

Memo

Aan: Cor Grasmeyer
Van: Rob de Greef
Datum: 9 december 2021
Onderwerp: Beantwoording vragen provinciale staten

Cooperación is de handelsnaam van
Rob de Greef Bestuurlijk Organisatierecht B.V.
Statenlaan 221
5708 ZX Helmond

secretariaat@cooperacion.nl
www.cooperacion.nl
+31 85 076 1717

Bank NL NL02RABO0162238533
Btw NL8511.36.928.B01
KvK 54054354

1. Aanleiding

Vanuit provinciale staten van Utrecht zijn er twee vragen opgekomen met betrekking tot de transitie van de recreatieschappen:

1. Kan een bedrijfsvoeringsorganisatie opgericht worden met gedeputeerde staten als deelnemer of mag dat alleen tussen colleges van burgemeester en wethouders?
2. Kan een alleenrecht wel verleend worden door een bedrijfsvoeringsorganisatie, gelet op een uitspraak van de rechtbank Gelderland?
3. Wat zijn de belangrijkste verschillen tussen een bedrijfsvoeringsorganisatie en een gemeenschappelijk openbaar lichaam?

2. Bedrijfsvoeringsorganisatie

Een bedrijfsvoeringsorganisatie kan alleen worden ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling getroffen tussen uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders zo valt in artikel 8 lid 3 Wgr te lezen. De bedrijfsvoeringsorganisatie kan dus alleen worden ingesteld bij een zgn. *collegeregeling*. Deze beperking is ingegeven vanuit het idee dat bij een bedrijfsvoeringsorganisatie (waar geen interne verantwoordingsrelaties bestaan vanwege het ontbreken van een apart dagelijks bestuur) alleen mag worden samengewerkt op bedrijfsvoeringstaken (ondersteunende processen) en beleidsarme uitvoeringstaken.

Uit een strikte lezing van artikel 8 lid 3 Wgr zou dus geconcludeerd kunnen worden dat gedeputeerde staten niet mogen deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling waarbij een bedrijfsvoeringsorganisatie wordt ingesteld. Dat staat echter haaks op de systematiek van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Artikel 8 lid 3 Wgr staat in hoofdstuk I Wgr. Dat hoofdstuk handelt uitsluitend over intergemeentelijke gemeenschappelijke regelingen. Om die reden worden nergens (bijv. ook niet bij de samenstelling van het algemeen bestuur van een openbaar lichaam) provinciale bestuursorganen genoemd (gedeputeerde staten komen alleen als toezichthouder terug in dit hoofdstuk). Interprovinciale samenwerking is echter gebaseerd op hoofdstuk II Wgr, en interbestuurlijke samenwerking tussen provincies en gemeenten (zoals in het geval van de recreatieschappen) is gebaseerd op hoofdstuk IV van de Wgr.

In artikel 52 lid 1 Wgr wordt o.a. artikel 8 Wgr *van overeenkomstige toepassing* verklaard op dit soort interbestuurlijke samenwerking. Dat betekent dat bij een interbestuurlijke gemeenschappelijke regeling dus ook een bedrijfsvoeringsorganisatie kan worden ingesteld. Artikel 8 lid 3 Wgr moet dan niet letterlijk worden gelezen, dan zou de term *is van toepassing* worden gebruikt (aanw. 3.32 lid 1 AR). Van overeenkomstige toepassing wordt gebruikt wanneer de bepaling waarnaar wordt verwezen niet geheel letterlijk kan worden toegepast, maar misverstand over de toe te passen tekst uitgesloten is (aanw. 3.32 lid 2 AR). In de systematiek van de Wet gemeenschappelijke regelingen betekent dit dat bepalingen waar in hoofdstuk I gesproken wordt over de raad, in hoofdstuk IV wordt begrepen raad én provinciale staten, dat waar gesproken wordt van college van burgemeester en wethouders moet worden begrepen 'college van burgemeester en wethouders en gedeputeerde staten' en daar waar gesproken wordt van de burgemeester begrepen moet worden 'burgemeester en de commissaris van de Koning'.

Een bedrijfsvoeringsorganisatie kan dus worden ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling waaraan uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders én gedeputeerde staten deelnemen.

Dat beeld wordt versterkt omdat anders bij een interbestuurlijke gemeenschappelijke regeling nooit een bedrijfsvoeringsorganisatie zou kunnen worden ingesteld (is die immers uitsluitend tussen colleges van burgemeester en wethouders gesloten, dan is hoofdstuk IV niet van toepassing). Toch is in artikel 54 Wgr expliciet voorzien in de mogelijkheid van overdracht van gemeentelijke én provinciale bevoegdheden aan het bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie (zie ook art. 56a Wgr), kan het bestuur van een interbestuurlijke bedrijfsvoeringsorganisatie ook privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten (art. 54a Wgr) en stelt dit bestuur ook een begroting en jaarrekening vast (art. 58 Wgr). Indien gedeputeerde staten nooit aan een bedrijfsvoeringsorganisatie zou kunnen deelnemen, dan zouden al deze bepalingen geheel overbodig zijn. Daaruit moet worden afgeleid dat de wetgever ook expliciet beoogd heeft dat ook gedeputeerde staten aan een gemeenschappelijke regeling waarbij een bedrijfsvoeringsorganisatie wordt ingesteld kunnen deelnemen.

Ook de Provinciewet gaat van dit uitgangspunt uit. Zo heeft de provinciale rekenkamer de bevoegdheid om documenten op te vragen bij een bedrijfsvoeringsorganisatie ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling waaraan het provinciebestuur participeert (art. 185 lid 1 Provinciewet).¹ Als gedeputeerde staten niet kunnen participeren zou ook deze bepaling een dode letter zijn. Tot slot kunnen gedeputeerde staten aan een dergelijke bedrijfsvoeringsorganisatie ook bevoegdheden van de provinciale heffingsambtenaar overdragen (art. 227b lid 4 Provinciewet).² Ook die bepaling zou anders een dode letter zijn.

¹ Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33597, nr. 9.*

² Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33597, nr. 7.*

3. Alleenrecht

De vraag of een bedrijfsvoeringsorganisatie een alleenrecht kan verlenen is een stuk ingewikkelder.

Een alleenrecht kan verleend worden door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst (of samenwerkingsverband van aanbestedende diensten), mits het alleenrecht in overeenstemming is met de Europese verdragen (art. 2.24 aanhef en onder a Aanbestedingswet 2012). De bedrijfsvoeringsorganisatie is in elk geval een aanbestedende dienst, nu het een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 is. Dat geldt ook voor Staatsbosbeheer.

Daarmee is de redenering echter nog niet compleet. Uit de definitie van een uitsluitend recht zijn nog meer eisen op te maken (art. 1.1 Aanbestedingswet 2012). Zo staat daar dat het uitsluitend recht ‘bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan’ moet worden verleend. Deze formulering wijkt af van de Aanbestedingsrichtlijn, waar gesproken wordt van “wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen” (art. 11 Richtlijn³). Uit deze laatste formulering maakt de rechtbank Gelderland op:

“Met betrekking tot de vraag of de gemeenten en RNV wel een beroep toekomt op de uitzonderingsbepaling van artikel 2.24 aanhef en sub a juncto 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 overweegt de rechtbank, dat deze nationale regelgeving richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd. Hierbij gaat het in het bijzonder om de wijze waarop het uitsluitend recht, in de Richtlijn ‘alleenrecht’ genoemd, kan worden verleend. De Richtlijn schrijft voor dat het uitsluitend recht moet worden genoten ‘uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’. De rechtbank interpreteert het begrip ‘bepalingen’ aldus dat het moet gaan om algemeen verbindende voorschriften, zoals die kunnen zijn vervat in een wet, een algemene maatregel van bestuur of een verordening. In deze zaak is [...] geen sprake van een verordening [...], maar van interne besluiten van de colleges van burgemeester & wethouders. Deze besluiten waren niet algemeen verbindend en dienden slechts ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, te weten het (doen) sluiten van een exclusieve be-/verwerkings-overeenkomst met Afvalsturing Friesland. De besluiten zijn voorts vooraf niet publiekelijk aangekondigd en zijn na het nemen daarvan uitsluitend op de gemeentelijke websites gepubliceerd, terwijl die besluiten, althans volgens de eigen stellingen van de gemeenten en RNV, ook niet vatbaar waren voor bezwaar en beroep. Het moge zo zijn dat deze besluiten wel besluiten waren in de zin van artikel 1:3, eerste lid van de Nederlandse Algemene Wet Bestuursrecht. Naar het oordeel van de rechtbank kwalificeren deze besluiten niet als de in artikel 18 van de Europese Richtlijn 2004/18/EG bedoelde ‘bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’.⁴

Strikte lezing van deze overweging van de rechtbank leidt ertoe dat een alleenrecht alleen bij algemeen verbindend voorschrift kan worden verleend. In dat geval zou de bedrijfsvoeringsorganisatie nimmer een alleenrecht kunnen verlenen. Het bestuur van de

³ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, *PbEU* 2014, nr. L 94/65.

⁴ Rb. Gelderland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

bedrijfsvoeringsorganisatie heeft immers geen eigen bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen (zoals bijv. gemeenteraden en provinciale staten wel hebben), en aan het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie kan de bevoegdheid algemeen verbindende voorschriften vast te stellen ook niet overgedragen worden (art. 54 lid 1 aanhef en onder b Wgr). Mandatering van die bevoegdheid is ook uitgesloten (art. 10:3 lid 2 aanhef en onder a Awb). Bij een openbaar lichaam ingesteld bij een gemeenschappelijke regeling waaraan ook gemeenteraden én provinciale staten deelnemen kan de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen wél worden overgedragen (art. 54 lid 1 Wgr).

De vraag is echter of de rechtbank hier wel de juiste conclusie trekt. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld, en onze hoogste bestuursrechters noch de hoven en de Hoge Raad hebben zich over deze kwestie uitgelaten. De Aanbestedingswet 2012 neemt in elk geval een ander uitgangspunt, en in de lezing van de rechtbank zou dat dus niet richtlijnconform zijn.

Uitgangspunt van de richtlijn is dat het alleenrecht bekendgemaakt moet zijn. Het kan dus nimmer om een louter intern besluit gaan, in zoverre heeft de rechtbank in elk geval gelijk. Het is echter niet waar dat alleen algemeen verbindende voorschriften bekend worden gemaakt, dat geldt in beginsel voor alle publiekrechtelijke besluiten, waarbij voor alle besluiten van algemene strekking (waaronder ook een algemeen verbindend voorschrift) geldt dat zij in een publicatieblad moeten worden bekendgemaakt (art. 6 Bekendmakingswet). Aan die bekendmaking wordt dus geen afbreuk gedaan wanneer een besluit van algemene strekking gewoon wordt bekendgemaakt. En de overdracht van de bevoegdheid andere besluiten van algemene strekking dan algemeen verbindende voorschriften vast te stellen is niet van de overdracht uitgesloten, voor zover daarbij niet teveel beleidsruimte bestaat voor het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie.

Onderzocht moet nog worden hoe de bevoegdheid vanuit de gemeentebesturen en het provinciebestuur precies bij de bedrijfsvoeringsorganisatie komt te liggen. Daarom is daar nu nog geen sluitend antwoord op te geven. Transparantie staat daarbij echter voorop, zodat volledig in lijn met de richtlijn en de Europese verdragen wordt gehandeld.

4. Verschillen bedrijfsvoeringsorganisatie en openbaar lichaam

	Openbaar lichaam	Bedrijfsvoeringsorganisatie
Bestuur	Geleed bestuur: algemeen bestuur, dagelijks bestuur en voorzitter (evt. commissies)	Enkelvoudig bestuur: alleen één bestuur (vgl. algemeen bestuur)
Bevoegdheden	Alle (beleidsrijke én beleidsarme) collegebevoegdheden mogen worden overgedragen (of gemandateerd)	Alleen beleidsarme collegebevoegdheden mogen worden overgedragen (of gemandateerd)
Democratische controle: openbaarheid	Algemeen bestuur vergadert openbaar , dagelijks bestuur in beginsel niet	Bestuur hoeft niet openbaar te vergaderen
Democratische controle: Verantwoordingsrelaties	Interne verantwoording: dagelijks bestuur verantwoording schuldig aan algemeen bestuur (niet aan gemeenten) Externe verantwoording: leden algemeen bestuur verantwoording schuldig aan raden én colleges	Interne verantwoording: geen Externe verantwoording: leden bestuur verantwoording schuldig aan raden én colleges