens bijna altijd wel in rechte genormeerd, bijvoorbeeld, bij de vraag of het als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd.

Privaatrecht vs. Publiekrecht

Het privaatrecht regelt de rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling (waaronder begrepen: "de overheid die potloden koopt"). Belangrijke onderwerpen van privaatrecht zijn het familierecht, het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht.

Het publiekrecht regelt de rechtsbetrekkingen tussen partijen waarvan er tenminste een een publieke partij is. Belangrijkste takken van publiekrecht zijn het bestuursrecht en het strafrecht.

Wij noemen een rechtshandeling (van een publieke partij) privaatrechtelijk, wanneer sprake is van een type bevoegdheid dat niet exclusief aan publieke partijen is voorbehouden en wanneer zij is gericht op een wijziging in de privaatrechtelijke (niet exclusief aan de publieke partij voorbehouden) verhoudingen. De meest voorkomende privaatrechtelijke handelingen zien op wijzigingen in (wat wordt genoemd) de vermogensrechtelijke sfeer, dat wil zeggen: in eigendom, bezit van goederen e.d. Ter wille van de

leesbaarheid is gekozen voor de term "privaatrechtelijk" ook op plaatsen waar de term "vermogensrechtelijk" wellicht correcter zou zijn geweest.

De overeenkomst

Essentieel onderdeel van een overeenkomst is binding. Men verplicht zich het overeengekomene uit te voeren. In het privaatrecht is zeer gedetailleerd uitgewerkt wat die binding voor betekenis en gevolgen heeft. Ook de publiekrechtelijke overeenkomst is niet goed denkbaar zonder (beoogde) binding. De (Awb-)wetgever gaat er echter vanuit, dat het privaatrecht niet zonder meer van toepassing is op de verhoudingen met een publieke partij¹⁴. Ofschoon het niet goed voorstelbaar is, dat op het punt van de verbindendheid van overeenkomsten tussen publieke partijen radicaal andere regels zouden gelden dan tussen burgers, is de zekerste manier om van de uitgewerkte burgerrechtelijke ervaring en kennis op dit punt te profiteren, om de civielrechtelijke regels omtrent nakoming en binding in publiekrechtelijke overeenkomsten uitdrukkelijk van toepassing te verklaren. Uiteraard betekent de toepasselijkheid van civiele "spelregels", niet dat er voor publieke partijen geen bijzondere materiële redenen en omstandigheden zouden kunnen gelden die van belang zijn bij de invulling van de gehoudenheid tot nakoming. Anders gezegd: de van toepassing verklaring van de civielrechtelijke regels met betrekking tot verbindendheid hoeft niet af te doen aan de bijzondere positie van publieke partijen.

De publiekrechtelijke overeenkomst

Vooraf:

In plaats van de hier gebruikte term "publiekrechtelijke overeenkomst" worden elders (ook) andere termen gebruikt, waaronder: bestuursakkoorden (beleidsinstrument in de sfeer van de handhaving), bestuursovereenkomsten, bestuurscontracten, beleidsafspraken, convenanten etc. Wij gaan er – in het kader van de gekozen werkdefinities vanuit – dat deze termen min of meer dezelfde lading dekken.

Publiekrechtelijke overeenkomsten, bestuursakkoorden, bestuursovereenkomsten, bestuurscontracten, beleidsafspraken, convenanten etc. dekken allen min of meer dezelfde lading.

Werkdefinitie

Met "publiekrechtelijke overeenkomst" wordt in deze Leidraad bedoeld:

een stelsel van "afspraken tussen publieke partijen, over handelingen ter uitvoering van een publieke taak door een van beide partijen tegen een bepaalde tegenprestatie van de andere partij".^{15,16}

Kortom: alle overeenkomsten gesloten tussen publieke partijen, zowel die met publiekrechtelijke als die met privaatrechtelijke gevolgen/inhoud. Ter verduidelijking gaat het bij publieke partijen om bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 Awb, d.w.z. zowel organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, als andere personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed. Deze laatste partijen zijn alleen publiek voorzover zij openbaar gezag uitoefenen.

¹⁴ Dat valt op te maken uit de Vierde Tranche (die overigens nog in een pril stadium verkeert). De wetgever achtte het nodig om bepalingen van het BW naar analogie van toepassing te verklaren. Dat betekent dat de wetgever niet de leer aanhangt volgens het Burgerlijk recht als "gemene rechtsleer" alle gaten opvult, die het bestuursrecht openlaat.

¹⁵ Mr. R. Kluin, Contracten met de Overheid, B.II, 1995, p B.II-7.

¹⁶ Er wordt al jaren gesproken over het in de wet vastleggen van het begrip "publiekrechtelijke overeenkomst". Op dit moment is het echter geen wettelijk begrip en evenmin een begrip, dat in de doctrine een vaste inhoud heeft. De hier gebruikte betekenis is nuttig voor de Leidraad maar heeft geen algemene gelding.

Hierna zal kort worden ingegaan op de categorieën publiekrechtelijke overeenkomst, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen:

- de bevoegdhedenovereenkomst, bestaande uit: de onbenoemde publiekrechtelijke overeenkomst en de bij wet benoemde publiekrechtelijke overeenkomst (gemeenschappelijke regeling);
- de publiekrechtelijke overeenkomst met (deels) privaatrechtelijke inhoud/gevolgen.

Onderverdeling: De Bevoegdhedenovereenkomst tegenover de Publiekrechtelijke overeenkomst met privaatrechtelijke inhoud/gevolgen

Een voor een goed begrip van de publiekrechtelijke overeenkomst belangrijke onderverdeling is die tussen:

- a) overeenkomsten waarbij de bestuursorganen als partij op treden (over het algemeen: overeenkomsten over het hanteren van bevoegdheden) en
- b) overeenkomsten waarbij openbare lichamen (rechtspersonen in de zin van het BW) als partij optreden (veelal overeenkomsten met een privaatrechtelijke inhoud).

a) Bevoegdhedenovereenkomsten, tussen bestuursorganen

Veel publiekrechtelijke overeenkomsten bevatten voornamelijk afspraken over de uitoefening en/of overdracht van bevoegdheden. Deze overeenkomsten worden daarom ook gesloten door de dragers van bevoegdheden, dat zijn de bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 Awb.

Deze is verder onder te verdelen in:

1. de onbenoemde publiekrechtelijke overeenkomst (zoals: bevoegdheden- en beleidsovereenkomst, covenant enz);
2. de (door een bijzondere wet) benoemde publiekrechtelijke overeenkomst (zoals de gemeenschappelijke regeling).

b) Overeenkomsten met privaatrechtelijke gevolgen/inhoud, tussen openbare lichamen

Daarnaast sluiten publieke partijen onderling (dus, in onze definitie: publiekrechtelijk) overeenkomsten met een privaatrechtelijke inhoud. Een voorbeeld daarvan is de inbreng of overdracht van grond enz. vooruitlopend op een publiek private projectontwikkeling. Bij die overeenkomsten zijn partij de rechtspersonen, dat wil zeggen, de openbare lichamen, zoals de Staat, de provincie, de gemeente enz.

In de praktijk komen mengvormen voor, waarin combinaties zijn opgenomen van a1 en b, maar ook van a2 en b. Deze worden aangeduid als "gemengde overeenkomsten".

De plaats die een overeenkomst in deze indeling inneemt bepaalt:

- welke rechtsnormen (alleen de publieke of de publieke en de privaatrechtelijke) de overeenkomsten beheersen;
- wat de rechtsgevolgen zijn van de overeenkomst.

Toepasselijke rechtsnormen

Elk handelen van de publieke partij (ook het feitelijk en privaatrechtelijk handelen)¹⁷ wordt beheerst door het publiekrecht.

Met betrekking tot privaatrechtelijk handelen van publieke partijen is dat vastgelegd in artikel 3:14 BW: een bevoegdheid die iemand krachtens het privaatrecht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Maar ook in de spiegelbeeldige bepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb: op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing.

De overeenkomst genoemd onder b, wordt behalve door de rechtsnormen van publiekrecht ook (direct) beheerst door de rechtsnormen uit het BW.

Voorbeeld van privaatrechtelijke normering: partijen bij de publiekrechtelijke overeenkomst

Het BW (het privaatrecht) kent alleen aan (rechts)personen naar privaatrecht het vermogen toe om privaatrechtelijke rechtsgevolgen in het leven te roepen. (Rechts)personen naar privaatrecht zijn aan overheidszijde volgens het BW alleen de openbare lichamen, zoals de staat, de gemeente, de provincie enz. Dus niet de bestuursorganen, zoals een Minister, de burgemeester enz. Alleen (rechts)personen naar het privaatrecht kunnen privaatrechtelijke rechtsgevolgen in het leven roepen.

Een bevoegdhedenovereenkomst, die alleen afspraken bevat over bevoegdheden en die dus alleen maar wordt gesloten door bevoegdheidsdragers, altijd zijnde *bestuursorganen*, kan geen privaatrechtelijk rechtsgevolg in het leven roepen. Een bevoegdhedenovereenkomst kan (als neveneffect) weer wel privaatrechtelijk rechtsgevolg hebben, voor zover daarbij rechtspersonen naar privaatrecht, dus openbare lichamen, (ook) partij zijn.¹⁸

Rechtsgevolg publiekrechtelijke overeenkomst; privaatrechtelijk en/of publiekrechtelijk?

Een belangrijk verschil tussen de publiekrechtelijke overeenkomsten genoemd onder a en die genoemd onder b, betreft het rechtsgevolg. De overeenkomsten genoemd onder a hebben publiekrechtelijk rechtsgevolg, dat wil zeggen: zij wijzigen de wijze van (mogelijkheden tot het) uitoefenen van bevoegdheden c.q. van uitvoeren van de publieke taak. De overeenkomsten genoemd onder b hebben privaatrechtelijk rechtsgevolg, dat wil zeggen: zij wijzigen de onder het privaatrecht bestaande rechten en plichten.

Door het Europese Hof van Justitie is het verschil tussen beide (publiekrechtelijke) overeenkomsten sprekend belicht vanuit de gedachte dat de eerste overeenkomst wordt gesloten in het kader van de uitoefening van openbaar gezag en de tweede op basis van particuliere autonomie.¹⁹

¹⁷ Voorzover het gaat om een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb, heeft dit alleen te gelden voorzover hij handelt ter uitoefening van bevoegd gezag.

¹⁸ Hoge Raad 10 april 1987, AB 1987, 336 en Hoge Raad 23 juni 1989, 551 (GCN/Nieuwegein).

¹⁹ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 12 juli 2001, NJ 2002, 11.

Bevoegdhedenovereenkomsten, algemeen.

Ter verdere verduidelijking van wat de bevoegdhedenovereenkomst inhoudt wordt hier onder besproken:

- a) Hoe bevoegdheden worden toegekend aan bestuursorganen
- b) Het onderscheid tussen vrije en gebonden bevoegdheden
- c) De grenzen aan het vastleggen/wijzigen van de wijze waarop bevoegdheden uitgeoefend zullen worden.

a) *Toekenning van bevoegdheden*

Hiervoor is besproken dat bevoegdheden worden toegekend aan bestuursorganen en dat deze partij (behoren te) zijn bij de zuivere bevoegdhedenovereenkomst. Bestuursorganen kunnen bevoegdheden toebedeeld krijgen via attributie, delegatie en mandaat. Het gaat hier niet om overeenkomsten met betrekking tot bevoegdheden. Attributie, delegatie en mandaat hebben de vorm van een (publiekrechtelijk) besluit (daaronder begrepen algemeen verbindende voorschriften).

Attributie

Bij attributie schept de wetgever een nog niet bestaande algemene of specifieke bevoegdheid en kent die – bij wet - toe aan een bestuursorgaan. Dat kan een reeds bestaande bestuursorgaan zijn of een voor de gelegenheid in het leven geroepen bestuursorgaan.

Delegatie

Ingeval van delegatie, wordt een bevoegdheid van een bestuursorgaan tot het nemen van besluiten, door datzelfde orgaan (*delegans*) overgedragen aan een ander (*delegataris*), die deze bevoegdheid *onder eigen verantwoordelijkheid* zal gaan uitoefenen. Anders dan bij attributie, bestaat deze bevoegdheid al en wordt deze dus niet toegekend maar overgedragen, de delegans kan over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid geen instructies meer geven, hij kan - als hij het met de uitvoering door de delegataris niet eens is, alleen de delegatie geheel ongedaan maken.

Mandaat

Daarnaast bestaat de mogelijkheid een bevoegdheid te mandateren. In dat geval verleent een krachtens attributie of delegatie bevoegd bestuursorgaan aan een ander de bevoegdheid om *namens* hem bepaalde besluiten te nemen. Anders dan in geval van delegatie, kan het bestuursorgaan dat de bevoegdheid heeft gemandateerd, deze bevoegdheid ook zelf blijven uitoefenen. De bevoegdheid wordt dus niet zoals bij delegatie overgedragen. Mandaat lijkt het meeste op wat in het privaatrecht vertegenwoordiging wordt genoemd.

b) *Vrije of gebonden bevoegdheden als object van de overeenkomst*

Daar waar publieke partijen bevoegdheden krijgen opgelegd, kan een onderscheid worden gemaakt tussen gebonden en meer vrije bevoegdheden. In geval van gebonden bevoegdheden schrijft de wet dwingend en uitputtend ("compleet") voor hoe die bevoegdheid moet worden uitgeoefend, er is geen beleidsruimte.

Zo schrijft artikel 44 Woningwet dwingend voor welke aspecten bij de verlening van een bouwvergunning een rol mogen spelen en die uiteindelijk (exclusief) tot verlening of weigering moeten leiden.

Of sprake is van een gebonden of van een meer vrije bevoegdheid moet worden opgemaakt uit de tekst van de bepaling waarin die bevoegdheid is geschapen: het woord "zal", een uitputtende reeks mogelijkheden en een tegenwoordige tijd die verder geen keuze laat, wijzen op een gebonden bevoegdheid. Het woord "kan" en een niet uitputtende reeks ("zal onder meer acht slaan op...") wijzen juist op beleidsvrijheid.

Over de uitoefening van gebonden bevoegdheden valt weinig af te spreken (met andere publieke partijen overheden of met derden): de overheid moet simpelweg de wet toepassen. Er bestaat hoogstens beleidsvrijheid in het tempo waarin zulke beslissingen worden genomen of een bepaalde mate van overleg of onderzoek, dat een publieke partij aan het gebruik van zo'n bevoegdheid vooraf zal laten gaan.

Bij de uitoefening van iedere bevoegdheid moeten bepaalde zaken gekwalificeerd worden ("is dit een stacaravan of een zomerhuis?"). De publieke partij zal bij die beoordeling - binnen het redelijke - een zekere ruimte hebben. De publieke partij mag bijvoorbeeld in een beoordeling aan bepaalde zaken doorslaggevend gewicht toekennen (geen wielen = zomerhuis). Beoordelingsruimte en beleidsvrijheid moeten beiden door de rechter worden gerespecteerd wanneer zijn oordeel over overheidshandelen wordt gevraagd. Het is immers niet de bedoeling, dat de rechter het besluitproces overdoet, maar dat hij het (op zijn wettigheid en redelijkheid) toetst.

Bevoegdhedenovereenkomsten komen materieel vaak neer op de toezegging, dat een publieke partij (partij bij de overeenkomst) van een bepaalde beleids- en/of beoordelingsruimte alleen een bepaald, beperkt gebruik zal maken. De publieke partij geeft een deel van zijn ruimte weg ter vergroting van de zekerheid van de andere publieke partijen bij die overeenkomst. Die zekerheid stelt de overige publieke partijen beter in staat om bepaalde handelingen te verrichten of projecten op te zetten.

Voorbeeld: Er komt een sneltram door de gemeenten A en B. De gemeenten leggen zich in een bevoegdhedenovereenkomst in beginsel vast op een tracé. Dat geeft hen in beginsel de zekerheid, waar op de grens van de gemeenten, op hun grondgebied het tracé moet eindigen om aan te sluiten op het tracédeel in de andere gemeente. Met die overeenkomst kunnen de gemeenten niet afwijken van bindende beslissingen met betrekking tot het tracé, die bijvoorbeeld te vinden zijn in een concrete beleidsbeslissing in het Streekplan.

c) *Grenzen aan de mogelijkheid om vooraf vast te leggen hoe van een bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt*

De essentie van de bevoegdhedenovereenkomst is, dat een publieke partij bepaalde hem toekomstige bevoegdheden aan een andere publieke partij overdraagt of dat hij zich vooraf beperkt in de wijze van het uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid. Heel algemeen geldt uiteraard, dat men alleen op een dergelijke wijze kan beschikken over bevoegdheden die men heeft. Met wat meer nuance kan men stellen, dat zo'n overeenkomst nietig zal zijn, als daarin niet de volgende grenzen in acht zijn genomen:

- i) ten aanzien van gebonden bevoegdheden kan een overheid (zoals hier boven al vastgesteld) eigenlijk alleen procedurele afspraken maken;
- ii) ten aanzien van alle bevoegdheden moet het voorbehoud worden gemaakt, dat bij gebruikmaking van de bevoegdheid (bijvoorbeeld: afgifte van een vergunning) de resultaten van de voor-

- bereiding van het besluit tot gebruikmaking van een bevoegdheid (bijvoorbeeld: bedenkingen van derde belanghebbenden) op redelijke wijze moeten worden verdisconteerd; voor zover sprake is van een politiek voortraject (bijvoorbeeld: Raadsbesluit) geldt dat zelfde ten aanzien van het voortraject. De betrokken publieke partij kan in de bevoegdhedenovereenkomst uiteraard wel de verplichting opnemen, dat hij zich zal inspannen om het in de overeenkomst beoogde resultaat te bewerkstelligen;
- iii) voorts kan men met een bevoegdhedenovereenkomst uiteraard niet afwijken van een (later) oordeel van de rechter over de gebruikmaking van de betrokken bevoegdheden;
 - iv) Ten slotte behoort in de bevoegdhedenovereenkomst rekening te worden gehouden met de mogelijkheid, dat de omstandigheden (waaronder: het beleid) tussen het moment van het sluiten van de bevoegdhedenovereenkomst en het moment van het uitoefenen van de bevoegdheid zo sterk gewijzigd zijn, dat de overheid, die bevoegdheden heeft overgedragen of een beperking in de uitoefening ervan op zich heeft genomen, niet langer gehouden mag worden aan onverkorte uitvoering van de overeenkomst.²⁰

Toelichting

ad ii en iii

Het risico dat iemand in voorkomende gevallen gebruik maakt van de geboden rechtsbeschermingmogelijkheden (b en c), is nu bij uitstek een risico dat moet worden geïdentificeerd en geregeld in de overeenkomst. Zie hoofdstuk III.

Terug naar het voorbeeld: in de inspraak blijkt, dat het in de bevoegdhedenovereenkomst gekozen tracé een gebied met belangrijke ecologische waarden doorkruist. De betrokken publieke partij mag dan niet zonder meer vasthouden aan het in de bevoegdhedenovereenkomst vastgelegde tracé.

ad iv

Het algemeen belang kan er – ook zonder dat een derde van zijn rechtsbeschermingmogelijkheden gebruik maakt - aan in de weg staan, dat een publieke partij een bevoegdhedenovereenkomst op de afgesproken wijze nakomt. Elke keer dat namelijk een besluit moet worden genomen, of de overheid een andere handeling moet verrichten, vergt het publiekrecht (artikelen 3:2 en 3:4 Awb), dat de overheid alle op dat moment bestaande en bekende belangen en omstandigheden inventariseert en afweegt. Dus ook belangen en omstandigheden die mogelijk niet eens bestonden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Deze belangen kunnen onder omstandigheden zo zwaar wegen, dat nakomen van de overeenkomst daartegen niet opweegt.

In ons voorbeeld: op het in de bevoegdhedenovereenkomst vastgestelde voorkeurtracé blijken zich broedplaatsen van beschermde vogels te bevinden.

Afwijking van de bedoelde wijze van nakomen van de overeenkomst op grond van zulke nieuwe omstandigheden zal slechts zeer beperkt worden toegestaan door de rechter, nakoming van de overeenkomst is immers uitgangspunt. In het privaatrecht, (dat wil zeggen: voorzover het gaat om een

²⁰ Zie in het bijzonder hoofdstuk III, waarin onder meer nader wordt ingegaan op de mogelijke risico's die (vooraf) kunnen worden geïdentificeerd en waarvoor in de overeenkomst voorzieningen kunnen worden opgenomen, die grofweg regelen hoe partijen met de gevolgen van het intreden van die risico's moeten omgaan.

publiekrechtelijke overeenkomst met privaatrechtelijk rechtsgevolg), zal in dergelijke gevallen een beroep moeten worden gedaan op de onvoorziene omstandighedenregeling van artikel 6:248 BW. Of een dergelijk beroep zal slagen hangt af van de aard van de overeenkomst, de aard van de betrokken publieke taak en de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met het afwijken van de overeenkomst zijn gediend.²¹ In het algemeen geldt, dat er wel heel zwaarwegende argumenten moeten bestaan om afwijking van de overeenkomst te rechtvaardigen. Zoals gezegd lijkt het raadzaam om in een publiekrechtelijke bevoegdheidsovereenkomst (waar deze regeling niet direct op van toepassing is) een uitdrukkelijke verwijzing naar deze regeling (en naar andere regels omtrent nakoming en verbindendheid) op te nemen.

Zijn er onvoorziene omstandigheden, dan komen partijen in het privaatrecht veelal overeen om in redelijkheid en billijkheid te overleggen, hoe daarop moet worden ingespeeld. Het is raadzaam om in een bevoegdheidsovereenkomst een dergelijke bepaling uitdrukkelijk op te nemen. Mogelijk kan daarin ook al een keuze gemaakt worden voor een hoofdrichting bij het intreden van onvoorziene omstandigheden:

- partijen zijn gehouden tot een inspanning om (de geest) van de overeenkomst zoveel mogelijk te redden;
- partijen zijn weer volkomen vrij.

Men kan in een overeenkomst het aantal "onvoorziene omstandigheden" terugdringen door bepaalde mogelijke ontwikkelingen uitdrukkelijk te benoemen en er een oplossingsrichting voor aan te geven.

In ons voorbeeld: "Als er zich beschermde vogels op het tracédeel voordoen in de gemeente A en/of B, zal de gemeente op wiens grondgebied dat probleem zich voordoet alle extra kosten betalen, die daaruit voortvloeien, zowel voor de eigen gemeente als voor de andere gemeente."

Het is natuurlijk in zulke gevallen wel de vraag, of over de (soms ernstige) gevolgen van alle mogelijke onvoorziene omstandigheden ten tijde van het sluiten van de bevoegdheidsovereenkomst wel overeenstemming kan worden bereikt. De praktijk is, dat zulke "hete aardappels" maar onbesproken blijven in de hoop, dat ze zich niet voordoen.

Besluitvorming voor en na het sluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst

Typerend voor publieke partijen is, dat er bijna altijd interne publiekrechtelijke regels zijn waaraan het besluit tot het sluiten van een overeenkomst moet beantwoorden.²²

Dat is overigens niet uniek voor publieke partijen: ook in een wat grotere vennootschap zullen voor allerhande privaatrechtelijke rechtshandelingen besluittrajecten zijn vastgelegd, al zijn die dan privaatrechtelijk.

²¹ Hoge Raad 4 januari 1963, NJ 1964, 202-204 (Landsmeer) en Hoge Raad 10 april 1987, AB 1987, 336 (Curacao/Den Dulk).

²² In de juridische literatuur (zoals Van Wijk/Konijnenbelt: Hoofdstukken van bestuursrecht, 2002, p. 244, nr. 99) wordt in dit verband gesproken over de zogenaamde "acte detachable-gedachte". Kortweg wordt daarmee bedoeld dat het besluit om een overeenkomst aan te gaan moet worden losgezien van het sluiten van de overeenkomst.

De Awb bevat een aantal regels waaraan deze besluitvorming moet voldoen. Daarnaast schrijven bijzondere wetten - waarbij bevoegdheden zijn geregeld c.q. toegekend - regels voor waaraan besluitvorming moet voldoen.

Ook komt het voor, dat een hoger bestuursorgaan bepaalde overeenkomsten moet goedkeuren alvorens ze van kracht worden.

Zie: art. 155 Gemeentewet inzake deelneming in een rechtspersoon.

Na deze algemene inleiding op hoofdzaken, volgt een globale beschrijving van de verschillende typen overeenkomsten, die benoemd kunnen worden binnen de hiervoor beschreven drie hoofdtypen publiekrechtelijke overeenkomst.

Typen publiekrechtelijke overeenkomsten: een beschrijving

In de categorie onbenoemde publiekrechtelijke overeenkomsten kunnen de volgende typen overeenkomsten worden onderscheiden:

Bevoegdheden- en beleidsovereenkomsten

Het onderwerp van de bevoegdhedenovereenkomsten zijn – grofweg - bevoegdheden van een of meerdere overheden. Dit type overeenkomst vormt het merendeel van de in de praktijk gesloten publiekrechtelijke overeenkomsten. Deze kan bijvoorbeeld afspraken bevatten over: welke bevoegdheden door welke publieke partij zullen worden gehanteerd, op welke wijze, wanneer, tegen welke tegenprestatie en de overdracht van bepaalde bevoegdheden.

Terzake (eigen) bevoegdheden kunnen overheden beleid formuleren.²³ In een bevoegdhedenovereenkomst kunnen dan ook afspraken worden opgenomen over te volgen of vast te stellen beleid, bij het uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid. Deze overeenkomst is dan een mengvorm van een bevoegdheden- en beleidsovereenkomst. De zuivere beleidsovereenkomst bevat tot slot uitsluitend afspraken over te hanteren en/of vast te stellen beleid. In de praktijk komt een mengvorm vaker voor nu beleid en bevoegdheden vaak met elkaar zijn verweven.

Mandaatovereenkomsten

Waar bevoegdheden van bestuursorganen onderwerp van de publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst zijn, ligt het voor de hand in deze overeenkomsten tevens afspraken te maken over de mogelijkheid om deze bevoegdheden te mandateren. Een zuivere mandaatovereenkomst (mogelijk als uitwerking(overeenkomst) van de raam(bevoegdheden)overeenkomst) bevat dan uitsluitend afspraken over mandaatverlening.

Mandaat is gereguleerd in afdeling 10.1.1. van de Awb. Bij het sluiten van een overeenkomst, waarbij aan de mandaatverlening gestalte wordt gegeven, moet deze afdeling in acht worden genomen. Zo kan niet worden afgeweken van de regel, dat de mandaatgever de bevoegdheid houdt om ook zelf de gemandateerde bevoegdheid uit te voeren. In een mandaatovereenkomst kan worden afgesproken

²³ Beleidsregels zijn in de Awb (artikel 1:3 lid 4) gedefinieerd als een bij besluit vastgestelde regel omtrent onder andere de afweging van belangen, bij het gebruik van een *bevoegdheid* van een bestuursorgaan.

wanneer de mandaatgever daartoe over zal gaan. Luidt de afspraak dat de mandaatgever nooit zelf de bevoegdheid zal mogen uitvoeren, ligt het voor de hand om dan voor delegatie te kiezen.

Convenanten

Hoewel convenanten in de praktijk als een bijzonder type overeenkomst worden gezien, is het convenant (tussen publieke partijen) in wezen niets meer of minder dan de hiervoor beschreven bevoegdheden- en/of beleidsovereenkomst, met slechts een andere naam.

Met name de onderwerpen - zoals de bescherming van het milieu – waarover convenanten worden gesloten, werken de gedachte in de hand dat een convenant andersoortig is. Een mogelijk onderscheidend aspect is gelegen in het feit dat convenanten vaak nogal algemene beleidsintenties inhouden, m.a.w.: nogal vaag zijn. Dit wordt door publieke partijen als voordeel gezien, omdat daaruit meer juridische vrijblijvendheid zou blijken (juridisch vrijblijvend in de zin van minder bindend). Dat is een misvatting. Elke overeenkomst is zo bindend of onverbindend als in de overeenkomst is bepaald. De inhoud en niet de naam of vorm is daarvoor bepalend.

Omdat op bepaalde beleidsterreinen (zoals het milieu) veelvuldig gebruik wordt gemaakt van het sluiten van convenanten, waarbij dan vaak wel private partijen betrokken zijn, zijn Aanwijzingen voor het opstellen van Convenanten opgesteld.

In de categorie benoemde publiekrechtelijke overeenkomsten kunnen de volgende typen overeenkomsten worden onderscheiden:

Gemeenschappelijke regelingen

De meest voorkomende benoemde publiekrechtelijke overeenkomst is wel de gemeenschappelijke regeling. De Wet gemeenschappelijke regelingen ("Wgr") regelt verschillende manieren waarop publieke partijen kunnen samenwerken. Bijvoorbeeld door de instelling van een openbaar lichaam of een gemeenschappelijk orgaan (de gemeenschappelijke regeling). In plaats daarvan kunnen publieke partijen een "lichte" gemeenschappelijke regeling aangaan, die geen nieuw op te richten rechtspersoon of orgaan kent en derhalve vergelijkbaar is met de bevoegdheden- en beleidsovereenkomst. Aan de totstandkoming van de gemeenschappelijke regeling gaat (zoals hiervoor besproken ook het geval is bij het sluiten van alle publiekrechtelijke overeenkomsten) besluitvorming door de deelnemende publieke partijen vooraf. Verschil met de onbenoemde publiekrechtelijke overeenkomsten is evenwel, dat zowel die besluitvorming als de gemeenschappelijke regeling (deels) is gereguleerd in de Wgr.²⁴

De mandaatovereenkomst speelt hier ook een rol, als mogelijk onderdeel van de gemeenschappelijke regeling. Artikel 8 lid 3 Wgr bepaalt namelijk, dat het mogelijk is in de gemeenschappelijke regeling te bepalen dat daarin omschreven bevoegdheden van b.v. bestuursorganen van aan de regeling deelnemende publieke partij, worden uitgeoefend door bestuursorganen van b.v. een van de deelnemende publieke partijen. Dit wordt beschouwd als een vorm van mandaat.²⁵

²⁴ Van een gemeenschappelijke regeling kan ook een zuiver private partij (dus zonder dat deze is belast met enige publieke taak) deel uitmaken. Deze vorm blijft in deze Leidraad onbesproken, gelet op het feit dat de nadruk van deze Leidraad ligt op de publieke organisatie voorafgaand aan de publiek private organisatie.

²⁵ Zie onder meer AgvB 18 maart 1993, AB 1995, 56, ABRvS 16 juni 1994, AB 1995, 57.

Subsidie uitvoeringsovereenkomsten

Wanneer de ene publieke partij aan een andere publieke partij een subsidie verstrekt, kunnen zij over de uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst sluiten; de subsidie uitvoeringsovereenkomst. Artikel 4:36 Awb reguleert deze overeenkomst in zoverre, dat in die overeenkomst de afspraak mag worden vastgelegd, dat de subsidie ontvanger verplicht is de gesubsidieerde activiteiten te verrichten, tenzij de wet (hoofdzakelijk) de bijzondere regeling op grond waarvan de subsidie wordt verleend) of de aard van de subsidie zich daartegen verzet.

Bijlage B: Algemeen overeenkomstenrecht en twee wegen leer

Algemeen overeenkomstenrecht

Inleiding

Met een overeenkomst leggen partijen zich vast, waarna zij – zo nodig tegen hun zin - aan gemaakte afspraken kunnen worden gehouden. Dat zal meestal schriftelijk gebeuren, maar als partijen mondeling, stellig en zonder voorbehoud afspraken maken zijn ze daar evenzeer aan gebonden.

De eerste functie van de overeenkomst (vòòr nakoming) is echter, zeker van de overeenkomst tussen publieke partijen, is verbetering van de kwaliteit en de doelmatigheid van de samenwerking. Een overeenkomst zou meer moeten worden gebruikt als instrument om tot een heldere organisatie van gemaakte afspraken te komen. En wel zo dat situaties waarin naleving moet worden afgedwongen, zoveel mogelijk worden voorkomen. Daarom zal de nadruk in belangrijke mate moeten liggen op een zodanige inrichting van de overeenkomst, dat enerzijds naleving wel zoveel mogelijk is gewaarborgd, maar dat anderzijds, wanneer (volledige) naleving niet mogelijk blijkt, zodanige voorzieningen in de overeenkomst zijn opgenomen, dat desondanks het (of een aangepast) gewenst resultaat kan worden bereikt. De overeenkomst moet voorts voorzieningen bevatten die alvast de gevolgen regelen (bijvoorbeeld: schade bij de wederpartij) van een eventueel niet nakomen.

Precontractuele fase

In de besprekingen (onderhandelingen) die voorafgaan aan het sluiten van een overeenkomst komt vaak op een bepaald moment volledige overeenstemming zo nabij, dat nadien geen der partijen zich nog zonder meer tegen de zin van de ander aan de verdere onderhandelingen kan onttrekken. Daar is dan een bijzonder goede reden zoals het ontbreken van overeenstemming op een nog open gelaten (niet onbelangrijk) punt voor nodig. Men kan deze fase van binding (lang) voor zich uitschuiven door uitdrukkelijk keer op keer te herhalen dat iedere stap in de onderhandelingen "tot niets verplicht".

Wat publieke partijen in de precontractuele fase met elkaar bespreken, waarover zij corresponderen enz., kan dus al vòòr het sluiten van de overeenkomst een binding tot stand brengen. Daarnaast kan het later, bij de uitvoering van de overeenkomst, worden gebruikt bij de vaststelling van de (werkelijke) bedoeling van publieke partijen, althans de bedoeling waar de andere partij redelijkerwijze van uit mocht gaan. Die bedoeling is voor het oordeel van de rechter een belangrijk element als partijen strijden over de betekenis van (een bepaling in) een overeenkomst.

De binding in de precontractuele fase kan inhouden, dat een partij niet meer gerechtigd is de onderhandelingen af te breken, althans niet zonder de wederpartij een kostenvergoeding - en in het ergste geval een bedrag ter grootte van de winstderving - aan te bieden. Of er sprake is van zulke sterke binding hangt in hoge mate af van allerlei feitelijke omstandigheden zoals de intensiteit en duur van de onderhandelingen, de mate waarin partijen al kosten hebben gemaakt, investeringen hebben gedaan enz. in een redelijke verwachting dat de overeenkomst tot stand zou komen.

Privaatrechtelijke regels van overeenkomstenrecht

Het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht is geregeld in het BW en staat hoofdzakelijk beschreven in hoofdstuk 6 BW.²⁶ Dit recht is bedoeld voor en toegespitst op de overeenkomst met (deels) privaatrechtelijk rechtsgevolg en is daarop rechtstreeks van toepassing. Op publiekrechtelijke overeenkomsten zonder privaatrechtelijk rechtsgevolg is het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht in beginsel niet rechtstreeks van toepassing. Ingeval van gemengde overeenkomsten is het BW slechts rechtstreeks van toepassing, voorzover de overeenkomst privaatrechtelijke rechtsgevolgen heeft.

De volgende beginselen – aanvankelijk ongeschreven, thans ook in het BW neergelegd - zijn pijlers van het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht:

- pacta sunt servanda: overeenkomsten moeten door partijen worden nagekomen;
- exceptio adempti contractus: de plicht tot nakoming vervalt indien en voorzover de wederpartij zijn verplichtingen niet nakomt;
- wie schade dreigt te lijden, moet alle redelijkerwijze van hem te vergen inspanningen doen om deze tot het minimum te beperken: de daarbij behorende kosten worden vergoed; ten onrechte niet vermeden schade niet;
- bona fides: overeenkomsten moeten te goeder trouw (naar redelijkheid en billijkheid) worden gesloten, uitgelegd en uitgevoerd.²⁷

Publiekrechtelijke regels van overeenkomstenrecht

Het publiekrecht bevat (nog) geen publiekrechtelijk algemeen overeenkomstenrecht, zoals het BW.²⁸

Artikel 3:1 lid 2 Awb bepaalt, dat op andere handelingen van overheden dan besluiten – dus ook het sluiten van overeenkomsten met andere overheden – afdeling 3.2 tot en met 3.5 Awb van overeenkomstige toepassing zijn. In deze afdelingen van de Awb (die vooral de verticale verhouding tussen overheid en burger regelen) ligt echter geen (horizontaal) publiekrechtelijk overeenkomstenrecht besloten. De Awb normeert het overeenkomstenrecht eigenlijk alleen in zoverre, dat de publieke partij bij elk handelen aan de normen uit de Awb, in het bijzonder aan de deels in de Awb, deels ongeschreven, algemene beginselen van behoorlijk bestuur ("a.b.b.b.") gebonden is.²⁹ Ofschoon men bij deze beginselen in de eerste plaats denkt aan de verhouding tussen bestuurder en bestuurde dient de ene publieke partij jegens een andere publieke partij ook de a.b.b.b. in acht te nemen³⁰.

Daarnaast zijn publieke partijen geheel of gedeeltelijk belast met publieke taken en daarbij behorende bevoegdheden. Deze taken en bevoegdheden zijn geregeld in wettelijke regelingen met eigen normen.

²⁶ Dat hoofdstuk regelt het ruimere onderwerp "verbintenissenrecht" waar het algemene overeenkomsten recht onderdeel van is.

²⁷ Zie onder meer: Van Wijk/Konijnenbelt in Hoofdstukken van bestuursrecht, 2002, p. 244, nr. 100.

²⁸ Oorspronkelijk was het de bedoeling in titel 4.4 van de Awb normen voor "bestuursovereenkomsten" op te nemen. Recentelijk gaan er weer geluiden op om dat voornemen mogelijk toch uit te voeren, of dergelijke normen op te nemen in de Wgr. In "De Vierde tranche Awb Commentaar en vraagpunten", een uitgave van de VAR-werkgroep, 2000, wordt op pagina 25 opgemerkt dat de publiekrechtelijke overeenkomst in de vijfde tranche geregeld zal gaan worden.

²⁹ De Haan, AB Klassiek 22 (Amsterdam/Ikon), HR 9 januari 1998, JB 1998, 27 (Snoopy) en HR 16 november 2001, JB 2002, 1 (Vondersweijde).

³⁰ Een veel gemaakte vergissing dat publieke partijen jegens elkaar de a.b.b.b. niet in acht zouden hoeven nemen, maar alleen in hun verhouding tot de burger. Ook in hun onderlinge verhoudingen dienen publieke partijen deze beginselen, geschreven of ongeschreven, in acht te nemen, zie HR 27 april 1990, AB 1991, 68 (Zaanstad/Staat).

Bij de uitoefening van die bevoegdheden (ook bij het sluiten van overeenkomsten terzake) zijn publieke partijen gebonden aan het wettelijk kader waarbij die bevoegdheden zijn toegekend. Als men de term "publiekrechtelijk overeenkomstenrecht" zo ruim opvat, dat deze wettelijke regelingen er onder worden begrepen, dan is het zeer versnipperd in diverse regelingen te vinden.

De publiekrechtelijke overeenkomst moet worden onderscheiden van het besluit om die overeenkomst aan te gaan. Dat besluit wordt rechtstreeks en volledig beheerst door de bepalingen in de Awb die van toepassing zijn op besluiten (hoofdstukken 3 en 4 van de Awb).

De inhoud van het privaatrechtelijk en het publiekrechtelijk overeenkomstenrecht

Voorzover de overeenkomst tussen publieke partijen vermogensrechtelijke gevolgen heeft, moet aangenomen worden, dat het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht er (ook) op van toepassing is. Voorzover de overeenkomst tussen publieke partijen publiekrechtelijke rechtsgevolgen heeft is het privaatrecht niet direct van toepassing, maar wordt inhoudelijk iets vergelijkbaars bereikt, doordat publieke partijen bij het sluiten van overeenkomsten in hun onderlinge verhouding gebonden zijn aan de a.b.b.b. Van de a.b.b.b. gaat een zelfde normering uit als van de aan het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht ten grondslag liggende redelijkheid en billijkheid (bona fides regel). In de conclusie OM voor het arrest GCN/Nieuwegein is dit destijds als volgt verwoord:

"Ook bij de uitvoering van een publiekrechtelijke overeenkomst gelden in beginsel, voor zover de aard van de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet, de normale contractuele regels, zodat men zich ook daarbij dient te houden aan wat in het privaatrecht wordt genoemd eisen van redelijkheid en billijkheid, en in het publiekrecht wordt omschreven als de a.b.b.b."

De hiervoor genoemde beginselen van privaatrechtelijke overeenkomstenrecht liggen ten grondslag aan de redelijkheid en billijkheid en moeten dus, via de a.b.b.b., ook in acht worden genomen door de publieke partijen in hun onderlinge publiekrechtelijke overeenkomsten. Dat betekent onder meer dat zulke overeenkomsten te goeder trouw moeten worden gesloten, uitgevoerd en nagekomen. Via die beginselen en de redelijkheid en billijkheid kunnen in ieder geval de gedachten die ten grondslag liggen aan het BW worden toegepast op overeenkomsten met (uitsluitend) publiekrechtelijk rechtsgevolg.

Partijen bij een publiekrechtelijke overeenkomst kunnen ook zekerheidshalve de bepalingen van het BW op hun overeenkomst uitdrukkelijk van toepassing verklaren.

Het aangaan van een overeenkomst

Publiekrechtelijke overeenkomsten met privaatrechtelijk rechtsgevolg worden gesloten tussen de publiekrechtelijke rechtspersonen (de Staat, provincie, gemeente enz.) Alleen die rechtspersonen, niet hun bestuursorganen, zijn volgens het BW handelingsbekwaam om overeenkomsten te sluiten met privaatrechtelijk rechtsgevolg (artikel 2:1 jo 2:5 BW). Bestuursorganen zijn uiteraard wel in zoverre bij het sluiten van de overeenkomst betrokken, dat de bevoegdheid om namens de publiekrechtelijke rechtspersoon de overeenkomst te sluiten bij hen berust en dat zij – als zij de overeenkomst aangaan – de rechtspersoon vertegenwoordigen. Als bestuursorganen hun handtekening zetten binden zij evenwel de rechtspersoon en niet zichzelf.

Onbevoegde vertegenwoordiging

In beginsel kan alleen een (bestuurs)orgaan dat bevoegd is de (publiekrechtelijke) rechtspersoon te vertegenwoordigen, de rechtspersoon verbinden tot een bepaalde prestatie. Uiteraard kan – wanneer een niet bevoegde persoon afspraken heeft willen maken namens een rechtspersoon – de (wel bevoegde vertegenwoordiger van de) rechtspersoon de afspraken achteraf bekrachtigen. Voorts wordt ter bescherming van de wederpartij, die te goeder trouw afging op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, hierop een uitzondering gemaakt: de rechtspersoon is ook gebonden zonder dat de vertegenwoordiger terzake bevoegd was als zijn wederpartij er – op grond van door de rechtspersoon opgewekte schijn - redelijkerwijze op af mocht gaan dat de vertegenwoordiger wel bevoegd was om de rechtspersoon te binden. Dat kan er toe leiden, dat de overeengekomen prestatie dient te worden verricht of – bijvoorbeeld wanneer dat door de rechter te bezwaarlijk wordt geacht – dat in plaats van de uitgebleven prestatie financiële compensatie moet worden betaald (bijvoorbeeld: voor kosten, die in vertrouwen op het bestaan van bindende afspraken zijn gemaakt).

Onbekwaamheid

Als bestuursorganen – zelf, zonder (te verklaren) namens een publiekrechtelijke rechtspersoon te handelen - een overeenkomst hebben gesloten met de bedoeling privaatrechtelijk rechtsgevolg in het leven te roepen is (daarnaast) sprake van onbekwaamheid om rechtshandelingen te verrichten, omdat die bestuursorganen naar privaatrecht als zodanig niet bestaan. Slechts (natuurlijke en) rechtspersonen, zoals de gemeente en de provincie, zijn bekwaam om bijvoorbeeld een goed aan te kopen. Wanneer een handelingsonbekwaam persoon, zoals een bestuursorgaan, desalniettemin een dergelijke aankoop doet kan zijn wederpartij de overeenkomst te vernietigen ex. artikel 3:32 lid 2 BW. Deze wederpartij kan ook uitdrukkelijk verklaren zich niet op vernietiging te beroepen en daarmee de overeenkomst te bevestigen. Wanneer de betrokken publieke partij prijs stelt op uitvoering van de overeenkomst doet hij er goed aan om een dergelijke overeenkomst te laten bekrachtigen door de rechtspersoon vòòr het recht tot vernietiging is ingeroepen. Daarmee vervalt de mogelijkheid voor de wederpartij om dat alsnog te doen.

Bij het wetsontwerp "vierde tranche" van de Awb wet wordt aan artikel 1:1 Awb een vierde lid toegevoegd, waarin is bepaald, dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon treffen waartoe het bestuursorgaan behoort. Daarmee komt derhalve een einde aan de hierboven besproken problematiek. Op de website van het Ministerie van Justitie, onder wetgeving – dossiers – Awb – voorontwerpen – vierde tranche (www.justitie.nl) is de tekst en toelichting op het wetsontwerp te vinden.

Niet nakoming naar privaat- en publiekrecht

Waarborgen tegen niet-nakoming

Voor alle contractspartijen (dus ook: publieke partijen) geldt het "pacta sunt servanda" zodat factoren, die vooraf waren verdisconteerd en onverwachte factoren, die niet zeer ingrijpend zijn, geen rechtvaardiging vormen om (anders dan in gezamenlijk overleg) van nakoming af te zien. Nakoming of niet nakoming van contracten is vervolgens veelal een vraag van uitleg, van waardering van de ernst en het onvoorzien zijn van omstandigheden waarop de in gebreke blijvende partij zich beroept en uiteindelijk een calculatie van opbrengst en verlies. Onvoorzien omstandigheden zijn omstandigheden, die partijen niet hebben verdisconteerd in hun overeenkomst. Zulke omstandigheden moeten wel zeer ingrijpend

zijn, willen zij een publieke partij bevrijden van de plicht de overeenkomst na te komen. In die gevallen zal een compenserende voorziening moeten worden getroffen.

Publieke partijen hebben behalve met financieel economische gegevens vaak met andersoortige factoren te maken, die door een publieke partij vaak worden aangehaald als "het algemeen belang" wanneer zij leiden tot in gebreke blijven. Het BW (art. 6:168) houdt in de regeling van de onrechtmatige daad uitdrukkelijk rekening met de bijzondere positie van de overheid: onder omstandigheden mag de overheid van de rechter vragen om geen verbod uit te spreken, omdat zwaarwegende maatschappelijke belangen zich daartegen verzetten. De rechter moet zich dan – al zou hij overigens vinden, dat een verbod op zijn plaats is - beperken tot een vervangende schadevergoeding. Een vergelijkbare uitdrukkelijke bepaling bestaat niet met betrekking tot de nakoming van overeenkomsten. Toch mag worden aangenomen, dat daar in praktijk iets dergelijks zal gelden: indien zwaarwegende maatschappelijke belangen zich verzetten tegen nakoming, zal de rechter het in de praktijk zoeken in vervangende schadevergoeding.

De overheid kan (behalve om "normale" privaatrechtelijke redenen, d.w.z.: onvoorziene omstandigheden) ook op grond van het publiekrecht, bijvoorbeeld op grond van de a.b.b.b. of de verplichte uitoefening van haar publieke taak, genoopt zijn rekening te houden met andere belangen dan die zijn verdisconteerd in de overeenkomst en oordelen dat (volledige) nakoming dan niet mogelijk, althans te bezwaarlijk is.

Partijen bij een overeenkomst willen een beroep op onvoorziene omstandigheden vermijden. Bij een goede inrichting van de publiekrechtelijke overeenkomst hoort dan ook een voorziening die enerzijds zoveel mogelijk betrokken belangen en mogelijke ontwikkelingen vooraf inventariseert en de gevolgen ervan regelt. Anderzijds moet een voorziening worden getroffen voor het geval daadwerkelijk niet kan worden nagekomen en een beroep op onvoorziene omstandigheden slaagt. Daarbij zal bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de verdeling van gemaakte kosten wanneer nakoming niet meer mogelijk of wenselijk wordt geacht: hoeveel heeft de samenwerking gekost? wat zijn de kosten van het afbreken van de samenwerking? loont het uit kostenoogpunt om de samenwerking toch (op andere wijze) voort te zetten? enz.

Ontbreekt zo'n voorziening dan nog kan een rechter onder omstandigheden de niet nakoming alleen toestaan, voorzover de gevolgen daarvan niet in onderling overleg zijn gedekt.³¹ Een voorziening in de overeenkomst bespaart partijen een gang naar de rechter, dat wil zeggen de kosten en moeite, de vertraging, de onzekerheid, het procesrisico en de verslechtering van de onderlinge verhoudingen als een geschil uitgeprocedeerd moet worden.

Geijkte "onvoorziene" omstandigheden die zich kunnen voordoen aan de zijde van een publieke partij bij een overeenkomst zijn: beleidswijzigingen, wijzigingen in de politieke samenstelling van het bestuur en opduikende – tot dan toe onbekende - rechten van derden belanghebbenden. Vermelding van zulke omstandigheden in de overeenkomst, met een regeling van de gevolgen als ze intreden, maakt dat ze in ieder geval niet meer zullen gelden als "onvoorziene". Met een voorziening voor de uitdrukkelijk benoemde gevallen wordt een afbreken van de samenwerking, wanneer die gevallen zich daadwerkelijk manifesteren, voorkomen. Daarnaast kan, ongeacht de soort onvoorziene omstandigheid, in de

³¹ President Rechtbank 's-Gravenhage, 10 november 1987, KG 1987, 512.

overeenkomst een voorziening worden opgenomen voor de gevolgen van het intreden van onvoorziene omstandigheden.

Een voorbeeld: een publieke partij verbindt zich bij overeenkomst om (in beginsel) een bepaalde bevoegdheid op een bepaalde manier uit te oefenen. Gewoonlijk zal zij daarbij het voorbehoud maken voor vertraging of vernietiging doordat belanghebbenden rechtsmiddelen tegen die prestatie inzetten. Gaat de publieke partij verder en garandeert zij de prestatie op een bepaald moment, dat zal vertraging door een tegenvallende rechterlijke uitspraak niet-nakoming opleveren. Partijen kunnen voor een dergelijke situatie bijvoorbeeld overeenkomen, dat wanneer een dergelijke vertraging zich voordoet bij een niet toerekenbare tekortkoming in de nakoming, ieder de eigen vertragingskosten draagt en dat bij fouten in de vergunningverlening de vertragingsschade zal zijn gefixeerd op een vast bedrag per dag.

Overigens kunnen partijen ook overeenkomen dat geschillen (bijvoorbeeld: over de verwijtbaarheid van niet-nakoming) op een andere (hopelijk: goedkopere, snellere, meer deskundige) wijze zullen worden beslecht dan door de burgerlijke rechter. In de overeenkomst kan worden gekozen voor arbitrage, bindend advies, bemiddeling of een combinatie van allen. Daarnaast is in de organieke wetten voorzien in een bemiddelingstaak voor Gedeputeerde Staten (art. 174 Provinciewet) en is in de Grondwet aan de Kroon een rol toebedeeld als geschilbeslechter. In bijlage E zijn de diverse mogelijkheden van geschilbeslechting anders dan via de burgerlijke rechter, opgenomen.

Een realistisch inzicht in de gevolgen van niet-nakoming kan voor een partij, die door tegenvallende omstandigheden geneigd is om in gebreke te blijven in de nakoming, een aansporing zijn om toch maar de nadelen van nakoming te verkiezen boven die van niet-nakoming.

Gevolgen van niet-nakoming volgens het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht

Overzicht vordering tot nakoming, schadevergoeding, opschorting en ontbinding

Hieronder volgt een kort overzicht van de juridische mogelijkheden ingeval sprake is van niet-nakoming van de overeenkomst door een of meerdere partijen. Het gaat uitdrukkelijk om juridische mogelijkheden beschreven in het BW, zodat dit instrumentarium alleen rechtstreeks van toepassing is op de overeenkomst met privaatrechtelijk rechtsgevolg, tenzij dit instrumentarium in de overeenkomst met uitsluitend publiekrechtelijk rechtsgevolg van overeenkomstige toepassing is verklaard.

De partij jegens wie de gemaakte afspraken niet worden nageleefd, staat voor de keuze: nakoming vorderen, vervangende schadevergoeding vorderen, al dan niet in combinatie met een vordering tot aanvullende schadevergoeding of ontbinding van de overeenkomst, dat laatste via een gerechtelijke procedure of buitengerechtelijk (artikel 6:267 BW). Tevens bestaat de mogelijkheid om de eigen afspraken - die tegenover de niet nagekomen afspraken van de andere partij staan - op te schorten (artikel 6:262 BW). Het gaat hier om alternatieve mogelijkheden. Ze kunnen niet naast elkaar gevorderd worden, met uitzondering van de vordering tot aanvullende schadevergoeding. Zo spreekt het voor zich dat geen nakoming kan worden gevorderd van een overeenkomst, waarvan tevens wordt verzocht om ontbinding. En zo kan opschorting van de eigen verplichtingen alleen voortduren zolang de andere partij zijn of haar verplichtingen niet nakomt.

Primair bestaat de bevoegdheid om bij niet-nakoming – na een sommatie en ingebrekestelling – bij de rechter nakoming te vorderen. Daarnaast geldt in het algemeen, dat iedere tekortkoming in de nakoming leidt tot de plicht voor de niet nakomende partij, om de daardoor (causaliteit) ontstane schade³² te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Daarvan is sprake ingeval van overmacht. Het strekt daarom in ieder geval tot de aanbeveling om in de overeenkomst een voorziening op te nemen voor het geval sprake is van overmacht. Daarbij kan een tekortkomen ook leiden tot verbeurte van een boete, als die is overeengekomen. Als de nakoming verdere uitvoering van de overeenkomst onwenselijk of onmogelijk maakt kan in plaats van nakoming ontbinding worden gevorderd. Ontbinding heeft terugwerkende kracht: dat heeft als gevolg dat een “ongedaanmakingsverbintenis” ontstaat over en weer, wat inhoudt dat verrichte prestaties – voorzover mogelijk – ongedaan moeten worden gemaakt. Vanwege de complicaties, die ontstaan als men met terugwerkende kracht verbintenissen wil terugdraaien wordt in overeenkomsten ontbinding vaak bij voorbaat uitgesloten (artikel 6:265 lid 1 BW). Wanneer de gebreken in de nakoming het rechtvaardigen, bestaat het recht om de eigen nakoming op te schorten totdat de contractspartij nakomt. Ook dit recht wordt in standaardovereenkomsten vaak uitgesloten.

Schadevergoeding en ontbinding kunnen niet worden gevorderd en opschorting van de eigenprestatie is ontoelaatbaar, wanneer de tekortkoming van de andere partij van zozeer ondergeschikte aard is, dat deze dergelijke zware tegenmaatregelen niet rechtvaardigt, m.a.w.: buitenproportioneel zou zijn.

De tekortkoming in de nakoming kan bestaan in een niet, niet geheel, niet tijdig of niet behoorlijk nakomen en omvat dus ook de weigering om na te komen. Met een algemene term wordt dit niet-nakomen aangeduid als wanprestatie (artikel 6:74 BW).

Formele aspecten van de vorderingen tot nakoming, schadevergoeding en ontbinding.

Verzuim

In het geval nakoming nog mogelijk is, zal de wanpresterende partij in verzuim moeten zijn, voordat het recht tot vordering van nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding geëffectueerd kan worden. Kort gezegd houdt dit in, dat de wanpresterende partij eerst in gebreke moet worden gesteld (artikel 6:82 BW: een schriftelijke aanmaning waarbij een redelijke termijn wordt gegeven om alsnog na te komen). Leidt die ingebrekestelling niet tot het gewenste resultaat, dan is de (nog steeds) niet nakomende partij in verzuim en is de vordering tot nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding opeisbaar. De eis van ingebrekestelling is van aanvullend recht, partijen kunnen het vereiste van de ingebrekestelling bij overeenkomst uitsluiten.

In een aantal gevallen treedt het verzuim zonder ingebrekestelling in (van rechtswege verzuim):

³² Het is van belang onderscheid te maken tussen aanvullende en vervangende schadevergoeding. Aanvullende schadevergoeding dient ter vergoeding van verdragingschade of gevolgschade (bijkomende schade die als gevolg van de tekortkoming wordt geleden). De vordering tot aanvullende schadevergoeding kan worden ingesteld naast een vordering tot nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding. Vervangende schadevergoeding sluit een vordering tot nakoming of ontbinding uit, deze schadevergoeding vervangt namelijk de overeengekomen prestatie zelf en biedt uitkomst wanneer nakoming onmogelijk is.

- indien partijen in de overeenkomst een termijn zijn overeengekomen waarbinnen aan een bepaalde verplichting moet worden voldaan en die verplichting niet binnen die termijn is voldaan (de zogenaamde fatale termijn);
- indien de verbintenis voortvloeit uit artikel 6:74 lid 1 BW (wanprestatie) en niet terstond wordt nagekomen;
- indien uit een mededeling van de niet nakomende partij duidelijk kan worden afgeleid dat hij in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.

De ingebrekestelling moet het volgende bevatten:

- a) aanmaning: in de ingebrekestelling dient de niet nakomende partij te worden gemaand alsnog na te komen;
- b) termijnstelling: binnen een uitdrukkelijk gestelde redelijke termijn. De lengte van de te stellen termijn is afhankelijk van de omstandigheden, zoals de soort prestatie en de voorbereidende handelingen;
- c) aansprakelijkheidstelling: de niet nakomende partij moet voor de ontstane vertraging (in de afgesproken nakoming) aansprakelijk worden gesteld.

De verklaring (van ingebrekestelling) moet om haar werking te hebben, de niet nakomende partij hebben bereikt (artikel 3:37 lid 3 BW). De ingebrekestelling kan ook met een andere verklaring worden gecombineerd; bijvoorbeeld met een omzettingsverklaring als bedoeld in artikel 6:87 BW (zie hierna) en de ontbindingsverklaring (artikel 6:265 BW).

Het is ook mogelijk om de in gebreke stelling te combineren met het uitbrengen van een dagvaarding, ter inleiding van een gerechtelijke procedure. De in gebreke stelling geschiedt dan bij het exploit, waarbij tevens wordt gedagvaard.

Gevolgen van verzuim (artikel 6:84 BW)

De gevolgen van het intreden van verzuim zijn de volgende:

- na het intreden van verzuim wordt iedere tekortkoming in de nakoming, aan de niet nakomende partij als wanprestatie toegerekend en hem komt dan geen beroep op overmacht toe;
- krachtens artikel 6:85 BW moet de niet nakomende partij over de periode waarin hij in verzuim is vertragingsschade betalen;
- de partij jegens wie niet wordt nagekomen is bevoegd door een schriftelijke mededeling de vordering tot nakoming (ingeval nakoming nog mogelijk is uiteraard) om te zetten in een vordering tot vervangende schadevergoeding, tenzij de tekortkoming van geringe betekenis is (de omzettingsverklaring van artikel 6:87 BW);
- krachtens artikel 6:265 BW kan ontbinding van de overeenkomst slechts worden gevorderd ingeval van verzuim. Is nakoming echter tijdelijk of blijvend onmogelijk, dan treedt de bevoegdheid tot ontbinding ook zonder verzuim in;
- een na intreden van verzuim aangeboden nakoming mag worden geweigerd, zolang de niet nakomende partij niet tevens betaling aanbiedt van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten (artikel 6:86 BW).

Leidt de in gebreke stelling niet tot het gewenste resultaat, dan zal de vordering in rechte moeten worden afgedwongen.

Gevolgen van niet-nakoming volgens het publiekrecht

Zoals gesteld hiervoor, liggen met name de ongeschreven regels van het contractenrecht ten grondslag aan de redelijkheid en billijkheid en moeten deze dus, via de a.b.b.b, in acht worden genomen door de publieke partijen die overeenkomsten sluiten. Dat betekent onder meer dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden gesloten, uitgevoerd en nagekomen. Dat is uiteraard nog sterker het geval, wanneer de publieke partijen duidelijkheidshalve uitdrukkelijk het burgerlijk recht op hun overeenkomst van toepassing hebben verklaard.

Het is de vraag of op publiekrechtelijke overeenkomsten die geen privaatrechtelijk rechtsgevolg hebben, het BW op dezelfde wijze van toepassing is. Directe toepassing van de hiervoor beschreven nakoming-acties uit het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht is daarom niet mogelijk; er is tenminste een risico, dat de burgerlijke rechter zich simpelweg niet bevoegd zal achten. Nakoming zal dan vaak toch met succes kunnen worden gevorderd op basis van het feit, dat de afspraken in de overeenkomst hebben te gelden als toezeggingen.

De afspraak vastgelegd in een overeenkomst om een bepaalde bevoegdheid op een bepaalde wijze wel of niet te gebruiken, kan worden gekwalificeerd als een toezegging. Wordt die afspraak vervolgens niet nagekomen, dan wordt de toezegging niet gestand gedaan. Op grond van het (niet in de wet neergelegd, maar in de rechtspraak erkend) beginsel, dat de overheid door hem opgewekt vertrouwen moet honoreren, is een publieke partij evenwel gehouden gedane toezeggingen na te komen. Wanneer deze blijft weigeren de afspraak na te komen, zal de rechter moeten worden ingeschakeld. Maar op welke wijze en welke rechter? Bij overeenkomsten met publiekrechtelijk rechtsgevolg kan de overheid namelijk niet claimen te zijn aangetast in een privaatrechtelijk recht en dus is de burgerlijke rechter in beginsel niet bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Bovendien komt men aan de burgerlijke rechter als "restrechter" (vangnet) niet toe, wanneer er bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden bestaan. In die gevallen is de burgerlijke rechter niet bevoegd.

De beste oplossing is om in de overeenkomst uitdrukkelijk een forum aan te wijzen, dat geschillen zal beslechten. Dat forum zal dan bij voorkeur een arbiter of rechter moeten zijn, die niet – zoals de overheidsrechter – zelf zal moeten onderzoeken of hij volgens de wet wel bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Bij het ontbreken van een clause met een keuze voor een niet-overheidsrechter, zal men bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter in veel gevallen toch gehoor kunnen vinden.

Om uit te komen bij de bestuursrechter, moet sprake zijn van een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb. Ingevolge artikel 8:1 jo 7:1 Awb kan een belanghebbende namelijk alleen bezwaar maken en beroep instellen tegen besluiten.

In een bevoegdheidsovereenkomst zal vaak een afspraak zijn opgenomen, dat een bestuursorgaan een bepaald besluit neemt. Komt dat bestuursorgaan zijn afspraak niet na, dan zal hij ofwel dat besluit niet nemen, of op een niet afgesproken vorm of binnen de afgesproken termijn. Blijft een besluit uit, dan kan dat worden aangemerkt als de weigering om een besluit te nemen, welke weigering voor het maken van bezwaar of instellen van beroep gelijk wordt gesteld aan een besluit (artikel 6:2 sub a Awb). Voorwaarde is dan wel dat die weigering op schrift wordt gesteld. Betreft het een besluit op aanvraag, die binnen een daarvoor wettelijk gestelde termijn moet worden genomen en dat gebeurt niet, dan wordt het niet tijdig nemen van een besluit, voor het maken van bezwaar en instellen van beroep, gelijkgesteld aan een besluit (artikel 6:2 sub b Awb). Komt er wel een besluit, maar met een andere inhoud dan afgespro-

ken, dan is er een besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt en waarover eventueel in (hoger) beroep bij de bestuursrechter kan worden geklaagd.

Is in een (gedeeltelijke) beleidsovereenkomst overeengekomen, dat bepaald beleid conform de afspraken in de overeenkomst zal worden toegepast, dan is de overheid op grond van artikel 8:84 Awb (nu het om beleid gaat) verplicht zich de ruimte voor te behouden om in bijzondere gevallen van het voorgenomen beleid af te wijken. Zo'n afwijking resulteert dan veelal in een besluit in afwijking van het overeengekomen beleid, welk besluit vervolgens kan worden aangevochten bij de bestuursrechter.

Voorzover het besluiten (of het uitblijven daarvan) betreft waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbeschermingmogelijkheden openstaan (bijvoorbeeld: algemeen verbindend voorschrift), is de burgerlijke rechter als restrechter bevoegd. In die gevallen is het meest doelmatig om te trachten de niet-nakoming van gemaakte afspraken door de overheid voor te stellen als een onrechtmatige overheidsdaad, als bedoeld in artikel 6:162 BW. De niet-nakoming wordt dan geacht in strijd te zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid die nakoming van de overeenkomst veronderstelt.

Twee wegen leer

De twee wegen van de twee wegen leer zijn: de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg. Heel in het kort komt de twee wegen leer er op neer, dat de overheid bij zijn taakvervulling alleen gebruik mag van privaatrechtelijke instrumenten, als dat gebruik geen onaanvaardbare doorkruising vormt van de wet (de publieke bevoegdheden die de overheid daarin zijn toebedeeld) waarin de desbetreffende taak aan de overheid wordt opgedragen. Soms zal die doorkruising makkelijk zijn vast te stellen, namelijk, als de desbetreffende wet met zoveel woorden aangeeft, dat en welke publiekrechtelijke instrumenten de overheid dient in te zetten. Soms is veel moeilijker vast te stellen of de wet (onuitgesproken) een keuze aan de overheid heeft gelaten. Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie betreft de regeling van het gebruik van gronden, die door de gemeentelijke overheid worden uitgegeven (lees: verkocht) aan particulieren. Dat gebruik is publiekrechtelijk genormeerd in het bestemmingsplan. De vraag die aan de rechter werd voorgelegd was, of de overheid daarnaast gebruik mocht maken van het verkoop contract om dat gebruik nog specifieker te beperken. De Hoge Raad achtte dat toelaatbaar. Het lijkt echter, dat het gaat om "gelegenheidsargumentatie": terecht stelde de Hoge Raad vast, dat het uitgeven van grond onder beperkende voorwaarden al heel lang praktijk was bij de Nederlandse overheid en dat de wetgever (bij de vaststelling van de Wet RO) kennelijk geen reden had gezien om aan dat gebruik een einde te maken.

Bij de vaststelling of sprake is van doorkruising van een publiekrechtelijke weg in situaties waar dat niet uitdrukkelijk uit de wet valt te lezen moet men denken aan:

- de mate waarin via de publiekrechtelijke weg min of meer doelmatig hetzelfde resultaat is te bereiken en
- de aard van de betrokken bevoegdheden (zo zal in de sfeer van de handhaving doorkruising spoedig worden aangenomen).

Meer abstract, in de woorden van de Hoge Raad, moet gelet worden op:

- a) de inhoud en de strekking van de publiekrechtelijke regeling;
- b) de wijze waarop en de mate waarin in het kader van de publiekrechtelijke regeling de belangen van de burgers zijn beschermd;

- c) het antwoord op de vraag of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Is dat laatste het geval, dan vormt dit een sterke indicatie dat voor de privaatrechtelijke weg geen plaats is³³.

In algemene zin zal het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst tussen publieke partijen ter voorbereiding van een PPS geen doorkruising vormen van publiekrechtelijke regelingen. Aspecten van zo'n (voorgenomen) overeenkomst zullen echter wel degelijk niet privaatrechtelijk kunnen worden geregeld. Een evident voorbeeld is natuurlijk het aangaan van een resultaatsverbintenis door een overheid, die bevoegd gezag is onder een bepaalde wet, dat zij – in haar hoedanigheid van bevoegd gezag – een bepaalde vergunning of ontheffing zal verlenen. Die beslissing kan alleen worden genomen via en na het doorlopen van de daarvoor aangewezen publiekrechtelijke weg. Een minder duidelijk geval is de vraag of overheden zich in een overeenkomst vooraf kunnen onderwerpen aan bindend advies, arbitrage of bemiddeling, bij geschillen over de uitleg en de uitvoering van de overeenkomst. Richtlijn daarbij lijkt te zijn, dat men vrij is in de keuze van de wijze van geschillenbeslechting met betrekking tot alle materie, die men privaatrechtelijk mag regelen. Als een overeenkomst dus publiekrechtelijke elementen bevat terzake waarvan de overeenkomst dus geen bindende kracht heeft, kan een arbitrageclausule met betrekking tot die elementen ook niet worden ingeroepen.

³³ Zie recentelijk: Hof Arnhem 19 november 2002, JB 2003, 28 (CLFGHA); HR 20 december 2002, JB 2003, 32 (noot Peters)

Bijlage C: Belangrijkste publiekrechtelijke regelingen en begrippen

Op ieder project kunnen weer andere publiekrechtelijke regelingen van toepassing zijn. Er zijn echter onderwerpen waarvan te verwachten valt, dat ze stelselmatig terugkomen en die bijzonder van belang lijken voor PPS en daaraan voorafgaande overeenkomsten tussen publieke partijen, omdat ze daar bepaalde beperkingen in aanbrengen en mogelijkheden voor scheppen. Daarom bespreken we die in deze leidraad. Het gaat om:

- Bevoegdheden van bestuursorganen (dual stelsel, mandaat en delegatie)
- Toezicht
- Financiële bepalingen en Wet Financiering Decentrale Overheden
- Aanbestedingsrecht.

1. Bevoegdheden bestuursorganen

1.2 Vrijheid van beleid en oordeel tegenover gebonden bevoegdheden

Bij het maken van afspraken over het aanwenden van bevoegdheden moet worden onderscheiden tussen:

- i) gebonden (aspecten van) bevoegdheden (voorbeeld: formele vereisten aanvraag bouwvergunning, toets aan bestemmingsplan en Ff-wet);
- ii) aspecten van gebonden bevoegdheden die vallen binnen de beleids- of beoordelingsruimte van de overheden (voorbeeld: beslissing om art. 19 Wet RO procedure in te zetten);
- iii) bevoegdheden waarbij beoordelings- en beleidsvrijheid kan worden aangewend (invulling bestemmingsplan, voor zover geen dwingende bepalingen in streekplan of andere instructies hogere overheden; exploitatie door een overheidsbedrijf of via concessieverlening; tracékeuze).

Publieke partijen kunnen uiteraard geen verplichting op zich nemen waarmee zij vooruitlopen op of kunnen afwijken van:

- goedkeuring door hogere overheden;
- bevoegdheden hogere overheden om hun wil aan lagere overheden op te leggen (wet RO);
- (Europese) wet en regelgeving (uitkomst milieueffectrapportage);
- inspraak en rechtsbescherming.

Een dagelijks bestuur kan dus alleen afspraken op zich nemen onder het voorbehoud, dat de vereiste goedkeuring wordt gegeven, dat de toeziende overheid geen gebruik maakt van bevoegdheden tot wijziging van de betrokken besluiten en dat de inspraak of de rechtsbescherming geen afwijkend resultaat opleveren. Soms wordt in de overeenkomst een voorbehoud voor strijd met wettelijke bepalingen opgenomen. Dat is voor overheden (die geacht worden de wet te kennen) niet altijd goed te verdedigen, maar het is in ieder geval zinvol om iets op te nemen voor het geval een besluit als gevolg van toekomstige (nog niet voorziene) nieuwe wetgeving niet ongewijzigd kan worden uitgevoerd.

Dat een dagelijks bestuur zich het recht moet voorbehouden om op grond van de inspraak van standpunt te veranderen is niet alleen een eis, omdat de inspraak – tegen de bedoeling van de wet in - anders zinledig zou worden, maar ook omdat besluiten omtrent het project zonder zo'n (stilzwijgend) voorbe-

houd heel kwetsbaar zouden worden voor een beroep op het feit, dat het dagelijks bestuur terzake heeft gehandeld in strijd met het verbod van voornamegenomenheid.

1.3 Dagelijks en algemeen bestuur, delegatie en mandaat

De lagere overheden kennen een stelsel waarbij het dagelijks bestuur is toebedeeld aan een Dagelijks Bestuur (B&W, GS) en de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende regels en van de begroting aan een vertegenwoordigend lichaam (raad van de gemeente resp. provinciale staten). Met ingang van 7 maart 2002 is voor de gemeente het tot dan toe heersende monistische stelsel (alle bevoegdheden berusten in beginsel bij de raad, vertegenwoordigend orgaan en hoofd van de gemeente, de verordenende bevoegdheid wordt expliciet vermeld, wethouders zijn lid van de gemeenteraad) ingevuld voor een ander, het duale, stelsel. Met invoering van het duale stelsel (waar de wethouders niet langer raadslid zijn) is beoogd de positie van de raad tegenover het college te versterken. Inmiddels is een vergelijkbare wijziging in de provincie ingevoerd en naar verluid zal de Wet gemeenschappelijke regelingen overeenkomstig worden aangepast. Wat hieronder wordt opgemerkt over het dagelijks bestuur van de gemeente (College van B&W) zal te zijner tijd dus mutatis mutandis gelden voor (in ieder geval) de provincie en de Gemeenschappelijke regeling.

Het collegiaal bestuur, delegatie en mandaat

De afzonderlijke leden van het college zijn geen bestuursorgaan. Hieruit volgt, volgens de Memorie van Toelichting, dat de collegebevoegdheden niet aan individuele leden van het college kunnen worden gedelegeerd.³⁴

Het is echter denkbaar dat in een verordening of een andere wettelijke regeling een bevoegdheid voor het college wordt gecreëerd en dat bovendien bepaald wordt dat het college deze bevoegdheid kan overdragen aan één of meer van zijn leden.³⁵ Echter, een bevoegdheid die door de Gemeentewet aan het college is toebedeeld, kan middels een lagere regeling niet door het college aan één of meer van zijn leden gedelegeerd worden. Een dergelijke regeling is onverbindend. Mandatering aan één van de leden van het college blijft mogelijk (art. 168 Gemeentewet). Delegatie aan ambtenaren kan niet, mandatering van uitvoeringsbevoegdheden aan ambtenaren van politie is uitdrukkelijke toegelaten (art. 177 Gemeentewet) daarmee is niet bedoeld om andere mandatering aan ambtenaren uit te sluiten.

Positie van het College tegenover de Raad

Voorheen vormde de Raad het algemene bestuur van een gemeente. In de praktijk bleek de uitoefening van de meeste bestuursbevoegdheden echter een verantwoordelijkheid van het college. In de nieuwe wet worden de bestuursbevoegdheden geconcentreerd bij het college.

Art. 160 Gemw. luidt, voorzover hier van belang:

1. *Het college is in ieder geval bevoegd:*
 - a. *het dagelijks bestuur van de gemeente te voeren, voor zover niet bij of krachtens de wet de raad of de burgemeester hiermee is belast;*

³⁴ TK 2000-2001, 21 751, nr. 3, p. 62, MvT

³⁵ Op grond van art. 10:13 Awb kunnen bevoegdheden gedelegeerd worden, ook aan niet-bestuursorganen. In een dergelijk geval zullen deze organen alsnog bestuursorgaan worden voor wat betreft de gedelegeerde bevoegdheid.

b. *beslissingen van de raad voor te bereiden en uit te voeren, tenzij bij of krachtens de wet de burgemeester hiermee is belast;*

.....

e. *tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten [en deze te verrichten];*

2. *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 hij zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college heeft kunnen brengen.*

3. *Een besluit als bedoeld in het tweede lid behoeft de goedkeuring van gedeputeerde staten. De goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.*

4. *Het college neemt, ook alvorens is besloten tot het voeren van een rechtsgeding, alle conservatoire maatregelen en doet wat nodig is ter voorkoming van verjaring of verlies van recht of bezit.*

De woorden "en te verrichten" zijn in een laat stadium geschrapt, om buiten twijfel te stellen dat het de burgemeester is, die ingevolge art. 171 Gemeentewet bevoegd is om de gemeente buiten recht te vertegenwoordigen en daarmee om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is enige onduidelijkheid ontstaan over de gevolgen van de nieuwe bevoegdheidsverdeling betreffende privaatrechtelijke rechtshandelingen. Uiteindelijk werd geconcludeerd dat:

"het enkele besluit van het college tot het verrichten van een (meerzijdige) privaatrechtelijke rechtshandeling reeds een gebondenheid van de gemeente kan meebrengen. Indien een college derhalve besluit om een overeenkomst aan te gaan, de wederpartij hiervan in kennis is gesteld en het college alsnog van de overeenkomst wenst af te zien, zal de gemeente de door de wederpartij te lijden schade moeten vergoeden."³⁶

Het college kan bevoegdheden overdragen op grond van art. 165 Gemeentewet. De bevoegdheden kunnen worden overgedragen aan een door het college ingestelde bestuurscommissie en aan het dagelijks bestuur van een deelgemeente, tenzij de aard van de bevoegdheden zich tegen overdracht verzet. De raad dient alvorens het college een dergelijk besluit neemt, in de gelegenheid te worden gesteld zijn wensen en bedenkingen kenbaar te maken.

Art. 169 Gemeentewet bepaalt dat het college en elk van zijn leden afzonderlijk aan de raad verantwoording schuldig zijn over het door het college gevoerde bestuur.

De verplichting voor het college, geformuleerd in artikel 169, vierde lid, Gemeentewet om voordat hij een besluit neemt de raad in de gelegenheid te stellen zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen, houdt niet in dat het college de formele verantwoordelijkheid (en daarmee dus ook de

³⁶ Eerste Kamer, 2001-2002, 27 751, nr. 10d, nadere memorie van antwoord, pag. 12.

politieke verantwoordelijkheid) voor een dergelijk besluit geheel of gedeeltelijk kan afschuiven op de raad. Indien het college zich wil verzekeren van politieke steun voor een door hem te nemen besluit tot het verrichten van een bepaalde privaatrechtelijke rechtshandeling, kan hij daaraan voorafgaand overleg voeren met de raad of de betrokken raadscommissie. De uitkomst van dat overleg heeft echter niet tot gevolg dat de raad verantwoordelijkheid draagt voor het te nemen besluit. Bovendien is er, indien het college verzuimt de bedoelde inlichtingen aan de raad te verstrekken of de door de raad geuite bezwaren naast zich neerlegt, niettemin sprake van binding van de gemeente wanneer het college tot de privaatrechtelijke rechtshandeling besluit.³⁷

Het kan voorkomen, dat een wethouder zich tegenover een andere publieke (of private) partij hard maakt voor een te zijner tijd door de raad in te nemen standpunt. Hij neemt dan in beginsel de verplichting op zich om het desbetreffende project bij de raad (in de fractie, commissie en de gehele raad) zo goed mogelijk te verdedigen. Het lijkt een redelijke invulling van die verplichting, dat hij – wanneer hij ondanks deze inspanning het project aan zijn eigen fractie niet kan verkopen – vrij is om daarna ook als lid van het College tegen het project stelling te nemen. Met name tegenover particuliere wederpartijen kan het nuttig zijn om die vrijheid uitdrukkelijk voor te behouden.

2. Toezicht

Algemene regels met betrekking tot toezicht op decentrale overheden vindt men in hoofdstuk 10 van de Awb. Dergelijke regels uit de Awb worden pas van toepassing, wanneer in een meer concrete, materiële wet een toezichtbevoegdheid vast is gelegd. Belangrijke toezichtbevoegdheden met betrekking tot publieke overeenkomsten ter voorbereiding van PPS zijn de Gemeentewet (goedkeuring GS voor deelname in of oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, zie hiervoor); Wet RO (goedkeuring Gedeputeerde Staten van het bestemmingsplan en van beslissingen om vrijstelling te verlenen van het bestemmingsplan; bevoegdheid Minister om een besluit te nemen ter vervanging van een besluit van GS ten aanzien van een bestemmingsplan) en de Wet Financiering Decentrale Overheden ("Wet FIDO")

Voor de goede orde vermelden wij hier, dat de wet op enkele plaatsen de bevoegdheid van "spontane vernietiging toekent" aan toezichthoudende bestuursorganen (provincie voor gemeente, rijk voor provincie, zie onder art. 132 lid 4 Grondwet jo. Art. 10:35 Awb en 273-4 Gemeentewet, art. 173 Provinciewet).

3. Financiële bepalingen, de Wet FIDO

In een DBFM contract wordt de investering van – bijvoorbeeld – een gemeentelijke sporthal niet in een keer door de overheid genomen, maar wordt het geheel van bouwsom en onderhoud in vast regelmatige termijnen overeen lange periode verdeeld. Wat betekent deze systematiek voor de financiën van een lagere overheid en is het nodig om voor het afsluiten van zo'n contract in overleg te treden (een overeenkomst aan te gaan) met de toezichthouder van de Wet FIDO?

³⁷ Eerste Kamer, 2001-2002, 27 751, nr. 10b, memorie van antwoord, pag. 48

3.1 Begrotingsvoorschriften en dergelijke

Soms stuit men bij de introductie van een dergelijke (DBFM) opzet soms op weerstand, bijvoorbeeld om de perceptie, dat een dergelijke wijze van financieren het bestuursorgaan veel meer beperkt in zijn mogelijkheden om beleid te wijzigen dan de traditionele wijze van financieren.

Zo zijn alleen financiële verplichtingen voor het lopende en komende begrotingsjaar gedekt door een beslissing van de gemeenteraad. Begrotingssystemen gaan uit van eigendom van gemeentelijke bezittingen met investeringen voor onderhoud; het betalen van een jaarlijkse vergoeding voor beschikbaarstelling past daar niet zonder meer in.

Voor wat betreft de financiële huishouding van lagere overheden, in het bijzonder de bepalingen met betrekking tot de begroting in en krachtens (bijvoorbeeld) de Gemeentewet is een DBFM-contract zonder meer toegelaten. Wij zien in de wettelijke bepalingen omtrent de begroting en de jaarrekening van (bijvoorbeeld) de gemeente (artt. 185 en volgende Gemeentewet) geen beletsel in het aangaan van verplichtingen, die zich tot in de (verre) toekomst uitstrekken.

Op het oog lijkt de overheid zich in een DBFM-contract veel meer vast te leggen, dan het geval is bij een investering op de klassieke wijze. Inderdaad zullen de mogelijkheden om een DBM contract tussentijds op te zeggen beperkt zijn en – aannemende dat de wederpartij naar behoren presteert – gepaard gaan met de verplichting schade te vergoeden, mogelijk zelfs een vooraf overeengekomen boete te betalen. Het in één keer betalen (eventueel: binnen de kortst mogelijke tijd afschrijven) van een gebouw biedt – in theorie – veel groter vrijheid: het bestuur kan simpelweg besluiten het te laten verkommeren en/of afbreken. De werkelijke kosten van zulke beslissingen zijn echter niet groter of kleiner dan het tussentijds beëindigen van een DBFM contract. Het verschil zit hem vooral in de transparantie en de dragers van die kosten: houdt men op de op klassieke wijze betaalde sporthal te gebruiken, dan zijn er geen zichtbare kosten: de investering is al gedaan en de kapitaalvernietiging zit hem uitsluitend in het in onbruik raken van het gebouw. Wordt een DBFM-contract opgezegd, dan betaalt de gemeente "zichtbaar" op het moment, dat zijn bestuur tot de opzegging besluit. Vanuit het oogpunt van transparantie en toerekening van de gevolgen van een dergelijk besluit – zou men kunnen zeggen – verdienen DBFM-contracten de voorkeur.

De DBFM-opzet is in de gangbare wijze van boekhouden niet altijd goed in te passen. Administratief vergt het aangaan van DBFM-contracten wel vaak een zekere vernieuwing. Er ontstaan posten, die vaak in het bestaande systeem niet goed in te boeken zijn. Het is echter wel degelijk mogelijk om aanpassingen aan die systemen in te voeren, die administratieve verwerking mogelijk maakt. Zo kan een bouw- en onderhoudsbudget voor de komende decennia worden vertaald in een annuïteit over die jaren.

3.2. Wet FIDO

De Wet FIDO strekt ertoe een solide financieringswijze bij openbare lichamen (provincies, gemeenten, waterschappen, politieregio's en WGR-lichamen) te bevorderen. Doel is het vermijden van grote fluctuaties in de rentelasten van openbare lichamen, die mogelijk consequenties kunnen hebben voor de financiële positie van deze openbare lichamen. Achterliggende doelstelling is een bijdrage te leveren aan de kredietwaardigheid van openbare lichamen op de kapitaalmarkt.

- *Beheersen van risico's*

Het beheersen van risico's is een van de uitgangspunten van de Wet FIDO. Dit blijkt uit de voorwaarden die in de wet worden gesteld aan het financieringsbeleid van openbare lichamen.

De belangrijkste voorwaarden kunnen als volgt worden samengevat:

1. Het aangaan en verstrekken van leningen alsmede het verlenen van garanties is alleen toegestaan voor de uitoefening van een publieke taak (artikel 2 lid 1). Wat tot 'de publieke taak' behoort, is niet nader omschreven in de Wet FIDO. Uitgangspunt is dat de afbakening van de publieke taak een eigen verantwoordelijkheid van het openbaar lichaam betreft, die mede afhankelijk is van de wettelijke taakomschrijving die het openbaar lichaam op grond van de toepasselijke wet(ten) bezit (MvT, blz. 22). Het in- en doorlenen van middelen, met als doel hiermee inkomsten te genereren, wordt in elk geval niet tot de publieke taak gerekend (MvT, blz. 22);
2. Uitzettingen en derivaten dienen een prudent karakter te hebben en dienen niet gericht te zijn op het genereren van inkomen door het lopen van overmatige risico's (artikel 2 lid 2). In een Ministeriële regeling worden expliciete randvoorwaarden gesteld ten aanzien van het uitzetten van derivaten;
3. Openbare lichamen kunnen geldleningen slechts aangaan en verstrekken, dan wel de nakoming van uit geldleningen voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van de betaling van rente en aflossing slechts garanderen, indien de geldleningen voldoen aan de daarvoor bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels (artikel 2 lid 3). Deze bepaling is de basis voor een nieuw op te stellen Besluit Leningvoorwaarden Decentrale Overheden. Dat betekent onder meer dat de – vanwege valutarisico's gestelde - eis dat leningen slechts kunnen worden aangegaan indien de wederzijdse betalingsverplichtingen zijn uitgedrukt in de "Nederlandse geldeenheid" (thans: de EURO).

Meer concreet wordt het beheersen van de risico's als uitgangspunt van de Wet FIDO gestalte gegeven met het vastleggen van een kasgeldlimiet (artikelen 3 en 4) en een renterisico norm (artikelen 5 en 6), die beide beogen de renterisico's te begrenzen die verbonden zijn aan financiering door middel van korte schuld (kasgeldlimiet) en lange schuld (renterisico norm).

- *Bevorderen transparantie*

Een belangrijk uitgangspunt van de wet is tevens het bevorderen en het transparant maken van een solide financieringsbeleid (MvT, blz. 3). Hieraan zou blijkens de MvT invulling moeten worden gegeven door de verplichting tot het opstellen van een financieringsstatuut (ook wel aangeduid als "treasury - statuut") en het opnemen van een financieringsparagraaf in de begroting en het jaarverslag. Het financieringsstatuut bevat de uitgangspunten voor de uitvoering van een financieringsfunctie.

De financieringsparagraaf in de begroting geeft de beleidsplannen dienaangaande en in de financieringsparagraaf in het jaarverslag dient ingegaan te worden op de resultaten van het beleid. Uit het verslag zal ook moeten blijken dat het financieringsbeleid spoort met de Wet FIDO en het financieringsstatuut.

De verplichting tot het opnemen van een financieringsparagraaf in de begroting en het jaarverslag is opgenomen in de comptabiliteitsvoorschriften voor de diverse openbare lichamen. In de desbetreffende organieke wetten wordt de verplichting opgenomen in de - al verplicht op te stellen - verordening ten aanzien van de financiële administratie en beheer te voorzien in een financieringsstatuut.

- *Toezicht*

In de Wet FIDO is een toezichtmechanisme gecreëerd dat bestaat uit de mogelijkheid van voorafgaand toezicht ingeval van overschrijding van de kasgeldlimiet of de renterisico norm. In hoofdlijnen komt dit op het volgende neer:

- In geval van overschrijding van de kasgeldlimiet of de risiconorm kan de toezichthouder (voor de gemeenten: gedeputeerde staten van de desbetreffende provincie) het openbaar lichaam verplichten tot het nemen van maatregelen. Voor de kasgeldlimiet geldt dit indien de kasgeldlimiet gedurende twee opeenvolgende kwartalen wordt overschreden (artikel 4 lid 2), voor de renterisico norm direct (artikel 6 lid 2).

- Indien na het opleggen van de maatregelen de kasgeldlimiet of de renterisico norm nog steeds wordt overschreden dient het openbaar lichaam een plan op te stellen waarin vermeld staat op welke wijze de overschrijding te niet gedaan zal worden (artt. 4 lid 3 resp. 6 lid 3). Dit plan dient ter goedkeuring te worden voorgelegd. Zolang het plan niet is goedgekeurd dan wel blijkt dat het plan door het desbetreffende openbaar lichaam niet ten uitvoer wordt gelegd, heeft de toezichthouder de mogelijkheid te bepalen dat voor de desbetreffende financiering voorafgaande toestemming van de toezichthouder vereist is. Ontheffing van de verplichtingen van de artt. 4 lid 1 en 6 lid 1 is mogelijk (artt. 4 lid 5 resp. 6 lid 5).

- *Consequenties van strijd met de Wet FIDO*

Wanneer een toezichthouder gebruik maakt van zijn bevoegdheid om een besluit van een openbaar lichaam tot het aangaan van een financiële transactie te vernietigen, zal dat consequenties hebben; in beginsel dient dan de overeenkomst niet verder te worden uitgevoerd, met eventueel een verplichting tot schadevergoeding tegenover de contractspartij. De Wet FIDO regelt niet de civielrechtelijke gevolgen van het sluiten van rechtshandelingen door een openbaar lichaam. Een rechtshandeling die in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde is nietig, tenzij die wetsbepaling niet de strekking heeft de geldigheid van zo'n rechtshandeling aan te tasten (art. 3:40 BW). Het hangt – met andere woorden - af van de strekking die men toedicht aan de in concreto overtreden bepaling in de wet FIDO of sprake zal zijn van nietigheid. Vanwege de ernstige (schade-)gevolgen van nietigheid van een financiële transactie waar de overheid partij bij is, zal niet te snel moeten worden aangenomen dat nietigheid de bedoeling van de wet FIDO is.

4. Aanbestedingsrechtelijke context

Aanbestedingsrecht is het rechtsgebied dat betrekking heeft op het plaatsen van opdrachten op de markt door middel van mededinging generende procedures. Overheden en semi-overheden zijn op grond van zowel Europees als nationaal recht in veel gevallen verplicht om dergelijke procedures te hanteren. Het aanbestedingsrecht beperkt zich tot overeenkomsten tot opdracht, dat wil zeggen opdrachten waarbij een aannemer, leverancier of dienstverlener zich verbindt de opdrachtgever een werk, product of dienst te leveren.

Het aanbestedingsrecht is in hoofdzaak neergelegd in Europese Richtlijnen, die door de Nederlandse wetgever één-op-één op de Nederlandse rechtssfeer van toepassing zijn verklaard. Dienovereenkomstig kan naar de Richtlijnen worden verwezen als waren zij direct werkend. Het betreft de Richtlijn Werken, Richtlijn Leveringen, Richtlijn Diensten en Richtlijn Nutssectoren. De eerste drie richtlijnen zijn van toepassing op overheden en publiekrechtelijke instellingen. De Richtlijn Nutssectoren beperkt zich tot

specifieke opdrachtgevers in de Nutssectoren (zoals het openbaar vervoer en de elektriciteits- en drinkwaterbranche). De Richtlijn Nutssectoren ziet op opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Op Europees niveau is gewerkt aan een soortgelijke opzet voor de Algemene Richtlijnen. Dit heeft geresulteerd in één Algemene Richtlijn voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Daarnaast is er een nieuwe Richtlijn voor aanbestedingen in de nutssectoren. De Algemene Richtlijn zal uiterlijk 31 januari 2006 geïmplementeerd dienen te zijn in ons rechtssysteem. Tot die tijd gelden de huidige afzonderlijke Richtlijnen. Voor de Richtlijn Nutssectoren geldt dat deze in april 2004 is ingetrokken en op dat moment is vervangen door de nieuwe Richtlijn Nutssectoren.

Het is de bedoeling dat er in 2007 een nieuwe Aanbestedingswet van kracht wordt in Nederland welke is gebaseerd op de Algemene Richtlijn en welke gedetailleerde voorschriften voor aanbestedingen in Nederland zou moeten bevatten waardoor aanbestedingsreglementen overbodig zouden worden. Met deze nieuwe aanbestedingswet zou het aanbestedingsrecht duidelijker, eenvoudiger en meer eenvormig geregeld moeten zijn voor aanbestedende diensten op gemeentelijk, provinciaal en rijksniveau zowel voor opdrachten onder als boven de drempelwaarden.

Indien een overeenkomst tot opdracht onder het toepassingsbereik van de Richtlijn valt, zal zij in het algemeen openbaar of niet-openbaar moeten worden aanbesteed. Openbare aanbesteding houdt in dat de opdracht in één ronde wordt gegund, waarbij alle gegadigden kunnen inschrijven op de opdracht en in aanmerking komen voor gunning indien zij aan de minimale geschiktheidseisen voldoen. In geval van niet-openbare aanbesteding vindt eerst een kwalitatieve selectie van de gegadigden plaats, waarna de geselecteerden in de gelegenheid worden gesteld in te schrijven. Beide procedures vangen aan met een algemene bekendmaking, opdat alle gegadigden een kans krijgen om mee te dingen. In bepaalde (uitzonderings)gevallen mag van lichtere procedures gebruik worden gemaakt, zoals de onderhandelingsprocedure en de onderhandse aanbestedingsprocedure. In de algemene Richtlijn is de concurrentiegerichte dialoog geïntroduceerd. De concurrentiegerichte dialoog is bedoeld voor bijzonder complexe projecten zoals bijvoorbeeld PPS projecten. Deze procedure lijkt sterk op de onderhandelingsprocedure en biedt de aanbesteder de mogelijkheid om met iedere marktpartij de dialoog aan te gaan over de opdracht.

Voor de Ministeries van VROM, V&W en Defensie gelden voorts de Beleidsregels aanbesteding van werken. Op grond van deze beleidsregels zijn deze opdrachtgevers verplicht ook in geval de drempelwaarde van de Richtlijn Werken niet wordt overschreden, een aanbestedingsprocedure te organiseren. Op grond van deze beleidsregels geldt voor de bouwdepartementen (VROM, V&W, Defensie en LNV) vanaf 15 augustus 2004 het ARW 2004 (Aanbestedingsreglement Werken 2004). Andere departementen mogen gebruik maken van het ARW 2004 maar zijn daartoe in tegenstelling tot de bouwdepartementen niet verplicht. Zij mogen ook gebruik maken van UAR-EG 1991, UAR 2001 of UAR 1986 danwel eigen aanbestedingsreglementen (zolang deze maar in overeenstemming zijn met de afzonderlijke Richtlijnen voor werken, diensten en leveringen).

De publiek-publieke overeenkomst als aanbestedingsplichtige opdracht

De hiervoor gegeven voorbeelden van publiek-publieke overeenkomsten betreffen geen van alle dergelijke overeenkomsten, en vallen dienovereenkomstig buiten het toepassingsbereik van het aanbestedingsrecht. Dat betekent echter niet dat er geen publiek-publieke overeenkomsten kunnen zijn die wél een overeenkomst tot opdracht behelzen in de zin van het aanbestedingsrecht en derhalve moeten worden aanbesteed. In het bijzonder wanneer overheidsdiensten de markt op gaan en, gelijk private opdrachtnemers, opdrachten aannemen van andere overheden, dreigt een dergelijk gevaar.

Bij wijze van voorbeeld kan in dit verband worden gedacht aan de situatie dat de ICT afdeling van bijvoorbeeld het Ministerie van Financiën niet alleen het (interne) netwerk beheert, maar ook probeert ICT-diensten te leveren aan andere (lagere) overheden of semi-overheidsinstellingen. Laatstgenoemde instellingen staat het niet vrij om aanbestedingsplichtige opdrachten zoals, ICT-diensten onderhands te gunnen aan de ICT-afdeling van het Ministerie op grond van het enkele feit dat het Ministerie zelf óók aanbestedingsplichtig is.

Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de constructie die regelmatig wordt benut bij de verwijdering van huisafval. Het ophalen van dergelijk afval is een dienstenopdracht die in beginsel moet worden aanbesteed als de gemeente de dienst niet zelf verricht. Het staat gemeentes vrij om gezamenlijk een gemeenschappelijke regeling of vennootschap op te richten die zich met die taak bezig houdt. Het toebedelen van de afvalverwijderingswerkzaamheden hoeft niet te worden aanbesteed, indien in de gemeentelijke verordeningen is opgenomen dat deze vennootschap een alleenrecht heeft ten aanzien van het ophalen van huisafval (Dit vloeit voort uit de uitzonderingsbepaling van 6 van de Richtlijn Diensten). Anders gezegd, de gemeenschappelijke regeling of vennootschap vormt in die situatie als het ware één geheel met de aanbestedingsplichtige gemeenten, en is zelf overigens ook een aanbestedingsplichtige dienst). Een derde gemeente die niet deelneemt in de gemeenschappelijke regeling en óók niet een alleenrecht als hiervoor bedoeld heeft gevestigd ten behoeve van die gemeenschappelijke regeling c.q. vennootschap, zal het echter niet zijn toegestaan om zonder aanbestedingsprocedure een dienstverleningsovereenkomst af te sluiten met die gemeenschappelijke regeling of vennootschap. In dat geval kan namelijk geen beroep worden gedaan op artikel 6 Richtlijn Diensten en is van een reguliere dienstenopdracht sprake.

Of in voorkomend geval van een publiekrechtelijke overeenkomst sprake is die eveneens als een overeenkomst tot opdracht moet worden aangemerkt, zal in beginsel moeten worden bepaald aan de hand van de drie standaardvragen:

1. Is sprake van een aanbestedingsplichtige opdrachtgever?
2. Is sprake van een opdracht die naar zijn aard moet worden aanbesteed?
3. Overschrijdt de opdracht de toepasselijke drempelwaarde?

De eerste vraag is ten aanzien van de onderhavige gevallen niet van groot belang. Omdat het hier per definitie om (onderdelen) van overheidsinstellingen gaat, is per definitie sprake van een aanbestedingsplichtige opdrachtgever.

De tweede vraag heeft twee relevante aspecten. In de eerste plaats moet sprake zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel met een opdrachtnemer (c.q. aannemer, leverancier of dienstverlener). Opdrachten die binnen aanbestedingsplichtige overheden worden verstrekt – bijvoorbeeld aan de eigen huishoudelijke dienst – kunnen derhalve niet als een dergelijke opdracht worden aangemerkt. In de tweede plaats moet het gaan om een opdracht voor een werk, de levering van een product of het verrichten van een dienst. Ten aanzien van deze laatste categorie opdrachten is het van belang in ogenschouw te nemen dat onderscheid wordt gemaakt tussen zogenaamde A-diensten en B-diensten. A-diensten zijn limitatief opgesomd in Bijlage I-A van de Richtlijn Diensten (en de identieke bijlage XVI-A van de Richtlijn Nutssectoren), alle overige diensten worden in Bijlage 1-B (Nutssectoren: XVI-B) genoemd, deels door specifieke vermelding en voor het overige door de restcategorie: "Overige diensten". A-diensten moeten in beginsel door middel van een openbare of niet-openbare procedure worden aanbesteed. Voor B-diensten mag van een eenvoudiger procedure gebruik worden gemaakt, zoals de onderhandse procedure zonder voorafgaande bekendmaking. Vooral bij opdrachten voor diensten geldt dat zorgvuldig moet worden gecontroleerd welk aanbestedingsrechtelijk regime van toepassing is.

De derde vraag is van belang omdat onder Europees recht slechts een plicht tot aanbesteding bestaat indien de toepasselijke drempelwaarde wordt overschreden. De drempelwaarden worden telkens voor een periode van twee jaar vastgesteld. De thans geldende drempelwaarden (geldig tot 31 december 2005) luiden:

Werken:	EUR 5.923.624,-
Leveringen: <i>Lagere overheden</i>	EUR 236.945,-
Leveringen: <i>Rijksoverheid</i>	EUR 154.014,-
Diensten: <i>Lagere overheden</i>	EUR 236.945,-
Diensten: <i>Rijksoverheid</i>	EUR 154.014,-

De genoemde drempelwaarden dekken bijna alle opdrachten af. Er bestaan echter nog enige andere drempelwaarden, die in specifieke situaties van toepassing zijn. Die drempelwaarden betreffen onder meer opdrachten voor werken waarbij voor meer dan 50% subsidie wordt verleend, alsmede bepaalde dienstenopdrachten. Het verdient aanbeveling de toepasselijkheid van de hiervoor genoemde drempelbedragen te controleren.

De publiekrechtelijke overeenkomst als voorbereiding van een aanbestedingsplichtige opdracht

Naast de mogelijke situatie dat een publiekrechtelijke overeenkomst zélf een aanbestedingsplichtige opdracht is, zal in veel gevallen gelden dat de publiekrechtelijke overeenkomst tot stand komt ter voorbereiding van de aanbesteding van een opdracht (bijvoorbeeld de aanbesteding van een infrastructureel werk). In die situatie zal mogelijk bij de (voorbereiding van) publiekrechtelijke overeenkomst rekening moeten worden gehouden met dat aanbestedingsstraject. De volgende aspecten spelen een rol.

Als algemeen aandachtspunt moet in ogenschouw worden genomen dat een aanbestedingsprocedure niet vrijblijvend is. Wanneer een opdracht eenmaal aan de markt wordt gepresenteerd en de aanbestedingsprocedure is begonnen, wordt het steeds lastiger om wijzigingen aan te brengen. Voor zover het wijzigingen in de opdracht betreft, geldt dat wezenlijke wijzigingen alleen kunnen worden

aangebracht zolang alle gegadigden de kans krijgen daarop te reageren. Dat kan betekenen dat de aanbesteding van een opdracht na een dergelijke wijziging opnieuw moet worden bekendgemaakt en mogelijk partijen opnieuw in de gelegenheid moeten worden gesteld zich te kwalificeren. Voor wijzigingen in de spelregels van de aanbestedingsprocedure geldt hetzelfde, zodat andermaal geldt dat telkens zal moeten worden beoordeeld of de wijziging zodanig is, dat de procedure opnieuw zal moeten worden gevoerd.

Wijzigingen in de aanbestedingsprocedure (in het bijzonder voor wat betreft de eisen die aan de inschrijvers en de aanbiedingen worden gesteld) na ontvangst van de aanbiedingen, zijn niet toegestaan. In de praktijk wil dit nog wel eens tot teleurstellingen leiden, omdat bestudering van de ontvangen aanbiedingen niet zelden tot het besef leidt dat er betere oplossingen voor handen zijn dan de oplossing die op grond van de bekendgemaakte spelregels (gunningscriteria) als winnaar moet worden aangewezen. Een goede voorbereiding ten aanzien van de opdracht en de spelregels, en in het bijzonder de gunningscriteria, voorkomt dergelijke teleurstellingen. De publiekrechtelijke overeenkomst biedt in voorkomend geval een goede gelegenheid om die voorbereiding in een vroegtijdig stadium te beginnen.

Tevens kan de publiekrechtelijke overeenkomst aanleiding vormen om afspraken te maken over het opdrachtgeverschap. De toepasselijke wetgeving en specifieke omstandigheden bieden vaak verschillende opties ten aanzien van het opdrachtgeverschap. Die keuze kan – mede afhankelijk van de wijze waarop de rest van de opdracht is vormgegeven – ook gevolgen hebben voor de aanbestedingsplicht als zodanig. In dat kader zij overigens opgemerkt dat het in beginsel niet mogelijk is voor een aanbestedingsplichtige dienst om de verplichting om een opdracht aan te besteden, over te dragen. Dat neemt overigens niet weg dat een derde wel namens een aanbestedingsplichtige dienst een aanbestedingsprocedure kan organiseren. De betreffende dienst blijft in dat geval echter de opdrachtgever.

Het vaststellen van de randvoorwaarden van de aanbesteding en de zorgvuldige beschrijving van de opdracht, vereisen in het algemeen een voldoende mate van kennis van de markt. Deze kennis is dikwijls niet aanwezig aan de opdrachtgeverszijde en dat gebrek kan een belemmering vormen voor de adequate uitvoering van het project. Het verdient in het algemeen aanbeveling om door middel van een marktconsultatie voldoende informatie te verzamelen over de mogelijkheden die de markt biedt, zodat in de aanbesteding een optimale vraagstelling kan plaatsvinden. Een informerende marktconsultatie is niet in strijd met het aanbestedingsrecht. Wél dient in het achterhoofd te worden gehouden dat in de eventuele aanbesteding niet mag worden verwezen naar specifieke merken of producten. De publiekrechtelijke overeenkomst kan zowel worden gebruikt als basis voor een dergelijke consultatie, als een document waarin de uitkomsten van die consultatie als te bereiken einddoel worden vastgelegd. Voor meer informatie wordt verwezen naar de uitgave van het Kenniscentrum PPS: "Marktconsultatie: een dialoog tussen markt en overheid" van juli 2003.

Bijlage D: Verschillende organisatievormen van publiek-private samenwerking

Organisatievorm

Een definitieve keuze over de wijze van de samenwerking met private partijen zal veelal pas gemaakt worden in het stadium, dat de private partij ook daadwerkelijk meedoet aan het overleg. Toch is het nuttig, dat de publieke partijen zich in de voorbereidende fase oriënteren op de meest geschikte vorm van samenwerking, zodat de voorbereidingen die moeten worden getroffen om de publiek private samenwerkingsvorm in het leven te roepen, in gang kunnen worden gezet en de mogelijke consequenties daarvan reeds kunnen worden geïnventariseerd. Hierover kunnen dan reeds afspraken worden gemaakt in de samenwerking tussen de publieke partijen.

Samenwerking tussen publieke partijen (van licht naar zwaar):

- I. ad hoc samenwerking;
- II. het sluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst;
- III. Bestuurscommissies (82- 86 Gemeentewet, 80-92 Provinciewet);
- IV. het opzetten van een gemeenschappelijke regeling, al dan niet via een aparte rechtspersoon ("schap");
- V. het opzetten van een rechtspersoon, het zij een publiekrechtelijke rechtspersoon (ZBO, uiteraard alleen in zeer bijzondere gevallen, mede gelet op de Kaderwet ZBO's 2001, welke nog niet in werking is getreden), het zij een privaatrechtelijke rechtspersoon, dat wil zeggen: een stichting of een vennootschap.

Samenwerking tussen publieke partijen en een of meer private partijen:

- I. het sluiten van een privaatrechtelijke (raam en uitvoerings-)overeenkomst(en) (al dan niet na een aanbesteding);
- II. het opzetten van een gemeenschappelijke regeling, met de private partij als deelnemer, al dan niet met een eigen rechtspersoon;
- III. het gezamenlijk opzetten van een privaatrechtelijke rechtspersoon, dan wel een combinatie in de vorm van een BV-CV of BV-VOF opzet.

Heel algemeen kan men vaststellen, dat naarmate men meer stabiliteit zoekt, men meer bereid is om bevoegdheden over te hevelen en minder op de organisatiekosten hoeft te letten, een zwaardere organisatievorm meer op zijn plaats is. Als bijzonder voordeel van de gemeenschappelijke regeling zien wij bijvoorbeeld, dat deze in de wet tamelijk gedetailleerd is uitgewerkt. Dat brengt mee, dat in onvoorziene situaties vaak aan de hand van de wet en de rechtspraak naar aanleiding van de wet kan worden uitgezocht wat te doen. Daar staat tegenover dat de doorgaande kosten van het in stand houden van de gemeenschappelijke regeling relatief hoog zullen zijn.

Overheden dienen zich bij gebruikmaking van privaatrechtelijke rechtspersonen steeds twee dingen af te vragen:

- is de voorgenomen constructie toelaatbaar in het licht van de twee wegenleer;
- een bestuurder van een vennootschap dient eerst en vooral het belang van de vennootschap, niet het deelbelang van een der deelnemers of het openbaar belang. Is dat aanvaardbaar?

Voor de hand liggende voordelen van de lichtere vormen van samenwerking zijn behoud van bevoegdheden, lagere kosten en flexibiliteit. "Ad hoc samenwerking" betekent eigenlijk: geen samenwerking, maar inachtneming van de behoorlijkheidsnormen die gelden in het verkeer tussen bestuursorganen.

In het algemeen zijn aan het oprichten van een rechtspersoon de volgende voordelen verbonden:

- een rechtspersoon is een zelfstandige entiteit, die zelfstandig rechtshandelingen kan verrichten en besluiten kan nemen. Dit wordt in het kader van een snelle en voortvarende besluitvorming als voordeel ervaren, omdat dan niet iedere afzonderlijke partij (intern) tot een besluit hoeft te komen. Hierdoor kan ook een zeggenschapstructuur in het leven worden geroepen (in meer detail komt dit aspect hieronder aan de orde);
- naar buiten toe ontstaat een herkenbare organisatie, die als zodanig ook als aanspreekpunt kan fungeren;
- oprichters zijn volgens de hoofdregel niet verder aansprakelijk dan tot het bedrag van hun inbreng. Zo kunnen financiële risico's worden beperkt (in meer detail komt dit aspect hieronder aan de orde). Overigens zijn overheden gewoon uit maatschappelijk oogpunt meer verantwoordelijkheid te nemen dan waartoe zij juridisch zijn gehouden;
- een rechtspersoon komt in de praktijk (als entiteit) eerder in aanmerking voor subsidieverlening;
- een rechtspersoon kan uiteindelijk ook fungeren als exploitatiemaatschappij.

Formele eisen

- Wil een particuliere rechtspersoon deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling, dan heeft zij daartoe een machtiging bij koninklijk besluit (zie art. 93 e.v. Wgr);
- Het oprichten van en deelnemen in private rechtspersonen is onderworpen aan toezicht van hoger hand (zie artikel 151 Provinciewet (de Minister) en art. 155 Gemeentewet (Gedeputeerde Staten)). De Staat moet een dergelijk voornemen melden aan de Staten-Generaal, die kunnen oordelen dat de Staat vooraf bij wet moet zijn gemachtigd (zie art. 34 Comptabiliteitswet 2001)
- Oprichting van rechtspersonen: regels van Boek 2 BW, preventief toezicht bij Ministerie van Justitie bij oprichting.

Zeggenschap

De zwaardere organisaties (rechtspersoon, gemeenschappelijke regeling met rechtspersoon) bieden als bijzonder voordeel, dat men de verdeling van de zeggenschap vooraf tamelijk gedetailleerd kan regelen door verdeling van aandelen (vennootschap) of stemrecht (gemeenschappelijke regeling).

Veelal valt een onderscheid te maken tussen zeggenschap in de initiële besluitvorming en zeggenschap bij de uitvoering van die besluiten. Kan de legitimiteit om bepaalde initiële besluiten over te hevelen naar een ander nog aanleiding vormen tot discussie, vanuit verdeling van (overheids)bevoegdheden en de mogelijkheden om publiekrechtelijke taken in een privaatrechtelijk jasje te kleden, kan er moeilijk bezwaar worden gemaakt tegen het opdragen van de uitvoering van een project door een overheid aan een (privaatrechtelijke) rechtspersoon. Uiteraard sluit uitbesteding van de uitvoering in, dat de daarbij ingezette gelden worden verantwoord.

Vaak bedingen overheden bepaalde bevoegdheden bij de benoeming van bestuurders en commissarissen. Zij dienen zich daarbij te realiseren, dat de opdracht van deze bestuurders en commissarissen in de eerste plaats is, het belang van de onderneming te dienen en dat benoeming hen dus niet in staat stelt (het recht geeft) om instructies te geven aan bestuurders of commissarissen. Ook kunnen er vragen rijzen, wanneer verzoeken op grond van de Wet openbaarheid bestuur worden neergelegd bij (leden van) bestuursorganen, die tevens bestuurder of commissaris zijn in een rechtspersoon.

Risico's

Een belangrijke praktische overweging bij het (niet) betrekken van privaatrechtelijke rechtspersonen bij projecten is, dat de aansprakelijkheid van activiteiten die men ontplooit via zo'n rechtspersoon beperkt is tot het vermogen van de rechtspersoon. Als de aandeelhouders in een rechtspersoon geen bijzondere garanties hebben afgegeven omtrent de goedgeheid van de rechtspersoon of voor bepaalde door de rechtspersoon aangegane verplichtingen, kunnen schuldeisers van de rechtspersoon zich niet op andere zaken verhalen (zoals: tegoeden van de aandeelhouder) dan het vermogen van de rechtspersoon.

Kapitaalverschaffing aan publieke rechtspersonen (met name: overheden, de Staat, provincie, gemeente en waterschap) is daardoor veel minder riskant dan aan de meeste rechtspersonen. Weliswaar kent de Nederlandse wet geen bepaling, die het onmogelijk maakt voor een rechtspersoon om failliet te gaan, maar in de geschiedenis is zo'n faillissement nooit uitgesproken, zie ook p. van de Leidraad****.

Betrokkenheid via aandeelhouderschap is de veiligste, zelf gelden aantrekken vormt de meest volledige betrokkenheid. Tussen die uitersten zit de mogelijkheid, dat een privaatrechtelijke rechtspersoon het kapitaal aantrekt, maar dat zij wordt ondersteund met een garantie van een overheid, die precies kan worden afgestemd op de mate van risico die die overheid bereid is over te nemen van de geldverschaffer. Het verlenen van een recht van hypotheek op de onroerende zaken van een project stuit vaak af op de onwenselijkheid, dat deze in handen van derden komen of op het ontbreken van "marktwaarde".

De betrokken overheden dienen een afweging te maken van:

- de risico's van het project;
- de mogelijkheden om private financiers te interesseren;
- de wenselijkheid dat het project wordt voltoerd;
- of betrokken overheden alleen via de begrensde deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon risico willen lopen;
- of dat zij zich – door zelf leningen aan te gaan of door garanties te verstrekken terzake van de afbetaling van leningen aan privaatrechtelijke rechtspersonen – verdergaand committeren.

Het verplaatsen van risico naar een andere partij heeft altijd een prijs. Als de betrokken overheden bereid zijn zelf risico te nemen (bijvoorbeeld: omdat het project kost wat het kost moet worden gerealiseerd) is het nuttig om vooraf vergaand te analyseren, hoe veel duurder het project wordt als gevolg van het uitbannen van bepaalde risico's. Voorts moet worden bedacht, dat andere betrokken partijen wellicht beter zullen presteren, als zij een deel van het risico meedragen (prestatieprikkel). Vervolgens kan de betrokken overheid beoordelen in welke mate het loont om risico's zelf te nemen.

Bijlage E: Overzicht mogelijkheden (buitengerechtelijke) geschillenbeslechting

Op pag.33 en 34 van de Leidraad wordt beschreven dat er een opklimmende reeks van mogelijkheden is om geschillen "uit handen te geven". Daarbij moet worden gedacht aan (in zwaarte oplopend) bemiddeling, bindend advies en arbitrage. Als bijzondere, bij wet voorziene, publiekrechtelijke (buitengerechtelijke) mogelijkheden van geschillenbeslechting kunnen nog worden genoemd de voorziening bij De Kroon, als bedoeld in artikel 136 Grondwet en de voorzieningen in de artikelen 174 Provinciewet (bemiddeling door GS in geschillen tussen in hun grondgebied gevestigde gemeenten, waterschappen en lichamen ingesteld bij gemeenschappelijke regeling) en de artikelen 4 en 28 van de Wet gemeenschappelijke regelingen ("Wgr").

Bemiddeling

Bemiddeling in geschillen tussen decentrale overheden is geregeld in art. 174 van de Provinciewet. Gelet op de bewoordingen van art. 174 kunnen publieke lichamen niet tegen hun zin bij een dergelijke bemiddeling worden betrokken. Ook buiten de in de (Provincie)wet geregelde mogelijkheid kan men denken aan bemiddeling. Deze mogelijkheid is met name zinvol indien conflicten blijven steken in ambtelijke circuits of wanneer om andere redenen geen bestuurlijk overleg (meer) plaatsvindt. Bemiddeling zou niet de reeds wettelijk voorgeschreven vormen van overleg moeten vervangen. In de praktijk zal bemiddeling benut kunnen worden als een min of meer georganiseerde afkoelingsperiode, waarbij bemiddeling een verzachtende werking kan hebben, in die zin dat het geschil als minder zwaar wordt ervaren en wellicht uiteindelijk geen geschil meer is. Bemiddeling kan ook een voorportaal zijn van een andere wijze van geschillenbeslechting, zoals bindend advies en arbitrage, maar eventueel ook van een gerechtelijke procedure.

Bindend advies

De basis van het bindend advies is – hoewel naar de letter van wet niet zichtbaar - gelegen in titel 7.15 BW. In deze titel wordt de vaststellingsovereenkomst geregeld. In artikel 7:900 BW wordt de definitie van een vaststellingsovereenkomst gegeven:

"Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of een geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan de vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken."

De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing. Wat dit laatste betreft komt dit dus kortweg neer op een contractuele bepaling, waarbij partijen overeenkomen de beslechting van op grond van de overeenkomst ontstane geschillen aan een derde op te dragen. Deze derde geeft dan het "bindend advies". Bindend in die zin, dat partijen aan dat advies gebonden zijn, nu zij dit zijn overeengekomen. Deze contractuele gebondenheid houdt in, dat indien het bindend advies door één der partijen niet wordt nagekomen, de andere partij – in rechte – nakoming van de overeenkomst kan vorderen.

Men kan onderscheid maken tussen twee typen bindend advies. Het eerste type is hiervoor aan de orde gekomen; het advies in een geschil ontstaan naar aanleiding van een overeenkomst, dat in wezen kan worden gezien als een vonnis van een particuliere rechter. Inhoudelijk lijkt dit type zeer op geschillenbeslechting door arbitrage.

In het tweede type is er geen geschil tussen partijen, maar spreken zij af de vaststelling van hun onbepaalde of gedeeltelijk bepaalde rechtsverhouding aan een derde over te laten, aan wiens oordeel zij zich bij voorbaat binden. Zo kan aan een derde worden opgedragen de inhoud van een verbintenis nader vast te stellen en leemten in een contract te vullen, een koopprijs, een huurprijs, een honorarium, de omvang van een schade of de waarde van een goed of zaak vast te stellen, een hoeveelheid of een kwaliteit te bepalen, de stand van een aangenomen werk op te nemen, toekomstige arbeidsvoorwaarden vast te stellen etc. De bindend adviseurs spreken dan geen recht, maar scheppen nieuwe feiten in de verhouding tussen partijen.

Ingeval in de overeenkomst is gekozen voor de bindend advies als wijze van geschillenbeslechting, zal een partij zich - bij een geschil voortvloeiende uit die overeenkomst - niet tot de rechter kunnen wenden. Hij zal dan in zijn vordering niet-ontvankelijk worden verklaard. Dit betekent niet, dat het bindend advies niet kan worden aangetast. Een bindend advies is vernietigbaar indien gebondenheid daaraan "in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn". Na vernietiging kan de rechter zelf beslissen (ex artikel 7:904 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ("Rv")). Uitsluitend ernstige gebreken geven aanleiding tot vernietiging, m.a.w.: het bindend advies is onaantastbaar, als de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, niet zijn overschreden. Daarbij is de rechter gebonden aan de vaststellingsovereenkomst die aan de beslissing ten grondslag lag en hij toetst marginaal. De vordering tot aantasting van het bindend advies dient binnen redelijke termijn ingesteld te worden, bij overeenkomst kan deze redelijke termijn worden gefixeerd.

Het is van belang om in de overeenkomst duidelijk en ondubbelzinnig aan te geven of gekozen is voor arbitrage of bindend advies.

N.B.: Bestuursgeschillen die tot de competentie van de bestuursrechter horen (dat wil zeggen: geschillen terzake van publiekrechtelijke overeenkomsten voorzover deze publiekrechtelijke rechtsgevolgen hebben, strekkende tot het nemen van besluiten), kunnen niet zonder meer via bindend advies opgelost worden. Strikt genomen mag een bestuursorgaan zich voor de inhoud van een te nemen besluit niet laten binden door een bindend adviseur. Dat zou neerkomen op het overdragen van beslissingsbevoegdheid aan de bindend adviseur. Voor besluitvorming (de uitoefening van een bevoegdheid) draagt een bestuursorgaan bij uitstek eigen verantwoordelijkheid. In zulke gevallen dienen de publieke partijen te kiezen voor een advies. De mate van bindendheid wordt dan uitsluitend bepaald door de overtuigingskracht ervan en het gezag van de opstellers. De publieke partijen zullen vervolgens hun besluit moeten nemen op basis van een dergelijk advies en – zo zij menen te moeten afwijken – gemotiveerd kunnen afwijken (vergelijk artikel 3:49 Awb). Het advies kan leiden tot een herzien besluit.

Arbitrage

Net als de mogelijkheid van bindend advies als buitengerechtelijke wijze van geschillenbeslechting, kunnen partijen in de overeenkomst ook overeenkomen, dat zij geschillen aan arbitrage zullen onderwerpen (inclusief eventueel arbitraal hoger beroep en een arbitraal kort geding (spoedarbitrage)). Arbitrage is zeer uitvoerig geregeld in titel 1 van boek 4 Rv, maar is grotendeels van aanvullend recht, zodat partijen van die regeling bij overeenkomst kunnen afwijken. De overeenkomst tot arbitrage waarbij

partijen bestaande geschillen aan arbitrage onderwerpen, wordt aangeduid met compromis. Partijen komen in dat geval ad hoc overeen hun geschil aan arbitrage te onderwerpen. De bepaling in een overeenkomst dat partijen toekomstige geschillen aan arbitrage zullen onderwerpen, wordt aangeduid als een arbitraal beding.

Ook ingeval in de overeenkomst is gekozen voor arbitrage, zal een partij bij een geschil voortvloeiende uit die overeenkomst zich niet tot de rechter kunnen wenden. De rechter zal zich dan onbevoegd verklaren.

Arbiters hebben in principe dezelfde bevoegdheden als rechters, wat vooral tot uitdrukking komt in het feit dat een arbitraal vonnis, nadat het verlof tot tenuitvoerlegging daarop is verkregen, een executorialie titel oplevert en kan worden tenuitvoergelegd (zie ook artikel 25 lid 3 van de Kadasterwet, dat voorziet in een mogelijkheid van inschrijving van een arbitraal vonnis met exequatur in de openbare registers). In tegenstelling tot een bindend advies, dat niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging en waarop geen exequatur kan worden verkregen. Bindend advies heeft slechts de kracht van een overeenkomst en kan dus alleen indirect, namelijk via een vonnis tot nakoming van de civiele rechter, geëxecuteerd worden. Dit wordt vaak als een groot nadeel ten opzichte van arbitrage ervaren, hoewel arbitrage in de regel vaak als zeer kostbaar wordt ervaren. De snelheid van beide procedures ten opzichte van een gerechtelijke procedure wordt in beide gevallen als een gemeenschappelijk voordeel ervaren.

N.B.: Voor arbitrage geldt hetzelfde als voor de bindend advies optie. Arbitrage impliceert eveneens dat een bestuursorgaan een beslissing opdraagt aan een ander. Artikel 10:15 Awb vergt daarvoor een wettelijke basis. Waar het gaat om bestuursgeschillen die tot de competentie van de burgerlijke rechter behoren kunnen bestuursorganen, net als private partijen van (de) arbitrage (clausule) gebruik te maken.

Wet gemeenschappelijke regelingen

In artikel 28 van de Wgr is bepaald, dat geschillen omtrent de toepassing (in de ruimste zin) van een regeling tussen besturen van deelnemende gemeenten of tussen besturen van één of meer gemeenten en het bestuur van een openbaar lichaam of het gemeenschappelijk orgaan, door Gedeputeerde Staten worden beslist, voor zover zij niet behoren tot die als zijn vermeld in artikel 112, eerste lid van de Grondwet of tot die, waarvan de beslissing krachtens artikel 112, tweede lid van de Grondwet is opgedragen hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.

Art. 28 Wgr behelst een bijzondere wijze van geschillenbeslechting voor de in dit artikel bedoelde gevallen. Art 28 lid 1 Wgr is dwingend geformuleerd ("worden door gedeputeerde staten beslist"): de betrokken overheden zijn dus niet vrij te kiezen voor een andere vorm van geschilbeslechting (bindend advies of arbitrage). Dat tast hun vrijheid om via bemiddeling tot een oplossing te komen of om een advies te vragen niet aan, men zou immers kunnen zeggen, dat zolang alle betrokken partijen nog mogelijkheden zien in de vorm van bemiddeling of een advies, er nog geen sprake is van een geschil in de zin van de Wgr.

Ingevolge artikel 28 lid 2 Wgr kunnen Gedeputeerde Staten bij de beslissing van het geschil het desbetreffende bestuur opdragen een besluit te nemen met inachtneming van het in hun beslissing

bepaalde en binnen een daartoe te stellen termijn. Indien binnen de gestelde termijn het besluit niet is genomen, geschiedt dit door Gedeputeerde Staten. In spoedeisende gevallen kunnen Gedeputeerde Staten ingevolge artikel 28 lid 3 Wgr in plaats van het desbetreffende bestuur een besluit als bedoeld in het tweede lid nemen.

Onderwerp van geschil kan zijn het toepassen of uitvoeren van de gemeenschappelijke regeling, zowel de vraag of een bepaalde activiteit valt onder de doelomschrijving van de gemeenschappelijke regeling als geschillen die ontstaan door een op zichzelf juiste toepassing of uitvoering van die regeling. Bijvoorbeeld wanneer naar het oordeel van een bestuur van een aan de gemeenschappelijke regeling deelnemende gemeente, zijn belangen door een besluit van het samenwerkingsverband op ontoelaatbare wijze worden aangetast.

Samengevat: zowel rechts- als belangengeschillen vallen onder deze conflictregeling. Als gebleken is dat men er op intergemeentelijk niveau niet uitkomt, is er sprake van een geschil waarop door Gedeputeerde Staten moet worden beslist. Gedeputeerde Staten kunnen het geschil op verschillende manieren beslechten. Allereerst is denkbaar dat door een interventie een schikking mogelijk wordt tussen de twistende partijen. Ook kunnen Gedeputeerde Staten een declaratoire uitspraak doen. Voorts is mogelijk, dat zij bij de beslissing van het geschil opdracht geven een besluit te nemen met inachtneming van het in hun beslissing bepaalde. Gedeputeerde Staten kunnen daarbij een termijn stellen, bij het verstrijken waarvan zij de plicht hebben zelf het besluit te nemen. Het derde lid opent de mogelijkheid dat Gedeputeerde Staten het geschil beslechten door direct zelf het besluit te nemen. Zo kan worden ingespeeld op spoedeisende gevallen. Van deze mogelijkheid dient echter een spaarzaam gebruik te worden gemaakt, omdat uitgangspunt is, dat de verantwoordelijkheid voor intergemeentelijke samenwerking primair ligt bij de samenwerkende gemeenten.

Ingevolge artikel 4 Wgr worden geschillen betreffende toepassing van het tweede en derde lid van artikel 2 Wgr beslist door de Minister van Binnenlandse Zaken. Dit betreft provinciegrensoverschrijdende samenwerkingsgebieden, een functionele bevoegdheidsuitbreiding buiten het eigen provinciale grondgebied. Geschillen omtrent de vaststelling van provinciegrensoverschrijdende samenwerkingsgebieden en de toedeling van provinciale bevoegdheden ten aanzien van gemeenschappelijke regelingen worden via deze weg beslecht.

Geschillenbeslechting bij Koninklijk Besluit

Een mogelijkheid voor geschillenbeslechting die weinig wordt benut is de procedure beschreven in artikel 136 Grondwet, ook wel de bestuursrechtelijke arbitrage genoemd. In dat artikel is bepaald, dat geschillen tussen openbare lichamen bij Koninklijk Besluit worden beslecht, tenzij deze geschillen behoren tot de kennisneming van de rechterlijke macht of hun beslissing bij wet aan anderen is opgedragen. Het begrip geschillen ziet zowel op rechtsgeschillen als belangengeschillen. Geschillen moeten worden aangebracht door indiening van een verzoekschrift. Het Koninklijk Besluit waarbij het geschil uiteindelijk wordt beslecht, wordt ontworpen door de Raad van State (artikel 15 Wet op de Raad van State). Net als art 28 Wgr. Is deze bepaling dwingend geformuleerd: openbare lichamen kunnen er niet van afwijken, maar dat neemt (net als bij art. 28 Wgr.) niet weg, dat zij gezamenlijk kunnen besluiten, dat zij eerst de weg van bemiddeling of een advies willen volgen, voordat zij constateren, dat er sprake is van een geschil.

Met deze voorziening wordt de waarborg geschapen, dat er altijd een bevoegde instantie is om geschillen tussen openbare lichamen te beslechten. Omdat in de meeste gevallen, zoals hierna zal blijken, een bevoegde rechter is aan te wijzen, wordt van deze regeling weinig gebruik gemaakt. Daarnaast lijkt de Kroon aan haar voorgelegde geschillen zoveel mogelijk buiten de deur te willen houden. Slechts in een heel enkel geval is bij KB een geschil beslecht.³⁸

Alternatieve afdoening van bestuursgeschillen

In de notitie over de alternatieve beslechting van bestuursgeschillen³⁹ wordt opgemerkt dat het niet zo behoort te zijn, dat bestuursorganen hun geschillen ter beslechting (primair) aan de rechter voorleggen, omdat dat afbreuk zou doen aan het primaat van de politiek en zou leiden tot juridisering van bestuurlijke verhoudingen. Voordeel van het oplossen van conflicten zonder inschakeling van de rechter (voornamelijk de bestuursrechter) is dat dit de besluitvorming kan versnellen, wat het gezag van het bestuur kan verhogen. Aanleiding voor deze notitie is de onwenselijkheid dat beleidsmatige discussies aan de rechter worden voorgelegd, wat niet strookt met het primaat van de politiek, wat uitgaat van het oplossen van bestuursconflicten binnen de bestuurskolom. Alternatieve vormen van geschillenbeslechting kunnen dejuridiserende werking hebben op de verhoudingen in het openbaar bestuur. Een van de belangrijkste conclusies is, dat geen wetgeving zal worden voorbereid om bestuursrechtelijke arbitrage of bindend advies te regelen. De voorkeur is uitgesproken voor mediation om bestuursgeschillen op te lossen⁴⁰, waarbij de Ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Justitie een faciliterende rol kunnen vervullen. Hierbij wordt gedacht aan het in het leven roepen van een comité van aanbeveling dat mediators voor bestuursgeschillen aanbeveelt. Toepassing van mediation in bestuursgeschillen behoeft echter nog wel nader onderzoek.

Voorgesteld wordt in het kader van het Bestuursakkoord Nieuwe Stijl ("BANS") aandacht te besteden aan de wijze waarop de bemiddelende rol van de provincies op grond van artikel 174 Provinciewet meer inhoud kan worden gegeven. Op twee bijzondere rechtsgebieden zal de geschillenbeslechting worden verbeterd:

- de bezwarenprocedure zal worden geschrapt bij geschillen over repressief toezicht in de Provinciewet, Gemeentewet en Waterschapswet. In de verhoudingen tussen toezichthoudend orgaan en het orgaan waarop wordt toegezien, is het niet denkbaar dat geen uitvoerig overleg plaatsvindt voordat tot vernietiging wordt overgegaan, gelet op artikel 10:41 Awb;
- artikel 28 van de Wgr zal worden aangepast in die zin dat de geschillen over gemeenschappelijke regelingen tussen de daarin genoemde bestuursorganen in (administratief) beroep worden beslecht door Gedeputeerde Staten, waarna beroep openstaat op de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State. Gemeenschappelijke regelingen waarbij een provinciaal bestuur is betrokken worden beslecht door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, waarna eveneens beroep openstaat op de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State.

³⁸ Zie bijvoorbeeld KB 20 augustus 1987, waarin de Kroon een bestuursgeschil beslechte tussen het Hoogheemraadschap van Rijnland en de Gemeente Velsen. Het Hoogheemraadschap wenste een aan de gemeente toebehorende rioolwaterzuiveringsinstallatie over te nemen. De Kroon achtte zichzelf bevoegd zowel op grond van artikel 136 als artikel 121 Grondwet.

³⁹ TK 1999-2000, 27 286, nr.1, p. 2.

⁴⁰ Beleidsbrief ADR TK 1999-2000, 26 352, nr. 19.

Colofon

Deze leidraad is opgesteld in opdracht van het Kenniscentrum PPS door mr G.C.W. Baron van der Feltz mevrouw mr M.G.J. Coymans (thans niet meer werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek) en mr J.F. van Nouhuys (De Brauw Blackstone Westbroek) in samenwerking met mr R. van der Horst en mr I. Benjert (beiden Kenniscentrum PPS). Alle intellectuele eigendomsrechten van deze leidraad behoren toe aan het Ministerie van Financiën. Deze leidraad mag niet zonder toestemming van het Kenniscentrum PPS verveelvoudigd worden. Aan de inhoud van deze leidraad kunnen geen rechten worden ontleend. Het Kenniscentrum PPS is niet aansprakelijk voor drukfouten en/of onvolledigheden in de tekst

Ministerie van Financiën
Kenniscentrum PPS
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

gewijzigd januari 2005