Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Aan de gemeenteraden en de colleges van burgemeester en wethouders

gemeente [gD] Doetinchem
Afd. Kopie Griffie
- 3 FEB. 2016
Documentnummer:
Zaaknummer:
Rappel week:

DG Bestuur en Koninkrijksrelaties
Directie Bestuur, Democratie en Financiën
Postbus 20011
2500EA Den Haag
www.rijksoverheid.nl/bzk
www.facebook.com/minbzk
www.twitter.com/minbzk

Kenmerk
2016-0000010274

Uw kenmerk

Datum 27 januari 2016

Betreft handreiking verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden

Gemeenten maken op ruime schaal gebruik van de mogelijkheid om publieke taken via een privaatrechtelijke rechtsvorm uit te voeren. Artikel 160, tweede lid, Gemeentewet geeft de voorkeur aan publiekrechtelijke rechtsvormen voor de behartiging van publieke belangen. Het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen is slechts toegestaan indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Met de recente wijziging van de Gemeentewet (Stb. 2015, 426) is deze zogenaamde voorkeursnorm als uitgangspunt herbevestigd.

Zoals aangekondigd in de circulaire van 9 december jl. inzake wijzigingen in de Gemeentewet is een handreiking getiteld "*verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden, een afwegingskader voor publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*" ontwikkeld. Voor zowel de raad als het college is een exemplaar van deze handreiking bij deze brief gevoegd.

Beoogd wordt met deze handreiking gemeenten te ondersteunen bij het maken van een onderbouwde keuze tussen publiek- en privaatrechtelijke regeling van publieke taken en de afweging daarbij van alle relevante aspecten. Het college neemt hierover geen besluit dan nadat de raad een ontwerpbesluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld wensen en bedenkingen kenbaar te maken. De verplichte goedkeuring van het definitieve besluit door gedeputeerde staten is met de inwerkingtreding van voornoemde wetswijziging per 1 februari 2016 komen te vervallen.

Datum
27 januari 2016

Kenmerk
2016-0000010274

De handreiking is ook digitaal te vinden via de volgende link: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2015/12/01/handreiking-verzelfstandiging-en-samenwerking-bij-decentrale-overheden. Indien gewenst kunt u een extra exemplaar bestellen bij het ministerie van BZK door een mail te sturen naar postbusgemeentewet@minbzk.nl.

Hoogachtend,

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
Namens deze,

T. Livius
Directeur Bestuur, Democratie en Financiën

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden

Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving

mr. R.J.M.H. de Greef, prof. mr. S.E. Zijlstra en mr. F.H.K. Theissen

Auteurs

dhr. mr. R.J.M.H. (Rob) de Greef	-	Partner bij PROOF Adviseurs; docent staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit
dhr. prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra	-	Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht Vrije Universiteit
dhr. mr. F.H.K. (Florian) Theissen	-	Partner bij PROOF Adviseurs

Begeleidingscommissie

mevr. mr. M.G. (Margreeth) Hordijk *(voorzitter)*	-	Ministerie van BZK
dhr. H. (Henk) Bouwmans	-	Raadslid.NU
dhr. D. (David) Gutteling MA MSc	-	Ministerie van BZK
dhr. mr. A.P. (Alain) Krijnen	-	Ministerie van BZK
dhr. drs. R.W.M. (Ron) Nederpelt	-	Ministerie van BZK
mevr. mr. J.E. (Elly) Poldervaart	-	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
mevr. O. (Oy-Len) Rigot MSc	-	Ministerie van BZK
mevr. mr. Y.C.C. (Yolanthe) Sinnige	-	Interprovinciaal Overleg
dhr. drs. J. (Jouke) Vis	-	Vereniging van Griffiers; Gemeente Sittard-Geleen

De auteurs en begeleidingscommissie bedanken verder voor hun input:

dhr. T. (Timothy) van Dijk	-	Gemeente Rotterdam
dhr. mr. A.P.E. (Evert) Jaquet	-	Gemeente Dordrecht / Drechtsteden
dhr. drs. V.J.C.M. (Vincent) Kruithof	-	Provincie Limburg
mevr. mr. L.H.P. (Louise) Martens	-	Gemeente Tholen
mevr. mr. drs. H. (Helma) Pol	-	Provincie Overijssel
dhr. mr. M.C. (Maarten) de Voogd	-	KokxDeVoogd

Voorwoord

Gemeenten en provincies maken op ruime schaal gebruik van de mogelijkheid om publieke taken via een privaatrechtelijke rechtsvorm uit te voeren. In de Gemeentewet en de Provinciewet gaat de voorkeur uit naar publiekrechtelijke rechtsvormen voor de behartiging van publieke belangen. Dit met het oog op de waarborgen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid. Als gemeenten of provincies gebruik willen maken van een privaatrechtelijke rechtsvorm, dan is dat alleen toegestaan "indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang" (artikel 160, tweede lid, Gemeentewet en artikel 158, tweede lid, Provinciewet).

Met de recente wijziging van de Gemeentewet en de Provinciewet (Stb. 2015, 426) is deze zogenaamde voorkeursnorm – als uitgangspunt – herbevestigd. Wat wel is veranderd is dat een besluit om privaatrechtelijke rechtsvormen op te richten niet langer goedkeuring behoeft van gedeputeerde staten indien het een gemeentelijk besluit betreft, respectievelijk de Minister van BZK indien het een provinciaal besluit betreft (artikel 160, derde lid, Gemeentewet en artikel 158, derde lid, Provinciewet). Volstaan kan worden met de reeds bestaande voorhangprocedure die inhoudt dat het College van B&W respectievelijk gedeputeerde staten geen besluit inzake het oprichten van een privaatrechtelijke rechtsvorm neemt dan nadat de raad respectievelijk provinciale staten in de gelegenheid is gesteld wensen en bedenkingen kenbaar te maken (artikel 160, tweede lid, Gemeentewet en artikel 158, tweede lid, Provinciewet).

Deze wijziging komt de autonomie van provincies en gemeenten ten goede en past in een tijd waarin verticaal toezicht zoveel mogelijk wordt beperkt. Om provincies en gemeenten te ondersteunen bij het maken van een keuze voor publiekrecht of privaatrecht is in opdracht van het ministerie van BZK deze handreiking ontwikkeld, in samenspraak met een begeleidingscommissie waarin VNG, IPO, Raadslid.nu en de Vereniging van Griffiers waren vertegenwoordigd. Deze handreiking beoogt gemeenten en provincies te ondersteunen bij het maken van een onderbouwde keuze tussen publiek- en privaatrechtelijke regeling van publieke taken en de afweging daarbij van alle relevante aspecten.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

dr. R.H.A. Plasterk

Inleiding

Achtergrond

Deze handreiking handelt over de keuze tussen publiek- of privaatrechtelijke organisatievormen, waar artikel 158 lid 2 Provinciewet en artikel 160 lid 2 Gemeentewet op zien. In toelichting 1 is de parlementaire geschiedenis weergegeven die ten grondslag ligt aan deze beide artikelen. De Waterschapswet kent geen met artikel 158 lid 2 Provinciewet of artikel 160 lid 2 Gemeentewet vergelijkbaar artikel, hetgeen onverlet laat dat de concepten die daaraan ten grondslag liggen wel toepasbaar zijn in de waterschapssector.

Op 24 november 2015 is de wet houdende wijziging van de Gemeentewet, de Provinciewet, de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en de Waterschapswet (institutionele bepalingen) in het Staatsblad gepubliceerd (Stb. 2015, 426). De wet treedt per 1 februari 2016 in werking. Gedeputeerde staten houden niet langer preventief toezicht op de besluiten van de colleges van burgemeester en wethouders om privaatrechtelijke organisatievormen op te richten en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties houdt niet langer preventief toezicht op de besluiten van gedeputeerde staten om privaatrechtelijke organisatievormen op te richten. Reden hiervoor is dat toezicht en verantwoording reeds goed geregeld zijn op het horizontale niveau.[1] Concreet betekent dit dat de raad 'toezicht' moet houden op het college van burgemeester en wethouders, terwijl provinciale staten 'toezicht' moeten houden op gedeputeerde staten. Dit is een uitwerking van de dualisering van het gemeentebestuur in 2002 en de dualisering van het provinciebestuur in 2003. Deze analogie gaat overigens niet geheel op voor de waterschapsbesturen. Deze waterschapsbesturen zijn immers niet gedualiseerd. Binnen het systeem van de Waterschapswet is het algemeen bestuur verantwoordelijk voor de oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke organisatievormen door het waterschap. Het algemeen bestuur houdt dus geen toezicht op het dagelijks bestuur, tenzij het algemeen bestuur zijn bevoegdheden heeft overgedragen aan het dagelijks bestuur. In de Waterschapswet was overigens geen preventief toezicht op dergelijke besluiten geregeld.

Deze handreiking heeft tot doel de gemeenteraad en provinciale staten te helpen bij dit horizontale toezicht. Het geeft de raad en provinciale staten enkele instrumenten in verschillende stappen om te bepalen of een publiek- of privaatrechtelijke organisatievorm meer aangewezen is. De handreiking is dus met name bedoeld om een keuze te maken tussen publiek- en privaatrechtelijke vormgeving van verzelfstandiging of vormen van samenwerking waarbij een zelfstandige organisatie wordt opgericht. De handreiking geeft daarbij een kort overzicht. De handreiking geeft geen antwoord op de vraag of en wanneer verzelfstandigd zou kunnen of moeten worden, dat is een politieke keuze die aan het samenspel tussen gemeenteraad en college is. Verder geeft de handreiking geen antwoord op de vraag hoe omgegaan kan worden met reeds bestaande verbonden partijen of het uittreden uit of de ontbinding van verbonden partijen. De handreiking vangt aan met de aanname dat er een politieke keuze voor verzelfstandiging is gemaakt en laat dan vervolgens zien hoe tot een verstandige keuze kan worden gekomen met betrekking tot de uitvoering van die verzelfstandiging. Het is aan democratisch gekozen organen om te bepalen wat precies het openbaar belang is, en dan is het aan de rechter om te bepalen of de betreffende overheid daarbij afdoende rekening heeft gehouden met de particuliere belangen.

Daarbij wordt rekening gehouden met de zogenoemde voorkeur voor publiekrecht, zoals die in artikel 158 lid 2 Provinciewet en artikel 160 lid 2 Gemeentewet is opgenomen. Ook het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten is daarbij van belang, voor zover het op zogenoemde verbonden partijen ziet. Tot slot spelen natuurlijk ook het bestuurlijke organisatierecht (Gemeentewet, Provinciewet, Wet gemeenschappelijke regelingen) en het private organisatierecht (Burgerlijk Wetboek, Wetboek van Koophandel) een belangrijke rol. Op andere aspecten als aanbestedingsrecht en fiscaal recht (btw en vennootschapsbelasting) zal niet worden ingegaan. Ook zal niet worden ingegaan op allerlei vormen van netwerksamenwerking, zoals centrumregelingen, dienstverleningsovereenkomsten en convenanten. Artikel 158 lid 2 Provinciewet en

[1] Kamerstukken II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 14.

artikel 160 lid 2 Gemeentewet zien immers niet op deze rechtsvormen. De keuze tussen publiek- en privaatrechtelijke vormen wordt daar dus niet beheerst door deze wettelijke normering, maar door de zogenoemde doorkruisingsleer.[2]

Belangrijk nog is om op te merken dat de voorkeur voor publiekrecht niet alleen geldt ten aanzien van de keuze voor bestuurlijke samenwerking, de meerzijdige verzelfstandiging, waarbij de modellen uit het privaatrecht kunnen worden afgezet tegen modellen uit de Wet gemeenschappelijke regelingen, maar dat deze ook gelden voor eenzijdige verzelfstandiging: wanneer één gemeente of één provincie voor verzelfstandiging kiest. In dat geval moeten privaatrechtelijke organisatievormen worden afgezet tegen bestuurscommissies, de zelfstandige bestuursorganen op provinciaal of gemeentelijk niveau.

Stappenplan en leeswijzer

Om de raad en provinciale staten te helpen, worden in deze handreiking enkele stappen gezet. Deze stappen worden in de hoofdtekst kort toegelicht. Voor degenen die meer toelichting willen op de (juridische) onderbouwing van deze teksten, wordt verwezen naar verschillende toelichtingen.

Deze handreiking redeneert langs de trits: belang, taak en bevoegdheid. Hiervoor is gekozen omdat deze trits bij de verschillende organisatievormen ook daadwerkelijk voorkomt. En het is met name de type taak en de eventueel bijbehorende bevoegdheid die bepaalt of privaatrechtelijke vormen überhaupt tot de mogelijkheden behoren, of dat publiekrechtelijke vormen juist niet voor de hand liggen.

De eerste drie stappen zien op de trits en de wijze van uitoefening. Deze stappen zijn nog algemener van aard en zien niet specifiek op verzelfstandiging.

Stap 1: Belang
Stap 2: Taak en bevoegdheid
Stap 3: Taakbehartiging

Vanaf dit punt gaat de handreiking toespitsen op de verzelfstandiging, dat is immers waar artikel 158 lid 2 Provinciewet en artikel 160 lid 2 Gemeentewet op zien. Daarbij komen de volgende stappen aan de orde:

Stap 4: Organisatie- en rechtsvormen
Stap 5: Bestuurlijk belang
Stap 6: Financieel belang

De stappen geven een balans tussen de hoofdlijnen en een eerste verdieping. Voor de personen die nog meer verdieping of onderbouwing willen, wordt verwezen naar de verschillende toelichtingen waarin (juridische) vraagstukken nader zijn uitgewerkt.

[2] Zie hieromtrent A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief*, VNG: Den Haag 2010.

Samenvatting

In deze handreiking wordt in zes stappen beschreven hoe decentrale overheden tot een keuze voor een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsvorm kunnen komen. Deze samenvatting is in het bijzonder bedoeld voor raadsleden, statenleden, wethouders, gedeputeerden, burgemeesters en commissarissen van de Koning die geconfronteerd worden met vraagstukken rond de keuze tussen publiek- en privaatrecht.

Stap 1: Belang

De eerste stap is bepalen of er een openbaar belang, een publiek belang is bij de uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden. Het college en de gemeenteraad zouden duidelijk moeten krijgen welk openbaar belang gediend is met de taakuitoefening. Het concreet omschrijven van dit belang maakt het toetsbaar of er:

(1) ook daadwerkelijk een openbaar belang is en

(2) of na verloop van tijd het openbaar belang nog steeds aanwezig is.

Daarmee wordt voor raads- en collegeleden inzichtelijk gemaakt waarom een organisatie in het leven is geroepen, zodat het organisatiebelang van de nieuwe organisatie niet het enige belang is waarom een verbonden partij blijft bestaan.

Stap 2: Taak en bevoegdheid

Het doel van stap 2 is zo concreet mogelijk te krijgen wat de beoogde taakbehartiging behelst. Gaat het om doe-taken, meer uitvoeringsgerichte taken of juist om zwaardere publiekrechtelijke bevoegdheden. In dat laatste geval zijn mogelijkheden voor verzelfstandiging beperkter dan in het eerste geval. Het benoemen en concretiseren van de taken moet de raad en het college van burgemeester en wethouders ook helpen bij het controleren van de taakbehartiging. Een concrete omschrijving kan voorkomen dat de uitvoerder van taken en bevoegdheden op eigen houtje extra taken aan zich trekt, of meer gaat doen dan het gemeentebestuur zou willen.

Stap 3: Taakbehartiging en uitvoering

In stap 3 wordt een keuze gemaakt op welke wijze een taak moet worden uitgevoerd. Vaak wordt direct naar de keuze voor verzelfstandiging gegaan, maar verzelfstandiging is slechts één van de opties. Er zijn ook alternatieven. Zo kan een taak ook binnen de eigen organisatie worden uitgevoerd, of worden uitbesteed aan een marktpartij of mogelijk aan een andere (buur)gemeente. In deze keuze is het goed om vast te leggen waarom verzelfstandigd wordt, wat de voordelen zijn ten opzichte van andere uitvoeringsvormen. Op die manier kan tijdens evaluatiemomenten bekeken worden of de criteria die tot verzelfstandiging hebben geleid nog steeds gelden.

De raad en het college moeten er op letten dat de gemeentelijke belangen ook daadwerkelijk gediend worden met de gekozen uitvoeringsvorm.

Stap 4: Organisatie- en rechtsvormen

Als gekozen is voor verzelfstandiging, dan zal in stap 4 de keuze tussen enerzijds de organisatievormen en anderzijds de rechtsvorm gemaakt moeten worden. Eerst moet gekozen worden of de verzelfstandiging eenzijdig plaatsvindt (zoals het gemeentelijk museum of het gemeentelijke zwembad) of juist gezamenlijk plaatsvindt in de vorm van een bestuurlijke of publiek-private samenwerking.

Stap 5: Bestuurlijk belang

Deze stap handelt over de zeggenschap van het gemeentebestuur. Is verzelfstandiging beoogd, dan kan het zijn dat het gemeentebestuur op afstand wil staan van de taakuitvoering. Dat betekent echter ook dat het gemeentebestuur niet of nauwelijks zeggenschap heeft wanneer er iets misgaat in de uitvoering. Dan kan hoogstens via contractuele lijnen worden gestuurd, zodat nakoming of schadevergoeding kan worden gevorderd. Indien het gemeentebestuur echter toch zeggenschap wil houden dan kan dit op grofweg drie manieren.

1. Allereerst kan het gemeentebestuur via stemrecht in een eigenaarsvergadering (algemene vergadering of algemeen bestuur) invloed uitoefenen. Dan moeten belangrijke en strategische beslissingen natuurlijk wel door deze eigenaarsvergadering worden genomen of in elk geval worden goedgekeurd, anders heeft de eigenaarsvergadering alleen een controlerecht en controleren raad en college de controleur. Dat is wat indirecte controle of controle op afstand wordt genoemd.

2. Het is ook mogelijk dat het gemeentebestuur zitting neemt in het bestuur van de verbonden partij (bestuur, raad van bestuur, dagelijks bestuur). In het orgaan dat verantwoordelijk is voor uitvoering van taken kan dan invloed worden uitgeoefend. Probleem is echter wel dat bij besluitvorming in het bestuur altijd het belang van de verbonden partij voorop moet worden gesteld, dat moet dus boven het gemeentebelang worden gesteld. Bij privaatrechtelijke verbonden partijen (naamloze vennootschap, besloten vennootschap, coöperatie, stichting) moet een bestuurder zich zelfs van besluitvorming onthouden indien sprake is van een tegenstrijdig belang. Dit geldt ook voor een commissaris of toezichthouder. Ook deze dient zich te onthouden van besluitvorming bij belangenverstrengeling en moet altijd handelen in het belang van de verbonden partij.

3. Tot slot kan zeggenschap ook worden gecreëerd door bepaalde besluiten voor te behouden aan het gemeentebestuur, of door sommige besluiten aan goedkeuring van het gemeentebestuur te onderwerpen (dat kan uitsluitend bij stichtingen).In deze stap moet het gemeentebestuur definiëren of en in welke mate zeggenschap is gewenst en hoe deze zeggenschap wordt vormgegeven. Het op afstand plaatsen heeft consequenties voor zeggenschap die vooraf inzichtelijk moeten zijn zodat een zorgvuldige keuze kan worden gemaakt. Daarnaast moet bekeken worden welke reparaties gepleegd moeten worden op de zeggenschap, zoals informatie-instrumenten om te voorkomen dat het gemeentebestuur en de verbonden partij los van elkaar komen staan.

Stap 6: Financieel belang

Het BBV definieert financieel belang als een aan de verbonden partij ter beschikking gesteld bedrag waarvoor geldt:

1. dat dit niet verhaalbaar is indien de verbonden partij failliet gaat; of

2. waarvoor aansprakelijkheid bestaat indien de verbonden partij haar verplichtingen (jegens derden) niet nakomt.

Financieel belang zoals hier bedoeld kan ontstaan op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen, bij vennootschappen via het aandeelhouderschap of via garanties. Niet tot financieel belang leidt de bekostiging van activiteiten. Ook bij partijen die niet als verbonden partijen kwalificeren kan bekostiging van activiteiten plaatsvinden. Hiervoor bestaan drie mogelijkheden (direct) via de begroting (van gemeente/provincie en vervolgens de verbonden partij), via subsidie of via overeenkomst van opdracht.

Relevant is ook welke afspraken en voorwaarden gelden bij beëindiging van de financieringsrelatie.

Voor de financiële relatie met een verbonden partij zijn de volgende aspecten van belang:

- Financiële dekking voor de door het verzelfstandigde onderdeel uit te voeren activiteiten;
- kapitaalstructuur van het verzelfstandigde onderdeel (balansfinanciering door middel van eigen vermogen en vreemd vermogen);
- liquiditeitspositie (zodat een verzelfstandigd organisatieonderdeel zelf in staat is om lopende rekeningen te kunnen voldoen);
- afspraken en verplichtingen bij beëindiging van de financieringsrelatie;
- inventarisatie van mogelijke financiële en juridische risico's bij de financiering;
- voorwaarden voorvloeiende uit (Europees) recht inzake staatssteun, aanbestedingsrecht en markt en overheid;
- fiscale voorwaarden en consequenties van de financieringsrelatie;
- dekking in de eigen begroting en financiële huishouding van alle financiële verplichtingen.

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht bij rechtsvorm en vormgeving van de financieringsrelatie is slechts zeer beperkt relevant voor het financieel belang. De hiervoor genoemde aspecten gelden zowel bij publiekrecht als bij privaatrecht.

Stap 1: Belang

1.1 Waarom het belang belangrijk is

Artikel 158 lid 2 Provinciewet en artikel 160 lid 2 Gemeentewet beginnen te redeneren bij het "openbaar belang". Privaatrechtelijke taakbehartiging kan plaatsvinden voor daarmee te dienen openbare belangen.

Artikel 158 lid 2 Provinciewet
Gedeputeerde staten besluiten 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**. [...]

Artikel 160 lid 2 Gemeentewet
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**. [...]

Als er geen sprake is van een openbaar belang, dan kan zodoende niet worden overgegaan tot oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke organisatievorm. In die zin kan dus ook niet verder worden gegaan in dit stappenschema, noch met de verzelfstandiging. Het is dus cruciaal dat het college van burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten, wanneer beslist wordt over eventuele verzelfstandiging via het privaatrecht, in het samenspel met gemeenteraad onderscheidenlijk provinciale staten helder krijgen wat nu precies het openbare belang is dat met de verzelfstandiging wordt gediend.

Ook bij publiekrechtelijke organisatievormen is het noodzakelijk in te gaan op het belang. Zo kunnen commissies van oudsher worden ingesteld met het oog op de behartiging van "bepaalde belangen", of "belangen van een deel van de gemeente'. Dit is het onderscheid tussen functionele en territoriale bestuurscommissies. De oude gemeentewet bepaalde dit expliciet (zie ook toelichting 4):

Artikel 61 lid 1 gemeentewet-oud
De raad kan commissies instellen
a. met het oog op de behartiging van **bepaalde belangen**;
b. met het oog op de behartiging van de **belangen van een deel van de gemeente** hetwelk daarvoor hetzij door zijn ligging, hetzij door zijn karakter in aanmerking komt.

Bij de invoering van de nieuwe Gemeentewet en Provinciewet in 1994 is dit onderscheid niet expliciet teruggekomen, maar uit de parlementaire geschiedenis is op te maken dat het onderscheid nog steeds geldt (zie toelichting 4).

Ook voor de publiekrechtelijke samenwerkingsvormen, de gemeenschappelijke regelingen, geldt dat zij uitsluitend getroffen kunnen worden "ter behartiging van een of meer bepaalde belangen van die gemeenten" (art. 1 lid 1 Wgr). Dat belang of die belangen moet(en) vervolgens in de gemeenschappelijke regeling worden opgenomen (art. 10 lid 1 Wgr).

Artikel 1 lid 1 Wgr
De raden, de colleges van burgemeester en wethouders en de burgemeesters van twee of meer gemeenten kunnen afzonderlijk of te zamen, ieder voor zover zij voor de eigen gemeente bevoegd zijn, een gemeenschappelijke regeling treffen ter behartiging van **een of meer bepaalde belangen van die gemeenten**.

Het is dus belangrijk te onderscheiden wat het belang is, simpelweg omdat het voor zoveel regelingen nodig is.

Het belang speelt ook na oprichting een rol. De term openbaar belang komt namelijk ook terug in artikel 15 lid 2 onder b BBV.[3] In de paragraaf verbonden partijen moet ten minste worden opgenomen wat het openbaar belang is dat met de betreffende verbonden partij wordt behartigd. Op die manier kan van jaar tot jaar bekeken worden of en hoe het openbaar belang nog behartigd wordt.

Artikel 15 lid 2 aanhef en onder b BBV
In de lijst van verbonden partijen wordt ten minste de volgende informatie opgenomen: [...]
het **openbaar belang** dat op deze wijze behartigd wordt;

1.2 Wat is het belang?

De vraag rijst echter wat met het belang bedoeld wordt. Zijn termen als "belangen van die gemeenten", "openbaar belang" of "belangen van een deel van de gemeente" zo maar het zelfde? En hoe verhouden deze begrippen zich tot het "algemeen belang" zoals dat geldt in het kader van toezicht (vgl. bijv. art. 1 lid 2 Wgr)?

Het openbaar belang moet geduid worden als het gemeentelijk belang. De regering omschreef bij de totstandkoming van de Gemeentewet de autonomie van de gemeente "als de vrijheid van autonome bestuursorganen de behartiging ter hand te nemen van elk openbaar belang [...]".[4] Het is dus aan het gemeentebestuur te bepalen wat een openbaar belang is, voor zover de hogere regelgever dat niet reeds bepaald heeft voor medebewindstaken. Het openbaar belang zou dus omschreven kunnen worden als die belangen waarvan de behartiging door een overheid aan zich wordt getrokken of welke aan een overheidslichaam wordt opgedragen. Dit sluit aan bij hoe de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het publieke belang duidt: "Er is eerst sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt."[5]

Het openbaar belang komt overeen met het algemeen belang, een toetsingsgrond voor (inter)bestuurlijk toezicht: dat betekent dat er geen sprake is van één particulier belang, een "eigen belang", maar juist sprake is van een belang dat de individuele belangen overstijgt. Het particuliere belang kan ook een collectief of maatschappelijk belang zijn als het om meerdere particulieren gaat, maar dat maakt het nog geen openbaar belang. Het is aan democratisch gekozen organen om te bepalen wat precies het openbaar belang is, en dan is het aan de rechter om te bepalen of de betreffende overheid daarbij afdoende rekening heeft gehouden met de particuliere belangen. De zorgvuldige belangenafweging is immers een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:4 lid 1 Awb). De particuliere belangen mogen niet onevenredig geschaad worden (art. 3:4 lid 2 Awb).

[3] Dit artikel is per 1 januari 2013 gewijzigd, het Waterschapsbesluit dat handelt over verbonden partijen van waterschappen is niet dienovereenkomstig gewijzigd.
[4] *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 12.
[5] WRR, *Het borgen van publiek belang*, WRR: Den Haag 2000, p. 20.

1.3 Uitkomst stap 1

Uit stap 1 moet dus komen om welk openbaar belang of welke openbare belangen het gaat die de gemeentelijke of provinciale overheid behartigd. Er moet dus of door de wetgever een belang aan de gemeenten of provincies zijn opgedragen (medebewind), of door de betreffende overheden een belang aan zich zijn getrokken (autonomie). In de volgende stap moet dan bekeken worden welke taken en bevoegdheden daarbij horen.

Stap 2:
Taak en bevoegdheid

Wanneer het openbaar belang is bepaald, welke door de overheid aan zich is getrokken, dan zegt dat nog niets over de taken die daadwerkelijk moeten worden uitgevoerd. Ook is daarmee nog niets gezegd over de wijze van uitvoering. In stap 2 worden de verschillende taken en bevoegdheden geduid. In de volgende stap wordt dan bekeken hoe de taken en bevoegdheden worden uitgevoerd, anders gezegd: hoe het openbaar belang wordt behartigd.

2.1 Doe-taken en bevoegdheden

Indien een overheid een belang aan zich trekt, of wanneer een belang aan een overheid wordt opgedragen, dan volgt daarbij meestal ook een taakopdracht. Gemeenten moeten dan bepaalde acties verrichten of bepaalde regelgeving tot stand brengen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen zogenoemde doe-taken (zoals o.a. beleidsvoorbereiding en uitvoeringstaken) en bevoegdheden (zoals o.a. beleidsvaststelling en uitvoeringsbevoegdheden). In het uitklapschema wordt dit schematisch weergegeven.

2.2 Doe-taken

Bij doe-taken gaat het met name om allerlei taken die een overheidslichaam verricht vooral omdat het ook een organisatie is. Zo kan het bijvoorbeeld gaan om personeelsadministratie of de huisvesting (ook wel piofach-taken genoemd). Voor die taken zijn geen bevoegdheden nodig, er worden met name feitelijke handelingen verricht (de administratie, uitbetaling e.d.), maar mogelijk worden er ook privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht zoals het afsluiten van inkoopcontracten, huur- of koopovereenkomsten. Dit zijn alle handeling die ook iedere particuliere organisatie in beginsel verricht of kan verrichten. Het gaat anders gezegd om ondersteunende of meer bedrijfsvoering gerichte taken.

De hierboven beschreven doe-taken zijn zelf geen taken die van openbaar belang zijn, het zijn immers taken die iedere organisatie heeft. Toch kan het wel in het openbaar belang zijn om deze doe-taken op een andere wijze uit te voeren. Ze zijn immers nodig om echte publieke taken te kunnen uitvoeren. Zonder deze ondersteunende processen kan de overheid zijn taken niet volbrengen, noch het openbaar belang dienen. Het openbaar belang zit hem bij deze doe-taken dan ook niet in de taak zelf, maar in het belang dat ondersteunende processen op orde zijn om de publieke taken en bevoegdheden goed te kunnen uitvoeren.

Het kan bij doe-taken ook gaan om onderhoud of beheer van eigendommen van de overheidsorganisatie of zelfs het beheer van de openbare ruimte. Ook daarbij komen in beginsel geen bevoegdheden kijken, maar er worden met name feitelijke handelingen verricht. Soms zullen ook (privaatrechtelijke) overeenkomsten worden gesloten.

Doe-taken kunnen dus in beginsel door een ieder worden verricht, slechts wanneer een overheid deze aan zich heeft getrokken vallen ze onder het openbaar belang. In dat geval is het aan de overheid te bepalen hoe de doe-taken worden uitgevoerd. Zie daaromtrent stap 3.

2.3 Publieke taken

Naast doe-taken zijn er de publieke taken: de taken waar overheidsbevoegdheden bij komen kijken. De taken waarbij een bestuursorgaan eenzijdig kan ingrijpen en dat rechtsgevolgen heeft voor derden. In dat geval spreken we van publiekrechtelijke rechtshandelingen, waarvan de meest voorkomende variant het besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb is: de schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Het kan dan zowel gaan om algemeen verbindende voorschriften ("de verordenende bevoegdheid"), beleidsregels en om allerlei beschikkingsbevoegdheden. Voor deze publieke taken moet altijd een grondslag bestaan in een wettelijk voorschrift (zie toelichting 2), terwijl dat voor de doe-taken nu juist niet het geval is.

Publieke taken worden altijd uitgevoerd door bestuursorganen. Organen van publiekrechtelijke rechtspersonen zijn immers altijd bestuursorganen (art. 1:1 lid 1 onder a Awb), terwijl overige personen en colleges eveneens bestuursorgaan zijn voor zover zij openbaar gezag uitoefenen (art. 1:1 lid 1 onder b Awb). Daarvan is sprake wanneer aan hen overheidstaken en de daarbij behorende bevoegdheden zijn opgedragen.[5] Om die reden wordt ook wel gesproken van de publieke-taak-jurisprudentie waarbij bepaald wordt of dergelijke personen of colleges bestuursorgaan zijn of niet.

Publieke taken kan een bestuursorgaan in beginsel alleen krijgen via attributie of delegatie (zie toelichting 2). Wanneer sprake is van publieke taken, wil dat niet zeggen dat er niet ook sprake kan zijn van doe-taken. Vaak zijn feitelijke handelingen nodig om de publieke taak uit te kunnen voeren. In dat geval doet toch opgeld voor wat voor publieke taken geldt.

2.4 Uitkomst stap 2

Uit stap 2 moet naar voren komen of het bij de uitoefening van het in stap 1 onderscheiden openbaar belang gaat om doe-taken of publieke taken. In het geval van publieke taken zijn er minder mogelijkheden voor taakbehartiging dan er zijn bij doe-taken. In de volgende stap wordt daarop nader ingegaan.

[5] Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 28.

Stap 3: Taakbehartiging en uitvoering

Uit stap 1 is naar voren gekomen welk openbaar belang een gemeente of provincie wil behartigen, en uit stap 2 komt naar voren of het daarbij gaat om doe- of publieke taken. Deze stap handelt over de wijze van taakbehartiging of uitvoering. Op de vraag waarom verzelfstandigd kan of moet worden, wordt niet nader ingegaan. Dat is een politieke keuze. Veel gehoorde argumenten zien op het willen hebben van sturing (en verantwoordelijkheid) op afstand. Daarmee kan het bestuur geprofessionaliseerd worden en uit directe politieke sturing worden gehaald. Voorts wordt vaak als argument gehoord het kunnen afscheiden van vermogen om zo aansprakelijkheden te beperken, maar ook om bijvoorbeeld andere financiële stromen aan te trekken dan alleen van de overheid zelf. En tot slot wordt nog vaak gehoord, met name in het kader van publiek-private samenwerking, dat de 'gelijkheid' met particuliere ondernemingen en instellingen beter kan worden vormgegeven als taken buiten de directe overheidssfeer worden uitgevoerd.

3.1 Taakbehartiging

Taken kunnen in beginsel op verschillende manieren worden uitgevoerd. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen autonome taken en medebewindstaken. Bij autonome taken kan een gemeente of provincie er voor kiezen een taak niet langer aan zich te trekken: het betreffende belang wordt niet langer als een algemeen belang gezien. De taak wordt als het ware teruggeven aan de maatschappij en kan daar al dan niet worden opgepakt. Dit is een vorm van privatisering: marktwerking of maatschappelijke instellingen gaan bepalen of behartiging van de taak nog wel aan de orde is. Bij medebewindstaken heeft de gemeente of provincie deze keuze niet: het is de wetgever die voorschrijft dat een bepaald belang en de daarbij behorende taken behartigd moeten worden.

Bij de taakbehartiging moet ook een onderscheid worden gemaakt tussen wie verantwoordelijk is en wie feitelijk uitvoert. Dat kan één en hetzelfde (bestuurs)orgaan zijn, maar dat hoeft niet. Zo kan het zijn dat een bevoegdheid wordt gemandateerd aan een ander. De mandaatgever blijft dan verantwoordelijk, maar voert de bevoegdheid feitelijk niet zelf uit (zie toelichting 2). Ook voor doe-taken geldt dit: wanneer een taak wordt uitbesteed, dan blijft de opdrachtgever (politiek) verantwoordelijk voor de taak die door een derde wordt uitgevoerd.

Hieronder volgen verschillende manieren waarop een taak kan worden uitgevoerd. Zie voor een schematisch overzicht het uitklapschema.

3.2 Zelf doen

De vraag rijst hoe de taak door het gemeente- of provinciebestuur moet worden uitgevoerd. De eerste en meest voor de hand liggende keuze is het zelf doen binnen de eigen ambtelijke organisatie. De overheid heeft het belang niet voor niets aan zich getrokken en vindt dus dat de taak op publieke wijze behartigd moet worden. De democratische legitimatie is helder: het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten zijn volledig politiek verantwoordelijk voor de uitvoering van de taak terwijl de raad onderscheidenlijk provinciale staten kaders kunnen stellen en controleren: zij kunnen democratisch sturen. De gemeente onderscheidenlijk de provincie zijn volledig aansprakelijk voor alles wat misgaat bij de uitvoering van de taak (art. 1:1 lid 4 Awb). Eventuele publieke taken worden door het verantwoordelijke bestuursorgaan zelf uitgeoefend, of althans namens hem uitgeoefend in mandaat. Van delegatie aan ambtenaren binnen de eigen organisatie kan geen sprake zijn (toelichting 2). Er kan dus slechts feitelijke uitvoering aan ambtenaren worden opgedragen, de verantwoordelijkheid blijft te allen tijde bij het bestuursorgaan.

3.3 Uitbesteden

Een taak kan ook worden uitbesteed. De traditionele vorm van uitbesteding is aan een marktpartij (ook wel inkoop genoemd), waarbij vaak een aanbesteding wordt uitgeschreven. Een bijzondere vorm van uitbesteding is de zogenoemde netwerksamenwerking. Daarbij wordt de taak uitbesteed aan een ander overheidslichaam. In beide gevallen fungeert de gemeente of provincie als opdrachtgever, en kan via die lijn sturen. Het opdrachtgevende overheidslichaam heeft de taak niet voor niets aan zich getrokken, en is zodoende volledig politiek verantwoordelijk. Ook kaderstelling en controle blijven volledig intact. De feitelijke uitvoering vindt echter niet door het overheidslichaam plaats, maar vindt in opdracht en onder verantwoordelijkheid van het overheidslichaam plaats door een derde waarop het overheidslichaam geen andere sturingsmogelijkheden heeft dan uitsluitend contractuele sturingsmogelijkheden ("opdrachtgeverschap").

De democratische legitimatie lijkt helder: het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten zijn volledig politiek verantwoordelijk voor de uitvoering van de taak. Die verantwoordelijkheid kan immers niet aan een marktpartij of andere gemeente worden overgedragen. Er kan dus slechts feitelijke uitvoering aan derden worden opgedragen, de verantwoordelijkheid blijft te allen tijde bij het college of gedeputeerde staten. Dat laat onverlet dat het feit dat feitelijke uitvoering buiten de directe invloedssfeer van het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten plaatsvindt wel beperkingen met zich meebrengt. Het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten zullen heldere contractuele afspraken moeten maken zodat zij volledig aan hun verantwoordelijkheid kunnen blijven voldoen. De raad kan dan volledig controleren en blijft ook gewoon kaderstellend. De gemeente blijft ook aansprakelijk voor gevolgen van rechtshandelingen die namens de gemeente plaatsvinden. Over eventuele schadevergoeding door de marktpartij of andere overheid kunnen contractuele afspraken worden gemaakt.

3.4 Verzelfstandigen

Een derde vorm van taakuitvoering is de verzelfstandiging. In dat geval wordt de uitvoering van taken op afstand geplaatst van de oorspronkelijk bevoegden, maar blijven deze oorspronkelijke bevoegdheden wel invloed houden op de uitoefening.

Verzelfstandiging kan op twee manieren plaatsvinden. De eerste variant is die waarbij een gemeente of provincie alleen zijn taken in een verzelfstandigde organisatie plaatst. De tweede variant is die waarbij de verzelfstandiging plaatsvindt in samenwerking met andere overheden of particulieren. In de volgende stap wordt nader op dit onderscheid ingegaan.

De democratische legitimatie is diffuus. Bij het overdragen van verantwoordelijkheden, de eigenlijke verzelfstandiging, zijn het college of gedeputeerde staten niet langer zelf volledig verantwoordelijk. De verantwoordelijkheid wordt gedeeld. De verzelfstandigde organisatie wordt zelf verantwoordelijk voor de uitvoering, het college of gedeputeerde staten zijn nog slechts verantwoordelijk voor het stellen van beleidsregels of voor de vraag waarom een taak niet teruggenomen wordt (zie toelichting 2). De aansprakelijkheid ligt dan ook bij de verzelfstandigde organisatie.

Overdracht van verantwoordelijkheid kan echter niet bij alle vormen van verzelfstandiging (zie stap 4). Wanneer gebruik wordt gemaakt van mandaat, dan blijven het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten volledig politiek verantwoordelijk voor de uitvoering van de taak. Er wordt dus slechts feitelijke uitvoering aan de verzelfstandige organisatie opgedragen, de verantwoordelijkheid blijft te allen tijde bij het college of gedeputeerde staten. Dat laat onverlet dat het feit dat feitelijke uitvoering buiten de directe invloedssfeer van het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten plaatsvindt wel beperkingen met zich meebrengt. Het college onderscheidenlijk gedeputeerde staten zullen heldere contractuele afspraken moeten maken zodat zij volledig aan hun verantwoordelijkheid kunnen blijven voldoen. De raad kan dan volledig controleren en blijft ook gewoon kaderstellend. De gemeente blijft ook aansprakelijk voor gevolgen van rechtshandelingen die namens de gemeente plaatsvinden. Over eventuele schadevergoeding door de verzelfstandige organisatie kunnen contractuele afspraken worden gemaakt.

3.5 Uitkomst stap 3

De uitkomst van stap 3 is dat een wijze van uitvoering van de taak wordt gekozen. Daarbij moet ook een keuze worden gemaakt of de verantwoordelijkheid bij de gemeente moet blijven, of dat ook deze bij een ander moet komen liggen. In dat laatste geval is sprake van verzelfstandiging. In de volgende stappen wordt nog uitsluitend op verzelfstandiging ingegaan. Hieronder volgt nog een schematische 'samenvatting' van deze stap.

	Zelf doen	Verzelfstandigen	Uitbesteden
Democratische controle	Volledige politieke verantwoordelijkheid	Beperkte politieke verantwoordelijkheid bij overdracht of attributie, bij mandatering volledige politieke verantwoordelijkheid	Volledige politieke verantwoordelijkheid
Democratische sturing	Vertegenwoordigend orgaan kan volledig sturen en controleren	Vertegenwoordigend orgaan kan beperkt sturen en controleren (overdracht), of volledig sturen en controleren (mandaat)	Vertegenwoordigend orgaan kan beperkt sturen maar volledig controleren
Bevoegdheidstoekenning	Doe-taken en bevoegdheden komen toe aan de gemeentelijke bestuursorganen en kunnen slechts in mandaat door ambtenaren worden uitgevoerd.	Doe-taken en bevoegdheden kunnen worden overgedragen aan de verzelfstandigde organisatie, mits het om publiekrechtelijke varianten gaat. Ook mandaat is mogelijk. Bij privaatrechtelijke varianten is alleen mandaat mogelijk	Doe-taken kunnen worden opgedragen aan een ander. Ook publieke taken kunnen in mandaat door de contractspartij worden uitgevoerd, in naam van het gemeente- of provinciebestuur dat de opdracht geeft.
Aanbestedingsrecht	Er geldt geen aanbestedingsplicht	Er geldt in beginsel een aanbestedingsplicht, mogelijk dat gebruik kan worden gemaakt van inbesteding	Er geldt in beginsel een aanbestedingsplicht, waarbij voor netwerksamenwerking soms een uitzondering kan worden gebruikt
Omzetbelasting	Er hoeft geen btw te worden betaald	In beginsel geldt een btw-plicht, waarbij de btw mogelijk gecompenseerd kan worden of gebruik kan worden gemaakt van een btw-koepelvrijstelling of kosten voor gemene rekening	In beginsel geldt een btw-plicht, waarbij de btw mogelijk gecompenseerd kan worden of gebruik kan worden gemaakt van kosten voor gemene rekening
Vennootschapsbelasting	In beginsel hoeft geen vpb te worden betaald als het om vrijgestelde taken gaat	In beginsel een vpb-plicht. Voor bestuurlijke samenwerking geldt in beginsel een vpb-vrijstelling, net als voor inbesteding.	De organisatie waaraan wordt uitbesteed kent waarschijnlijk een vpb-plicht. Deze rust echter niet op de opdrachtgever.

Stap 4: Organisatie- en rechtsvormen

Zodra het belang, de taken en bevoegdheden zijn geïnventariseerd en dat voor de wijze van taakbehartiging is gekozen voor verzelfstandiging, dan moet gekeken worden welke organisatie- en rechtsvorm het meest voor de hand liggen. Voordat tot de organisatie- en rechtsvorm gekomen kan worden moet echter eerst nog de wijze van de verzelfstandiging worden gekozen. Daarbij bestaan grofweg twee varianten: de eenzijdige verzelfstandiging en de samenwerking. Binnen de optie samenwerking bestaan twee subvarianten: de bestuurlijke samenwerking en de publiek-private samenwerking.

Onder verzelfstandiging in ruime zin wordt hier verstaan: het binnen het (semi-)publieke domein op afstand plaatsen van de uitvoering van publieke taken om deze te onttrekken aan de directe politieke verantwoordelijkheid.[7] Ook de inschakeling van private partijen bij die uitvoering wordt onder de verzelfstandiging geplaatst, zolang de overheid maar op afstand betrokken blijft.[8]

4.1 Eenzijdige verzelfstandiging

Van eenzijdige verzelfstandiging is sprake wanneer één gemeente of provincie overgaat tot verzelfstandiging. Er zijn dus geen andere publieke of private partijen betrokken bij de verzelfstandiging. Te denken valt bijvoorbeeld aan het gemeentelijk zwembad of het gemeentelijk sportcentrum, welke vaak in een stichting zijn ondergebracht.

De eenzijdige verzelfstandiging kan zowel via publiekrechtelijke weg als via privaatrechtelijke weg worden vormgegeven. Publiekrechtelijk bestaat de vorm van de bestuurscommissie, het decentrale alternatief van een zelfstandig bestuursorgaan. De bestuurscommissie is vrij qua vormgeving (zie toelichting 4), maar kent geen rechtspersoonlijkheid. De bestuurscommissie kan dus geen eigen personeel in dienst hebben of op eigen titel contracten aangaan (zie toelichting 2 en 3). Wel kan de bestuurscommissie gebruik maken van personeel dat formeel in dienst is van de gemeente, maar onder directe aansturing van de bestuurscommissie staat. Daarnaast kan de bestuurscommissie de mogelijkheid krijgen om, binnen de door de raad vastgestelde begroting, een eigen budgetbestedingsrecht te krijgen: de bestuurscommissie bepaalt zelf waaraan het beschikbaar gestelde geld wordt uitgegeven.

De publiekrechtelijke vormen van de Wet gemeenschappelijke regelingen kunnen niet gebruikt worden voor eenzijdige verzelfstandiging. Een gemeenschappelijke regeling kan immers uitsluitend getroffen worden door bestuursorganen van twee of meer gemeenten (art. 1 lid 1 Wgr), waardoor altijd sprake is van samenwerking.

De privaatrechtelijke vormen kunnen wel gebruikt worden. Daarbij geldt dat de contractuele samenwerkingsvormen als de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap niet gebruikt kunnen worden omdat dit vormen van samenwerking zijn: er zijn altijd ten minste twee partijen nodig. Hetzelfde geldt in beginsel voor de vereniging en de coöperatie, die bij meerzijdige rechtshandeling worden opgericht. Zij kunnen echter wel blijven voortbestaan met één lid, opheffing is pas aan de orde als er geen leden meer zijn (art. 2:19 lid 1 aanhef en onder d BW). Voor de vennootschappen geldt dat zij wel zijn vormgegeven als corporatieve rechtspersonen (de naam vennootschap impliceert ook dat er meerdere vennoten zijn), maar dat sinds 1987 niet meer vereist is dat vennootschappen bij meerzijdige rechtshandeling

[7] Vgl. WRR, *Het borgen van publiek belang*, WRR: Den Haag 2000, p. 25.

[8] Anders: WRR, *Het borgen van publiek belang*, WRR: Den Haag 2000, p. 25, waar dit als privatisering wordt geduid.

worden opgericht.[9] De stichting lijkt de meest aangewezen vorm voor (privaatrechtelijke) eenzijdige verzelfstandiging, althans wanneer afzonderlijke rechtspersoonlijkheid vereist is. Doel van de stichting is immers met een daartoe bestemd vermogen de in de statuten vermelde doelen te verwezenlijken (art. 2:285 lid 1 BW). Het vermogen wordt daarmee afgescheiden van de oprichtende provincie of gemeente. Naast de stichting kan ook een naamloze vennootschap of besloten vennootschap goed voor dit doel worden gebruikt.[10]

	BC	GOL	BO	GOR	Maatschap VOF CV	Vereniging / Coöperatie	NV of BV	Stichting
Eenzijdige oprichting	✔	✘	✘	✘	✘	✘	✔	✔
Enkelvoudig bestuur	✔	✘	✔	✔	✘	✘	✘	✔
Meervoudig bestuur	✘ [12]	✔	✘	✘	✔	✔	✔	✘ [11]
Rechtspersoonlijkheid	✘	✔	✔	✘	✘	✔	✔	✔

4.2 Samenwerking

Naast de enkelzijdige verzelfstandiging, bestaat ook de meervoudige verzelfstandiging: de samenwerking. In dat geval gaat niet een partij over tot verzelfstandiging, maar gaan meerdere partijen samen de verantwoordelijkheid dragen. Daarbij bestaan twee submodellen: de bestuurlijke samenwerking en de publiek-private samenwerking.

4.2.1 Bestuurlijke samenwerking

Bij bestuurlijke samenwerking gaan uitsluitend overheidslichamen met elkaar samenwerken. Zij richten samen een nieuwe organisatie op, waarop zij gezamenlijk toezicht uitoefenen. Hierbij valt aan een veelvoud van vormen te denken zoals veiligheidsregio's, regionale gezondheidsdiensten, omgevingsdiensten, belastingkantoren, sociale diensten, drinkwaterbedrijven, waterlaboratoria en werkvoorzieningschappen. Bij bestuurlijke samenwerking zal het altijd gaan om de behartiging van gemeenschappelijke openbare belangen. Daarom ligt samenwerking via de Wet gemeenschappelijke regelingen voor de hand, zeker omdat de voorkeur voor publiekrecht geldt (art. 158 lid 2 Provinciewet en art. 160 lid 2 Gemeentewet). De democratische legitimatie is daarbij reeds (formeel) gegeven, terwijl in het privaatrecht veel meer geregeld zal moeten worden in de statuten om dit te bereiken. Samenwerking via een bestuurscommissie is uitgesloten, omdat er geen mogelijkheid bestaat om intergemeentelijke bestuurscommissies in te stellen (zie toelichting 4). Indien rechtspersoonlijkheid vereist is, dan liggen het gemeenschappelijk openbaar lichaam of de bedrijfsvoeringsorganisatie voor de hand; wanneer rechtspersoonlijkheid niet vereist is, kan gebruik worden gemaakt van het gemeenschappelijk orgaan.

Wanneer toch gebruik wordt gemaakt van privaatrechtelijke mogelijkheden, dan geldt dat wanneer rechtspersoonlijkheid vereist is gebruik kan worden gemaakt van de vereniging, de coöperatie of de besloten of naamloze vennootschap. Wanneer geen rechtspersoonlijkheid vereist is, kan gebruik worden gemaakt van de maatschap, de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap (de "contractuele samenwerkingsvormen"). Deze laatste vormen kennen geen eigen organen, terwijl de rechtspersonen steeds ten minste een algemene vergadering en een bestuur kennen (zie toelichting 4). De stichting kan ook worden gebruikt wanneer rechtspersoonlijkheid vereist is, maar de stichting ligt minder voor de hand als

[9] Wet van 16 mei 1986, Stb. 1986, nr. 275. Zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 2.

[10] GOL staat voor gemeenschappelijk openbaar lichaam, GOR voor gemeenschappelijk orgaan, BO voor bedrijfsvoeringsorganisatie, NV voor naamloze vennootschap en BV voor besloten vennootschap.

[11] Meervoudig bestuur kan worden vormgegeven door structuur met algemeen bestuur en dagelijks bestuur.

[12] Meervoudig bestuur kan worden vormgegeven door structuur met algemeen bestuur en dagelijks bestuur, of door raad van toezicht in te voeren.

samenwerkingsvorm. De vorm is daar simpelweg niet op toegesneden met een ledenverbod.[13] Toch wordt de stichting wel degelijk gebruikt voor samenwerkingsdoeleinden.

Bij de volgende stappen wordt ingegaan op de bestuurlijke en financiële banden met de verschillende samenwerkingsvormen. Hier wordt nog opgemerkt dat ook het aanbestedingsrecht een rol speelt. Het bestuurlijke samenwerkingsverband mag niet te zelfstandig worden, indien de deelnemers aanbestedingsvrij van de diensten van het samenwerkingsverband gebruik willen maken.[14]

4.2.2 Publiek-private samenwerking

Naast de bestuurlijke samenwerking staat de publiek-private samenwerking. Daarbij zijn naast overheidslichamen ook private (particuliere) partijen betrokken. Dergelijke samenwerkingsvormen komen nog wel eens voor bij de exploitatie van bedrijventerreinen, stedelijke ontwikkeling of voor recreatiebeheer. Bij publiek-private samenwerking spelen naast de (gemeenschappelijke) openbare belangen ook altijd particuliere belangen, de belangen van de private deelnemers. Bij publiek-private samenwerking kan gebruik worden gemaakt van de mogelijkheden die de Wet gemeenschappelijke regelingen biedt. Via koninklijke machtiging kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen immers deelnemen aan de gemeenschappelijke regeling (art. 93 resp. art. 96 Wgr). Dat ligt echter niet voor de hand: enerzijds zullen particuliere partijen geen (politieke) verantwoordelijkheid willen dragen voor deze samenwerkingsvormen, noch zullen zij onbeperkt risicodragend willen zijn als er niet ook winstuitkering mogelijk is. Anderzijds zullen overheden, gelet op de politieke verantwoordelijkheid, de daadwerkelijke zeggenschap over publieke taken niet willen delen met private partijen. De aard van dergelijke publieke bevoegdheden zal zich daar vaak ook tegen verzetten. Bij publiek-private samenwerking ligt samenwerking met privaatrechtelijke mogelijkheden dan ook meer voor de hand dan bij bestuurlijke samenwerking. Via het privaatrecht kunnen immers de particuliere belangen beter worden behartigd. Het aanbestedingsrecht komt bij de selectie van de particuliere partners hoe dan ook om de hoek kijken, waarna gebruik kan worden gemaakt van de geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking.[15]

	BC	GOL	BO	GOR	Maatschap VOF CV	Vereniging / Coöperatie	NV of BV	Stichting
Eenzijdige oprichting	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Enkelvoudig bestuur	✓	✗	✓	✓	✗	✗	✗	✓
Meervoudig bestuur	✗ [17]	✓	✗	✗	✓	✓	✓	✗ [18]
Rechtspersoonlijkheid	✗	✓	✓	✗	✗	✓	✓	✓
Participatie private partijen	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

In de volgende stappen wordt nader ingegaan op de borging van het bestuurlijk en het financieel belang binnen zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke organisaties.

[13] Vgl. J.B. Huizing, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (derde druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 10-11 en 140-141.

[14] Om aanbestedingsvrij van het samenwerkingsverband te kunnen afnemen moeten de deelnemende gemeenten gezamenlijk toezicht uitoefenen en doorslaggevende invloed hebben op de belangrijkste beslissingen. Daarnaast moet het samenwerkingsverband ten minste 80% van zijn werkzaamheden voor de deelnemers verrichten en mogen geen particulieren in de samenwerking betrokken zijn (art. 12 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn).

[15] HvJ EU 15 oktober 2009, zaak C-196/08 (*Acoset SpA*). Bij de geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking kan een aanbestedende dienst een opdracht rechtstreeks gunnen aan een gemengde (publiek-private) vennootschap, die speciaal is opgericht voor de verlening van deze dienst aan de betrokken publieke partijen. In deze gemengde vennootschap mag dus een private partner deelnemen, die wel via een aanbestedingsprocedure gekozen moet worden. Daarbij moet getoetst worden op financiële, technische, operationele en beheersvereisten. De gemengde vennootschap moet voorts een enkel statutair doel hebben (zij mag dus geen andere taken hebben of krijgen). Ten slotte moet de aanbesteding voor een vaste termijn gelden.

[16] Meervoudig bestuur kan worden vormgegeven door structuur met algemeen bestuur en dagelijks bestuur.

[17] Meervoudig bestuur kan worden vormgegeven door structuur met algemeen bestuur en dagelijks bestuur, of door raad van toezicht in te voeren.

4.3 Uitkomst stap 4

Uit stap 4 moet naar voren komen welke organisatievorm gekozen gaat worden. Daarbij gaat het zowel om een keuze tussen (1) enkelzijdige verzelfstandiging, (2) bestuurlijke samenwerking en (3) publiek-private samenwerking als tussen publiek- of privaatrechtelijke rechtsvormen.

Stap 5

Stap 5: Bestuurlijk belang

Om van een verbonden partij van een gemeente of provincie te spreken, moet sprake zijn van een bestuurlijk belang én een financieel belang (art. 1 onder b BBV).[18] Het maakt daarbij niet uit of het om een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke vormgeving gaat. Indien sprake is van alleen een bestuurlijk belang, dan moet de organisatie terugkomen in een programma binnen de gemeentelijke begroting, terwijl organisaties waarbij uitsluitend sprake is van een financieel belang terug moeten komen in de paragraaf weerstandsvermogen.[19]

Op het financieel belang wordt onder stap 6 ingegaan, deze stap handelt over het bestuurlijk belang en hoe het gemeentebestuur zijn bestuurlijke belang goed kan borgen.

5.1 Wat is het bestuurlijk belang?

Het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten beschrijft zelf wat onder een bestuurlijk belang moet worden verstaan: het gemeentebestuur moet zeggenschap hebben.

> **Artikel 1 onder d BBV**
> bestuurlijk belang: zeggenschap, hetzij uit hoofde van vertegenwoordiging in het bestuur hetzij uit hoofde van stemrecht;

De zeggenschap kan op twee manieren tot stand komen, door (1) vertegenwoordiging in het bestuur of door (2) stemrecht.[20]

5.2 Stemrecht

5.2.1 Wat is stemrecht?

De vraag rijst wat onder stemrecht moet worden verstaan. Is dat bijvoorbeeld uitsluitend het stemrecht in een algemene vergadering van aandeelhouders of ook het stemrecht in het bestuur of een raad van commissarissen? De leden daarvan kunnen immers ook stemmen binnen de besluitvorming van die betreffende organen. Gelet op de definitie valt het stemmen in het bestuur niet onder stemrecht. Dat ligt ook voor de hand, het bestuur is immers een collegiaal orgaan waarin geen plaats is voor 'eigen belangen'. Hetzelfde geldt voor de raad van commissarissen of een raad van toezicht. Hieronder wordt daarop teruggekomen.

Het ligt voor de hand om hier aan te sluiten bij het stemrecht in 'vertegenwoordigende organen' (vgl. art. 2:13 BW). Daar hebben de leden immers stemrecht om hun 'eigen belangen' te dienen. Met uitzondering van de bestuurscommissie en de stichting hebben alle organisatievormen een 'vertegenwoordigend orgaan', een eigenaarsvergadering. Dit ligt ook voor de hand, want de stichting en bestuurscommissie zijn met name middelen voor eenzijdige verzelfstandiging en niet direct toegesneden op vormen van samenwerking, terwijl de overige organisatievormen nu juist specifiek bedoeld zijn voor samenwerking. Het zijn zogenoemde coöperatieve organisatievormen. Dat laat onverlet dat een stichting in de praktijk wel degelijk voor samenwerking wordt gebruikt, net als dat besloten en naamloze vennootschappen ook voor eenzijdige verzelfstandiging worden gebruikt (zie stap 4).

[18] Vgl. voor het waterschap art. 4.1 Waterschapsbesluit waar dezelfde definitie voor 'verbonden partij' en voor 'bestuurlijk belang' wordt gehanteerd. Wat in deze stap beschreven wordt is dus ook toepasbaar op het waterschap.
[19] Nota van toelichting BVV, Stb. 2003, 27, p. 38 en 48.
[20] Nota van toelichting BVV, Stb. 2003, 27, p. 48.

5.2.2 Waarvoor is het stemrecht?

In eerste instantie hebben de vormen alle een 'eigenaarsvergadering', de algemene vergadering (bij een vennootschap vaak nog algemene vergadering van aandeelhouders genoemd, bij een vereniging of coöperatie vaak algemene ledenvergadering genoemd). In de algemene vergadering hebben de leden respectievelijk de aandeelhouders zitting. De gemeente of provincie wordt daar als lid/aandeelhouder dus vertegenwoordigd, hij heeft daar stemrecht. De Hoge Raad heeft zich al eerder uitgelaten over de wijze waarop dit stemrecht mag worden uitgeoefend. Het stemrecht is *het* middel om het 'eigen' gemeentebelang naar voren te brengen binnen de verbonden partij. De Hoge Raad oordeelde in het *Wennex*-arrest:

> "dat toch den aandeelhouder eener N. V. in het hem verleende stemrecht niet een recht in het belang van anderen is toevertrouwd, doch een eigen recht is gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen; dat dit medebrengt, dat het den aandeelhouder – in overeenstemming met de vrijheid, die hij heeft om van zijn stemrecht in de algemeene vergadering naar goeddunken gebruik te maken, mits dit niet ontaardt in misbruik van recht – ook vrijstaat zich ten aanzien van de uitoefening van zijn stemrecht ter algemeene vergadering contractueel jegens anderen te binden, [...]"[21]

Het stemrecht van de aandeelhouder is dus een recht dat deze aandeelhouder naar eigen goeddunken kan uitoefenen, natuurlijk binnen de grenzen van de wet. In het *Melchers*-arrest en het *Aurora*-arrest werd dit criterium herhaald door de Hoge Raad.[22] Het recht om het eigen belang te behartigen is overigens niet absoluut, er moet rekening worden gehouden met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).

Analoog aan het stemrecht van de aandeelhouder heeft ook een lid stemrecht in de algemene (leden) vergadering van een vereniging of coöperatie. In de doctrine wordt aangenomen dat voor dat stemrecht hetzelfde geldt als voor het stemrecht van een aandeelhouder.

Ook bij publiekrechtelijke organisatievormen komt stemrecht voor. De leden van het algemeen bestuur van een openbaar lichaam hebben stemrecht, net als de leden van het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie of van een gemeenschappelijk orgaan. Deze organen zijn immers vertegenwoordigende organen: de leden vertegenwoordigen het bestuursorgaan dat hen heeft aangewezen en leggen aan dat orgaan verantwoording af (zie toelichting 4). Bij een raadsregeling of gemengde regeling is dat de vertegenwoordiging van de gemeenteraad.[23]

> "De aangewezen leden vertegenwoordigen dus de raad; [...]. Bij een juiste wijze van vertegenwoordigen zal degene die door de gemeente is aangewezen, de in de raad levende opvattingen over het voetlicht moeten brengen, óók als deze afwijken van zijn persoonlijke, politieke, opvatting. Het is uiteraard niet de bedoeling van de wetgever dat opvattingen van minderheden niet tot uitdrukking komen. Evenmin kan het zo zijn dat een vertegenwoordiger zijn eigen opvatting laat prevaleren boven de meerderheidsopvatting in de raad die hem heeft aangewezen."[24]

Bij een collegeregeling vertegenwoordigen deze organen het college van burgemeester en wethouders, waarbij het college natuurlijk verantwoording schuldig is aan de raad, waarbij de raad dus via politieke instrumenten alsnog kan sturen op het college en daarmee indirect ook op het samenwerkingsverband. De Wet gemeenschappelijke regelingen laat politieke fractievorming op regionaal niveau niet toe, hetgeen onverlet laat dat dit in sommige regio's toch wordt toegepast. Een motie in de Tweede Kamer om dit alsnog wettelijk mogelijk te maken, redde het niet. Het lid van het algemeen bestuur zal dus altijd het standpunt van

[21] HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (*Wennex*).
[22] HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Melchers*) resp. HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473, m.nt. H.B. (*Aurora*).
[23] Een raadsregeling is een regeling die uitsluitend getroffen is door gemeenteraden, terwijl een gemengde regeling bijvoorbeeld getroffen is tussen raden én colleges. Zie uitgebreider toelichting 4.
[24] *Kamerstukken I* 2004/05, 27 008 en 29 532, nr. E, p. 9.

zijn gemeenteraad respectievelijk college voor het voetlicht moeten brengen, daarover is hij ook verantwoording schuldig (zie toelichting 4).

Bij een besloten vennootschap, naamloze vennootschap, vereniging of coöperatie is dus in beginsel altijd sprake van stemrecht, en zodoende ook van een bestuurlijk belang. Dit is alleen anders wanneer sprake is van stemrechtloze aandelen (art. 2:228 lid 5 BW) of een vereniging waarbij gebruik wordt gemaakt van een afvaardigingsstructuur (art. 2:39 BW). In beide gevallen kan het zo zijn dat de gemeente *geen* stemrecht heeft. Bij een stichting bestaat een algemene vergadering, en kan dus formeel ook geen sprake zijn van stemrecht. Bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam, een bedrijfsvoeringsorganisatie of een gemeenschappelijk orgaan is in beginsel ook altijd sprake van een bestuurlijk belang: het gemeentebestuur heeft immers stemrecht. Dit is anders wanneer gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid dat niet iedere deelnemer leden van het algemeen bestuur van een openbaar lichaam, van het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie of van het gemeenschappelijk orgaan aanwijst (zie toelichting 4).

De algemene vergadering is dus het gremium waar de gemeente het beste zijn 'eigen belang' kan dienen. De algemene vergadering is echter ook het gremium waar alle belangen samenkomen en die de belangen moet wegen. De Hoge Raad:

> "dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, voorschrijvende dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon, in het geval waarin dat orgaan uit meer personen is samengesteld in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen;"[25]

De algemene vergadering controleert ook de andere organen, of althans: de andere organen moeten de algemene vergadering inlichtingen verschaffen (raad van commissarissen)[26] of zelfs verantwoording afleggen (bestuur).[27] Het inlichtingenrecht rust echter op de algemene vergadering als geheel, de individuele aandeelhouder heeft *geen* recht op inlichtingen.[28] De Hoge Raad:

> "Het oordeel van de OK [...] dat een individuele aandeelhouder, [...] recht hebben op de desbetreffende informatie geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat individuele aandeelhouders zowel binnen als buiten de algemene vergadering van aandeelhouders om geen recht hebben op (gedetailleerde) informatie met betrekking tot de gang van zaken binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In art. 2:107 lid 2 BW is bepaald dat het bestuur en de raad van commissarissen haar (= de algemene vergadering) alle verlangde inlichtingen verschaft (tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. [...]"[29]

[25] HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101, m.nt. D.J. Veegens (*Wijsmuller*).
[26] Zie HR 9 juli 2010, LJN BM0976 (*ASMI*).
[27] Zie art. 2:48, 2:107 lid 2 en art. 2:117 lid 2 BW voor het bestuur, resp. art. 2:57 lid 8, 2:107 lid 2 en 2:117 lid 2 BW voor de raad van commissarissen.
[28] Anders dus dan bij de Wet gemeenschappelijke regelingen, waar ieder individueel raadslid een informatierecht heeft (zie art. 16 t/m 19 Wgr) bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam, bedrijfsvoeringsorganisatie of gemeenschappelijk orgaan.
[29] HR 9 juli 2010, *LJN* BM0976 (*ASMI*).

De bestuurders en commissarissen hebben ook een raadgevende stem in de algemene vergadering, zo kunnen zij ook het belang van de rechtspersoon daar inbrengen.[30] De Hoge Raad, die dit oordeel van de rechtbank bevestigde:

> "Artikel 2:227 lid 4 BW bepaalt dat bestuurders als zodanig in de algemene vergaderingen een raadgevende stem hebben. De ratio van deze bepaling is dat bestuurders in de gelegenheid moeten worden gesteld van hun visie op een door de algemene vergadering voorgenomen besluit te doen blijken, opdat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden."[31]

5.3 Vertegenwoordiging in het bestuur

Naast een 'eigenaarsvergadering' hebben de privaatrechtelijke rechtspersonen alle een bestuur, ook de stichting. Dit bestuur is belast met het besturen en vertegenwoordigen van de rechtspersoon. Bij de publiekrechtelijke rechtsvormen heeft alleen het openbaar lichaam naast de eigenaarsvergadering ook een bestuur: het dagelijks bestuur. De bedrijfsvoeringsorganisatie en het gemeenschappelijk orgaan kennen geen apart bestuur.

De leden van het bestuur hebben zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. De bestuurders hebben zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming, zo bepalen artikel 2:129 lid 5 en artikel 2:239 lid 5 BW voor de besturen van vennootschappen sinds de invoering van de Wet bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.[32] Volgens de regering was dit een codificatie van hetgeen al werd aangenomen.[33] Voor verenigingen, coöperaties en stichtingen geldt een dergelijke wettelijke norm vooralsnog niet, al wordt ook daar in de doctrine aangenomen dat bestuurders zich naar het belang van de rechtspersoon hebben te richten. De regering is voornemens dit te verankeren in artikel 2:9 BW, zodat het voor alle rechtspersonen gaat gelden. Het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet hierin. Thans is slechts een ambtelijk consultatievoorstel bekend. Conclusie is wel dat een bestuurszetel er dus niet toe leidt dat gemeentelijke belangen goed behartigd worden. Sterker nog: bij tegenstrijdige belangen ("dubbele petten") moet de bestuurder zich van stemming onthouden. In dat geval kan het gemeentebestuur dus überhaupt geen invloed uitoenen.

Ook voor het dagelijks bestuur van een openbaar lichaam geldt dat het zich in beginsel richt naar de belangen van het openbaar lichaam. Het is immers een collegiaal bestuursorgaan, waarbij de bestuurders individueel en collegiaal verantwoordelijk zijn jegens het algemeen bestuur over al hetgeen het dagelijks bestuur heeft gedaan (art. 19a Wgr; zie toelichting 4).

> "De Wgr voorziet uitdrukkelijk niet in een verantwoordingsplicht en een terugroepingsrecht tussen de leden van het *dagelijks* bestuur van het openbaar lichaam als zodanig enerzijds en de deelnemende gemeentebesturen anderzijds. De leden van het dagelijks bestuur hebben geen enkele verantwoordingsrelatie met de gemeentebesturen die hen hebben aangewezen. Zij hebben dit alleen ten opzichte van het algemeen bestuur. Wel zijn zij, omdat zij tevens lid zijn van het algemeen bestuur, in alle opzichten verantwoording schuldig aan het bestuursorgaan van de gemeente dat hen heeft aangewezen en aan de raden."[34]

[30] Zie art. 2:38, 2:117 lid 4 en art. 2:227 lid 7 BW voor het bestuur resp. art. 2:57 lid 7, art. 2:117 lid 4 en art. 2:227 lid 7 BW voor de raad van commissarissen. Bestuurders hebben dit recht ook buiten de vergadering om.

[31] HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 (*Janssen Pers*). Zie ook HR 22 september 2009, *LJN* BK2001 (*Hay Group*) en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 84.

[32] Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, nr. 275.

[33] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10.

[34] *Kamerstukken II* 2012/13, 33 597, nr. 3, p. 16.

5.4 Vertegenwoordiging als commissaris of toezichthouder?

Naast de algemene vergadering en het bestuur kennen privaatrechtelijke rechtsvormen vaak ook toezichthouders in de vorm van een raad van toezicht of raad van commissarissen. Bij publiekrechtelijke vormen komt een dergelijk orgaan niet voor. Hoewel vaak wordt gedacht dat men via de benoeming van een commissaris in de raad van commissarissen zijn 'eigen' (gemeentelijk) belang kan dienen binnen de verbonden partij, is hiervan geenszins sprake. De Hoge Raad oordeelde reeds in 1949:

> "dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenende, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook;"[33]

Dit is later gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek. Zo bepaalt artikel 2:57 lid 2 BW dat de commissarissen bij een coöperatie zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Op eenzelfde wijze moeten de commissarissen bij een naamloze of besloten vennootschap zich richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:140 lid 2 resp. art. 2:250 lid 2 BW). De hierboven genoemde beoogde Wet bestuur en toezicht rechtspersonen breidt deze norm uit naar alle toezichthouders, ook bij stichtingen, verenigingen en coöperaties. Ook een zetel in een raad van toezicht of raad van commissarissen is daarmee niet een geëigend middel om gemeentelijke belangen te dienen. Het zitting nemen in een raad van commissarissen of raad van toezicht leidt er ook niet toe dat sprake is van een bestuurlijk belang: er is immers geen sprake van stemrecht, noch van vertegenwoordiging in het bestuur.

5.5 Uitkomst stap 5

Voor het bestuurlijk belang is belangrijk dat bij de oprichting van een verbonden partij gekeken wordt naar de zeggenschap die het gemeentebestuur, zowel raad als college, heeft bij de betreffende verbonden partij. Zit men uitsluitend in een algemene vergadering, of ook in een raad van commissarissen, raad van toezicht of zelfs het bestuur? Daarbij wordt op voorhand vaak gedacht dat een bestuurslidmaatschap of commissariaat juist zorgt voor meer invloed en zeggenschap van het gemeentebestuur, terwijl dat niet altijd aan de orde is. Bestuurders en commissarissen hebben immers primair het belang van de verbonden partij te dienen en kunnen over hetgeen zij als bestuurder of commissaris doen ook niet altijd verantwoording afleggen aan college of raad. Dat kan weer te maken hebben met de vertrouwelijkheid van de betreffende organen van de verbonden partij. Een bestuurder of commissaris mag ook niet medebesluiten indien sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling. In dat geval heeft het gemeentebestuur dus überhaupt geen invloed, wanneer in het bestuur of de raad van commissarissen besloten wordt. Het is voorts noodzakelijk te kijken welk orgaan over welke besluiten gaat. Door een algemene vergadering van aandeelhouders goedkeuringsrechten te geven ten aanzien van besluiten van het bestuur kunnen aandeelhouders meer invloed uitoefenen.

Ook bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam speelt dit. Een lid van het dagelijks bestuur legt geen verantwoording af aan raad of college, maar aan het algemeen bestuur. Het lid van het dagelijks bestuur is immers lid van een collegiaal bestuursorgaan, dat collegiaal verantwoordelijk is voor alles wat het dagelijks bestuur doet. De vergaderingen van het dagelijks bestuur zijn voorts besloten, wat betekent dat niet zomaar delen daarvan openbaar mogen worden gemaakt aan één raad of college. Dat zou de positie van de andere betrokken raden en colleges uithollen.

[33] HR 1 april 1949, NJ 1949, 465, m.nt. Ph.A.N.H (Doetinchemse IJzergieterij).

Voor stap 5 is het van belang dat duidelijk wordt geformuleerd:

- Op welke wijze het gemeentebestuur vertegenwoordigd is in de organen van de verbonden partij;
- Hoe de bevoegdheden zijn verdeeld tussen de verschillende organen binnen een verbonden partij;
- Welke besluiten aan goedkeuring van een algemene vergadering (of bij een stichting van het gemeentebestuur) worden onderworpen;
- Hoe om wordt gegaan met mogelijke belangenverstrengeling;
- Hoe de gemeenteraad respectievelijk het college van burgemeester en wethouders aan informatie kan komen over de verbonden partij, om zo zijn verantwoordelijkheden waar te kunnen maken.

Kortom: de mate van zeggenschap en verantwoordelijkheid wordt op voorhand vastgelegd.

Stap 6

Stap 6: Financieel belang

Om van een verbonden partij van een gemeente of provincie te spreken, moet sprake zijn van een bestuurlijk belang én een financieel belang (art. 1 onder b BBV).[36] Het maakt daarbij niet uit of het om een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke vormgeving gaat. Indien sprake is van alleen een bestuurlijk belang, dan moet de organisatie terugkomen in een programma binnen de gemeentelijke begroting, terwijl organisaties waarbij uitsluitend sprake is van een financieel belang terug moeten komen in de paragraaf weerstandsvermogen.[37]

Bij een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap waarin de gemeente aandelen houdt is dus in beginsel altijd sprake van een verbonden partij. Hetzelfde geldt in beginsel voor het gemeenschappelijk openbaar lichaam, de bedrijfsvoeringsorganisatie en het gemeenschappelijk orgaan. Een stichting of vereniging die jaarlijks een (exploitatie)subsidie krijgt, maar waarin geen andere financiële verplichtingen zitten met een juridische afdwingbaarheid voor derden is geen verbonden partij.[38]

Ten aanzien van financiering kan onderscheid worden gemaakt tussen de volgende aspecten:

- Financieringsinstrument/ titel voor de financiering;
- Aansprakelijkheid voor tekorten en het financieel belang;
- (Voorwaarden voor) Beëindiging van de financiering;
- Overige aspecten van financiering en betaling;

Randvoorwaarden volgen uit (Europees) markt en overheidsrecht (aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging) en fiscaal recht.

Voor de eerste drie geldt dat het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taakbehartiging relevant is. Voor alle overige aspecten is dit onderscheid niet van belang of in ieder geval niet bepalend. Immers deze aspecten zien meer op de methodiek en techniek van financiering en niet zozeer op de grondslagen en juridische voorwaarden. Derhalve zal op deze overige aspecten in dit hoofdstuk alleen op hoofdlijnen worden ingegaan.

Ook voor de randvoorwaarden die voortvloeien uit (Europees) markt en overheidsrecht (aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging) en fiscaal recht, geldt dat het verschil tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taakbehartiging slechts beperkt relevant is. Derhalve zullen deze aspecten in deze stap hier enkel worden benoemd en niet worden uitgewerkt.

Volledigheidshalve wijzen wij erop dat financiering altijd ziet op doe-activiteiten die al dan niet samenhangen of direct voortvloeien uit bevoegdheidsuitoefening. Immers het uitoefenen van een bevoegdheid als zodanig behelst geen kosten die gedekt hoeven te worden door financiering.

Deze stap is opgebouwd als volgt. In de eerste paragraaf wordt het financiële belang als zodanig en de aansprakelijkheid bij tekorten besproken. In de tweede paragraaf wordt ingegaan op financieringsinstrumenten voor publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verzelfstandiging. In de derde paragraaf komt de beëindiging van de financieringsrelatie aan de orde. In de vierde en vijfde paragraaf worden achtereenvolgend overige aspecten en randvoorwaarden besproken.

[36] Vgl. voor het waterschap art. 4.1 Waterschapsbesluit waar dezelfde definitie voor 'verbonden partij' en voor 'bestuurlijk belang' wordt gehanteerd. Wat in deze stap beschreven wordt is dus ook toepasbaar op het waterschap.

[37] Nota van toelichting BVV, Stb. 2003, 27, p. 38 en 48.

[38] Nota van toelichting BVV, Stb. 2003, 27, p. 48.

6.1 Aansprakelijkheid voor tekorten

In de vorige stap is reeds ingegaan op het bestuurlijk belang, hieronder wordt stilgestaan bij het financieel belang.

> **Artikel 1 onder c BBV**
> financieel belang: een aan de verbonden partij ter beschikking gesteld bedrag dat niet verhaalbaar is indien de verbonden partij failliet gaat onderscheidenlijk het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat indien de verbonden partij haar verplichtingen niet nakomt;

Van een financieel belang is grofweg sprake wanneer de gemeente of provincie middelen ter beschikking heeft gesteld die ze kwijt is in geval van faillissement van de organisatie, of wanneer financiële problemen bij de organisatie kunnen worden verhaald bij de provincie of gemeente.[39] Zowel gemeenten als provincies moeten over hun publieke en private verbonden partijen verantwoording afleggen in paragraaf verbonden partijen in begroting en jaarrekening.

Het financieren van een rechtspersoon via begroting, subsidie of overeenkomst van opdracht (zie volgende paragraaf) als zodanig leidt nog niet tot het financiële belang dat kenmerkend is voor een verbonden partij. Een overheid heeft dus slechts een financieel belang in een partij indien sprake is van een dergelijk niet verhaalbaar bedrag. Dit financiële belang kan op publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg tot stand komen. Besproken wordt achtereenvolgens financieel belang op basis van de Wgr, door aandelen en door privaatrechtelijke garantstelling.

6.1.1 De Wgr

Volgens de Circulaire aansprakelijkheid voor schulden van openbare lichamen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen[40] zijn de deelnemers aan een gemeenschappelijke regeling verplicht een daarbij opgericht openbaar lichaam van middelen te voorzien waardoor het de taken waartoe het is opgericht naar behoren kan vervullen. Daartoe behoren ook de financiële verplichtingen die het openbaar lichaam ter uitvoering van die taken is aangegaan. Daarnaast behoren tot de verplichte uitgaven van een openbaar lichaam evenals voor waterschappen de aflossing van schulden en renten en andere opeisbare schulden. De deelnemende rechtspersonen staan dus met andere woorden garant voor eventuele financiële tekorten van de verbonden partij, en zijn verplicht die eventuele tekorten te dekken.

6.1.2 Aandelen

De besloten vennootschap en de naamloze vennootschap zijn rechtspersonen met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. Bij de besloten vennootschap zijn aandelen niet vrij overdraagbaar, bij de naamloze vennootschap in beginsel wel.[41]

De aandeelhouder is niet (persoonlijk) aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort te voorzien in de verliezen van de vennootschap[42]. Dit wil zeggen dat een aandeelhouder, in geval van faillissement, in beginsel nooit meer kan kwijtraken dan de waarde van zijn aandelen.

Met het ingebrachte kapitaal staat de aandeelhouder wel garant, en voldoet daarmee aan de omschrijving van het BBV. Let wel, sinds de introductie van de zogenaamde flex-BV bestaan ook stemloze aandelen (art. 2:228 lid 5 BW). De aandeelhouder heeft dan louter financieel belang en geen stemrecht.

[39] Nota van toelichting BVV, *Stb.* 2003, 27, p. 48.
[40] Circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 8 juli 1999, kenmerk FO99/U5911.
[41] Vgl. art. 2:175 lid 1 BW en art. 2:64 lid 1 BW.
[42] art. 2:175 lid 1 BW resp. art. 2:64 lid 1 BW.

6.1.3 Garantstellingen en leningen

Een garantstelling kan ook bij overeenkomst worden afgesproken. Gelet op hetgeen boven is gezegd over de Wet gemeenschappelijke regelingen en garantstelling, zien wij dit in de praktijk uitsluitend bij privaatrechtelijke vormen van verzelfstandiging (enkelvoudig en samenwerking) en uitbesteding. Garantstellingen door overheidsorganisaties vinden in de praktijk plaats ten aanzien van alle privaatrechtelijke rechtsvormen, waarbij het soms om samenwerking en soms om private partijen gaat.[43]

De garantsteller(s) met elkaar en/of met de begunstigde sluiten dan een overeenkomst waarin de garantstelling wordt uitgewerkt. Bij kapitaalvennootschappen is die garantstelling soms in de vorm van een aandeelhoudersovereenkomst vorm gegeven. Soms is de garantstelling ook onderdeel van een dienstverleningsovereenkomst. De reikwijdte en voorwaarden voor garantstelling kunnen verschillen. De privaatrechtelijke garantstelling creëert het financiële belang, waar het BBV op doelt.

Tegenwoordig wordt ook vaker het concept van een 'garantiesubsidie' gebruikt. De garantiesubsidie is juridisch een subsidie (zie hieronder). De hoogte van de subsidie is daarbij afhankelijk van de opbrengst die met een bepaalde activiteit kan worden behaald. Hoe hoger de eigen opbrengst, hoe lager de subsidie. De subsidie is bedoeld om exploitatietekorten te dekken. Vaak is voor de garantiesubsidie ook een plafond vastgesteld. Geldleningen en garanties dienen te voldoen aan de eisen die door of op grond van de Wet financiering decentrale overheden worden gesteld.[44]

6.2 Instrumenten voor bekostiging van activiteiten

Instrumenten als hier bedoeld vormen de juridische titel voor bekostiging van prestaties of activiteiten die de verzelfstandigde organisatie verricht. Als het gaat om de financieringsinstrumenten maken wij onderscheid tussen de volgende drie vormen:

- Begrotingsfinanciering;
- Subsidie;
- Overeenkomst van opdracht.

Als wij de mogelijkheden voor het kiezen tussen die instrumenten voor financiering van activiteiten voegen bij de verschillende genoemde vormen voor publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taakbehartiging ontstaat het volgende beeld over de mogelijkheden:

	Verzelfstandiging[45]		
	Eenzijdige verzelfstandiging	**Samenwerking**	
		Bestuurlijke samenwerking	**Publiek Private samenwerking**
Begrotingsfinanciering	Slechts bij bestuurscommissie	Slechts bij GOL, GOR of BO	Slechts bij GOL, GOR of BO
Subsidie	Slechts bij NV, BV of stichting	Mogelijk bij GOL, GOR, BO Lit niet voor de hand Mogelijk ook bij BV, NV, coöperatie, vereniging stichting	Mogelijk bij GOL, GOR, BO Ligt niet voor de hand Mogelijk ook bij BV, NV, coöperatie, vereniging stichting
Overeenkomst van opdracht	Slechts bij NV, BV of stichting	Mogelijk bij GOL, GOR, BO BV, NV, coöperatie, vereniging stichting	Mogelijk bij GOL, GOR, BO BV, NV, coöperatie, vereniging stichting

[43] Artikel 2 lid 1 Wet fido noemt expliciet de garantstelling en de lening.
[44] Zie artikel 2a Wet fido en Uitvoeringsregeling Financiering decentrale overheden.
[45] GOL staat voor gemeenschappelijk openbaar lichaam, GOR voor gemeenschappelijk orgaan, BO voor bedrijfsvoeringsorganisatie, NV voor naamloze vennootschap en BV voor besloten vennootschap.

Het betalen van een bijdrage aan de begroting van een publiekrechtelijke rechtspersoon op basis van of krachtens een gemeenschappelijke regeling in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen is een *specialis* van de begrotingsfinanciering en zal onder die noemer worden behandeld.

Het verschil tussen publiekrecht en privaatrecht is dus van belang voor de keuze van het instrument voor bekostiging van activiteiten.

6.2.1 Begrotingsfinanciering

Dat in de begroting van de betreffende overheid financiële ruimte moet zijn gecreëerd voor bekostiging van activiteiten geldt voor alle instrumenten. Eveneens geldt dat doorgaans de ontvangende partij de betaling als opbrengst in haar begroting opneemt. Kenmerkend voor de begrotingsfinanciering is dat de vaststelling in de begroting zelf al voldoende titel vormt voor de betaling.

6.2.2 Subsidie

Volgens de Algemene wet bestuursrecht heeft de subsidie vier kenmerken (art. 4:21 Awb):

- De aanspraak op financiële middelen.
- Door een bestuursorgaan verstrekt.
- Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager.
- Anders dan als een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Gelet op het feit dat subsidie een materieel begrip is, zal elke financiële verstrekking door de overheid die materieel voldoet aan de criteria van artikel 4:21 Awb als subsidie wordt aangemerkt.

Het verlenen van subsidies door middel van een beschikking is altijd een eenzijdige rechtshandeling, in tegenstelling tot een overeenkomst (waaronder de opdracht) welke altijd een meerzijdige rechtshandeling is. Eenzijdige rechtshandelingen worden slechts door één persoon verricht, meerzijdige rechtshandelingen worden altijd door meer dan één persoon verricht. Bij de subsidieverlening is slechts het desbetreffende bestuursorgaan betrokken: los van de reactie van de subsidieontvanger geldt de subsidie als verleend.

6.2.3 Opdracht

De opdracht is een specifieke vorm van een overeenkomst en wordt geregeld in titel 7 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek.[46] Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling (art. 6:213 lid 1 BW) en komt tot stand door aanbod (van de een) en aanvaarding (van de ander).

In het kader van verzelfstandiging of uitbesteding wordt de (schriftelijke) overeenkomst van opdracht vaak aangeduid als dienstverleningsovereenkomst of bij netwerksamenwerking als samenwerkingsovereenkomst of samenwerkingsconvenant.

6.2.4 Betalingen voor verschillende activiteiten en mix van instrumenten

Soms is er sprake van bekostiging van verschillende activiteiten en daarom ook van een mix van financieringsinstrumenten. De instandhouding van een bepaalde organisatie kan als zodanig belangrijk zijn. Daarom wordt voor instandhouding soms afzonderlijk betaald ten opzichte van de activiteiten die door de organisatie worden uitgevoerd. Bij verbonden partijen is de financiering van de instandhouding gekoppeld aan het eigenaarsbelang. Bij niet verbonden partijen kan het maatschappelijke of algemeen belang karakter een reden vormen om voor de instandhouding als zodanig te betalen.

Indien voor de instandhouding apart wordt betaald en deze niet verdisconteerd is in kostprijzen voor activiteiten, wordt gekozen voor de begrotingsfinanciering of de subsidie. Bij een subsidie spreekt men dan van een instellingssubsidie.

[46] Zie artikel 7:400-7:413 BW. De bijzondere vormen van opdracht, zoals lastgeving en de bemiddelingsovereenkomst, worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

Indien voor de activiteiten los van de instandhouding wordt betaald en de kostprijs niet mede de instandhouding behelst wordt gekozen voor een subsidie of een overeenkomst van opdracht. Bij de subsidie spreek je dan van een projectsubsidie (dit is ook het geval indien de kostprijs van activiteiten wel mede de instandhouding behelst maar die als zodanig niet wordt genoemd in de activiteiten die gesubsidieerd worden).

Voor die reden komt de combinatie van begrotingsfinanciering en dienstverleningsovereenkomsten bij publiekrechtelijke bestuurlijke samenwerking vaak voor, net als de instellingssubsidie in combinatie met een dienstverleningsovereenkomst bij uitbesteding aan private partijen.

6.3 Beëindiging van de financiering

6.3.1 Wgr

De Wet gemeenschappelijke regelingen bevat geen bepalingen omtrent het bepalen van de hoogte van een eventuele uittreedsom, de periode waarover die verschuldigd is of de kosten die daarbij moeten worden betrokken. Er is echter wel jurisprudentie waaruit uitgangspunten kunnen worden gehaald. Jurisprudentie van voor de huidige Wgr en voor de huidige inrichting van de bestuursrechtelijke rechtspraak is door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State althans door de bestuursrechter bij de rechtbank (her-) bevestigd.

In gevallen waarin de regeling niet voorziet in een uittredingsregeling met een afbouwperiode en bijbehorende percentages en partijen voor het overige niets overeen zijn gekomen wordt in de jurisprudentie stelselmatig een afbouwperiode of aanpassingsperiode van vijf jaar genoemd. Binnen die periode moet het samenwerkingsverband in staat zijn om maatregelen te treffen teneinde de frictiekosten af te bouwen.

Een afbouwregeling dient slechts te zien op de schade die voor het samenwerkingsverband en de verblijvende deelnemers ontstaat door de uittreding. Het moet daarbij gaan om werkelijke schade en niet hypothetische kosten zoals bij het berekenen van een fictieve liquidatie en de daarmee samenhangende wachtgeldverplichtingen voor het personeel. Slechts reële onontkoombare ontvlechtingskosten mogen worden betrokken.

6.3.2 Uittredingsregelingen in het privaatrecht

Wie zijn verplichtingen onder een lopende overeenkomst voortijdig beëindigd pleegt in beginsel wanprestatie en is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt te vergoeden.[47] Veel overeenkomsten bevatten echter bepalingen over (voortijdige) opzegging en ontbinding. Het verschil tussen opzeggen van overeenkomsten en ontbinden van overeenkomsten is grofweg, dat opzeggen meestal ook kan zonder dat er sprake is van een geschil of een tekortschieten van een van de partijen. De overeenkomst wordt dan beëindigd, onder voorwaarde dat een voldoende lange opzegtermijn in acht wordt genomen. Bij ontbinding gaat het om bepaalde voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om te kunnen ontbinden (al dan niet met tussenkomst van de rechter). Het gaat dan meestal om structurele wanprestatie, blijvende onmogelijkheid na te komen, faillissement of surseance van betaling of om grote wijzigingen in de aard van de organisatie van de tegenpartij (overname, rechtsopvolging etc.).

Ook voor beëindiging van rechtswege bevatten overeenkomsten soms bepalingen over de financiële gevolgen. Kortom bij de privaatrechtelijke overeenkomst is het uitgangspunt de contractautonomie.

[47] Artikel 6:74 BW.

6.4 Overige aspecten van financiering en betaling

Bij het vormgeven van financieringsconstructies spelen nog veel andere vraagstukken die betrekking hebben op de wijze van financiering. Hier worden deze aspecten als overige aspecten slechts kort aangesneden, maar in de praktijk zijn deze keuzes vaak even belangrijk als de hiervoor behandelde onderwerpen.

Het gaat hier onder meer om de volgende onderwerpen

- Hoe wordt gefinancierd: lumpsum of variabel?
- Welke kostensoorten worden gefinancierd?
- Welke prestaties staan tegenover de financiering en hoe worden die gemeten en gerapporteerd?
- Welke financiële sancties zijn er (bijv. opschorten van betaling, boetes).
- Wordt gewerkt met voor- en/of nacalculatie van kosten?
- Wordt bevoorschot en hoe?
- In wiens voordeel valt eventuele efficiency winst?
- Hoe kunnen bezuinigingstaakstellingen worden gerealiseerd?
- Hoe wordt omgegaan met indexering van kostensoorten?
- Zijn kostensoorten genormeerd (bijv. overheadkosten)?
- Is er sprake van alternatieve tegenprestaties (bijv. huisvesting, inbreng van expertise of uitleen van personeel)?

In de laatste jaren is de nadruk bij financieringsrelaties bij verzelfstandiging, samenwerking en uitbesteding steeds meer verschoven van input/throughput sturing naar output sturing. In plaats van de capaciteit en middelen van een uitvoeringsorganisatie te financieren worden dus de afgesproken prestaties gefinancierd. Recentelijk komt de nadruk steeds meer te liggen op de outcome, dus de effecten die gerealiseerd moeten worden. Dit heeft allemaal gevolgen voor de financieringsafspraken die ten aanzien van taakbehartiging worden gemaakt.

6.5 Randvoorwaarden

Zowel het (Europese) markt- en overheidsrecht (aanbestedingsrecht, staatssteun, mededinging) als het fiscaal recht bevatten belangrijke randvoorwaarden voor financiering.

Het Europese aanbestedingsrecht ziet op de verstrekking van overheidsopdrachten door overheden. De definitie van de overheidsopdracht is materieel van aard. Dat wil zeggen dat los van het 'etiketje' dat op een bepaalde financiële relatie zit, gekeken wordt of voldaan is aan de kenmerken van de overheidsopdracht volgens het Europese recht. Bij elk van de genoemde financieringsinstrumenten kan als het gaat om de financiering van doe-taken dus sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht en/of een opdracht die op grond van het aanbestedingsrecht met gepaste mate van openbaarheid en concurrentiestelling moet worden verstrekt. Wel zijn er specifieke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht bij bestuurlijke samenwerking die kunnen worden onderzocht.[64]

Het staatssteunverbod ziet op het verschaffen van niet marktconforme voordelen door overheidsgelden aan ondernemingen. De vorm waarin het voordeel wordt verleend is niet relevant; het gaat om het effect. Een winstoogmerk is bij de begunstigde onderneming niet vereist; iedere partij (ook overheden!) die economische activiteiten uitvoert op een markt is in Europeesrechtelijke zin een onderneming en valt onder de staatssteunregels. In beginsel moet staatssteun via het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ter goedkeuring aan de Europese Commissie worden voorgelegd. Ook bij staatssteun zijn er echter belangrijke uitzonderingen en meldingsvrijstellingen. Of die van toepassing zijn moet per geval worden onderzocht. De belangrijkste is de zogenaamde Algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV). Belangrijk is ook de vrijstelling voor diensten van algemeen (economisch) belang (DAB of DAEB), bijvoorbeeld bij de subsidiëring van sportactiviteiten of culturele activiteiten. Let er wel op dat ook bij vrijstellingen strikte nalevings- en rapportagevoorwaarden gelden.[65]

[64] Zie in dit verband ook VNG, *Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, 2015.
[65] Zie verder Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Handreiking Treasury*, Den Haag ,2011, paragraaf 2.1.3.

De gedragsregels voor markt & overheid zijn opgenomen in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet. Op grond van de wet gelden de volgende vier gedragsregels voor overheden wanneer zij marktactiviteiten (willen) verrichten:

1. Ten minste de integrale kostprijs;
2. Overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrenten;
3. Vanuit publiekrechtelijke bevoegdheid verkregen papieren gegevens niet alleen voor eigen economische activiteiten gebruiken, maar ook aan derden beschikbaar stellen;
4. Publieke taken en economische activiteiten gescheiden houden.

Ook hierbij is het betalingsinstrument slechts beperkt van belang. De gedragsregels gelden niet bij dienstverlening voor publieke taken door bestuursorganen aan andere bestuursorganen. Ook andere uitzonderingen voor bijvoorbeeld diensten van algemeen economisch belang kunnen van toepassing zijn.

Het belastingrecht kijkt net als het recht voor markt en overheid materieel. De keuze voor publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving is niet bepalend. Evenmin is de rechtsgrondslag van het betalingsinstrument bepalend. Van belang is om altijd de btw gevolgen in kaart te brengen. Hetzelfde geldt voor de gevolgen van de vennootschapsbelasting indien de invoering van de plicht voor overheidslichamen vennootschapsbelasting te betalen doorgang vindt.[59]

6.6 Uitkomst stap 6

Het financieel belang op basis van de criteria in het BBV ziet op de financiële verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid voor (tekorten van) een verzelfstandigde organisatie, mocht die nu eenzijdig verzelfstandigd zijn of als samenwerking zijn vormgegeven en los ervan of de vormgeving publiekrechtelijk of privaatrechtelijk zijn. De rechtsvormkeuze is van belang voor de wijze waarop dit financieel belang wordt of kan worden vormgegeven. Op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen geldt een verplichte 'garantstelling' voor tekorten. Bij vennootschappen bestaat het financiële belang op basis van het aandeelhouderschap. In alle gevallen kan ook worden gekozen voor (privaatrechtelijke) garantstellingen en leningen.

Naast dit financiële belang speelt ook de bekostiging van activiteiten een belangrijke rol. Anders dan bij het financiële belang is hier de verplichting te betalen afhankelijk van het plaatsvinden van bepaalde activiteiten.

Voor de financiële relatie met een verbonden partij zijn de volgende aspecten van belang:

- dekking voor de door het verzelfstandigde onderdeel uit te voeren activiteiten;
- kapitaalstructuur van het verzelfstandigde onderdeel (balansfinanciering door middel van eigen vermogen en vreemd vermogen);
- liquiditeitspositie (zodat een verzelfstandigd organisatieonderdeel zelf in staat is om lopende rekeningen te kunnen voldoen);
- afspraken en verplichtingen bij beëindiging van de financieringsrelatie;
- financiële en juridische risico's bij de financiering;
- voorwaarden voorvloeiende uit (Europees) recht inzake staatssteun, aanbestedingsrecht en markt en overheid;
- fiscale voorwaarden en consequenties van de financieringsrelatie;
- dekking in de eigen begroting en financiële huishouding van alle financiële verplichtingen.

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht bij rechtsvorm en vormgeving van de financieringsrelatie is slechts zeer beperkt relevant voor het financieel belang. De hiervoor genoemde aspecten gelden zowel bij publiekrecht als privaatrecht en zowel bij eenzijdige verzelfstandiging als bij samenwerking.

[59] Kamerstukken I 2014/15, 34 003, nr. A.

Toelichting 1: Voorkeur voor publiekrecht (Juridisch kader)

Artikel 158 lid 2 Provinciewet en artikel 160 lid 2 Gemeentewet schrijven voor dat aan een privaatrechtelijke rechtspersoon alleen mag worden deelgenomen of dat deze alleen mag worden opgericht door de gemeente of de provincie wanneer dit in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.[51] Hieronder wordt in kaart gebracht wat de wetgever hiermee voor ogen heeft gestaan: waarom hij de voorkeur voor publiekrecht heeft, en waar hij aan denkt als hij het heeft over gevallen waarin gebruik van privaatrecht dit in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.

T1.1 Parlementaire geschiedenis

T1.1.1 Wetshistorie vóór 1994

De clausulering van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen is in 1931 geïntroduceerd in de gemeentewet.

Vóór 1931 waren gemeenschappelijke regelingen slechts voor beperkte vormen van samenwerking mogelijk (wat wij thans de regeling zonder meer noemen). Gemeenten kozen veelvuldig voor de private weg, zo constateerde de regering in 1915 reeds.[52] De regering vond het riskant wanneer de privaatrechtelijke weg te beheersend werd, omdat dat afbreuk zou doen aan publieke correctieve mechanismen. De regering wees er op dat gemeenten de gemakkelijke vrijheid van het bedrijf (de naamloze vennootschap) zouden verkiezen boven de controle door het hogere bestuur. De beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder versterkte dat, zeker voor kleine gemeenten. Het voorgestelde artikel 121 lid 1 verbood dan ook de goedkeuring van een gemeenschappelijke regeling waarbij een naamloze vennootschap werd opgericht, voor zover bij de gemeenschappelijke regeling de belangen der ingezetenen rechtstreeks betrokken waren.[53] De Tweede Kamerleden waren zeer kritisch, en vonden dat het voorstel te weinig aansloot bij de praktijk.[54] Het wetsvoorstel werd door de regering ingetrokken in 1923.[55]

[51] De Waterschapswet kent een dergelijke clausulering niet. De provinciale waterschapsreglementen laten zich hier evenmin over uit.
[52] Bijl.Hand. II 1914/15, 315, nr. 3, p. 3.
[53] Bijl.Hand. II 1914/15, 315, nr. 3, p. 4.
[54] Bijl.Hand. II 1915/16, 67, nr. 1, p. 1.
[55] Bijl.Hand. II 1922/23, 50, nr. 1 en Bijl.Hand. II 1922/23, 6, nr. 1.

De praktijk veranderde in de tussentijd niet en liet zien dat intergemeentelijke samenwerking veelvuldig via naamloze vennootschappen en stichtingen werd vormgegeven en dat vele meer of minder eenvoudige privaatrechtelijke overeenkomsten werden gesloten.[56] Dit leidde in 1931 dan ook tot het alsnog vastleggen van een voorkeur voor publiekrecht in de gemeentewet. De regering hierover:

> "De openbare lichamen hebben inzonderheid de zorg voor belangen eener gemeenschap, dus voor algemeene publieke belangen. Men mag aannemen, dat zij die het best zullen kunnen behartigen langs den weg van het publieke recht, beter dan bij de uitvoering van burgerrechtelijke contracten of in vennootschappen, waarbij allicht het gevaar dreigt, dat de publiekrechtelijke beschouwing van het onderwerp te zeer op den achtergrond geraakt. Bovendien bezit een regeling volgens de grondslagen van het gemeenterecht, in beginselen als die van de openbaarheid en de verantwoordelijkheid, waarborgen tegen misbruik, welke men slechts noode kan missen, en ook in dit opzicht staan dus de privaatrechtelijke regelingen, waarbij men die waarborgen niet aantreft, bij haar achter. Intusschen kan geen der vormen van privaatrechtelijke regelingen geheel worden gemist, ook de vennootschapsvorm niet. Men zou, door haar te verbieden, te zeer ingrijpen in wat de praktijk van het gemeenschapsleven en inzonderheid van het openbaar bedrijfsleven als nuttig heeft aangewezen, en het doel voorbijstreven. Slechts moet men de privaatrechtelijke figuur als een figuur op het tweede plan, of, sterker gezegd, als een uitzondering op den regel beschouwen en ook als zoodanig behandelen."[57]

De regering was dus van mening dat publiekrechtelijke samenwerkingsvormen de voorkeur verdienden, vanwege de waarborgen die het publiekrecht bood, zoals openbaarheid, verantwoordelijkheid en waarborgen tegen misbruik. Privaatrechtelijke samenwerkingsvormen konden echter voor uitzonderlijke gevallen niet gemist worden, dat zou de praktijk te kort doen. De privaatrechtelijke vormen stonden op het tweede plan en waren uitzondering omdat zij minder waarborgen kenden. Een amendement om dit af te zwakken haalde het in aanloop naar de herziening van 1931 niet.[58] Artikel 146 lid 1 gemeentewet-1931 luidde:

> "Eene gemeenschappelijke regeling mag niet geschieden in den vorm van eene stichting, naamlooze vennootschap of andere burgerrechtelijke overeenkomst, dan indien deze vorm in verband met den aard van het te regelen belang daarvoor in het bijzonder aangewezen moet worden geacht."

Een gemeenschappelijke regeling mocht kort gezegd dus geen privaatrechtelijke rechtsvorm hebben, tenzij dit in het bijzonder aangewezen moest worden geacht.[59] Geheel uitgesloten was het dus niet dat een gemeenschappelijke regeling tevens een privaatrechtelijke overeenkomst was, of dat bij de gemeenschappelijke regeling een naamloze vennootschap of stichting werd opgericht. Het oprichten van stichtingen en naamloze vennootschappen (of dit nu bij gemeenschappelijke regeling geschiedde of niet) werd aan goedkeuring van gedeputeerde staten onderworpen (art. 228 lid 1 onder g gemeentewet-1931). De goedkeuring mochten gedeputeerde staten slechts verlenen wanneer deze vorm van behartiging van het gemeentelijk belang daarvoor in verband met de aard van dat belang in het bijzonder aangewezen moest worden geacht (art. 234 gemeentewet-1931).

[56] *Bijl.Hand.* II 1928/29, 235, nr. 3, p. 11.
[57] *Bijl.Hand.* II 1928/29, 235, nr. 3, p. 12.
[58] *Bijl.Hand.* II 1929/30, 45, nr. 12. Zie ook *Handelingen II* 1929/30, p. 2024-2025.
[59] Opgemerkt moet worden dat in die tijd, in lijn met de Grondwet, ieder vorm van samenwerking tussen gemeenten (sinds 1983 openbare lichamen) als gemeenschappelijke regeling werd gezien. Dat is nu anders: de gemeenschappelijke regeling wordt nog uitsluitend gezien als een publiekrechtelijke overeenkomst o.g.v. de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Bij de invoering van de Wet gemeenschappelijke regelingen in 1950 werd onder andere artikel 146 gemeentewet-1931 geschrapt. In de parlementaire geschiedenis van de Wet gemeenschappelijke regelingen van 1950 zijn hiervoor geen verdere aanknopingspunten te vinden; denkbaar is, dat men het een doublure met artikel 228/234 vond. Er kwam evenmin een vergelijkbaar artikel terug in de Wet gemeenschappelijke regelingen. Privaatrechtelijke overeenkomsten (zoals dienstverleningsovereenkomsten) konden dus voortaan gewoon worden getroffen. Artikel 228 lid 1 onder h gemeentewet-1937[60], dat goedkeuring van gedeputeerde staten eiste, werd aangepast en luidde sindsdien:

> "het oprichten van of deelnemen in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, coöperatieve of andere verenigingen;"

De uitbreiding in rechtsvormen kwam tot stand omdat de regering van mening was dat de overwegingen die golden voor het onderwerpen aan goedkeuring van het oprichten van of deelnemen in stichtingen en naamloze vennootschappen ook voor andere burgerrechtelijke associatievormen zou moeten gelden.[61]

In 1966 werd het preventieve toezicht op besluiten van het gemeentebestuur verder beperkt, ook ten aanzien van allerlei privaatrechtelijke rechtshandelingen. De goedkeuring voor het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen werd echter onverkort gehandhaafd. De regering vond dit toezicht noodzakelijk om het veelal minder wenselijk gebruik van privaatrechtelijke bestuursvormen onder controle te houden.[62] De regering maakte daarbij echter wel een belangrijke kanttekening:

> "Opgemerkt zij nog dat uiteraard ook niet elk gemeentelijk lidmaatschap van een vereniging beschouwd dient te worden als deelneming in de zin van deze bepaling. Onder deelneming is hier te verstaan het actief deel hebben aan de werkzaamheden der vereniging ten einde daardoor rechtstreeks een gemeentelijke taak uit te oefenen."[63]

Kortom, volgens de regering hoefde alleen goedkeuring te worden gevraagd wanneer de privaatrechtelijke rechtspersoon werd ingezet om een gemeentelijke taak uit te oefenen en de gemeente daarin actief ging participeren. De Tweede Kamer vond dit een onduidelijke formulering, maar de minister vond dat het voldoende houvast bood voor gemeentebesturen die de afweging moeten maken of een besluit wordt ingezonden.[64] De minister vond dat een scherpere afbakening in grensgevallen ontoereikend zou kunnen zijn en dat de definitieve beslissing over de toepassing zonder bezwaar aan de colleges van gedeputeerde staten kon worden overgelaten. In de Eerste Kamer werd er op gewezen dat het toezicht beperkingen kent. Het oprichten van of deelnemen in is dan wel aan goedkeuring onderworpen, een statutenwijziging is dit niet. Dit betekent dat, als de rechtspersoon eenmaal is opgericht, er ongehinderd nieuwe taken aan kunnen worden toegekend. De minister was het hier niet mee eens en gaf aan dat gedeputeerde staten bij de goedkeuring alsnog een dergelijke statutaire goedkeuring konden bedingen.[65]

Een vergelijkbare clausulering werd pas in 1961 in de nieuwe Provinciewet geïntroduceerd, en had daar een beperktere strekking dan in de gemeentewet. De beperking was slechts van toepassing op de oprichting van stichtingen en naamloze vennootschappen, omdat de regering van mening was dat samenwerking door provincies in verenigingen, maatschappen en andere vennootschappen nauwelijks voorkwam en daarom niet te vrezen was.[66] Bij de vaststelling van de nieuwe Provinciewet in 1994 is dit, in navolging van de gemeentewet, uitgebreid.

[60] In 1937 is sub g van artikel 228 gemeentewet-1931 omgenummerd tot sub h, zie Wet van 22 april 1937, *Stb.* 1937, 311.
[61] *Bijl.Hand. II* 1949/50, 1 198, nr. 5, p. 14.
[62] *Bijl.Hand. II* 1963/64, 7 685, nr. 3, p. 9.
[63] *Bijl.Hand. II* 1963/64, 7 685, nr. 3, p. 9.
[64] *Bijl.Hand. II* 1964/65, 7 685, nr. 6, p. 3
[65] *Bijl.Hand. I* 1965/66, 7 685, nr. 135a, p. 2.
[66] *Bijl.Hand. II* 1958/59, 5 460, nr. 3, p. 22.

T1.1.2 De herziening van 1994

In de herziene Gemeentewet en Provinciewet van 1994 werd de clausulering gehandhaafd. Bij de behandeling van de betreffende wetsvoorstellen werd uitgebreid ingegaan op betekenis en strekking van de (toenmalige) artikelen 155 Gemeentewet en 151 Provinciewet. Een belangrijk deel van die beschouwingen heeft betrekking op de maatstaven die gedeputeerde staten respectievelijk de minister moeten aanleggen bij de beoordeling van een concrete oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon. Wij beperken ons hier als gezegd tot de vraag naar de voorkeur voor publiekrecht *in abstracto*. Daarover is de parlementaire geschiedenis – waarschijnlijk mede in het licht van het feit dat het hier om een voorzetting van de oude Gemeentewet en Provinciewet ging – relatief beknopt.

Dat blijkt al uit de zeer korte passage in de memorie van toelichting bij de Gemeentewet (de toelichting bij de Provinciewet bevat hierover geen beschouwingen):

> "In dit artikel is het in artikel 234 van de huidige gemeentewet vervatte beginsel neergelegd dat de behartiging van openbare belangen dient te geschieden langs publiekrechtelijke weg, tenzij er zwaarwegende argumenten zijn om dit langs privaatrechtelijke weg te doen. Publiekrechtelijke rechtsvormen bieden immers betere waarborgen voor openbaarheid en controle."[67]

In de memorie van antwoord Gemeentewet en Provinciewet werden hier iets, maar ook niet véél meer woorden aan gewijd. De regering:

> "De publiekrechtelijke samenwerking is onderworpen aan de regels van de Gemeentewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen. Hierin zijn verschillende belangrijke waarborgen opgenomen betreffende het gebruik van bevoegdheden, de besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Deze waarborgen zijn niet aanwezig als gekozen wordt voor een privaatrechtelijke vorm van samenwerken. Omdat in de privaatrechtelijke rechtsvorm (mede) het openbaar belang zal worden behartigd en de gemeente bovendien veelal zowel voor de uitvoering als voor de financiën (mede) verantwoordelijk is, dient de keuze voor een privaatrechtelijke rechtsvorm met grote zorgvuldigheid gepaard te gaan."[68]

[67] *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 66 en 138 (Gemeentewet).

[68] *Kamerstukken II* 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 207 (Gemeentewet). In gelijke zin *Kamerstukken II* 1988/89, 19 836 nr. 9, p. 106 (Provinciewet).

In de nota naar aanleiding van het verslag bij de Gemeentewet wordt aan het voorgaande inhoudelijk niets toegevoegd, maar wel verwezen naar het kabinetsstandpunt inzake het advies van de Raad voor het Binnenlands Bestuur over public–private partnership. Daar valt te lezen:

"Uitgangspunt is, dat indien een overheid mede verantwoordelijkheid neemt in een bepaalde zaak, er kennelijk ook sprake is van een openbaar belang en een publieke taak. Derhalve moeten aan de samenwerkingsvorm eisen worden gesteld betreffende democratische controle (informatie- en verantwoordingsplicht) en openbaarheid. Democratische controle is niet alleen van belang voor de burger, maar ook voor de deelnemende overheid zelf, die daarmee beïnvloedingsinstrumenten verkrijgt die van belang zijn als het gaat om de financiële gevolgen van de samenwerking. Terecht wordt dit ook door de Raad benadrukt. Aan deze eisen van democratische controle en openbaarheid wordt direct voldaan, als het om publiekrechtelijke samenwerkingsvormen gaat; de wetgeving (met name de WGR) voorziet daar namelijk zelf in. De wetgeving zelf voorziet daar echter niet in als het om privaatrechtelijke samenwerking gaat, wat overigens niet verhindert dat de deelnemers in privaatrechtelijke samenwerking in vrijwilligheid soortgelijke voorzieningen kunnen treffen. Voor de stelling dat het publiekrecht teveel hindernissen zou kennen voor de private sector, ontbreken duidelijke aanwijzingen. Ook het Rbb-advies draagt daarvoor geen argumenten aan. De Wet gemeenschappelijke regelingen (in casu de hoofdstukken XIII en IX) kent een breed scala aan varianten voor samenwerking tussen overheden en privaatrechtelijke rechtspersonen. Zonder uitputtend te zijn valt te denken aan regelingen die kunnen worden aangegaan tussen één of meer gemeenten (en/of provincies) en één of meer privaatrechtelijke rechtspersonen. Daarbij hebben betrokken partijen bijvoorbeeld een grote vrijheid in het bepalen van zowel de samenstelling, als de omvang van een algemeen- en dagelijks bestuur in combinatie met eventuele zelfstandige uitvoerende commissies of takken van dienst. Eén van de vooroordelen tegen de publiekrechtelijke samenwerkingsvorm is dat een deelnemende private onderneming geacht wordt een openbaar belang te behartigen. Deze eis komt in de wet echter niet voor. Bij het verlenen van de machtiging voor het deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling wordt alleen marginaal getoetst of het doel van de private rechtspersoon niet onverenigbaar is met het belang dat met de regeling wordt behartigd. Verder is ook deelname van het Rijk aan een gemeenschappelijke regeling mogelijk. Tenslotte kan in dit verband nog worden aangetekend dat een gemeenschappelijke regeling als voordeel boven samenwerking op privaatrechtelijke basis heeft dat door het ingestelde openbaar lichaam of gemeenschappelijk orgaan publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Het voorgaande betekent dat het kabinet er in beginsel de voorkeur aan geeft dat PPP langs publiekrechtelijke weg vorm wordt gegeven. In beginsel, want de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke samenwerking is afhankelijk van het betreffende PPP-project. In de termen van artikel 234 van de gemeentewet en artikel 93 van de Provinciewet moet er bij de keuze voor een privaatrechtelijke vorm sprake zijn van een belang voor de behartiging waarvan de privaatrechtelijke vorm van samenwerking bijzonder aangewezen moet worden geacht."[59]

[59] *Kamerstukken* II 1988/89, 20 800 VII, nr. 35, p. 8-9.

In de nota naar aanleiding van het verslag bij de Provinciewet wordt niet ingegaan op de achtergrond van de voorkeur voor publiekrecht, maar wordt vooral besproken welke normen hebben te gelden voor de vraag of een concrete vormgeving aanvaardbaar is.[70] Wel wordt nog ingegaan op de rol van provinciale ambtsdragers als zij als vertegenwoordiger van de provincie een rol in de rechtspersoon vervullen:

> "Als het besluit tot oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon eenmaal is genomen en goedgekeurd, dan is de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd uiteraard een zaak tussen provinciale staten en gedeputeerde staten en eventueel de commissaris van de Koning, binnen de regels die de Provinciewet daarvoor stelt. Daarbij hoeft naar ons oordeel niet per se sprake te zijn van een competentieprobleem voor een lid van het provinciaal bestuur, als deze als commissaris van een vennootschap de belangen van de vennootschap moet behartigen. Uiteindelijk werd oprichting van of deelneming in de vennootschap ook in het provinciaal belang geacht. Bovendien is hij gehouden desgevraagd inlichtingen te verschaffen aan provinciale staten (artikelen 167 en 179 van het wetsvoorstel). Verder kunnen zonodig instructies worden meegegeven aan vertegenwoordigers in de algemene vergadering van aandeelhouders, al moet ook daar uiteraard primair het belang van de vennootschap behartigd worden."[71]

T1.1.3 Latere wetswijzingen en kabinetsopvattingen

Bij de dualisering van het gemeentebestuur in 2002 en van het provinciebestuur in 2003 is de voorkeur voor publiekrecht gehandhaafd (zie thans art. 160 lid 2 Gemeentewet en art. 158 lid 2 Provinciewet). Bij die wijzigingen is niet ingegaan op de voorkeur voor publiekrecht.

De werkgroep *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden* onder leiding van de toenmalig gemeentesecretaris van Rotterdam Van Gils adviseerde in december 2006 om de voorkeur voor publiekrecht af te schaffen.[72] Dit omdat veelvuldig van de privaatrechtelijke varianten gebruik werd gemaakt en deze daarmee als het ware waren ingeburgerd, zodat de voorkeur voor het publiekrecht niet meer zou aansluiten bij de praktijk.[73] Peters wijst erop dat het rapport koppelingen legt die discutabel zijn en dat horizontale verantwoordingsmechanismen toch echt wat anders zijn dan (verticaal) interbestuurlijk toezicht.[74] Het kabinet Balkenende-IV nam het advies van de werkgroep over en kondigde aan de voorkeur voor publiekrecht te schrappen.[75] Tweede Kamerlid Anker (ChristenUnie) wees erop dat het wenselijk zou zijn om het afwegingskader tussen publiek- en privaatrecht juist expliciet in de wet te behouden, en niet via allerlei vage circulaires e.d. te regelen.[76] Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Bijleveld-Schouten beloofde de suggestie van Anker mee te nemen, maar voelde vooralsnog niet voor een dwingend afwegingskader. De staatssecretaris had een voorkeur om de afweging op het lokale niveau te laten.[77]

Het conceptwetsvoorstel dat minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Spies ter consultatie aan VNG en IPO heeft gezonden gaat echter uit van handhaving van de voorkeur voor publiekrecht. Het kabinet Rutte-I is van mening dat het publiekrecht meer waarborgen biedt ten aanzien van het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid, aldus de minister.[78] Dit sluit aan bij de communicaties van staatssecretaris Atsma van

---

[70] *Kamerstukken II* 1989/90, 19 836, nr. 15, p. 33-35.

[71] *Kamerstukken II* 1989/90, 19 836, nr. 15, p. 34-35.

[72] De vraag rijst of deze praktijk ooit anders is geweest, wanneer men kijkt naar de invoering van de voorkeur voor publiekrecht, eerst bij de poging van 1915 en daarna in 1931. Een echt steekhoudend argument is het dus niet van Van Gils c.s.

[73] *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden: Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 39-40 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 50). Zie ook B.F.Th. de Moor, 'Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten', Gst. 2007/97 die het oordeel van de werkgroep onderschrijft.

[74] J.A.F. Peters, 'Bruikbare privaatrechtelijke taakbehartiging', *NTB* 2007/29.

[75] *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 72, p. 5.

[76] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VII, nr. 42, p. 36.

[77] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VII, nr. 42, p. 40.

[78] Zie de conceptmemorie van toelichting bij de consultatieversie.

Infrastructuur en Milieu omtrent de regionale uitvoeringsdiensten[79], alsmede bij het Bestuursakkoord 2011-2015.[80] Het wetsvoorstel zoals het door de regering, onder het kabinet Rutte-II, is ingediend bij de Tweede Kamer sluit aan bij het conceptvoorstel van Spies.[81] De goedkeuring door gedeputeerde staten respectievelijk door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties komt wel te vervallen.

T1.1.4 Tot slot

De wetgever heeft met de huidige artikelen 160 Gemeentewet en 158 lid 2 Provinciewet een duidelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke weg tot uitdrukking gebracht. Achtergrond van die voorkeur is de wenselijkheid van toepasselijkheid van publiekrechtelijke waarborgen bij de behartiging van overheidstaken: waarborgen bij het gebruik van bevoegdheden en bij de besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Die waarborgen zijn bij publiekrechtelijke vormgeving (bestuurscommissies en gemeenschappelijke regelingen) door de wetgever voorgeschreven; zij kunnen in bepaalde mate ook wel via privaatrecht worden bewerkstelligd maar dat moet dan steeds worden bewaakt, waarbij het dan ook weer zo is dat toepasselijkheid van bepaalde waarborgen statutair niet kán worden bewerkstelligd (bijvoorbeeld repressief toezicht, toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet nationale ombudsman).

Ten slotte komen in de beschouwingen nog twee algemene aspecten aan de orde die de voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving ondersteunen. Het eerste is de spanning tussen het gemeentelijk belang en het (privaatrechtelijk beschermde) belang van de rechtspersoon, met name als het gaat om vennootschappen. Het tweede betreft de belemmering dat, anders dan bij bestuurscommissies en gemeenschappelijke regelingen, in privaatrechtelijke rechtspersonen geen publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen worden ingebracht.

[79] *Kamerstukken* II 2010/11, 31 953, nr. 41, p. 4.
[80] *Bestuursakkoord*, p. 8 (Bijlage bij *Kamerstukken* II 2010/11, 32 749, nr. 1).
[81] *Kamerstukken* II 2012/13, 33 691, nr. 2. Zie ook *Kamerstukken* II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 13-15.

Toelichting 2: Bevoegdheidstoekenning

Voor de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormgeving, is van groot belang welke bevoegdheden de betrokken organisatie moet gaan uitoefenen: is het de bedoeling dat publiekrechtelijke bevoegdheden (zoals subsidie, vergunningen of handhaving) worden uitgeoefend, of blijft het bij privaatrechtelijke rechtshandelingen of feitelijke handelingen?

Men kan bij de overheidsorganisatie onderscheid maken tussen wat wordt genoemd de hoofdstructuur en hulp- of nevenstructuren. Bij de gemeente kan als hoofdstructuur worden beschouwd de bevoegdheidsverdeling over raad, college en de burgemeester. Taak- en bevoegdheidsuitoefening door andere organen (commissies, Wgr-verbanden en privaatrechtelijke rechtspersonen) kunnen als hulpstructuren worden beschouwd. Wij brengen hieronder eerst de bevoegdheidsverdeling binnen de hoofdstructuur in kaart (paragraaf 2), waarna wordt bezien in hoeverre deze bevoegdheden aan andere organen en instanties kunnen worden toegekend (paragraaf 3).[82] Daaruit blijkt dat de mogelijkheden van toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen beperkt zijn tot mandaat, terwijl publiekrechtelijk vormgegeven organen (commissies, gemeenschappelijke regelingen) dergelijke bevoegdheden ook gedelegeerd kunnen krijgen.

T2.1 Hoofdstructuur van gemeentelijk bevoegdheidstoedeling

T2.1.1 Publiekrechtelijke bevoegdheden

Algemeen

Wetgevende (verordenende) bevoegdheid berust bij de raad voor zover de bevoegdheid daartoe niet bij de wet of door de raad krachtens de wet aan het college of de burgemeester is toegekend (art. 147 lid 1 Gemeentewet). Publiekrechtelijke bevoegdheden die geen wetgeving zijn berusten als het gaat om autonomie bij de raad, voor zover zij niet bij of krachtens de wet aan een ander orgaan zijn toegekend (artikel 147 lid 2 Gemeentewet). Een bekend voorbeeld van een geval waarin de wet rechtstreeks autonome bevoegdheden aan anderen dan de raad toekent zijn de openbare-ordebevoegdheden van de burgemeester (art. 172-175 Gemeentewet). Verreweg de meeste autonome bevoegdheden ontleent het college aan attributie door de raad (bijvoorbeeld de raad creëert in een verordening een subsidiebevoegdheid of een vergunningverlenende bevoegdheid en kent die in die verordening toe aan het college). In de sfeer van de openbare orde en veiligheid worden bevoegdheden aan de burgemeester geattribueerd (bijvoorbeeld de evenementenvergunning). Daarnaast kan worden gewezen op de positie van de belastingambtenaar, aan wie de raad de bevoegdheid tot het opleggen en innen van gemeentelijke belastingen kan attribueren (art. 231 lid 2 onder b Gemeentewet).

Bij medebewind is de situatie omgekeerd: zij berusten bij het college, tenzij ze bij of krachtens de wet bij een ander orgaan zijn gelegd (artikel 147 lid 3 Gemeentewet). In medebewindswetgeving zijn kaderstellende bevoegdheden, zoals het gemeentelijk milieubeleidsplan, het bestemmingsplan, het gemeentelijke verkeers- en vervoersplan en de beleidsplannen in het kader van de decentralisaties (zoals de beleidsplannen WMO en AWBZ) bij de raad gelegd, bevoegdheden met betrekking tot de openbare orde en veiligheid bij de burgemeester, en alle overige bevoegdheden bij het college. Ook in medebewind worden wel bevoegdheden rechtstreeks aan gemeenteambtenaren geattribueerd, bijvoorbeeld de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1:16 lid 2 BW) en de leerplichtambtenaar (art. 16 Leerplichtwet 1969).

[82] Zie hiervoor uitgebreid S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, waaraan delen van deze beschouwingen zijn ontleend.

Delegatie

De raad kan verordenende of bestuursbevoegdheid delegeren aan het college, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet, of zich één van de wettelijke uitzonderingen voordoet (artikel 156 Gemeentewet). Delegatie aan ambtenaren is verboden (artikel 10:14 Awb).

Mandaat

Het college en de burgemeester kunnen bevoegdheden mandateren aan hun ondergeschikte ambtenaren, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet (artikel 10:3 lid 1 Awb). Ook kan het college bevoegdheden mandateren aan een lid van het college (artikel 168 Gemeentewet).

T2.1.2 Privaatrechtelijke bevoegdheden

Algemeen

De gemeente is rechtspersoon (art. 2:1 BW), en kan dus deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer (art. 2:5 BW). Als het wenselijk wordt geacht dat de gemeente bijvoorbeeld een huurovereenkomst sluit, dan zijn daarvoor twee rechtshandelingen nodig: een besluit dat de rechtshandeling moet worden verricht (art. 160, lid 1, sub e Gemeentewet: bevoegdheid van het college), en het daadwerkelijk verrichten van de rechtshandeling (art. 171 Gemeentewet: bevoegdheid van de burgemeester).[83] De bevoegdheden die het college in dezen zijn toebedeeld, berustten vóór de dualisering bij de raad. Om toch enige vorm van invloed van de raad te verzekeren, bepaalt artikel 169 lid 4 Gemeentewet dat het college de raad vooraf inlichtingen geeft over de uitoefening van enkele bevoegdheden, waaronder het besluiten een privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In dat laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad zijn wensen en bedenkingen terzake ter kennis van het college heeft kunnen brengen (artikel 169 lid 4 Gemeentewet). Voor het besluiten tot het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon is in alle gevallen een voorhangprocedure bij de raad voorgeschreven (art. 160 lid 2 Gemeentewet).

Mandaat en volmacht

Het college kan zijn bevoegdheid te besluiten tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling mandateren aan een ambtenaar (artikel 10:3 Awb). De burgemeester kan van zijn bevoegdheid volmacht verlenen aan een ambtenaar (art. 171 lid 2 Gemeentewet). Dit volgt uit het woord 'opdragen', dat in Gemeentewettelijke context een synoniem is voor mandaat of volmacht.[84]

T2.1.3 Feitelijke bevoegdheden

Algemeen

De regeling inzake bevoegdheidsverdeling van de Gemeentewet beperkt zich niet tot rechtshandelingen, maar is ook van toepassing op bevoegdheden tot het verrichten van feitelijke handelingen. Ook daarvoor geldt dat zij in autonomie berusten bij de raad voor zover zij niet bij of krachtens de wet aan een ander orgaan zijn toegekend (art. 147 lid 2 Gemeentewet), terwijl zij in medebewind berusten bij het college, tenzij ze bij of krachtens de wet bij een ander orgaan is gelegd (art. 147 lid 3 Gemeentewet).

Mandaat en volmacht

Beide organen kunnen van deze bevoegdheden machtiging verlenen aan ambtenaren (artikel 10:11 jo. 10:3 Awb), terwijl ook het 'wethoudersmandaat' van artikel 168 Gemeentewet mogelijk is.

---

[83] J.T. van Stegeren, *Gemeentelijke vertegenwoordiging in en buiten rechte*, Den Haag 1989, p. 93; P.J. Huisman en N. Jak, 'Beslissingen ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid', *JBplus* 2008/3, p. 162-165 en de noot van F.J. van Ommeren onder HR 1 juni 2012, AB 2013, 204.

[84] Vgl. *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 56.

T2.2 Hulpstructuren I: publiekrechtelijke bevoegdheden

T2.2.1 Algemeen

Wanneer gemeentebesturen overwegen een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten of daarin deel te nemen, zal het vaak de bedoeling zijn daaraan taken en bevoegdheden toe te kennen die voorheen bij de organen van de hoofdstructuur van de gemeente hebben berust, dan wel die daarbij zouden kunnen berusten. Als het gaat om publiekrechtelijke bevoegdheden is van belang dat het gemeenterecht een zogeheten *gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling* kent. Dit houdt in dat een gemeentelijk bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid alleen kan attribueren of delegeren aan de organen en instellingen die de wet in formele zin kent.[85] Dit heeft verregaande gevolgen voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten: zij kunnen in beginsel geen eigen bevoegdheid krijgen om bijvoorbeeld vergunningen te verlenen of belastingen te heffen. Uitzondering hierop is bijvoorbeeld de stichting voor openbaar onderwijs, waaraan het beheer van een openbare school kan worden gedelegeerd; dit is mogelijk omdat de wetgever in formele zin hierin heeft voorzien (zie bijv. art. 17 lid 1 Wet op het primair onderwijs). Delegatie aan publiekrechtelijke hulpstructuren (de bestuurscommissie en organen op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen) is wél mogelijk.

T2.2.2 Attributie

Bij attributie gaat het om de figuur waarbij een gemeentelijke verordening een bevoegdheid (bijvoorbeeld een vergunning- of subsidieverlening) in het leven roept, en toekent aan een bestuursorgaan. Voor deze handreiking gaat het dan dus om toekenning, niet aan het college of de burgemeester, maar aan commissie, een Wgr-orgaan, of een privaatrechtelijke rechtspersoon. Vanwege het gesloten stelsel van bevoegdheidsverdeling is dat niet toegestaan. De gemeenteraad moet de uitvoering van zijn verordeningen immers toekennen aan het college van burgemeester en wethouders (art. 160 lid 1 onder b Gemeentewet). Attributie blijft dan ook verder buiten beschouwing.

Wanneer een gemeentelijke verordening zou bepalen dat een bepaalde handeling verboden is behoudens vergunning van een bestuurscommissie, dan is dat in strijd met de Gemeentewet. De vergunningbevoegdheid moet aan het college of de burgemeester worden geattribueerd, waarna zij vervolgens op basis van artikel 165 of 178 Gemeentewet aan een bestuurscommissie kan worden gedelegeerd. Een verordening mag evenmin bestuursbevoegdheid attribueren aan een orgaan op basis van de Wgr; ook daarvoor is delegatie de aangewezen figuur (art. 30 Wgr).

Op dezelfde manier mag een gemeentelijke verordening niet bepalen dat een bepaalde handeling verboden is behoudens vergunning van een privaatrechtelijke rechtspersoon (of een door het college aan te wijzen rechtspersoon). De vergunningbevoegdheid moet aan het college of de burgemeester worden geattribueerd; delegatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon is uitgesloten, omdat de Gemeentewet die figuur niet kent.

T2.2.3 Delegatie

Publiekrechtelijke vormen

De Gemeentewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen voorzien wél in delegatiemogelijkheden aan publiekrechtelijke hulpstructuren. Zo kunnen aan een bestuurscommissie bevoegdheden van de raad (waaronder verordenende bevoegdheid), het college en de burgemeester worden gedelegeerd (art. 156, art. 165 resp. art. 178 Gemeentewet).[86] Deze bevoegdheden kunnen ook worden gedelegeerd en aan een gemeenschappelijk orgaan, aan het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie of aan organen van een openbaar lichaam (artikel 30 lid 1 Wgr).[87]

[85] Zie Zijlstra 2009, p. 262-266 en F.H. Kistenkas, 'Gemeentewettelijke organen en bevoegdheden. Open of gesloten stelsel van competentietoedeling?' Gst. 1999-7097 p. 241-245.

[86] R.J.M.H. de Greef, 'Deelgemeenten, deelgemeentebesturen en territoriale bestuurscommissies: do's and dont's', Gst. 2010, 1.

[87] R.J.M.H. de Greef, 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!', Gst. 2008, 107.

De gemeentelijke bestuurscommissie kan op deze manier worden gebruikt voor verzelfstandiging van bevoegdheden waarvan raad en college menen dat zij 'op afstand van de politiek' moeten worden uitgeoefend. Het meest bekende voorbeeld is het bestuur van het openbaar onderwijs, maar te denken valt ook bijvoorbeeld aan het toezicht op de markt en het verdelen van kunstsubsidies.[88]

Voor het in samenwerking uitoefenen van gemeentelijke bestuursbevoegdheden biedt de Wgr het vehikel. Op die manier kunnen uiteenlopende bevoegdheden in samenwerking worden uitgeoefend, zoals daar zijn de veiligheidsregio's (uitvoering van de brandweer en GHOR)[89], de regionale gezondheidsdiensten (uitvoering in het kader van de publieke gezondheid, jeugd- en ouderengezondheidszorg)[90], belastingdiensten (gezamenlijke belastingheffing)[91], natuur- en recreatieschappen (beheer van de openbare ruimte), sociale diensten (uitvoering en soms beleid Wet werk en bijstand), werkvoorzieningsschappen (uitvoering en soms beleid Wet sociale werkvoorziening) e.d.

Privaatrechtelijke vormen

Delegatie[92] van een publiekrechtelijke bevoegdheid aan een privaatrechtelijke rechtspersoon is dus, behoudens een formeel-wettelijke grondslag, niet mogelijk.

Privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen dus geen gemeentelijke vergunningen verlenen, belasting heffen[93] etc. Een formeel-wettelijke grondslag voor overdracht van bestuursbevoegdheid wordt geboden in de onderwijswetgeving, die het mogelijk maakt dat een openbare school een privaatrechtelijke rechtspersoon is.

In de praktijk wordt wel gebruik gemaakt van de constructie waarbij een bestaand, open vergunningstelsel zo wordt uitgevoerd, dat in plaats van het beslissen op de aanvragen van alle aspirant-vergunninghouders, aan één (al dan niet commerciële) organisatie een algemene vergunning wordt verleend, welke laatste vervolgens de `vergunningen' verder distribueert.[94] Ook hier doet zich het risico van strijd met de Gemeentewet voor.[95]

In de jurisprudentie wordt wél aanvaard dat *de facto* subsidiebevoegdheid wordt overgedragen aan een privaatrechtelijke rechtspersoon. Het betreft de constructie waarbij de rechtspersoon – meestal een stichting, soms een besloten vennootschap – wordt gefinancierd door de gemeente om uitkeringen of andere op geld waardeerbare rechten te verdelen onder burgers. Die rechtspersoon wordt onder bepaalde omstandigheden dan aangemerkt als bestuursorgaan, dit om tegen haar beslissingen rechtsbescherming bij de bestuursrechter te openen.[96] Strikt genomen gaat het niet om delegatie van gemeentelijke bestuursbevoegdheid omdat de uitkeringen zelf niet op een wettelijke bevoegdheid berusten.

---

88 S.E. Zijlstra, 'Verzelfstandiging bij gemeenten: ongeregeld en ondoorzichtig', *Beleid & Maatschappij* 1998 nr. 3 p. 152-161.

89 R.J.M.H. de Greef, 'De veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?', Gst. 2009, 97 en R.J.M.H. de Greef en F. Maas, 'De veiligheidsregio: een bijzondere vorm van samenwerking', *RBOH* 2011/1, p. 17-23.

90 R.J.M.H. de Greef en S.E. Zijlstra, *Regionale gezondheidsdiensten & Veiligheidsregio's*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2013.

91 R.J.M.H. de Greef, 'Samenwerking op het gebied van heffing en invordering van gemeente- en waterschapsbelastingen', Gst. 2010, 87 en N.M. Oud en R.J.M.H. de Greef, 'Belastingsamenwerking in soorten en maten', *Belastingblad* 2008, p. 1487.

92 Het delegatieverbod laat overigens onverlet dat privaatrechtelijke rechtspersonen de bevoegdheid gemandateerd krijgen (zie onder, T2.2.4) of de feitelijke uitvoering van besluiten wordt opgedragen.

93 HR 8 oktober 1993, Gst. 1994, 6985, 4 m.nt. Hennekens, *NJ* 1994, 46 m.nt. Scheltema, *AB* 1994, 299 m.nt. Van der Burg.

94 Zie de VNG Model-marktverordening 2008 (vergunning organisatie).

95 Zie S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 349-362. Zie voor deze constructie bij het beheer van warenmarkten: www.demarktvanmorgen.nl.

96 Zie voor deze jurisprudentie het overzicht van Staatsraad AG Widdershoven in ECLI:NL:RVS:2014:2260.

T2.2.4 Mandaat

Algemeen

Een bestuursorgaan kan mandaat verlenen tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet (art. 10:3 lid 1 Awb). Hoewel mandaat vooral bedoeld is om aan ondergeschikten te worden verleend, heeft de wetgever mandaat aan niet-ondergeschikten – waar het bij commissies, Wgr-organen en privaatrechtelijke rechtspersonen om gaat – niet willen uitsluiten. Wel kan in dat geval de aard van de bevoegdheid eerder in de weg staan aan mandaatverlening dan in ondergeschiktheidsrelaties.
Mandaat van verordenende bevoegdheid is niet mogelijk, tenzij bij de verlening van die bevoegdheid in mandaatverlening is voorzien (art. 10:3 lid 2 onder a Awb). Dat laatste zal zich in de praktijk bij de hier bedoelde rechtsvormen niet voordoen.

Publiekrechtelijke vormen

Hoewel mandaat aan een bestuurscommissie niet wettelijk is uitgesloten[97], past het niet goed bij het wettelijk stelsel, waarbij de Gemeentewetgever vooral voor ogen heeft gehad dat bestuurscommissies hun bevoegdheden ontlenen aan delegatie, en dus in relatieve zelfstandigheid uitoefenen.

In de praktijk komt mandaat aan bestuurscommissies dan ook vooral voor in gevallen waarbij men, naast een gedelegeerde bevoegdheid, op een beperkt terrein ook bepaalde bevoegdheden in mandaat uitoefent.

Bij een openbaar lichaam, een bedrijfsvoeringsorganisatie of gemeenschappelijk orgaan op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen geldt hetzelfde als werd opgemerkt bij de bestuurscommissie: daarvoor is delegatie de geëigende figuur. Dat laat onverlet dat mandaat bij deze vormen wel degelijk voorkomt, zoals bij de omgevingsdiensten[98] en bij allerlei vormen van ambtelijke fusies.

Privaatrechtelijke vormen

Bij privaatrechtelijke rechtsvormen is, behoudens een formeel-wettelijke grondslag, mandaat de enige toegestane vorm van bevoegdheidsverkrijging. Daarbij is wel van belang dat het kader van artikel 10:3 lid 1 Awb, met name de belemmering dat de aard van de bevoegdheid zich niet tegen de mandaatverlening mag verzetten, bij privaatrechtelijke rechtspersonen van bijzondere betekenis is. Het gaat bij die belemmering namelijk niet alleen om de vraag of de bevoegdheid zich in algemene zin (in abstracto) verzet tegen mandaatverlening, maar ook of dat voortvloeit uit positie en aard van de gemandateerde.

In de jurisprudentie zijn verschillende voorbeelden te vinden van gevallen waarin de rechter mandaat aan een privaatrechtelijke rechtspersoon niet aanvaardbaar achtte. Zo oordeelde de Centrale Raad van Beroep heel algemeen dat de wetgever de kerntaken van de uitvoering van de Wet werk en bijstand 'als uitdrukkelijke opdracht aan het college heeft geformuleerd en dat die niet kunnen worden uitbesteed aan private bedrijven. Tot de kerntaken moeten worden gerekend het nemen van besluiten inzake de bijstandsverlening, de individuele gevalsbehandeling, de beoordeling van de aanspraak en de afweging van individuele omstandigheden, de opsporing, en de verificatie en validatie van voor de bijstand relevante gegevens, bijvoorbeeld door middel van vergelijking in geautomatiseerde bestanden.'[99]

Soms neemt de wetgever twijfel over de aanvaardbaarheid van mandaat aan een privaatrechtelijke rechtspersoon weg door expliciet te bepalen dat dit mogelijk is (zie bijvoorbeeld art. 19 Huisvestingswet 2014).

---

[97] Zie bijv. CRvB 1 juni 2006, LJN AX8754 (*Bestuurscommissie DSW*).

[98] Zie D.J. Elzinga, R.J.M.H. de Greef en S.A.J. Munneke, *Omgevingsdiensten onder de bestuurlijk-juridische loep*, Groningen/Amsterdam: RUG/VU 2014.

[99] CRvB 16 september 2014, AB 2014/422 m.nt. H.E. Bröring. Zie voor andere gevallen waarin mandaat aan particulieren niet werd toegestaan CRvB 10 nov. 1994, JB 1994, 345 m.nt. Vlemminx onder 346, TAR 1995, 8 m.nt. Goorden op p. 437-439, CRvB 10 nov. 1994, JB 1994, 346 m.nt. Vlemminx, TAR 1995, 9 m.nt. Goorden op p. 437-439 en over mandaat in het kader van de Jeugdwet Rb Gelderland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1016.

T2.3 Hulpstructuren II: privaatrechtelijke bevoegdheden

T2.3.1 Algemeen

Bij het toekennen van privaatrechtelijke bevoegdheden moet onderscheid worden gemaakt tussen rechtshandelingen die de gemeente moeten binden, en andere privaatrechtelijke rechtshandelingen. Met name bij instellingen met eigen rechtspersoonlijkheid (gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen, privaatrechtelijke rechtspersoon) zal het er niet om gaan dat aan hen de bevoegdheid wordt toegekend om de gemeente te binden (dus namens de gemeente een overeenkomst te sluiten), maar om zichzelf te binden. Die bevoegdheid hoeft hen door het gemeentebestuur ook niet te worden toegekend: zij hebben die al omdat zij rechtspersoon zijn. Omgekeerd kan een hulpstructuur (de bestuurscommissie) die zelf geen rechtspersoonlijkheid heeft, zichzelf privaatrechtelijk niet binden: hij kan alleen bevoegd worden gemaakt om de gemeente te binden (volmacht).

T2.3.2 Publiekrechtelijke vormen

Gemeentelijke commissies hebben geen rechtspersoonlijkheid. Dat betekent niet dat zij niet in het privaatrechtelijk rechtsverkeer kunnen optreden: zij kunnen de bevoegdheid van het college om te besluiten tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling gemandateerd of gedelegeerd krijgen (art. 10:3 Awb resp. art. 165 Gemeentewet) en de bevoegdheid van de burgemeester om de rechtshandeling daadwerkelijk te verrichten, krachtens volmacht verkrijgen (artikel 171 lid 2 Gemeentewet). Zij treden dan steeds op namens de rechtspersoon de gemeente.

Bij veel overheden bestaat de gedachte dat, om bij een verzelfstandiging het optimale resultaat te bereiken, rechtspersoonlijkheid noodzakelijk is; immers alleen dan kan men zelfstandig in het privaatrechtelijk rechtsverkeer optreden. Omdat bestuurscommissies geen rechtspersoonlijkheid kunnen hebben, worden zij vaak als mogelijkheid overgeslagen. Dit is een misvatting. Een bestuurscommissie kan inderdaad niet op eigen titel in het handelsverkeer optreden, een privaatrechtelijke rechtspersoon kan dat wel. Dat heeft met zelfstandigheid als zodanig echter niets van doen. Een commissie kan, als daartoe een delegatie respectievelijk volmacht is verleend, bestuurlijk gezien zelfstandig in dat verkeer optreden; omgekeerd komt het vaak voor dat privaatrechtelijke rechtspersonen die een gemeentelijke taak uitvoeren, voor belangrijke aankopen de toestemming van het college nodig hebben.

Gemeenschappelijke openbare lichamen en bedrijfsvoeringsorganisaties op basis van de Wgr hebben eigen rechtspersoonlijkheid (art. 8 lid 1 resp. art. 8 lid 3 Wgr), en kunnen uit dien hoofde op eigen titel privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten. In de getroffen regeling kunnen hieraan beperkingen worden gesteld (art. 31 Wgr). Zo kan beperkt worden wat voor koopovereenkomsten kunnen worden aangegaan (tot een bepaald bedrag) of kan de bevoegdheid leningen te verkrijgen of verstrekken worden beperkt om risico's te beperken. Sinds 1 januari 2015 is de bevoegdheid om privaatrechtelijke organisatievormen op te richten of daaraan deel te nemen van rechtswege beperkt, dat mag een gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie alleen nog indien de gemeenschappelijke regeling in de mogelijkheid voorziet en dus niet langer van rechtswege (art. 31a Wgr).

T2.3.3 Privaatrechtelijke vormen

Stichtingen, vennootschappen en andere privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen eveneens op eigen titel privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten. Zij bezitten immers rechtspersoonlijkheid (art. 2:3 BW). In de statuten kunnen hieraan inhoudelijke of procedurele beperkingen worden gesteld.

Als gezegd komt het regelmatig voor dat privaatrechtelijke rechtspersonen die een gemeentelijke taak uitvoeren (havenbedrijven en vervoerbedrijven in de vorm van een naamloze vennootschap, welzijnsstichtingen), voor belangrijke aankopen statutair de toestemming van het college of de algemene vergadering (waarin de gemeente als enig aandeelhouder zit) nodig hebben.

T2.4 Hulpstructuren III: Feitelijke handelingen

Hier kan worden volstaan met enkele, voor alle rechtsvormen geldende opmerkingen. Hoewel de Gemeentewet wat betreft interne bevoegdheidsverdeling geen onderscheid maakt tussen publiekrechtelijke bevoegdheden en andere bevoegdheden, is het niet zo dat het gesloten stelsel ook betrekking heeft op de bevoegdheid om feitelijke handelingen te verrichten. Het verrichten van feitelijke handelingen (bijvoorbeeld het beantwoorden van brieven, beslissen over openingstijden van kantoren etc.) is inherent aan het bezitten van andere bevoegdheden, en hoeft dus ook niet afzonderlijk te worden toegekend. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat voor het verrichten van sommige feitelijke handelingen (afsluiten van een straat, afbreken van een gebouw dat zonder vergunning is gebouwd) wel degelijk een publiekrechtelijke bevoegdheid nodig is. Dat betekent dat wanneer bijvoorbeeld aan een gemeentelijke commissie de bevoegdheid tot beheer van de gemeentelijke parken is toegekend, dit niet betekent dat daarmee ook de bevoegdheid bestaat bestuursdwang toe te passen ten aanzien van zaken die zich illegaal in die parken bevinden.

Hebben dus publiekrechtelijke en privaatrechtelijke hulpstructuren bepaalde inherente feitelijke bevoegdheden, dan kunnen deze bij hun regelingen respectievelijk statuten inhoudelijk of procedureel worden beperkt.

Als het bestuur van het gemeentelijk zwembad wordt verzelfstandigd in de vorm van een stichting, dan is het mogelijk dat de statuten bepalen dat bijvoorbeeld de vaststelling of wijziging van de openingstijden de goedkeuring van het college behoeft.

Toelichting 3: Juridische gevolgen

Kern van de keuze die de wetgever in artikel 160 lid 2 Gemeentewet heeft gemaakt voor publiekrechtelijke rechtsvormen, is dat aan die rechtsvormen automatisch bepaalde waarborgen zijn verbonden, waarborgen die niet of niet automatisch aan privaatrechtelijke rechtsvormen zijn verbonden. Het gaat dan om waarborgen bij het gebruik van bevoegdheden en bij de besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid.[120] Hieronder worden die waarborgen per rechtsvorm in beeld gebracht. De analyse wordt echter breder getrokken: ook op andere punten die voor de bestuurspraktijk belangrijk zijn, heeft de keuze voor een bepaalde rechtsvorm gevolgen.[121] Wij bespreken achtereenvolgens:

- Democratische controle (waaronder verantwoordelijkheid, toezicht en andere sturingsinstrumenten);
- Toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht;
- Openbaarheid;
- Klachtrecht;
- Aansprakelijkheid;
- Status van de werknemers (ambtenaar of niet);
- Toepasselijkheid van de subsidietitel van de Awb op de financiering, en
- Aanbestedingsrecht.

T3.1 Democratische controle

T3.1.1 Algemeen

Hieronder wordt per hulpstructuur bezien in beeld gebracht hoe het zit met democratische controle (waaronder verantwoordelijkheid, toezicht en andere sturingsinstrumenten).

Besluiten en andere handelingen worden toegerekend, en kunnen ook alleen worden toegerekend, aan organen en ambten die zeggenschap over die besluiten en handelingen hebben. Ook kunnen zij slechts politiek verantwoordelijk zijn voor zover zij zeggenschap over die besluiten en handelingen hebben. Wat dat laatste betreft geldt wel dat, voor zover er door de hulpstructuur overheidstaken worden behartigd, overheidsbevoegdheden worden uitgeoefend of overheidsmiddelen zijn toegekend, er altijd steeds een stelselverantwoordelijkheid van het college bestaat.

T3.1.2 De bestuurscommissie

Artikel 85 lid 1 Gemeentewet bepaalt in algemene zin dat de raad, het college of de burgemeester de verantwoording regelt aan de raad, het college, onderscheidenlijk de burgemeester. Deze organen kunnen besluiten en andere, niet-schriftelijke beslissingen gericht op enig rechtsgevolg van een door hen ingestelde bestuurscommissie vernietigen (art. 85 lid 2 Gemeentewet). Voor zover dat in verband met de aard en de omvang van de overgedragen bevoegdheden nodig is, regelt de raad, het college of de burgemeester het overige toezicht op de uitoefening van de bevoegdheden door een door hem ingestelde bestuurscommissie. Dit overige toezicht kan mede de goedkeuring omvatten van de beslissingen van een bestuurscommissie (art. 85 lid 3 Gemeentewet). Naast dit algemene artikel is nog van belang dat, voor zover aan de commissie bevoegdheden zijn gedelegeerd, de delegerende bestuursorganen beleidsregels kunnen stellen over de gedelegeerde bevoegdheid, en de delegatie intrekken (art. 4:81 en art. 10:16 Awb).

[120] Zie toelichting 1.

[121] Zie N. Jak & S.E. Zijlstra, 'De overheidsstichting: een tussenstand', in: M.L. Lennarts e.a. (red.), *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu 2011 p. 191-214 en N. Jak, *Semipublieke instellingen*, diss. VU, Den Haag: Bju 2014.

Het college en de burgemeester zijn aan de raad verantwoording verschuldigd voor het gebruik of niet-gebruik van deze controle-instrumenten.

De gemeenschappelijke regeling

De gemeenschappelijke regeling kan in verschillende juridische vormen bestaan: het openbaar lichaam (art. 8 lid 1 Wgr), het gemeenschappelijk orgaan (art. 8 lid 2 Wgr), de bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 8 lid 3 Wgr), de centrumregeling (art. 8 lid 4 Wgr) en de regeling zonder meer. Op de controlemechanismen van deze vormen wordt in toelichting 4 nader ingegaan.

Privaatrechtelijke rechtspersonen

Afgezien van de situatie van mandaat door het gemeentebestuur (daarbij ligt toezicht en verantwoordelijkheid geheel bij de mandaatgever) hangt de mate van controle en de omvang van de politieke verantwoordelijkheid voor de taakbehartiging af van de rechtsvorm en de inhoud van de statuten: daar kunnen dus geen algemene uitspraken over worden gedaan.

Afgezien van bijzondere wettelijk regelingen zijn er geen wettelijk voorgeschreven controleregiems voor verbonden partijen. Dat betekent dat de statuten kunnen bepalen welke toezichts- en controle-instrumenten het gemeentebestuur zich voorhoudt, voor zover het Burgerlijk Wetboek dit toestaat. Er zijn stichtingen waaraan het college subsidie verleent, en die alleen onder het algemene subsidieregiem van de Awb vallen, tot aan de andere kant overheidsvennootschappen waarin een de raad van commissarissen of het bestuur door de gemeente wordt benoemd, en belangrijke besluiten (waaronder begroting en rekening) de goedkeuring van het gemeentebestuur behoeven.

Wel zij gewezen op het verschil met de publiekrechtelijke organisatievormen dat bij privaatrechtelijke rechtspersonen het belang van de rechtspersoon zelf een rol, soms zelfs zeer belangrijke rol speelt.[102]

T3.2 Algemene wet bestuursrecht

T3.2.1 Publiekrechtelijke rechtsvorm

Bestuurscommissies en Wgr-organen zijn orgaan van een rechtspersoon, krachtens publiekrecht ingesteld, en om die reden voor al hun handelingen onderhevig aan de Awb (art. 1:1 lid 1 onder a Awb). Rechtsbescherming bij de bestuursrechter bestaat alleen voor zover zij besluiten in de zin van de Awb nemen.

T3.2.2 Privaatrechtelijke rechtsvorm

Gemeentelijke organen kunnen geen publiekrechtelijke bevoegdheden attribueren of delegeren aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Zij kunnen dan ook geen bestuursorgaan zijn, waarmee de Awb niet op hun handelingen van toepassing is. Ook als ongeschreven recht gelden de beginselen van behoorlijk bestuur niet voor hun handelen.[103]

Op enkele punten lijdt dit uitzondering. Ten eerste kunnen bij van de rechtspersoon ambtenaren werkzaam zijn (zie onder T3.6). Waar het gaat om handelingen jegens die ambtenaren, is het bestuur van de rechtspersoon dan met openbaar gezag bekleed, en is de Awb op die handelingen van toepassing. Ten tweede kan het zijn dat het gaat om een rechtspersoon die, geheel of grotendeels door de gemeente gesubsidieerd en overeenkomstig criteria van het gemeentebestuur uitkeringen of andere op geld waardeerbare rechten onder burgers verdeelt: die rechtspersoon is dan een bestuursorgaan, waarmee de Awb wél van toepassing is.[104]

[102] Zie voor een overzicht C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, diss. RUG, Deventer: Kluwer 1994, p. 56.
[103] Jak 2014, p. 87-97.
[104] Zie hierover ook toelichting 2.

T3.3 Openbaarheid

T3.3.1 Publiekrechtelijke rechtsvorm

De toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) is gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan van de Awb. Omdat bestuurscommissies en Wgr-organen bestuursorgaan zijn, is de Wet openbaarheid van bestuur automatisch op hen van toepassing. Dit geldt overigens ook voor de Archiefwet 1995.

T3.3.2 Privaatrechtelijke rechtsvorm

Omdat de hier bedoelde privaatrechtelijke rechtspersonen geen bestuursorgaan zijn, is de Wet openbaarheid van bestuur op hen niet van toepassing. Dat lijdt uitzondering wanneer zij, zoals de Wob het uitdrukt, werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan (art. 3 Wob), waaronder in dit verband moet worden verstaan dat de gemeente overwegende invloed op de rechtspersoon heeft.[105]

De statuten kunnen niet voorzien in toepasselijkheid van de Wob, maar wel een eigen openbaarheidsregiem voorschrijven. Dat regiem kan materieel sterk overeenkomen met de Wob, maar die openbaarheid kan dan niet bij de bestuursrechter worden afgedwongen.

T3.4 Klachtrecht

T3.4.1 Publiekrechtelijke rechtsvorm

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman dan wel een gemeentelijke of gemeenschappelijke ombudsman is gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan van de Awb (art. 1a WNo). Omdat bestuurscommissies en Wgr-organen bestuursorgaan zijn, zijn deze klachtinstanties automatisch bevoegd de behoorlijkheid van hun handelen te beoordelen (art. 1a lid 1 onder b WNo).

T3.4.2 Privaatrechtelijke rechtsvorm

Omdat de hier bedoelde privaatrechtelijke rechtspersonen geen bestuursorgaan zijn, is de Nationale ombudsman of de gemeentelijke ombudsman niet bevoegd de behoorlijkheid van hun handelen te beoordelen.[106] De statuten van de rechtspersoon kunnen die bevoegdheid niet creëren, maar wel voorzien in een eigen klachtregeling en klachtinstantie.

T3.5 Aansprakelijkheid

T3.5.1 Algemeen

Civielrechtelijke aansprakelijkheid volgt in eerste instantie de regels over zeggenschap die voor die handelingen gelden. Bij mandaat is (de rechtspersoon achter) de mandaatgever aansprakelijk, omdat die volledige zeggenschap over de gemandateerde bevoegdheid heeft (artikel 10:2 jo art. 1:1 lid 4 Awb). Bij delegatie is het (de rechtspersoon achter) het bestuursorgaan waaraan de bevoegdheid is gedelegeerd, omdat het oorspronkelijk bevoegdheid orgaan de zeggenschap heeft verloren (artikel 10:13 jo art. 1:1 lid 4 Awb).

Daarmee is echter nog niet alles gezegd over de aansprakelijkheid. Zo is denkbaar dat een rechtspersoon die in mandaat een onzorgvuldig besluit neemt, zelf ook aansprakelijk is voor dat besluit, naast de rechtspersoon waartoe het mandaterende bestuursorgaan behoort. Het omgekeerde kan zich bij delegatie voordoen, waarbij dan ook nog van belang is dat het delegerende bestuursorgaan de bevoegdheidsuitoefening nog kan beïnvloeden door het stellen van beleidsregels (artikel 10:16 Awb).

[105] Zie ABRvS 12 oktober 2011, AB 2012, 24 en ABRS 16 november 2011, AB 2012, 60 en Jak 2014, p. 128-132.
[106] Zie Jak 2014, p. 109-112.

T3.5.2 De bestuurscommissie

Omdat de commissie geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft, is de gemeente als rechtspersoon in privaatrechtelijke zin aansprakelijk als het gaat om handelingen van de commissie (art. 1:1 lid 4 Awb).

T3.5.3 De gemeenschappelijke regeling

Bij de gemeenschappelijke regeling moet onderscheid worden gemaakt naar rechtsvorm. Gaat het om een gemeenschappelijk openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie waarvan de organen hun bevoegdheid aan delegatie door de gemeentebesturen ontlenen, dan is het openbaar lichaam resp. de bedrijfsvoeringsorganisatie aansprakelijk (art. 1:1 lid 4 Awb). Niet ondenkbaar is echter dat ook de achterliggende gemeenten aansprakelijk zijn, bijvoorbeeld omdat zij beleidsregels hebben gesteld die hebben bijgedragen aan het schadeveroorzakende besluit, of omdat zij om andere redenen medeaansprakelijk zijn.

T3.5.4 Privaatrechtelijke rechtspersonen

Het rechtspersonenrecht brengt mee dat de privaatrechtelijke rechtspersoon zelf aansprakelijk is voor zijn handelen en nalaten. Behoudens in het geval van mandaat (dan komt de gemeente als rechtspersoon van de mandaatgever als aansprakelijk lichaam in beeld) is de gemeente niet aansprakelijk.

Ook hier is echter mogelijk dat – met name bij onvoldoende verhaal bij de rechtspersoon – de achterliggende gemeente wordt aangesproken. Vooral is dat denkbaar als de gemeente overwegende invloed op die rechtspersoon heeft.[107]

T3.6 Status van de werknemers

T3.6.1 De bestuurscommissie

Personen die werkzaam zijn voor een gemeentelijke bestuurscommissie zijn ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet (art. 1 lid 1 Ambtenarenwet).

T3.6.2 De gemeenschappelijke regeling

Hetzelfde geldt voor personen die werkzaam zijn bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam[108] of bedrijfsvoeringsorganisatie op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

T3.6.3 Privaatrechtelijke rechtspersonen

Personen, werkzaam bij een privaatrechtelijke rechtspersoon, zijn alleen ambtenaar als de gemeente overwegende invloed op het beheer van die rechtspersoon heeft.[109]

T3.7 Toepasselijkheid subsidietitel Awb

T3.7.1 Algemeen

De Awb verstaat onder subsidie de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (artikel 4:1 lid 1 Awb). Het verrichten van publieke taken en/of het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen worden beschouwd als activiteiten in de zin van dat artikel, waarmee de financiering ervan als subsidie moet worden beschouwd.

T3.7.2 De bestuurscommissie

Omdat de bestuurscommissie geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft, is financiering niet te beschouwen als subsidie.

---

[107] Vgl. J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997 en H.J. de Kluiver, 'Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid. Over 'piercing the private veil' in publiek- en privaatrecht', in: S.C.J.J. Kortman e.a. (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 92.

[108] CRvB 26 november 1985, TAR 1985, 128.

[109] Zie Jak 2014, p. 158-162.

T3.7.3 De gemeenschappelijke regeling

De subsidietitel van de Awb is niet van toepassing op de aanspraak op financiële middelen die wordt verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (art. 4:21 lid 3 Awb). Bij openbare lichamen op grond van de Wgr is daar sprake van, dus is de subsidietitel op bekostiging van die lichamen niet van toepassing.

T3.7.4 Privaatrechtelijke rechtspersonen

Op bekostiging van privaatrechtelijke rechtspersonen is de subsidietitel van de Awb van toepassing.

T3.8 Aanbesteding

T3.8.1 Algemeen

Bij dit aandachtspunt gaat het om de vraag of de hulpstructuur moet worden beschouwd als een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet en de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

T3.8.2 De bestuurscommissie

De bestuurscommissie is onderdeel van de rechtspersoon gemeente, die op haar beurt weer een aanbestedende dienst is (zie artikel 1.1 Aanbestedingswet: 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen).

T3.8.3 De gemeenschappelijke regeling

Een openbaar lichaam op grond van de Wgr geldt als 'een samenwerkingsverband van deze overheden' (zie artikel 1.1 Aanbestedingswet), en is dus te beschouwen als een aanbestedende dienst.

T3.8.4 Privaatrechtelijke rechtspersonen

Een privaatrechtelijke rechtspersoon is aanbestedende dienst als zij moet worden aangemerkt als 'publiekrechtelijke instelling' in de zin van de Aanbestedingswet. Hiervoor gelden de volgende, criteria (artikel 1.1 Aanbestedingswet):

een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,

b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of

c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Of en onder welke omstandigheden hiervan sprake is, hangt sterk van de precieze omstandigheden van het geval af, [10] en is ook weer onderhevig aan een constante stroom van jurisprudentie.[11]

[10] Zie Jak 2014, p. 231-251.

[11] Verwezen zij naar http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen.

T3.9 Schatkistbankieren

T3.9.1 Algemeen

Gemeenten zijn verplicht om deel te nemen aan schatkistbankieren (geïntegreerd middelenbeheer; artikel 2 Wet financiering decentrale overheden).[112] Dit houdt in dat zij hun middelen aanhouden bij de Staat der Nederlanden.

T3.9.2 De bestuurscommissie

Omdat de bestuurscommissie geen eigen rechtspersoonlijkheid bezit, valt zij onder de verplichting tot schatkistbankieren van de gemeente.

T3.9.3 De gemeenschappelijke regeling

Openbare lichamen op basis van de Wgr vallen in beginsel onder de verplichting tot schatkistbankieren. Een uitzondering is mogelijk als het openbaar lichaam aantoonbaar geen eigen middelen heeft, of als zij deze op een andere manier in de schatkist aan kan houden.

T3.9.4 Privaatrechtelijke rechtspersonen

Privaatrechtelijke rechtspersonen vallen niet onder de Wet financiering decentrale overheden, en dus ook niet onder de verplichting tot schatkistbankieren. Dit betekent echter niet dat decentrale overheden middelen via een bewaarfunctie bij privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen stallen.

[112] Zie www.dsta.nl/Onderwerpen/Schatkistbankieren_voor_decentrale_overheden.

Toelichting 4: Rechtsvormen en belangenbehartiging

T4.1 Inleiding

In de eerste toelichting is beschreven dat de voorkeur voor publiekrecht zoals artikel 160 lid 2 Gemeentewet en artikel 158 lid 2 Provinciewet deze kennen, vooral ingegeven is vanuit het oogpunt dat de wetgever vindt dat bij publiekrechtelijke organisatievormen de democratische controlemogelijkheden toereikender zijn dan bij privaatrechtelijke organisatievormen. Hieronder wordt op hoofdlijnen beschreven hoe de publiek- en privaatrechtelijke organisatievormen er uit zien. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de publiekrechtelijke vormen van de bestuurscommissie (par. 2) en de gemeenschappelijke regelingen (par. 3) en tot slot de privaatrechtelijke vormen (par. 4).

T4.2 Publiekrechtelijke verzelfstandiging: (Bestuurs)commissies

T4.2.1 Historische achtergrond

T4.2.1.1 Gemeentelijke commissies

In 1964 werden in de gemeentewet bepalingen opgenomen omtrent gemeentelijke commissies.[113] Belangrijkste reden voor de wetswijziging was om het gebruik van privaatrechtelijke bestuursvormen, waartoe de gemeenten volgens de regering veelvuldig een vlucht namen, moest worden teruggedrongen.[114] De mogelijkheid werd gecreëerd om zowel territoriale als functionele commissies in te stellen (art. 61 lid 1 gemeentewet-oud).

Artikel 61 gemeentewet-oud

1. De raad kan commissies instellen
   a. met het oog op de behartiging van bepaalde belangen;
   b. met het oog op de behartiging van de belangen van deel van de gemeente hetwelk daarvoor hetzij door zijn ligging, hetzij door zijn karakter in aanmerking komt.
2. Hij regelt de bevoegdheden en de samenstelling.

De raad kon dus commissies instellen, en moest daarbij de bevoegdheden en de samenstelling regelen (art. 61 lid 2 gemeentewet-oud).[115] In beginsel konden alle bevoegdheden van de raad en het college door de raad worden overgedragen aan een commissie, uitgezonderd waren het vaststellen van de begroting, het voorlopig vaststellen van de rekening, de verordenende bevoegdheid voor zover door strafbepaling of politiedwang[116] en het heffen (instellen) van belastingen (art. 63 lid 1 gemeentewet-oud). Indien

[113] Wet van 9 juli 1964, *Stb.* 1964, nr. 256.
[114] *Kamerstukken II* 1961/62, 6 627, nr. 3, p. 3.
[115] Uitgezonderd waren (tijdelijke) adviescommissies aan het college en de burgemeester (art. 62 lid 1 gemeentewet-oud).
[116] Thans wordt dit bestuursdwang genoemd (vlg. art. 5:21 e.v. Awb en art. 125 Gemeentewet resp. art. 122 Provinciewet).

bevoegdheden van het college moesten worden overgedragen, dan besloot de raad op voorstel van het college (art. 63 lid 2 gemeentewet-oud).[117]

Bij de invoering van de huidige Gemeentewet in 1994 werd het commissiestelsel niet ingrijpend veranderd.[118] De mogelijkheden voor de raad om commissies in te stellen bleven bestaan.

T4.2.1.2 Provinciale commissies

De Provinciewet kent pas sinds 1979 de mogelijkheid om commissies in te stellen waaraan bevoegdheden konden worden overgedragen.[119] Net als bij gemeenten mocht het gaan om zowel territoriale als functionele commissies, hoewel artikel 64 Provinciewet-oud dat niet expliciet bepaalde.[120]

> **Artikel 64 Provinciewet-oud**
> Provinciale staten kunnen commissies instellen. Zij regelen de bevoegdheden en de samenstelling.

Provinciale staten kunnen dus commissies instellen.[121] Zij moesten daarbij de bevoegdheden en de samenstelling regelen. Provinciale staten konden hun eigen bevoegdheden overdragen (art. 88 lid 1 Provinciewet-oud), met uitzondering van de bevoegdheid met betrekking tot waterschappen, de begroting, de rekening, de verordenende bevoegdheid voor zover door straf te handhaven, de regels met betrekking tot het geldelijk beheer en de boekhouding en het heffen (instellen) van belastingen (art. 88 lid 1 Provinciewet-oud). Provinciale staten konden ook, op voorstel van gedeputeerde staten, bevoegdheden van gedeputeerde staten overdragen aan een commissie, met uitzondering van (interbestuurlijke) toezichtsbevoegdheden en bevoegdheden met betrekking tot de uitgaven (art. 103a lid 1 Provinciewet-oud).

T4.2.1.3 Waterschapscommissies

De Waterschapswet kent geen mogelijkheid om commissies in te stellen waaraan bevoegdheden worden toegekend.[122]

T4.2.1.4 Gemeenschappelijke commissies

De Gemeentewet noch de Provinciewet maakt het mogelijk om gezamenlijke commissies in te stellen.[123] Wat natuurlijk wel mogelijk is, is dat meerdere gemeenten ieder een commissie instellen, waarbij de verschillende commissies een persoonlijke unie kennen. Naar buiten toe lijkt dan sprake te zijn van één commissie, maar juridisch is sprake van meerdere bestuursorganen.

De intergemeentelijke bestuurscommissies die de Gemeentewet tot 1950 kende, zijn bij de invoering van de Wet gemeenschappelijke regelingen-1950 komen te vervallen. Het gemeenschappelijk orgaan in de zin van artikel 8 lid 2 Wgr is thans, wat vroeger een intergemeentelijke bestuurscommissie werd genoemd.

---

[117] Dit betreft een vorm van *allodelegatie* of *alienodelegatie* (vgl. art. 10:20 Awb).

[118] De wijzigingen ten aanzien van de deelgemeentebesturen blijven buiten beschouwing, nu de deelgemeenten in 2014 zijn afgeschaft (Wet van 7 februari 2013, *Stb.* 2013, nr. 76). Zie omtrent de eerdere mogelijkheden van deelgemeenten R.J.M.H. de Greef, 'Deelgemeenten, deelgemeentebesturen en territoriale bestuurscommissies: do's and dont's', Gst. 2010, 1. Zie omtrent de afschaffing M.T. Oosterhagen, 'Het wetsvoorstel afschaffing deelgemeenten', Gst. 2012, 39 en D.E. Bunschoten, 'Deelgemeenten en deelraden in de opruiming', *TvCR* 2012/1, p. 86-95.

[119] Wet van 30 mei 1979, Stb. 1979, 317.

[120] *Kamerstukken II* 1974/75, 13 300, nr. 3, p. 10.

[121] Uitgezonderd waren (tijdelijke) adviescommissies aan gedeputeerde staten of de commissaris van de Koning (art. 65 lid 2 Provinciewet-oud).

[122] De Waterschapswet kende voorheen wel de mogelijkheid afdelingen in te stellen bij provinciaal reglement (een soort territoriale commissies; zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19 995, nr. 3, p. 41-42). Deze mogelijkheid is bij de Wet modernisering waterschapsbestel (Wet van 21 mei 2007, *Stb.* 2007, nr. 208) geschrapt.

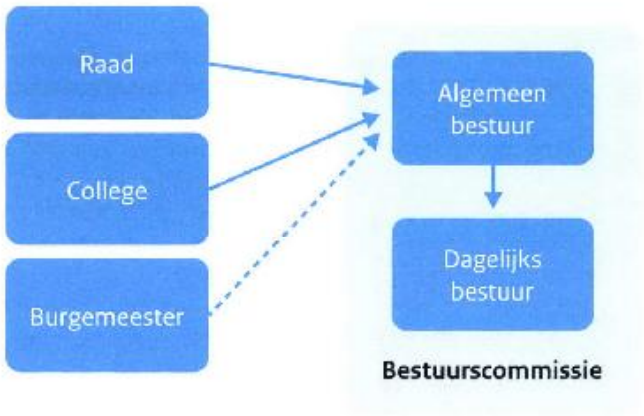
[123] Uitzonderingen zijn de gezamenlijke ombudscommissies (art. 81y e.v. Gemeentewet, art. 79z Provinciewet resp. art. 51k Waterschapswet). De gemeenschappelijke rekenkamer is geen gemeenschappelijke commissie, maar een gemeenschappelijk orgaan in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen (art. 81l Gemeentewet resp. art. 79l Provinciewet).

Naast de mogelijkheid van een gemeenschappelijk orgaan, kan ook een 'gezamenlijke' bestuurscommissie bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam worden ingesteld. Artikel 25 lid 1 Wgr maakt het mogelijk dat het algemeen bestuur van een openbaar lichaam een bestuurscommissie instelt, op voorwaarde dat de gemeenschappelijke regeling in de mogelijkheid van die oprichting voorziet.[124] Deze bestuurscommissie kan bevoegdheden van zowel het algemeen bestuur als het dagelijks bestuur overgedragen krijgen (art. 25 lid 3 Wgr).[125] Een dergelijke bestuurscommissie kan worden gebruikt om de uitoefening van bevoegdheden te verzelfstandigen van het samenwerkingsverband, zodat bijvoorbeeld onafhankelijke personen daarnaar kunnen kijken. Dit is bijvoorbeeld gebeurt ten aanzien van het Schadeschap Luchthaven Schiphol, waar de bestuurscommissie die uit onafhankelijken bestaat de bevoegdheden ten aanzien van schadetoekenning uitoefent.[126]

T4.2.1.5 Inrichting en samenstelling commissie[127]

De Gemeentewet, de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen zwijgen over de inrichting en vormgeving van bestuurscommissies. Er zijn drie hoofdmodellen denkbaar.[128] Bij de eerste variant wordt een eenhoofdige bestuurscommissie ingesteld, het zogenoemde *commissarismodel*. Een tweede model is de *traditionele bestuurscommissie* of *bestuurscommissie in strikte zin*. Dat betekent dat er één bestuursorgaan wordt ingesteld, dat bestaat uit meerdere leden. Zij vormen in beginsel een collegiaal bestuur. Het is voorts mogelijk twee traditionele bestuurscommissies in te stellen die in de onderlinge verhoudingen als algemeen bestuur en dagelijks bestuur gaan functioneren (zie hieronder). Tot slot bestaat de *gelede bestuurscommissie*, een bestuurscommissie met twee organen.[129] In dat geval is er sprake van een bestuurscommissie (een "algemeen bestuur") met een subcommissie (een "dagelijks bestuur").[130] De opdrachtgever gaat primair uit van de gelede bestuurscommissie of een samenstel van twee traditionele bestuurscommissies.

Bij de gelede bestuurscommissie bestaan zoals gezegd een algemeen bestuur, juridisch gezien de bestuurscommissie, en een dagelijks bestuur, dat als subcommissie van de bestuurscommissie moet worden gezien.[131] Het dagelijks bestuur heeft dan geen eigen bevoegdheden, maar kan wel bevoegdheden van het algemeen bestuur gemandateerd krijgen.

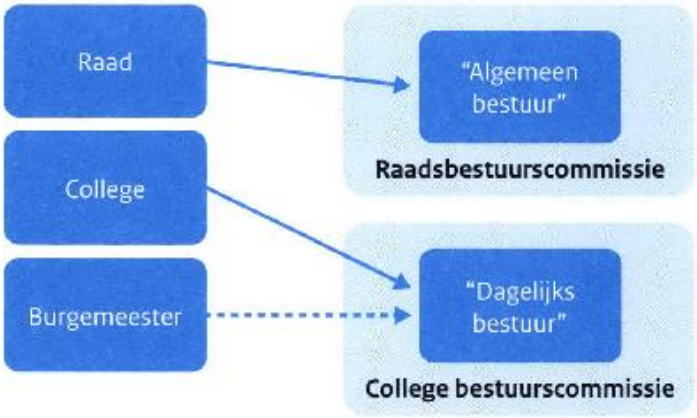


Geleend model

[124] Zie uitgebreider over de (on)mogelijkheden van bestuurscommissies bij een openbaar lichaam R.J.M.H. de Greef, 'Binnenregionale decentralisatie: de paradox van verdergaande regionalisatie', Gst. 2012 (7370), 54.
[125] CRvB 16 maart 2010, *LJN* BL8816; Gst. 2010, 47, m.nt. R.J.M.H. de Greef (*Sociale Dienst Drechtsteden*).
[126] Zie bijv. ABRvS 5 december 2007, *LJN* BB9458 (*Schadeschap Luchthaven Schiphol*).
[127] Dit onderdeel is ontleend aan R.J.M.H. de Greef, S.A.J. Munneke en S.E. Zijlstra, *Binnengemeentelijke decentralisatie na afschaffing van de deelgemeenten en deelgemeentebesturen*, Vrije Universiteit: Amsterdam 2012.
[128] Vgl. S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), VUGA: Den Haag 1997, p. 414 en De Greef 2010, par. 5.3.
[129] Waarvan er overigens maar één bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht is.
[130] De situatie dat de bestuurscommissie een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur kent is overigens uitdrukkelijk door de wetgever voorzien. Zie in dit verband artikel 96 lid 2 Gemeentewet dat expliciet spreekt over het dagelijks bestuur van een bestuurscommissie.
[131] Zoals bijvoorbeeld de Tweede Kamer ook commissies kent, of te vergelijken met een raadscommissie ten opzichte van de raad.

Het dagelijks bestuur wordt door het algemeen bestuur benoemd. Het algemeen bestuur kan daarbij primair uit zijn eigen leden kiezen (een monistisch stelsel), maar kan eventueel ook kiezen voor dagelijkse bestuurders van buiten het algemeen bestuur zelf (een dualistisch stelsel). De benoeming van leden van het dagelijks bestuur kan ook aan de raad, het college of de burgemeester worden gelaten. Het is zelfs mogelijk dat de leden van het dagelijks bestuur rechtstreeks worden gekozen, al is dat in de Nederlandse bestuursstructuur niet gebruikelijk. Bij een monistisch stelsel ligt het voor de hand de bevoegdheden zoveel mogelijk in één hand te houden (bij het algemeen bestuur), terwijl het bij een dualistisch stelsel meer voor de hand ligt de kaderstellende en controlerende bevoegdheden te scheiden van de uitvoerende bevoegdheden. Op de onderlinge relaties tussen het algemeen bestuur en het dagelijks bestuur en op de verantwoordingsrelaties wordt hieronder nog teruggekomen.

Het is ook mogelijk meerdere traditionele bestuurscommissies in te stellen, om te komen tot een stelsel met algemeen bestuur en dagelijks bestuur, waarbij het "dagelijks bestuur" eigen overgedragen bevoegdheden heeft. Omdat formeel geen sprake is van een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur van dezelfde bestuurscommissie (er zijn immers twee bestuurscommissies), spreken wij hieronder van de raadsbestuurscommissie[152] en de collegebestuurscommissie. De raad stelt de raadsbestuurscommissie in en draagt daaraan de gewenste raadsbevoegdheden over (art. 156 lid 1 Gemeentewet). De raad kan aan deze raadsbestuurscommissie ook de bevoegdheid overdragen om nadere regels vast te stellen (art. 156 lid 3 Gemeentewet).[153] Het college van burgemeester en wethouders kan dan op zijn beurt, al dan niet tezamen met de burgemeester, een collegebestuurscommissie instellen en daaraan zijn eigen bevoegdheden overdragen (art. 165 lid 1 Gemeentewet).



Twee bestuurscommissies

Dit model sluit goed aan bij het gedualiseerde gemeentebestel, omdat de bevoegdheden niet weer in één hand komen. Dat was het primaire bezwaar van de regering tegen gezamenlijke bestuurscommissies, maar zoals hierboven beschreven heeft de regering dat bezwaar later teruggetrokken. Op de verantwoordelijkheidsrelaties wordt hieronder nog teruggekomen.

Artikel 83 lid 1 Gemeentewet bepaalt dat bij de instelling van een bestuurscommissie moet worden geregeld hoe de bestuurscommissie is samengesteld. Er wordt slechts vereist dat in een door de raad ingestelde bestuurscommissie geen collegeleden zitting nemen en in een door het college of de burgemeester ingestelde bestuurscommissie geen raadsleden zitting nemen (art. 83 lid 2 Gemeentewet). In een gezamenlijke bestuurscommissie mogen dus geen raads- en collegeleden zitting nemen.[154] De Gemeentewet laat verder in het midden wie zitting moeten nemen in de bestuurscommissie. Dat betekent dus concreet

[152] Dit is geen raadscommissie in de zin van artikel 82 Gemeentewet, maar een door de raad ingestelde bestuurscommissie ex artikel 83 Gemeentewet.

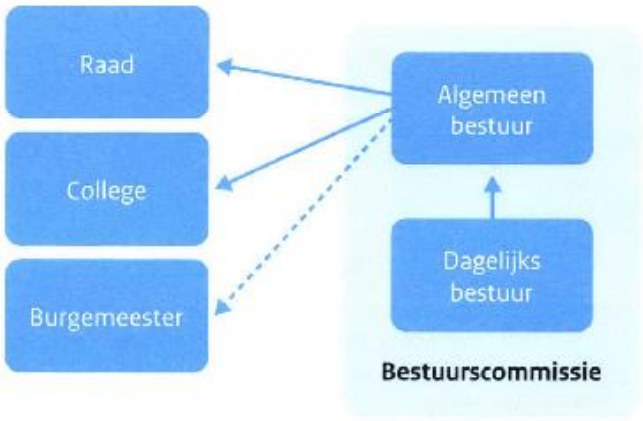
[153] Naar ons oordeel bestaat er geen wettelijke grondslag voor subdelegatie van deze bevoegdheid door het college van burgemeester en wethouders aan de collegebestuurscommissie, wanneer het college de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels heeft overgedragen gekregen.

[154] *Kamerstukken I* 2001/02, 27 751, nr. 10b, p. 61.

dat in de instellingsverordening zelf kan worden bepaald wie zitting nemen in de bestuurscommissie. Rechtstreekse verkiezing door ingezeten is daarbij mogelijk.[133] Het is voorts mogelijk een deel van de bestuurscommissie te laten kiezen, terwijl een ander deel door bijvoorbeeld de raad wordt benoemd. Ook raadsleden mogen zitting nemen in de bestuurscommissie[135], tenzij deze mede is ingesteld door het college of de burgemeester (art. 83 lid 2 Gemeentewet)[137]. Over de samenstelling van het dagelijks bestuur bij een gelede bestuurscommissie zwijgt de wet. Ook daar is het instellende bestuursorgaan in beginsel dus vrij om te kiezen hoe de samenstelling moet geschieden.

T4.2.1.6 Verantwoording bij bestuurscommissies

Artikel 85 lid 1 Gemeentewet schrijft voor dat het instellende bestuursorgaan de verantwoording van de bestuurscommissie regelt. Sinds de dualisering van het gemeentebestuur is dat niet meer automatisch de verantwoording aan de raad, maar in eerste instantie het afleggen van verantwoording aan het instellende bestuursorgaan. Dat bestuursorgaan moet op zijn beurt dan weer (politieke) verantwoording afleggen aan de raad (art. 169 resp. 180 Gemeentewet), tenzij het natuurlijk de raad zelf is.[138] Anders dan bij deelgemeentebesturen is het dus niet mogelijk de verantwoordingslijn jegens de instellers van de bestuurscommissie door te knippen. Bij een deelgemeentebestuur zijn de organen van dat bestuur immers in beginsel geen verantwoording schuldig aan de raad, het college of de burgemeester. Bij een model met een gelede bestuurscommissie ligt het voor de hand dat het dagelijks bestuur (de subcommissie) verantwoording aflegt aan het algemeen bestuur (de eigenlijke bestuurscommissie), die op zijn beurt dus verantwoording aflegt aan zijn instellers.



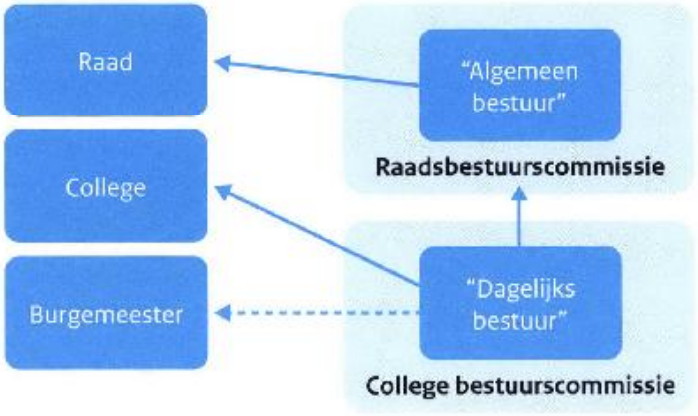
Inlichtingen (en verantwoording) bij gelede bestuurscommissie

Als sanctie op de verantwoordingsrelaties kan worden bepaald dat de bestuurscommissie (het algemeen bestuur) de leden van de subcommissie (het dagelijks bestuur) kan ontslaan.

De vraag rijst hoe ver de wettelijk verplichte verantwoording aan de insteller(s) moet gaan. Uit de parlementaire geschiedenis rond de voorlopers van artikel 85 Gemeentewet volgt dat met name werd gedacht aan rapportages, kennisgeving van besluiten en verstrekking van inlichtingen.[139] Een politieke verantwoordelijkheid, vergelijkbaar met artikel 169 en 180 Gemeentewet, geldt dan niet. Dit zou immers afbreuk doen aan het zelfstandige karakter van de bestuurscommissie. Dit laatste geldt zeker wanneer (een deel van) de leden van de bestuurscommissie rechtstreeks worden gekozen. Er is eigenlijk dus slechts sprake van een inlichtingenplicht.

[135] Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 6, p. 72. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33 017, nr. 3, p. 2-3. Deze verkiezingen vinden overigens niet krachtens de Kieswet plaats, maar moeten geregeld worden in een gemeentelijk kiesreglement (vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 017, nr. 6, p. 4).
[136] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 017, nr. 6, p. 3.
[137] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 017, nr. 6, p. 10 en 13.
[138] Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 751, nr. 3, p. 74.
[139] Zijlstra 1997, p. 422-423.

Het feit dat er een verantwoordingsplicht jegens de insteller(s) van de bestuurscommissie geldt, laat onverlet dat ook geregeld kan worden dat verantwoording moet worden afgelegd aan andere bestuursorganen. Zo kan binnen het model met twee bestuurscommissie (een voor de raads- en een voor de collegebevoegdheden) bepaald worden dat de ene bestuurscommissie (in casu die met collegebevoegdheden) tevens verantwoording aflegt aan de andere bestuurscommissie (in casu die met raadsbevoegdheden). Deze laatste bestuurscommissie kan ook bevoegd worden gemaakt tot benoeming en ontslag van de leden van de andere bestuurscommissie.



Inlichtingen (en verantwoording) bij twee bestuurscommissies

T4.3 Publiekrechtelijke samenwerkingsvormen: Gemeenschappelijke regelingen[140]

Een gemeenschappelijke regeling is een publiekrechtelijke overeenkomst tussen bestuursorganen. De gemeenschappelijke regeling is zelf geen rechtsvorm. Hier is vaak begripsverwarring over, want in de praktijk wordt vaak gesproken over de gemeenschappelijke regeling in de betekenis van het gemeenschappelijk openbaar lichaam. De gemeenschappelijke regeling is te vergelijken met de statuten bij een privaatrechtelijke rechtspersoon of een privaatrechtelijke overeenkomst. De gemeenschappelijke regeling zelf doet niks, het is een juridisch document.

De Wet gemeenschappelijke regelingen is de wet die de gemeenschappelijke regelingen omvat. Deze wet onderscheidt vijf vormen van gemeenschappelijke regeling: (1) het gemeenschappelijk openbaar lichaam, (2) het gemeenschappelijk orgaan, (3) de bedrijfsvoeringsorganisatie, (4) de centrumregeling en (5) de regeling zonder meer.

Hieronder wordt op de eerste drie vormen ingegaan, daarbij de volgorde van de wet aanhoudend. Op de centrumregeling en de regeling zonder meer wordt niet ingegaan, omdat deze geen vormen van verzelfstandiging inhouden.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat in sommige kaders wetteksten zijn opgenomen, zoals deze door allerlei van overeenkomstige toepassingen in gezamenlijk gelezen moeten worden (in de aanhef is dat weergegeven via de afkorting *jo.*). Het betreft daar dus geen teksten die één-op-één in de Wet gemeenschappelijke regelingen terug zijn te vinden.

[140] Deze paragraaf is ontleend aan de toelichtingen bij R.I.M.H. de Greef en R. Stolk, *Grip op regionale samenwerking: Handreiking voor gemeenteraadsleden en griffiers*, Sdu: Den Haag 2015 en R.J.M.H. de Greef en L.C.L. Huntjens, *Sturing & toezicht op Gemeenschappelijke regelingen: Handreiking voor provinciale staten van Overijssel*, Rekenkamer Oost-Nederland, Deventer 2014.

T4.3.1 Gemeenschappelijk openbaar lichaam

> **Artikel 8 lid 1 Wgr**
> Bij de regeling kan een openbaar lichaam worden ingesteld. Het openbaar lichaam is rechtspersoon.

Het gemeenschappelijk openbaar lichaam is de meest voorkomende vorm van publiekrechtelijke samenwerking. Het gemeenschappelijk openbaar lichaam heeft rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat het op eigen titel privaatrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten. Het kan bijvoorbeeld overeenkomsten sluiten en roerende en onroerende zaken kopen.

Aan het bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam kunnen in beginsel alle gemeentelijke bevoegdheden worden overgedragen. Om die reden wordt het gemeenschappelijk openbaar lichaam gezien als de zwaarste vorm van gemeenschappelijke regeling. Het heeft een geleed bestuur. Dit houdt in dat het ten minste een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter heeft (art. 12 lid 1 Wgr). Het algemeen bestuur staat aan het hoofd van het gemeenschappelijk openbaar lichaam en is eindverantwoordelijk voor wat binnen het gemeenschappelijk openbaar lichaam gebeurt (art. 12 lid 2 Wgr). De voorzitter is naast bestuursorgaan lid en voorzitter van het algemeen bestuur *en* van het dagelijks bestuur (art. 12 lid 3 Wgr).

De democratische legitimatie van (het bestuur van) het gemeenschappelijk openbaar lichaam is afkomstig van de deelnemers. Dit wordt verlengd lokaal bestuur genoemd. Verlengd bestuur betekent in de ogen van de wetgever dat er nauwe banden moeten zijn met de deelnemers. Die nauwe banden komen onder meer tot uitdrukking in:

- de bestuurssamenstelling;
- de verantwoordingsrelaties, en
- financiële banden.

T4.3.1.1 Bestuurssamenstelling

Het bestuur van het openbaar lichaam bestaat in elk geval uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter. Hieronder worden ze behandeld.

Voorzitter

De voorzitter van het gemeenschappelijk openbaar lichaam is, net als de burgemeester, een bestuursorgaan. De voorzitter heeft eigen bevoegdheden, bijvoorbeeld het in en buiten rechte vertegenwoordigen van het gemeenschappelijk openbaar lichaam (art. 33d lid 1 Wgr). Daarnaast is de voorzitter altijd voorzitter van het algemeen bestuur en het dagelijks bestuur (art. 12 lid 3 Wgr) en ook van rechtswege lid van het dagelijks bestuur (art. 14 lid 1 Wgr).

De voorzitter is geen onafhankelijke persoon, hij wordt door het algemeen bestuur aangewezen uit de leden van het algemeen bestuur zelf (art. 13 lid 9 Wgr). Het is niet mogelijk een voorzitter van buiten het algemeen bestuur aan te wijzen. Het is wel mogelijk in de gemeenschappelijke regeling te bepalen dat de voorzitter afkomstig moet zijn van de vertegenwoordigers van één bepaalde deelnemer of dat het voorzitterschap rouleert.

Dagelijks bestuur

Het dagelijks bestuur is een collegiaal bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het dagelijks bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam (art. 33b lid 1 onder a Wgr). Het bereidt de besluiten van het algemeen bestuur voor en voert de besluiten uit (art. 33b lid 1 onder b Wgr). Het dagelijks bestuur is ook verantwoordelijk voor de ambtelijke organisatie van het openbaar lichaam en om ambtenaren te benoemen, te schorsen en te ontslaan (art. 33b lid 1 onder c en d Wgr). Daaruit blijkt onder meer dat het dagelijks bestuur het organisatiebelang behartigd.

Het dagelijks bestuur bestaat uit de voorzitter en ten minste twee *door en uit* het algemeen bestuur te wijzen overige leden. Het gemeenschappelijk openbaar lichaam kent dus een monistisch stelsel: de leden van het dagelijks bestuur zijn in beginsel altijd ook lid van het algemeen bestuur. De omvang van het dagelijks bestuur wordt verder overgelaten aan degenen die de gemeenschappelijke regeling treffen, de gemeenschappelijke regeling moet daarin voorzien. Daarbij moet wel worden opgepast dat de leden van het dagelijks bestuur nooit een meerderheid mogen vormen in het algemeen bestuur (art. 14 lid 3 Wgr). Dat betekent dat als het dagelijks bestuur groter wordt, het algemeen bestuur automatisch groter moet worden. Ook geldt dat niet alle leden van het dagelijks bestuur afkomstig mogen zijn van één en dezelfde gemeente.

Op de regel dat leden van het dagelijks bestuur uit het algemeen bestuur komen, bestaat een uitzondering. De gemeenschappelijke regeling mag bepalen dat een beperkt aantal leden (zij mogen niet de meerderheid in het dagelijks bestuur vormen) mag worden aangewezen van 'buiten de kring van het algemeen bestuur' (art. 14 lid 2 Wgr). Dit zijn de zogenoemde externe leden. De aanwijzing in het dagelijks bestuur leidt er niet toe dat deze personen ook lid worden van het algemeen bestuur.

Het dagelijks bestuur is zoals gezegd een collegiaal bestuursorgaan. Dat betekent dat wanneer een besluit is genomen binnen het dagelijks bestuur, alle leden van het dagelijks bestuur zich daaraan committeren voor zover zij handelen als lid van het dagelijks bestuur. Het dagelijks bestuur besluit bij gewone meerderheid van stemmen. In beginsel heeft ieder lid één stem. Bij staking van de stemmen geeft de stem van de voorzitter de doorslag. Het dagelijks bestuur is daarmee te vergelijken met het college van burgemeester en wethouders binnen de gemeente.

Algemeen bestuur

Het algemeen bestuur is het vertegenwoordigend orgaan binnen het openbaar lichaam. Dit betekent dat de deelnemers daarin zijn vertegenwoordigd. In het algemeen bestuur zijn de deelnemende bestuursorganen in beginsel allemaal vertegenwoordigd met één lid. Het is echter mogelijk om in de gemeenschappelijke regeling van deze hoofdregel af te wijken.

Zo is het mogelijk te bepalen dat bepaalde deelnemers meerdere leden mogen aanwijzen (art. 13 lid 3 en lid 4 onder a Wgr). Bij een raadsregeling kunnen bijvoorbeeld ook oppositiepartijen zitting nemen in het algemeen bestuur. Die keuze is aan de bestuursorganen die de gemeenschappelijke regeling treffen.

Verder kan men bepalen dat niet alle deelnemende bestuursorganen iemand afvaardigen, of dat twee of meer bestuursorganen samen één lid van het algemeen bestuur aanwijzen (art. 13 lid 5 Wgr). Het mag echter niet zo zijn dat slechts één deelnemer is vertegenwoordigd in het algemeen bestuur.

In sommige regelingen wordt ook gewerkt met politieke fractievorming. Dat betekent dat niet langs de lijn van de gemeente wordt gestemd, maar dat leden van verschillende gemeenten met dezelfde politieke kleur elkaar opzoeken. Dit is echter in strijd met de Wet gemeenschappelijke regelingen, die vanwege het verlengd lokaal bestuur ervan uitgaat dat ieder lid namens de gemeenteraad of het college stemt.[141] Daarbij mogen natuurlijk wel ook andere gevoelens die in de raad spelen worden uitgesproken. Een motie om politieke fractievorming te onderzoeken, haalde het onlangs niet in de Tweede Kamer.[142]

Anders dan bij het dagelijks bestuur, is het algemeen bestuur geen collegiaal bestuursorgaan. Het algemeen bestuur is een vertegenwoordigend orgaan. Ieder lid van het algemeen bestuur vertegenwoordigt het bestuursorgaan dat hem heeft aangewezen. Leden van het algemeen bestuur stemmen dan ook niet verplicht zonder last en ruggespraak. Dat betekent overigens niet dat zij ook automatisch met last en ruggespraak stemmen. Dat wordt overgelaten aan ieder afzonderlijk bestuursorgaan dat een lid van het algemeen bestuur aanwijst. Duidelijk is echter dat het lid van het algemeen bestuur zijn stemrecht mag uitoefenen om het eigen individuele (gemeentelijke) belang te dienen.

[141] *Kamerstukken I* 2004/05, 27 008 en 29 532, nr. C, p. 17.

[142] *Kamerstukken II* 2013/14, 33 597, nr. 14. Zie ook *Handelingen II* 2013/14, 66, nr. 14. Minister Plasterk gaf aan het wel een interessante gedachte te vinden, maar hij heeft niet bewerkstelligd dat het ook mogelijk werd (*Handelingen II* 2013/14, 65, nr. 9, p. 10.

"De aangewezen leden vertegenwoordigen dus de raad; [...]. Bij een juiste wijze van vertegenwoordigen zal degene die door de gemeente is aangewezen, de in de raad levende opvattingen over het voetlicht moeten brengen, óók als deze afwijken van zijn persoonlijke, politieke, opvatting. Het is uiteraard niet de bedoeling van de wetgever dat opvattingen van minderheden niet tot uitdrukking komen. Evenmin kan het zo zijn dat een vertegenwoordiger zijn eigen opvatting laat prevaleren boven de meerderheidsopvatting in de raad die hem heeft aangewezen."[143]

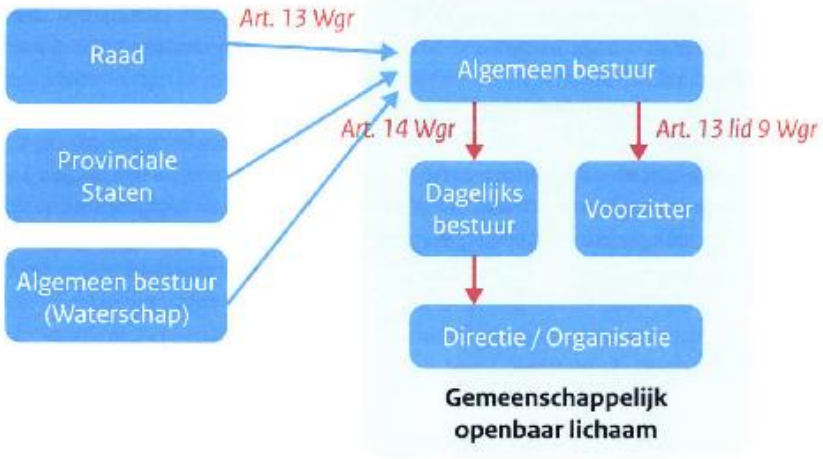
Welk bestuursorgaan de leden van het algemeen bestuur aanwijst, en dat dus door de leden van het algemeen bestuur wordt vertegenwoordigd, is afhankelijk van het type regeling.

Hieronder wordt de bestuursmodellen van raadsregeling, collegeregeling en gemengde regeling behandeld.

Raadsregeling

Artikel 13 lid 1 Wgr
Het algemeen bestuur van een openbaar lichaam, ingesteld bij een regeling die uitsluitend is getroffen door raden, bestaat uit leden die per deelnemende gemeente door de raad uit hun midden, met uitzondering van de voorzitter, worden aangewezen. [...]

Bij een raadsregeling worden de leden van het algemeen bestuur aangewezen door en uit de gemeenteraad. Schematisch ziet het volledige bestuur er als volgt uit:



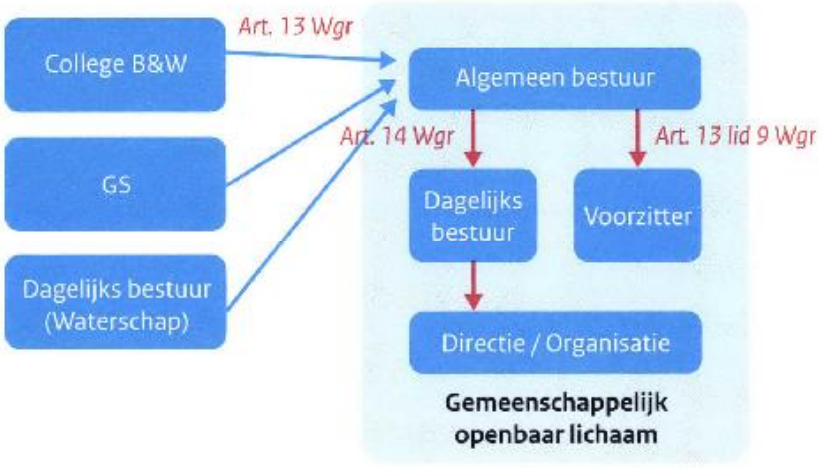
Bij een raadsregeling kunnen, als gevolg van de wijzigingen in de Wet gemeenschappelijke regelingen, per 1 januari 2015 niet langer wethouders of burgemeesters zitting nemen in het algemeen bestuur. Voor gemeenschappelijke regelingen die voor 1 januari 2015 reeds bestonden en deze mogelijkheid wel kenden betekent dit dat de gemeenschappelijke regeling voor 1 januari 2016 gewijzigd moet worden. Dit is wettelijk bepaald.

Collegeregeling

Artikel 13 lid 6 Wgr
Het algemeen bestuur van een openbaar lichaam, ingesteld bij een regeling die uitsluitend is getroffen door colleges van burgemeester en wethouders, bestaat uit leden die per deelnemende gemeente door het college uit zijn midden worden aangewezen. [...]

[143] *Kamerstukken I* 2004/05, 27 008 en 29 532, nr. E, p. 9.

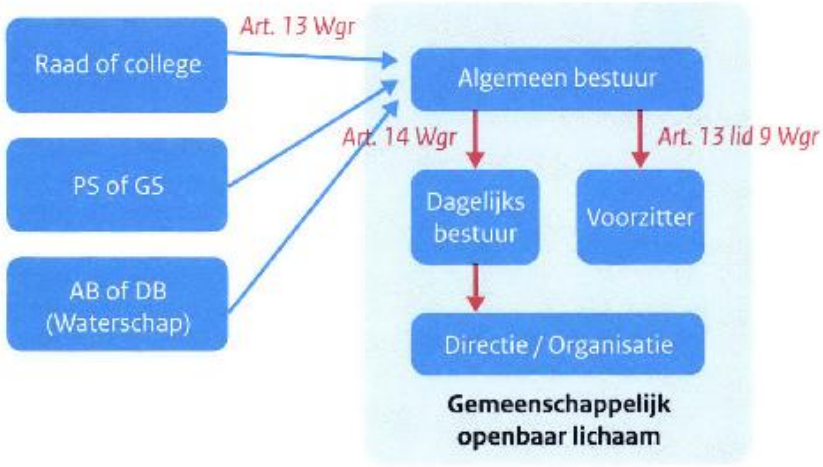
Bij een collegeregeling worden de leden van het algemeen bestuur door en uit het college van burgemeester en wethouders aangewezen. In het algemeen bestuur kunnen geen raadsleden worden aangewezen. Schematisch ziet het volledige bestuur er als volgt uit:



Gemengde regeling waaraan gemeenteraden deelnemen

Artikel 13 lid 1 Wgr
[...] Indien de regeling mede is getroffen door raden, bestaat het algemeen bestuur uit leden die per deelnemende gemeente door de raad uit zijn midden, de voorzitter inbegrepen, en uit de wethouders worden aangewezen.

Bij een gemengde regeling waaraan de raad deelneemt worden de leden van het algemeen bestuur aangewezen door de raad. De raad kan daarbij kiezen uit de raadsleden, de burgemeester (als voorzitter van de raad) en de wethouders. Schematisch ziet het volledige bestuur er als volgt uit:



T4.3.1.2 Verantwoordingsrelaties

Dagelijks bestuur

> **Artikel 19a lid 1 Wgr**
> Het dagelijks bestuur en elk van zijn leden afzonderlijk zijn aan het algemeen bestuur verantwoording schuldig over het door het dagelijks bestuur gevoerde bestuur.

Hierboven is besproken dat het dagelijks bestuur een collegiaal bestuursorgaan is. Hiermee is het bestuursorgaan als geheel verantwoordelijk voor het door het dagelijks bestuur gevoerde bestuur. Ook de afzonderlijke leden zijn verantwoording schuldig over het door het dagelijks bestuur gevoerde bestuur, ook als zij het daarmee in het dagelijks bestuur niet eens waren.

Het dagelijks bestuur en zijn leden leggen verantwoording af aan het algemeen bestuur. Er geldt geen verantwoordingsplicht ten aanzien van het college van burgemeester en wethouders of de gemeenteraad. Een wethouder zit niet in het dagelijks bestuur als vertegenwoordiger van het college of de raad, maar als vertegenwoordiger van het algemeen bestuur.

"De Wgr voorziet uitdrukkelijk niet in een verantwoordingsplicht en een terugroepingsrecht tussen de leden van het *dagelijks* bestuur van het openbaar lichaam als zodanig enerzijds en de deelnemende gemeentebesturen anderzijds. De leden van het dagelijks bestuur hebben geen enkele verantwoordingsrelatie met de gemeentebesturen die hen hebben aangewezen. Zij hebben dit alleen ten opzichte van het algemeen bestuur. Wel zijn zij, omdat zij tevens lid zijn van het algemeen bestuur, in alle opzichten verantwoording schuldig aan het bestuursorgaan van de gemeente dat hen heeft aangewezen en aan de raden."[144]

Het dagelijks bestuur moet het algemeen bestuur actief alle inlichtingen geven die het algemeen bestuur voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft (art. 19a lid 2 Wgr). Dit is de zogenoemde actieve informatieplicht.

Mocht een lid van het dagelijks bestuur niet langer het vertrouwen van het algemeen bestuur bezitten, dan kan het algemeen bestuur dit lid van het dagelijks bestuur ontslag verlenen (art. 19a lid 3 Wgr). Dit is de zogenoemde vertrouwensregel.

Algemeen bestuur

Het algemeen bestuur staat zoals eerder beschreven aan het hoofd van het openbaar lichaam (art. 12 lid 2 Wgr). Dat betekent dat het algemeen bestuur eindverantwoordelijk is binnen het openbaar lichaam. Het algemeen bestuur legt dan ook aan niemand verantwoording af over wat het heeft gedaan. Dat zou ook niet passen bij een vertegenwoordigend orgaan dat bij meerderheid beslist. Het is natuurlijk mogelijk dat een lid van het algemeen bestuur tegenstemt. Het algemeen bestuur moet de raad overigens wel inlichtingen verschaffen indien een of meer leden van de raad hierom verzoeken (art. 17 Wgr).

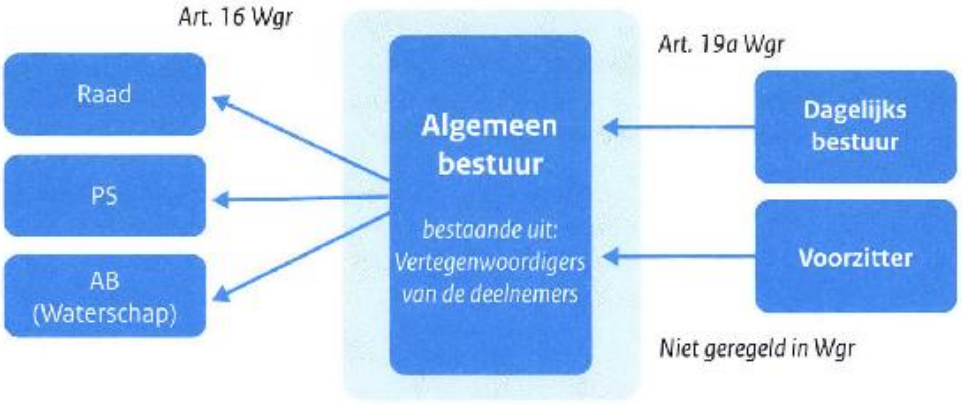
Omdat het algemeen bestuur geen collegiaal bestuursorgaan is, kan dit lid dan ook niet ter verantwoording worden geroepen over de keuzes van het algemeen bestuur, maar uitsluitend 'voor het door hem in dat bestuur gevoerde bestuur'. Het lid van het algemeen bestuur kan dus alleen ter verantwoording worden geroepen over wat hij zelf in het algemeen bestuur heeft gedaan (zie art. 16 lid 1 Wgr). Aan wie het lid van het algemeen bestuur wel verantwoording schuldig is, is afhankelijk van het type gemeenschappelijke regeling.

144 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 597, nr. 3, p. 16.

Raadsregeling of gemengde regeling waaraan raden deelnemen

Artikel 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop een lid van het algemeen bestuur van het openbaar lichaam [...] door de raad die dit lid heeft aangewezen, ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Bij een raadsregeling of een gemengde regeling waaraan raden deelnemen legt het lid van het algemeen bestuur verantwoording af aan de gemeenteraad. Indien het lid niet langer het vertrouwen bezit van de raad, dan kan hij worden ontslagen (art. 16 lid 4 Wgr).



Collegeregeling

Bij een collegeregeling lopen de lijnen anders. Het is daarbij namelijk niet de raad, maar het college van burgemeester en wethouders dat primair verantwoordelijk is.

Artikel 18 jo. art. 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop een lid van het algemeen bestuur van het openbaar lichaam [...] door het college van burgemeester en wethouders die dit lid heeft aangewezen, ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Het lid van het algemeen bestuur legt daarmee in elk geval verantwoording af aan het college van burgemeester en wethouders dat hem heeft aangewezen over wat hij in het algemeen bestuur heeft gedaan. Het lid van het algemeen bestuur handelt dus namens het college. Het college kan het lid ook ontslaan (als lid van het algemeen bestuur) als hij niet langer het vertrouwen bezit van het college (art. 16 lid 4 Wgr).

Artikel 169 lid 1 Gemeentewet
Het college en elk van zijn leden afzonderlijk zijn aan de raad verantwoording schuldig over het door het college gevoerde bestuur.

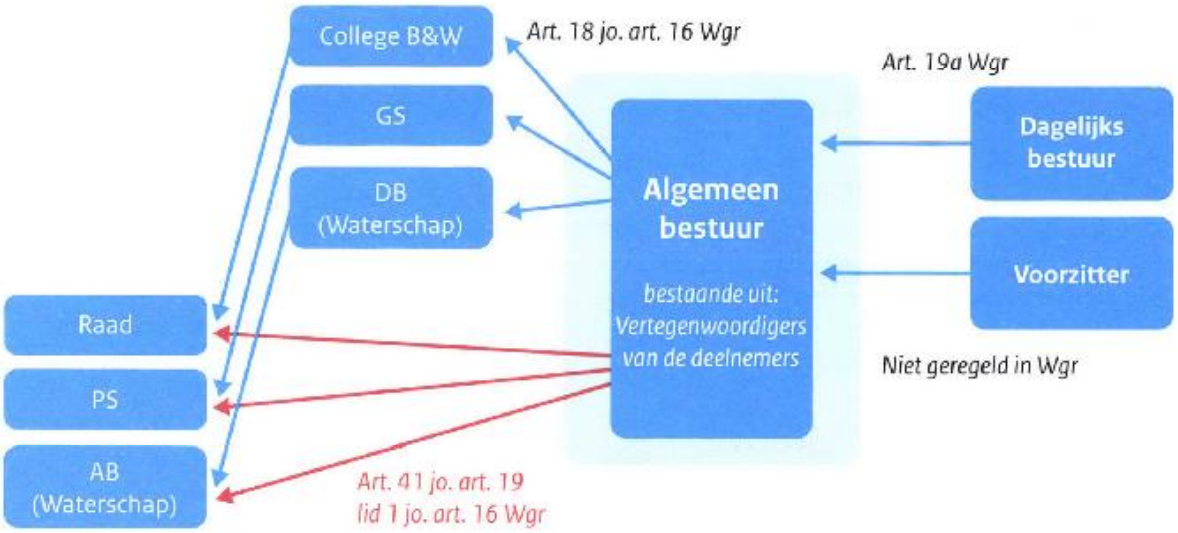
Het college is dan op zijn beurt verantwoording schuldig aan de gemeenteraad over wat het lid in het algemeen bestuur heeft gedaan. Ook hier geldt, net als bij het dagelijks bestuur, dat het college een collegiaal bestuursorgaan is, maar ook dat de leden ieder individueel verantwoordelijk zijn voor wat namens het college is gedaan in het algemeen bestuur.

Er geldt echter ook een rechtstreekse verantwoordelijkheid van het lid van het algemeen bestuur tegenover de raad.

> **Artikel 19 lid 1 jo. art. 16 lid 1 Wgr**
> De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop een lid van het algemeen bestuur van het openbaar lichaam [...] door de raad [...], ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

De raad heeft geen ontslagrecht ten aanzien van het lid van het algemeen bestuur, dat zal men dan via het college van burgemeester en wethouders moeten bewerkstelligen. Natuurlijk kan een wethouder als zodanig worden ontslagen, wat er automatisch toe leidt dat hij ook als lid van het algemeen bestuur verdwijnt.

Schematisch ziet dat er dan als volgt uit:



T4.3.2 Gemeenschappelijk orgaan

> **Artikel 8 lid 2 Wgr**
> In daarvoor bijzonder in aanmerking komende gevallen kan bij de regeling, in plaats van een openbaar lichaam, een gemeenschappelijk orgaan worden ingesteld.

Het gemeenschappelijk orgaan is de minst voorkomende vorm van publiekrechtelijke samenwerking. Het gemeenschappelijk orgaan bezit geen rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat het geen privaatrechtelijke rechtshandelingen op eigen titel kan verrichten. Het gemeenschappelijk orgaan is te duiden als een intergemeentelijke of interbestuurlijke bestuurscommissie. Een (binnen)gemeentelijke bestuurscommissie is ook een bestuursorgaan, dat echter geen eigen rechtspersoonlijkheid kent (art. 83 Gemeentewet).

Aan het gemeenschappelijk orgaan kunnen in beginsel alle gemeentelijke bevoegdheden worden overgedragen, met uitzondering van verordenende bevoegdheid (art. 30 lid 1 Wgr). Het gemeenschappelijk orgaan bestaat uit één orgaan, er kunnen geen andere organen worden ingesteld.

De democratische legitimatie van het gemeenschappelijk orgaan is afkomstig van de deelnemers. Dit wordt verlengd lokaal bestuur genoemd. Verlengd bestuur betekent in de ogen van de wetgever dat er nauwe banden moeten zijn met de deelnemers. Die nauwe banden komen onder meer tot uitdrukking in:

- de bestuurssamenstelling;
- de verantwoordingsrelaties, en
- financiële banden.

T4.3.2.1 Bestuurssamenstelling

Het gemeenschappelijk orgaan is een vertegenwoordigend orgaan, wat wil zeggen dat de deelnemers daarin vertegenwoordigd zijn. In het gemeenschappelijk orgaan zijn de deelnemende bestuursorganen in beginsel allemaal vertegenwoordigd met één lid. Dat is de hoofdregel van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Het is mogelijk om in de gemeenschappelijke regeling van deze hoofdregel af te wijken.

Zo kan bepaald worden dat bepaalde deelnemers meerdere leden mogen aanwijzen (art. 15 jo art. 13 lid 3 en lid 4 onder a Wgr). Bij een raadsregeling kunnen bijvoorbeeld ook oppositiepartijen zitting nemen in het algemeen bestuur. Die keuze is geheel aan de bestuursorganen die de gemeenschappelijke regeling treffen.

Verder kan bepaald worden dat niet alle deelnemende bestuursorganen iemand afvaardigen, of dat twee of meer bestuursorganen samen één lid van het algemeen bestuur aanwijzen (art. 15 jo art. 13 lid 5 Wgr). Het mag echter niet zo zijn dat slechts één deelnemer vertegenwoordigd is in het gemeenschappelijk orgaan.

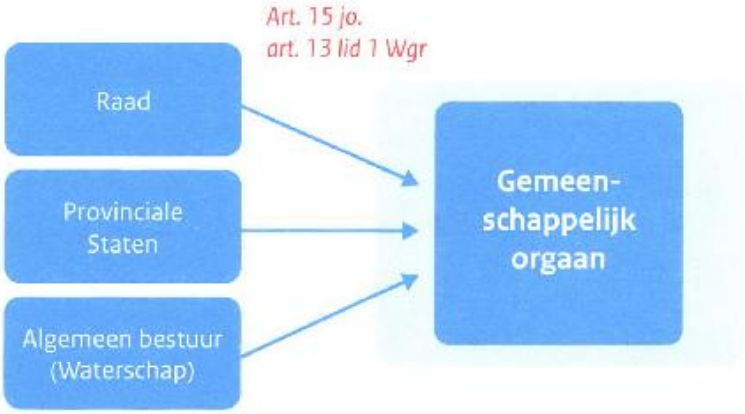
Het gemeenschappelijk orgaan is geen collegiaal bestuursorgaan, maar een vertegenwoordigend orgaan. Ieder lid van het gemeenschappelijk orgaan vertegenwoordigt het bestuursorgaan dat hem heeft aangewezen. Leden van het gemeenschappelijk orgaan stemmen dan ook niet verplicht zonder last en ruggespraak. Dat betekent overigens niet dat zij ook automatisch met last en ruggespraak stemmen. Dat is overgelaten aan ieder afzonderlijk bestuursorgaan dat een lid van het gemeenschappelijk orgaan aanwijst. Het lid van het gemeenschappelijk orgaan mag zijn stemrecht vanzelfsprekend uitoefenen om het eigen individuele (gemeentelijke) belang te dienen.

Welk bestuursorgaan de leden van het algemeen bestuur aanwijst, en dat dus door de leden van het algemeen bestuur wordt vertegenwoordigd, is afhankelijk van het type regeling.

Raadsregeling

> **Artikel 15 jo. art. 13 lid 1 Wgr**
> Het gemeenschappelijk orgaan, ingesteld bij een regeling die uitsluitend is getroffen door raden, bestaat uit leden die per deelnemende gemeente door de raad uit zijn midden, met uitzondering van de voorzitter, worden aangewezen. [...]

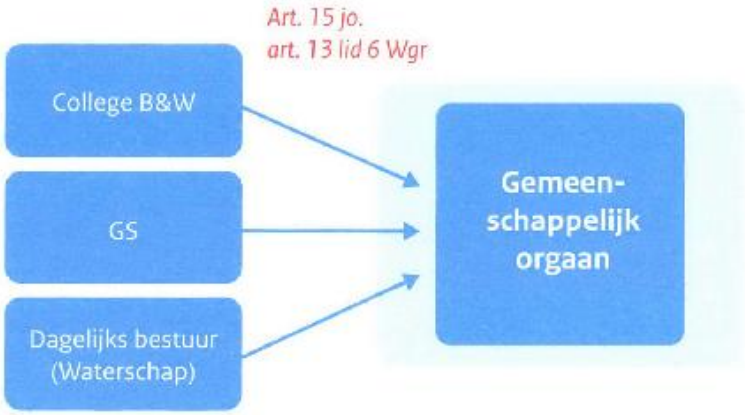
Bij een raadsregeling worden de leden van het gemeenschappelijk orgaan aangewezen door en uit de gemeenteraad. Bij een raadsregeling kunnen dus per 1 januari 2015 niet langer wethouders of burgemeesters zitting nemen in het gemeenschappelijk orgaan. Voor gemeenschappelijke regelingen die voor 1 januari 2015 reeds bestonden en deze mogelijkheid wel kenden betekent dit dat de gemeenschappelijke regeling voor 1 januari 2016 gewijzigd moet worden. Schematisch ziet dat er als volgt uit:



Collegeregeling

Artikel 15 jo. art. 13 lid 6 Wgr
Het gemeenschappelijk orgaan, ingesteld bij een regeling die uitsluitend is getroffen door colleges van burgemeester en wethouders, bestaat uit leden die per deelnemende gemeente door het college van burgemeester en wethouders uit zijn midden worden aangewezen. [...]

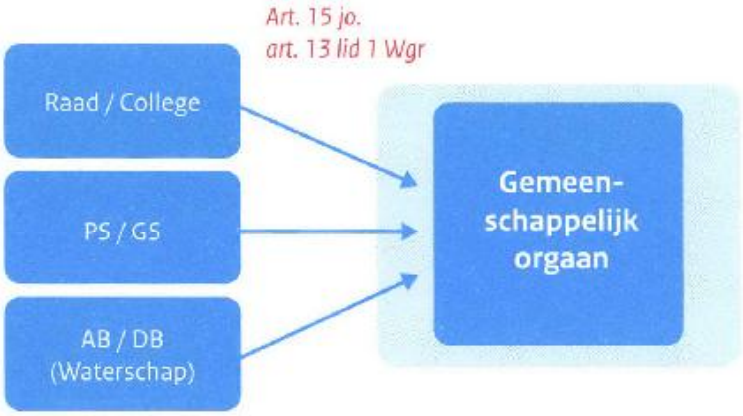
Bij een collegeregeling worden de leden van het gemeenschappelijk orgaan door en uit het college van burgemeester en wethouders aangewezen. In het gemeenschappelijk orgaan kunnen geen raadsleden worden aangewezen. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Gemengde regeling waaraan raden deelnemen

Artikel 15 jo. art.13 lid 1 Wgr
[...] Indien de regeling mede is getroffen door raden, bestaat het algemeen bestuur uit leden die per deelnemende gemeente door de raad uit zijn midden, de voorzitter inbegrepen, en uit de wethouders worden aangewezen.

Bij een gemengde regeling waaraan raden deelnemen worden de leden van het gemeenschappelijk orgaan dus aangewezen door de raad. De raad kan daarbij kiezen uit de raadsleden, de burgemeester (als voorzitter van de raad) en de wethouders. Schematisch ziet dit er dan als volgt uit:



T4.3.2.2 Verantwoordingsrelaties

Het gemeenschappelijk orgaan legt aan niemand verantwoording af over wat zij gedaan heeft. Dat zou ook niet passen bij een vertegenwoordigend orgaan dat bij meerderheid beslist. Het is immers mogelijk dat een lid van het gemeenschappelijk orgaan tegenstemt. Het gemeenschappelijk orgaan verschaft de raad overigens wel inlichtingen als een of meer leden van de raad hierom verzoeken (art. 17 Wgr).

Omdat het gemeenschappelijk orgaan geen collegiaal bestuursorgaan is, kan een lid dan ook niet ter verantwoording worden geroepen over de keuzes van het gemeenschappelijk orgaan, maar uitsluitend 'voor het door hem in dat bestuur gevoerde bestuur'. Het lid van het gemeenschappelijk orgaan kan dus alleen ter verantwoording worden geroepen over wat hij zelf in het gemeenschappelijk orgaan heeft gedaan (zie art. 16 lid 1 Wgr).

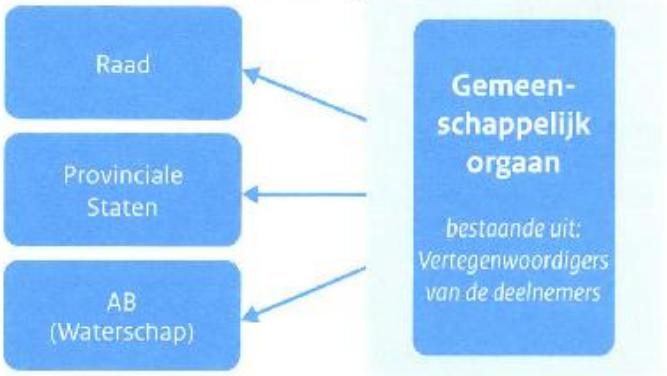
Aan wie het lid van het gemeenschappelijk orgaan verantwoording schuldig is, is afhankelijk van het type gemeenschappelijke regeling.

Raadsregeling of gemengde regeling waaraan raden deelnemen

> **Artikel 16 lid 1 Wgr**
> De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop [...] een lid van het gemeenschappelijk orgaan door de raad die dit lid heeft aangewezen, ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Bij een raadsregeling of een gemengde regeling waaraan raden deelnemen legt het lid van het gemeenschappelijk orgaan verantwoording af aan de raad. Als het lid niet langer het vertrouwen bezit van de raad, dan kan dit lid ontslagen worden (art. 16 lid 4 Wgr).

Art. 16 lid Wgr



Collegeregeling

Bij een collegeregeling lopen de lijnen anders. Het is daarbij niet de raad, maar het college van burgemeester en wethouders dat primair verantwoordelijk is.

Artikel 18 jo. art. 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop [...] een lid van het gemeenschappelijk orgaan door het college van burgemeester en wethouders dat lid heeft aangewezen, ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Het lid van het algemeen bestuur legt in elk geval verantwoording af aan de raad die hem heeft aangewezen over wat hij in het algemeen bestuur heeft gedaan. Het lid van het algemeen bestuur handelt dus namens het college van burgemeester en wethouders. Het college kan het lid ook ontslaan (als lid van het algemeen bestuur) als hij niet langer het vertrouwen bezit van het college (art. 18 jo. art. 16 lid 4 Wgr).

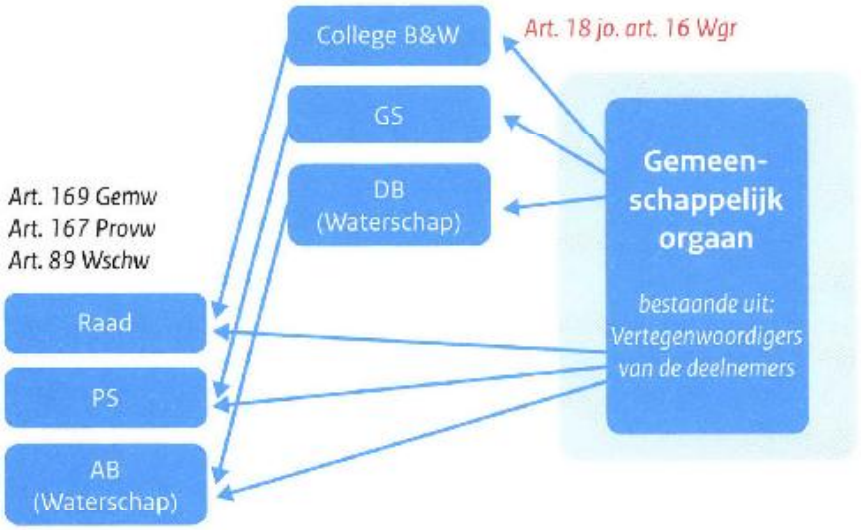
Artikel 169 lid 1 Gemeentewet
Het college en elk van zijn leden afzonderlijk zijn aan de raad verantwoording schuldig over het door het college gevoerde bestuur.

Het college is op zijn beurt verantwoording schuldig aan de gemeenteraad over wat het lid in het algemeen bestuur heeft gedaan. Het college is collegiaal verantwoordelijk, maar ook zijn leden zijn ieder individueel verantwoordelijk voor wat namens het college is gedaan in het algemeen bestuur. Er geldt echter ook een rechtstreekse verantwoordelijkheid van het lid van het gemeenschappelijk orgaan ten opzichte van de raad.

Artikel 19 lid 1 jo. art. 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop [...] een lid van het gemeenschappelijk orgaan door de raad [...], ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Gemeenteraden hebben geen ontslagrecht ten aanzien van het lid van het gemeenschappelijk orgaan, dat moet men via het college van burgemeester en wethouders bewerkstelligen. Natuurlijk kan een wethouder wel als zodanig worden ontslagen. Dit leidt er automatisch toe dat hij ook als lid van het gemeenschappelijk orgaan verdwijnt.

Schematisch ziet dat er als volgt uit:



T4.3.3 Bedrijfsvoeringsorganisatie

Artikel 8 lid 3 Wgr
Bij de regeling waaraan uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders deelnemen, kan een bedrijfsvoeringsorganisatie worden ingesteld in het geval de regeling uitsluitend wordt getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemers. De bedrijfsvoeringsorganisatie is rechtspersoon.

De bedrijfsvoeringsorganisatie is een nieuwe vorm van samenwerking die per 1 januari 2015 in de Wet gemeenschappelijke regelingen is geïntroduceerd. De bedrijfsvoeringsorganisatie bezit rechtspersoonlijkheid. Dit betekent dat het op eigen titel privaatrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten. Het kan bijvoorbeeld ook overeenkomsten sluiten en roerende en onroerende zaken kopen. Een bedrijfsvoeringsorganisatie kan alleen bij een collegeregeling worden ingesteld (art. 8 lid 3 Wgr). De gemeenteraad kan geen deelnemer zijn aan een gemeenschappelijke regeling waarbij een bedrijfsvoeringsorganisatie wordt opgericht.

Aan het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie kunnen in beginsel alle bevoegdheden van het college worden overgedragen, behalve eventuele verordenende bevoegdheid. Daarnaast mogen de bevoegdheden die worden overgedragen alleen ondersteunend (bedrijfsvoering) of uitvoerend van aard zijn. Beleidsbepalende taken behoren toe aan de raden respectievelijk de colleges van burgemeester en wethouders.

Om die reden wordt de bedrijfsvoeringsorganisatie ook wel gezien als een lichtere vorm van gemeenschappelijke regeling. Het kent geen geleed bestuur, maar slechts één bestuursorgaan (art. 14a Wgr). Het bestuur is eindverantwoordelijk voor wat binnen de bedrijfsvoeringsorganisatie gebeurt.

De democratische legitimatie van (het bestuur van) de bedrijfsvoeringsorganisatie is afkomstig van de deelnemers. Dit wordt verlengd lokaal bestuur genoemd. Verlengd bestuur betekent in de ogen van de wetgever dat er nauwe banden moeten zijn met de deelnemers. Die nauwe banden komen onder meer tot uitdrukking in:

- de bestuurssamenstelling;
- de verantwoordingsrelaties, en
- financiële banden.

T4.3.3.1 Bestuurssamenstelling

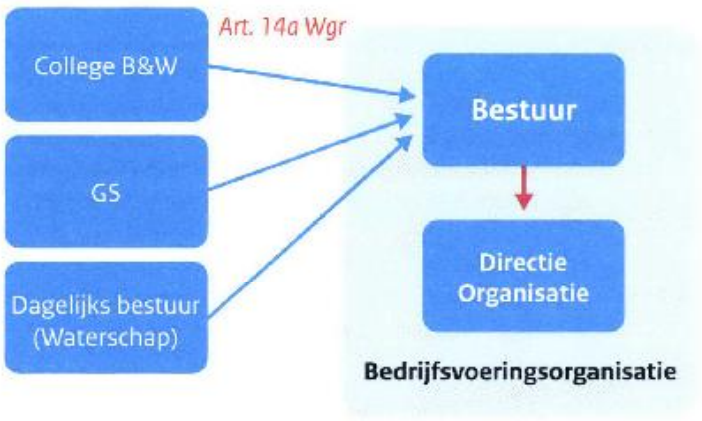
Het bestuur is een vertegenwoordigend orgaan, wat wil zeggen dat de deelnemers daarin vertegenwoordigd zijn. In het bestuur zijn de deelnemende colleges van burgemeester en wethouders in beginsel allemaal vertegenwoordigd met één lid. Dat is de hoofdregel van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Het is echter mogelijk om *in de gemeenschappelijke regeling* van deze hoofdregel af te wijken.

Zo kan bepaald worden dat bepaalde deelnemers meerdere leden mogen aanwijzen (art. 14a jo. art. 13 lid 3 en lid 4 onder a Wgr). Verder kan worden bepaald dat niet alle deelnemende colleges van burgemeester en wethouders iemand afvaardigen, of dat twee of meer colleges samen één lid van het bestuur aanwijzen (art. 14a jo. art. 13 lid 5 Wgr). Het mag echter niet zo zijn dat slechts één deelnemer vertegenwoordigd is in het bestuur.

Het bestuur is geen collegiaal bestuursorgaan. Het bestuur is zoals gezegd een vertegenwoordigend orgaan. Ieder lid van het bestuur vertegenwoordigt het college van burgemeester en wethouders dat hem heeft aangewezen. Leden van het bestuur stemmen dan ook niet verplicht zonder last en ruggespraak. Dat betekent overigens niet dat zij ook automatisch met last en ruggespraak stemmen. Dat is overgelaten aan ieder afzonderlijk bestuursorgaan dat een lid van het bestuur aanwijst. Vanzelfsprekend mag het lid van het bestuur zijn stemrecht uitoefenen om het eigen individuele (gemeentelijke) belang te dienen.

> **Artikel 14a Wgr**
> Het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie bestaat uit leden die per deelnemende gemeente door het college van burgemeester en wethouders uit zijn midden wordt aangewezen. [...]

Bij een bedrijfsvoeringsorganisatie worden de leden van het bestuur door en uit het college van burgemeester en wethouders aangewezen. In het bestuur kunnen geen raadsleden worden aangewezen. Schematisch ziet het volledige bestuur er dan als volgt uit:



T4.3.3.2 Verantwoordingsrelaties

Het bestuur is eindverantwoordelijk binnen de bedrijfsvoeringsorganisatie. Het bestuur legt aan niemand verantwoording af over wat het gedaan heeft. Dat zou niet passen bij een vertegenwoordigend orgaan dat bij meerderheid beslist. Het is immers mogelijk dat een lid van het bestuur tegenstemt. Het bestuur moet de raad overigens wel inlichtingen verschaffen indien een of meer leden van de raad hierom verzoeken (art. 17 Wgr).

Omdat het algemeen bestuur geen collegiaal bestuursorgaan is, kan het lid dan ook niet ter verantwoording worden geroepen over de keuzes van het bestuur, maar uitsluitend 'voor het door hem in dat bestuur gevoerde bestuur'. Het lid van het bestuur kan dus alleen ter verantwoording worden geroepen over wat hij zelf in het bestuur gedaan heeft (zie art. 16 lid 1 Wgr).

Artikel 18 jo. art. 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop een lid van het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie [...] door het college van burgemeester en wethouders dat dit lid heeft aangewezen, ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

Het lid van het bestuur legt in elk geval verantwoording af aan het college van burgemeester en wethouders dat hem heeft aangewezen over wat hij in het bestuur heeft gedaan. Het lid van het bestuur handelt dus namens het college van burgemeester en wethouders. Het college kan het lid ook ontslaan (als lid van het bestuur) als hij niet langer het vertrouwen bezit van het college (art. 18 jo. art. 16 lid 4 Wgr).

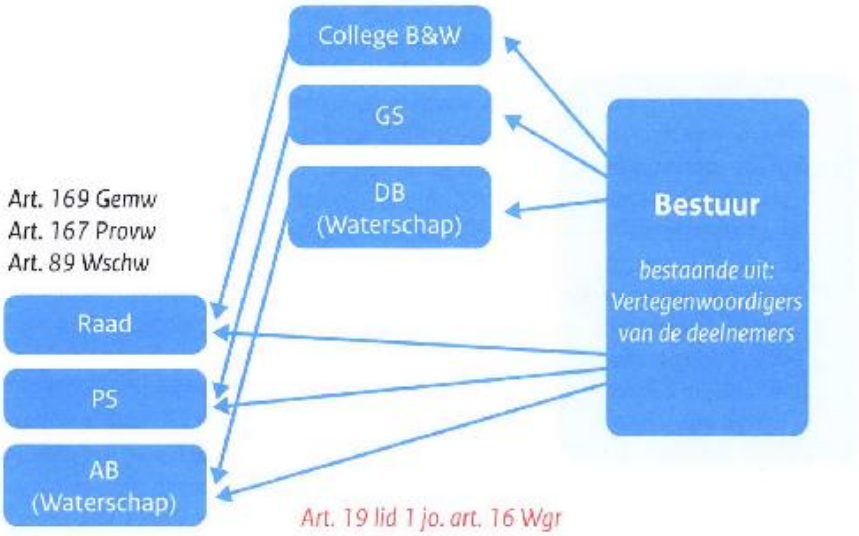
Artikel 169 lid 1 Gemeentewet
Het college en elk van zijn leden afzonderlijk zijn aan de raad verantwoording schuldig over het door het college gevoerde bestuur.

Het college is dan op zijn beurt verantwoording schuldig aan de gemeenteraad over wat het lid in het bestuur heeft gedaan. Het college is collegiaal verantwoordelijk, maar ook zijn leden zijn ieder individueel verantwoordelijk voor wat namens het college is gedaan in het bestuur. Er geldt echter ook een rechtstreekse verantwoordelijkheid van het lid van het bestuur jegens de gemeenteraad.

Artikel 19 lid 1 jo. art. 16 lid 1 Wgr
De regeling houdt bepalingen in omtrent de wijze waarop een lid van het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie [...] door de raad [...], ter verantwoording kan worden geroepen voor het door hem in dat bestuur [...] gevoerde beleid.

De raad heeft geen ontslagrecht ten aanzien van het lid van het bestuur, dat zal men dan via het college van burgemeester en wethouders moeten bewerkstelligen. Natuurlijk kan een wethouder wel als zodanig worden ontslagen. Dit leidt er automatisch toe dat hij ook als lid van het bestuur verdwijnt.

Schematisch ziet dat er als volgt uit:



T4.4 Privaatrechtelijke vormen

Naast de publiekrechtelijke organisatievormen kunnen gemeenten, provincies en waterschappen ook gebruik maken van privaatrechtelijke organisatievormen. De gemeenten, provincies en waterschappen zijn immers ook rechtspersonen (art. 2:1 lid 1 BW). Als rechtspersoon kunnen zij privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten (art. 2:1 lid 3 jo. art. 2:5 jo. art. 3:32 BW).

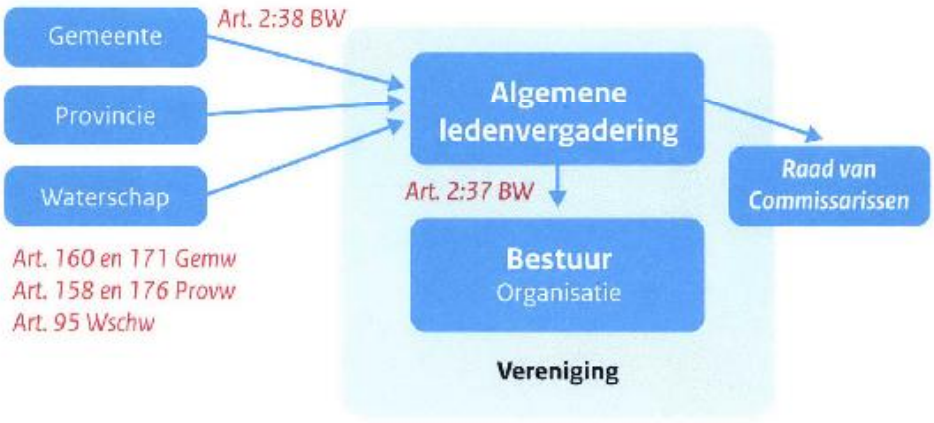
In het privaatrecht komen verschillende rechtsvormen voor. Zo valt te denken aan allerlei vormen van overeenkomsten (art. 6:213 lid 1 BW), zoals een overeenkomst tot opdracht (art. 7:400 lid 1 BW), in de decentrale overheidspraktijk vaak dienstverleningsovereenkomst genoemd. Daarnaast zijn er ook contractuele samenwerkingsvormen[145] zoals de maatschap (art. 7A:1655 BW), de vennootschap onder firma (art. 16 WvK) en de commanditaire vennootschap (art. 19 lid 1 WvK).[146] Deze contractuele samenwerkingsvormen hebben één ding gemeen, ze bezitten *geen* rechtspersoonlijkheid. De vennoten zijn dan ook hoofdelijk aansprakelijk (art. 7A:1679 BW resp. art. 18 WvK).[147] Op de oprichting van of deelneming in een contractuele samenwerkingsvorm zijn artikel 160 lid 2 Gemeentewet en artikel 158 lid 2 Provinciewet onverkort van toepassing.[148]

Naast de contractuele samenwerkingsvormen kunnen ook privaatrechtelijke rechtspersonen worden opgericht. Artikel 2:3 BW onderscheidt verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen. Hieronder wordt kort op de rechtspersonen ingegaan. Daarbij zal slechts een beschrijving van het wettelijk hoofdsysteem volgen. Het voert te ver hier in te gaan op alle uitzonderingsmogelijkheden die statutair of contractueel geregeld kunnen worden. De contractuele samenwerkingsvormen worden buiten beschouwing gelaten, nu deze weinig door overheden worden gebruikt voor bestuurlijke samenwerking.[149]

[145] De contractuele samenwerkingsvormen worden ook wel personenvennootschappen genoemd. Een recente wijziging van de wetgeving rond de personenvennootschappen is niet ingevoerd (zie *Kamerstukken* II 2011/12, 28 746, nr. 7).
[146] Een vennootschap kan ook gelijktijdig een vennootschap onder firma en een commanditaire vennootschap zijn (art. 19 lid 2 WvK).
[147] Dit geldt slechts in beperkte mate voor de commanditaire vennoot, die immers slechts geldschieter is (art. 20 lid 3 WvK).
[148] Dat geldt niet voor het sluiten van andere vormen van overeenkomsten. Zie toelichting 1.
[149] Zie o.a. A.L. Mohr en V.A.F.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, zevende druk, Kluwer: Deventer 2013 en J.B. Huizink, *Contractuele samenwerkingsvormen in beroep en bedrijf*, tweede druk, Kluwer: Deventer 2000.

T4.4.1 Vereniging en coöperatie

Een vereniging is een rechtspersoon met leden die gericht is op een bepaald doel (art. 2:26 lid 1 BW). Het doel van de vereniging mag niet inhouden het verdelen van winst onder leden (art. 2:26 lid 3 BW). Een bijzondere vorm van de vereniging is de coöperatie. Deze stelt zich ten doel in bepaalde materiële behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten met hen gesloten (art. 2:53 lid 1 BW). In het geval van een coöperatie geldt het verbod van winstdeling niet (art. 2:53a BW). De structuur van de vereniging ziet er als volgt uit:



T4.4.1.1 Algemene (leden)vergadering

De vereniging kent een algemene ledenvergadering, waarin alle leden zitting nemen (art. 2:38 lid 1 BW).

De algemene ledenvergadering heeft alle bevoegdheden die niet wettelijk of statutair aan een ander orgaan zijn opgedragen (art. 2:40 lid 1 BW). Binnen de algemene ledenvergadering hebben zoals gezegd alle leden zitting, waarbij ieder lid in beginsel één stem heeft, maar meervoudig stemrecht kan statutair worden geregeld (art. 2:38 lid 1 BW). De algemene ledenvergadering wordt door het bestuur bijeengeroepen (art. 2:41 lid 1 BW).

T4.4.1.2 Bestuur

Het bestuur wordt in beginsel uit de leden benoemd (art. 2:37 lid 1 BW) door de algemene ledenvergadering (art. 2:37 lid 2 BW).[150] Het bestuur bestaat ten minste uit een voorzitter, een secretaris en een penningmeester (art. 2:37 lid 7 BW). Dat bestuur is belast met het besturen en vertegenwoordigen van de vereniging (art. 2:44 lid 1 en 2:45 lid 1 BW). Het bestuur brengt jaarlijks verslag uit aan de algemene ledenvergadering over de gang van zaken in de vereniging en over het gevoerde beleid (art. 2:48 lid 1 BW).

T4.4.1.3 Raad van commissarissen

Bij de statuten van een coöperatie kan tevens worden voorzien in een raad van commissarissen, die bestaat uit natuurlijke personen (art. 2:57 lid 1 BW). De commissarissen worden in beginsel door de algemene ledenvergadering benoemd (art. 2:57a lid 1 jo. art. 2:37 BW).

Wanneer er een raad van commissarissen is, heeft deze tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de coöperatie. Voorts is de raad van commissarissen adviseur van het bestuur. De raad van commissarissen richt zijn taken uit in het belang van de coöperatie (art. 2:57 lid 2 BW).

Het bestuur moet de raad van commissarissen de gegevens verschaffen die de raad van commissarissen voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft (art. 2:57 lid 8 BW).

[150] De statuten kunnen bepalen dat anderen dan de algemene ledenvergadering bestuurders benoemen, maar deze bestuurders mogen nimmer een meerderheid in het bestuur vormen (art. 2:37 lid 3 BW).

Wanneer overheden deelnemen in een coöperatie, nemen zij zitting in de algemene ledenvergadering van de coöperatie. De algemene ledenvergadering kiest dan het bestuur. De coöperatie wordt wegens haar bestuursstructuur met twee lagen vaak aangeduid als de privaatrechtelijke versie van een openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

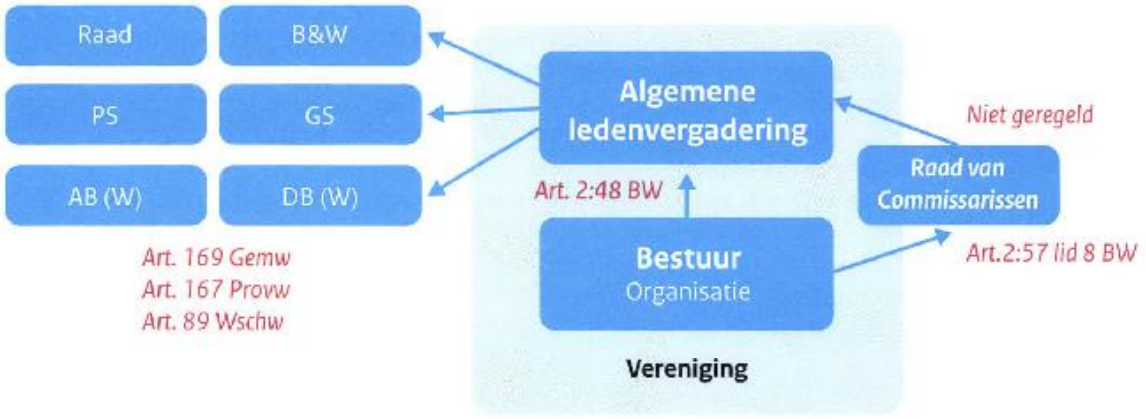
T4.4.1.4 Verantwoording bij de vereniging

Onderstaande figuur zet de wijze waarop de verantwoording bij de vereniging en coöperatieve vereniging in zijn werk gaat uit.

Het bestuur van de vereniging legt verantwoording voor zijn handelen af aan de algemene ledenvergadering. Indien er een raad van commissarissen is, lopen een deel van de verantwoordingslijnen via de raad van commissarissen naar de algemene ledenvergadering. Elk lid van de algemene ledenvergadering kan zijn eigen 'achterban' informeren. Het Burgerlijk Wetboek kent geen specifieke informatierechten toe aan gemeenteraden of verantwoordingsrechten aan het college van burgemeester en wethouders (zoals de Wet gemeenschappelijke regelingen dat doet). Vanzelfsprekend is artikel 169 Gemeentewet wel van toepassing, net als eventueel artikel 167 Provinciewet of artikel 89 Waterschapswet. Hierin staan de algemene verantwoordingsplichten (eerste lid) en informatierechten (tweede lid) verwoord. Aanvullend is het vierde lid van belang waarin is bepaald dat het college vooraf inlichtingen aan de raad geven over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad zijn wensen en bedenkingen ter zake ter kennis van het college heeft kunnen brengen.

T4.4.2 Vennootschappen

De besloten vennootschap is een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal, waarbij deze aandelen niet vrij overdraagbaar zijn (art. 2:175 lid 1 BW). Hetzelfde geldt voor de naamloze vennootschap, met dien verstande dat de aandelen daar wel vrij overdraagbaar zijn (art. 2:64 lid 1 BW). De aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor wat in naam van de vennootschap wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort te voorzien in de verliezen van de vennootschap (art. 2:175 lid 1 BW resp. art. 2:64 lid 1 BW). Dit wil zeggen dat een aandeelhouder, in geval van faillissement, in beginsel nooit meer kan kwijtraken dan de waarde van zijn aandelen. Het basismodel van een vennootschap ziet er als volgt uit:



T4.4.2.1 Algemene ledenvergadering (van aandeelhouders)

De besloten vennootschap heeft in elk geval een algemene vergadering van aandeelhouders, net als de naamloze vennootschap.

Aan deze algemene vergadering van aandeelhouders komen alle bevoegdheden toe die niet door de wet en de statuten aan het bestuur of anderen zijn toegekend (art. 2:217 lid 1 BW resp. art. 2:107 lid 1 BW).[151] De algemene vergadering van aandeelhouders moet jaarlijks tenminste eenmaal bijeenkomen (art. 2:218 lid 1 BW resp. art. 2:108 lid 1 BW), en voorts zo vaak als het bestuur of de raad van commissarissen, of anderen die hiertoe bij de statuten bevoegd zijn gemaakt, hem bijeenroept (art. 2:219 BW resp. art. 2:109 BW). Iedere aandeelhouder heeft in beginsel stemrecht binnen de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:228 lid 1 BW resp. art. 2:118 lid 1 BW). In beginsel heeft een aandeelhouder zoveel stemmen als hij aandelen heeft, mits deze aandelen eenzelfde waarde hebben (art. 2:228 lid 2 BW resp. art. 2:118 lid 2 BW). Het stemrecht kan onder voorwaarden worden beperkt (art. 2:228 lid 4 en 5 BW resp. art. 2:118 lid 4 en 5 BW). De algemene vergadering van aandeelhouders besluit bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, tenzij de statuten een andere meerderheid voor de besluitvorming voorschrijven (art. 2:230 lid 1 BW resp. art. 2:120 lid 1 BW).

T4.4.2.2 Bestuur

Naast een algemene vergadering van aandeelhouders heeft de besloten vennootschap in elk geval ook een bestuur. De leden van het bestuur worden in beginsel benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij een raad van commissarissen hiertoe bevoegd is gemaakt (art. 2:242 lid 1 BW resp. art. 2:132 lid 1 BW).[152] Bij de statuten kunnen voorwaarden worden gesteld waaraan de beoogde bestuurder moet voldoen wil hij benoemd kunnen worden (art. 2:242 lid 2 BW resp. art. 2:132 lid 2 BW).

Het bestuur is, behoudens beperkingen volgens de statuten, belast met het besturen van de vennootschap (art. 2:239 lid 1 BW resp. art. 2:129 lid 1 BW). Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap (art. 2:240 lid 1 BW resp. art. 2:130 lid 1 BW). Het bestuur moet de algemene vergadering van aandeelhouders alle verlangde inlichtingen verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet (art. 2:217 lid 2 BW resp. art. 2:107 lid 2 BW). Het orgaan dat bevoegd is tot benoeming, is in beginsel ook te allen tijde bevoegd tot ontslag van de bestuurders (art. 2:244 lid 1 BW resp. art. 2:134 lid 1 BW).[153]

[151] Bij de NV heeft de algemene vergadering van aandeelhouders enkele goedkeuringsbevoegdheden (zie art. 2:107a BW).

[152] De eerste bestuurders worden bij notariële akte van oprichting aangewezen (art. 2:242 lid 1 BW).

[153] Hieruit vloeit in beginsel tevens voort dat de arbeidsrechtelijke relatie met de bestuurder wordt beëindigd (HR 15 april 2005, *LJN* AS2713, *NJ* 2005, 483; *JOR* 2005/144; *JAR* 2005/153 (*Unidek*) en HR 15 april 2005, *LJN* AS2030, *NJ* 2005, 484; *JOR* 2005/145; *JAR* 2005/117 (*Unidek Volumebouw*)), tenzij er sprake is van een arbeidsrechtelijk ontslagverbod (HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265; *JAR* 1992/133 (*Levisson – MAB*)).

T4.4.2.3 Raad van commissarissen

Bij de statuten kan tevens worden voorzien in een raad van commissarissen, die bestaat uit één of meer natuurlijke personen (art. 2:250 lid 1 BW resp. art. 2:140 lid 1 BW). De commissarissen worden in beginsel door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemd (art. 2:252 lid 1 BW resp. art. 2:142 lid 1 BW), geschorst en ontslagen (art. 2:254 lid 1 BW resp. art. 2:144 lid 1 BW).

Wanneer er een raad van commissarissen is, heeft deze tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap. Voorts is de raad van commissarissen adviseur van het bestuur. De raad van commissarissen richt zijn taken uit in het belang van de vennootschap (art. 2:250 lid 2 BW resp. art. 2:140 lid 2 BW).

Besluiten van het bestuur kunnen bij de statuten aan goedkeuring van de raad van commissarissen worden onderworpen (art. 2:239 lid 3 BW resp. art. 2:129 lid 3 BW). Het bestuur moet de raad van commissarissen de gegevens verschaffen die de raad van commissarissen voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft (art. 2:251 lid 1 BW resp. art. 2:141 lid 1 BW). De raad van commissarissen moet op zijn beurt de algemene vergadering van aandeelhouders alle verlangde inlichtingen verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet (art. 2:217 lid 2 BW resp. art. 2:107 lid 2 BW).

T4.4.2.4 Verantwoording bij de vennootschap

Het bestuur van de vennootschap legt verantwoording voor zijn handelen af aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Indien er een raad van commissarissen is, lopen een deel van de verantwoordingslijnen via de raad van commissarissen naar de algemene vergadering van aandeelhouders. Elk lid van de algemene vergadering van aandeelhouders kan zijn eigen 'achterban' informeren. Het Burgerlijk Wetboek kent geen specifieke informatierechten toe aan gemeenteraden of verantwoordingsrechten aan het college van burgemeester en wethouders (zoals de Wet gemeenschappelijke regelingen dat doet). Vanzelfsprekend is artikel 169 Gemeentewet wel van toepassing. Hierin staan de algemene verantwoordingsplichten (eerste lid) en informatierechten (tweede lid) verwoord. Aanvullend is het vierde lid van belang waarin is bepaald dat het college en elk van zijn leden afzonderlijk vooraf inlichtingen aan de raad geven over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad zijn wensen en bedenkingen ter zake ter kennis van het college heeft kunnen brengen.

T4.4.3 Stichting

De stichting wordt gekenmerkt door het feit dat het gaat om een samenwerkingsvorm die geen leden kent (art. 2:285 lid 1 BW). De stichting mag niet tot doel hebben het doen van uitkeringen aan de oprichters of aan degenen die deel uitmaken van de organen van de stichting of aan anderen, tenzij wat deze laatste betreft, de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (art. 2:285 lid 3 BW). Deze uitkeringen mogen ook niet incidenteel plaatsvinden. Dit wil echter niet zeggen dat de stichting geen winst mag maken, slechts uitkering van winst is niet toegestaan.

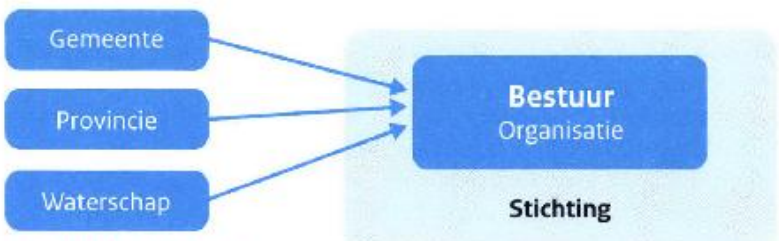
De bestuurlijke inrichting van een stichting is in grote mate vrij te bepalen. De wet stelt als enige vereiste dat de stichting een bestuur moet hebben (art. 2:289 BW). Optionele organen naast het bestuur van de stichting zijn bijvoorbeeld een raad van toezicht of commissies. Aangezien de stichting een ledenverbod kent, nemen de (rechts)personen die deel uitmaken van de organen zonder enige last of ruggespraak hun plaats in deze organen in. De raad van toezicht, voor zover deze in het leven is geroepen, houdt toezicht op het bestuur doordat zij deze aanstelt en ontslaat, de begroting en jaarrekening vaststelt, investeringen goedkeurt en verdere beleidsmatige beslissingen van majeure aard neemt. De bevoegdheden van een raad van toezicht moeten bij statuten worden bepaald.

Commissies worden bij statuten ingesteld, of, indien de statuten dit bepalen, door het bestuur. Commissies kunnen verschillende taken krijgen, behoudens het besturen van de stichting of het vertegenwoordigen van leden /deelnemers (ledenverbod). Bij sommige stichtingen die een maatschappelijke onderneming bedrijven zijn er bijvoorbeeld gebruikersraden.

Indien gemeenten overheidsstichtingen oprichten kunnen zij op verschillende manieren bestuurlijk betrokken zijn:

- College benoemt het bestuur en keuren de belangrijkste beslissingen van het bestuur goed (er is dan geen raad van toezicht);
- College benoemt de toezichthouders en het bestuur, de belangrijkste beslissingen van het bestuur worden goedgekeurd door de raad van toezicht en soms worden de allerbelangrijkste ook door het college zelf goedgekeurd;
- Het college neemt zitting in de raad van toezicht, die op zijn beurt het bestuur benoemt en de belangrijkste beslissingen van het bestuur goed moet keuren;
- Het college benoemt de raad van toezicht en die benoemt op zijn beurt het bestuur en keurt de belangrijkste beslissingen van het bestuur goed;
- Het college benoemt slechts één van de leden van de raad van toezicht, de raad van toezicht zelf benoemt de overige leden. De raad van toezicht benoemt op zijn beurt het bestuur en keurt de belangrijkste beslissingen van het bestuur goed.

In onderstaande figuur wordt de structuur van de stichting visueel weergegeven:



Art. 160 en 171 Gemw
Art. 158 en 176 Provw
Art. 95 Wschw

T5.1 Financieel belang

T5.1.1 Begrotingsfinanciering

Dat in de begroting van de betreffende overheid financiële ruimte moet zijn gecreëerd voor bekostiging van activiteiten geldt voor alle instrumenten. Eveneens geldt dat doorgaans de ontvangende partij de betaling als opbrengst in haar begroting opneemt. Kenmerkend voor de begrotingsfinanciering is dat de vaststelling in de begroting zelf al voldoende titel vormt voor de betaling.

Indien de taak binnen de eigen organisatie wordt behartigd of eenzijdig verzelfstandigd wordt op publiekrechtelijke wijze, dat wil zeggen in een bestuurscommissie, blijft de betaling binnen de eigen organisatie en behoort tot het budget van het organisatieonderdeel waar de doe-taak wordt uitgevoerd. De eventuele vergoeding van leden van de bestuurscommissie specifiek voor hun lidmaatschap valt hier buiten en valt aan te merken als overeenkomst van opdracht.

Bij publiekrechtelijke bestuurlijke samenwerking in de vorm van een gemeenschappelijk openbaar lichaam, bedrijfsvoeringsorganisatie of gemeenschappelijk orgaan in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen stelt respectievelijk het algemeen bestuur, het bestuur of het gemeenschappelijk orgaan een begroting vast. Die begroting keert verplicht terug in de paragraaf verbonden partijen begrotingen van de rechtspersonen achter de deelnemende bestuursorganen (verder: de deelnemende rechtspersonen). Vandaar dat de Wet gemeenschappelijke regelingen een zienswijzeprocedure voor de ontwerpbegroting zelf voorschrijft. Vervolgens kan het zo zijn dat het verplichte aandeel van de deelnemende rechtspersonen door middel van een bijdrage direct aan de verbonden partij wordt betaald. Daarmee is dus sprake van louter begrotingsfinanciering. In enkele gevallen wordt een aandeel van de deelnemende rechtspersoon in de begroting van de verbonden partij of zelfs het hele aandeel via een overeenkomst van opdracht betaald.

T5.1.2 Subsidie

Volgens de Algemene wet bestuursrecht heeft de subsidie vier kenmerken (artikel 4:21 Awb):

a. De aanspraak op financiële middelen.
b. Door een bestuursorgaan verstrekt.
c. Met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager.
d. Anders dan als een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

Gelet op het feit dat subsidie een materieel begrip is, zal elke financiële verstrekking door de overheid die materieel voldoet aan de criteria van artikel 4:21 Awb als subsidie wordt aangemerkt.

Ad a: de aanspraak op financiële middelen

Een subsidie is een aanspraak op geld. Het gaat om puur financiële verplichtingen, niet om op geld waardeerbare goederen of diensten. Doorgaans bestaat de verstrekking uit de betaling van een geldbedrag. Het kan echter ook gaan om andere verstrekkingen zoals het verschaffen van kredieten of garanties[154]. Verstrekkingen in natura zijn geen subsidies als bedoeld in de Awb.

Ad b: door een bestuursorgaan verstrekt

Subsidies worden toegerekend aan een bestuursorgaan en niet aan een rechtspersoon. Het betreffende bestuursorgaan moet ook de bevoegdheid hebben verkregen (via attributie, delegatie of mandaat) de subsidie te verstrekken. Hierbij horen ook de gerelateerde rechtshandelingen zoals bevoorschotting en vaststellen.

[154] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 32.

Ad c: met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager

De aanspraak moet worden verstrekt met het oog op bepaalde meer of minder gedetailleerd omschreven activiteiten van de ontvanger. Schadevergoedingen (wettelijk verplicht of niet verplicht[155]), contributies, sociale uitkeringen, etc. voldoen niet aan het vereiste van het oogmerk op bepaalde activiteiten[156].

Ad d: anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten

De betaling door de overheid voor aan haar geleverde goederen of diensten kan niet worden beschouwd als een subsidie. Er is in die gevallen sprake van een materiële overeenkomst van opdracht. Onder 'betaling' moet in dit verband worden verstaan het leveren van een tegenprestatie die is afgestemd op de waarde van de verkregen goederen of diensten in het economisch verkeer[157]. Derhalve zal moeten worden bezien of de relatie tussen de betaling en de waarde van de geleverde wederdienst een evenwichtige is.

De parlementaire geschiedenis vermeldt voorts dat subsidieverlening en de betaling voor goederen of diensten in de praktijk dicht tegen elkaar kunnen liggen. Bij de verstrekking van gelden ten behoeve van het verrichten van een bepaald onderzoek kan sprake zijn van een subsidie, maar ook van een overeenkomst van opdracht. De aard van de rechtsverhouding moet dan aan de omstandigheden van het concrete geval worden vastgesteld.

Het verlenen van subsidies door middel van een beschikking is altijd een eenzijdige rechtshandeling, in tegenstelling tot een overeenkomst (waaronder de opdracht) welke altijd een meerzijdige rechtshandeling is. Eenzijdige rechtshandelingen worden slechts door één persoon verricht, meerzijdige rechtshandelingen worden altijd door meer dan één persoon verricht. Bij de subsidieverlening is slechts het desbetreffende bestuursorgaan betrokken: los van de reactie van de subsidieontvanger geldt de subsidie als verleend.

T5.1.3 Opdracht

De opdracht is een specifieke vorm van een overeenkomst en wordt geregeld in titel 7 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek.[158] Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling (art. 6:213 lid 1 BW) en komt tot stand door aanbod (van de een) en aanvaarding (van de ander).

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij (de opdrachtnemer), zich jegens de andere partij (de opdrachtgever) verbindt buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten (zie artikel 7:400 lid 1 BW). Deze werkzaamheden mogen niet bestaan in ieder geval die uit:

- het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard;
- het bewaren van zaken;
- het uitgeven van werken en het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

Voor de in de opsomming genoemde werkzaamheden bestaan namelijk andere overeenkomsten. Kenmerkend voor de opdracht is derhalve dat de ene partij bepaalde verrichtingen opdraagt aan de andere partij. De opdrachtnemer is vervolgens verplicht tot het verrichten van die overeengekomen werkzaamheden.

De opdracht is beperkt tot het verrichten van diensten in zelfstandigheid ('buiten dienstbetrekking') en derhalve niet in ondergeschiktheid. Hiermee wordt de overeenkomst van opdracht afgebakend van de arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk, bewaarneming, een uitgeefovereenkomst of vervoersovereenkomst, vallen niet onder het begrip opdracht.

[155] Zie W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', *NTB* 2006-4, p. 101-116, voor een uitgebreide analyse van verschillende publiekrechtelijke financiële verstrekkingen.

[156] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 32-35.

[157] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.

[158] Zie artikel 7:400-7:413 BW. De bijzondere vormen van opdracht, zoals lastgeving en de bemiddelingsovereenkomst, worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

Anders dan het geval is bij een subsidie, is in het geval van een opdracht geen financiële verstrekking vereist. Een overeenkomst kan namelijk worden verricht om niet[59] (bijvoorbeeld de opdrachtnemer verplicht zich tot een vriendschapsdienst) of voor een niet financiële tegenprestatie (bijvoorbeeld de opdrachtgever verstrekt iets in natura of verleent ook een dienst als tegenprestatie).

Ook het begrip opdracht is materieel van aard. Een relatie tussen partijen die voldoet aan de definitie gegeven in artikel 7:400 BW is een overeenkomst tot opdracht, ongeacht de benaming die partijen aan hun relatie gegeven hebben. Daarnaast is ook een betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten te beschouwen als opdracht (artikel 4:21 Awb).

In het kader van verzelfstandiging of uitbesteding wordt de (schriftelijke) overeenkomst van opdracht vaak aangeduid als dienstverleningsovereenkomst of bij netwerksamenwerking als samenwerkingsovereenkomst of samenwerkingsconvenant.

T5.1.4 Betalingen voor verschillende activiteiten en mix van instrumenten

Soms is er sprake van bekostiging van verschillende activiteiten en daarom ook van een mix van financieringsinstrumenten. De instandhouding van een bepaalde organisatie kan als zodanig belangrijk zijn. Daarom wordt voor instandhouding soms afzonderlijk betaald ten opzichte van de activiteiten die door de organisatie worden uitgevoerd. Bij verbonden partijen is de financiering van de instandhouding gekoppeld aan het eigenaarsbelang. Bij niet verbonden partijen kan het maatschappelijke of algemeen belang karakter een reden vormen om voor de instandhouding als zodanig te betalen.

Indien voor de instandhouding apart wordt betaald en deze niet verdisconteerd is in kostprijzen voor activiteiten wordt gekozen voor de begrotingsfinanciering of de subsidie. Bij een subsidie spreekt men dan van een instellingssubsidie.

Indien voor de activiteiten los van de instandhouding wordt betaald en de kostprijs niet mede de instandhouding behelst wordt gekozen voor een subsidie of een overeenkomst van opdracht. Bij de subsidie spreek je dan van een projectsubsidie (dit is ook het geval indien de kostprijs van activiteiten wel mede de instandhouding behelst maar die als zodanig niet wordt genoemd in de activiteiten die gesubsidieerd worden).

Voor die reden komt de combinatie van begrotingsfinanciering en dienstverleningsovereenkomsten bij publiekrechtelijke bestuurlijke samenwerking vaak voor, net als de instellingssubsidie in combinatie met een dienstverleningsovereenkomst bij uitbesteding aan private partijen.

T5.2 Beëindiging van de financiering

T5.2.1 Beëindiging van de financiering en de Wgr

De Wet gemeenschappelijke regelingen bevat geen bepalingen omtrent het bepalen van de hoogte van een eventuele uittreedsom, de periode waarover die verschuldigd is of de kosten die daarbij moeten worden betrokken. Er is echter wel jurisprudentie waaruit uitgangspunten kunnen worden gehaald. Jurisprudentie van voor de huidige Wgr en voor de huidige inrichting van de bestuursrechtelijke rechtspraak is door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State althans door de bestuursrechter bij de rechtbank (her-)bevestigd.

[59] Zie artikel 3:47 juncto artikel 6:217 BW.

In gevallen waarin de regeling niet voorziet in een uittredingsregeling met een afbouwperiode en bijbehorende percentages en partijen voor het overige niets overeen zijn gekomen wordt in de jurisprudentie stelselmatig een afbouwperiode of aanpassingsperiode van 5 jaar genoemd. Binnen die periode moet het samenwerkingsverband in staat zijn om maatregelen te treffen teneinde de frictiekosten af te bouwen. Uit de jurisprudentie komen bij inachtneming van die periode ook de volgende met de percentages van de gedurende de deelname normaal verschuldigde bijdrage als afbouwregeling naar voren:

- Jaar 1 van de uittreding: 100%,
- Jaar 2 van de uitreding: 80%,
- Jaar 3 van de uitreding: 60%,
- Jaar 4 van de uitreding: 40%,
- Jaar 5 van de uitreding: 20%.

Zoals gezegd, partijen kunnen een hiervan afwijkende periode en percentages overeenkomen. In de jurisprudentie werd bijvoorbeeld de volgende afspraak als redelijk beoordeeld mits 'jaar 1' het jaar is gedurende waarvan de betrokken deelnemer uittreedt:

- Jaar 1 van de uittreding: 100%,
- Jaar 2 van de uitreding: 75%,
- Jaar 3 van de uitreding: 50%,
- Jaar 4 van de uitreding: 25%.

Uit de jurisprudentie vloeit voort dat een in een gemeenschappelijke regeling opgenomen opzegtermijn er niet aan af doet dat er na de effectuering van de uittreding alsnog betalingsverplichtingen (zoals de hierboven genoemde termijnen en percentages) gelden teneinde de schade die door de uittreding ontstaat voor het samenwerkingsverband en de verblijvende deelnemers weg te nemen.

Een afbouwregeling dient slechts te zien op de schade die voor het samenwerkingsverband en de verblijvende deelnemers ontstaat door de uittreding. Het moet daarbij gaan om werkelijke schade en niet hypothetische kosten zoals bij het berekenen van een fictieve liquidatie en de daarmee samenhangende wachtgeldverplichtingen voor het personeel. Slechts reële onontkoombare ontvlechtingskosten mogen worden betrokken.

T5.2.2 Uittredingsregelingen in het privaatrecht

Wie zijn verplichtingen onder een lopende overeenkomst voortijdig beëindigt, pleegt in beginsel wanprestatie en is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt te vergoeden.[160] Veel overeenkomsten bevatten echter bepalingen over (voortijdige) opzegging en ontbinding. Het verschil tussen opzeggen van overeenkomsten en ontbinden van overeenkomst is grofweg, dat opzeggen meestal ook kan zonder dat er sprake is van een geschil of een tekortschieten van een van de partijen. De overeenkomst wordt dan beëindigd, onder voorwaarde dat een voldoende lange opzegtermijn in acht wordt genomen. Bij ontbinding gaat het om bepaalde voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om te kunnen ontbinden (al dan niet met tussenkomst van de rechter). Het gaat dan meestal om structurele wanprestatie, en voortdurende onmogelijkheid na te komen, faillissement of surseance van betaling of om grote wijzigingen in de aard van de organisatie van de tegenpartij (overname, rechtsopvolging etc.).

Ook voor beëindiging van rechtswege bevatten overeenkomsten soms bepalingen over de financiële gevolgen. Kortom bij de privaatrechtelijke overeenkomst is het uitgangspunt de contractautonomie.

[160] Artikel 6:74 BW.

Begrippenlijst

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen / AB Rechtspraak bestuursrecht
Ambtelijke status:	De status die een persoon verkrijgt wanneer deze overeenkomstig artikel 1 van de Ambtenarenwet in openbare dienst is aangesteld.
Attributie:	Het toekennen van een nieuwe, nog niet eerder toebedeelde bevoegdheid, aan een bestuursorgaan.
Aw2012:	Aanbestedingswet 2012.
Awb:	Algemene wet bestuursrecht.
BBV:	Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten.
Bedrijfsvoeringstaken:	Taken die een organisatie heeft die administratief of ondersteunend van aard zijn. Bij het uitvoeren van deze taken is geen sprake van publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening.
Beleidsovereenkomst:	Een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een bepaald beleidsdoel nastreeft en waarbij het voorwerp van de overeenkomst aan de kant van de overheid een vermogensrecht is.
Beleidsregel:	Een bij besluit vastgestelde algemene regel omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (art. 1:3 lid 4 Awb). Het bestuursorgaan kan deze eenzijdig vaststellen omtrent zijn eigen bevoegdheden of door hem overgedragen bevoegdheden (art. 4:81 e.v. Awb).
Besloten vennootschap (BV):	Een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal, waarbij de aandelen niet vrij overdraagbaar zijn (art. 2:175 lid 1 e.v. BW).
Bestuurlijke samenwerking:	Samenwerking tussen uitsluitend overheidslichamen.
Bestuursorgaan:	Een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed (art. 1:1 lid 1 Awb).
Bevoegdhedenovereenkomst:	Een publiekrechtelijke overeenkomst waarbij een bestuursorgaan een bepaald beleidsdoel nastreeft en waarbij het voorwerp van de overeenkomst aan de kant van de overheid een publiekrechtelijke bevoegdheid is.
Burgemeestersregeling:	Een gemeenschappelijke regeling tussen uitsluitend burgemeesters (en evt. een commissaris van de Koning of voorzitter van een waterschap).
BW:	Burgerlijk Wetboek.

Centrumregeling:	Een gemeenschappelijke regeling waarbij één deelnemer (enkelvoudige centrumregeling) of meerdere deelnemers (meervoudige centrumregeling) verantwoordelijk is c.q. zijn voor de uitvoering van taken van de deelnemers aan die regeling (art. 8 lid 4 Wgr).
Collegeregeling:	Een gemeenschappelijke regeling tussen uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders (en evt. gedeputeerde staten of een dagelijks bestuur van een waterschap).
Convenant:	Een andere benaming voor een bevoegdhedenovereenkomst.
Coöperatie (of coöperatieve vereniging):	Een rechtspersoon met leden die gericht is op het in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien, krachtens de overeenkomsten die met deze leden zijn gesloten (art. 2:53 lid 1 e.v. BW).
Delegatie:	Het door een bestuursorgaan overdragen van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze bevoegdheid onder eigen verantwoordelijkheid gaat uitoefenen (artikel 10:13 e.v. Awb).
Dienstverleningsovereenkomst (DVO):	Een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij gemeenten afspreken dat de ene gemeente taken uitvoert voor de andere gemeente. Vaak wordt de dienstverleningsovereenkomst juridisch gekwalificeerd als een overeenkomst tot opdracht (art. 7:400 BW).
Doorkruisingsleer:	Het leerstuk over de vraag of de overheid naast haar publiekrechtelijke bevoegdheden om een bepaald resultaat te bereiken gebruik mag maken van het privaatrecht om datzelfde resultaat te bereiken.
Extern verzelfstandigen:	De situatie waarin de uitvoering van de taak wordt belegd bij een privaatrechtelijke rechtspersoon die onder toezicht en verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur staat. Een synoniem voor privaatrechtelijke taakbehartiging.
Gemeenschappelijk openbaar lichaam (GOL):	Het bij een gemeenschappelijke regeling krachtens artikel 8 lid 1 Wgr ingesteld openbaar lichaam. Het openbaar lichaam bezit rechtspersoonlijkheid en kent een geleed bestuur.
Gemeenschappelijk orgaan (GOR):	Het bij een gemeenschappelijke regeling krachtens artikel 8 lid 2 Wgr ingestelde bestuursorgaan. Het gemeenschappelijk orgaan bezit geen rechtspersoonlijkheid en kent slechts een (bestuurs) orgaan.
Gemeenschappelijk regeling (GR):	Een publiekrechtelijke overeenkomst tussen bestuursorganen op grond van de Wet gemeenschappelijk regelingen.
Gemengde regeling:	Een gemeenschappelijke regeling tussen (1) de raden en colleges, (2) de raden, de colleges en de burgemeesters en (3) de colleges en burgemeesters van twee of meer gemeenten.
Governance:	Het geheel van sturings- en verantwoordingsrelaties bij een samenwerkingsverband.

Gst.	De Gemeentestem.
HR	Hoge Raad der Nederlanden.
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht.
Juncto (jo.):	Betekent in samenhang met / in verband met. Afgekort als jo. wordt deze term gebruikt om aan te geven dat twee of meer wetsartikelen in samenhang gelezen moeten worden.
Mandaat:	De bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen, waarbij de besluiten worden toegerekend aan dat bestuursorgaan (artikel 10:1 e.v. Awb). Termen die vaak gehanteerd worden om mandaat aan te duiden zijn machtigen, opdragen of namens.
Naamloze vennootschap (NV):	Een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal, waarbij de aandelen vrij overdraagbaar zijn (art. 2:64 lid 1 e.v. BW).
Netwerkconstructie:	Een samenwerkingsvorm waarbij één of meerdere organisaties belast zijn met de uitvoering van een specifieke taak voor alle deelnemers, terwijl er geen nieuwe organisatie is opgericht.
NJ	Nederlandse Jurisprudentie.
Overeenkomst:	Een meerzijdige privaatrechtelijke rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan (art. 6:213 lid 1 BW).
(Overeenkomst tot) Opdracht:	De overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 lid 1 BW). In de samenwerkingspraktijk wordt dit vaak een dienstverleningsovereenkomst genoemd.
Overdracht (van bevoegdheden):	De verantwoordelijkheden en de bevoegdheden voor de uitvoering van een taak worden overgedragen aan een ander, die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent (art. 10:21 Awb). Indien besluitbevoegdheden worden overgedragen is sprake van delegatie (art. 10:13 Awb).
PIOFACH:	Personeel, Inkoop, Organisatie, Financiën, Automatisering, Communicatie, Huisvesting; dit zijn bedrijfsvoeringstaken.
Privaatrechtelijke rechtshandeling:	Een handeling die uitgevoerd wordt met het oog op het tot stand brengen van een privaatrechtelijk rechtsgevolg. Deze worden verricht door de rechtspersoon (art. 2:5 jo. art. 3:32 BW).

Privaatrechtelijke rechtspersoon:	Een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze vennootschap, besloten vennootschap of stichting (art. 2:3 BW).
Privaatrechtelijke taakbehartiging:	De uitvoering van de taak is belegd bij een privaatrechtelijke rechtspersoon die onder toezicht en verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur staat (zie ook extern verzelfstandigen).
Privatisering:	Het uitbesteden van een publieke taak aan één of meer private partijen.
Publiek-private samenwerking (PPS):	Een samenwerkingsverband tussen overheden en private partijen.
Publiekrechtelijke rechtshandeling:	Een handeling die een publiekrechtelijk rechtsgevolg beoogd. Vaak in de vorm van een besluit (art. 1:3 lid 1 Awb).
Publiekrechtelijke rechtspersoon:	Een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon (art. 2:1 BW).
Raadsregeling:	Een gemeenschappelijke regeling tussen uitsluitend gemeenteraden (en evt. provinciale staten of het algemeen bestuur van een waterschap).
Rechtspersoon:	Een juridische constructie waardoor een organisatie privaatrechtelijke rechtshandelingen mag verrichten (art. 2:5 BW) en vervolgd kan worden voor het plegen van strafbare feiten (art. 51 Sr).
Regeling zonder meer:	Gemeenschappelijke regeling waarbij geen gemeenschappelijk openbaar lichaam, gemeenschappelijk orgaan of centrumregeling wordt ingesteld (art. 1 jo. art. 8 Wgr).
Stichting:	Een rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (art. 2:285 lid 1 e.v. BW). Het doel mag niet inhouden het afdragen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen, noch aan anderen, tenzij wat deze laatste betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.
Subsidie:	De aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (art. 4:1 lid 1 Awb).
Toetredingssom:	Het bedrag dat betaald moet worden om toe te mogen te treden tot een gemeenschappelijke regeling.
Uitbesteden:	De situatie waarin taak wordt uitbesteed aan een private partij of marktpartij.
Uittreedsom:	Het bedrag dat betaald moet worden om uit een gemeenschappelijke regeling te mogen treden.
Uitvoeringstaken:	Taken die behoren bij de uitvoering van beleid en niet bij het maken van beleid of bij de ondersteuning van de organisatie/ bedrijfsvoering.

Verbonden partij:	Een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de gemeente, de provincie of het waterschap een bestuurlijk en een financieel belang heeft (art. 1 lid 1 onder b BBV, art. 4.1 Waterschapsbesluit).
Vereniging:	Een rechtspersoon met leden die gericht is op een bepaald doel (art. 2:26 lid 1 e.v. BW), waarbij het doel niet mag inhouden het verdelen van de winst onder de leden.
Volmacht:	De bevoegdheid die de volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW).
Wgr:	Wet gemeenschappelijke regelingen.

Literatuursuggesties

T.D. Cammelbeeck en H.R.B.M. Kummeling (red.), *Tekst & Commentaar Gemeentewet Provinciewet (inclusief Wet gemeenschappelijke regelingen)* (achtste druk), Kluwer: Deventer 2015

A.P.W. Duijkersloot, A.A.J. de Gier, G.T.J.M. Jurgens en B.J. Schueler, *De doorkruisingsleer in perspectief*, Den Haag: VNG 2010.

P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij* (zesde druk), Kluwer: Deventer 2013

A.H.M. Dölle, *Mandaat en delegatie*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2000

R.C.J. Galle (red.), *De coöperatie in de publieke en semipublieke sector*, Convoy Uitgevers: Dordrecht 2014

R.J.M.H. de Greef , 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!', in *De Gemeentestem* 2008 (7303), nr. 107

R.J.M.H. de Greef, 'Binnenregionale decentralisatie: de paradox van verdergaande regionalisatie', in *De Gemeentestem* 2012 (7370), nr. 54

R.J.M.H. de Greef, 'Deelgemeenten, deelgemeentebesturen en territoriale bestuurscommissies: do's and dont's', in *De Gemeentestem* 2010 (7330), nr. 1

R.J.M.H. de Greef, 'De Wet gemeenschappelijke regelingen en de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur', in *De Gemeentestem* 2013 (7395), nr. 110

R.J.M.H. de Greef, 'De bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen: een nieuwe vorm van samenwerking?' in *De Gemeentestem* 2013 (7397), nr. 125

R.J.M.H. de Greef en L.C.L. Huntjens, *Sturing & toezicht op Gemeenschappelijke regelingen: Handreiking voor provinciale staten van Overijssel*, Rekenkamer Oost-Nederland: Deventer 2014

R.J.M.H. de Greef, L.C.L. Huntjens en N.M. Oud 'Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging, in *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2012 (2), nr. 6

R.J.M.H. de Greef, S.A.J. Munneke en S.E. Zijlstra, Binnengemeentelijke decentralisatie na afschaffing van de deelgemeenten en deelgemeentebesturen, Vrije Universiteit: Amsterdam 2012

R.J.M.H. de Greef en R. Stolk, *Grip op regionale samenwerking: Handreiking voor gemeenteraadsleden en griffiers*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2015

R.J.M.H. de Greef, F.H.K. Theissen en M.C. de Voogd, *Intergemeentelijke samenwerking toegepast: Handreiking voor toepassing van de Wet gemeenschappelijke regelingen*: VNG: Den Haag 2013

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, *Handboek Stichting en Vereniging*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2013

E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap* (dertiende druk), Kluwer: Deventer 2013

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (derde druk), Kluwer: Deventer 2013

N. Jak en S.E. Zijlstra, 'De overheidsstichting: een tussenstand', in M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting: Kritische beschouwingen over wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011

M.J. Kroeze, *Rechtspersonenrecht: De rechtspersoon* (negende druk), Kluwer: Deventer 2015

J. Nijland, *De overheidsonderneming: Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd* (diss. Leiden), UL: Leiden 2013

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Kluwer: Deventer 2006

M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (derde druk), Kluwer: Deventer 2013

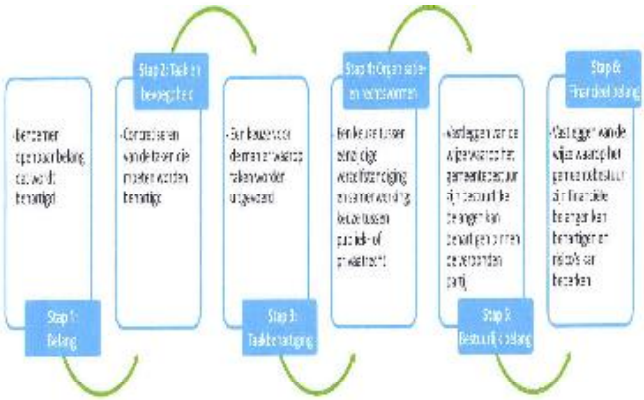
P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (zestiende druk), Kluwer: Deventer 2013

K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), W.E.J. Tjeenk Willink: Utrecht 2000

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Kluwer: Deventer 2009

S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), VUGA: Den Haag 1997

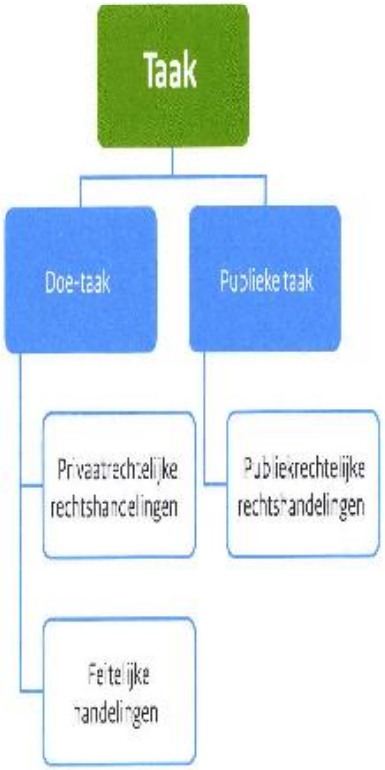
S.E. Zijlstra, L.J.J. Rogier, M.C. de Voogd, H.M.L. Fons, M.V. van Munster, *Mandaat en delegatie*, BJu: Den Haag 2001


Stap 1:
Stap 2: Taak en
Stap 3:
Stap 4: Organisatie
Stap 5:
Stap 6:

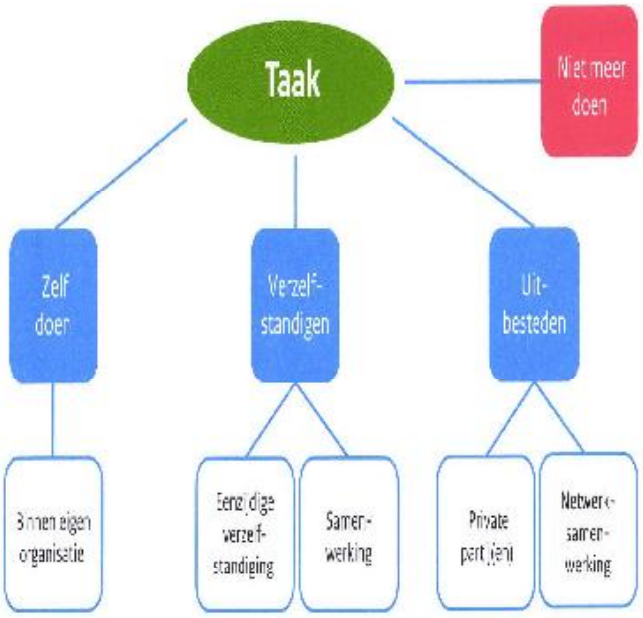
Hoofdschema

Openbaar belang
Particuliere belangen

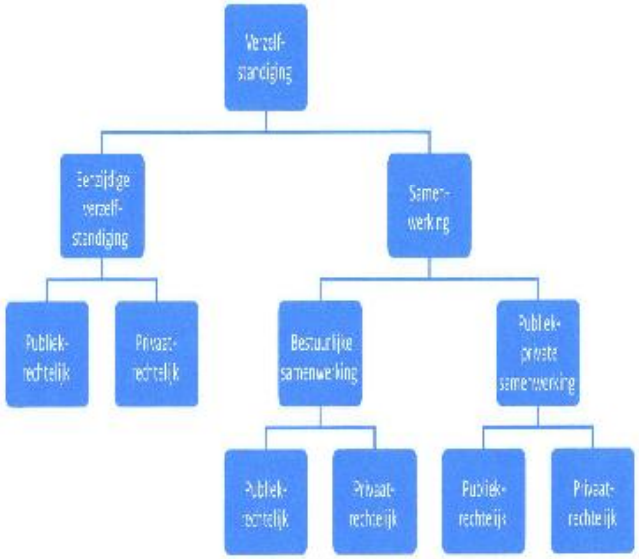
Stap 1


Taak
Doe-taak
Publieke taak
Privaatrechtelijke rechtshandelingen
Publiekrechtelijke rechtshandelingen
Feitelijke handelingen

Stap 2


Taak
Niet meer doen
Zelf doen
Verzelf-standigen
Uit-besteden
Binnen eigen organisatie
Eenzijdige verzelf-standiging
Samen-werking
Private partijen
Netwerk-samen-werking

Stap 3



Bestuurscommissie	Stichting	Gemeenschappelijk openbaar lichaam	Vereniging	Gemeenschappelijk openbaar lichaam	Vereniging
	Besloten vennootschap		Coöperatie		Coöperatie
		Bedrijfsvoerings-organisatie		Bedrijfsvoerings-organisatie	
	Naamloze vennootschap		Besloten vennootschap		Besloten vennootschap
		Gemeenschappelijk orgaan		Gemeenschappelijk orgaan	Naamloze vennootschap
			Naamloze vennootschap		
			Stichting		Stichting
			Maatschap		Maatschap
			Vennootschap onder firma		Vennootschap onder firma
			Commanditaire vennootschap		Commanditaire vennootschap

Stap 4

Stemrecht
• Heeft de gemeente stemrecht?
• Wie oefent het stemrecht uit?
Vertegen-woordiging
• Wie vormt het bestuur?
• Hoe wordt omgegaan met belangenverstrengeling?
Besluiten
• Wie is bevoegd te beslissen
• Wanneer moet de raad of het college instemmen?

Stap 5

Dit is een uitgave van:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Postbus 20011 | 2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl

december 2015 | 89091