

Van Contact naar Contract

DE BIJZONDERE POSITIE VAN GEMEENTEN IN HET CONTRACTENRECHT



Van Contact naar Contract

De bijzondere positie van gemeenten in het contractenrecht

Prof. mr. G.T.J.M. Jurgens

Mr. A.A. van Rossum

Colofon

Auteurs

prof. mr. G.T.J.M. Jurgens, Universiteit Utrecht, alsmede zelfstandig adviseur en opleider

mr. A.A. van Rossum, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

mr. D.H. de Vries, BNG (paragraaf 2.6)

Samenstelling en redactie

mr. J.E. Poldervaart, VNG

mr. E.H.J. de Bruin, VNG

Begeleidingscommissie

mr. G.G.C.M. Bartels, gemeente Breda

mr. J.P. Coumou, (voorheen) gemeente Den Haag

mr. O.P. de Gier, gemeente Tilburg

mr. B.M. Janssen, gemeente Apeldoorn

mr. L.H.P. Martens, gemeente Tholen

mr. D.H. de Vries, BNG

Vormgeving

C. Koning, VNG

ISBN 978-90-810636-6-1

© Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag, 2013

Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Postbus 30435

2500 GK Den Haag



Inhoudsopgave

Voorwoord	9
Lijst van afkortingen	13
1 Inleidende opmerkingen over het contractenrecht en het staats- en bestuursrecht	15
1.1 Inleiding	15
1.2 Privaatrecht: regels over rechtshandelingen, verbintenissen en overeenkomsten	16
1.2.1 Inleiding	16
1.2.2 Regels over de totstandkoming van een rechtshandeling	18
1.2.3 Regels over de totstandkoming van een overeenkomst	21
1.2.4 Wilsgebreken	26
1.2.5 Nietigheid en vernietigbaarheid.	30
1.3 Publiekrecht: staats- en bestuursrecht	32
1.3.1 Inleiding	32
1.3.2 Enkele staatsrechtelijke noties	33
1.3.3 Enkele bestuursrechtelijke noties	36
2 Overeenkomsten met bijzondere publiekrechtelijke aspecten	43
2.1 Inleiding	43
2.2 Convenanten	43

2.3	Bevoegdhedenovereenkomsten	45
2.3.1	Inleiding	45
2.3.2	Wie is partij bij een bevoegdhedenovereenkomst?	46
2.4	Exploitatie-overeenkomsten	47
2.4.1	Inleiding	47
2.4.2	Anterieure en posterieure overeenkomsten	47
2.4.3	Exploitatie-overeenkomsten op grond van het oude artikel 42 WRO	50
2.5	Subsidie-overeenkomsten	52
2.5.1	Inleiding	52
2.5.2	Enkele algemene opmerkingen over de subsidie-regeling in de Awb	52
2.5.3	Subsidie-uitvoeringsovereenkomsten	56
2.6	Overeenkomsten van geldlening en garanties	59
2.6.1	Inleiding	59
2.6.2	Reikwijdte wet FIDO	60
2.6.3	Doelstellingen en uitgangspunten wet FIDO	61
2.6.4	Publieke taak; art. 2 lid 1 wet FIDO	61
2.6.5	Regeling uitzettingen en derivaten decentrale overheden; art. 2 lid 2 wet FIDO	62
2.6.6	Besluit leningvoorwaarden decentrale overheden; art. 2 lid 3 wet FIDO	64
2.6.7	Wetsvoorstel schatkistbankieren	64
2.6.8	Het staatssteunrecht en leningen en garanties van gemeenten	67
3	De gemeente: een bijzondere contractspartij	73
3.1	Inleiding	73
3.2	Rechtspersoonlijkheid	74
3.2.1	De gemeente als contractspartij	74
3.2.2	Publiekrechtelijke versus privaatrechtelijke rechtspersonen	74
3.2.3	Vertegenwoordiging van de gemeente	75
3.2.4	Inschrijving in het handelsregister	75
3.3	Grenzen aan het gebruik van het privaatrecht door de gemeente	76
3.3.1	Inleiding	76
3.3.2	Bespreking doorkruisingsleer	76
3.3.3	Toepassing van de doorkruisingsformule in de jurisprudentie	77

3.3.4	Misbruik van bevoegdheid	83
3.3.5	Gevolgen van doorkruising en misbruik van bevoegdheid	86
3.4	Publiekrechtelijke normering in het kader van gemeentelijke contracten	87
3.4.1	Inleiding	87
3.4.2	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	88
3.4.3	Grondrechten	91
3.4.4	Beleidsregels en bestendige bestuurspraktijk	92
3.4.5	Aanbestedingsregels	94
3.5	De positie van de gemeente in het mededingingsrecht	100
3.5.1	Inleiding	100
3.5.2	Staatssteun	101
3.5.3	Het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het concentratietoezicht in de Mededingingswet	104
3.5.4	De Wet Markt en Overheid	107
3.6	Openbaarheid en geheimhouding	111
3.6.1	Verplichte informatieverstrekking op grond van de Wob	111
3.6.2	Uitzonderingen	111
3.6.3	Beperkingen	113
3.6.4	Verhouding Wob en Gemeentewet	115
3.6.5	Nieuwe ontwikkelingen	116
4	De interne organisatie bij het aangaan van overeenkomsten	119
4.1	Inleiding	119
4.2	De interne besluitvorming tot het aangaan van overeenkomsten	120
4.2.1	De bevoegdheid van het college om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten	120
4.2.2	Een instemmings- of goedkeuringsvoorbehoud voor het college	120
4.2.3	De positie van de gemeenteraad bij besluiten tot het aangaan van overeenkomsten	123
4.3	Vertegenwoordiging bij contracten met gemeenten	127
4.4	Delegaat, mandaat, volmacht en machtiging	128
4.4.1	Inleiding	128
4.4.2	Delegatie	129
4.4.3	Mandaat	129
4.4.4	Volmacht	131

4.5	Bevoegdheidsgebreken: wanneer is de gemeente toch gebonden?	133
4.5.1	Inleiding	133
4.5.2	Bekrachtiging	134
4.5.3	Aan de gemeente toerekenbare schijn van bevoegdheid	135
4.5.4	Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad	136
5	De onderhandelingsfase (precontractuele fase)	139
5.1	Inleiding	139
5.2	Toezeggingen	140
5.2.1	Inleiding	140
5.2.2	Onbevoegd gedane toezeggingen: schijn van bevoegdheid	140
5.3	Afgebroken onderhandelingen	142
5.3.1	Inleiding	142
5.3.2	Redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur	143
5.3.3	Situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan	145
5.3.4	Situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen wel is toegestaan onder toekenning van een schadevergoeding aan de wederpartij	146
5.3.5	Vastlegging punten van overeenstemming	147
5.4	Schriftelijk vastleggen van afspraken	147
5.4.1	Voorovereenkomst	147
5.4.2	Nut van besprekingsverslagen	148
5.4.3	Duidelijke taal	149
5.5	Onvoorziene omstandigheden tijdens onderhandelingen	150
5.5.1	Rol beleidsvrijheid	150
5.5.2	Geen nakoming, wel schadevergoeding	151
6	De inhoud van de overeenkomst	155
6.1	Inleiding	155
6.2	De naam van de overeenkomst	156
6.3	De vermelding van de partijen en de ondertekening	156
6.4	De considerans	157
6.5	De definities en de uitleg van het bepaalde	158
6.6	De afspraken: de rechten en verplichtingen over en weer	158

6.6.1	Inleiding	158
6.6.2	Omschrijving van de overeengekomen prestaties en de prijs	158
6.6.3	Omschrijving van plaats, tijd en wijze van de prestaties	163
6.6.4	Zekerheden	165
6.6.5	Niet-nakoming, verzuim en overmacht	166
	6.6.5.1 Wanprestatie en recht op schadevergoeding	166
	6.6.5.2 Verzuim	168
	6.6.5.3 Overmacht	169
	6.6.5.4 Rechten uit een wederkerige overeenkomst: opschorting en ontbinding	170
	6.6.5.5 Regelend recht	172
6.6.6	Wijziging van omstandigheden	174
6.6.7	Duur van de overeenkomst	175
6.6.8	Verrekening	178
6.6.9	Boetebedingen	179
6.6.10	Faillissement en surséance van betaling	180
6.6.11	Publiekrechtelijke voorschriften	180
6.6.12	Verandering van wederpartij	181
6.6.13	Aansprakelijkheid en verzekering	183
6.6.14	Geheimhouding en publiciteit	185
6.6.15	Contactpersonen	185
6.6.16	Geschillenregeling en rechtskeuze	186
6.7	Algemene voorwaarden	187
	6.7.1 Inleiding	187
	6.7.2 De gemeente als gebruiker van algemene voorwaarden	188
	6.7.3 Gebondenheid aan algemene voorwaarden	189
	6.7.4 Mogelijkheden voor vernietiging van algemene voorwaarden	190
	6.7.5 Battle of forms	192
	6.7.6 De gemeente als wederpartij	193
7	De uitvoering van overeenkomsten	195
	7.1 Inleiding	195
	7.2 Praktische zaken na het sluiten van het contract	196
	7.2.1 Archivering	196
	7.2.2 Uitvoeringsplanning en contractbeheer	196
	7.2.3 Inschrijving in de openbare registers	197

7.3	Problemen bij de nakoming van de overeenkomst	198
7.3.1	Inleiding	198
7.3.2	Maatstaven voor de uitvoering van de overeenkomst: redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur	198
7.3.3	In welke gevallen kan het achterwege blijven van nakoming gerechtvaardigd zijn?	202
7.3.3.1	Inleiding	202
7.3.3.2	Overmacht (art. 6:75 BW)	203
7.3.3.3	Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)	203
7.4	De uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten	209
7.4.1	Inleiding	209
7.4.2	Betekenis van de overeenkomst voor de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid.	209
7.4.3	Procedures voor de rechter bij problemen in de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten	213
7.4.3.1	De bestuursrechter	213
7.4.3.2	De burgerlijke rechter	214
7.5	De interne organisatie voor het voeren van juridische procedures	222
7.5.1	Civielrechtelijke procedures	222
7.5.2	Bestuursrechtelijke procedures	223
8	In vogelvlucht	225
	Jurisprudentieregister	233
	Wetsartikelenregister	237



Voorwoord

Software wordt ingekocht, opdrachten worden verstrekt en grond wordt verkocht.

Op allerlei gebieden sluiten gemeenten overeenkomsten. De gemeente is een bijzondere contractspartner. De contractsvrijheid van de gemeente wordt begrensd doordat haar functioneren als overheidsorganisatie is ingebed in publiekrechtelijke regels en normen. Deze regels en normen spelen ook bij de uitvoering van de overeenkomsten een belangrijke rol.

De wijze waarop een gemeente is georganiseerd maakt haar eveneens tot een bijzondere contractspartij. De wederpartij ziet de gemeente als één geheel, hij of zij contracteert immers met dé gemeente. Echter, intern zijn de gemeentelijke bestuursorganen met elk hun eigen bevoegdheden op verschillende manieren betrokken bij de totstandkoming en/of uitvoering van een overeenkomst.

De VNG wordt veelvuldig door gemeenten benaderd met vragen als: kan er ondanks een voorbehoud van instemming door het college toch een overeenkomst tot stand komen, wie is partij bij een bevoegdhedenovereenkomst en mag een gemeente nakoming van een overeenkomst weigeren met als rechtvaardiging het algemeen belang?

Deze publicatie beoogt antwoord te geven op deze en andere juridische

vragen met betrekking tot de bijzondere positie van gemeenten in het contractenrecht.

De publicatie is geschreven voor beginnend gemeentjuristen en voor juridisch geïnteresseerde medewerkers, die zich in hun dagelijkse praktijk bezig houden met contracteren. Na elk hoofdstuk volgt een samenvatting, waarin kort de in het hoofdstuk behandelde items staan beschreven. Met behulp van de margeteksten kunnen onderwerpen snel worden teruggevonden.

Bij het sluiten van overeenkomsten – zeker als dit door de overheid gebeurt – is een veelheid aan regelgeving van belang. Uiteraard is hetgeen in deze publicatie wordt behandeld niet uitputtend bedoeld. Het is raadzaam om bij complexe contracten juridische expertise in te schakelen, niet in de laatste plaats omdat er grote financiële belangen mee gemoeid kunnen zijn. Bovendien verdient het aanbeveling om het sluiten van overeenkomsten binnen een gemeentelijk systeem van juridische kwaliteitszorg en contractbeheer/-management te brengen. Juridische kwaliteitszorg kan er toe bijdragen dat de kennis binnen de gemeente rondom het contracteren wordt gewaarborgd en waar nodig wordt verbeterd. Daarbij ziet kennis niet alleen op het juridisch inhoudelijke maar ook op de zorg voor bijvoorbeeld duidelijkheid en uitvoerbaarheid van een overeenkomst. Een systeem van contractbeheer en contractmanagement draagt ertoe bij dat contractgegevens eenduidig worden vastgelegd en zorgt voor actieve bewaking van de uitvoering en de duur van de overeenkomst. Daarnaast geeft het mogelijkheden voor (tijdige) sturing op eventuele wijzigingen.

Deze publicatie is een geactualiseerde versie van de publicatie Van Contact naar Contract uit 2003. De publicatie is ingrijpend herzien door prof.mr. G.T.J.M. Jurgens, hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en tevens werkzaam als zelfstandig adviseur en opleider. De in 2003 uitgebrachte publicatie was in hoofdzaak geschreven door mr. A.A. van Rossum, destijds advocaat bij Pels Rijken & Drooglever Fortuijn en bijzonder hoogleraar Overheid en Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, thans raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Paragraaf 2.6 van deze publicatie – overeenkomsten van geldlening en garantie – is evenals in 2003 van de hand van mr. D.H. de Vries, jurist bij de Bank Nederlandse Gemeenten.

De VNG is de begeleidingscommissie zeer erkentelijk voor hun gedegen commentaar op de inhoud en hun inbreng vanuit de gemeentelijke praktijk.

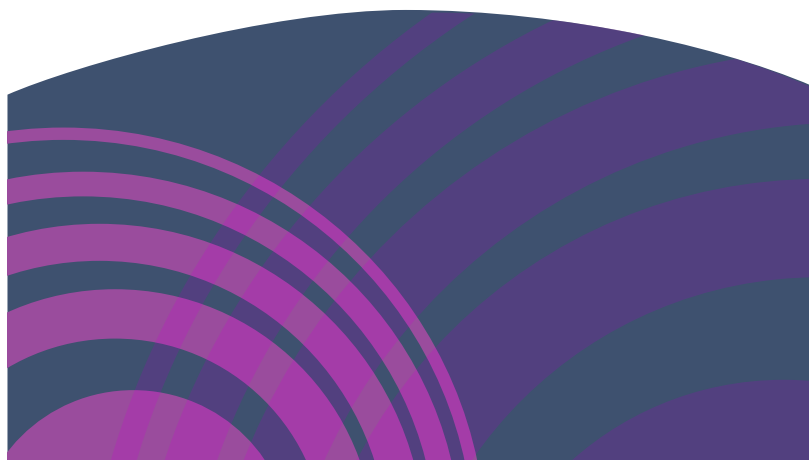
Ik vertrouw er op dat deze handreiking steun biedt aan de kwaliteit van de beslissingen bij het sluiten van overeenkomsten, alsmede bij het opstellen en uitvoeren van overeenkomsten.

Den Haag, maart 2013

drs. C.J.G.M. de Vet

Waarnemend voorzitter directieraad

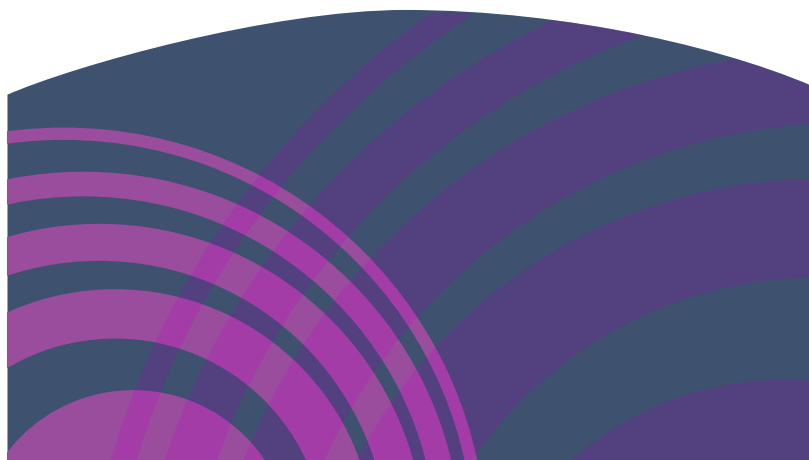
Vereniging van Nederlandse Gemeenten



Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
EC	Europese Commissie
FIDO	wet Financiering Decentrale Overheden
GS	Gedeputeerde Staten
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
i.c.	in casu
jo.	juncto
Jur	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Mw	Mededingingswet
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristen Blad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschappen
PPS	Publiek Private Samenwerking

Rb	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr	Voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wm	Wet milieubeheer
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud)
Wro	Wet op de ruimtelijke ordening



1 Inleidende opmerkingen over het contractenrecht en het staats- en bestuursrecht

1.1 Inleiding

Privaatrechtelijke
en publiek-
rechtelijke regels

De gemeente sluit dagelijks contracten. Dit kan variëren van het kopen van computers tot het uitgeven van gronden in erfpacht of in eigendom en het verstrekken van opdrachten aan bureaus voor marktonderzoek. De gemeente bekleedt hierbij als behartiger van het algemeen belang een bijzondere positie. In de volgende hoofdstukken wordt uiteengezet welke consequenties dit heeft voor het aangaan van overeenkomsten, de uitvoering en de beëindiging ervan. Daarbij is het van belang zich te realiseren dat de gemeente is onderworpen aan het privaatrechtelijke contractenrecht, maar dat op de gemeente ook regels van publiekrecht van toepassing zijn. In dit boek staat het samenspel tussen deze twee categorieën van regels centraal. Alvorens echt op dat samenspel kan worden ingegaan, is het van belang om de algemene uitgangspunten van beide stelsels – contractenrecht en publiekrecht – voor ogen te hebben. Daarom wordt in dit hoofdstuk eerst een aantal algemene inleidende opmerkingen daarover gemaakt. In § 1.2 komt het privaatrecht aan de orde, waarin aandacht wordt besteed aan de algemene regels over rechtshandelingen, verbinte-

nissen en overeenkomsten. In § 1.3 worden een aantal algemene aspecten van het staats- en bestuursrecht aangestipt.

1.2 Privaatrecht: regels over rechtshandelingen, verbintenissen en overeenkomsten

1.2.1 Inleiding

Gelaagde structuur BW

Gelaagde
structuur BW

De regels over contractenrecht zijn opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW). Het BW wordt gekenmerkt door een gelaagde structuur. Boek 3 van het BW bevat het algemene vermogensrecht. Een belangrijk onderdeel daarin voor het onderwerp van dit boek zijn de bepalingen over *rechtshandelingen*. Een rechtshandeling is een handeling die erop gericht is een bepaald rechtsgevolg in het leven te roepen. Een overeenkomst is een *meerzijdige rechtshandeling*.

Boek 6 van het BW bevat bepalingen over *verbintenissen*. Naast bepalingen die gelden voor verbintenissen in het algemeen zijn daarin – in titel 5 – bepalingen opgenomen over *overeenkomsten*. Omdat bij een overeenkomst een verbintenis wordt aangegaan, zijn ook de algemene regels over verbintenissen van toepassing. In Boek 7 van het BW zijn vervolgens bepalingen opgenomen over een aantal *bijzondere overeenkomsten*, zoals koop en huur.

Op welke bepalingen uit het BW moet de gemeente nu bedacht zijn als zij een stuk grond aan een projectontwikkelaar wil verkopen? Het verkopen van grond is een rechtshandeling. Rechtshandelingen zijn geregeld in Boek 3, titel 2. Algemene bepalingen over verbintenissen zijn te vinden in titel 1 van Boek 6 en overeenkomsten zijn geregeld in titel 5 van Boek 6. Bijzondere bepalingen over de koopovereenkomst staan weer in boek 7 titel 1 BW.

Het gevolg van de gelaagde structuur van het BW is dat algemene bepalingen die in velerlei situaties van toepassing kunnen zijn, vóór in het wetboek te vinden zijn en dat deze gevolgd worden door bepalingen die, naar mate men verder in het wetboek komt, steeds meer op een bepaalde situatie toegespitst worden.

Beginselen van contractenrecht

Het Nederlandse contractenrecht stoelt op drie belangrijke beginselen:

- 1 contractsvrijheid,
- 2 verbindende kracht,
- 3 consensualisme.

Contractsvrijheid

Grenzen

De contractsvrijheid houdt in dat partijen in beginsel vrij zijn om te beslissen of, met wie en onder welke voorwaarden zij een contract willen aangaan. Deze vrijheid kent zijn grens in het dwingende recht, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 BW). In tegenstelling tot de gewone burger is de gemeente niet volledig vrij om te beslissen met wie en onder welke voorwaarden zij contracteert. Zij wordt in haar contractsvrijheid beperkt doordat zij bij het aangaan van overeenkomsten rekening moet houden met bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de werking van grondrechten, beleidsregels en het aanbestedingsrecht (zie hierover nader § 3.4).

Verbindende kracht

Onvoorziene omstandigheden

Overeenkomsten bezitten verbindende kracht. Dit houdt in dat overeenkomsten in beginsel moeten worden nagekomen. Dit geldt zowel voor de gemeente als voor iedere willekeurige burger. Maar kan de gemeente zich beroepen op het algemeen belang, wanneer zij van een contract af wil dan wel wijziging van het contract wenst? Het algemeen belang zal een belangrijke rol spelen bij de nakoming van overeenkomsten door gemeenten. Wanneer er sprake is van *onvoorziene omstandigheden*, op grond waarvan het onredelijk zou zijn dat de wederpartij van de gemeente zou eisen dat de gemeente de overeenkomst desondanks moet nakomen, dan mag de gemeente zich ontslagen achten van nakoming. Dit is op zichzelf voor de gemeente niet anders dan voor willekeurig welke andere partij. Het bijzondere voor de gemeente is echter gelegen in het feit dat de gemeente, als overheid, het algemeen belang in stelling kan brengen als argument waarom nakoming van de overeenkomst in redelijkheid niet kan worden gevergd.

In de praktijk zal dit er vaak op neerkomen dat partijen met elkaar om de tafel gaan zitten om te bezien of men er in onderling overleg uitkomt; op grond van eisen van redelijkheid en billijkheid mag ook een constructieve opstelling van partijen worden verwacht. Wanneer men er niet uitkomt, is de gang naar de rechter aangewezen. Wanneer de rechter oordeelt dat onvoorziene omstandigheden inderdaad aan de nakoming van de overeenkomst in

de weg staan, blijft de gemeente echter wel verplicht de schade van de wederpartij – die uit de niet-nakoming voortvloeit – te vergoeden (zie hierover nader § 7.3.3.3).

Geen derden-
werking tenzij

Uitgangspunt is dat een overeenkomst slechts verbintenissen vestigt tussen partijen die haar aangingen. Derden zijn in beginsel niet aan deze overeenkomst gebonden. Op het beginsel dat een overeenkomst geen verbintenissen doet ontstaan ten behoeve of ten laste van derden, zijn in de wet verscheidene uitzonderingen te vinden. Regels van ongeschreven recht kunnen eveneens inbreuk maken op dit beginsel. Afdeling 6.5.4 van Boek 6 BW geeft vier gevallen waarin overeenkomsten werking hebben jegens derden: kwalitatieve rechten (art. 6:251 BW), kwalitatieve verplichtingen (art. 6:252 BW), het derdenbeding (art. 6:253-256 BW) en het inroepen van verweermiddelen door een ondergeschikte van een partij (art. 6:257 BW).

Consensualisme

Het consensualisme houdt in dat overeenkomsten tot stand komen door de enkele wilsovereenstemming (consensus) van partijen. Schriftelijke vastlegging is in beginsel niet een verplicht vereiste voor de geldigheid van het sluiten van contracten.

Uiteraard is het wel zo verstandig afspraken schriftelijk vast te leggen, omdat het anders moeilijk te bewijzen is dat er bepaalde afspraken zijn gemaakt.

1.2.2 Regels over de totstandkoming van een rechtshandeling

De overeenkomst: een meerzijdige rechtshandeling

Voordat de totstandkoming van overeenkomsten aan de orde kan komen, moet eerst worden gezien hoe rechtshandelingen tot stand komen. Een overeenkomst is immers zoals gezegd een meerzijdige rechtshandeling: een of meer partijen gaan jegens een of meer andere partijen een verbintenis aan.

Meerzijdige
rechtshandeling

De meest voorkomende rechtshandeling is de verbintenisscheppende (obligatoire) overeenkomst. Dit is een rechtshandeling van het type dat meerzijdig wordt genoemd: de wilsverklaring van meer dan één persoon is noodzakelijk om de rechtshandeling tot stand te brengen. Dit komt tot uitdrukking in de definitie die art. 6:213 lid 1 BW van de overeenkomst geeft:

‘Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.’

Wil en verklaring

Totstand-
koming
rechts-
handeling

In het kader van de totstandkoming van rechtshandelingen zijn bij uitstek de artikelen 3:33 en 3:35 BW van belang. Art. 3:33 BW bepaalt: ‘Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard’.

Stel dat de gemeente een perceel grond wil verkopen voor € 425.000,-. Als projectontwikkelaar B naar de prijs informeert, vergist het Hoofd Grondzaken (die namens de gemeente bevoegd is transacties aan te gaan) zich en antwoordt € 400.000,-. Projectontwikkelaar B aanvaardt het aanbod onmiddellijk. Bij de gemeente ontbreekt de wil om de overeenkomst te sluiten, inhoudende de verkoop van de grond voor de prijs van € 400.000,-. Het Hoofd Grondzaken heeft iets anders gewild dan hij daadwerkelijk heeft verklaard. Op grond van art. 3:33 BW is de rechtshandeling (= de koopovereenkomst) niet tot stand gekomen.

Vertrouwens-
beginsel

Het handelsverkeer zou er evenwel groot nadeel van ondervinden wanneer in alle gevallen waarin wil en verklaring niet met elkaar overeenstemmen, het gevolg zou moeten zijn dat er geen rechtsgeldige rechtshandeling tot stand kan komen. Daarom wordt de regel van art. 3:33 BW, dat overeenstemming van wil en verklaring veronderstelt, nader genuanceerd in art. 3:35 BW, waarin het vertrouwensbeginsel voor het contractenrecht is neergelegd.

Wanneer projectontwikkelaar B er onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat de verklaarde wil (= verkoop van de grond voor € 400.000,-) de werkelijke wil (= verkoop van de grond voor € 425.000,-) weergaf, is de gemeente – ondanks haar niet willen en dus ondanks art. 3:33 BW – aan haar verklaring gebonden. Dit wordt het vertrouwensbeginsel genoemd. Met betrekking tot ons voorbeeld houdt dit in dat de gemeente, op grond van het bij projectontwikkelaar B gewekte vertrouwen, de grond voor € 400.000,- moet overdragen. Er is op grond van art. 3:35 BW een geldige overeenkomst tot stand gekomen.

Dubbele
grondslag

Met betrekking tot de totstandkoming van rechtshandelingen is in de wet dus gekozen voor een dubbele grondslag:

- 1 stemmen wil en verklaring overeen (het normale geval), dan komt de rechtshandeling tot stand op de grondslag van de verklaarde wil (art. 3:33 BW);
- 2 wijken wil en verklaring uiteen ('discrepantie tussen wil en verklaring'), dan kan er niettemin een geldige rechtshandeling tot stand komen en wel op de grondslag van het opgewekte vertrouwen (art. 3:35 BW).

In art. 3:35 BW staan niet voor niets de woorden 'die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen'. Dit maakt duidelijk dat aan de goede trouw van de wederpartij strenge eisen moeten worden gesteld.

Stel dat het Hoofd Grondzaken niet het bedrag van € 425.000,- had genoemd, maar het bedrag van € 125.000,-. Dan had projectontwikkelaar B moeten begrijpen dat het om een verspreking ging. Hij mocht er redelijkerwijs niet op vertrouwen dat de gemeente de grond voor maar € 125.000,- kwijt wil. Ondanks de acceptatie van projectontwikkelaar B is er geen overeenkomst tot stand gekomen, omdat noch aan art. 3:33 BW noch aan art. 3:35 BW is voldaan.

Ontvangst-
theorie

De rechtshandeling komt tot stand door een wilsverklaring. Met betrekking tot de overeenkomst, een meerzijdige rechtshandeling, moet hieraan worden toegevoegd dat deze wilsverklaring om werking te hebben de persoon tot wie zij is gericht, moet hebben bereikt. Dit blijkt uit art. 3:37 lid 3 BW waar de zogenaamde *ontvangsttheorie* wordt gehuldigd.

Wanneer projectontwikkelaar B schriftelijk op een aanbieding van de gemeente zou hebben gereageerd, dan is voor de totstandkoming van de rechtshandeling niet het moment waarop de brief wordt geschreven of verzonden van belang, maar gaat het om het moment waarop de verklaring van de gemeente heeft bereikt. Dit zal het geval zijn op het moment dat de verklaring op het gemeentehuis is ontvangen.

In de praktijk kunnen zich allerlei complicaties voordoen.

Hoe bijvoorbeeld om te gaan met een situatie waarin een verklaring wordt verstuurd per fax, maar het faxapparaat op het gemeentehuis defect is? En wat geldt in een situatie waarin een e-mail wordt verstuurd, maar deze door een storing in de server van de ontvanger niet tijdig bij de geadresseerde binnenkomt?

In het algemeen zal de ontvangst worden aangenomen op het moment dat de verzonden verklaring de geadresseerde *redelijkerwijs* kan hebben bereikt. Storingen zoals hierboven geschetst, komen daarbij in beginsel voor risico van de ontvanger. In dit verband wordt wel gesproken van de *gecorrigeerde ontvangst-vernemingstheorie* (zie lid 3 van art. 3:37 BW en art. 6:224 BW).

1.2.3 Regels over de totstandkoming van een overeenkomst

Aanbod en aanvaarding

Aanbod,
offerte of
aanbieding

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en een aanvaarding daarvan (art. 6:217 lid 1 BW). Een aanbod is een aan de wederpartij gedaan voorstel tot het aangaan van een overeenkomst, welk voorstel zodanig is bepaald dat door de aanvaarding daarvan onmiddellijk een overeenkomst ontstaat. In plaats van de term 'aanbod' komt men in de praktijk ook de termen 'offerte' en 'aanbieding' tegen. Het karakter van het aanbod brengt mee dat het niet onbeperkt in stand kan blijven. Een aanbod kan zijn kracht verliezen doordat het wordt herroepen of doordat het komt te vervallen. Een aanbod kan herroepelijk of onherroepelijk zijn. Herroepelijkheid is het uitgangspunt (art. 6:219 lid 1 BW). De aanbieder kan zijn aanbod herroepen als het nog niet is aanvaard. De mogelijkheid om een aanbod te herroepen is uitgesloten wanneer het een termijn voor de aanvaarding inhoudt ('tot 1 juli a.s. heeft u de gelegenheid zich over een en ander te beraden') of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt. Het aanbod komt te vervallen door tijdsverloop of doordat het wordt verworpen (art. 6:221 BW).

Uitgangspunt
herroepelijkheid

Het aanbod zal meestal van één van de partijen uitgaan. Van een aanbod in juridische zin zal pas sprake zijn indien hetgeen de ene partij voorstelt zo nauwkeurig is bepaald dat, wanneer dit aanbod wordt geaccepteerd, de overeenkomst tot stand komt. Wees er echter op bedacht dat een mondeling aanbod dat door een bevoegde persoon wordt gedaan, in juridische zin wel degelijk ook een aanbod kan zijn. Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke aanbod (art. 6:225 lid 1 BW).

Termijn

Als een gemeente een aanbod doet dan dient zij zich te realiseren wat zij van een eventuele aanvaarding verwacht. Wil zij bijvoorbeeld een termijn voor aanvaarding opnemen, dan impliceert dit wel dat haar aanbod gedurende die termijn niet kan worden herroepen. Anderzijds schept het opnemen van een termijn wel duidelijkheid. Na ommekomst ervan kan de gemeente zich tot een andere partij wenden.

Hoewel er in theorie een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt in aanbod en aanvaarding, is de praktijk toch anders. Vaak kan niet van hét moment van aanvaarding worden gesproken; in de onderhandelingen ontstaat geleidelijk aan een sterkere gebondenheid die uiteindelijk in een aanvaarding resulteert.

In de praktijk stelt een initiatiefnemer met zijn offerte aan de gemeente dikwijls slechts voor om over het sluiten van een overeenkomst in onderhandeling te treden. Het is verstandig om na een ronde van onderhandelingen helder op te schrijven wat precies het aanbod is en dit aan de wederpartij ter hand te stellen, zodat er geen discussie kan bestaan over hetgeen de offerte nu precies inhield.

Vrijblijvend aanbod (vrijblijvende offerte)

Onverwijld
herroeping

Heeft de aanbieder zijn aanbod vergezeld doen gaan van de toevoeging dat het vrijblijvend is gedaan, dan geldt voor de herroeping een speciale regel. Zo'n aanbod kan nog ná de aanvaarding worden herroepen, mits het maar onverwijld gebeurt. Dit betekent onmiddellijk, direct, waarbij er wel ruimte is om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Zo bepaalt art. 6:219 lid 2, tweede zin, BW dat een vrijblijvend aanbod onverwijld na de aanvaarding kan worden herroepen. Of anders gezegd: aanvaarding van een vrijblijvend aanbod (offerte of aanbieding) doet de overeenkomst tot stand komen, tenzij de aanbieder na de aanvaarding onverwijld zijn aanbod herroept. Voor het geval het de gemeente is die na aanvaarding haar vrijblijvend aanbod wil herroepen, geldt dat de herroeping zonder vertraging moet plaatsvinden, waarbij er wel rekening wordt gehouden met de wijze waarop een gemeentelijke organisatie functioneert.

Wees er alert op dat in het geval van een vrijblijvende offerte de aanvaarding door de gemeente geen overeenkomst tot stand brengt als de aanbieder na de aanvaarding onverwijld zijn aanbod herroept. Brengt de gemeente een offerte uit, bepaal dan voordat zo'n aanbod tot het aangaan van een overeenkomst wordt gedaan of het wenselijk is dat door de enkele aanvaarding van het aanbod de overeenkomst tot stand komt. Indien de gemeente terzake een voorbehoud wenst, dient uitdrukkelijk te worden vermeld dat het om een vrijblijvend aanbod gaat. Voor de gemeente betekent 'onverwijld' in art. 6:219 lid 2, 2e zin BW wel onmiddellijk maar er is wel ruimte om rekening te houden met de wijze van functioneren van een gemeentelijke organisatie.

Heeft de aanbieder niet onverwijld na de aanvaarding de offerte herroepen, maar heeft hij achteraf spijt van de totstandgekomen overeenkomst, dan kan hij proberen er onderuit te komen door te melden dat er in werkelijkheid geen aanbod maar een uitnodiging tot het doen van een aanbod is gedaan. In de praktijk is het vaak moeilijk om een vrijblijvend aanbod te onderscheiden van de uitnodiging om in onderhandeling te treden. Het hangt er helemaal vanaf wat er wordt aangeboden.

Uitnodiging
tot het doen
van een
aanbod

Wie aankondigt dat zijn huis voor een bepaalde som te koop of te huur is, doet in het algemeen geen aanbod maar nodigt de ander uit om in onderhandeling te treden. Bij aanvaarding zou er immers een koopovereenkomst tot stand komen, terwijl de persoon van de koper nu juist van belang is en de verkoper de mogelijkheid wordt geboden aan die persoon geen aanbod te doen (HR 10 april 1981, NJ 1981, 532). Hetzelfde geldt voor het ten openbare verkoop aanbieden bij inschrijving van een bepaalde zaak (HR 11 december 1991, NJ 1992, 177).

Algemene regels wanneer er nu sprake is van een vrijblijvend aanbod dan wel van een uitnodiging om in onderhandelingen te treden, zijn niet te geven.

Moment waarop de overeenkomst tot stand komt

Schriftelijke
bevestiging

Het moment van sluiten van de overeenkomst is het moment waarop het besluit van het college om de overeenkomst aan te gaan aan de wederpartij ter kennis is gebracht. Het besluit van het college drukt immers de ingevolge art. 3:33 BW vereiste wil uit van de gemeente die is gericht op het rechtsgevolg inhoudende het tot stand komen van de desbetreffende overeenkomst. Hiervoor is dus niet nodig dat de overeenkomst door de burgemeester is

ondertekend. Als de kennisgeving bijvoorbeeld gebeurt door middel van een gesprek op het gemeentehuis of door een telefoongesprek met de gemeentesecretaris, dan is de overeenkomst meestal nog niet ondertekend. Tussen de mededeling dat het college heeft besloten de overeenkomst aan te gaan en datum handtekening van de burgemeester zit vaak een tijdsverloop. Het is daarom verstandig om de mededeling altijd schriftelijk te bevestigen. Vanzelfsprekend kan ook worden overeengekomen dat de overeenkomst op een later tijdstip ingaat.

Overeenkomsten langs elektronische weg gesloten

Schriftelijk
kan ook
elektronisch
zijn

Vanaf 2004 zijn er in het BW (in Boek 3 en in Boek 6) bepalingen opgenomen die betrekking hebben op langs elektronische weg tot stand te brengen overeenkomsten. Daarnaast bevat ook de Awb een aantal regels voor de elektronische communicatie tussen het bestuur en de burger. Daarop wordt in § 1.3.3 ingegaan.

Het algemene uitgangspunt voor de totstandkoming van overeenkomsten is dat daarvoor een aanbod en een aanvaarding nodig zijn, die in beginsel vormvrij zijn (zie de artikelen 6:217 lid 1 en 3:37 lid 1 BW). Voor situaties waarin de wet een schriftelijke vorm voor de overeenkomst voorschrijft, bepaalt art. 6:227a lid 1 BW dat aan deze eis ook is voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg is tot stand gekomen en er aan vier voorwaarden wordt voldaan.

- 1 De elektronische overeenkomst moet door partijen bij de overeenkomst *te raadplegen* zijn.

In dit verband is het van belang dat een bestandsformaat wordt gebruikt dat door beide partijen kan worden gelezen.

- 2 De *authenticiteit van de overeenkomst* moet in voldoende mate gewaarborgd zijn, bijvoorbeeld door een overeenkomst in een elektronisch bestand vast te leggen dat voorzien is van een elektronische handtekening.

Art. 3:15a BW bepaalt dat een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is.

- 3 Het *moment van de totstandkoming* van de overeenkomst moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld.

Deze eis is van belang om bijvoorbeeld te kunnen bepalen vanaf wan-

Elektronische
handtekening

E-mail

neer partijen verplichtingen ten opzichte van elkaar hebben of dat er sprake is van wanprestatie. Gaat de uitwisseling van standpunten van partijen via e-mail, dan zal het doorgaans voldoende zijn dat vastgesteld kan worden op welk tijdstip de aanbieder de aanvaarding heeft ontvangen, omdat daarmee in het normale geval het moment van totstandkoming vaststaat. Omdat bewijs van het moment van ontvangst van e-mail bij de huidige stand van de techniek fraudeerbaar is door partijen met enige technische kennis, mag naarmate de belangen bij de overeenkomst groter zijn, eerder verwacht worden dat partijen deugdelijke maatregelen nemen om te waarborgen dat het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld.

- 4 De *identiteit van partijen* moet met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld op het moment waarop de overeenkomst langs elektronische weg wordt gesloten. Zij kunnen dit bijvoorbeeld doen door middel van de elektronische handtekening.

In het kader van de wetgeving voor de elektronische overeenkomst is ook geregeld wanneer het elektronisch ter beschikking stellen van algemene voorwaarden kan worden gezien als een redelijke mogelijkheid om daarvan kennis te nemen (art. 6:234 lid 2 en 3 BW). Blijkens de jurisprudentie volstaat niet dat de gebruiker van de algemene voorwaarden aan de wederpartij aangeeft dat de algemene voorwaarden op het internet zijn te vinden. Zie daarover nader § 6.7.

Uitsluiting Overeenkomsten waarbij de tussenkomst is voorgeschreven van de rechter, een overheidsorgaan, de notaris of een andere beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent, kunnen nog steeds niet via de elektronische weg worden afgesloten (art. 6:227a lid 2).

Indien een overeenkomst per e-mail wordt gesloten, neem dan de nodige maatregelen om te waarborgen dat het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld.

Wees voorzichtig met het sluiten van overeenkomsten via de elektronische weg en maak strakke afspraken om te waarborgen dat het tijdstip van het tot stand komen van de overeenkomst kan worden vastgesteld. Vraag altijd een bevestiging dat het aanbod dan wel de aanvaarding is aangekomen.

1.2.4 Wilsgebreken

Inleiding

Vier
wilsgebreken

Overeenkomsten zijn vernietigbaar indien zij tot stand zijn gekomen onder invloed van dwaling, bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden. De op een rechtsgevolg gerichte wil is wel aanwezig, maar die wil is op gebrekkige wijze gevormd. Vandaar ook dat deze vier omstandigheden als wilsgebreken worden aangemerkt. Met name het wilsgebrek dwaling kan voor de gemeentelijke praktijk van belang zijn. Dwaling is geregeld in art. 6:228 BW. De drie andere wilsgebreken hebben hun plaats gevonden in art. 3:44 BW (bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden). Omdat het niet aannemelijk is dat de wilsgebreken bedrog en bedreiging in de praktijk een rol spelen terzake van door gemeenten gesloten overeenkomsten, zullen hieronder slechts de wilsgebreken dwaling en – summier omdat dit als gebrek evenmin in de praktijk een grote rol zal spelen – misbruik van omstandigheden worden behandeld.

Dwaling

Onder het wilsgebrek dwaling worden die situaties begrepen waarin partijen op elkaar aansluitende wilsverklaringen hebben afgelegd en er dus wilsovereenstemming is (art. 3:33 BW), maar de wil van één van beide partijen tot stand is gekomen onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken.

De koper van een woonhuis denkt een huis gekocht te hebben in een lommerrijke omgeving. De verkoper heeft verzwegen dat het bestemmingsplan zal worden gewijzigd en het gebied waarin het woonhuis is gelegen, een bedrijvenbestemming krijgt. Kan de koper nog van de koopovereenkomst af door een beroep te doen op dwaling? Hierop is geen eenduidig antwoord te geven. Het hangt van allerlei omstandigheden af die hierna aan de orde komen.

De enkele omstandigheid dat een bepaalde overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, maakt deze overeenkomst nog niet vernietigbaar. Daarvoor is meer vereist. Vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling is pas mogelijk, indien zich (tenminste) een van de volgende omstandigheden voordoet (art. 6:228 lid 1 BW):

- 1 de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;

- 2 de wederpartij had, in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende behoren in te lichten;
- 3 de wederpartij is bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

Een beroep op dwaling strandt als de dwaling een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).

Mededelings-
plicht
Onderzoeks-
plicht

De onderdelen 1 en 2 zien op de mededelingsplicht (ook wel spreekplicht of informatieplicht genoemd) en de onderzoeksplicht, die in de praktijk van groot belang zijn. Uitgangspunt is dat de eigen onderzoeksplicht van de dwalende voorop staat. Onder sommige omstandigheden wordt dit uitgangspunt terzijde gesteld door de verplichting van de wederpartij de dwalende (uit eigen beweging) bepaalde informatie te verstrekken. In het gegeven voorbeeld strijden de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper om voorrang. Het hangt van allerlei omstandigheden af welke plicht voorgaat. Uit de jurisprudentie kunnen wel enkele algemene richtlijnen worden geformuleerd voor het aannemen van een mededelingsplicht.

Algemene
richtlijnen

- 1 In beginsel mag een mededelingsplicht worden aangenomen als er feiten zijn die de ene partij kent en waarvan hij weet of moet begrijpen dat deze feiten voor de ander relevant zijn, terwijl die ander deze feiten niet kent.
- 2 Een mededelingsplicht ten aanzien van voor de wederpartij relevante omstandigheden mag worden aangenomen, wanneer die ander zich redelijkerwijs niet op de hoogte kon of behoefde te stellen.
- 3 Een deskundige partij heeft eerder een mededelingsplicht tegenover een ondeskundige partij dan tegenover een deskundige wederpartij. Aldus speelt hier de aard van de verhouding tussen partijen – of anders geformuleerd de hoedanigheid van partijen – een rol, waarbij op deze plaats in het bijzonder moet worden gedacht aan de positie van de overheid, die in beginsel wordt gezien als een deskundige partij.
- 4 Meestal wordt aangenomen dat tegenover een vaste relatie eerder een mededelingsplicht geldt dan tegenover een partij met wie men voor het eerst zaken doet.
- 5 Een partij zal eerder mededelingen moeten doen van abnormale of bijzondere omstandigheden dan van normale of algemene omstandigheden.

- 6 De mededelingsplicht wordt groter naarmate het object van de transactie gecompliceerder of aan gecompliceerde voorschriften of beperkingen is onderworpen.

Bekendheid
binnen de
gemeente
maar niet
bij de
onderhan-
delend
ambtenaar

Wat betreft de mededelingsplicht is nog van belang dat een gemeente zich niet kan verschuilen achter de stelling dat de behandelend ambtenaren van bepaalde zaken niet op de hoogte waren. Dit blijkt uit HR 13 november 1987, NJ 1988, 139 (Haagse Gasfabriek).

De gemeente Den Haag had een stuk grond verkocht. Op het desbetreffende perceel had vroeger een gasfabriek gestaan. De grond blijkt sterk verontreinigd. Koper stelt dat verkoper hem hiervoor had moeten waarschuwen. De gemeente verweert zich hiertegen met de mededeling dat de bij het contract betrokken gemeente-ambtenaren niet bekend waren met het feit dat op het desbetreffende stuk grond in het verleden een gasfabriek had gestaan. Dit verweer wordt verworpen. Van de gemeente konden specifieke maatregelen worden geleverd ter bestrijding van het voor haar als overheidsinstantie specifieke risico dat terreinen die voorheen voor andere doeleinden bij haar in gebruik zijn geweest, worden uitgegeven als bouwgrond door ambtenaren bij wie geen kennis van dat eerder gebruik mag worden verondersteld.

Een belangrijk aspect bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre er sprake is van een mededelingsplicht dan wel van een onderzoeksplicht is de hoedanigheid van de contractspartijen.

Een belangrijk arrest voor de gemeentelijke praktijk is het arrest Van Hensbergen/gemeente Den Haag (HR 7 december 1979, NJ 1980, 290). Van Hensbergen verkocht aan de gemeente Den Haag zijn woning die op grond van een ontwerp-bestemmingsplan binnen afzienbare tijd zou worden gesloopt. Het plan werd echter nadien gewijzigd op grond van nieuwe planologische inzichten. Van Hensbergen verkeerde daardoor in de veronderstelling dat ook de verkoop van zijn huis van de baan was en hij bracht allerlei noodzakelijke verbeteringen aan. De gemeente – wakker geschud door een verzoek van Van Hensbergen tot toestemming een bedrijfsruimte in te richten – vorderde echter nakoming van de overeenkomst tegen de vastgestelde prijs. Van Hensbergen voerde hiertegen aan dat de gemeente reeds vóór het totstandkomen van de overeenkomst wist dat de sloop niet

door zou gaan en zij hem had behoren in te lichten. De Hoge Raad stelt Van Hensbergen in het gelijk. Een beroep op dwaling wordt gehonoreerd. Volgens de Hoge Raad is van belang dat de wijziging van het plan in de sfeer van de gemeente lag en voorts dat de gemeente met de mogelijkheid rekening moest houden dat de voorgenomen sloop voor Van Hensbergen de beweegreden was om tot verkoop over te gaan.

Hoedanigheid contractspartij

In het algemeen wordt eerder een mededelingsplicht aangenomen in het geval een deskundige partij tegenover een leek staat. Zo rust op de gemeente een vergaande mededelingsplicht wanneer zij bouwgrond verkoopt of in erfpacht uitgeeft. De gemeente wordt in beginsel geacht alle benodigde informatie te geven over de technische kwaliteit van de grond; informatie waarvan zij weet of moet begrijpen dat die voor de aspirant-koper van essentiële betekenis is. Bovendien wordt de gemeente ook geacht veel te weten over de 'juridische status' van de grond. Om die reden zal onderdeel 3 (wederzijdse dwaling) zich in de gemeente-praktijk nauwelijks voordoen. Zo zal bij bestemmingsplannen ten opzichte van de gemeente in het algemeen geoordeeld worden dat zij bekend moet worden geacht met die plannen.

Onderzoek voor de verkoop of erfpacht van bouwgrond over welke informatie de gemeentelijke organisatie terzake van de desbetreffende grond beschikt. Denk daarbij met name aan bestemmingplannen, informatie uit bodemkwaliteitsonderzoek etc. Dan weet de gemeente precies wat zij haar potentiële wederpartij moet meedelen.

Misbruik van omstandigheden

Misbruik van economische machtspositie

Misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW) is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden. Het betreft hier uitdrukkelijk een niet-limitatieve opsomming. In het kader van contracten met gemeenten zou gedacht kunnen worden aan de situatie dat een burger – die door zijn onervarenheid wordt bewogen tot verkoop van zijn perceel grond aan de gemeente – de gemeente tegenwerpt dat zij misbruik maakt van haar economische machtspositie. Opgemerkt zij dat in ons recht het beroep op een economische dwangpositie in het kader

van misbruik van omstandigheden niet snel wordt gehonoreerd.

1.2.5 Nietigheid en vernietigbaarheid.

Verskil tussen nietigheid en vernietigbaarheid

Verskil

Wanneer de fundamentele regels voor de totstandkoming van rechtshandelingen zijn geschonden, leidt dit tot nietigheid of vernietigbaarheid van de desbetreffende rechtshandeling. Bij nietigheid is de rechtshandeling van meet af aan ongeldig. Het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid is dat de vernietigbare rechtshandeling rechtsgeldig blijft totdat een beroep op de vernietigingsgrond is gedaan. Voor vernietiging van een vernietigbare rechtshandeling is overigens niet per se de tussenkomst van de rechter vereist. Art. 3:49 BW bepaalt dat de vernietiging kan geschieden door zowel een buitengerechtelijke verklaring als door een rechterlijke uitspraak. Ook door een beroep op de vernietigbaarheid wordt de rechtshandeling met terugwerkende kracht nietig geacht.

Nietigheid

Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of openbare orde is nietig (zie art. 3:40 lid 1). Ingevolge art. 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een *‘dwingende wetsbepaling’* ook tot nietigheid van de rechtshandeling. Bij meerzijdige rechtshandelingen, zoals een overeenkomst, is echter sprake van vernietigbaarheid indien de wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen (een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit). Onder *‘wetsbepaling’* in de zin van art. 3:40 lid 2 BW wordt uitsluitend verstaan een wet in formele zin of een regel die op uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berust. Strijd met andere publiekrechtelijke regelingen kan worden opgevat als strijd met de openbare orde; dan geldt ingevolge art. 3:40 lid 1 BW weer dat sprake is van nietigheid.

Vernietigbaarheid

Wel of geen
rechterlijke
tussenkomst

Indien de wederpartij van de gemeente van het contract af wil, omdat zij bijvoorbeeld van mening is dat deze onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, kan zij tot vernietiging van de overeenkomst overgaan. Vernietiging kan plaatsvinden door middel van een buitengerechtelijke verklaring (een briefje naar de gemeente volstaat) dan wel door middel van een rechterlijke uitspraak. De wederpartij kan zich echter niet onbeperkt op het wilsgebrek beroepen. De rechtsvordering tot vernietiging van een overeen-

komst wegens dwaling verjaart na verloop van drie jaren nadat de dwaling is ontdekt (zie art. 3:52 lid 1 sub c BW). De bevoegdheid om een overeenkomst op grond van dwaling te vernietigen vervalt ook, indien de gemeente tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt die het nadeel dat de in beginsel tot vernietiging bevoegde wederpartij lijdt, op afdoende wijze opheft (zie art. 6:230 lid 1 BW). Denk bijvoorbeeld aan het geval waarbij de gemeente de koopprijs van een stuk grond substantieel verlaagt.

Verjaring

In het geval dat bij het sluiten van een overeenkomst misbruik van omstandigheden wordt gemaakt, is de overeenkomst ook vernietigbaar (zie art. 3:44 lid 1 BW) en ook hier geldt een verjaringstermijn van drie jaren, die verloopt drie jaren nadat de invloed van het misbruik heeft opgehouden te werken (zie art. 3:52 lid 1 sub b BW).

Partiële nietigheid

Onverbrekelijk verband

Soms is niet de gehele overeenkomst nietig, maar bijvoorbeeld slechts een bepaald beding in die overeenkomst. We spreken dan over partiële nietigheid (zie art. 3:41 BW). Steeds moet worden onderzocht of het desbetreffende beding ‘in onverbrekelijk verband’ staat met de gehele overeenkomst. De vraag is dan: zou de overeenkomst ook zonder dat beding zijn gesloten? Als die vraag ontkennend wordt beantwoord, dan is de gehele overeenkomst nietig. Zou echter de overeenkomst ook zijn gesloten zonder het desbetreffende beding, dan is er slechts sprake van partiële nietigheid.

Nietige rechtshandelingen in de sfeer van de overheid

Verboden handelingen

Een bijzondere regeling voor de overheid in de afdeling over rechtshandelingen is art. 3:43 BW. Dit artikel verklaart bepaalde rechtshandelingen nietig. Zo zijn volgens dit artikel onder meer nietig rechtshandelingen die strekken tot het door personen met openbaar gezag bekleed verkrijgen van aan hun beheer toevertrouwde goederen die behoren aan Rijk, provincie, gemeente en dergelijke (zie art. 3:43 lid 1 sub c BW). De ratio van dit artikel is dat deze personen een bepaalde kwaliteit hebben die het onwenselijk maakt dat zij de desbetreffende rechtshandelingen geldig zouden kunnen verrichten. Er is voor nietigheid en niet voor vernietigbaarheid gekozen omdat art. 3:43 BW niet ten behoeve van de wederpartij is geschreven, maar het algemeen belang dient: ‘onkreukbaarheid’ van de betrokkenen. Voor de personen genoemd in art. 3:43 lid 1 sub c BW maakt lid 3 van dat artikel nog wel een uitzondering: de handelingsbevoegdheid ziet niet op rechtshandelingen die met goedkeu-

ring van GS (als het om een raadslid of een wethouder gaat) resp. de Commissaris van de Koningin (als het om de burgemeester gaat) plaatsvinden en evenmin op een openbare verkoop.

Art. 15 Gemeentewet (verboden handelingen voor raadsleden) bevat een vergelijkbare bepaling die ingevolge art. 41c Gemeentewet op de wethouders en ingevolge art. 69 Gemeentewet op de burgemeester van overeenkomstige toepassing is verklaard.

1.3 Publiekrecht: staats- en bestuursrecht

1.3.1 Inleiding

De overheid, en dus ook de gemeente, is onderworpen aan het publiekrecht.

Staatsrecht

We spreken hier over het staatsrecht en het bestuursrecht. De grens tussen hetgeen tot het staatsrecht behoort en hetgeen tot het bestuursrecht behoort is overigens niet heel scherp; voor de praktijk is dit niet direct van belang omdat aan het onderscheid verder geen rechtsgevolgen zijn verbonden.

Voor de positie van de gemeente in ons staatsrechtelijke bestel – een gedecentraliseerde eenheidsstaat – en voor de organisatie van de gemeente is het staatsrecht van belang. Zo kent het staatsrecht regels voor de verhouding tussen de gemeente enerzijds en de provincie en de staat (de rijksoverheid) anderzijds. Ook geeft het staatsrecht regels voor de verhouding tussen de verschillende organen binnen het verband van de gemeente. Van groot belang is voorts dat het staatsrecht, met name in de vorm van grondrechten, een aantal primaire regels bevat voor de verhouding tussen overheid en burgers.

Het optreden van het overheidsbestuur is onderwerp van het bestuursrecht.

Bestuursrecht

Het bestuursrecht bevat regels over de instrumenten die de overheidsorganisatie kan inzetten, geeft normen die de overheid in acht moet nemen en kent specifieke mogelijkheden voor burgers om zich tegen het optreden van de overheid te verzetten (bestuursrechtelijke rechtsbescherming). De regels van het bestuursrecht zijn gericht tot de bestuursorganen van de gemeente, zoals de gemeenteraad, het college en de burgemeester, en niet tot de gemeente als zodanig. Verder ligt in het bestuursrecht het accent op het publiekrechtelijke optreden van de overheid, wat meestal neerkomt op het nemen van besluiten. Niettemin zijn een aantal noties uit het bestuursrecht van groot belang voor de contracterende gemeente. Daarom zal daarop hieronder kort worden ingegaan.

1.3.2 Enkele staatsrechtelijke noties

Legaliteitsbeginsel

Reikwijdte

Een fundamenteel element van de rechtsstaat en daarmee van het Nederlandse staatsrecht, is het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel eist in ieder geval dat optreden waarmee de overheid ingrijpt in de vrijheid van de burger berust op een expliciete wettelijke grondslag. Over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel bestaat wel discussie. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of de overheid die privaatrechtelijk optreedt daartoe moet beschikken over een specifieke wettelijke grondslag. In het geldende recht wordt aangenomen dat dat niet het geval is. De redenering is dat art. 1 van Boek 2 BW, waarin is vastgelegd dat de gemeente – evenals andere daar genoemde overheidsorganisaties – rechtspersoonlijkheid bezit, meebrengt dat de gemeente in het privaatrechtelijke verkeer kan participeren. Een afzonderlijke bevoegdheidsgrondslag wordt daarvoor niet noodzakelijk geacht. Daarmee is de werking van het legaliteitsbeginsel beperkt tot het publiekrechtelijke handelen van de overheid.

Gemene
rechtsleer

Het uitgangspunt dat de overheid in beginsel gebruik kan maken van het privaatrecht, wortelt in de zogeheten *gemene rechtsleer*, die er vanuit gaat dat het privaatrecht het algemene recht is dat ook van toepassing is op de relatie tussen overheid en burgers. Ook over dit uitgangspunt van de gemene rechtsleer bestaat veel discussie. Voor het onderwerp van dit boek is van belang dat in de jurisprudentie wel beperkingen zijn gesteld aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Via de leer van de onaanvaardbare doorkruising, misbruik van bevoegdheid en de binding van de overheid aan publiekrechtelijke normen als grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur stelt de rechter specifieke eisen aan het privaatrechtelijke optreden van de overheid die worden ingegeven door de bijzondere positie die de overheid in ons rechtstelsel inneemt (als behartiger van het algemeen en daartoe uitgerust met specifieke wettelijke bevoegdheden). Zie over deze met name in de jurisprudentie uitgewerkte eisen nader hoofdstuk 3.

Anders dan in het publiekrecht heeft de gemeente voor het kunnen sluiten van contracten geen specifieke wettelijke grondslag nodig. Wel brengt de bijzondere positie van de gemeente mee dat zij niet altijd gebruik kan maken van privaatrechtelijke instrumenten. De jurisprudentie heeft daarvoor met de leer van de onaanvaardbare doorkruising en het misbruik van bevoegdheid nadere maatstaven ontwikkeld.

Interbestuurlijk toezicht

Preventief
toezicht:
goedkeuring

De gemeente heeft in ons staatsbestel een eigenstandige positie. Dat neemt echter niet weg dat in ons rechtstelsel ook is voorzien in mogelijkheden van interbestuurlijk toezicht. In dit verband wordt onderscheiden tussen preventief en repressief toezicht. Van *preventief toezicht* is sprake indien beslissingen voordat zij in werking kunnen treden moeten worden goedgekeurd door een ander bestuursorgaan of wanneer voorafgaand aan het nemen van het besluit de toestemming van een ander bestuursorgaan is vereist. Ingevolge art. 259 Gemeentewet kunnen beslissingen van gemeentebesturen slechts aan goedkeuring worden onderworpen als dat in de wet of in een bepaling in een provinciale verordening die is gebaseerd op een wet is bepaald (vergelijk ook art. 10:26 Awb). Voor het terrein van het gemeentelijke contractenrecht is deze variant niet aan de orde.

Van *repressief toezicht* spreken we bij het achteraf vernietigen van besluiten. In beginsel kunnen alle besluiten van gemeentelijke bestuursorganen bij koninklijk besluit worden vernietigd; dit wordt ook wel aangeduid als 'spontane vernietiging' (zie de artikelen 268 e.v. Gemeentewet in verband met de artikelen 10:33 e.v. Awb). In art. 273 lid 1 Gemeentewet is geregeld dat de burgemeester het initiatief kan nemen om een besluit voor vernietiging voor te dragen. Met de Wet revitalisering generiek toezicht heeft ook het provinciebestuur de bevoegdheid gekregen om terzake initiatief te nemen (zie art. 273a Gemeentewet). Voorafgaand aan de vernietiging kan het desbetreffende besluit worden geschorst (zie art. 10:43 – 10:45 Awb). De gronden voor vernietiging zijn strijd met het recht of het algemeen belang (art. 10:35 Awb). In de praktijk wordt zeer terughoudend met de vernietigingsbevoegdheid omgegaan.

Repressief
toezicht:
vernietiging

Bedacht dient te worden dat de vernietigingsbevoegdheid betrekking heeft op *besluiten*; in de sfeer van de overheidscontracten betekent dat dus dat een besluit tot het aangaan van een overeenkomst vatbaar is voor vernietiging. In art. 10:42 lid 3 Awb is geregeld wat dit betekent voor de overeenkomst waarop het besluit betrekking heeft. Indien de overeenkomst al wel is aangegaan, wordt zij niet of niet verder uitgevoerd en heeft de wederpartij recht op schadevergoeding. Opgemerkt zij dat de wet niets bepaalt omtrent de *rechtsgeldigheid* van de overeenkomst, maar slechts omtrent de uitvoering van de overeenkomst. Met andere woorden: de op het besluit volgende overeenkomst is niet van rechtswege nietig. In een procedure bij de burgerlijke rechter zullen vragen omtrent de geldigheid en de nakoming van de overeenkomst moeten worden beantwoord. In het vernietigingsbesluit kan overigens

Gevolgen vernietiging

ook een afwijkende regeling worden getroffen, bijvoorbeeld inhoudende dat de verplichting tot nakoming blijft bestaan.

Om te voorkomen dat overeenkomsten worden gesloten die zijn gebaseerd op een besluit dat al is voorgedragen voor schorsing of vernietiging, is daarnaast geregeld dat het besluit dat voor vernietiging wordt voorgedragen niet (verder) wordt uitgevoerd voordat de Minister heeft medegedeeld dat er geen reden voor schorsing of vernietiging bestaat. Indien een besluit niet binnen vier weken nadat het voor vernietiging is voorgedragen, wordt geschorst of vernietigd, kan het besluit worden uitgevoerd (zie art. 273 lid 3 resp. art. 273a lid 2 Gemeentewet). Met het oog op de rechtszekerheid is specifiek voor besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen bepaald dat de vernietiging niet meer kan plaatsvinden indien dertien weken zijn verstreken na de bekendmaking van het besluit. Indien het besluit gedurende die termijn echter is geschorst, is de vernietiging binnen de duur van die schorsing wel mogelijk (zie art. 10:39 Awb).

KB Herten

Vernietiging van het besluit tot het aangaan van een overeenkomst was aan de orde in het KB Herten, AB 1992, 466. In dit geval had de gemeenteraad van Herten (het orgaan dat voor de dualisering van het gemeentebestuur daartoe bevoegd was) kort voordat de gemeente Herten ingevolge een gemeentelijke herindeling zou worden samengevoegd met Roermond, besloten tot het aangaan van een realiseringsovereenkomst met een projectontwikkelaar waarin was voorzien in de bouw van 325 woningen. De gemeentelijke herindeling was echter met name ingegeven door planologische overwegingen om de gemeente Roermond aanvullende woningbouwmogelijkheden te bieden. Daarbij was uitgegaan van de bouw van 600 woningen. Omdat de uitvoeringsaspecten van de overeenkomst, inclusief de financiële aspecten, tot de verantwoordelijkheid van de nieuwe gemeente Roermond zouden gaan behoren, had het volgens de Kroon in de rede gelegen om de besluitvorming over de onderhavige overeenkomst over te laten aan de raad van die nieuwe gemeente. Opmerkelijk, en in de literatuur bekritiseerd, is dat de Kroon vervolgens ook bepaalde dat de gemeente met terugwerkende kracht tot de datum van de schorsing van het besluit, geen uitvoering behoefde te geven aan de overeenkomst. Met die terugwerkende kracht gaat de Kroon verder dan op grond van de wet lijkt te zijn toegestaan.

Besluiten tot het aangaan van overeenkomsten staan bloot aan het spontante vernietigingsrecht van de Kroon. Wanneer een procedure tot spontane vernietiging wordt geëntameerd, dient dit voor alle betrokkenen een signaal te zijn om geen verdere uitvoering te geven aan het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en de wederpartij daarvan op de hoogte te stellen. Het is van groot belang dat alle betrokkenen binnen de gemeentelijke organisatie van een aanhangige vernietigingsprocedure op de hoogte worden gesteld.

Grondrechten

Een zeer inhoudelijk deel van het staatsrecht vormen de grondrechten. Met name de klassieke grondrechten zijn in dit verband van belang. Deze klassieke grondrechten beschermen de burgers tegen overheidsoptreden op terreinen die fundamenteel tot de vrijheidssfeer van de burger worden gerekend. Behalve in de Grondwet zijn grondrechten ook verankerd in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Van groot belang is om zich te realiseren dat het werkingsbereik van de grondrechten niet beperkt is tot het publiekrechtelijk optreden van de overheid. Ook bij privaatrechtelijk optreden is de gemeente aldus aan de grondrechten gebonden. Zie hierover ook § 3.4.3.

Rasti Rostelli

Illustratief in dit verband is het arrest van de Hoge Raad in de Rasti Rostelli zaak (HR 26 april 1996, AB 1996, 372). In deze zaak had de gemeente Rijssen geweigerd om een bij haar in beheer zijnde en door haar geëxploiteerd Parkgebouw/Multifunctioneel Centrum te verhuren ten behoeve van een hypnose-show van Rasti Rostelli. De reden daarvoor was gelegen in de inhoud van die voorstelling, die niet in overeenstemming was met 'de christelijke waarden waarop in Rijssen prijs wordt gesteld'. In deze zaak werd geoordeeld dat de gemeente daarmee de vrijheid van meningsuiting zoals gegarandeerd in art. 7 Grondwet had geschonden.

Wees er op bedacht dat de grondrechten ook moeten worden gerespecteerd in privaatrechtelijke contracten die de gemeente aangaat.

1.3.3 Enkele bestuursrechtelijke noties

Gelaagde structuur Awb

Het bestuursrecht houdt zich bezig met de *instrumenten* waarmee de overheid bestuurt, met de *normering* die de overheid bij het besturen in acht

moet nemen en met de *rechtsbescherming* tegen het bestuursoptreden.

Awb De belangrijkste wet op het terrein van het bestuursrecht is de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze wet kent, evenals het BW, een gelaagde structuur. Hoofdstuk 2 bevat een aantal bepalingen over het verkeer tussen burgers en bestuursorganen. Het toepassingsbereik van dit hoofdstuk is heel algemeen. De hoofdstukken 3 tot en met 5 gaan over besluiten, waarbij hoofdstuk 3 algemene bepalingen over besluiten en hoofdstuk 4 bijzondere bepalingen over besluiten bevat, namelijk over beschikkingen (dat zijn – kort gezegd – allerlei besluiten voor individuele gevallen), subsidies, beleidsregels en bestuursrechtelijke geldschulden. Hoofdstuk 5 betreft vervolgens de handhaving van het bestuursrecht. (Voor het juridische regime dat geldt voor handhavingsbesluiten moet men dus de hoofdstukken, 2, 3, 4 en 5 van de Awb raadplegen.) De hoofdstukken 6 tot en met 8 betreffen de rechtsbescherming tegen het overheidshandelen, hoofdstuk 9 bevat een regeling voor de behandeling van klachten tegen het bestuur en hoofdstuk 10 bevat bepalingen over verschillende vormen van bevoegdheidsverkrijging (attributie, delegatie en mandaat) en over het interbestuurlijk toezicht. Bij de bepalingen over het interbestuurlijk toezicht uit hoofdstuk 10 is hiervoor in § 1.3.2 al stilgestaan. De bepalingen over bevoegdheidsverkrijging komen in hoofdstuk 4 nader aan de orde.

Bestuursorganen

Organen van de gemeente

In het bestuursrecht staan de *bestuursorganen* centraal; bevoegdheden in het bestuursrecht worden uitgeoefend door de organen van de rechtspersoon naar publiekrecht; in de gemeente zijn dat in ieder geval de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester. Deze organen beschikken ook over bevoegdheden in het kader van het aangaan van overeenkomsten.

Besluiten

Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandelingen

Naast het feit dat het bestuursrecht zich met name richt op het optreden van bestuursorganen, is van belang dat het bestuursrecht zich vooral bezig houdt met de *besluiten* van die bestuursorganen. Besluiten zijn gedefinieerd als de schriftelijke *publiekrechtelijke rechtshandelingen* van de bestuursorganen. Daarmee zou gemakkelijk het beeld kunnen postvatten dat het bestuursrecht en de Awb niet van groot belang zijn voor het gemeentelijke contractenrecht. Overeenkomsten zijn immers *privaatrechtelijke rechtshandelingen*. Dat beeld is evenwel niet juist.

Van belang is voor ogen te houden dat voorafgaand aan het aangaan van een contract in de gemeentelijke organisatie een besluit wordt genomen tot het aangaan van een overeenkomst. De bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van een overeenkomst ligt ingevolge art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet bij het college. Het besluit tot het aangaan van een overeenkomst is een besluit in de zin van de Awb waarop de regels voor besluiten in de Awb van toepassing zijn. Zo mag bijvoorbeeld worden aangenomen dat de norm omtrent de zorgvuldige voorbereiding van besluiten, het zorgvuldigheidsbeginsel, neergelegd in art. 3:2 Awb rechtstreeks van toepassing is op het besluit tot het aangaan van een overeenkomst.

Bedacht dient te worden dat in het bestuursrecht tegen besluiten als regel bezwaar bij het bestuursorgaan en vervolgens beroep op de bestuursrechter openstaat. Omdat de wetgever het niet wenselijk heeft gevonden dat ten aanzien van het besluit tot het aangaan van een overeenkomst de bestuursrechter bevoegd zou zijn, terwijl over geschillen die de overeenkomst zelf betreffen de burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen, is in art. 8:3 lid 2 van de Awb bepaald dat tegen besluiten ter voorbereiding van privaatrechtelijke rechtshandelingen geen beroep openstaat op de bestuursrechter. Daarmee is het dus ook aan de burgerlijke rechter om te beoordelen of het besluit tot het aangaan van de overeenkomst aan de daaraan vanuit het publiekrecht te stellen eisen voldoet. In de praktijk zien we deze toetsing evenwel zelden expliciet plaatsvinden. Dat heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat die toetsing van privaatrechtelijke overeenkomsten aan publiekrechtelijke normen, waaronder normen uit de Awb, ook nog via een andere route loopt, te weten via zogenaamde schakelbepalingen (zie hierna).

Schakelbepalingen

Hiervoor is aangegeven dat de normen van de Awb van toepassing zijn op besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Daarnaast kennen de Awb, maar ook het BW, schakelbepalingen die ervoor zorgen dat normen uit het publiekrecht van toepassing zijn op de privaatrechtelijke rechtshandelingen zelf. Artikel 3:1 lid 2 Awb bepaalt dat de bepalingen uit de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van de Awb van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. In art. 3:14 BW is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Daarmee zijn niet alleen bepalingen uit de Awb, maar ook niet gecodificeer-

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, als ook de grondrechten uitdrukkelijk door de wetgever van toepassing verklaard in privaatrechtelijke verhoudingen. In hoofdstuk 3 zal daarop nader worden ingegaan.

De normen in het bestuursrecht hebben betrekking op besluiten. Ook het besluit tot het aangaan van een overeenkomst is onderworpen aan bestuursrechtelijke normering. Daarnaast gelden de normen uit het bestuursrecht ook voor de overeenkomst zelf. De toetsing aan de bestuursrechtelijke normen vindt steeds plaats door de burgerlijke rechter.

Elektronische communicatie

In § 1.2.3 kwam al de elektronische overeenkomst ter sprake. De Awb geeft in afdeling 2.2 ook een aantal regels over elektronische communicatie tussen burgers en bestuursorganen die in aanvulling daarop gelden. Uitgangspunt van de regels in de Awb is dat zowel het bestuur als de burger kunnen aangeven of zij al dan niet elektronisch willen communiceren. Elektronische communicatie is niet 'automatisch' geaccepteerd; partijen moeten hebben aangegeven dat zij langs die weg bereikbaar zijn (zie de artikelen 2:14 lid 1 en 2:15 lid 1 Awb). Dat hoeft overigens niet altijd expliciet te gebeuren, maar kan ook uit een bestendige praktijk worden afgeleid. Uit het feit dat men via een website aan de gemeente vragen kan stellen, mag men echter nog niet afleiden dat in de desbetreffende gemeente ook in het proces van het tot stand brengen van een overeenkomst elektronisch kan worden gecommuniceerd.

Daarnaast stelt de regeling in de Awb eisen aan de betrouwbaarheid en de vertrouwelijkheid van het berichtenverkeer. Voor de elektronische handtekening wordt verwezen naar de regels terzake in het BW.

Omdat het in het bestuursrecht in een aantal gevallen van groot belang is te kunnen bepalen wanneer een bericht is verzonden, geeft art. 2:17 Awb voor het bepalen daarvan in het kader van de elektronische communicatie enkele regels. Zoals we in § 1.2.3 hebben gezien, geldt bij het tot stand komen van overeenkomsten echter de gecorrigeerde ontvangst-vernemingstheorie, zodat de regels uit de Awb daarvoor niet direct van belang zijn.

Wees erop bedacht dat de Awb in aanvulling op de regels uit het BW over de elektronische overeenkomst voor het berichtenverkeer tussen het bestuur en de burger als uitgangspunt hanteert dat partijen kunnen aangeven of zij al dan niet langs de elektronische weg willen communiceren.

Samenvatting

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod (ook wel offerte of aanbieding genoemd) en aanvaarding. Hoewel er in theorie een duidelijk onderscheid tussen aanbod en aanvaarding bestaat, is de praktijk grilliger. Veelal kan niet van hét moment van aanvaarding worden gesproken; in de onderhandelingen ontstaat geleidelijk aan een sterkere gebondenheid die uiteindelijk in een aanvaarding resulteert. Wenst de gemeente slechts een vrijblijvend aanbod te doen, dan dient in de brief waarin het aanbod wordt gedaan, uitdrukkelijk vermeld te worden dat het een vrijblijvend aanbod betreft. In zo'n geval kan de gemeente nog onmiddellijk na aanvaarding haar aanbod herroepen. De overeenkomst komt tot stand op het moment waarop de wederpartij in kennis is gesteld van het besluit van het college om de overeenkomst aan te gaan. Het is raadzaam de wederpartij hiervan schriftelijk mededeling te doen.

Met het sluiten van overeenkomsten via de elektronische weg moet voorzichtigheid worden betracht. Maak steeds afspraken om te waarborgen dat het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst kan worden vastgesteld.

In verband met een beroep op dwaling door de wederpartij dient de gemeente zich te realiseren dat op haar, met name wanneer zij zaken doet met een niet professionele wederpartij, een vergaande mededelingsplicht rust wanneer zij bijvoorbeeld bouwgrond verkoopt of in erfpacht uitgeeft. Van de gemeente wordt geacht dat zij alle benodigde informatie over bijvoorbeeld de technische kwaliteit van de grond aan de aspirant-wederpartij verstrekt. Doet zij dit niet, dan kan de wederpartij achteraf de overeenkomst vernietigen op grond van dwaling omdat de gemeente haar mededelingsplicht heeft veronachtzaamd.

Het voor het staats- en bestuursrecht fundamentele legaliteitsbeginsel geldt niet voor het aangaan van overeenkomsten; de gemeente hoeft geen specifieke bevoegdheid aan te wijzen op grond waarvan zij overeenkomsten zou mogen aangaan. Wel levert de leer van de onaanvaardbare doorkruising en misbruik van bevoegdheid soms beperkingen op voor de gemeente om het privaatrecht te gebruiken.

Voor een goed begrip van het recht inzake overheidsovereenkomsten is het belangrijk te beseffen dat in het staats- en bestuursrecht onderscheid wordt gemaakt tussen het besluit tot het aangaan van een overeenkomst en de overeenkomst zelf die een privaatrechtelijke rechtshandeling is. Het staats- en bestuursrecht regelt wie binnen de gemeente bevoegd is over het aangaan van een overeenkomst te besluiten.

In ons stelsel van een gedecentraliseerde eenheidsstaat heeft de Kroon de moge-

lijkheid om het besluit tot het aangaan van een overeenkomst te vernietigen. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk zelden gebruik gemaakt. Een dergelijke vernietiging heeft nog niet de nietigheid van de daarop gebaseerde overeenkomst tot gevolg. Het is uiteindelijk aan de burgerlijke rechter om te beoordelen wat rechtens is ten aanzien van die overeenkomst.

Duidelijk is dat voor het besluit tot het aangaan van de overeenkomst de publiekrechtelijke normen gelden. Maar ook de overeenkomst zelf mag niet in strijd zijn met publiekrechtelijke normen. Daarbij moeten vooral ook de grondrechten niet uit het oog worden verloren. Het is de burgerlijke rechter die in ons rechtsstelsel hierop toeziet.



2 Overeenkomsten met bijzondere publiekrechtelijke aspecten

2.1 Inleiding

Specifieke
overeenkomsten

In dit hoofdstuk worden die overeenkomsten behandeld die in verband met de publiekrechtelijke aspecten bijzondere aandacht vragen. Uiteraard zijn er nog tal van andere overeenkomsten die gemeenten dagelijks sluiten – huurovereenkomsten, koop/verkoopovereenkomsten, overeenkomsten van opdracht enz. – maar die komen niet als zodanig aan bod. Zonder daarbij volledig te willen zijn, is er voor gekozen specifieke overeenkomsten zoals de exploitatie-overeenkomst (§ 2.4), de subsidie-overeenkomst (§ 2.5) en de overeenkomst van geldlening en garanties (§ 2.6) hier te behandelen. Voorafgaand hieraan volgt een bespreking van ‘soortovereenkomsten’ die voor de gemeenten bij uitstek van belang zijn: de convenanten (§ 2.2) en de bevoegdhedenovereenkomsten (§ 2.3).

2.2 Convenanten

Regelmatig wordt in plaats van een contract over een ‘convenant’ gesproken. Dit begrip heeft geen vastomlijnde betekenis. Een convenant kan

Rechtens
afdwingbaar

betrekking hebben op een regeling tussen gemeenten onderling over bijvoorbeeld overleg en samenwerking op het terrein van het milieu. Maar een convenant kan ook bestaan tussen een gemeente en particulieren. Van belang is de vraag of van een convenant dezelfde juridische binding uitgaat als van een contract. Vaak spreekt men van een 'zacht' karakter van het convenant. Maar over hoe zacht – in de zin van afdwingbaarheid – dit karakter is, bestaat geen eenduidigheid. Of een convenant rechtens afdwingbaar is, moet met name worden bepaald aan de hand van de inhoud ervan. Uiteraard zijn daarvoor de door partijen gehanteerde taalkundige bewoordingen van belang. Verder is de karakterisering van het convenant afhankelijk van de bedoeling van partijen en van de door hen bij elkaar gewekte verwachtingen en de overige omstandigheden van het geval. Nu blijkt nogal eens dat partijen dit bewust in het midden hebben gelaten.

Resultaats-
verbintenissen
versus
inspannings-
verbintenissen

Van belang is dat convenanten naast resultaatsverbintenissen vaak inspanningsverplichtingen – partijen moeten doen wat in hun vermogen ligt – bevatten.

Een voorbeeld van een inspanningsverplichting is de afspraak van de gemeente met een vereniging van ecologisch verantwoorde ondernemers dat de gemeente zich ervoor zal inspannen dat op een bepaalde locatie in de gemeente een milieuvriendelijk bedrijventerrein zal kunnen worden gecreëerd. Daarmee is niet gegarandeerd dat een bepaald resultaat – de realisatie van het milieuvriendelijke bedrijventerrein – ook daadwerkelijk zal worden bereikt. Wel kunnen de betrokken gemeentelijke organen op basis van de door hen aangegane inspanningsverbintenis gehouden worden om de besluitvormingsprocedures – bijvoorbeeld de vaststelling van een bestemmingsplan – op te starten die nodig zijn voor het realiseren van zodanig terrein. Wanneer alsdan in de procedure tot vaststelling van het bestemmingsplan – bijvoorbeeld door een interventie van gedeputeerde staten – blijkt dat deze bestemming toch niet aan het betreffende terrein kan worden gegeven, kan niet worden gezegd dat de gemeente de verplichtingen die zij op zich heeft genomen niet is nagekomen; de gemeente had zich immers niet vastgelegd op een te behalen resultaat, maar op een te verrichten inspanning.

Ook een inspanningsverplichting is echter wel degelijk een rechtens afdwingbare verplichting. Wanneer kan worden aangenomen dat degene die een

dergelijke verplichting op zich heeft genomen, niet de inspanningen verricht die van hem konden worden verwacht, is de conclusie dat de verplichting niet naar behoren is nagekomen. Met name bij de hierna te bespreken bevoegdhedenovereenkomsten is het voor de gemeente van groot belang zich terdege bewust te zijn van het verschil tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen.

2.3 Bevoegdhedenovereenkomsten

2.3.1 Inleiding

Gemengd
karakter

Bevoegdhedenovereenkomsten zijn overeenkomsten over de wijze waarop een bestuursorgaan gebruik zal maken van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Afspraken die worden gemaakt over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden komt men bijvoorbeeld tegen in intentieovereenkomsten en samenwerkingsovereenkomsten. Bevoegdhedenovereenkomsten komt men niet vaak als aparte overeenkomst tegen, maar veeleer als een element in een andere overeenkomst; in die zin zou men beter kunnen spreken van *'bevoegdheden-bedingen'*. In het arrest Etam/Zoetermeer (HR 8 juli 2011, AB 2011, 298) heeft de Hoge Raad de bevoegdhedenovereenkomst gekwalificeerd als een overeenkomst met een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter. De *inhoud* van de overeenkomst is immers publiekrechtelijk nu het object van de overeenkomst een publiekrechtelijke bevoegdheid is (in dit geval ging het om de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan); de figuur van de overeenkomst, de *vorm* dus, vindt echter regeling in het privaatrecht.

Détournement
de pouvoir

Bevoegdhedenovereenkomsten kunnen alleen worden gesloten voor zover de gemeente daartoe voldoende beleidsvrijheid heeft. Van belang daarbij is dat de publiekrechtelijke bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd, op juiste wijze wordt gehanteerd. Zo mogen publiekrechtelijke bevoegdheden niet voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor zij zijn gegeven (art. 3:3 Awb). Het is dan ook niet toegestaan een bevoegdheid die strekt ter behartiging van planologische belangen in te zetten in een overeenkomst waarmee wordt beoogd de woonruimteverdeling nader te regelen. In het arrest Alkemade/Hornkamp (HR 3 april 1998, NJ 1998, 588, AB 1998, 241) deed zich dit geval voor.

De gemeente Alkemade en een plaatselijke aannemer, Hornkamp, hadden een overeenkomst gesloten waarbij de gemeente zich verplichtte tot herziening of het verlenen van vrijstelling van het geldende bestemmingsplan en Hornkamp zich verbond om f 4.000 te betalen als bijdrage in de kosten van herziening van het bestemmingsplan en tevens om de door hem te bouwen woningen te verkopen of verhuren aan ingezetenen/economisch gebonden van de gemeente. Hornkamp stelde vervolgens, na verlening van de benodigde vergunningen, een vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst in. Deze werd toegewezen omdat de gemeente haar publiekrechtelijke bevoegdheden uit de WRO voor een ander doel heeft gebruikt, namelijk huisvestingsbeleid (het vergroten van de beschikbaarheid van het aantal woningen voor inwoners van de gemeente Alkemade) dan waarvoor ze zijn gegeven, te weten het belang van een goede ruimtelijke ordening. De Hoge Raad kwam aldus tot de conclusie dat de gemeente het verbod van détournement de pouvoir had geschonden en achtte de overeenkomst nietig wegens strijd met de openbare orde.

In § 7.4 zal uitgebreid worden ingegaan op een aantal aandachtspunten bij de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten.

2.3.2 Wie is partij bij een bevoegdhedenovereenkomst?

Rechtspersoon
(= de
gemeente) is
contractspartij

In de praktijk bestaat er enige onduidelijkheid over de vraag wie bij een overeenkomst waarvan een publiekrechtelijke bevoegdheid onderwerp uitmaakt, aan overheidszijde partij moet zijn: het bestuursorgaan over wiens bevoegdheden wordt gecontracteerd (bijvoorbeeld de gemeenteraad) of de rechtspersoon, het overheidslichaam waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt (de gemeente). Soms staat een bestuursorgaan als partij in een overeenkomst vermeld, terwijl volgens het civiele recht alleen natuurlijke personen en rechtspersonen als contractspartij mogen optreden.

Weliswaar is intern het bestuursorgaan het beslissingsbevoegde orgaan – omdat over de uitoefening van zijn bestuursbevoegdheid afspraken worden gemaakt – maar het sluiten van een overeenkomst, naar buiten toe, gebeurt door de rechtspersoon. Contractspartij is naar geldend recht dus de rechtspersoon gemeente; het aanduiden van het bestuursorgaan als civielrechtelijke contractspartij is dogmatisch gezien onjuist.

Omdat het onderwerp van de overeenkomst een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft, is het wel verstandig om het orgaan wiens inhoudelijke bevoegdheid het betreft, bij het sluiten van de overeenkomst te betrekken.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de vraag wie in het algemeen bevoegd is te besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen.

2.4 Exploitatie-overeenkomsten

2.4.1 Inleiding

De feitelijke realisatie van een bestemmingsplan impliceert vaak dat van gemeentewege omvangrijke kosten worden gemaakt voor voorzieningen van openbaar nut, zoals het aanleggen van wegen, riolering, openbare groenvoorzieningen etcetera. Vanuit de gedachte van een rechtvaardige verdeling van kosten en baten wordt algemeen, ook door de wetgever, geaccepteerd dat de gemeente dergelijke grondexploitatiekosten verhaalt op degenen die bij het maken van die kosten zijn gebaat. Afdeling 6.4 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) bevat regels met betrekking tot de grondexploitatie waarin een belangrijke rol is neergelegd voor privaatrechtelijke exploitatie-overeenkomsten. Art. 6.24 Wro bevat een regeling terzake van die overeenkomst en art. 6.23 Wro geeft aan dat de gemeenteraad een verordening kan vaststellen met regels voor de totstandkomingsprocedure en voor de inhoud van de exploitatie-overeenkomst (de exploitatieverordening). Anders dan het geval was onder de oude WRO is het opstellen van een dergelijke exploitatieverordening geen verplichting meer.

Gronduitgifte-
overeenkomst

Naast de exploitatie-overeenkomst kennen we bovendien nog de gronduitgifte-overeenkomst. Hoewel de gronduitgifte-overeenkomst veelal evenzeer tot uitvoering van een bestemmingsplan strekt, is hierover in de Wro niets te vinden. Wel plegen aan de gemeentelijke gronduitgifte beleidsregels ten grondslag te worden gelegd, die zijn terug te vinden in de algemene voorwaarden die worden gebruikt bij de gronduitgifte. Op gronduitgifte-overeenkomsten zal in dit onderdeel niet nader worden ingegaan.

2.4.2 Anterieure en posterieure overeenkomsten

Hoewel dit niet met zoveel woorden in art. 6.24 Wro is vastgelegd, lijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Grondexploitatiewet (zo wordt de wet met bepalingen over grondexploitatie in de Wro genoemd) een voorkeur te spreken voor kostenverhaal in privaatrechtelijke vorm. Belangrijk is echter dat daarnaast in de Grondexploitatiewet is ingezet op versterking van het publiekrechtelijke instrumentarium voor kostenverhaal dat als een soort 'stok achter de deur' kan fungeren.

Kostenposten

In art. 6.24 lid 1 Wro is aangegeven over welke kosten het college bepalingen in een exploitatie-overeenkomst kan opnemen. Het betreft:

- bijdragen aan de grondexploitatie;
- bijdragen aan ruimtelijke ontwikkelingen; hierbij kan het gaan om ruimtelijke ontwikkelingen die geen direct verband houden met het plangebied; vereist is dan dat daarvoor een structuurvisie is vastgesteld;
- kosten die voortvloeien uit uitkeringen ter vergoeding van planschade als bedoeld in art. 6.1 Wro.

Op de kosten van planschadevergoeding zal hierna nader worden ingegaan. Een nadere specificatie van de andere kosten wordt niet gegeven. Uitgangspunt is dat gemeenten contractsvrijheid hebben bij het maken van privaatrechtelijke afspraken over de in rekening te brengen kostenposten. Dit uitgangspunt geldt echter alleen voor exploitatie-overeenkomsten die tot stand komen vóórdat er een exploitatieplan is vastgesteld (zogenaamde 'anterieure overeenkomsten'; deze moeten aldus worden onderscheiden van de hierna te bespreken 'posterieure overeenkomsten').

Het vaststellen van een exploitatieplan is nodig voor de inzet van het publiekrechtelijke kostenverhaalsinstrumentarium. Wanneer het verhaal van kosten voor grondexploitatie via het privaatrechtelijke spoor afdoende is (in artikel 6.12 lid 2 sub a Wro staat: 'anderszins is verzekerd'), hoeft dit publiekrechtelijke spoor niet te worden gevolgd. Voor kostenverhaal in het publiekrechtelijke spoor geeft de wet wél een scherp kader. In de artikelen 6.2.3 en 6.2.4 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) worden de kosten die vatbaar zijn voor verhaal via de publiekrechtelijke exploitatiebijdrage op basis van het exploitatieplan benoemd. Deze opsomming is limitatief; verhaal van buiten deze posten vallende kosten is niet mogelijk.

Exploitatieplan

Van belang is dat ná de vaststelling van een exploitatieplan de contractsvrijheid wel is beperkt (gesproken wordt dan van zogenaamde 'posterieure overeenkomsten'). Artikel 6:24 lid 2 Wro bepaalt dat dan bij het aangaan van een overeenkomst het grondexploitatieplan in acht moet worden genomen 'met dien verstande dat de overeenkomst bepalingen kan bevatten over de uitwerking van onderwerpen uit het exploitatieplan, maar geen bepalingen kan bevatten over onderwerpen welke deel kunnen uitmaken van een exploitatieplan, maar daarin niet zijn opgenomen.'

Verwacht kan worden dat de lijst met kosten die via het publiekrechtelijke spoor verhaald kunnen worden, ook zijn schaduw vooruit werpt op de kos-

tenposten die in de anterieure privaatrechtelijke overeenkomsten worden opgenomen. De ‘stok achter de deur’ van het publiekrechtelijke instrumentarium werkt immers alleen maar voor de in het Bro genoemde kostensoorten.

Planschadevergoeding

In artikel 6.24 lid 1 sub b is uitdrukkelijk aangegeven dat de exploitatie-overeenkomst betrekking kan hebben op de verrekening van schade die op grond van de Wro voor vergoeding in aanmerking komt. Deze bepaling is de opvolger van artikel 49a uit de oude WRO dat door een spoedwetswijziging in die wet werd opgenomen nadat de Hoge Raad in het arrest Nunspeet/Mulder (HR 2 mei 2003, AB 2003, 354) had geoordeeld dat een planschadevergoedingsovereenkomst (in de desbetreffende casus werd gesproken over een ‘regresbeding’) ongeldig was. In de praktijk werden en worden echter veelvuldig overeenkomsten tussen gemeenten en initiatiefnemers van bouwactiviteiten gesloten waarbij de gemeente zich bereid verklaart tot wijziging van het bestemmingsplan indien de wederpartij de eventuele planschadekosten voor zijn rekening te nemen.

De Hoge Raad oordeelde in het arrest Nunspeet/Mulder dat dergelijke overeenkomsten zonder wettelijke grondslag in strijd waren met het gesloten wettelijke stelsel van kostenverhaalsmogelijkheden. Daarnaast baseerde de Hoge Raad zijn oordeel op de uit rechtsbeschermingsperspectief problematische positie van de bouwer.

Kostenverhaal
voor
planschade

Met artikel 6:24 lid 1 sub b en artikel 6.4a Wro heeft de planschadevergoedingsovereenkomst een wettelijke grondslag. Het gaat blijkens deze artikelen om het afwentelen van vergoeding van schade die wordt veroorzaakt door een *op verzoek* genomen besluit tot vaststelling of wijziging van een bestemmingsplan dan wel verlening van een omgevingsvergunning voor het gebruik van gronden of bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan etc. (zie art. 2.1 lid 1 sub c Wabo). Uitdrukkelijk is in artikel 6.4a lid 2 Wro bepaald dat de initiatiefnemende bouwer die een overeenkomst heeft gesloten, belanghebbende is bij een besluit op een aanvraag om planschadevergoeding, zodat hij terzake gebruik kan maken van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden, maar ook al zijn reactie mag geven op een advies van een eventueel door de gemeente ingeschakelde schadebeoordelingscommissie. De gemeente kan aldus van de initiatiefnemende bouwer die zich tot haar wendt met een verzoek om planologische medewerking, vragen een plan-

schadevergoedingsovereenkomst met haar aan te gaan. Goed beschouwd, is aldus een dergelijke planschadevergoedingsovereenkomst te beschouwen als een bevoegdheidsovereenkomst. Wanneer de bouwer dit weigert en de gemeente aldus op haar beurt weigert om het gevraagde besluit te nemen, zal de bouwer de bestuursrechter kunnen adiëren met een beroep tegen de afwijzing van zijn verzoek. In dat kader kan de bestuursrechter een oordeel geven over de vraag of het bestuursorgaan een goede grond had om dat verzoek af te wijzen. Zie aldus ABRvS 25 januari 2012, LJN: BV1816, BR 2012, 107 inzake de gemeente Heeze-Leende. Wanneer de initiatiefnemende bouwer en de gemeente tot overeenstemming komen en er aldus een overeenkomst tot stand komt, is terzake van geschillen over de uitleg en de uitvoering van de overeenkomst de burgerlijke rechter bevoegd.

De VNG heeft over de vergoeding van planschade een publicatie uitgebracht: Planschadeverhaalsovereenkomsten ex artikel 6.4a Wet ruimtelijke ordening: aandachtspunten bij de voorbereidingsfase en de contractfase bij overeenkomsten inzake planschadekostenverhaal.

2.4.3 Exploitatie-overeenkomsten op grond van het oude artikel 42 WRO *Overgangsrecht*

Oude
exploitatie
verordening
behoudt nog
rechtskracht

Op grond van het oude artikel 42 WRO was de gemeente verplicht om een exploitatieverordening te maken waarin de voorwaarden waren vastgelegd waaronder de gemeente bereid was met particuliere grondexploitanten overeenkomsten aan te gaan; een dergelijke exploitatieverordening bevat voornamelijk algemene voorwaarden in de zin van het BW. In het overgangsrecht uit de Invoeringswet Wro (artikel 9.1.17) is bepaald dat het oude recht (dat wil zeggen artikel 42 WRO en de daarop gebaseerde exploitatieverordeningen) van toepassing blijft op exploitatie-overeenkomsten die a) voor de inwerkingtreding van de nieuwe Wro (1 juli 2008) zijn gesloten of b) strekken ter uitvoering van bestemmingsplannen waarvan het ontwerp vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Wro ter visie is gelegd. Pas wanneer die overeenkomsten feitelijk zijn uitgevoerd c.q. uitgewerkt, verliest aldus de oude exploitatieverordening haar rechtskracht. Omdat aldus het oude recht nog geruime tijd zijn betekenis blijft behouden, wordt daarop hieronder kort ingegaan.

Gevolgen van een met de exploitatieverordening strijdige exploitatie-overeenkomst

De gemeente kan geen nakoming vragen van een met een projectontwik-

Geen
aanspraak
financiële
bijdrage

kelaar gesloten exploitatie-overeenkomst die in strijd is met de exploitatieverordening (zie HR 16 februari 1996, NJ 1996, 608 Van Lieshout/Uden en HR 17 november 2000, NJ 2001, 580 Breezand/Veere).

Vaststond dat de exploitatie-overeenkomst tussen Van Lieshout en de gemeente Uden op een aantal punten niet voldeed aan de geldende exploitatieverordening. Desondanks maakte de gemeente Uden aanspraak op de exploitatiebijdrage. Van Lieshout weigerde aan de gemeente een bijdrage te voldoen in de exploitatiekosten van het perceel grond dat hij had gekocht en geleverd had gekregen. De Hoge Raad oordeelde dat indien de op grond van artikel 42 WRO vastgestelde exploitatieverordening niet is gevolgd, de gemeente haar financiële aanspraken die uit de exploitatie-overeenkomst voortvloeien niet geldend kan maken.

Artikel 6:210 BW

Hoewel het soms onredelijk kan voorkomen dat grote, kapitaalkrachtige projectontwikkelaars zich op nietigheid van de exploitatie-overeenkomst kunnen beroepen als die overeenkomst strijdig is – soms alleen naar de letter – met de verordening, terwijl zij minst genomen zo deskundig zijn als gemeenten, is dit toch de van toepassing zijnde rechtspraak. De gevolgen van nietigheid zijn voor gemeenten niet mals: zij kunnen hun in de exploitatie-overeenkomst neergelegde aanspraken op een financiële bijdrage niet geldend maken. Er bestaat geen rechtsgrond voor verrichte betalingen, zodat de betaler (de particuliere exploitant) een vordering uit onverschuldigde betaling kan instellen (art. 6:203 BW).

Financiële
waardering

Indien de gemeente wel heeft gepresteerd, rijst de vraag of de gemeente op haar beurt ook een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling kan instellen. In dit kader is van belang of de prestatie – de bestemmingsplanwijziging – voor een financiële waardering in aanmerking komt. Dan is immers art. 6:210 lid 2 BW van toepassing (een waardevergoeding komt in plaats van de prestatie). De Hoge Raad overwoog in het arrest Polyproject/gemeente Warmond (HR 13 april 2001, NJ 2001, 581) dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een prestatie niet in rechte op geld behoort te worden gewaardeerd. De omstandigheid dat het lastig kan zijn een prestatie op geld te waarderen, is vers twee.

In het vervolgarrest (HR 12 december 2003, AB 2004, 233) bepaalde de Hoge Raad dat deze waardering behoort te geschieden op de grondslag

van hetgeen voor de gemeente wel geoorloofd zou zijn geweest van de projectontwikkelaar als tegenprestatie te bedingen. Dit brengt mee dat moet worden onderzocht of de exploitatieverordening een grondslag inhoudt, en zo ja in hoeverre, voor het bedingen door de gemeente van een tegenprestatie voor haar prestatie de wijziging van het bestemmingsplan te bevorderen.

Zie voor de toepassing hiervan Rechtbank Alkmaar, 3 oktober 2012, LJN: BY2698.

2.5 Subsidie-overeenkomsten

2.5.1 Inleiding

Subsidiëring is een belangrijk instrument voor gemeenten om maatschappelijke activiteiten die zij in het algemeen belang achten, te stimuleren. Subsidiëring wordt ook ingezet als prikkel om bepaald gewenst gedrag te bevorderen of juist te ontmoedigen. Kenmerkend voor de meeste subsidies is dat deze niet louter bestaan uit het uitdelen van geld, maar dat aan de ontvanger van het bedrag ook bepaalde eisen worden gesteld. Juist met het oog op het afdwingen van de verplichtingen die de gemeente aan de ontvanger van de subsidie wil opleggen, komt de subsidie-overeenkomst in beeld. Sinds 1998 (bij gelegenheid van de inwerkingtreding van de zogeheten derde tranche) bevat de Awb een regeling over subsidies (titel 4.2) waarin een aparte plaats is ingeruimd voor subsidie-uitvoeringsovereenkomsten (artikel 4:36).

Awb

2.5.2 Enkele algemene opmerkingen over de subsidie-regeling in de Awb

Reikwijdte van de regeling in de Awb

Niet elke financiële verstrekking valt onder het begrip subsidie uit de Awb.

Niet markt-conforme overeenkomsten

Artikel 4:21 lid 1 definieert het begrip subsidie als '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'. Deze definitie van het begrip subsidie is voor de gemeente van belang bij het aangaan van overeenkomsten omdat daarmee duidelijk is dat commerciële transacties buiten het subsidie-begrip vallen. Maar men dient erop bedacht te zijn dat als de gemeente een prijs betaalt die onmiskenbaar boven de marktprijs ligt of juist een prijs vraagt die onder de marktprijs ligt, er sprake kan zijn van een situatie waarin redelijkerwijs niet meer van betaling voor goederen of diensten kan worden gespro-

ken. Als dat het geval is, kan er dus sprake zijn van een subsidie en dan zijn de regels uit de Awb over subsidiëring van toepassing. Een en ander zal sterk afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

Zo kan de overdracht van bijvoorbeeld een sportaccommodatie voor een niet-marktconform bedrag als een subsidie worden gezien. Dat geldt ook voor het in rekening brengen van een niet kostendekkende huurprijs. Ook onmiskenbaar niet-marktconforme kredieten en garanties die van gemeentewege worden verstrekt, vallen onder het subsidie-begrip van de Awb.

Een subsidie ‘in natura’, bijvoorbeeld het van gemeentewege ter beschikking stellen van bepaalde faciliteiten aan een sportvereniging, of het verrichten van tuinonderhoud bij een bejaardenhuis, is geen subsidie in de zin van de Awb.

Een in de praktijk soms lastig te maken onderscheid, zeker wanneer gebruik wordt gemaakt van overeenkomsten is dat tussen een subsidie *sec* en een subsidie die tevens voldoet aan de definitie van het (Europeesrechtelijke) begrip overheidsopdracht. Dit onderscheid is van groot belang, onder meer in verband met het aanbestedingsrecht (zie § 3.4.5). Zie verder de door de VNG uitgebrachte ‘Handreiking overheidsopdracht en subsidie’.

De gemeente is niet alleen verstrekker van financiële middelen, maar kan ook ontvanger daarvan zijn. In een situatie waarin de gemeente een subsidie aanvraagt die ook door privaatrechtelijke (rechts)personen kan worden aangevraagd, is de subsidietitel ook gewoon van toepassing.

De verschillende fasen in de subsidieverstrekking

Subsidie-
verlening

De Awb onderscheidt drie fasen in het proces van subsidieverstrekking: de subsidieverlening, de subsidievaststelling en de betaling (en eventueel terugvordering) van de subsidie. Door de *subsidieverlening* krijgt de aanvrager een aanspraak op financiële middelen als hij de gesubsidieerde activiteiten verricht en zich houdt aan de aan hem opgelegde verplichtingen. Bij de *subsidievaststelling* wordt definitief beslist dat de aanvrager een bepaald aangeduid bedrag ontvangt. Vervolgens vindt de *betaling* van de subsidie overeenkomstig de subsidievaststelling plaats.

Subsidie
vaststelling

Op zichzelf hoeft niet steeds dit gehele beschikkingentraject te worden door-

lopen; een bestuursorgaan kan ook meteen tot subsidievaststelling overgaan. Voor het onderwerp van dit boek is de subsidie-uitvoeringsovereenkomst van belang die ook in de Awb is geregeld. Die subsidie-uitvoeringsovereenkomst is in de regeling van de Awb gekoppeld aan de situatie waarin voorafgaand aan de subsidievaststelling een subsidieverleningsbeschikking is genomen. Art. 4:36 Awb bepaalt namelijk dat ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. Dat betekent dat bijvoorbeeld het college eerst een besluit moet nemen tot verlening van een subsidie en dat de gemeente vervolgens een uitvoeringsovereenkomst met de subsidie-ontvanger kan sluiten. Let wel: evenals bij bevoegdhedenovereenkomsten is de *rechtspersoon gemeente* de contractspartij bij de subsidie-uitvoeringsovereenkomst.

In de praktijk hoeven de verschillende fasen overigens niet altijd duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn. De beslissing van het college op grond van een gemeentelijke subsidieverordening om subsidie te verlenen kan tevens de beslissing zijn tot het aangaan van de subsidie-overeenkomst. Men dient er evenwel op bedacht te zijn dat de subsidieverlening een publiekrechtelijk besluit is waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Dat is normaliter bij besluiten tot het aangaan van een overeenkomst niet het geval (zie art. 8:3 lid 2 Awb. Zie hierover ook § 1.3.3).

Wanneer een subsidie-uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, volgt vaak niet meer een aparte subsidievaststellingsbeschikking.

Verplichtingen van de subsidie-ontvanger

In de praktijk wordt zelden subsidie verstrekt zonder dat er nadere voorwaarden worden gesteld aan de ontvanger of aan de te subsidiëren activiteit. In de Awb is dan ook voorzien in de mogelijkheid om aan de subsidie-ontvanger bepaalde verplichtingen op te leggen; daarbij wordt onderscheiden tussen zogenaamde doelgebonden en niet-doelgebonden verplichtingen. Het is van belang om zich te realiseren dat de beperkingen die de regeling in de Awb stelt aan de in het kader van de subsidiëring op te leggen verplichtingen ook gelden voor de subsidie-uitvoeringsovereenkomsten.

Doelgebonden verplichtingen betreffen bijvoorbeeld de aard en de omvang van de gesubsidieerde activiteiten, de administratie van aan de activiteiten verbonden inkomsten en uitgaven, het verstrekken van gegevens ten behoeve van de subsidievaststelling etcetera. Deze verplichtingen die ook wel

als standaardverplichtingen worden aangeduid, staan opgesomd in art. 4:37 Awb. Ook andere dan de specifiek in artikel 4:37 genoemde verplichtingen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie zijn mogelijk (art. 4:38).

Zo kan aan de subsidie voor een culturele instelling de verplichting worden opgelegd dat cursussen aan het publiek alleen worden verzorgd door personen die aan bepaalde opleidingseisen voldoen. Ook de verplichting voor de subsidie-ontvanger om zelf in aanvullende inkomsten te voorzien wordt als doelgebonden verplichting aangemerkt.

Niet
doelgebonden:
wettelijke
grondslag

Voor verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie is een aparte wettelijke grondslag nodig (zie art. 4:39 Awb); deze verplichtingen kunnen slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

Bijvoorbeeld verplichtingen omtrent het op milieu-verantwoorde wijze uitvoeren van bepaalde activiteiten.

Omdat de verplichtingen wel een relatie moeten hebben met de gesubsidieerde activiteit kan bijvoorbeeld niet aan een sportvereniging de verplichting worden opgelegd om mee te werken aan de verspreiding van het gemeentelijke informatieblad.

Handhaving; nut van subsidie-uitvoeringsovereenkomsten

Intrekking
subsidie

Wanneer wordt geconstateerd dat de subsidie-ontvanger niet aan de voor hem geldende verplichtingen voldoet, kan het bevoegde bestuursorgaan een verleende subsidie op een lager bedrag vaststellen of de subsidieverleningsbeschikking wijzigen of intrekken. Ook een al vastgestelde subsidie kan om die reden worden gewijzigd of ingetrokken (zie over de verschillende mogelijkheden titel 4.2.6 van de Awb). Op basis van dergelijke beschikkingen kan zodoende een teveel aan subsidie worden teruggevorderd (zie titel 4.2.7). In al deze gevallen kan het bestuur er dus voor zorgen dat de gesubsidieerde geen geld ontvangt in een situatie waarin hij daarvoor niet in aanmerking komt. Wat deze instrumenten echter niet kunnen bewerkstelligen, is dat de subsidie-ontvanger de activiteiten waarvoor het bestuur een subsidie wil toekennen ook daadwerkelijk onder de van gemeentewege gestelde condities verricht. Juist om te kunnen afdwingen dat de te subsidiëren activiteit ook echt plaatsvindt, is de overeenkomst relevant. De wetgever heeft de behoefte van de praktijk

om daarvoor overeenkomsten in te zetten onderkend en de uitvoeringsovereenkomst een basis gegeven in artikel 4:36 Awb.

2.5.3 Subsidie-uitvoeringsovereenkomsten

Geen beschikkingvervangende subsidie-overeenkomsten

Allereerst dient hier kort te worden stilgestaan bij de plaatsbepaling van subsidie-overeenkomsten in de regeling van de Awb. Hiervoor is besproken dat in het systeem van de Awb subsidies in de vorm van beschikkingen worden gegeven. Zoals is aangegeven, bestaat in de praktijk evenwel de behoefte om bij subsidiëring ook gebruik te maken van overeenkomsten. Om die reden is in de regeling van de Awb voorzien in de figuur van de subsidie-uitvoeringsovereenkomst. Bij de totstandkoming van die regeling is uitdrukkelijk aandacht besteed aan de situatie dat de *gehele subsidie-relatie* in een overeenkomst wordt gegoten. Omdat de wetgever subsidiëring nadrukkelijk als de uitvoering van een publieke taak ziet, heeft in zijn ogen de publiekrechtelijke rechtsvorm echter de voorkeur. Voor subsidiëring die geheel plaatsvindt in de vorm van een overeenkomst, dient in de ogen van de wetgever dan ook geen ruimte te zijn. Het gebruik van een beschikking-vervangende overeenkomst is daarom als een onaanvaardbare doorkruising van de regeling in de Awb te beschouwen (zie ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296). Dat betekent dus dat in de systematiek van de wetgever steeds eerst een besluit tot verlening van de subsidie moet worden genomen en dat vervolgens ter uitvoering van dat besluit een overeenkomst kan worden gesloten. Hiervoor is al aangegeven dat het aparte subsidieverleningsbesluit in de praktijk niet altijd expliciet als zodanig wordt benoemd.

Onaanvaardbare
doorkruising

De subsidie-uitvoeringsovereenkomst in het systeem van de Awb

Ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening kan een overeenkomst worden gesloten. In die overeenkomst kunnen dan de verplichtingen uit de subsidieverleningsbeschikking nader worden uitgewerkt. In de uitvoeringsovereenkomst kan ook worden bepaald dat de subsidie-ontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend; dit is de zogenaamde *afdwingovereenkomst*. Het is overigens mogelijk dat de wet of de aard van de overeenkomst zich tegen een afdwingovereenkomst verzetten (zie art. 4:36 Awb).

Afdwing-
overeenkomst

In het systeem van de Awb wordt aldus een subsidie verleend onder de opschortende of ontbindende – beide varianten zijn mogelijk – voorwaarde dat de subsidie-ontvanger meewerkt aan de totstandkoming van een overeen-

komst ter uitvoering van de subsidieverleningsbeschikking (art. 4:33 Awb).

Relatie
beschikking/
overeenkomst

Een uitvoeringsovereenkomst moet geen doublure zijn van de beschikking. Essentiële elementen van de subsidieverhouding moeten in de beschikking staan, zoals een aanduiding van de activiteiten, eventuele verplichtingen, het subsidiebedrag of de berekeningswijze daarvan. Als deze elementen in de beschikking in meer algemene zin worden aangeduid, kunnen zij echter in de overeenkomst verder worden uitgewerkt. Verder hangt de verdeling van de bepalingen over beschikking en overeenkomst af van de aard van de materie en het doel van de overeenkomst. Als een overeenkomst mede ten doel heeft de subsidieontvanger te verplichten om een project daadwerkelijk uit te voeren, is het van belang in de overeenkomst ook een precieze omschrijving van de te ondernemen activiteiten en de bijbehorende verplichtingen op te nemen.

Geen
vaststellings-
beschikking

Zoals hiervoor is aangegeven, volgt na de beschikking tot subsidieverlening in beginsel een beschikking waarin de subsidie wordt vastgesteld. In de uitvoeringsovereenkomst kan dit echter anders worden geregeld (zie art. 4:44 lid 1 sub c Awb). Dit speelt bijvoorbeeld bij subsidies in de vorm van garanties; daar houdt het invoeren van de garantie (dat wil zeggen: dat verzocht wordt om nakoming van de borgtochtovereenkomst) in dat de subsidie wordt vastgesteld. Er komt dan dus geen apart subsidievaststellingsbesluit meer.

Rechtsbescherming(sperikelen)

Wanneer de subsidie is verleend onder de voorwaarde dat een uitvoeringsovereenkomst tot stand komt, maar vervolgens in de onderhandelingen over die overeenkomst problemen rijzen die ertoe leiden dat deze overeenkomst er niet komt, is het de vraag aan welke rechter een geschil daarover moet worden voorgelegd. Indien de overeenkomst niet tot stand komt en daarmee de opschortende of ontbindende voorwaarde van de subsidieverlening zich realiseert, komt er per saldo geen verleningsbeschikking tot stand. Maar is het dan niet te laat voor een bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure tegen de weigering om subsidie te verlenen die dan resteert? Het ligt in de rede dat de bestuursrechter kan worden benaderd terzake van een afwijzing van de subsidie-aanvraag, maar deze mogelijkheid staat niet onomstotelijk vast. Partijen kunnen ook een civielrechtelijke procedure aanspannen wegens het ongeoorloofd afbreken van de onderhandelingen (zie daarover verder § 5.4).

Bestuursrechter

Ook wanneer er bij de uitvoering van de uitvoeringsovereenkomst problemen rijzen, is het de vraag welke rechter kan worden benaderd. Het bevoegde bestuursorgaan kan bijvoorbeeld besluiten om wegens het niet nakomen van de verplichtingen die bij de subsidieverlening waren opgelegd, de subsidie op een lager bedrag vast te stellen of de subsidieverleningsbeschikking (gedeeltelijk) intrekken. Tegen deze besluiten staan de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsvoorzieningen open. Van belang daarbij is zich te realiseren dat de intrekking van de subsidiebeschikking nog niet automatisch de geldigheid van de uitvoeringsovereenkomst aantast. Op de gevolgen voor de overeenkomst wordt hierna verder ingegaan.

Burgerlijke
rechter

Voor de gemeente met name interessant is de mogelijkheid om nakoming van de uitvoeringsovereenkomst te vorderen bij de burgerlijke rechter. Juist met het oog op deze mogelijkheid wordt in een afdwingovereenkomst voorzien, waarbij de gemeente te doen is om te bewerkstelligen dat de gesubsidieerde activiteit daadwerkelijk wordt uitgevoerd. Maar ook de wederpartij van de gemeente kan deze mogelijkheid gebruiken, bijvoorbeeld om te bewerkstelligen dat wordt uitgesproken waartoe partijen over en weer ten opzichte van elkaar zijn gehouden.

Gevolgen voor de overeenkomst van intrekking of vernietiging van de subsidieverleningsbeschikking

Art. 6:229 BW

Wat is het lot van de uitvoeringsovereenkomst wanneer de onderliggende subsidieverleningsbeschikking wordt ingetrokken of vernietigd? Tijdens de parlementaire behandeling van de subsidieregeling in de Awb gaf de regering aan dat de subsidie-overeenkomst kan worden gezien als een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. In artikel 229 van boek 6 BW is daarover bepaald dat een dergelijke overeenkomst vernietigbaar is indien die onderliggende rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening behoort te blijven van degene die zich op dit ontbreken beroept. Aldus kan het bestuur dat een subsidieverleningsbeschikking intrekt, ofwel door een buitengerechtelijke verklaring ofwel door het uitlokken van een rechterlijke uitspraak in beginsel ook de daarop voortbouwende uitvoeringsovereenkomst vernietigen. Die bevoegdheid tot vernietiging vervalt indien de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt waarmee de nadelen van de partij die tot vernietiging wilde

overgaan of afdoende wijze opheft. Bovendien kan ook de rechter nog de gevolgen van de overeenkomst wijzigen in plaats van deze te vernietigen (zie art. 6:230 BW). Deze bepalingen zijn ook van belang wanneer de subsidieverleningsbeschikking in een bestuursrechtelijke procedure wordt vernietigd. Het ligt in de rede dat het bestuur, wanneer het na een vernietiging van de subsidieverleningsbeschikking door de rechter een nieuwe beschikking moet nemen, bij die gelegenheid ook beziet in hoeverre die nieuwe beschikking noopt tot aanpassing van de overeenkomst. Hetgeen hiervoor is besproken, is relevant wanneer de subsidieverleningsbeschikking wordt ingetrokken of vernietigd; dat is immers de beschikking waarop de overeenkomst voortbouwt. Wat de gevolgen voor de overeenkomst zijn van intrekking of vernietiging van een subsidievestigingsbeschikking is daarmee nog niet duidelijk. Om discussie over het lot van de overeenkomst te voorkomen, is het raadzaam om in de overeenkomst sowieso de intrekking van de verlenings- en de vestigingsbeschikking als ontbindende voorwaarde op te nemen.

2.6 Overeenkomsten van geldlening en garanties¹

2.6.1 Inleiding

Overeenkomsten van geldlening en garanties kennen geen specifieke regeling in het BW. De wetgever vindt regulering van leningen met en garanties van decentrale overheden, waaronder de gemeenten, echter van zodanig belang, dat deze overeenkomsten van oudsher een apart wettelijk kader kennen. Sinds 1 januari 2001 is dit de wet Financiering Decentrale Overheden (wet FIDO) (Stb. 2000, 587), zoals gewijzigd op 1 januari 2009 (Stb. 2008, 536). Gemeenten dienen deze wet in acht te nemen. Dit geldt ook voor art. 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU, voorheen art. 87 EG-verdrag) inzake staatssteun. Niet-naleving daarvan kan leiden tot een onderzoek van de Europese Commissie of een procedure voor de nationale rechter met als mogelijk gevolg terugvorderingen en/of boetes. In deze paragraaf wordt daarom aandacht besteed aan deze voorschriften (zie over staatssteun ook § 3.5.2).

¹ Deze paragraaf is geschreven door Mr. D.H. de Vries

2.6.2 Reikwijdte wet FIDO

De wet FIDO reguleert

- 1 *leningen* die gemeenten aangaan of verstrekken;
- 2 *garanties* die gemeenten verstrekken voor de nakoming van leningen van derden;
- 3 het uitzetten van (geld)middelen in de vorm van *deelnemingen* (bijvoorbeeld in een stichting of aan een Publiek Private Samenwerking) en *beleggingen*.

ad 1)

Lening Het begrip ‘lening’ spreekt, hoewel dit niet wettelijk is gedefinieerd, voor zich. Het omvat allerlei soorten leningen, ongeacht de vorm van de lening (onderhands of een obligatie), looptijd (kort of lang) en rente (vast of variabel).

ad 2)

Garantie Hoewel het begrip ‘garantie’ niet wettelijk wordt gedefinieerd, verstaat de wet FIDO onder een garantie voor de nakoming van uit leningen voortvloeiende verplichtingen in ieder geval een overeenkomst van borgtocht in de zin van art. 7:850 BW. Voor het antwoord op de vraag of een garantie voor een

Borgtocht lening een borgtocht is, is gebruik van het woord ‘borg’ of ‘borgtocht’ overigens niet beslissend. Een passage als ‘het risico van non-betaling door A ligt bij B’ kan volgens de rechtspraak (HR 20 september 1996, NJ 1997, 541) voldoende zijn om te concluderen dat B borg staat voor de schulden van schuldenaar. Een borg heeft van rechtswege voor het gehele bedrag dat hij aan hoofdsom, rente en kosten moet voldoen, regres op de hoofdschuldenaar. Borgtocht is overigens niet de enige wijze waarop een gemeente jegens een schuldeiser de nakoming van de schuld van een derde kan garanderen. Een gemeente kan dat bijvoorbeeld ook doen in een eenzijdige verklaring. Een ander voorbeeld is een overeenkomst waarbij de schuldeiser geen partij is, in-

Derdenbeding dien deze overeenkomst een derdenbeding bevat dat voor een derde het recht schept betaling (bijvoorbeeld van rente en aflossing) te vorderen (art. 6:253 BW). Het recht ontstaat pas als de schuldeiser het derdenbeding aanvaardt.

ad 3)

Het uitzetten van – overtollige – geldmiddelen in de vorm van *beleggingen*, wordt geregeld in de hierna in § 2.6.5 genoemde Regeling uitzettingen en derivaten decentrale overheden.

Voor gemeenten die geldmiddelen uitzetten in de vorm van een deelneming in het kapitaal van een privaatrechtelijke rechtspersoon bestond reeds een separaat kader, art. 160 lid 2 Gemeentewet. Dit artikel bepaalt dat een college slechts tot (oprichting van en) deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen besluit, indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor behartiging van het daarmee te dienen ‘openbaar belang’.

2.6.3 Doelstellingen en uitgangspunten wet FIDO

Een van de belangrijkste doelstellingen van de wet FIDO is het bevorderen van een solide financieringswijze van decentrale overheden. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is het vermijden van grote fluctuaties in de rentelasten, omdat het renterisico invloed kan hebben op de financiële positie. De wet FIDO beoogt hiermee een bijdrage te leveren aan de uitstekende kredietwaardigheid van decentrale overheden op de (inter)nationale kapitaalmarkt. De wet FIDO biedt een kader voor het verstrekken van leningen en voor beleggingen, omdat dit (aanzienlijke) financiële risico's met zich kan brengen. De wet FIDO geeft verder aan dat het financieringsbeleid geen winstoogmerk ten doel mag hebben, en uitsluitend de publieke taak moet dienen.

2.6.4 Publieke taak; art. 2 lid 1 wet FIDO

De kern van hetgeen de wet FIDO regelt over overeenkomsten van geldlening, garanties en uitzettingen is art. 2. Ingevolge art. 2 lid 1 kunnen gemeenten ‘uitsluitend ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak’ leningen aangaan of verstrekken, garanties verlenen, en geldmiddelen uitzetten.

De publieke taak zelf wordt in deze wet niet nader gedefinieerd. Uit de toelichting blijkt dat het begrip ‘publieke taak’ voor gemeenten (en provincies) samenvalt met het – evenmin gedefinieerde – begrip ‘openbaar belang’ in de zin van het genoemde art. 160 lid 2 Gemeentewet. Hiermee wordt beoogd recht te doen aan de eigen verantwoordelijkheid van gemeenten bij de afbakening van hun publieke taak.

Begrip
publieke
taak

Voorbeelden van leningen en garanties die uitsluitend ten behoeve van de publieke taak geschieden worden in de toelichting op de wet FIDO niet genoemd. In de toelichting worden slechts voorbeelden genoemd van wat daar *niet* toe hoort, dan wel wat op het *grensvlak* publiek/privaat behoort. Een voorbeeld van wat *niet* tot de publieke taak hoort zijn ‘bankachtige activiteiten’. Daarvan is blijkens de toelichting sprake indien gemeenten oneigenlijke en/of financiële activiteiten verrichten met als doel hiermee inkomsten

Geen
bankachtige
activiteiten

te genereren. Een voorbeeld daarvan is de provincie Zuid-Holland die in de zogenaamde Ceteco-affaire (eind jaren negentig) leningen aanging om deze met winst door te lenen. Voorbeelden van overeenkomsten op het grensvlak van publieke en private activiteiten zijn onder meer de financiering van een woningcorporatie, nutsbedrijf of voetbalstadion, het verstrekken van sociale kredieten via een Gemeentelijke Kredietbank en het deelnemen aan PPS-constructies. Afhankelijk van de afweging terzake van de gemeente, kunnen deze activiteiten onderdeel van hun publieke taak zijn.

Uit de toelichting op de wet FIDO blijkt dat GS bij het toezicht hieromtrent terughoudendheid past. GS moeten in principe kijken of de betrokken gemeente degelijk motiveert waarom het een activiteit tot haar publieke taak rekent. Voorts wordt getoetst of er geen strijd is met wet- en regelgeving en of er geen onverantwoord beslag op de middelen van de betrokken gemeente dreigt, met als toetsnorm het risico om in een art. 12 (Financiële-verhoudingswet)-situatie te belanden. Als er verschil van inzicht is tussen GS en de gemeente zal bestuurlijk overleg de eerst aangewezen weg zijn om tot overeenstemming te komen. Indien dit niet lukt, kunnen GS overwegen om gebruik te maken van bevoegdheden die zij in de verhouding tot de gemeente hebben.

2.6.5 Regeling uitzettingen en derivaten decentrale overheden; art. 2 lid 2 wet FIDO

Dat bankachtige activiteiten ingevolge lid 1 niet tot de publieke taak behoren, betekent uiteraard niet dat gemeenten geen enkele financiële activiteit mogen verrichten. Dit zou een efficiënt beheer van tijdelijk overtollige middelen belemmeren. Voor het efficiënt beheer van overtollige middelen kunnen ingevolge art. 2 lid 2 wet FIDO geldmiddelen worden uitgezet die op enig moment niet direct ten behoeve van de publieke taak worden aangewend.

Een voorbeeld van een uitzetting van middelen die 'niet direct' de publieke taak dient, is een uitzetting door een gemeente die daarmee over drie jaar een nieuw stadhuis wil bouwen. Zeker moet zijn dat deze overtollige (publieke) middelen later kunnen worden aangewend voor de publieke taak. Daarom geldt als randvoorwaarde dat deze uitzettingen 'een prudent karakter hebben en niet zijn gericht op het genereren van inkomen door het lopen van overmatig risico'. Deze randvoorwaarden gelden ook voor derivaten.

Derivaten

Dit zijn van financiële produkten 'afgeleide' produkten die de mogelijkheid bieden om financiële risico's – zoals het renterisico – af te dekken (of juist aan

te gaan, maar dit is niet toegestaan).

Prudent

Het begrip 'prudent' is nader uitgewerkt in de (ministeriële) *Regeling uitzettingen en derivaten decentrale overheden* (hierna: Ruddo, Staatscourant 28 december 2000, nr 251), zoals naar aanleiding van de onrust op de financiële markten gewijzigd op 3 april 2009 (Staatscourant 3 april 2009, nr. 65). De Regeling stelt allereerst eisen aan de kredietwaardigheid van de tegenpartij bij wie gemeenten gelden uitzetten of derivaten afsluiten (beperking debiteurenrisico). Deze tegenpartij moet minimaal een credit rating van A-minus beschikken van twee van de drie gerenommeerde ratingbureaus (Standard & Poor's, Moody's en Fitch) Deze creditrating is in 2009 aangescherpt tot AA-minus om nieuwe transacties 'beter bestand te maken tegen de risico's in tijden van onrust op de financiële markten.'

Minimale credit rating

De gewijzigde Ruddo introduceert verder onder meer een minimale credit rating van AA van twee van de voornoemde ratingbureaus voor het land van vestiging van de tegenpartij waar de decentrale overheden hun gelden binnen de Europese Economische Ruimte (EER) beleggen. Er is afgezien van een nadere geografische afbakening tot bijvoorbeeld EU of Eurogebied, omdat dit volgens de toelichting' geen relatie heeft met kredietwaardigheid (ook landen binnen de EU kunnen onvoldoende kredietwaardig zijn) en omdat dit een onnodige beperking vormt op de internationaal overeengekomen vrijheid van internationaal kapitaalverkeer.' (in de zin van art. 63 van het 'Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)).

Vorm

De Regeling stelt in de tweede plaats eisen aan de vorm waarin gelden worden uitgezet (beperking marktrisico). Het moet gaan om leningen of andere financiële producten waarbij de hoofdsom tenminste aan het einde van de looptijd intact is. Indien aan deze eisen is voldaan, zijn de uitzettingen of derivaten prudent en dus toegestaan. Uitzettingen in de vorm van (op het rendement van) *aandelen* (gebaseerde constructies) zijn in beginsel niet voldoende prudent en *niet* toegestaan (omdat zij in hoge mate gevoelig zijn voor marktbevingen).

Deze 'uitzettingsregels' van lid 2 gelden als gezegd voor overtollige geldmiddelen, middelen die dus, zoals in het voorbeeld van het stadhuis, op enig moment niet direct ten behoeve van de publieke taak worden uitgezet. Voor leningen en deelnemingen die conform art. 2 lid 1 wel ten behoeve van de

publieke taak worden uitgezet, gelden die uitzettingsregels dus niet, ook al kunnen daaraan (denk aan de financiering van een voetbalstadion of een PPS) grote(re) risico's zijn verbonden. De afweging van deze risico's is primair een zaak van de gemeenten.

2.6.6 Besluit leningvoorwaarden decentrale overheden; art. 2 lid 3 wet FIDO

Voorwaarden

Ingevolge art. 2 lid 3 kunnen gemeenten slechts leningen aangaan en verstrekken dan wel de nakoming van leningen van derden garanderen, indien deze leningen voldoen aan de daarvoor bij het Besluit leningvoorwaarden decentrale overheden (een algemene maatregel van bestuur) gestelde regels. Dit betekent dat gemeenten slechts geldleningen aangaan, verstrekken en/of garanderen indien

1. de betalingsverplichtingen zijn uitgedrukt in euro of in een van de nationale munteenheden van de lid-staten van de Europese Unie die deelnemen aan de Economische en Monetaire Unie (valuta-risico);
2. de hoofdsom niet onderhevig is aan enige vorm van indexatie (indexatie-risico).

Eigen invulling gemeente

Het uitgangspunt van de wet FIDO, te weten risico-beheersing, geldt ook hier: geen valuta-risico, geen indexatie-risico. Er worden overigens geen voorschriften gesteld voor de hoogte van de rente of de hoogte van andere kosten die aan het afsluiten van leningen en garanties verbonden kunnen zijn. Ook zijn geen bepalingen opgenomen over de inhoud van een overeenkomst van geldlening, zoals bijvoorbeeld voorschriften over vervroegde aflossing en rente-aanpassing. Er worden evenmin expliciete voorwaarden aan garanties gesteld. Gemeenten kunnen zelf nadere invulling en inkadering aan hun garantiebeleid geven. De toelichting op het besluit suggereert wel om aansluiting te zoeken bij de criteria die het Rijk terzake hanteert: een minimale looptijd van de lening van een jaar, en een langere rentevaste periode met vooraf opgesteld aflossingschema, omdat dit budgettaire zekerheid met zich brengt.

2.6.7 Wetsvoorstel schatkistbankieren

Op 11 februari 2013 is een wetsvoorstel genaamd Wijziging van de Wet financiering decentrale overheden in verband met het rentedragend aanhouden van liquide middelen in 's Rijks schatkist (verplicht schatkistbankieren) ingediend. Dit wetsvoorstel verplicht gemeenten om al hun overtollige liquide middelen via een rekening-courant of in één of meer deposito's rentedragend

bij het ministerie van Financiën 'in 's Rijks schatkist' aan te houden. Vandaar de term *schatkistbankieren*.

Schatkistbankieren betekent concreet dat gemeenten hun overtollige middelen niet langer mogen aanhouden bij de in de Ruddo genoemde kredietwaardige instellingen met een AA-minus rating die zijn gevestigd in EER-lidstaten met een AA-rating. Ze mogen ook niet meer beleggen in obligaties van EER-lidstaten, zelfs niet indien de landenrating van de betreffende lidstaat net zo hoog is als die van Nederland (dat op dit moment over een AAA-rating beschikt).

Het generieke verbod om elders binnen de EER te mogen beleggen, beperkt de hiervoor in § 2.6.5 aangehaalde vrijheid van het kapitaalverkeer. Deze beperking is volgens de toelichting op het wetsvoorstel gerechtvaardigd door het doel van het wetsvoorstel te weten: bij te dragen aan de door de EU vereiste daling van de overheidschuld (de EMU-schuld van de collectieve sector).

EMU-schuld

De EMU-schuld is een bruto schuldbegrip dat door Eurostat wordt gehanteerd en dat per Europese Verordening als volgt is gedefinieerd: 'de nominale waarde van alle aan het eind van het jaar uitstaande brutoverplichtingen van de sector 'overheid' (waaronder de decentrale overheden), met uitzondering van de verplichtingen waarvan de corresponderende financiële activa door de sector 'overheid' worden aangehouden.'

Doelstellingen schatkistbankieren

Het wetsvoorstel beoogt als gezegd bij te dragen aan de vereiste daling van de EMU-schuld. Schatkistbankieren heeft een neerwaarts effect op de EMU-schuld. Als gemeenten hun liquide middelen inleggen in de schatkist betekent dit dat de Staat een deel van de financieringsbehoefte kan dekken via die ingelegde middelen. Daarmee leidt de vermindering van de (externe) financieringsbehoefte van de Staat tot een lagere schuld. Strikt genomen wordt deze schulddaling teniet gedaan door een nieuwe even grote schuld van de Staat aan de gemeente die ontstaat zodra de gemeente haar gelden via schatkistbankieren aan de Staat toevertrouwt. De schuld van de Staat die aldus ontstaat mag door de definitie van de EMU-schuld echter worden weggestreept tegen de daarmee corresponderende vordering die deze gemeente door schatkistbankieren op de Staat verkrijgt.

Wanneer gemeenten hun overtollige middelen aanhouden in de markt, leidt dit volgens de Memorie van Toelichting tot een hogere EMU-schuld dan wan-

neer die middelen zouden worden aangehouden binnen de EMU-sector, dus bij het Rijk of bij andere decentrale overheden:

De consolidatie van onderlinge schuldverhoudingen kan volgens de Memorie van Toelichting worden vergroot door onderlinge schuldverhoudingen in de plaats te stellen van schuldverhoudingen met partijen buiten de EMU-sector.

Schatkistbankieren en onderling lenen

Rijks
schatkist

Deze consolidatie kan in de eerste plaats worden bereikt door overtollige middelen 'in 's Rijks schatkist' aan te houden. Dit vermindert als gezegd de externe financieringsbehoefte van de Nederlandse Staat, en dat is volgens de Memorie van toelichting een welkome ontwikkeling nadat in 2008 de financieringsbehoefte van de Nederlandse Staat – en daarmee de EMU-schuld – fors is gestegen.

Onderling
lenen

De consolidatie van onderlinge schuldverhoudingen kan in de tweede plaats worden vergroot – binnen de EMU-sector – indien decentrale overheden overtollige middelen gebruiken om onderlinge leningen (tussen decentrale overheden) te verstrekken. Het wetsvoorstel bevat expliciet de mogelijkheid dat decentrale overheden – onder bepaalde voorwaarden – er voor kunnen kiezen om onderling leningen te verstrekken. Doordat deze mogelijkheid binnen de wet is opgenomen, zal de verwachte rentederving bij de decentrale overheden beperkt zijn. Immers, op onderlinge leningen is het mogelijk een hoger rendement overeen te komen dan het tarief dat op het aanhouden van overtollige middelen in de schatkist wordt verstrekt. Met deze verruiming is gehoor gegeven aan de uitdrukkelijke wens van decentrale overheden om deze optie binnen het verplicht schatkistbankieren in ieder geval tot aan de eerste evaluatie te behouden.

Terugwerkende kracht tot 4 juni 2012

Het wetsvoorstel bepaalt dat decentrale overheden hun liquide middelen zodanig moeten uitzetten dat zij uiterlijk 31 december 2013 beschikbaar zijn om in de schatkist van het Rijk aangehouden te kunnen worden. Deze bepaling heeft volgens het wetsvoorstel, ondanks de kritiek daarop van de Raad van State, terugwerkende kracht, tot 4 juni 2012. Dit is de datum waarop schatkistbankieren als voorstel in de Staatscourant is aangekondigd. Het wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor middelen die gemeenten voor 4 juni 2012 hebben uitgezet met een looptijd die eindigt na de inwerkingtreding van deze wet.

2.6.8 Het staatssteunrecht en leningen en garanties van gemeenten

Hierboven is ingegaan op de wet FIDO. Voor gemeenten die leningen en garanties verstrekken is verder, ook voor de toezichthouder (die toetst of er geen strijd is met wet- en regelgeving), mogelijk van belang art. 107 VWEU inzake staatssteun. Hieronder volgt een korte weergave van de wijze waarop door de Europese Commissie (en het Hof van Justitie) tegen staatssteun in de vorm van leningen en garanties wordt gekeken.

Art. 107 VWEU In § 3.5.2 wordt weergegeven onder welke voorwaarden sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU die vooraf ter goedkeuring bij de Europese Commissie moet worden aangemeld. Dit betekent dat een door een gemeente verstrekte lening of garantie onder art. 107 VWEU valt indien zij

1. met staatsmiddelen is bekostigd;
2. door begunstiging van bepaalde ondernemingen (dit zijn (rechts)personen die al of niet met winst oogmerk een economische activiteit verrichten);
3. de mededinging dreigt te vervalsen;
4. het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

ad 1)

Een lening of garantie van een gemeente is per definitie met staatsmiddelen bekostigd. Dat bij een garantie (anders dan bij een lening) nog geen staatsmiddelen worden overgedragen, is niet relevant. De staatssteun wordt geacht te zijn verleend op het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt, niet op het moment waarop een beroep op of betalingen uit hoofde van de garantie worden gedaan. Of een garantie staatssteun oplevert, en de omvang ervan, moet worden beoordeeld op het moment van verstrekking.

ad 2)

Marktconform Van begunstiging is sprake indien een onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktomstandigheden niet zou hebben verkregen. Dit betekent dat het handelen van de overheid moet worden vergeleken met het handelen van een (normaal voorzichtig) particulier investeerder in een markteconomie. Leidend is of de overheid zich *marktconform* gedraagt. Bij een *lening* is dus sprake van staatssteun, indien de lening niet-marktconform is. Een lening is niet-marktconform indien geen enkele normaal

Lening voorzichtige particuliere bankier deze lening onder gelijke of vergelijkbare voorwaarden (rente, zekerheden etc) zou zijn aangegaan, gelet op de ten tijde van financiering beschikbare informatie en te verwachten ontwikkelin-

gen. De steun bij een lening bestaat in beginsel uit het verschil tussen een marktconforme rentevergoeding (die is afhankelijk van de financiële positie van de onderneming en de geboden zekerheden) en de rentevergoeding die de gemeente in rekening brengt. Indien een gemeente een lening verstrekt zonder dat zij zekerheden bedingt, terwijl de onderneming op de markt geen lening kan verkrijgen, is de steun het gehele bedrag van de lening.

Garantie

Blijkens de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties uit 2008 (PB C 155 van 20 juni 2008, verder de Mededeling) is bij een *garantie* gewoonlijk sprake van een voordeel voor de geldnemer. De geldnemer kan immers door de garantie een lening tegen gunstigere financiële voorwaarden verkrijgen (een lagere rente en minder zekerheden etc) dan normaal op financiële markten mogelijk is. In dat geval bestaat de staatssteun uit het verschil tussen de marktrente en de dankzij de garantie verkregen rente, na aftrek van de prijs die voor de garantie is betaald. Indien op het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt waarschijnlijk is dat de geldnemer in gebreke zal zijn, bijvoorbeeld omdat hij in financiële moeilijkheden verkeert, bestaat de steun uit het verschil tussen: a) het gegarandeerde bedrag vermenigvuldigd met de risicofactor (dat is de waarschijnlijkheid dat de geldnemer in gebreke blijft) minus b) de eventueel voor de garantie betaalde prijs.

Hoewel de kredietnemer gewoonlijk de begunstigde van de steun is, valt volgens de Mededeling niet uit te sluiten dat de steun in bepaalde omstandigheden ook rechtstreeks de kredietgever ten goede komt wanneer 'een staatsgarantie bijvoorbeeld *achteraf ter dekking* van een reeds aangegane lening of andere financiële verplichting wordt verstrekt zonder dat de voorwaarden van die lening of financiële verplichting worden aangepast, of wanneer een gegarandeerde lening wordt gebruikt om aan dezelfde kredietinstelling een andere, niet-gegarandeerde lening terug te betalen, *kan* er ook sprake zijn van steun aan de kredietgever, in zoverre de lening meer zekerheid verkrijgt.'

Garantie is marktconform: voorwaarden

Blijkens de Mededeling is een garantie (zonder meer) marktconform, en valt zij dus niet onder art. 107 VWEU en de na te noemen meldingsplicht van art. 108 lid 3 VWEU, indien zij voldoet aan alle van de navolgende voorwaarden:

- de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden;
- de kredietnemer zou in beginsel ook zonder overheidsinterventie een lening tegen marktvoorwaarden kunnen verkrijgen;

- de garantie heeft betrekking op een specifieke geldlening, geldt voor een gefixeerd maximum bedrag, dekt niet meer dan 80 procent van de uitstaande schuld en is beperkt in de tijd;
- de kredietnemer betaalt voor de garantie de marktprijs (volgens de Europese Commissie hangt deze prijs onder meer af van het bedrag en de looptijd van de garantie; de door de kredietnemer gestelde zekerheid; de financiële positie van de geldnemer; de bedrijfstak en de vooruitzichten; het risico dat kredietnemer zijn verplichtingen niet nakomt en de overige economische voorwaarden).

ad 3 en 4)

Voorwaarden 3 en 4 hangen nauw samen. Staatssteun beïnvloedt het handelsverkeer (dit omvat produkten en diensten) tussen de Lid-Staten ongunstig, als de begunstigde onderneming een economische activiteit uitoefent in een sector waarbij handelsverkeer tussen Lid-Staten plaatsvindt. Anders gezegd, indien de staatssteun de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in dit intracommunautaire handelsverkeer versterkt. De Europese Commissie, die snel tot beïnvloeding van de tussenstaatse handel kan concluderen, dient bij de beoordeling van deze twee voorwaarden de relevante markt vast te stellen.

De-minimisregel

Staatssteun in de vorm van leningen of garanties wordt krachtens de zogenaamde 'de-minimis' regel geacht *niet* het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden, als de steun minder is dan '200.000 € over een periode van drie jaar vanaf het moment dat de eerste steun is verleend'. Deze regel beoogt de administratieve last van Lid-Staten en de Europese Commissie te verlichten, en de steun te vergemakkelijken aan kleine en middelgrote ondernemingen (voor investeringssteun aan kleine en middelgrote bedrijven bestaat overigens ook een specifieke Vrijstellingsverordening (Verordening 70/2001 van 12 januari 2001, zoals nadien gewijzigd). Hoe deze de-minimis regel concreet werkt, kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld. Er is een lening van € 10.000.000. Het verschil tussen de rentevoet met en zonder garantie, minus de voor de garantie betaalde marktprijs, bedraagt 0,30%. De steun per jaar is dan € 30.000 , dus € 90.000 over 3 jaar. Dit valt binnen de limiet, zodat de garantie geacht moet worden geen merkbare invloed te hebben op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten

Aanmelden bij de Europese Commissie; sanctie bij schending hiervan

Indien de lening of de garantie niet-marktconform is, en voldoet aan voorwaarden 3 en 4, dan moet deze lening of garantie ingevolge art. 108 lid 3 VWEU tijdig ter goedkeuring worden aangemeld bij de Europese Commissie. Zie daarover nader § 3.5.3.

Een last van de Europese Commissie (of de nationale rechter) tot terugvoering van niet-aangemelde steun kan, indien de steun bestaat uit een verschil in rentetarief, bestaan uit het met terugwerkende kracht moeten verhogen van de rente tot een marktconforme rentevergoeding. In geval de steun bestaat uit het volledige bedrag van de lening, kan worden gelast om de gehele lening terug te betalen.

De vraag of een en ander ook gevolgen heeft voor de rechtsverhouding tussen de gemeente en een bank aan wie een garantie is versterkt, moet volgens de Mededeling worden beantwoord door nationaal recht. De vraag of de nationale rechter een garantie nietig moet verklaren indien de overheid deze garantie ten onrechte niet vooraf ter goedkeuring bij de Europese Commissie heeft gemeld, heeft de Hoge Raad in een tussenarrest d.d. 28 mei 2010 (LJN: BL4082) voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EU.

Het ging om een garantie van de Gemeente Rotterdam voor een lening van Residex aan een onderneming die de lening door haar financiële positie niet zonder garantie had kunnen verkrijgen. De gemeente beriep zich op nietigheid omdat zij de garantie in strijd met art. 108 lid 3 VWEU niet bij de Europese Commissie had aangemeld. De Hoge Raad stelde voormelde vraag van uitlegging van art. 107 en 108 VWEU aan het Hof, omdat hij 'betwijfelt of de nietigverklaring wel een effectieve maatregel is tot herstel van de situatie vóór de kredietverlening'. De Hoge Raad betwijfelde dit, omdat nietigheid het door de garantie reeds genoten concurrentievoordeel van de kredietnemer (lagere rente dan wel het gegarandeerde bedrag) niet wegpoetst. Nietigverklaring leidt immers niet tot terugbetaling door kredietnemer van het reeds genoten concurrentievoordeel. Nietigheid berooft de overheid ook van een doeltreffender middel, te weten opheffing van het concurrentievoordeel door bijvoorbeeld met terugwerkende kracht een marktconforme garantiepremie van kredietnemer te vorderen.

Het Hof heeft de prejudiciële vragen op 8 december 2011 beantwoord (HvJ EU zaak C-275/10, Jur. 2011, p. 00000). Het is geen pasklaar antwoord. Volgens het Hof hangt het antwoord af van een aantal omstandigheden, want de Hoge Raad:

- moet vaststellen wie in de Residex-zaak de begunstigde (kredietnemer of ook kredietgever) is;
- is, ongeacht wie de begunstigde is, *niet* verplicht tot nietigverklaring van de garantie; – moet ervoor zorgen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun wordt hersteld;
- moet nagaan of de nietigverklaring doeltreffender kan zijn dan andere maatregelen met het oog op dit herstel;
- kan overgaan tot de nietigverklaring van de door de Gemeente Rotterdam aan Residex verstrekte garantie, indien hij van oordeel is dat dit, gelet op de omstandigheden van de zaak, ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld.

Het laatste woord is aan de Hoge Raad. Het zal duidelijk zijn dat dit ‘staats-steunregime’ niet het eenvoudigste deel van het EU-recht is, maar wel serieus moet worden genomen.

Samenvatting

In dit hoofdstuk is een aantal voor gemeenten belangrijke overeenkomsten aan de orde gekomen. Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst over de wijze waarop een bestuursorgaan gebruik zal maken van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid. Hoewel intern het bestuursorgaan het beslissingsbevoegde orgaan is, omdat over de uitoefening van zijn bestuursbevoegdheid afspraken worden gemaakt, is het de gemeente die naar buiten toe de overeenkomst sluit.

Wat de exploitatie-overeenkomst betreft, is van belang dat een gemeente bij het maken van privaatrechtelijke afspraken over de in rekening te brengen kostenposten wanneer het gaat om zogenaamde 'anterieure overeenkomsten' contractsvrijheid heeft. Bij 'posterieure overeenkomsten' is de gemeente echter gebonden aan hetgeen is neergelegd in het exploitatieplan. Nadat de Hoge Raad in 2003 een planschadevergoedingsovereenkomst of een zogenaamd regresbeding ongeldig had verklaard, heeft de wetgever daarvoor een regeling in de Wro opgenomen waarin het verhaal van planschadevergoedingskosten op de initiatiefnemende bouwer expliciet is mogelijk gemaakt.

Voorts is ingegaan op subsidie-overeenkomsten. In de regeling over subsidies in de Awb is neergelegd dat ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. In die overeenkomst kan ook worden bepaald dat de subsidie-ontvanger verplicht is om de gesubsidieerde activiteiten uit te voeren. Voor het opnemen van verplichtingen in de subsidie-overeenkomst moeten verder de regels over subsidiëring in de Awb in acht worden genomen. Een lastig aspect bij subsidie-overeenkomsten is de verhouding tussen deze overeenkomsten en de publiekrechtelijke subsidie-besluiten. Het verdient in ieder geval aanbeveling om in de subsidie-overeenkomsten de intrekking of vernietiging van deze besluiten als ontbindingsgrond op te nemen.

Tot slot kwam de overeenkomst van geldlening en garanties aan de orde. Gaan gemeenten deze overeenkomsten aan, dan moeten zij zowel de wet FIDO als art. 107 VWEU inzake staatssteun in acht nemen.



3 De gemeente: een bijzondere contractspartij

3.1 Inleiding

Behartiger
algemeen belang

Uitgangspunt is dat de positie van de gemeente als contractspartij een wezenlijk andere is dan die van een particulier. Dit komt omdat de gemeente – als overheidslichaam – nu eenmaal geacht wordt het algemeen belang te behartigen. Om dat doel te bereiken, dragen wetten bepaalde publieke taken op aan overheidsorganisaties en verlenen hen de bijbehorende publiekrechtelijke bevoegdheden. Deze bijzondere positie waarin de gemeente zich bevindt, brengt mee dat de regels van het ‘gewone’ overeenkomstenrecht niet klakkeloos op contracten met gemeenten toepassing kunnen vinden.

In § 3.2 wordt kort stilgestaan bij de kwalificatie van de gemeente als rechtspersoon. Vervolgens komen in § 3.3 algemene grenzen aan de orde die gelden voor het gebruik van het privaatrecht door de gemeente in het bijzonder is hier de in de jurisprudentie ontwikkelde doorkruisingsformule van belang. In § 3.4 wordt aandacht besteed aan de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op het privaatrechtelijke optreden van de gemeente; in dat kader komt ook het aanbestedingsrecht aan de orde. In § 3.5 wordt vervolgens stilgestaan bij een aantal aspecten van het mededingingsrecht die van belang zijn voor de contracterende gemeente. In

§ 3.6 komt ten slotte de openbaarheid van bij de gemeente aanwezige informatie in verband met contracten aan de orde.

3.2 Rechtspersoonlijkheid

3.2.1 De gemeente als contractspartij

Rechtspersoon

Wie is contractspartij van de burger als een gemeente bijvoorbeeld grond in eigendom of erfpacht uitgeeft? Dit is van belang, onder meer voor de vraag wie tot nakoming kan worden aangesproken c.q. wie nakoming kan vorderen als de eigendomsoverdracht of de erfpachtsuitgifte niet naar behoren verloopt. Stelregel is dat als de gemeente privaatrechtelijk handelt (bijvoorbeeld exploitatie-overeenkomsten sluit, schoonmaakcontracten afsluit, gronden verkoopt), de gemeente als rechtspersoon optreedt. In het privaatrecht kunnen immers alleen natuurlijke personen en rechtspersonen aan het rechtsverkeer deelnemen. Handelt de gemeente krachtens het publiekrecht (zoals bij het verlenen van vergunningen of subsidies, het opleggen van belastingaanslagen, het uitoefenen van bestuursdwang), dan treedt het bestuursorgaan op, bijvoorbeeld het college. Dit boek gaat over de contracterende gemeente, dan hebben we dus te maken met de gemeente die als rechtspersoon optreedt.

Bestuursorgaan

3.2.2 Publiekrechtelijke versus privaatrechtelijke rechtspersonen

Toepasselijkheid
vermogensrecht
op de gemeente

De rechtspersonen zijn te onderscheiden in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Deze termen hebben geen betrekking op de aard van de rechtspersoonlijkheid; in beide gevallen gaat het om rechtspersoonlijkheid in privaatrechtelijke zin. Het criterium is door welk recht de organisatie en inrichting van de rechtspersoon wordt beheerst.

Publiekrechtelijke
rechtspersoon

De gemeente is een publiekrechtelijke rechtspersoon omdat organisatie en inrichting door het publiekrecht, te weten de Gemeentewet, worden beheerst. Op grond van art. 2:1 BW bezitten gemeenten rechtspersoonlijkheid. De strekking van dit artikel is om de groep van publiekrechtelijke rechtspersonen apart te zetten van de privaatrechtelijke rechtspersonen, die in art. 2:3 BW limitatief zijn opgesomd (nv, bv, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting). Uit lid 3 van art. 2:1 BW volgt dat op de gemeente als rechtspersoon *niet* de bepalingen van boek 2 BW van toepassing zijn, zoals bijvoorbeeld art. 2:9 BW (bestuurdersaansprakelijkheid). Er geldt evenwel één belangrijke uitzondering: art. 2:5 BW is wél op de gemeente toepasselijk. Dit artikel bepaalt dat een rechtspersoon, wat het vermogensrecht betreft,

gelijk staat met een natuurlijk persoon. Dit is ook nodig, want anders zou de gemeente niet aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen.

3.2.3 Vertegenwoordiging van de gemeente

De gemeente verricht rechtshandelingen. Omdat de rechtspersoon fysiek zelf niet kan handelen, bestaat er de noodzaak dat de rechtspersoon wordt vertegenwoordigd. Van belang is dus te weten wie bevoegd is de gemeente te binden. Het antwoord op de vraag naar de interne organisatie bij het aangaan van overeenkomsten door gemeenten, komt in hoofdstuk 4 ter sprake.

3.2.4 Inschrijving in het handelsregister

Handelsregister

Publiekrechtelijke rechtspersonen, dus ook de gemeenten, moeten zich op grond van de Handelsregisterwet 2007 inschrijven in het handelsregister. Als de gemeente een onderneming drijft, dan dient ook deze te worden ingeschreven. Van een onderneming is sprake bij een zelfstandig optredende organisatorische eenheid waarin ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen (art. 2 Handelsregisterbesluit 2008). Voorbeelden van gemeentelijke ondernemingen zijn een gemeentelijk vervoersbedrijf, een parkeerbedrijf, een grondexploitatiebedrijf of een havenbedrijf.

In het handelsregister moeten de volmachten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen worden opgenomen (zie art. 16a van de Handelsregisterwet 2007); deze volmachten zijn veelal op functie verleend. Van gemeentebesturen moet op grond van het Handelsregisterbesluit (art. 34) worden opgenomen de naam van iedere bestuurder en ieder lid van het toezichthoudende orgaan alsmede de vertegenwoordigingsbevoegdheid van deze personen. Voor al deze gegevens geldt echter niet de normaal geldende derdenwerking. Dat betekent bijvoorbeeld dat de wederpartij van de gemeente die afging op de informatie over volmachten in het handelsregister, niet tegen de onjuistheid van die informatie wordt beschermd. De gedachte daarachter is dat volmachten van publiekrechtelijke rechtspersonen door de in publiekrechtelijke regels voorgeschreven publicatie van mandaats- en volmachtbesluiten sowieso kenbaar zijn voor het publiek.

3.3 Grenzen aan het gebruik van het privaatrecht door de gemeente

3.3.1 Inleiding

De gemeente acteert in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsgebieden. De vraag rijst of zij naar eigen goeddunken van deze rechtsgebieden gebruik mag maken. Van belang is dus dat de gemeente zich eerst de vraag stelt of zij überhaupt gebruik mag maken van het privaatrecht. Deze vraag is in het bijzonder van belang wanneer de gemeente via het privaatrecht bepaalde belangen wil dienen of bepaalde doelen wil bereiken terwijl de bestuursorganen van de gemeente daarvoor ook over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikken. Mag een gemeente er bijvoorbeeld voor kiezen bepaalde kosten via een overeenkomst op de burger te verhalen terwijl zij dit via een belastingverordening kan bewerkstelligen? Dit leerstuk staat bekend onder de benaming 'doorkruisingsleer' of 'twee-wegenleer'.

Voor de vraag of de gemeente van privaatrechtelijke instrumenten gebruik mag maken, is naast de doorkruisingsleer ook het leerstuk van misbruik van bevoegdheid van belang. Hierna zal eerst nader op de doorkruisingsleer worden ingegaan (§ 3.3.2 en § 3.3.3). Vervolgens komt de maatstaf van misbruik van bevoegdheid aan de orde (§ 3.3.4) en zal worden ingegaan op de gevolgen van onaanvaardbare doorkruising en misbruik van bevoegdheid (§ 3.3.5).

3.3.2 Bespreking doorkruisingsleer

Staat/Windmill In het arrest Staat/Windmill (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408) heeft de Hoge Raad zijn maatstaf gegeven voor beantwoording van de vraag of de overheid, indien haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van het privaatrecht. De Hoge Raad geeft de volgende criteria om te bepalen of het gebruik van privaatrecht dan naast of in plaats van publiekrecht geoorloofd is.

Eerst moet worden gezien of de publiekrechtelijke regeling voorziet in een antwoord op de vraag of van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt. Als er in de publiekrechtelijke regeling geen antwoord te vinden is, dan rijst de vraag of door het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheid de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.

Bij de beantwoording van deze vraag moet onder meer gelet worden op:

- 1 de inhoud en de strekking van die regeling (die mede kan blijken uit de wetsgeschiedenis);
- 2 de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd;
- 3 de vraag of de overheid door gebruikmaking van een publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van een privaatrechtelijke bevoegdheid. Indien dat het geval is, dan is dit een belangrijke aanwijzing dat er geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.

In de jurisprudentie die op het Windmill-arrest is gevolgd, is gebleken dat de door de Hoge Raad gegeven criteria bepaald niet eenvoudig toepasbaar zijn en ook vaak tot discussie aanleiding geven. Daardoor is op voorhand lang niet altijd met zekerheid te zeggen of een bepaald gebruik dat de gemeente van het privaatrecht wil maken, als een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht zal worden gekwalificeerd. Wel kan worden geconstateerd dat een belangrijk aspect in de argumentatie van de Hoge Raad steeds is in hoeverre de wetgever het publiekrechtelijke stelsel dat hij heeft gecreëerd voor het dienen van bepaalde belangen exclusief bedoeld heeft. Inmiddels is er overigens op verschillende terreinen jurisprudentie waaruit blijkt hoe met hantering van de doorkruisingsformule over het gebruik van het privaatrecht wordt geoordeeld. Een aantal voorbeelden die van belang zijn voor de *contractuele gemeentelijke praktijk* zal hieronder worden besproken. Over doorkruising van publiekrecht door het privaatrecht in het algemeen is door de VNG ook een publicatie uitgebracht: A.P.W. Duijkersloot e.a., 'De doorkruisingsleer in perspectief, Den Haag: VNG 2010.

3.3.3 Toepassing van de doorkruisingsformule in de jurisprudentie

De voorvraag: gevallen waarin de wet uitsluitel geeft

Voordat daadwerkelijk aan de doorkruisingsformule wordt toegekomen, dient te worden gezien of de publiekrechtelijke regeling uitsluitel geeft over de vraag of gebruik mag worden gemaakt van het privaatrecht. Indien blijkt dat dit het geval is, dan komt men aan de echte doorkruisingsformule niet toe. In die zin is de vraag naar een mogelijk uitsluitel dat de wetgever biedt een voorvraag voor de toepassing van de doorkruisingsformule. Weliswaar wordt ook in de doorkruisingsformule zelf, in het eerste onderdeel betreffende de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling, aandacht

besteed aan het standpunt van de wetgever, maar daar gaat het meer om aanwijzingen uit de context, bijvoorbeeld de wetsgeschiedenis, die licht werpen op het gebruik van het privaatrecht. Bij gevallen waarin de publiek-rechtelijke regeling zelf uitsluitend geeft, gaat het om expliciete wettelijke bepalingen over het gebruik van het privaatrecht. De wetgeving bevat niet veel bepalingen waarin expliciet is aangegeven dat het gebruik van het privaatrecht wel of juist niet is toegestaan. Hieronder volgen echter enkele voor de praktijk belangrijke voorbeelden.

Bepalingen waarin is aangegeven dat het gebruik van het privaatrecht is toegestaan.

art. 4:124 Awb

Een voorbeeld van een bepaling waarin is aangegeven dat het gebruik van het privaatrecht is toegestaan, is artikel 4:124 Awb in de titel over bestuursrechtelijke geldschulden. Het gaat hier om geldschulden die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift dat uitsluitend betrekking heeft of betalingsverplichtingen aan of van bestuursorganen of uit appellabele besluiten. Deze geldschulden moeten worden onderscheiden van geldschulden die uit een privaatrechtelijke bron, zoals een contract, zijn ontstaan. In artikel 4:124 Awb is bepaald dat het bestuursorgaan ten aanzien van de invordering van dergelijke bestuursrechtelijke geldschulden ook beschikt over de bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft. Daarbij valt te denken aan het aanvragen van faillissement, de actio pauliana, het bedingen van cessies tot zekerheid en het leggen van conservatoir beslag.

art. 4:36 Awb

Een ander voorbeeld biedt artikel 4:36 Awb, waarin is bepaald dat ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. Daarmee is dus expliciet aangegeven dat het gebruik van de privaatrechtelijke figuur van de overeenkomst is toegestaan. Overigens is tijdens de parlementaire behandeling van de subsidietitel ook aangegeven dat overeenkomsten die in plaats komen van de subsidieverleningsbeschikking, zogenaamde beschikkingvervangende overeenkomsten, als een onaanvaardbare doorkruising van de subsidietitel uit de Awb moeten worden gezien (zie daarover ook § 2.5). Goed beschouwd, is dat dan een voorbeeld waarin moet worden gezegd dat de inhoud en strekking van de wet – kenbaar uit de wetsgeschiedenis – zich tegen een bepaalde wijze van het gebruik van het privaatrecht verzetten.

Een derde voorbeeld vormt het oude *artikel 4 van de Huisvestingswet*, waarin

de mogelijkheid werd genoemd dat de gemeente met een eigenaar van woonruimte een overeenkomst sluit over het in gebruik geven daarvan. Dit instrument stond naast een gemeentelijke huisvestingsverordening waarin de gemeenteraad regels stelt met betrekking tot het in gebruik nemen of geven van woonruimte of het wijzigen van de woonruimtevoorraad. In de nieuwe Huisvestingswet 2013 is deze mogelijkheid van het gebruik van het privaatrecht juist geschrapt.

Bepalingen waarin is aangegeven dat het gebruik van het privaatrecht juist niet is toegestaan.

art. 122
Woningwet

Een belangrijk voorbeeld van het omgekeerde – een bepaling waarin het gebruik van het privaatrecht wordt uitgesloten – voor de contractuele gemeentelijke praktijk biedt *artikel 122 Woningwet*, waarin is bepaald dat de gemeente geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht mag verrichten – dus: geen overeenkomsten kan sluiten – ten aanzien van onderwerpen waarin bij of krachtens het Bouwbesluit is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) zijn geregeld.

Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 17 juni 2011, AB 2011, 330 waarin de verkoop van grond ten behoeve van de bouw van 60 woningen aan de orde was, dat de gemeente Breda in strijd met artikel 122 Woningwet, op grond van de door haar gehanteerde Algemene Voorwaarden aan de koper de verplichting had opgelegd om met de kopers van de door hem te bouwen woningen een koopaannemingsovereenkomst te sluiten naar het model van de Stichting Garantie Instituut Woningbouw (GIW) of een gelijkwaardig instituut. De Garantie- en Waarborgregeling van het GIW bevatte namelijk garantietermijnen en eisen met betrekking tot verwarmingsinstallaties en warmwaterinstallaties in woningen en betrof daarmee onderwerpen die in het Bouwbesluit zijn geregeld. Daarmee was de bepaling in de Algemene Voorwaarden nietig wegens strijd met artikel 122 Woningwet. Het hof had in deze zaak nog geoordeeld dat de bepaling in de Algemene Voorwaarden die tot het volgen van de GIW-regeling verplichtte slechts gedeeltelijk nietig was, namelijk alleen voor zover de GIW-regeling onderwerpen betrof die worden bestreken door artikel 122 Woningwet, maar niet voor zover de GIW-regeling in andere onderwerpen voorziet (bijvoorbeeld een insolventiewaarborg en een arbitrageregeling). Naar het oordeel van de Hoge Raad was het gehele beding echter nietig.

Zie voor een ander voorbeeld Rb. Arnhem, 7 april 2010, LJN: BM0509, waarin een zogenaamde statiegeld-regeling in strijd met artikel 122 Woningwet werd bevonden. Deze regeling hield in dat de koper van een stuk bouwgrond een deel van de koopprijs zou terugkrijgen van de gemeente indien hij op zijn bouwka­vel een woning zou realiseren met een lagere energieprestatiecoëfficiënt dan destijds gold.

Ten slotte zij er hier op gewezen dat artikel 122 Woningwet ook in de weg staat aan het sluiten van een zogenaamde bevoegdhedenovereenkomst over een te verlenen bouwvergunning (HR 4 april 2003, AB 2004, 60 (Bleiswijk)).

De doorkruisingsformule

Wanneer de wet geen antwoord geeft op de vraag of het privaatrecht wel of juist niet mag worden gebruikt (de hiervoor besproken ‘vraag’), is de eigenlijke doorkruisingsformule aan de orde. In de gemeentelijke contractuele praktijk zijn er met name twee terreinen van wetgeving in relatie waarmee de doorkruisingsvraag in de jurisprudentie aan de orde is geweest: het terrein van de ruimtelijke ordening en het terrein van het huisvestingsbeleid. Voor beide terreinen speelt de vraag of een door de gemeente beoogde regulering in het kader van gronduitgifte-overeenkomsten een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht zou opleveren.

Na het Windmill-arrest rees onmiddellijk de vraag welke consequenties de doorkruisingsformule zou hebben voor de in veel gemeenten gangbare praktijk om via gronduitgifte- of via erfpachtvoorwaarden het *gebruik van gronden* binnen de gemeente te reguleren. Op deze vraag kwam al snel het antwoord in het arrest Kunst- en Antiek Studio Lelystad (HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, AB 1991, 659).

De belangrijkste feiten luiden als volgt: Kunst- en Antiekstudio Lelystad B.V. koopt eind jaren tachtig van de gemeente Lelystad een deel van een bedrijventerrein om daarop een bedrijven- en handelscentrum te stichten. De verkoop geschiedt onder een aantal voorwaarden die het gemeentelijk beleid ten aanzien van detailhandel dienen, waarmee de gemeente de evenwichtige verdeling van winkels over de gemeente wil bevorderen. Eén van de voorwaarden is dat Kunst- en Antiekstudio voor het sluiten van (ver)huurovereenkomsten inzake het bedrijven- en handelscentrum

de goedkeuring van de gemeente behoeft. Vervolgens verhuurt Kunst & Antiekstudio een deel van het centrum aan Leenbakker, zonder de vereiste goedkeuring (die door de gemeente was geweigerd). De gemeente wendt zich tot de rechter en vordert dat Kunst- en Antiekstudio wordt gelast aan de vestiging van Leenbakker in haar bedrijven- en handelscentrum een einde te maken. Kunst- en Antiekstudio verweert zich en stelt (voorzover hier relevant) dat de gemeente zich niet op de voorwaarden mag beroepen, omdat zij het gebruik van de grond privaatrechtelijke regelen en omdat de gemeente, om dat te doen, over voldoende publiekrechtelijke mogelijkheden beschikt, met name door middel van bestemmingsplanvoorschriften op grond van het toenmalige art. 10 WRO.

Geen
onaanvaard-
bare
doorkruising

De Hoge Raad stelt de gemeente in het gelijk. Onder verwijzing naar de praktijk, waarin het sluiten van overeenkomsten over het grondgebruik reeds tientallen jaren gebruikelijk is en door de wetgever nooit is verboden, komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de WRO niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden over grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als daardoor gebruik van de grond wordt beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat een negatief oordeel over overeenkomsten als tussen de gemeente Lelystad en Kunst- en Antiekstudio afbreuk zou doen aan de 'zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed', hetgeen bezwaarlijk wordt geacht. Opgemerkt zij dat de gemeente in beginsel niet alleen bij uitgifte in eerste instantie haar voorwaarden mag opleggen, maar dat zij deze ook voor opvolgende kopers/huurders mag eisen (bijv. alleen verko- pen/verhuren aan plaatselijke ondernemers).

De Hoge Raad plaatst de rechtsvraag in het arrest K&A/Lelystad uitdrukkelijk in de sleutel van de doorkruisingsformule uit het Windmill-arrest. Bij nadere analyse blijkt echter dat de Hoge Raad met name toetst aan het eerste door- kruisingsaspect (inhoud en strekking van de WRO) en op de andere onderde- len van de doorkruisingsformule niet afzonderlijk ingaat. In de kern komt het arrest K&A/Lelystad erop neer dat de Hoge Raad van oordeel is dat het instru- mentarium van de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet exclusief is bedoeld.

Behalve over het gebruik van de uitgegeven grond, worden in gemeentelijke gronduitgifte-overeenkomsten ook wel bedingen opgenomen die de toekom- stige verkoop van de uitgegeven grond betreffen. Het oogmerk van derge- lijke bedingen kan bijvoorbeeld zijn gelegen in het tegengaan van speculatie.

Omdat er een publiekrechtelijke kader is in de Huisvestingswet dat betrekking heeft op de verdeling van woonruimte, is de vraag of dergelijke bedingen in gronduitgifteovereenkomsten zijn toegestaan ook wel in de sleutel van de doorkruisingsformule geplaatst.

Zo was in de zaak over het Doetinchemse Anti-speculatiebeding (HR 14 april 2006, AB 2006, 198) aan de orde of de gemeente Doetinchem bij de uitgifte van bouwgrond een anti-speculatiebeding mocht opleggen (inhoudende een verplichting tot zelfbewoning door de kopers en een verbod tot doorverkoop gedurende de eerste vijf jaren). De rechtbank had in deze zaak geoordeeld dat het beding de Huisvestingswet op onaanvaardbare wijze doorkruiste. Ook de Hoge Raad stelt voorop (ro. 3.5) dat de vraag of het anti-speculatiebeding toelaatbaar is, moet worden beantwoord aan de hand van de doorkruisingsformule. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op het systeem en de strekking van de Huisvestingswet en constateert dat de Huisvestingswet overheidsbemoeienis met de verdeling van woonruimte boven de in de wet bepaalde prijsgrenzen uitsluit indien die bemoeienis inhoudt dat daarvoor aan woningzoekenden eisen met betrekking tot economische en andersoortige maatschappelijke binding worden gesteld. Omdat het anti-speculatiebeding in de gronduitgifte-overeenkomst echter niet de verdeling van woonruimte door middel van het stellen van dergelijke bindingseisen reguleert, is geen sprake van een onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet.

Bij de totstandkoming van de Huisvestingswet 2013 heeft de regering zich uitdrukkelijk aangesloten bij deze jurisprudentie van de Hoge Raad over *anti-speculatiebedingen*.

Onder het regime van de Huisvestingswet 2013 is evenwel aangegeven dat voor zover het gemeenten te doen is om de *verdeling van goedkope woonruimte* – het doel van de Huisvestingswet – de door de gemeenteraad vast te stellen huisvestingsverordening het aangewezen instrument is. Gemeenten mogen dus geen afspraken maken over de verdeling van woningen en over de verdeling van bouw kavels waarop woningen gerealiseerd gaan worden. Onder de oude Huisvestingswet werd in het arrest Cohabitat/Lisse een dergelijk beding wel toelaatbaar geacht, zie HR 21 september 2012, LJN: BW6730. Wel is het onder de Huisvestingswet 2013 mogelijk om wat betreft de uitvoering prestatieafspraken te maken met woningcorporaties, zoals bijvoorbeeld afspraken over het percentage te realiseren sociale woningbouw.

3.3.4 Misbruik van bevoegdheid

Wanneer de gemeente gebruik maakt van privaatrechtelijke instrumenten wordt de vraag naar de geoorloofdheid daarvan al snel in de sleutel van de leer van de onaanvaardbare doorkruising geplaatst. De doorkruisingsformule is echter niet de enige maatstaf om het gebruik van het privaatrecht door de gemeente te beoordelen. Ook artikel 3:13 BW, over misbruik van bevoegdheid, vormt een belangrijk aanknopingspunt voor de beoordeling van privaatrechtelijk overheidsoptreden in het licht van het feit dat de gemeentelijke organen ook in het publiekrecht kunnen acteren. Het leerstuk van het misbruik van bevoegdheid is tot nu toe in de jurisprudentie minder prominent aan de orde gekomen dan de doorkruisingsformule. Er zijn echter verschillende categorieën van gevallen waarin de maatstaf van misbruik van bevoegdheid in stelling wordt gebracht.

Bevoegdhedenovereenkomsten en misbruik van bevoegdheid

Zoals in § 2.3 is aangegeven, zijn bevoegdhedenovereenkomsten overeenkomsten over de wijze waarop een bestuursorgaan gebruik zal maken van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Bij deze overeenkomsten gaat het er niet om dat het privaatrecht wordt gebruikt in plaats van het publiekrecht. Met de overeenkomst loopt de gemeente als het ware vooruit op publiekrechtelijke besluiten die haar bestuursorganen in een later stadium gaan nemen. De vraag of het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst geoorloofd is, hangt sterk af van de concrete bevoegdheid waarover in de overeenkomst afspraken worden gemaakt. Alleen wanneer er voor het bestuursorgaan een zekere beoordelings- of beleidsvrijheid is, is er ruimte om zich over de wijze van invulling van die beoordelings- of beleidsvrijheid in een overeenkomst vast te leggen. Overigens is het dan nog steeds verstandig voor de gemeente om inspanningsverplichtingen en geen resultaatsverplichtingen op zich te nemen (zie over dit onderscheid § 2.2).

In de rechtspraak wordt de geoorloofdheid van een bevoegdhedenovereenkomst niet beoordeeld aan de hand van de doorkruisingsformule, maar aan de hand van de maatstaf 'misbruik van bevoegdheid'. Zo oordeelde de Hoge Raad in het in § 2.3.1 besproken arrest Alkemade/Hornkamp (HR 3 april 1998, NJ 1998, 588, AB 1998, 241) dat de publiekrechtelijke bevoegdheid waarover werd gecontracteerd voor een ander doel werd ingezet dan waarvoor zij was verleend. In de overeenkomst had de gemeente afspraken gemaakt over een planologische bevoegdheid – het vaststellen van een bestemmingsplan – waarbij zij haar wederpartij verplichtingen oplegde die zagen op de verdeling

van woonruimte, een ander doel in de ogen van de rechter. Aldus had de gemeente het verbod van détournement de pouvoir – ook wel het verbod op misbruik van bevoegdheid – geschonden, tengevolge waarvan de overeenkomst nietig werd geacht.

Samenloop van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke toestemmingen en misbruik van bevoegdheid

Een interessant arrest dat meer zicht biedt op de reikwijdte van de doorkruisingsformule is het arrest Amsterdam/Geschiere (HR 5 juni 2009, AB 2009, 327) waarin de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over de verhouding tussen een privaatrechtelijk toestemmingvereiste en een publiekrechtelijke vergunning. De privaatrechtelijke toestemming zou ook in de contractuele sfeer kunnen zijn vormgegeven, zodat dit arrest ook voor het onderwerp van deze publicatie van belang is. In dit arrest geeft de Hoge Raad expliciet aan dat niet het criterium van onaanvaardbare doorkruising moet worden gehanteerd, maar dat de maatstaf van *misbruik van bevoegdheid* er aan in de weg staat dat de gemeente Amsterdam via het privaatrecht een blokkade opwerpt voor een activiteit die door een van haar eigen bestuursorganen publiekrechtelijk was vergund.

Amsterdam/
Geschier

De casus in het arrest Amsterdam/Geschiere was als volgt. Geschier had op grond van de Verordening op de Straathandel een standplaatsvergunning gekregen voor het innemen van een standplaats met een mobiele snackbar op een locatie nabij de Amsterdam Arena. De desbetreffende locatie was in eigendom van de gemeente Amsterdam. Toen Geschier vervolgens aan de directeur van het Gemeentelijk Grondbedrijf Amsterdam een privaatrechtelijke toestemming vroeg om zijn standplaats in te nemen, werd deze echter geweigerd. De rechtsvraag die in een door Geschier aangespannen procedure moest worden beantwoord was of de gemeente in casu gerechtigd was deze privaatrechtelijke toestemming te weigeren.

Ter motivering van die weigering beriep de gemeente zich op haar financieel-economische belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de nabije toekomst. Daarbij wees de gemeente op de mogelijkheid dat iemand die ter plaatse een standplaats inneemt zich ten tijde van de erfpachtuitgifte tegen de ontruiming zou kunnen verzetten. In dit verband voerde de gemeente meer in het algemeen het beleid om voor bouwlocaties en gronden, bestemd voor uitgifte in erfpacht, geen privaatrechtelijke toestemming voor het innemen van een standplaats te verlenen. Daarnaast

wees de gemeente nog op het feit dat ingevolge de Hinderwetvergunning – althans dat overweegt het hof, maar dat zal een Wet milieubeheer- vergunning moeten zijn – minimaal 11.250 parkeerplaatsen beschikbaar moeten zijn in het betreffende gebied; daarom zouden geen parkeerplaatsen kunnen worden opgeofferd voor een standplaats met de bijbehorende toeloop van klanten en de aan- en afvoer van goederen.

De Hoge Raad oordeelt dat de gemeente in casu de privaatrechtelijke toestemming niet had mogen weigeren. Dit oordeel wordt echter niet onderbouwd met een beroep op de doorkruisingsformule. Volgens de Hoge Raad is het weigeren van een privaatrechtelijke toestemming door de gemeente in een casus als deze, waarin aan Geschiere een publiekrechtelijke vergunning was verleend door verlening waarvan Geschiere gerechtigd is om de locatie overeenkomstig de vergunning te gebruiken, misbruik van bevoegdheid, tenzij de gemeente zich daartoe zou kunnen beroepen op zwaarwegende belangen, hetgeen in casu niet het geval was.

Verschillende
belangen

Dat de doorkruisingsformule volgens de Hoge Raad in casu niet behoorde te worden toegepast, heeft te maken met het feit dat in het kader van de publiekrechtelijke vergunning geen betekenis kon toekomen aan de argumenten die de gemeente juist aan het weigeren van de privaatrechtelijke toestemming ten grondslag had gelegd. Als de gemeente met de privaatrechtelijke toestemming juist wél belangen beoogde te dienen die in de publiekrechtelijke regeling een plaats hadden gekregen, dan zou toepassing van de doorkruisingsformule aan de orde zijn geweest. Van belang is zich te realiseren dat het publiekrechtelijke vergunningstelsel in een casus als deze dus voor de gemeente ook beperkingen oplevert om haar positie als eigenaresse volledig uit te spelen. Alleen met een beroep op de aanwezigheid van zwaarwegende belangen kan de gemeente via het privaatrecht een blokkade opwerpen tegen een activiteit die publiekrechtelijk is vergund of anderszins is toegestaan.

Zwaarwegend
belang

In het arrest Amsterdam/Geschiere wordt niet aangegeven waarom het financieel-economische belang van de gemeente niet als een zwaarwegend belang kon worden gezien. Mogelijkerwijs heeft dat te maken met het feit dat de onderbouwing daarvan door de gemeente niet heel overtuigend was. Dat een financieel-economisch belang sowieso niet zwaarwegend genoeg zou kunnen zijn, hoeft evenwel niet te worden geconcludeerd. In het Chidda-arrest (HR 24 december 2004, AB 2005, 58) oordeelde de Hoge Raad namelijk dat de ge-

Chidda-arrest

meente Amsterdam een redelijk belang had bij een beroep op gronduitgiftevoorwaarden waarmee het gebruik van de verkochte grond werd beperkt, en dat zij terzake geen misbruik van haar bevoegdheid maakte. In de Chidda-casus had de gemeente Amsterdam in een koopovereenkomst bedongen dat de grond alleen voor de bouw en reparatie van schepen c.a. mocht worden gebruikt. Volgens het jaren later vastgestelde bestemmingsplan mocht de grond ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Daarmee was het planologische belang aan het invoeren van de privaatrechtelijke voorwaarde omtrent het grondgebruik ontvallen. De gemeente bleef zich echter nog steeds op de privaatrechtelijke voorwaarde beroepen. Het ging de gemeente daarbij nog om het financieel economische belang; de privaatrechtelijke beperking drukte namelijk in aanzienlijke mate op de waarde van de grond, en daarmee ook op de prijs die de gemeente bij terugkoop zou moeten betalen. Interessant in verband met de vergelijking met het arrest Amsterdam/Geschiere is dat ook in de Chidda-casus inmiddels publiekrechtelijke bouw- en milieuvergunningen met het oog op de gewenste, maar door de privaatrechtelijke contractsvoorwaarden niet toegelaten, activiteiten waren verleend. Het Hof en de Hoge Raad achtten in deze casus echter het financieel-economische belang een voldoende rechtvaardiging voor het beroep op de privaatrechtelijke beperkingen. Opgemerkt zij wel dat het arrest Amsterdam/Geschiere dateert van ná het Chidda-arrest. De in het arrest Amsterdam/Geschiere geïntroduceerde eis dat de gemeente voor het invoeren van de privaatrechtelijke voorwaarde een beroep moet kunnen doen op 'zwaarwegende belangen', is in het Chidda-arrest nog niet gearticuleerd. Of dat in die casus tot een andere uitkomst had geleid, kan daarom niet met volledige zekerheid worden gezegd.

3.3.5 Gevolgen van doorkruising en misbruik van bevoegdheid

Art. 3:14 BW

Wat zijn de gevolgen voor de gemeente als zij een contract heeft gesloten, terwijl dit een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert? Hoewel de Hoge Raad zich niet expliciet in die zin heeft uitgelaten, zou het doorkruisingsleerstuk zeer wel als een uitwerking van artikel 3:14 BW kunnen worden gezien. Het gevolg van het oordeel dat sprake is van een onaanvaardbare doorkruising is dan dat de gemeente in strijd met art. 3:14 BW handelt. Dit artikel luidt als volgt:

'Een bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht'.

Als er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising dan komt de uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheden die de overheid in beginsel toekomen, in strijd met het publiekrecht, en is die uitoefening dus niet toegestaan.

In § 1.2.5 is ingegaan op de nietigheid en de vernietigbaarheid van rechtshandelingen. Ingevolge art. 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een 'dwingende wetsbepaling' tot *nietigheid* van de rechtshandeling. Een meerzijdige rechtshandeling zoals een overeenkomst is echter *vernietigbaar* indien de wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen (een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit). Indien een overeenkomst een wettelijk voorschrift dat er uitsluitend toe strekt de burger te beschermen, op onaanvaardbare wijze doorkruist, is deze overeenkomst dus vernietigbaar. Onder 'wetsbepaling' in de zin van art. 3:40 lid 2 BW wordt uitsluitend verstaan een wet in formele zin of een regel die op uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berust. Strijd met andere publiekrechtelijke regelingen kan worden opgevat als strijd met de openbare orde en ingevolge art. 3:40 lid 1 BW is een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig. Het praktisch belang van het onderscheid is daarin gelegen dat de gemeente niet de nietigheid kan inroepen van overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met een wetsbepaling die strekt tot bescherming van de belangen van haar wederpartij.

Wanneer de gemeente bij het sluiten van een overeenkomst misbruik van haar bevoegdheid maakt, zal de overeenkomst ook worden gezien als een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde die overeenkomstig art. 3:40 lid 1 BW nietig is.

3.4 Publiekrechtelijke normering in het kader van gemeentelijke contracten

3.4.1 Inleiding

Indien de vraag óf de gemeente het privaatrecht mag gebruiken bevestigend kan worden beantwoord – en de gemeente dus in beginsel een overeenkomst mag sluiten – rijst de vraag of er, en zo ja welke, grenzen daaraan zijn gesteld. In dit verband is van belang dat weliswaar een algemeen uitgangspunt van het Nederlandse contractenrecht is gelegen in het beginsel van contractsvrijheid, maar dat dit uitgangspunt voor de overheid een aantal beperkingen

kent die te maken hebben met haar bijzondere positie.

De contractsvrijheid houdt in dat partijen in beginsel vrij zijn om te beslissen of, met wie en onder welke voorwaarden zij een contract willen aangaan. Deze vrijheid kent haar grens in het dwingende recht, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 BW). In de volgende paragrafen komen die elementen aan de orde die de contractsvrijheid van de gemeente nog eens extra beperken. Besproken worden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, grondrechten, de inperking van de beleidsvrijheid door onder meer de beleidsregels en een voorbeeld van een voor de gemeente belangrijke vorm van dwingend recht: de aanbestedingsregels.

3.4.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De gemeente moet bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Alsdus heeft de gemeente bij haar privaatrechtelijke optreden minder vrijheid dan een willekeurige particuliere partij.

Art. 3:14 BW

Toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het privaatrechtelijke handelen van de gemeente is terug te voeren op artikel 3:14 BW. Dit artikel bepaalt, zoals hierboven reeds uiteengezet, dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Hiermee biedt het BW een kapstok om de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht aan op te hangen. De rechtspraak was de wetgever hierin al voorgegaan, zoals onder meer bleek in het arrest Amsterdam/Ikon (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de gemeente gebonden was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de uitvoering van haar overeenkomsten.

Art. 3:1 lid 2 Awb

Artikel 3:1 lid 2 Awb is de publiekrechtelijke tegenhanger van artikel 3:14 BW. Dit artikel bepaalt dat de in hoofdstuk 3 Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voorzover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet. Met ‘andere handelingen dan besluiten’ zijn ook privaatrechtelijke rechtshandelingen bedoeld. De wetgever heeft de frase ‘voorzover de aard van de handeling zich daartegen verzet’ vooral opgenomen om een onverkorte toepassing van publiekrechtelijke normering te voorkomen in gevallen waarin dat niet passend wordt geacht. Veel

voorbeelden waarin de rechter refereert aan die frase zijn er niet. Mogelijk zou de beoordeling in het hierna te bespreken arrest Coevorden/Gasfabriek als een toepassing hiervan kunnen worden gezien.

Hierna komen ter illustratie een aantal uitspraken inzake verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de orde.

Het zorgvuldigheidsbeginsel

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur de nodige informatie vergaart voor de te nemen beslissingen (zorgvuldig onderzoek), een zorgvuldige beslissingsprocedure volgt (vaak: het spreken met betrokkenen) en de bij de beslissing betrokken belangen op een zorgvuldige wijze afweegt.

Zorgvuldigheid

Een voorbeeld van een situatie waarin het zorgvuldigheidsbeginsel aan de gemeente extra beperkingen oplegt, biedt het arrest van het hof Leeuwarden van 8 mei 2012, LJN: BW5302 inzake Boarnsterhim/Belangenvereniging De Burd e.a. De gemeente had gebruik gemaakt van de opzeggingsmogelijkheid die was voorzien in het convenant tussen haar en De Burd e.a. dat zag op het van gemeentewege in stand houden van een veerpont. Omdat die opzegging had plaatsgevonden zonder vooraankondiging of overleg, terwijl de gemeente jarenlang voortdurend met De Burd e.a. in gesprek was geweest, oordeelde het hof dat de gemeente had gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Heel anders viel het oordeel uit in het arrest Coevorden/Gasfabriek, HR 9 april 1999, NJ 2000, 219, AB 2000, 36. In dit arrest ging het om een concessie-overeenkomst tussen de gemeente Coevorden en de Gasfabriek, die de gemeente negen jaar vóór het verstrijken van de overeenkomst had opgezegd. De Gasfabriek stelde zich op het standpunt dat de gemeente op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel de fabriek had dienen te horen en de opzegging met inachtneming van alle daarbij betrokken belangen had moeten heroverwegen. De Hoge Raad toetst rechtstreeks aan het zorgvuldigheidsbeginsel en komt tot het oordeel dat niet valt in te zien waarom dat beginsel zou meebrengen dat de gemeente bij een zorgvuldige afweging van de belangen van de Gasfabriek bij voortzetting van de gasdistributie in de gemeente Coevorden had moeten afzien van het gebruik van haar bevoegdheid om de concessie-overeenkomst op te zeggen.

Het vertrouwensbeginsel

In de praktijk wordt door de wederpartij van de gemeente regelmatig een beroep gedaan op het vertrouwensbeginsel. Een beroep daarop strandt nogal eens doordat de wederpartij van de gemeente geen voldoende concrete en ondubbelzinnige uitlating of handeling van de gemeente kan aanwijzen die haar vertrouwen op een bepaalde behandeling rechtvaardigt.

Vertrouwen

Zo oordeelde de Rechtbank Den Haag in zijn uitspraak van 23 september 2009, LJN: BJ8330 over een zaak van drie Stichtingen die een aantal aan de gemeente Leiden toebehorende panden, bekend als 'De Vrijplaats', hadden gekraakt over hun beroep op het vertrouwensbeginsel. Aan verschillende stappen die van gemeentewege waren gezet om 'De Vrijplaats' te legaliseren, waartoe ook behoorde de verkoop van de panden aan een woningstichting, konden de Stichtingen niet het vertrouwen ontlenen dat die legalisatieverkoop ook zou doorgaan als de in de gesprekken met de gemeente aangegeven financiële randvoorwaarden niet zouden kunnen worden gerealiseerd.

Van belang in dit verband is ook dat het vertrouwensbeginsel er niet aan in de weg staat dat de gemeente haar beleid wijzigt, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 15 januari 2004, LJN: AO7786. (Zie over wijziging van beleid ook § 3.4.4.)

Het gelijkheidsbeginsel

Gelijkheid

In het kader van het gelijkheidsbeginsel is de vraag van belang of de gemeente de volledige vrijheid heeft om met elke contractspartner in zee te gaan. Ook hier zien we weer dat de gemeente een bijzondere positie bekleedt waar het gaat om het kiezen van een partner. Bij het uitkiezen van haar contractspartij heeft de gemeente niet dezelfde vrijheid als een particulier. In beginsel zal iedere gegadigde een gelijke kans moeten krijgen om met de overheid te contracteren.

Illustratief voor de problematiek van het gelijkheidsbeginsel in relatie tot de contractsvrijheid is de zaak tussen DSW Wasstraat en de gemeente Nijkerk (Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 23 september 2010, LJN: BN9729). In deze zaak bleken twee concurrerende exploitanten van auto-wasstraten – DSW en Visser – belangstelling te hebben voor het publiceren van kortingsbonnen op de door de gemeente uitgegeven parkeertickets. De gemeente had echter parkeertickets uitgegeven met daarop kortings-

bonnen voor uitsluitend de wasstraat van Visser. Omdat de gemeente niet kon aangeven om welke reden de keuze was gevallen op Visser en evenmin een transparante procedure was gevolgd, kon haar handelen in het licht van het gelijkheidsbeginsel niet door de beugel.

Het gelijkheidsbeginsel brengt mee dat de keuze van de gemeente voor een bepaalde contractspartner uit de vele concurrenten steeds na een zorgvuldige belangenafweging tot stand moet komen. Op grond van transparante en objectieve criteria moet zij kunnen aangeven waarom zij met de ene partij wel en met de andere partij niet in zee wil gaan. Irrelevante belangen mogen de voorkeur niet bepalen. De regels van het aanbestedingsrecht die hierna worden besproken, vormen aldus een nadere uitwerking van dit beginsel.

Het gelijkheidsbeginsel speelt ook een rol bij het opstellen van de contractvoorwaarden en bij de uitvoering van de overeenkomst.

Zo strandde een beroep op een overeengekomen antispeculatiebeding door de gemeente Lansingerland, omdat zij in een aantal vergelijkbare gevallen zich niet op dat beding had beroepen, zie Rechtbank Rotterdam 6 januari 2010, LJN: BL1750.

Van belang is steeds dat de gemeente voor een verschil in behandeling van haar wederpartijen een objectieve rechtvaardiging kan geven. (Zie voor zo'n rechtvaardiging van een verschil in koopprijs van erfpachtpercelen bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN: AV2812).

Precontractuele
fase

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn ook van toepassing op de gemeente als contractspartij in de precontractuele fase. De Hoge Raad heeft dit beslist in het arrest Zeeland/Hoondert (HR 24 april 1992, NJ 1993, 232). Dit arrest komt in § 5.4.2 aan de orde.

3.4.3 Grondrechten

De gemeente is bij het aangaan en uitvoeren van haar contracten niet alleen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook aan de grondrechten.

In het arrest Rasti Rostelli (HR 26 april 1996, AB 1996, 372) besliste de Hoge Raad dat de gemeente de grondrechten moest respecteren. De weigering van de gemeente om een zaal te verhuren aan Rasti Rostelli op grond van

de inhoud van zijn show, werd in strijd met art. 7 lid 3 van de Grondwet (vrijheid van meningsuiting) geoordeeld.

Een ander voorbeeld waarin een gemeentelijk contract in strijd met de grondrechten werd geoordeeld, was aan de orde in de zaak Gemeente Midden-Drenthe/Stichting GGZ Drenthe (Voorzieningenrechter Rechtbank Assen 7 maart 2008, LJN: BC6027). In een overeenkomst tussen de gemeente en de Stichting GGZ waren afspraken gemaakt over de bewegingsvrijheid van patiënten op de Afdeling Duurzaam Verblijf (met name patiënten die lijden aan langdurige drugsverslaving en ernstige psychiatrische stoornissen). Omdat deze afspraken de bewegingsvrijheid van de patiënten verder beperkten dan op grond van de verdragswettelijke en grondwettelijke bepalingen was toegestaan, werd deze overeenkomst nietig geacht.

Gelijkheids-
beginsel: art. 1
Grondwet

Ook het gelijkheidsbeginsel kan in dit kader nog worden genoemd. Artikel 1 van de Grondwet garandeert immers dat iedereen in Nederland gelijk moet worden behandeld. Of het beroep op het gelijkheidsbeginsel nu als een beroep op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt gekwalificeerd of als een beroep op een grondrecht is overigens voor de praktijk niet van belang.

3.4.4 Beleidsregels en bestendige bestuurspraktijk

De gemeente kan over het gebruik van haar privaatrechtelijke bevoegdheden beleidsregels opstellen. Dit is tijdens de parlementaire behandeling van de Awb expliciet door de regering aangegeven.

Art. 1:3 lid 4 van de Awb definieert beleidsregels als volgt:

Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

De uitdrukking ‘gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan’ in artikel 1:3 lid 4 Awb heeft zowel betrekking op publiekrechtelijke als op privaatrechtelijke bevoegdheden. (Strikt genomen is dit niet helemaal zuiver, omdat privaatrechtelijke bevoegdheden niet worden uitgeoefend door een

bestuursorgaan maar door de rechtspersoon.) Dergelijke beleidsregels kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het verkopen van stroken gemeentegrond die aan tuinen van particulieren grenzen of op de bepaling van de waarde die de gemeente bereid is te betalen voor de aankoop van een erfpachtsrecht. Met dergelijke beleidsregels perkt de gemeente haar contractsvrijheid in doordat ze zichzelf voor de toekomst bindt om in beginsel overeenkomstig die beleidsregels te handelen.

Handelen
volgens de
beleidsregel

In het arrest Lichtenvoorde/Dusseldorp, HR 18 maart 2005, AB 2005, 408 waren beleidsregels over gronduitgifteprijsen aan de orde. De Hoge Raad oordeelt dat de gemeente zich in het kader van het gronduitgiftebeleid aan de in die beleidsregels bepaalde grondprijs dient te houden 'tenzij er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond voor een afwijking daarvan.' In deze casus oordeelde de Hoge Raad dat Dusseldorp voor een afwijking van de beleidsregel geen beroep kon doen op het feit dat eerder aan een andere partij een lagere grondprijs in rekening was gebracht, omdat de overeenkomst over die lagere prijs tot stand was gekomen voordat de beleidsregels waren vastgesteld.

In artikel 4:84 Awb wordt met betrekking tot beleidsregels bepaald dat het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregels handelt, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Vaste praktijk

Het kan ook voorkomen dat de gemeente haar beleid nooit in regels heeft vastgelegd, maar al sinds jaar en dag voor bepaalde onderwerpen hetzelfde beleid voert. Er is dan een bestendige bestuurspraktijk ontstaan. Gebondenheid hieraan verschilt niet veel van gebondenheid aan beleidsregels, omdat ook hier de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, waardoor via het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel een beroep op een dergelijke bestendige bestuurspraktijk kan worden gedaan. Indien de gemeente afwijkt van haar vaste bestuurspraktijk, moet zij dit kunnen motiveren (zie bijvoorbeeld Rechtbank Roermond 11 april 2007, LJN: BA7377 over een afwijking van het beleid inzake verkoop van een weg).

3.4.5 Aanbestedingsregels

Algemeen

Als de gemeente bijvoorbeeld een contract wil aangaan voor gehandicaptenvervoer, produkten wil inkopen of 'publiek vastgoed' zoals een zwembad, bibliotheek of sporthal, wil laten bouwen, dan mag zij niet zomaar met de eerste de beste taxi-onderneming, leverancier of aannemer in zee gaan.

Aanbesteding vormt het proces waarbij de gemeente aangeeft dat zij een opdracht wil laten uitvoeren en gegadigden vraagt om daarvoor een offerte uit te brengen. Er zijn verschillende procedures die de gemeente kan doorlopen om haar keuze voor de onderneming die de opdracht mag uitvoeren te bepalen (daarover hierna meer).

Betekenis
abb

Hiervoor bleek dat de gemeente zich bij het aangaan en uitvoeren van overeenkomsten moet houden aan onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten en de beleidsregels. Bovendien is het voor de gemeente van belang dat zij zich aan (dwingende) aanbestedingsregels houdt. Deze aanbestedingsregels dragen bij aan de naleving van de algemene beginselen van behoorlijke bestuur, zij hebben tot doel te waarborgen dat ondernemers in beginsel een gelijke toegang tot overheidsopdrachten hebben en zij beogen te bevorderen dat publieke middelen op een efficiënte en verantwoorde manier worden besteed. Belangrijk is te beseffen dat de aanbestedingsregels zien op het proces van eerlijke selectie van ondernemers die overheidsopdrachten uitvoeren. Na de aanbesteding volgt contractsluiting, waarbij gemeenten vanzelfsprekend met contractenrecht te maken hebben. Hoewel het aanbestedingsrecht van oorsprong een belangrijke Europees-rechtelijke dimensie heeft, moet niet uit het oog worden verloren dat het proces van aanbesteding ook door het nationale recht genormeerd is via (onder meer) de in 2013 in werking getreden Aanbestedingswet 2012. Het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel met noties als objectiviteit en transparantie, maar ook het proportionaliteitsbeginsel stellen eisen aan de wijze waarop de gemeente een opdracht in de markt plaatst. Ook wanneer het Europese recht geen eisen stelt aan de aanbesteding, is het aldus van belang om het proces van aanbesteding op een verantwoorde wijze in te richten. Gemeenten kunnen over de wijze waarop zij opdrachten in de markt plaatsen binnen de juridische kaders van het Europese recht en de Aanbestedingswet 2012 zelf tot op zekere hoogte keuzes maken door de vaststelling van een inkoop- en aanbestedingsbeleid. Een voorbeeld biedt het Model-Inkoop- en Aanbestedingsbeleid zoals uitgegeven door de VNG.

Europeesrechtelijke dimensie

De Nederlandse aanbestedingswetgeving is van oorsprong in belangrijke mate ingegeven door Europeesrechtelijke regelgeving. Doelstelling van de Europese Unie is het opheffen van handelsbelemmeringen tussen de lidstaten zodat een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal mogelijk is. Omdat overheidsopdrachten voor de voltooiing van de interne markt een belangrijke rol spelen, is er in Europees verband specifieke regelgeving voor het plaatsen van overheidsopdrachten tot stand gebracht. De Europese regelgeving is thans geïmplementeerd in de op 1 april 2013 in werking getreden Aanbestedingswet 2012.

Drempelbedragen

Het Europese recht werkt met drempelbedragen. Gemeenten zijn verplicht om werken, leveringen of diensten Europees aan te besteden als de waarde van de opdracht het zogenaamde drempelbedrag overschrijdt. De drempelwaarden zijn onder meer te vinden op de website van het Kenniscentrum Europa decentraal (www.europadecentraal.nl) en van het Expertisecentrum Aanbesteden (www.pianoo.nl). Het toepassingsbereik van de hoofdstukken 2 en 3 van de Aanbestedingswet 2012 is aan deze Europese drempelwaarden gekoppeld. De afdelingen 2.1.2 en 3.1.3 bevatten nadere bepalingen voor de raming van de waarde. Zo mag de voorgenomen overheidsopdracht niet worden gesplitst teneinde zich te onttrekken aan de toepassing van de wet. In de Gids proportionaliteit worden indicaties gegeven voor geëigende nationale aanbestedingsprocedures naar gelang de grootte van de omvang van de opdracht.

PPS

Gemeenten gaan regelmatig samenwerkingsverbanden aan met private partijen, bijvoorbeeld in het kader van stadsvernieuwing. De gemeente brengt grond in en maakt de grond bouw- en woonrijp en zorgt voor infrastructuur (wegen aanleggen enz.). Een bouwonderneming brengt de bouwwerken tot stand. Over de status van zo'n publiek-private samenwerking bestaat nogal eens onduidelijkheid.

In de praktijk worden zeer uiteenlopende arrangementen, waarbij publieke en private partijen betrokken zijn, als PPS aangeduid. Soms wordt zelfs een gewone overheidsopdracht die resulteert in een contract, een PPS genoemd.

Samenwerking gemeente en private partij(en)

PPS wordt gekenmerkt door een meer horizontale relatie door de samenwerking op basis van gelijkwaardigheid van publieke en private partijen.

In diverse fasen en voor verschillende aspecten van een project – denk aan planontwikkeling, ontwerp, sanering, bouw- en woonrijp maken van gronden, aanleg van infrastructuur en inrichting van openbare ruimte, exploitatie, financiering – kan sprake zijn van samenwerking, waarbij bevoegdheden, plichten en risico's door private en publieke partijen worden gedeeld.

In de praktijk wordt de keuze voor een private partner in een PPS vaak in een zeer vroeg stadium gemaakt, buiten mededinging van andere gegadigden voor een samenwerking. Vaak zien we dat de gemeente zich bovendien nogal eens snel laat verleiden tot het aangaan van een overeenkomst, waarin partijen de intentie vastleggen om een samenwerkingsovereenkomst aan te gaan waaruit vervolgens opdrachten voor werken voortvloeien. Maar wat te doen als bij die opdrachten de drempelwaarde waarboven Europees moet worden aanbesteed wordt overschreden?

De gemeente dient erop dacht te zijn dat zij ook bij het aangaan van een PPS-constructie aanbestedingsplichtig kan zijn. De gemeente kan bijvoorbeeld niet aan de Europese aanbestedingsregels ontkomen op grond van het feit dat de eigendom van de van belang zijnde grond bij een private partij berust. Ook als een private partij voor minder dan de helft deelneemt in een vennootschap waarin ook de gemeente participeert, kan het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Zie voor meer achtergrondinformatie ook de website van Europa Decentraal, <http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen/samenwerking/>

Wees erop bedacht dat de gemeente ook bij het aangaan van een PPS-constructie aanbestedingsplichtig kan zijn.

Aanbesteding in relatie tot het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten

De aanbestedingsregels zijn van toepassing in de precontractuele fase van overeenkomsten. Zij moeten evenwel in dit hoofdstuk worden vermeld, omdat zij de gemeente kunnen beperken in haar contractsvrijheid: aanbestedingsregels zijn immers voor een belangrijk deel dwingend recht. Bij het selecteren van partijen alvorens het aangaan van overeenkomsten kunnen deze regels niet terzijde worden geschoven. Een belangrijke vraag die rijst is hoe deze bijzondere wijze van tot stand komen van overeenkomsten – het aanbesteden – zich verhoudt tot het leerstuk van de totstandkoming van

overeenkomsten in het algemeen.

De artikelen 6:217 BW e.v. bevatten bepalingen met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten in het algemeen (zie hiervoor hoofdstuk 1). Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan, aldus art. 6:217 lid 1 BW. Wanneer kan men spreken van een ‘aanbod’ en van ‘aanvaarding’ in een aanbestedingssituatie? Wie doet bij een aanbesteding het aanbod en wie aanvaardt dat aanbod vervolgens?

Uitnodiging tot het doen van een aanbod

Uitnodiging tot
het doen van
een aanbod
bindt niet

De aankondiging van de opdrachtgever – de gemeente – van een specifieke opdracht of van een uitgewerkt bestek met het verzoek om offertes in te dienen, is geen aanbod in juridische zin, maar moet worden beschouwd als een uitnodiging tot het doen van een aanbod. De uitnodiging tot het doen van een aanbod is juridisch niet bindend; wanneer de uitnodiging wordt geaccepteerd, is de gemeente niet gebonden. De uitnodiging tot het doen van een aanbod impliceert een uitnodiging om met elkaar in contact te treden. De offertes die de gemeente vervolgens op haar uitnodiging ontvangt, zijn wel te beschouwen als aanbiedingen in de zin van art. 6:217 lid 1 BW.

Aanbod

Het aanbod zelf brengt geen overeenkomst tot stand. De aanbieder is echter wel in die zin aan zijn aanbod gebonden, dat het aanbod aan de ander tot wie het gericht is, een wilsrecht geeft om door aanvaarding contractuele gebondenheid tot stand te brengen. Na aanvaarding kunnen door een partij niet meer eenzijdig wijzigingen worden aangebracht in de contractuele relatie.

Dit is natuurlijk anders wanneer hierover een uitdrukkelijk beding is opgenomen. Het is daarom belangrijk voor de aanvaarder, de gemeente dus, om alle noodzakelijk beperkingen, voorbehouden en voorwaarden op te nemen voordat het aanbod wordt gedaan respectievelijk voordat het aanbod wordt aanvaard. Te denken valt niet alleen aan de toepasselijkheid van aanbestedingsvoorwaarden maar ook aan algemene voorwaarden en andere voorwaarden, zoals bijvoorbeeld financieringsvoorbehouden en het voorbehoud van instemming. Bij dit laatste kan men in het bijzonder denken aan de wettelijk vereiste besluitvorming bij overheidsorganen, bijvoorbeeld het college dat moet besluiten tot het aangaan van een overeenkomst.

De aanbieder is gebonden aan zijn aanbod. In het aanbestedingsrecht worden in beginsel alleen bindende aanbiedingen gedaan (dus niet onder voorbehoud). Zolang dit aanbod nog niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden, kan de aanbieder evenwel aan zijn gebondenheid een einde maken door het aanbod te herroepen, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt (art. 6:219 lid 1 BW). Aangezien in aanbestedingsprocedures in beginsel alleen bindende aanbiedingen kunnen worden gedaan en aanvaard, kan de gemeente een voorwaardelijk bod naast zich neerleggen. Het is niet uitgesloten, bijvoorbeeld bij zeer ingewikkelde opdrachten, dat er wel een voorbehoud mag worden gemaakt, bijvoorbeeld een financieel voorbehoud. De aanbestedingsstukken moeten daar dan wel – in verband met gelijke behandeling van alle aanbieders – vooraf uiterst transparant over zijn: op welk punt een voorbehoud/voorwaarde is toegestaan, tot wanneer, hoe e.d. Wijzigingen in de oorspronkelijke opdracht mogen doorgevoerd worden, zolang het beginsel van gelijke behandeling nageleefd wordt. Is er sprake van een wezenlijke wijziging, dan komt het gelijkheidsbeginsel in het gedrang en moet er mogelijk opnieuw worden aanbesteed. Zie ook <http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen/wezenlijke-wijziging-opdracht/>

Alcatel-termijn

Voor het aanbestedingsrecht is van belang dat het Alcatel-arrest (HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C 88/98, Jur.1999, p. I-7671) een nuancering van deze aanbod – en aanvaardingsleer inhoudt.

Uit dit arrest volgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen een aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaand besluit beroep kan worden ingesteld (het gaat hier, voor alle duidelijkheid, niet om beroep in bestuursrechtelijke zin). Het gaat om het zogenaamde gunningsbesluit, waarbij de aanbestedende dienst – de gemeente – kiest met welke inschrijver zij een overeenkomst wil sluiten. Belanghebbenden moeten volgens het Hof nietigverklaring van dit besluit kunnen vorderen, voor zover aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te vorderen. Om aan deze eis te voldoen is voor Europese aanbestedingen in de Nederlandse wetgeving de verplichting tot het hanteren van een opschortende termijn ingevoerd tussen de bekendmaking van het gunningsbesluit en het sluiten van de overeenkomst. Deze termijn wordt wel aangeduid als de Alcatel-termijn. Zij is dus bedoeld

om ondernemers de mogelijkheid te bieden tijdig beroep in te stellen tegen de gunning. Ingevolge artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012 bedraagt deze opschortende termijn ten minste 20 dagen.

Ook indien er na de gunningsbeslissing een overeenkomst is gesloten heeft de gemeente te maken met op rechtsbescherming gerichte bepalingen. Zo regelen artikel 4.15 e.v. Aanbestedingswet 2012 de gevallen waarin de overeenkomst die is gesloten op basis van een aanvechtbare gunningsbeslissing vernietigbaar is.

In de praktijk rijst in verband hiermee de vraag op welke wijze de rechter nog kan ingrijpen indien er na de gunningsbeslissing een overeenkomst is gesloten die vervolgens al voor een deel is uitgevoerd. In de jurisprudentie is op die vraag nog geen eensluitend antwoord geformuleerd.

Gestand-
doenings-
termijn

Bij een Europese aanbesteding dient tussen de bekendmaking van het gunningsbesluit en het sluiten van de overeenkomst een termijn van ten minste 20 dagen in acht te worden genomen.

Algemene uitgangspunten en procedures in het aanbestedingsrecht

Belangrijk uitgangspunten voor de gemeente bij het plaatsen van opdrachten is dat daarbij objectiviteit en transparantie wordt betracht en dat het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen. In artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 is aldus vastgelegd dat de aanbestedende dienst – de gemeente – op basis van objectieve criteria de keuze voor een aanbestedingsprocedure en voor de tot die procedure toegelaten gegadigden bepaalt.

Proportionaliteit

Bij de keuze voor en de inrichting van een bepaalde procedure is ook het proportionaliteitsbeginsel van groot belang: de eisen die aan de inschrijvers en de inschrijving worden gesteld, moeten in redelijke verhouding staan tot het onderwerp van de voorgenomen opdracht (zie aldus ook de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012). In dit verband is van belang dat bij AmvB daartoe richtsnoeren kunnen worden aangewezen, die daaraan een nadere uitwerking geven. In het Aanbestedingsbesluit (Stb. 2013, 58) is als zodanig de Gids Proportionaliteit (Stcrt. 2013, 3075) aangewezen.

Keuze aanbestedingsprocedure

De keuze voor een bepaalde procedure wordt deels – voor zover de drempelbedragen worden overschreden – mede bepaald door het Europese recht. Voorts zijn in dit verband de richtsnoeren van belang die bij Amvb zijn aangewezen. Naast de hiervoor genoemde Proportionaliteitsgids, wordt in het

Aanbestedingsbesluit het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (Stcrt. 2013, 3075) als zodanig aangeduid. Voor de hier genoemde richtsnoeren geldt de regel: 'pas toe of leg uit waarom je afwijkt'. Zoals gezegd, kan daarnaast de gemeente zich zelf verplichten met de vaststelling van inkoopbeleid tot het doorlopen van een bepaalde procedure.

In het VNG Model Inkoop- en aanbestedingsbeleid wordt een kader gegeven voor het vormgeven van het inkoop- en aanbestedingsbeleid binnen de gemeente. In dat verband kan de gemeente ook haar keuzes voor het volgen van bepaalde procedures in bepaalde soorten gevallen specificeren. Informatie die behulpzaam kan zijn bij de keuze voor een bepaalde procedure is te vinden op de website van het Expertisecentrum Aanbesteden (www.pianoo.nl) en op de website van het Kenniscentrum Europa Decentraal (www.europadecentraal.nl). Van belang zijn uiteraard voorts de Gids Proportionaliteit, Stcrt 2013, 3075 en het Aanbestedingsreglement Werken 2012, Stcrt. 2013, 3075.

3.5 De positie van de gemeente in het mededingingsrecht

3.5.1 Inleiding

Het mededingingsrecht is gericht op de bevordering van een effectieve mededinging. Evenals het aanbestedingsrecht is het Nederlandse mededingingsrecht in belangrijke mate ingegeven door het Europese recht. In het kader van deze publicatie gaat het te ver om het onderwerp 'Gemeente en Mededingingsrecht' uitgebreid te bespreken. Veel informatie over het mededingingsrecht voor gemeenten is te vinden op de website van het kenniscentrum Europa Decentraal, www.europadecentraal.nl. Kennis van het Europese recht is voor gemeenten, met name ook in de sfeer van het sluiten van overeenkomsten, van groot belang. Op deze plaats zij er op gewezen dat met de inwerkingtreding van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (de Wet NERpe) voor het Rijk inmiddels verschillende specifieke instrumenten in het leven zijn geroepen om de naleving van het Europese recht af te dwingen. Deze wet is ook voor de naleving van de in de vorige paragraaf besproken Europese aanbestedingsregels van belang.

Voor gemeenten is het van belang te beseffen dat men op twee wijzen met het mededingingsrecht te maken kan krijgen. In de eerste plaats kan de gemeente in haar rol van overheidsinstantie met het mededingingsrecht worden

geconfronteerd. Een mogelijkheid is dat gemeenten in die rol in aanraking komen met de kartelregels van artikel 101 VWEU of artikel 6 van de Mededingingswet. Zij moeten er op letten dat zij niet de zogenoemde nuttig-effect norm overtreden. Dit houdt in dat de gemeente niet door middel van markt-regulerende bevoegdheden marktpartijen de mogelijkheid mag geven om kartelafspraken te maken of er onbewust toe aanzetten dat zij kartelafspraken maken. Een ander mededingingsrechtelijk aspect is aan de orde indien de gemeente als overheid aan een onderneming een exclusief recht verleent (zie art. 106 VWEU). Een belangrijk terrein van optreden van de overheid dat de mededinging raakt, vormt het terrein van de staatssteun (art. 107 e.v. VWEU). Gelet op het onderwerp van dit boek dat is gericht op de positie van de gemeente in het contractenrecht, wordt de rol van de gemeente als overheid hier niet verder behandeld. Wel zal – in verband met de relatie tot het in dit boek behandelde onderwerp subsidiëring en overeenkomsten van geldlening en garanties – kort worden stilgestaan bij de Europese regels over staatssteun (zie § 3.5.2)

Gemeente als onderneming

De tweede wijze waarop gemeenten met het mededingingsrecht kunnen worden geconfronteerd is doordat zij de rol van onderneming vervullen. Daarom zal in § 3.5.3 worden ingegaan op de vraag wanneer een gemeente als een onderneming in de zin van de Mededingingswet is te beschouwen en wat voor gevolgen dat voor haar positie heeft. Daartoe worden kort de belangrijkste onderdelen van de Mededingingswet besproken waarmee de gemeente als onderneming te maken kan krijgen: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het concentratietoezicht. Sinds 1 juli 2012 geldt daarnaast de Wet Markt en Overheid. Deze wet heeft geleid tot het opnemen van hoofdstuk 4B in de Mededingingswet, waarin een aantal wettelijke normen voor bestuursorganen is opgenomen die zij in acht hebben te nemen ten aanzien van overheidsbedrijven en in gevallen waarin publiekrechtelijke rechtspersonen zelf economische activiteiten ondernemen. Aanleiding voor deze wet was dat het bestaande instrumentarium van de Mededingingswet te beperkte mogelijkheden bevatte bij markt en overheid-problemen. Op de wet Markt en Overheid wordt in § 3.5.4 ingegaan.

3.5.2 Staatssteun

Gemeenten dienen de Europese regels omtrent staatssteun in acht te nemen. Staatssteun aan ondernemingen in moeilijkheden is sinds de onrust op de financiële markten nadrukkelijker dan ooit in beeld gekomen. Staatssteun heeft sindsdien meer dan voorheen de volle aandacht van de Europese

Commissie die is belast met het toezicht op naleving van art. 107 VWEU.

Staatssteun is ook een van de dossiers waarvoor in 2002 op initiatief van de decentrale overheden en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het *Kenniscentrum Europa Decentraal* is opgericht. Veel praktische informatie voor gemeenten is te vinden op de website www.europadecentraal.nl.

Van belang is dat staatssteun een breed begrip is. Bij subsidiëring aan ondernemingen kan sprake zijn van staatssteun, maar ook bij het verstrekken leningen en garanties, bij het uitvoeren van werkzaamheden door de overheid, bij verkoop of verhuur van grond of gebouwen etc.

Voorwaarden art. 107 VWEU

Reikwijdte
begrip
staatssteun

Ingevolge art. 107 VWEU zijn steunmaatregelen van de Lid-Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen (dreigen te) vervalsen en het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Dit betekent dat sprake is van een steunmaatregel indien

- er staats- (dat wil zeggen: overheids-) middelen worden verstrekt aan een onderneming (dat is een entiteit die economische activiteiten verricht)
- die daarmee een economisch voordeel krijgt dat niet langs eens commerciële weg zou zijn verkregen en
- er sprake is van selectiviteit, dat wil zeggen het geldt voor één of enkele ondernemingen of een specifieke sector of regio
- waardoor de mededinging mogelijkerwijs wordt vervalst
- en waardoor het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Aanmelden bij de Europese Commissie; sanctie bij schending hiervan

Indien sprake is van staatssteun dan moet deze ingevolge art. 108 lid 3 VWEU tijdig ter goedkeuring worden aangemeld bij de Europese Commissie. Gemeenten moeten deze goedkeuring overigens vragen via het Coördinatiepunt Staatssteun van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Stand-
stillbepaling

Essentieel in dit verband is de zogenaamde stand-still-bepaling van art. 108 lid 3 VWEU: de voorgenomen steun mag niet tot uitvoering worden gebracht voordat de Europese Commissie deze heeft goedgekeurd. Doet de gemeente dit toch dan kan de Europese Commissie (als zij op basis van de haar door

betrokkenen ter beschikking gestelde gegevens heeft vastgesteld dat – en waarom – de steun in strijd met art. 107 VWEU en onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is), in een beschikking tot de Lid-Staat *terugvordering* van verleende staatssteun gelasten, zelfs indien dit tot faillissement van de begunstigde onderneming kan leiden. De Lid-Staat en, indien rechtstreeks en individueel geraakt, de gemeente en de begunstigde onderneming, kunnen tegen de beschikking van de Europese Commissie beroep instellen bij het Gerecht van Eerste Aanleg. De Lid-Staat dient de terugvorderingsplicht op basis van nationaal(-rechtelijke) procedureregels) door te spelen naar de gemeente die steun verleende. Zie in dit verband ook de Wet NERpe.

Een voorbeeld waarin de Europese Commissie met het verdrag onverenigbare staatssteun terugvordert, biedt de casus waarin de gemeente Leidschendam-Voorburg de eerder met een bouwbedrijf overeengekomen grondprijzen verlaagde en de door dat bedrijf verschuldigde grondexploitatiebijdragen kwijtschold. Daarmee nam de gemeente per saldo de nadelige gevolgen van de na de initiële afspraken intredende krimpende woningmarkt op zich en werd het betreffende bouwbedrijf in zijn concurrentiepositie bevoordeeld ten opzichte van andere projectontwikkelaars. Het voorbeeld is ontleend aan de website van Europa Decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/nieuwsbrief/gemeente-leidschendam-voorburchmoet-eur-69-miljoen-onverenigbare-staatssteun-terugvorderen/>

Terugvordering van de staatssteun kan ook, los van wat de Europese Commissie doet, door de concurrent (van de door de steunmaatregel begunstigde onderneming) worden gevorderd in een procedure voor de nationale rechter tegen de gemeente. Bij de toepassing van de stand-still-bepaling kan de nationale rechter desgevorderd bovendien schadevergoeding toekennen aan particulieren (zoals genoemde concurrent) die door de onrechtmatige staatssteun in hun belangen zijn geschaad.

3.5.3 Het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het concentratietoezicht in de Mededingingswet

De overheid als onderneming

De eerste vraag die rijst bij de toepasselijkheid van de Mededingingswet (Mw) is of een gemeente te beschouwen is als een 'onderneming' in de zin van art. 1 sub f van de Mw. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in constante jurisprudentie geoordeeld dat 'het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd' (zie het standaard-arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, p. I-1979). Voorop staat dat het feit dat een entiteit een overheidsinstelling is, niet uitsluit dat zij gekwalificeerd kan worden als onderneming in de zin van de Mw. Ook weer uit vaste rechtspraak blijkt dat een gemeente soms optreedt als 'overheid' en soms als 'onderneming'. Handelt zij als overheid dan valt zij niet onder de Mededingingswet, handelt zij daarentegen als onderneming dan is op de gemeente de Mededingingswet van toepassing.

Gemeente handelt ter uitvoering van haar publieke taak of als ondernemer

Zo kan de gemeente bij de uitgifte van grond in erfpacht als een onderneming in de zin van de Mededingingswet worden gezien. Maar indien zij in het kader van de erfpacht uitvoering geeft aan haar publieke taak, dan is er in zoverre weer geen sprake van handelen als onderneming. Aldus werd het opnemen van een assortimentsbepaling in de erfpachtvoorwaarden voor exploitanten van een bloemenstal niet gezien als het optreden als onderneming. Ook het feit dat de gemeente in het erfpachtbeleid woningcorporaties anders behandelt dan particuliere erfpachters, is te herleiden tot de publieke taak van de gemeente waarin betekenis toegekend wordt aan de sociale functie die woningcorporaties hebben (Zie over de bloemenmarktcasus Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2001, LJN: AB3844. Zie over het erfpachtbeleid ten aanzien van woningcorporaties het Besluit d-g NMa van 12 september 2002, zaak 2493).

Een voorbeeld van het optreden van de gemeente als onderneming is de exploitatie van een parkeergarage, een sportaccommodatie of een cultureel centrum.

Wordt de gemeente als onderneming aangeduid dan is zij onderworpen aan de verboden van art. 6 (kartelverbod), art. 24 Mw (verbod op misbruik van een economische machtspositie) en aan het concentratietoezicht (art. 26 e.v. Mw).

Het kartelverbod

In art. 6 lid 1 Mw is het verbod op mededingingsbeperkende afspraken neergelegd. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Een voorbeeld van een dergelijke mededingingsbeperkende afspraak is het hanteren van een prijsstrategie voor standplaatsen op gemeentelijke campings. In beginsel is daarbij sprake van een mededingingsschending. Denkbaar is overigens wel dat de prijsstrategie van de gemeentelijke campings onder de zogenaamde bagateluitzondering valt. Daarvan is sprake bij lokale afspraken die een beperkt effect hebben op de mededinging; die uitzondering is te vinden in artikel 7 van de Mededingingswet. (Het voorbeeld is ontleend aan de website van het kenniscentrum Europa Decentraal, www.europadecentraal.nl.)

Een ander voorbeeld is het afsluiten van een non-concurrentiebeding tussen een gemeentelijk sportcentrum en andere fitnessbedrijven in de gemeente.

Als het non-concurrentiebeding tot doel heeft de mededinging te beperken en resulteert in het maken van afspraken over prijzen of het verdelen van de relevante geografische markt voor sport. Zie Voorzieningenrechter, Rechtbank Almelo, 14 november 2012, LJN: BY5484.

Een overeenkomst die in strijd is met het verbod van art. 6 lid 1 Mw is nietig (zie lid 2 van art. 6 Mw). Op deze bepaling moet wel een beroep worden gedaan. De rechter past art. 6 Mw niet ambtshalve toe (HR 16 januari 2009, AB 2009, 52)

Het verbod op misbruik van een economische machtspositie

Art. 24 Mw bepaalt dat het verboden is om misbruik te maken van een economische machtspositie. Steeds is hierbij van belang van welke markt moet worden uitgegaan. Op bepaalde terreinen nemen gemeenten op grond van hun bijzondere positie wel degelijk een machtspositie in. Op andere markten zijn gemeenten te vergelijken met concurrerende ondernemingen. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante

markt worden afgebakend. In dit kader moeten zowel de relevante productmarkt als de relevante geografische markt worden vastgesteld. De bepaling van de omvang van deze markten is van groot belang: hoe ruimer de definitie van het product, hoe kleiner het marktaandeel op de corresponderende productmarkt. Andersom geldt hetzelfde: hoe specifiek de productdefinitie, hoe eerder er sprake zal zijn van een machtspositie. Voor de geografische markt geldt hetzelfde.

Het hebben van een economische machtspositie is op zichzelf niet verboden. Het verbod richt zich op het *misbruik* van deze positie. Hierbij moet in de sfeer van de gemeentelijke praktijk bijvoorbeeld worden gedacht aan het vragen van onredelijke hoge prijzen of juist onredelijk lage prijzen (=afbraakprijzen) of het opleggen van andere onbillijke contractuele voorwaarden en het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties (het 'discrimineren' tussen handelspartners).

Een voorbeeld waarbij een gemeente beticht werd van het misbruik maken van haar economische machtspositie vanwege het hanteren van prijzen die ruim onder de marktprijs liggen is het volgende. Een gemeente had de uitvoering van haar gemeentelijke taak met betrekking tot de kunstzinnige vorming neergelegd bij een muziekschool. Deze muziekschool werd volledig door de gemeente gefinancierd. Een stichting die op commerciële basis onderwijs op het gebied van kunstzinnige vorming verzorgde, verwierf haar inkomsten uitsluitend uit de leselden. De stichting ging failliet. Zij stelde zich op het standpunt dat de prijzen die de muziekschool hanteert ruim onder de marktprijs liggen, hetgeen misbruik van een economische machtspositie oplevert. De NMa oordeelde in dit geval echter dat de gemeente geen misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt. Uit een gemeentelijke notitie bleek de reden voor de lage prijzen: kunstzinnige vorming zou in financieel opzicht laagdrempelig en voor een zo breed mogelijk publiek bereikbaar moeten zijn. Voorts was niet gebleken van enig ander oogmerk van de gemeente (dan het aanbieden van onderwijs in kunstzinnige vorming), met name niet het oogmerk om door middel van de tarieven van de muziekschool concurrenten van de markt te verdringen om uiteindelijk tot winstmaximalisatie te komen. De vaststelling van de tarieven door het gemeentebestuur konden dus niet als misbruik worden beschouwd. (Het voorbeeld was aan de orde in Rechtbank Rotterdam, 22 februari 2002, zaak 99/1488)

Het concentratietoezicht

Het concentratietoezicht is geregeld in de artikelen 26 e.v. Mw. Er kan sprake zijn van een concentratie door fusies, overnames en het opzetten van bepaalde soorten gemeenschappelijke ondernemingen. Het doel van het toezicht op concentraties is dat er geen machtsposities ontstaan waardoor de mededinging wordt beperkt. Voorgenomen concentraties moeten bij de Nma worden gemeld. Vervolgens beslist de Nma of voor het totstandbrengen van de concentratie een vergunning is vereist. In de vergunning kunnen nadere voorschriften ten aanzien van de tot stand te brengen concentratie worden verbonden. Concentraties waarbij gemeenten kunnen zijn betrokken zijn bijvoorbeeld fusies en overnames in de nutssector, de vervoerssector of op het terrein van afvalverwerking. Denk bijvoorbeeld ook aan een joint venture waarin een gemeente deelneemt samen met een aantal ondernemingen. Een voorbeeld daarvan was aan de orde in het besluit van de NMa van 21 oktober 2000 (Nma-nr. 6651) over de gezamenlijk zeggenschap van het Ontwikkelingsbedrijf van de Gemeente Amsterdam en de Reggefiber Group BV over Glasvezelnet Amsterdam C.V. Aan dit samengaan werd ter voorkoming van mededingingsrechtelijke bezwaren een aantal nadere voorwaarden verbonden.

3.5.4 De Wet Markt en Overheid

Op 1 juli 2012 is de Wet Markt en Overheid in werking getreden. Deze wet heeft onder meer geleid tot opname van de artikelen 25g - 25m in de Mededingingswet. In deze artikelen zijn gedragsregels in de vorm van wettelijke voorschriften gegeven voor bestuursorganen die zij in acht hebben te nemen wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen zelf of aan hen gelieerde privaatrechtelijke rechtspersonen – overheidsbedrijven – economische activiteiten verrichten. Het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft over deze regelgeving de Handreiking Wet Markt en Overheid uitgegeven. Deze publicatie is onder meer te vinden via de website '<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/markt-en-overheid>'.

Reikwijdte

Hoofdstuk 4B Mw geeft gedragsregels voor een bestuursorgaan die bedoeld zijn om concurrentievervalsing tegen te gaan bij het verrichten van economische activiteiten door de overheidsorganisatie zelf of door een overheidsbedrijf.

Van een overheidsbedrijf is ingevolge art. 25g Mw sprake indien er sprake is van een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (bijvoor-

beeld een besloten vennootschap) waarin de gemeente, al dan niet samen met andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen (dat wordt verder uitgewerkt in lid 2 van art. 25g van de wet en in art. 2 van het Besluit markt en overheid). Daarnaast is sprake van een overheidsbedrijf bij een onderneming in de vorm van een personenvennootschap (bijvoorbeeld een commanditaire vennootschap) waarin de gemeente deelneemt.

Economische activiteiten

Van economische activiteiten is sprake bij het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een bepaalde markt. Voorbeelden zijn het exploiteren van parkeergarages of fietsenstallingen, het exploiteren van sportaccomodaties, het verhuren van ruimten in gemeentelijke gebouwen etcetera. Wanneer activiteiten plaatsvinden ter uitvoering van specifieke bevoegdheden van overheidsgezag is geen sprake van economische activiteiten. Zo is het ophalen van huisvuil door de gemeente ter vervulling van de in art. 10.21 van de Wet milieubeheer aan de gemeente opgedragen taak, geen economische activiteit.

Uitzonderingen

Van belang is dat art. 25h Mw een aantal uitzonderingen geeft. Voor de gemeentelijke praktijk is in dit verband van belang dat openbare scholen van primair, voortgezet en speciaal onderwijs uitgezonderd zijn (onderdeel a van lid 1). Verder valt het aanbieden van goederen of diensten die binnen de overheid worden aangeboden voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, buiten de reikwijdte van hoofdstuk 4B. Deze uitzondering is bedoeld om te voorkomen dat de gedragsregels drempels opwerpen voor samenwerking tussen overheden bij de uitvoering van hun taken. In dit verband verdient overigens opmerking dat de gedragsregels ook niet van toepassing zijn op het aanbieden van goederen of diensten binnen de eigen overheidsorganisatie, dat wil zeggen binnen de gemeente waarvan de onderneming deel uitmaakt, zgn. 'in house'- activiteiten. Omdat deze activiteiten niet aan derden, op een markt, worden aangeboden kan niet worden gesproken van economische activiteiten. Aldus biedt een onderhoudsbedrijf van de gemeente dat uitsluitend eigen gebouwen onderhoudt, daarmee geen diensten aan op een markt.

De volgende passage uit de Memorie van Toelichting (p. 34) bij de Wet Markt en Overheid verdient in dit verband aandacht. 'Ingevolge de uitzonderingsbepaling kunnen goederen en diensten onder de kostprijs aan andere overheden worden . Voorkomen moet worden dat deze overheden van die goederen of diensten gebruik maken bij commerciële activiteiten

en zodoende aan derden goederen of diensten onder de kostprijs aanbieden. Indien bijvoorbeeld een gemeente een gebouw tegen marginale kosten aan een andere overheid ter beschikking stelt, kan het zijn dat in dat gebouw door deze overheid commerciële diensten ten behoeve van burgers worden verricht. Om oneerlijke concurrentie te voorkomen is de uitzondering alleen van toepassing gesteld op goederen of diensten die zijn bestemd voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak. Het kan hierbij gaan om interne activiteiten van de overheid of om externe activiteiten die in het publieke domein vallen. Dit betekent dat de gedragsregels onverkort van toepassing zijn indien bijvoorbeeld het hiervoor bedoelde gebouw dat beschikbaar wordt gesteld aan een bestuursorgaan of overheidsbedrijf vervolgens wordt gebruikt voor het verrichten van commerciële activiteiten – ook bijvoorbeeld als het gaat om zogenaamde restcapaciteit. In dat geval dienen derhalve de kosten van het gebouw aan het bestuursorgaan of overheidsbedrijf te worden doorberekend.’

Algemeen belang

Ook economische activiteiten en een bevoordeling als bedoeld in artikel 25j, welke plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang (zie art. 25h lid 5 Mw) zijn uitgezonderd. Het is de gemeenteraad die vaststelt of sprake is van een economische activiteit of een bevoordeling in het algemeen belang (zie art. 25h lid 6 Mw). Daarbij beschikt de gemeenteraad over een grote mate van beleidsvrijheid

Ten slotte zij er hier op gewezen dat indien sprake is van een maatregel die als staatssteun kan worden gekwalificeerd, de regels van hoofdstuk 4B niet van toepassing zijn, maar de Europese staatssteunregels die hiervoor zijn besproken in § 3.5.2.

Integrale kostendoorberekening

De eerste norm in de Wet Markt en Overheid (art. 25i Mw) betreft de verplichting tot het integraal doorberekenen van de kosten in de verkoopprijs. Als voorbeeld in dit verband kan worden genoemd dat de gemeentelijke plantsoenendienst die ook particuliere tuinen onderhoudt, de kosten van dat onderhoud volledig in rekening moet brengen. Op Sociaal Werkbedrijven is de verplichting tot integrale kostendoorberekening niet van toepassing (zie art. 25i lid 2 sub c Mw).

Het Besluit markt en overheid, Stb. 2012, 255 bevat een nadere uitwerking van de gedragsregels inzake integrale kostendoorberekening.

Bevoordelingsverbod

De gemeente mag niet haar eigen bedrijven bevoordelen boven concurrerende bedrijven en mag haar eigen bedrijven ook anderszins geen voordelen toekennen die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is (art. 25j Mw). Ook hier geldt weer een uitzondering voor Sociaal Werkbedrijven (art. 25j lid 3 sub c Mw). Als een vorm van bevoordeling wordt bijvoorbeeld aangemerkt het toestaan dat een gemeentebedrijf de naam en het beeldmerk van de gemeente gebruikt maakt op een wijze die verwarring kan veroorzaken bij het publiek.

Gegevensgebruik

Gegevens waarover bestuursorganen beschikken in verband met de uitvoering van hun publiekrechtelijke bevoegdheden mogen alleen voor andere economische activiteiten worden gebruikt indien die gegevens ook aan derden – andere organisaties en bedrijven – beschikbaar kunnen worden gesteld (art. 25k Mw). Zo mag de gemeente de gemeentelijke basisregistratie alleen gebruiken voor het versturen van commerciële mailing als zij die gegevens onder dezelfde voorwaarden aan derden beschikbaar stelt.

Functiescheiding

Als een bestuursorgaan van de gemeente een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan binnen de gemeente worden verricht, dient te worden voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten. Aldus dient te worden voorkomen dat de gemeenteambtenaar die aanvragen voor een kapvergunning behandelt ook betrokken is bij het aan particulieren aanbieden van kapwerkzaamheden.

Overgangsrecht

Voor de gedragsregels inzake kostendoorberekening, het bevoordelingsverbod en de regels inzake gegevensgebruik geldt dat deze pas twee jaar na 1 juli 2012, dus vanaf 1 juli 2014, gaan gelden voor economische activiteiten die al werden verricht op 1 juli 2012 resp. voor overeenkomsten die zijn gesloten voor die datum. Voor de eis van functiescheiding geldt een overgangstermijn van 1 jaar. Na het verlopen van de genoemde overgangstermijnen moeten bepalingen in overeenkomsten die in strijd zijn met de genoemde gedragsregels nietig worden geacht.

3.6 Openbaarheid en geheimhouding

3.6.1 Verplichte informatieverstrekking op grond van de Wob

Bestuurlijke
aangelegen-
heid

Wat betekent de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) voor het sluiten van overeenkomsten door gemeenten? Uitgangspunt is dat een ieder met een beroep op de Wob van de gemeente informatie kan vragen ‘betreffende een bestuurlijke aangelegenheid’ (art. 1 sub c Wob). Hiermee wordt bedoeld: een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan. Daarbij is het om het even of de gevraagde informatie betrekking heeft op publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk handelen van de gemeente. In het kader van dit laatste handelen kan het voor de burger zinvol zijn informatie te vergaren, bijvoorbeeld voor eventuele civielrechtelijke claims tegen de gemeente. De burger kan zich langs deze weg op een relatief eenvoudige manier op de hoogte stellen van relevante achtergrondinformatie die zijn (bewijs)positie kunnen versterken. Zo kunnen taxatierapporten ter bepaling van de waarde of de gebruiksmogelijkheden van onroerend goed van belang zijn voor bijvoorbeeld de uitleg van de overeenkomst. Verder kunnen onderzoeken die de gemeente heeft laten verrichten naar milieuverontreinigingen relevant zijn in het kader van dwaling bij de totstandkoming van gronduitgifte-overeenkomsten. Ten slotte zullen ook derden/belanghebbenden, die geen partij bij de overeenkomst zijn, informatie kunnen opvragen.

Document

Conform art. 3 lid 1 Wob gaat het om informatie neergelegd in documenten. Dit kan een schriftelijk stuk zijn, maar ook ander materiaal dat gegevens bevat, zoals geluidsbanden, foto's, films maar ook digitale informatie en e-mailberichten.

3.6.2 Uitzonderingen

Absolute
en relatieve
weigerings-
gronden

Artikel 10 Wob bevat uitzonderingen op de hoofdregel dat alle informatie moet worden verstrekt. Het kan immers nodig zijn dat bepaalde informatie niet aan de openbaarheid wordt prijsgegeven. In dit verband is het van belang om te onderscheiden tussen de zogenaamde absolute en relatieve weigeringsgronden in de Wob. Lid 1 bevat de absolute weigeringsgronden. Wanneer een van de daar genoemde belangen in het geding is, wordt geen informatie verstrekt. De relatieve weigeringsgronden zijn te vinden in lid 2. Bij deze gronden dient het bestuursorgaan een afweging te maken tussen het daar genoemde belang enerzijds en het belang van het verstrekken van de gevraagde informatie anderzijds.

Welke weigeringsgronden zijn voor gemeenten in het kader van het sluiten

van overeenkomsten nu in het bijzonder van belang?

Economische
of financiële
belangen

In de eerste plaats kan art. 10 lid 2 sub b Wob van toepassing zijn. Het verstrekken van informatie blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de economische of financiële belangen van de gemeente. Op deze weigeringsgrond kan bijvoorbeeld een beroep worden gedaan in het kader van een aanbesteding om te voorkomen dat de raming van de kosten van een bouwproject bekend moet worden gemaakt. Dikwijls ook hebben de financiële belangen betrekking op de onderhandelingspositie van een gemeente. Denk aan het geval van een gemeente die in onderhandeling is met een projectontwikkelaar. De onderhandelingspositie van de gemeente zou kunnen worden geschaad indien inzage zou moeten worden gegeven in de berekeningen die zijn gemaakt. De uitzonderingsgrond van art. 10 lid 2 onder b Wob zal in een dergelijk geval dan ook kunnen worden gebruikt om inzage in dergelijke gegevens te weigeren.

Bedrijfs- en
fabricage
gegevens

Voorts is het denkbaar dat art. 10 lid 1 sub c Wob in stelling wordt gebracht om informatie te weigeren. Het betreft hier bedrijfs- en fabricagegegevens, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de gemeente zijn meegedeeld. Deze weigeringsgrond dient volgens de jurisprudentie restrictief te worden uitgelegd. Het gaat om informatie over de technische bedrijfsvoering of het productieproces of over de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers. Onder omstandigheden kunnen hieronder ook gegevens die de financiële bedrijfsvoering van een onderneming betreffen onder vallen.

Persoonlijke
levenssfeer

Verder denke men aan art. 10 lid 2 sub e Wob: de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Een bestuursorgaan zal niet tot openbaarmaking van informatie mogen besluiten, indien de informatie een schending van de persoonlijke levenssfeer impliceert. Hierbij gaat het om rechtstreeks of indirect tot de persoon te herleiden informatie die de privacy schendt. Bij bedrijfsmatige informatie die tot individuele personen herleidbaar is (bijvoorbeeld de houder van een marktkraam, de eigenaar van een eenmanszaak), is deze weigeringsgrond in de regel niet van toepassing.

Onevenredige
bevoordeling/
benadeling

Ten slotte kan voor de gemeente art. 10, lid 2, sub g Wob een rol spelen. Deze uitzonderingsgrond betreft het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bepaalde, bij de kwestie betrokken, personen. Dit is heel algemeen geformuleerd, omdat de belangen die in het geding zijn niet nader worden gespecificeerd. Eerst moet worden beoordeeld of de bevoordeling of

benadeling onevenredig is en vervolgens moet deze onevenredigheid weer worden afgewogen tegen het belang dat bij openbaarmaking bestaat. Op deze grond kan bijvoorbeeld een beroep worden gedaan om bepaalde bedrijfsgegevens niet openbaar te maken die vanwege de restrictieve uitleg niet vallen onder art. 10 lid 1 sub c Wob. Een contract tussen de gemeente en een private partij kan immers allerlei gevoelige informatie bevatten die, wanneer deze bekend zou zijn bij de concurrentie, een bedrijf grote schade zou kunnen toebrengen. Gedacht kan ook worden aan het vaak voorkomende geval dat de overheid verwickeld is in een gerechtelijke procedure. Het is niet de bedoeling van de Wob dat de wederpartij met een beroep op deze wet meer informatie kan krijgen dan waarover zij op grond van de regels van het procesrecht had kunnen beschikken.

3.6.3 Beperkingen

Intern beraad

Naast de uitzonderingsgronden van art. 10 Wob kent deze wet ook beperkingen, opgenomen in art. 11 Wob. Uitgangspunt blijft openbaarheid van informatie. Art. 11 Wob heeft de strekking de vertrouwelijkheid van het interne beraad te waarborgen. Intern beraad wordt in art. 1 sub c Wob gedefinieerd als:

‘Het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid.’

Met andere woorden: overleg dat binnen de gemeente zelf wordt gevoerd, bijvoorbeeld tussen een wethouder en zijn ambtenaren. Hetzelfde geldt voor hetgeen in een besloten vergadering van een raadscommissie ter advisering aan de gemeenteraad is besproken.

Persoonlijke
beleids-
opvattingen

Persoonlijke beleidsopvattingen van bestuurders en ambtenaren zijn niet openbaar. Art. 11 lid 1 Wob bepaalt dat in ieder geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie verstrekt wordt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. Zonder instemming van de betrokkene wordt informatie over persoonlijke beleidsopvattingen enkel in niet tot personen herleidbare vorm verstrekt. Wees er op bedacht dat een advies van een bezwaarschrijftcommissie niet als een document ten behoeve van intern beraad wordt beschouwd. Aan een dergelijk advies komt een zelfstandige betekenis toe.

Op grond van ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 375 is het advies van de advocaat daarentegen weer wel een document ten behoeve van intern beraad. Over de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen hoeft dus op grond van art. 11 lid 1 Wob geen informatie te worden verstrekt. In het onderhavige geval werd voorts uitgemaakt dat het advies persoonlijke beleidsopvattingen bevatte en dat geen onderscheid kon worden gemaakt tussen persoonlijke beleidsopvattingen en juridische opvattingen.

In het openbaar bestuur wordt over allerlei zaken informatie verzameld. De voorbereiding van de publieke besluitvorming gebeurt voor een belangrijk deel schriftelijk. Voordat een beslissing is genomen, hebben ambtenaren deze beslissing vaak reeds uitvoerig voorbereid. Aan de beslissing liggen ook dikwijls externe adviezen ten grondslag. Daarnaast kunnen individuen en belangengroeperingen hun mening (gevraagd en ongevraagd) te kennen hebben gegeven en er kunnen deskundigenrapporten zijn ingewonnen. Al deze stukken kunnen een rol spelen in de besluitvorming door het bestuursorgaan. Veel van deze stukken zullen in het algemeen niet openbaar zijn. Toch zullen burgers in sommige gevallen achtergrondinformatie willen opvragen.

Specificeren

Uitgangspunt is, als gezegd, dat een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid kan richten tot een bestuursorgaan. De verzoeker moet wel aangeven op welke bestuurlijke aangelegenheid zijn verzoek betrekking heeft. Hij kan niet met een 'schot hagel' volstaan en allerlei documenten lukraak opvragen, maar hij moet gespecificeerd aangeven om welke bestuurlijke aangelegenheid het gaat. Deze eis moet in de praktijk ook weer niet te streng worden gehanteerd. Stel dat een caféhouder een verzoek doet tot kennisneming van een concreet beleidsstuk van het college over sluitingstijden van cafés, dan impliceert dit dat hij daarmee de bestuurlijke aangelegenheid ook heeft aangeduid.

Informatie opvragen

De gemeente moet er dus op bedacht zijn dat informatie over bijvoorbeeld de totstandkoming van de overeenkomst aan de openbaarheid moet worden prijsgegeven. Zowel in de precontractuele fase als in de fase waarin het contract reeds tot stand is gekomen, kunnen burgers en bedrijven informatie opvragen. Een voorbeeld van de eerste situatie. Wanneer een gemeente onderhandelingen afbreekt met een beroep op gewijzigde beleidsinzichten, kan de wederpartij schadevergoeding vorderen omdat de beleidswijziging plotseling en volstrekt willekeurig heeft plaatsgevonden. Informatie van de gemeente over de achtergronden waartegen deze

beleidswijziging moet worden geplaatst, is dan voor de burger welkom! Bij de tweede situatie valt te denken aan het niet-nakomen van de gemeente van een overeenkomst wegens 'onvoorziene omstandigheden' (art. 6:258 BW): de gemeente dreigt door nakoming van de overeenkomst bijvoorbeeld in ernstige financiële problemen te raken. Ook dan kan met behulp van besprekingsverslagen, notulen, (telefonische) gespreksnotities enz. worden nagegaan of die omstandigheid een beroep op art. 6:258 BW rechtvaardigt.

In de dagelijkse gemeente-praktijk worden verzoeken om informatie informeel afgehandeld door het verstrekken van telefonische inlichtingen of het verstrekken van een kopie van het gevraagde schriftelijke stuk.

3.6.4 Verhouding Wob en Gemeentewet

Geheimhouding

De vergaderingen van het college zijn als uitgangspunt besloten (art. 54 Gemeentewet), maar de informatie die besproken is, is wel op te vragen. Uiteraard geldt dat ook voor informatie die aan de orde is geweest op de openbare vergaderingen van de gemeenteraad, maar ook als de raad in beslotenheid vergadert, betekent dat nog niet dat de daar besproken documenten niet openbaar zouden hoeven worden gemaakt.

De Gemeentewet heeft een regeling die het mogelijk maakt dat informatie niet openbaar hoeft te worden gemaakt. We hebben het dan over de regeling omtrent *geheimhouding*. De geheimhoudingsplicht brengt mee dat daarmee het openbaarheidsregime van de Wob opzij wordt gezet. De geheimhouding geldt voor 'allen die van het behandelde of de stukken kennis dragen', dus ook voor ambtenaren.

Om te ontkomen aan de verplichting om bepaalde informatie openbaar te maken, is het mogelijk dat op grond van een belang, genoemd in art. 10 Wob, een besluit wordt genomen tot geheimhouding van hetgeen in een besloten vergadering is behandeld en van de inhoud van de stukken die aan het college of aan de raad worden overgelegd. Wat betreft geheimhouding van stukken die aan het college worden overgelegd, kan het college zelf tot zodanige geheimhouding besluiten, maar ook kunnen de burgemeester of een commissie geheimhouding opleggen ten aanzien van stukken die zij aan het college overleggen (art. 55 Gemeentewet). Een vergelijkbare regeling is opgenomen voor bestuurscommissies (art. 86 Gemeentewet). Wat betreft de geheimhouding van stukken die aan de raad worden overgelegd kan de raad

zelf daartoe besluiten en kan de geheimhouding worden opgelegd door het college, de burgemeester en een commissie, ieder ten aanzien van de stukken die zij aan de raad of zijn leden overleggen (art. 25 lid 1 en lid 2 Gemeentewet). Voor de in dit geval door het college, de burgemeester of een commissie opgelegde geheimhouding is relevant dat de raad zelf in zijn eerstvolgende vergadering de verplichting tot geheimhouding bekrachtigt (art. 25 lid 3 Gemeentewet). Om die reden wordt in dit verband wel gesproken van ‘voorlopige geheimhouding’.

Expliciet
besluit

Voor geheimhouding is een expliciet besluit nodig dat ook dient te worden gemotiveerd in het licht van artikel 10 Wob; het aankruisen van het vakje geheimhouding op het ‘aanbiedingsformulier’ is dus niet voldoende.

3.6.5 Nieuwe ontwikkelingen

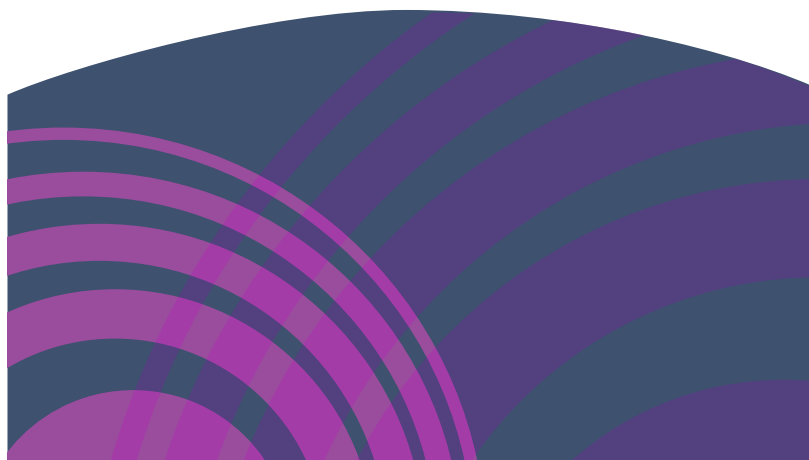
Op 2 juli 2012 is een wetsvoorstel tot aanpassing van de Wob in consultatie gegeven. Een belangrijke aanzet voor dit wetsvoorstel vormt de gedachte dat het op bepaalde onderdelen mogelijk moet zijn om de lasten die de Wob voor bestuursorganen meebrengt te verlichten. Zo wordt een voorziening voorgesteld tegen een onredelijk gebruik van de Wob. Daarnaast wordt het onder voorwaarden mogelijk dat omvangrijke verzoeken na overleg met de verzoeker worden behandeld voor een representatief deel van de gevraagde informatie. Soms kan een omvangrijk verzoek niet binnen de wettelijke termijn worden afgedaan. Als bestuursorgaan en verzoeker daarvoor samen geen praktische oplossing vinden, wordt het mogelijk dat het bestuursorgaan de beslistermijn eenzijdig opschort en in delen op het verzoek beslist.

De wijze waarop gemeenten omgaan met Wob-verzoeken vormt een onderdeel van het veel bredere informatiebeleid dat steeds meer overheidsinstanties ontwikkelen. De VNG heeft in haar publicatie ‘De transparante gemeente’ een aantal aanbevelingen gegeven over het onderwerp transparantie en openbaarheid.

Samenvatting

De gemeente bekleedt een bijzondere positie als zij als contractspartij optreedt. Dit vloeit voort uit het feit dat zij als taak heeft het algemeen belang te behartigen. Het is steeds de gemeente, die als rechtspersoon contracten sluit (via een vertegenwoordiger) en niet het college of de gemeenteraad. Bij het sluiten van contracten dient de gemeente zich er eerst van te vergewissen of dit niet een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert of als misbruik van bevoegdheid moet worden gekwalificeerd. Wanneer het de gemeente in beginsel is toegestaan om gebruik te maken van het privaatrecht, dan dient zij bij het aangaan van contracten dwingend recht in de gaten te houden. Met name moet zij er alert op zijn wanneer zij opdrachten (Europees) moet aanbesteden. In dit kader kwam ook de figuur van de Publiek-Private Samenwerking (PPS) aan de orde, waarbij het aanbestedingsrecht van belang kan zijn. Voorts is aandacht besteed aan het mededingingsrecht dat voor gemeenten met name van belang is wanneer haar activiteiten als een onderneming kunnen worden gekwalificeerd.

Naast dit dwingend recht dient zij bij het aangaan en uitvoeren van overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten in acht te nemen. De gemeente dient zich voorts te realiseren dat haar beleidsvrijheid wordt beperkt doordat zij haar beleid in beleidsregels kan hebben vastgelegd. Als zij haar beleid niet heeft vastgelegd kan een bestendige bestuurspraktijk zijn ontstaan, waarvan de gemeente niet zonder motivering van mag afwijken. Tot slot moet de gemeente zich realiseren dat burgers besprekingsverslagen, notulen etc. kunnen opvragen. Dit kan in de precontractuele fase, maar ook als er al een overeenkomst tussen de gemeente en een private wederpartij (bedrijf of burger) is gesloten.



4 De interne organisatie bij het aangaan van overeenkomsten

4.1 Inleiding

Bestuursorganen en
rechts personen

In het privaatrecht zijn alleen natuurlijke personen en rechtspersonen dragers van rechten en verplichtingen. In het bestuursrecht is dat anders. In het bestuursrecht verrichten de bestuursorganen de publiekrechtelijke rechtshandelingen. Als de gemeente op grond van het bestuursrecht optreedt, zoals bijvoorbeeld door het verlenen van vergunningen en het vaststellen van belastingaanslagen, dan treedt het desbetreffende bestuursorgaan – het college, de gemeenteraad of de burgemeester – op. Verricht de overheid privaatrechtelijke rechtshandelingen, bijvoorbeeld het sluiten van koop- en huurovereenkomsten of het verrichten van onroerend goed-transacties, dan treedt de gemeente als rechtspersoon op.

Vertegenwoordiging

Een gemeente-rechtspersoon moet rechtens kunnen handelen. Zij zal rechtshandelingen moeten verrichten. Omdat de rechtspersoon fysiek zelf niet kan handelen, bestaat er de noodzaak dat de rechtspersoon wordt vertegenwoordigd. Het gaat hier om vertegenwoordiging in het privaatrecht. Van belang is dus te weten wie bevoegd is de gemeente te binden. Wie mag er voor de gemeente optreden, met als gevolg dat de handelin-

gen aan de gemeente worden toegerekend? Van de vertegenwoordigingsbevoegdheid moet worden onderscheiden de vraag wie binnen de gemeente bevoegd is te besluiten tot het aangaan van de overeenkomst. Hierna zal eerst worden ingegaan op de regels van de interne besluitvorming ten aanzien van privaatrechtelijke rechtshandelingen (zie § 4.2). Vervolgens komt de vertegenwoordiging van de gemeente aan de orde (§ 4.3). In § 4.4 wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden om de door de wet aan een bepaald orgaan toegekende bevoegdheden in handen van een andere persoon of instantie te leggen. Ten slotte wordt in § 4.5 ingegaan op de vraag wat de gevolgen zijn indien er door een onbevoegde persoon of instantie is gehandeld.

4.2 De interne besluitvorming tot het aangaan van overeenkomsten

4.2.1 De bevoegdheid van het college om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten

In art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet is bepaald dat het college bevoegd is tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. Een dergelijke beslissing is een besluit in de zin van de Awb, maar ingevolge art. 8:3 Awb staat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open (zie ook § 1.3.3).

Het college kan deze bevoegdheid *delegeren* aan een commissie op grond van art. 165 Gemeentewet. De bevoegdheid kan ook worden *gemandateerd* aan een wethouder (zie daarvoor expliciet art. 168 Gemeentewet) of een ambtenaar. Zie hierover nader § 4.4

Het verdient aanbeveling om in de overeenkomst aan te geven op grond van wiens besluit de overeenkomst wordt gesloten; veelal is dit dus een besluit van het college (datum en besluit noemen). Omgekeerd is het ook verstandig om in het besluit tot het aangaan van de overeenkomst naar de laatste concept-overeenkomst of naar het laatste onderhandelingsdocument te verwijzen. Zo wordt voorkomen dat het besluit en de overeenkomst op essentiële punten van elkaar afwijken en er discussie ontstaat over de vraag tot het aangaan van welke overeenkomst het college eigenlijk heeft besloten.

4.2.2 Een instemmings- of goedkeuringsvoorbehoud voor het college

Ook los van een mandaat om te besluiten tot het aangaan van de overeenkomst, zullen in de praktijk de onderhandelingen over het aangaan van een

overeenkomst vaak worden gevoerd door ambtenaren. Het is dan in ieder geval belangrijk dat deze ambtenaren duidelijk maken wie uiteindelijk over het aangaan van de overeenkomst beslist, het college of – in mandaat – een ambtenaar. Dit gebeurt vaak doordat een instemmingsvoorbehoud wordt gemaakt; aangegeven wordt dan dat het college nog met de overeenkomst moet instemmen of deze moet goedkeuren. Een dergelijk voorbehoud kan echter op verschillende wijzen worden geduid.

Overeenkomst onder opschortende voorwaarde

In een situatie dat er een tekst van een overeenkomst tot stand wordt gebracht, met daarin de bepaling dat het college voor het tot stand komen van de overeenkomst dient in te stemmen met de overeenkomst, kan sprake zijn van een *overeenkomst onder opschortende voorwaarde* als bedoeld in de artikelen 6:21 e.v. BW. In dat geval is er dus wel degelijk sprake van een overeenkomst, zij het onder de voorwaarde van goedkeuring door het college. De werking van de overeenkomst vangt dan aan nadat de goedkeuring is verleend. Van belang is echter dat dan ook art. 6:23 BW geldt. Daarin is bepaald dat wanneer de partij die bij de niet-vervulling van de voorwaarde belang had, de vervulling van die voorwaarde heeft belet, de voorwaarde desalniettemin als vervuld geldt indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen. In dat geval wordt aldus het bestaan van een bindende overeenkomst aangenomen.

Art. 6:23 BW

Almere/Flevoland
Invest

Een dergelijke uitleg werd door het Hof en de Hoge Raad gegeven aan een instemmingsvoorbehoud in de zaak Almere/Flevoland Invest c.s. (HR 1 juni 2012, LJN: BV1748, De Gemeentestem 2012/91). In deze zaak waren gedurende een aantal jaren onderhandelingen gevoerd over een intentie-overeenkomst met een supermarktexploitant. In de verschillende in de loop van die jaren uitgewisselde concepten was steeds de bepaling opgenomen dat de overeenkomst wordt aangegaan ‘onder de opschortende voorwaarde van instemming door het college’. De ambtenaren hadden in de onderhandelingen ook aangegeven dat zij geen mandaat hadden om zelf over het aangaan van de overeenkomst te besluiten. Toen de overeenkomst uiteindelijk aan het college werd voorgelegd, stelde het college alvorens tot instemming te willen overgaan een aantal aanvullende voorwaarden. De wederpartij van de gemeente stelde echter dat de gemeente die aanvullende voorwaarden op grond van de redelijkheid en billijkheid niet meer mocht stellen en dat aldus met een beroep op art. 6:23 BW een

overeenkomst tot stand was gekomen. De gemeente betoogde uiteindelijk dat door het voorbehoud überhaupt geen overeenkomst tot stand was gekomen totdat het college zijn goedkeuring had verleend. Hof en Hoge Raad stelden de exploitant van de supermarkt echter in het gelijk, namen het bestaan van een overeenkomst onder opschortende voorwaarde aan en oordeelden dat gelet op art. 6:23 BW de voorwaarde in casu als vervuld diende te worden beschouwd.

Een relevante omstandigheid in de zaak Almere/Flevoland Invest c.s. was dat in de tekst van het goedkeuringsvoorbehoud werd gesproken van een 'opschortende voorwaarde van instemming door het College'. Verder zij opgemerkt dat de Hoge Raad als uitgangspunt hanteert dat terughoudendheid geboden is bij het oordeel dat de opschortende voorwaarde ondanks het uitblijven van de goedkeuring door het college is vervuld. De voorwaarde strekt er immers toe om het college de mogelijkheid te geven de overeenkomst zelfstandig te beoordelen en daaraan zou worden tekortgedaan indien de gemeente ondanks het uitblijven van de goedkeuring toch aan de overeenkomst gebonden zou zijn. Dat met toepassing van art. 6:23 BW toch werd aangenomen dat de gemeente aan de overeenkomst was gebonden, had met name te maken met het feit dat het Hof had vastgesteld dat het college in dit geval tamelijk nauw bij de onderhandelingen over de tekst van de concept-overeenkomst was betrokken.

Een totstandkomingsvoorbehoud

Totstand-
komings-
voorbehoud:
instemming is
constitutief

Wanneer het de bedoeling is om met een instemmings- of goedkeuringsvereiste te bewerkstelligen dat zonder die instemming überhaupt geen overeenkomst tot stand komt, en de instemming dus niet als opschortende voorwaarde moet worden begrepen, is het verstandig om dit expliciet duidelijk te maken en termen als 'opschortende voorwaarde' te vermijden. In dat geval is de instemming dus een constitutief vereiste voor het bestaan van een overeenkomst; er is dan sprake van een *totstandkomingsvoorbehoud*. Wanneer de instemming in een dergelijk geval achterwege blijft, kan nog wel de vraag spelen of de gemeente niet toch op enigerlei gebonden is door hetgeen in de precontractuele fase is gepasseerd. Op die kwestie wordt in hoofdstuk 5 ingegaan. Van belang is ook of sprake is van aan de gemeente toerekenbare schijn van bevoegdheid. Zie daarover § 4.5.3.

Bedenk goed bij het formuleren van een instemmingsvoorbehoud voor het college of dit bedoeld is als opschortende voorwaarde, waardoor in beginsel wel een overeenkomst tot stand komt. Indien geen opschortende voorwaarde is bedoeld, dient die term absoluut te worden vermeden.

Indien met het instemmingsvoorbehoud bedoeld is dat de overeenkomst pas tot stand komt na instemming door het college, dienen de onderhandelaars aan te geven dat de onderhandelingsresultaten geen enkele binding hebben totdat het college zijn instemming heeft gegeven. De term totstandkomingsvoorbehoud geeft dit goed weer.

4.2.3 De positie van de gemeenteraad bij besluiten tot het aangaan van overeenkomsten

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het college een spilfiguur is wat betreft het aangaan van contracten. Vóór de dualisering van het gemeentebestuur was het de raad die geacht werd namens de gemeente te besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Welke bevoegdheden heeft de raad in het kader van het sluiten van contracten nu nog?

Kaderstellend
en
controlerend

De raad heeft nu als gevolg van de invoering van het duale bestuursstelsel een kaderstellende en controlerende taak. Om de raad in staat te stellen deze taak goed uit te oefenen heeft het college op grond van art. 169 Gemeentewet een informatieplicht jegens de gemeenteraad. In lid 4 van dit artikel wordt deze informatieplicht voor onder meer de bevoegdheid van het college om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen te besluiten nader uitgewerkt.

Art. 169 lid 4 Gemeentewet luidt als volgt:

Zij (het college en elk van zijn leden afzonderlijk, *dzz*) geven de raad vooraf inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in art. 160, eerste lid onder e, f, g en h, 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.

Hierna wordt beschreven hoe deze bevoegdhedenverdeling doorwerkt op het aangaan van overeenkomsten door de gemeente. Er zijn drie situaties te onderscheiden:

1. Wensen en bedenkingen van de raad

Ingrijpende
gevolgen

Indien het sluiten van een overeenkomst ingrijpende gevolgen heeft voor de gemeente, dient het college voordat het daartoe besluit de raad in de gelegenheid te stellen wensen en bedenkingen kenbaar te maken.

Spelregels

Wat ingrijpende gevolgen zijn, is niet eenduidig aan te geven. Dit zal per gemeente verschillen. Het is aan te bevelen dat college en raad hiervoor spelregels opstellen, zodat duidelijk is bij welke overeenkomsten de raad vooraf betrokken moet worden. In veel gemeenten worden bijvoorbeeld overeenkomsten die samenhangen met gebiedsontwikkeling aan de raad voorgelegd. Die spelregels zijn eveneens van belang voor de onderhandelaars van de gemeente. Zij moeten bij de onderhandelingen uitdrukkelijk mededelen dat het college pas een besluit neemt, nadat het de wensen en bedenkingen van de raad heeft vernomen. Door dit expliciet aan de wederpartij mede te delen, weet de wederpartij dat de betrokkenheid van de raad de totstandkoming van de overeenkomst kan beïnvloeden. Indien ten aanzien van de rol van de raad geen enkel voorbehoud is gemaakt, heeft de bepaling over de positie van de raad enkel interne werking.

Expliciete
mededeling
aan
wederpartij

Stel, na enige tijd onderhandelen besluit het college, naar aanleiding van de wensen en bedenkingen van de raad, toch niet tot het aangaan van een overeenkomst. De wederpartij wist niet dat de raad nog betrokken zou worden bij het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en wordt onaangenaam verrast door de mededeling dat de gemeente alsnog afziet van het sluiten van een overeenkomst. Afhankelijk van de mate van bij de wederpartij opgewekt vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen, heeft zij recht op schadevergoeding.

Interne
werking

Een andere situatie doet zich voor, als het college heeft besloten tot het aangaan van een overeenkomst maar heeft verzuimd de raad in de gelegenheid te stellen wensen en bedenkingen kenbaar te maken. Deze situatie heeft geen gevolgen voor de wederpartij. Het verzuim van het college heeft geen juridische consequenties; de overeenkomst komt rechtsgeldig tot stand. Voor het college kunnen wel politieke gevolgen voortvloeien uit het niet informeren van de raad.

2. Kaderstelling door de raad

Zoals hiervoor aangegeven, heeft de raad een kaderstellende taak. Deze kaderstelling vindt onder meer plaats in de begroting en de verordening op

basis van art. 212 Gemeentewet.

Vanaf 1 januari 2004 werken gemeenten met programmabegrotingen. Het in de begroting opgenomen programmaplan bevat de te realiseren beleidsprogramma's en een overzicht van de algemene dekkingsmiddelen. Met het vaststellen van de begroting autoriseert de raad het college tot het doen van uitgaven per beleidsprogramma tot de daarin genoemde bedragen. Deze uitgaven moeten wel plaatsvinden binnen de door de raad vastgestelde kaders, bijvoorbeeld de beleidskaders genoemd in het programma of de voorbeeldverordening art. 212 Gemeentewet.

Deze verordening bepaalt in artikel 5a:

Het college informeert in ieder geval vooraf de raad en neemt pas een besluit, nadat de raad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen van:

- a. aankoop en verkoop van goederen en diensten groter dan €;
- b. het verstrekken van leningen, waarborgen en garanties groter dan €;
- c. het aangaan van leningen groter dan €;
- d. [...]
- e. [...]

Past een uitgave, bijvoorbeeld aankoop van een perceel grond, niet (meer) binnen de begroting, dan zal het college – los van het feit of het bepaalde onder b in de hiervoor bedoelde modelverordening in de gemeente geldt – vooraf aan de raad een begrotingswijziging moeten vragen. Doet het college dit niet, dan heeft dit geen gevolgen voor de rechtsgeldige totstandkoming van de overeenkomst. Wel kan de raad hier politieke consequenties aan verbinden.

Voorts kan de raad zelf om informatie omtrent de uitoefening van de bevoegdheid tot het besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen verzoe-ken, zoals art. 169 lid 4 aangeeft.

Ook hier geldt dat de onderhandelaars de interne procedure expliciet moeten mededelen aan de wederpartij om externe werking te verkrijgen.

3. Instemming door de raad

Kan de raad in het algemeen de eis stellen dat hij eerst instemming verleent alvorens het college tot het aangaan van overeenkomsten besluit? Het ant-

woord moet ontkennend luiden. De bevoegdheden komen immers op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet aan het college toe. Een andere opvatting zou niet passen binnen de bevoegdheidsverdeling, zoals die bestaat na invoering van het gedualiseerde stelsel.

In
incidentele
gevallen

Het college kan er echter wel in incidentele gevallen voor kiezen om ten aanzien van een bepaalde overeenkomst instemming van de raad te vragen, alvorens het besluit tot het aangaan van de overeenkomst. Zie aldus uitdrukkelijk Hof Den Haag, 17 april 2012, LJN: BV9617.

Een variant hierop is dat het college besluit de overeenkomst aan te gaan onder voorbehoud van instemming door de raad. In dit geval is een parallel te trekken met de situatie die hiervoor is besproken, waarin ambtenaren een voorbehoud maken dat ziet op instemming van het college. Men dient er dan op bedacht te zijn dat dan een voorwaardelijke overeenkomst tot stand komt indien het voorbehoud moet worden opgevat als een voorwaarde als bedoeld in art. 6:21 BW. Om dit te vermijden is het belangrijk dat uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de bedoeling van het voorbehoud is dat de overeenkomst pas tot stand komt als de gemeenteraad zijn instemming heeft gegeven en het college vervolgens besluit tot het aangaan van de overeenkomst (vergelijk § 4.2.2).

4.2.4 De positie van de burgemeester bij besluiten tot het aangaan van overeenkomsten

De rol van de burgemeester bij het aangaan van overeenkomsten is – in beginsel – beperkt tot het bepaalde in art. 171 Gemeentewet dat de vertegenwoordiging van de gemeente betreft. Daarop wordt nader ingegaan in § 4.3.

De burgemeester heeft op grond van dit artikel derhalve geen inhoudelijke bevoegdheid. Dit betekent dat hij niet zelf tot het aangaan van een overeenkomst kan *besluiten*, maar bijvoorbeeld ook geen wijzigingen mag aanbren- gen in de tekst van de overeenkomst zonder dat het college daartoe heeft besloten.

Art. 168
Gemeentewet

De burgemeester kan wel een inhoudelijke bevoegdheid verkrijgen te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten als het college hem daartoe machtigt ingevolge art. 168 Gemeentewet. Zie daarover nader § 4.4.

Locobur-
gemeester

Op grond van art. 77 Gemeentewet heeft de waarnemer van de burgemeester – de ‘loco-burgemeester’ – dezelfde bevoegdheden als de burgemeester

die hij vervangt. Aldus heeft ook hij de bevoegdheden waartoe het college de burgemeester heeft gemachtigd.

Bevoegd om te beslissen tot het aangaan van een overeenkomst is het college van burgemeester en wethouders. Het college kan deze bevoegdheid aan een ambtenaar of aan de burgemeester of een wethouder mandateren. Indien geen sprake is van mandaat, dienen de onderhandelaars bij de voorbereiding van een overeenkomst een voorbehoud te maken dat ziet op de instemming door het college. Met een dergelijk voorbehoud kan er sprake zijn van een voorwaardelijke overeenkomst. Als de bedoeling is om geen voorwaardelijke overeenkomst tot stand te brengen, is het raadzaam om dit expliciet aan te geven. Hetzelfde geldt voor een voorbehoud van instemming resp. voorbehoud van wensen en bedenkingen door de raad. Een dergelijk voorbehoud dient ook expliciet aan de potentiële contractspartij te worden meegedeeld. De enkele intern-organisatorische afspraak tussen college en raad kan niet aan de wederpartij worden tegengeworpen. Ontbreekt tijdens de onderhandelingen zo'n uitdrukkelijk voorbehoud, dan kan de wederpartij met succes stellen dat de overeenkomst na het collegebesluit geacht wordt onvoorwaardelijk te zijn aangegaan, hoewel instemming van de raad is uitgebleven resp. de raad niet in de gelegenheid is geweest zijn wensen en bedenkingen kenbaar te maken. Tenslotte vermeldt de overeenkomst op grond van wiens besluit de overeenkomst wordt gesloten; veelal is dit een besluit van het college (datum en besluit noemen). Verwijs in het besluit naar de laatste concept-overeenkomst of naar het laatste onderhandelingsdocument. Zo wordt voorkomen dat het besluit en de overeenkomst op essentiële punten van elkaar afwijken.

4.3 Vertegenwoordiging bij contracten met gemeenten

De bevoegdheid om de overeenkomst daadwerkelijk te sluiten ligt op grond van art. 171 Gemeentewet in handen van de burgemeester.

In dit artikel wordt het volgende bepaald:

1. De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente in en buiten rechte.
2. De burgemeester kan de in het eerste lid bedoelde vertegenwoordiging opdragen aan een door hem aan te wijzen persoon.

De hier beschreven bevoegdheid van de burgemeester is een formele vertegenwoordigingsbevoegdheid, een uitvoerende bevoegdheid. De vertegen-

Ondertekening

woordiging bij het aangaan van overeenkomsten ziet op de ondertekening. Immers de rechtspersoon gemeente, partij bij de overeenkomst, heeft een natuurlijk persoon nodig om handelingen te verrichten. De wet draagt deze vertegenwoordiging van de gemeente op aan de burgemeester.

Het is echter voor de burgemeester niet altijd doenlijk om alle gemeentelijke contracten te ondertekenen. Vandaar dat de burgemeester dit in de praktijk vaak deels door anderen zal laten doen; de burgemeester draagt op zijn beurt de vertegenwoordiging (lees: ondertekening) dan op aan een door hem aan te wijzen persoon. Dit kan een persoon zijn binnen de gemeentelijke organisatie, maar ook daarbuiten, bijvoorbeeld een notaris. In de wet wordt de term ‘opdragen’ gebruikt, om aan te geven dat er – anders dan normaliter bij mandaat, volmacht en machtiging het geval is – ook sprake is van een *verplichting* tot handelen, en niet slechts van een bevoegdheid.

Geen
constitutief
vereiste

Zoals in § 1.2.3 is aangegeven, komt een overeenkomst tot stand op het moment dat er tussen partijen wilsovereenstemming bestaat. Dat betekent dat het moment waarop het college, dat bevoegd is om te besluiten tot het aangaan van de overeenkomst, met het aanbod van de wederpartij heeft ingestemd, en deze instemming de wederpartij heeft bereikt, in materiële zin sprake is van een overeenkomst. Dit is ook zo in het omgekeerde geval, als het college heeft besloten om een aanbod te doen en dit door de wederpartij is aanvaard. De ondertekening van de overeenkomst door partijen is in die zin geen constitutief vereiste voor het aannemen van het bestaan van een bindende overeenkomst.

4.4 Delegaats, mandaat, volmacht en machtiging

4.4.1 Inleiding

Terminologie

Hiervoor hebben we gezien dat de interne besluitvorming binnen de gemeente tot het aangaan van een overeenkomst in beginsel in handen ligt van het college en dat de burgemeester het contract ondertekent. Het is mogelijk om de bevoegdheden die de Gemeentewet aan de verschillende bestuursorganen toekent in handen te leggen van andere personen. Het staats- en bestuursrecht maakt in dit verband onderscheid tussen delegatie en mandaat. In beide gevallen hebben we het over de bevoegdheid tot het nemen van besluiten. Regels voor delegatie en mandaat van bestuursbevoegdheden zijn te vinden in de Awb en in de Gemeentewet. Bij het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen spreken we van volmacht. Het BW bevat algemene regels

voor volmachtverlening, maar in de Awb is bepaald dat de bepalingen uit de Awb over mandaat van overeenkomstige toepassing zijn.

Daarnaast komt in de wetgeving de term *machtiging* voor. In art. 168 lid 1 Gemeentewet wordt deze term gebruikt als een overkoepelende term voor mandateren, het geven van volmacht en het machtigen tot het uitoefenen van feitelijke bevoegdheden. In art. 10:12 Awb wordt de term machtiging gebruikt voor het machtigen tot het verrichten van feitelijke handelingen, ter onderscheiding van mandaat en volmacht. Feitelijke handelingen zijn geen privaatrechtelijke rechtshandelingen of besluiten als bedoeld in art. 1:3 Awb. Feitelijke handelingen zijn bijvoorbeeld het geven van informatie, het uitbrengen van advies, het blussen van branden en het bijhouden van de administratie.

4.4.2 Delegatie

Niet aan
onderge-
schikten

Van delegatie is sprake wanneer de bevoegdheid tot het nemen van een besluit wordt overgedragen aan een ander bestuursorgaan dat die bevoegdheid onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent (art. 10:13 Awb). Door delegatie gaat de bevoegdheid daadwerkelijk over naar het aangewezen orgaan; degene die de bevoegdheid delegeert is deze dan ook kwijt (zie art. 10:17 Awb). Delegatie kan niet plaatsvinden aan ondergeschikten (zie art. 10:14 Awb); het college kan dus geen bevoegdheden delegeren aan ambtenaren. Delegatie mag alleen maar plaatsvinden indien de bevoegdheid daartoe in de wet zelf is voorzien. Voor bevoegdheden van het college is aldus in art. 165 Gemeentewet voorzien in de mogelijkheid om deze te delegeren aan door het college ingestelde bestuurscommissies en aan het dagelijks bestuur van een deelgemeente. Een en ander onder het voorbehoud dat de aard van de bevoegdheid zich daartegen niet verzet. Dit brengt mee dat het college op grond van art. 165 Gemeentewet zijn bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten kan overdragen. Art. 165 lid 3 Gemeentewet bepaalt nog wel dat de raad over een ontwerp-besluit tot delegatie van bevoegdheden zijn wensen en bedenkingen kenbaar moet kunnen maken. Lid 2 van art. 165 Gemeentewet regelt dat delegatiebesluiten voldoende kenbaar zijn.

Wettelijke
grondslag

4.4.3 Mandaat

Geen
privaat-
werking

Voor de praktijk van groot belang is de mogelijkheid om bevoegdheden *in naam* van het bevoegde bestuursorgaan te laten uitoefenen door een ander.

Dan is sprake van mandaat (zie art. 10:1 Awb). Het in mandaat genomen besluit geldt dan nog steeds als een besluit van het bestuursorgaan bij wie de wetgever de bevoegdheid heeft neergelegd (art. 10:2 Awb). De mandaatgever blijft ook zelf bevoegd om de bevoegdheid uit te oefenen (zie art. 10:7 Awb). Anders gezegd: mandaatverlening heeft geen privatieve werking. Mandaat is bij uitstek geschikt om ambtenaren in te zetten in het besluitvormingsproces. Voor mandaat is geen wettelijke grondslag vereist. Wel kan in specifieke gevallen de wetgever mandaat verbieden of zou de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaatverlening kunnen verzetten (zie art. 10:3 Awb, dat ook nog een aantal specifieke belemmeringen voor mandaat bevat die hier verder niet aan de orde zijn).

Het college kan de bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van een overeenkomst aldus mandateren aan een ambtenaar of aan een wethouder of de burgemeester (zie voor deze laatste mogelijkheden expliciet art. 168 Gemeentewet).

Onder- tekenings- mandaat

Van mandaat is bijvoorbeeld sprake indien binnen een gemeente het hoofd van de Afdeling Grondzaken namens het college besluit tot het verkopen van grond die in eigendom is bij de gemeente. Het hoofd van de Afdeling Grondzaken kan ook bevoegd zijn gemaakt om namens het college het besluit tot de grondverkoop te ondertekenen. Dan is slechts sprake van een ondertekeningmandaat; het besluit tot het aangaan van de overeenkomst wordt dan nog steeds door het college zelf genomen (zie daarover art. 10:11 Awb). Let wel: deze *ondertekening van het besluit* moet worden onderscheiden van de ondertekening van de overeenkomst zelf.

Ondermandaat

Op grond van art. 10:9 Awb kan de mandaatgever toestaan dat ondermandaat wordt verleend. Onder ondermandaat moet worden verstaan de figuur dat de gemandateerde op zijn beurt mandaat verleent aan een ander. Voor het ondermandaat is de toestemming van de oorspronkelijke mandaatverlener noodzakelijk. Gesteld dat het college het besluiten tot het aangaan van bepaalde overeenkomst aan het hoofd van de Afdeling Grondzaken heeft gemandateerd, dan mag deze op zijn beurt mandaat verlenen aan één van zijn ambtenaren, maar dan moet het college hiervoor wel toestemming hebben verleend. Deze toestemming kan overigens ook op een later moment dan bij de oorspronkelijke mandaatverlening worden gegeven.

Een algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend; voor een mandaat

aan een ondergeschikte in een concreet geval geldt de schriftelijkheidseis niet (zie art. 10:5 lid 2 Awb). Het is echter aan te raden om ook een dergelijk mandaat in verband met de kenbaarheid wel schriftelijk te verlenen.

De Gemeentewet geeft geen speciale regels voor de bekendmaking van mandaatsbesluiten. Een algemeen mandaatsbesluit is een besluit van algemene strekking en daarvoor bevat de Algemene wet bestuursrecht bekendmakingsregels (publicatie in een van gemeentewege uitgegeven blad, of een ander dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad etc., zie art. 3:42 lid 2 Awb); een schriftelijk mandaat voor een concreet geval dient te worden bekendgemaakt aan de betrokken personen (zie art. 3:41 Awb).

Het moet duidelijk zijn wie binnen de gemeentelijke organisatie bevoegd is om te besluiten tot het aangaan van bepaalde overeenkomsten. Leg die bevoegdheid op schrift vast.

4.4.4 Volmacht

Volmacht is aldus art. 3:60 lid 1 BW, de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten. Een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling treft in haar gevolgen de volmachtgever (art. 3:66 lid 1 BW). In art. 171 lid 2 Gemeentewet is aangegeven dat de burgemeester, die zelf bevoegd is om de gemeente te vertegenwoordigen, aan andere personen kan opdragen dit in zijn plaats te doen. De burgemeester is daarmee als orgaan van de rechtspersoon gemeente bevoegd gemaakt om aan anderen opdracht te verlenen de overeenkomst te ondertekenen. In de praktijk wordt hiertoe een volmacht verleend.

Schakelbepaling van art. 10:12 Awb

Indien vertegenwoordiging bij het sluiten van overeenkomsten aan de orde is, is als uitgangspunt op grond van de schakelbepaling van art. 10:12 Awb de mandaatregeling van toepassing. Op grond van art. 10:12 Awb is de afdeling met betrekking tot mandaatverlening van overeenkomstige toepassing indien een bestuursorgaan aan een ander, werkzaam onder zijn verantwoordelijkheid, volmacht verleent tot het verrichten van privaatrechtelijke handelingen, of machtiging verleent tot het verrichten van handelingen die noch een besluit, noch een privaatrechtelijke rechtshandeling zijn. Achtergrond van deze bepaling is dat het ongewenst zou zijn als de regeling van mandaat en

volmacht binnen een bestuursorgaan verschillend zou zijn. Een bestuursorgaan zou zich er niet altijd van bewust zijn of krachtens mandaat of volmacht wordt gehandeld. In geval van volmacht door de gemeente aan ondergeschikten derogeren de bepalingen van de afdeling over mandaat dus aan die van titel 3 van het BW, handelend over de volmacht. Dat neemt niet weg dat die titel, voor zover niet met de bepalingen over mandaat in strijd, toepassing kan vinden (wel in strijd met de mandaatregels zijn bijvoorbeeld de artikelen 3:64 BW en 3:74 BW). De precieze betekenis hiervan is overigens niet duidelijk.

Ondergeschikten

Van belang is nog op te merken dat art. 10:12 Awb uitsluitend betrekking heeft op het verlenen van volmacht als het gaat om volmacht aan personen werkzaam onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Bij de verlening van een volmacht aan een derde wordt hierna nog kort apart stilgestaan.

Vormvoorschriften

Evenals het geval is bij mandaat geldt bij volmachtverlening dat deze geen privatieve werking heeft: de volmachtgever blijft bevoegd om zelf de rechtshandeling te verrichten. Een volmacht kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden verleend (art. 3:61 lid 1 BW). De verlening van volmacht (een eenzijdige gerichte rechtshandeling) is in beginsel vormvrij, echter op grond van art. 10:12 BW onderhevig aan dezelfde vormvoorschriften als mandaat.

Doorgeven volmacht

Op grond van art. 10:9 Awb wijkt het regime van volmacht bij de overheid af van het BW, nu in het BW als uitgangspunt is neergelegd dat de gevolmachtigde niet bevoegd is de volmacht aan een ander te verlenen (noch bij een bijzondere, noch bij een algemene volmacht). Slechts in drie limitatief opgesomde gevallen wordt daar van dit uitgangspunt afgeweken (art. 3:64 aanhef en sub a, b en c BW). Uitgangspunt van de mandaatsregeling in de Awb is juist dat ondermandaat mogelijk is.

Volmacht aan een derde

Notaris of andere niet-ondergeschikte

In de praktijk komt het vaak voor dat een gemeente volmachten verleent aan (een medewerker van) de notaris om haar (de gemeente) te vertegenwoordigen bij het passeren van een akte van levering bij de koop/verkoop van grond. Art. 10:12 Awb laat onverlet dat volmacht wordt verleend aan niet-ondergeschikten, waarbij dus de regeling van titel 3.3 BW integraal van toepassing is. Alsdan geldt dus wel de bepaling van art. 3:64 BW dat de gemachtigde in beginsel niet bevoegd is de volmacht aan een ander 'door te geven'.

Wees er alert op dat voor het in de contractuele sfeer bevoegd maken van een ambtenaar een mandaatbesluit nodig is, waarmee hij bevoegd is om namens het college te besluiten tot het aangaan van de overeenkomst, en een volmachtbesluit dat hem bevoegd maakt om de overeenkomst voor de gemeente namens de burgemeester te ondertekenen.

Het is belangrijk dat de mandaat- en volmachtbesluiten binnen de gemeente helder en toegankelijk zijn, anders zou de schijn van vertegenwoordigingsbevoegd wel eens aan de gemeente tegengeworpen kunnen worden. Houd een register bij, waarin alle mandaatsbesluiten en volmachten zijn opgenomen, zodat een gemakkelijke toegankelijkheid ervan wordt gewaarborgd. De ambtenaar dient jegens de potentiële contractpartij duidelijk aan te geven tot hoever zijn mandaat/volmacht reikt.

4.5 Bevoegdheidsgebreken: wanneer is de gemeente toch gebonden?

4.5.1 Inleiding

Onbevoegd
tot besluiten
of tot
ondertekenen

Zowel bij de interne bevoegdheid tot het nemen van een besluit om de overeenkomst aan te gaan als bij de bevoegdheid om de gemeente terzake van het sluiten van de overeenkomst te vertegenwoordigen kan zich de situatie voordoen dat aan de zijde van de gemeente wordt opgetreden door een persoon die daartoe niet bevoegd is. Vaak komen beide soorten bevoegdheidsproblemen in combinatie voor.

Stel, een ambtenaar of een wethouder heeft mandaat om namens het college voor de gemeente te besluiten tot het aankopen van kunst tot een bedrag van € 500.000,- en is tevens gevolmachtigd om dergelijke overeenkomsten namens de burgemeester te ondertekenen. Wanneer hij zijn mandaat en volmacht om tot € 500.000,- kunst in te kopen voor het gemeentehuis heeft overschreden, komt er in beginsel geen overeenkomst tot stand tussen de gemeente en de verkoper. Er is immers geen sprake van een bevoegd genomen besluit tot het aangaan van een overeenkomst en daarmee ook niet van een bevoegd aangegane overeenkomst.

Op twee manieren kan de gemeente, ondanks de bevoegdheidsoverschrijding, toch gebonden zijn aan de overeenkomst. In de eerste plaats kan de ge-

meente gebonden worden als de onbevoegd verrichte rechtshandeling wordt bekrachtigd (zie hierover § 4.5.2). In de tweede plaats kan er gebondenheid voor de gemeente ontstaan als haar wederpartij er op grond van gedragingen of verklaringen van de gemeente op mocht vertrouwen dat de onbevoegd optredende ambtenaar of wethouder bevoegd was (zie hierover § 4.5.3). In beide gevallen wordt aldus toch het bestaan van een overeenkomst aangenomen, waarvan de wederpartij nakoming kan vorderen.

Indien bij een onbevoegd optreden door een wethouder of een ambtenaar niet tot het bestaan van een overeenkomst wordt geconcludeerd, dan is het mogelijk dat de gemeente uit onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gehouden. Daarop wordt in § 4.5.4 ingegaan.

4.5.2 Bekrachtiging

In de eerste plaats kan de gemeente gebonden worden als zij de onbevoegd verrichte rechtshandeling heeft bekrachtigd. Hoewel dit niet in de regeling in de Awb inzake mandaat is bepaald, wordt in het publiekrecht aangenomen dat het bevoegde bestuursorgaan een door een andere persoon in zijn organisatie onbevoegd genomen besluit voor zijn rekening kan nemen. Voor de volmacht is in art. 3:69 BW uitdrukkelijk in de mogelijkheid van bekrachtiging voorzien. De ratio van bekrachtiging is dat er geen redelijk belang mee is gemoeid dat een rechtshandeling niet aan de volmachtgever wordt toegerekend, terwijl hij dat wel wenst. De bekrachtiging brengt in beginsel mee dat het vertegenwoordigend handelen geacht wordt rechtsgeldig te zijn verricht. Bekrachtiging is dus iets tussen de vertegenwoordigde en de wederpartij. De vertegenwoordiger staat daar buiten.

Geen
gevolg

Op grond van art. 3:69 lid 3 BW heeft de bekrachtiging geen gevolg, indien op het tijdstip waarop zij geschiedt, de wederpartij reeds te kennen heeft gegeven dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt. Dit geldt evenwel niet indien de wederpartij op het tijdstip dat zij handelde heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat geen toereikende volmacht was verleend. Onbevoegdheid van de vertegenwoordiger brengt onzekerheid mee voor de wederpartij. Zal de vertegenwoordigde wel of niet de rechtshandeling bekrachtigen? Aan de onzekerheid moet de wederpartij een einde kunnen maken. Krachtens art. 3:69 lid 4 BW kan een onmiddellijk belanghebbende aan de vertegenwoordigde een redelijke termijn voor bekrachtiging stellen. Als de gestelde redelijke termijn verstrijkt zonder dat de 'pseudo'-volmachtgever de rechtshandeling heeft bekrachtigd, dan vervalt deze mogelijkheid. De rechtshandeling is dan definitief ongeldig.

Termijnstelling

4.5.3 Aan de gemeente toerekenbare schijn van bevoegdheid

Bij mandaat
en bij
volmacht

In de tweede plaats kan de gemeente de schijn hebben gewekt dat de onbevoegd optredende persoon bevoegd was om te handelen. Ten aanzien van de volmacht is dit neergelegd in art. 3:61 lid 2 BW). Dit artikel eist, dat degene in wiens naam is gehandeld zelf de schijn van aanwezigheid van bevoegdheid heeft gewekt. Wanneer sprake is van ondertekening door een onbevoegde persoon, zou toepassing van deze bepaling er dus op neerkomen dat de burgemeester de schijn van bevoegdheid heeft gewekt. Bij het onbevoegd pretenderen dat sprake is van een bevoegdheid om te besluiten tot het aangaan van een overeenkomst, geldt deze bepaling strikt genomen niet, omdat dan geen sprake is van het optreden buiten volmacht maar van optreden buiten mandaat. Na analogie kan dan echter op grond van het vertrouwensbeginsel een vergelijkbare redenering worden gehanteerd. In dat geval is van belang in hoeverre het college verantwoordelijk is voor de schijn van bevoegdheid.

Toedoen
beginsel

Zonder een 'toedoen' van de zijde van de bevoegde organen in de gemeente zal de wederpartij in principe niet worden beschermd. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is overigens buiten situaties waarin de overheid betrokken is, ook wel aangenomen dat *zonder toedoen* van de achterman toch sprake kan zijn van een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid (zie HR 3 februari 2012, LJN: BU4909 Fujitsu/Exel).

Havenbedrijf
Rotterdam

In de jurisprudentie wordt niet snel aangenomen dat er sprake is van toerekenbare schijn. Een interessant voorbeeld biedt het arrest van het Hof Amsterdam van 30 juni 2009, LJN: BJ0850 waarin de vraag aan de orde was of de gemeente Rotterdam werd gebonden door het eigenmachtig optreden van de directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (destijds een gemeentelijke dienst). Na analyse van de gemeentelijke mandaat- en volmachtregelingen, moest worden geconcludeerd dat de directeur niet bevoegd was om de gemeente contractueel te binden op het punt van de in het geding zijnde borgtochten. De wederpartij van de gemeente had vervolgens allerlei omstandigheden aangevoerd die het bestaan van door toedoen van de gemeente opgewekte schijn moesten onderbouwen (Bijvoorbeeld: de positie van de directeur als het boegbeeld en ongekroonde koning van de Rotterdamse haven met wie, naar iedereen in binnen- en buitenland wist, zaken gedaan moest worden, welke positie door de gemeente werd gecultiveerd dan wel in stand gehouden; maar ook dat de

gemeente zich bij de onderhandelingen heeft doen vertegenwoordigen door die directeur, eerder bevoegdheidsoverschrijdingen van die directeur ook zouden zijn toegelaten en van de zijde van de gemeente steeds de indruk was gewekt dat de directeur bevoegd was om de borgtochten aan te gaan.) Het Hof oordeelde echter dat de wederpartij van de gemeente redelijkerwijs niet had mogen aannemen dat de directeur in casu bevoegd was.

Kenbaarheid
bevoegdheden

Van grote betekenis in de jurisprudentie is het oordeel dat de bevoegdheidsverdeling in de Gemeentewet als een heldere bevoegdheidsverdeling wordt gekwalificeerd en dat daaraan in een democratische rechtsstaat groot gewicht toekomt. Dat de zoektocht door mandaat- en volmachtregelingen bepaald ingewikkeld kan zijn, zoals lezing van de hierboven aangehaalde Rotterdamse zaak laat zien, doet daaraan kennelijk niet af. Wanneer de wederpartij van de gemeente een professionele speler is of wordt bijgestaan door een advocaat, is een beroep op opgewekte schijn eigenlijk niet aan de orde.

4.5.4 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

Maatschappelijk
verkeer

Wanneer het bevoegdheidsgebrek aan de zijde van de gemeente tot de conclusie leidt dat geen overeenkomst tot stand is gekomen, is het nog mogelijk dat de gemeente door haar wederpartij wordt aangesproken uit onrechtmatige daad. De stelling is dan dat door de wegens de onbevoegdheid niet tot stand gekomen overeenkomst zodanige verwachtingen zijn gewekt dat het onrechtmatig is om deze te beschamen. In wezen gaat het dan dus om het beschamen van het vertrouwen bij de wederpartij. Voor het aannemen van een dergelijke aansprakelijkheid is het noodzakelijk dat de gedragingen – de onbevoegde overeenkomst – waarop het vertrouwen is gebaseerd in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedragingen van de gemeente. Bij beantwoording van deze vraag komt blijkens de jurisprudentie niet alleen – zoals bij de hierboven besproken vraag naar de van gemeentewege opgewekte schijn van bevoegdheid wel het geval is – betekenis toe aan gedragingen van de organen die wél bevoegd waren om de gemeente te binden, maar wordt een iets breder perspectief gehanteerd.

Zo werd bijvoorbeeld in het arrest Felix/Aruba, HR 27 november 1992, NJ 1993, 287, ook betekenis toegekend aan de positie en de gedragingen van de onbevoegd handelende functionaris zelf.

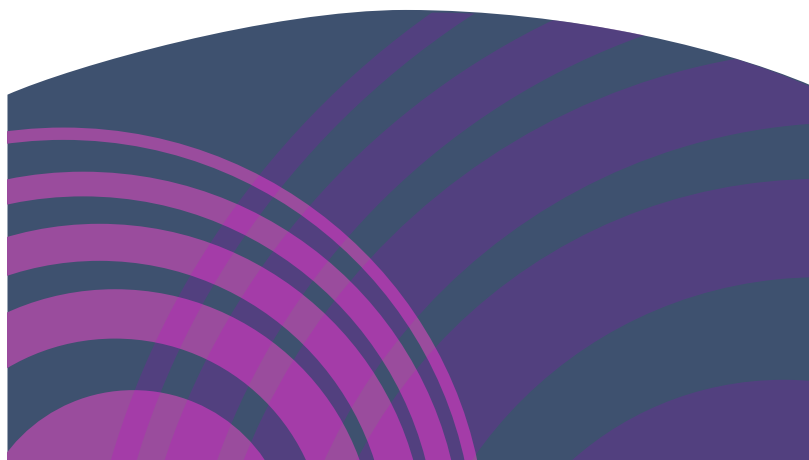
In een arrest van de Hoge Raad inzake een onbevoegd door het Bestuurscollege van het Eilandgebied Sint Eustatius aangegane overeenkomst van 23 december 2011, LJN: BT7487 werd expliciet overwogen dat groot gewicht toekomt aan het feit dat de bestaande bevoegdheidsverdeling onmiskenbaar was en dat daaraan in een democratische rechtsstaat groot gewicht toekomt. Alleen in bijzondere omstandigheden is er ruimte voor het aannemen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vertrouwen dat is gewekt door een onbevoegde vertegenwoordigingshandeling. In casu werden zodanige omstandigheden met name gevonden in het feit dat de overeenkomst een plaats had in de oplossing van een conflict waarin het Eilandgebied in een bijzondere vertrouwenspositie tegenover de conflicterende partijen was komen te staan.

In wezen verschilt de beoordeling van de uit onrechtmatige daad voortvloeiende aansprakelijkheid van de gemeente wegens een onbevoegd aangegane overeenkomst niet van de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens toezeggingen die door functionarissen van de gemeente worden gedaan in het traject voordat een contract tot stand komt. Op de aansprakelijkheid wegens dit soort toezeggingen wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

Samenvatting

Op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet is het college bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. De burgemeester voert enkel het besluit van het college uit door zijn handtekening onder de overeenkomst te zetten. De raad heeft nu als gevolg van de invoering van het duale bestuursstelsel een kaderstellende en controlerende taak. Om de raad in staat te stellen deze taak goed uit te oefenen heeft het college op grond van art. 169 Gemeentewet een informatieplicht jegens de gemeenteraad. In lid 4 van dit artikel wordt deze informatieplicht voor onder meer de bevoegdheid van het college om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen te besluiten nader uitgewerkt. De bevoegdhedenverdeling tussen raad en college bij het aangaan van overeenkomsten door de gemeente speelt onder meer op de volgende terreinen een rol: bij het kenbaar maken van de wensen en bedenkingen door de raad; bij de kaderstelling door de raad en bij de instemming door de raad. Steeds is van belang dat de onderhandelaars de betrokkenheid van de raad (in verschillende hoedanigheden) expliciet moeten meedelen aan de wederpartij om externe werking te verkrijgen.

Het nemen van het besluit tot het aangaan van een overeenkomst kan worden gemandateerd aan een wethouder of aan een ambtenaar. De burgemeester kan volmacht verlenen voor het namens de gemeente ondertekenen van een overeenkomst. Op grond van art. 10:12 Awb zijn de regels uit de Awb van overeenkomstige toepassing indien een bestuursorgaan aan een ondergeschikte volmacht verleent tot het verrichten van privaatrechtelijke handelingen of machtiging verleent tot het verrichten van feitelijke handelingen. Steeds moet men er op bedacht zijn dat de inhoud van het mandaatsbesluit en de volmachtverlening helder moet zijn. Het onbevoegde handelen brengt in beginsel geen gebondenheid van de gemeente met zich mee, maar het bevoegde orgaan kan de onbevoegde bevoegdheidsuitoefening wel bekrachtigen. De gemeente is ook gebonden als de gemeente de schijn heeft gewekt van adequate mandatering of volmachtverlening. Omdat in de jurisprudentie ervan wordt uitgegaan dat de regels omtrent de bevoegdheidsverdeling bij het aangaan van de overeenkomsten helder zijn, wordt niet snel aangenomen dat de gemeente toch gebonden is aan de overeenkomsten. Wanneer er geen sprake is van gebondenheid aan een overeenkomst, kan er onder bijzondere omstandigheden nog wel sprake zijn van een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.



5 De onderhandelingsfase (precontractuele fase)

5.1 Inleiding

Sommige overeenkomsten worden zonder voorafgaande besprekingen gesloten, andere komen eerst na min of meer langdurige onderhandelingen tot stand. Deze onderhandelingsfase – ook wel precontractuele fase genaamd – kent geen regeling in het BW. De rechtspraak hierover is dus van groot belang. Hierna zal eerst in § 5.2 worden ingegaan op de situatie dat voorafgaand aan of in het onderhandelingsproces aan de zijde van de gemeente toezeggingen zijn gedaan met betrekking tot een door de gemeente te sluiten overeenkomst. In § 5.3 wordt de vraag beantwoord of onderhandelingen te allen tijde kunnen worden afgebroken. Vervolgens komt in § 5.4 aan de orde welke consequenties ons recht verbindt aan het afbreken van onderhandelingen en wordt in § 5.5 aandacht besteed aan het belang van het schriftelijk vastleggen van afspraken. In § 5.6 wordt ingegaan op de betekenis van onvoorziene omstandigheden die zich tijdens de onderhandelingen voordoen.

5.2 Toezeggingen

5.2.1 Inleiding

In contacten voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, kunnen van de zijde van de gemeente op verschillende wijze verwachtingen worden gewekt ten aanzien van het tot stand brengen van de overeenkomst. Zo kunnen toezeggingen worden gedaan die zodanig concreet en onvoorwaardelijk zijn, dat de wederpartij van de gemeente daaraan de gerechtvaardigde verwachting mag ontleen dat de overeenkomst tot stand komt. Gebeurt dat toch niet, dan is sprake van het afbreken van onderhandelingen waarvoor de gemeente schadeplichtig kan zijn. Op het afbreken van onderhandelingen wordt in § 5.3 nader ingegaan.

Een complicatie die zich kan voordoen bij toezeggingen is dat zij worden gedaan door personen die niet zelf bevoegd zijn om tot het aangaan van de overeenkomst te besluiten. Onderhandelingen worden immers vaak gevoerd door personen die zelf niet bevoegd zijn het desbetreffende contract te sluiten. Op de betekenis van dergelijke toezeggingen wordt hieronder nader ingegaan.

5.2.2 Onbevoegd gedane toezeggingen: schijn van bevoegdheid

Uitgangspunt:
geen
gebondenheid

Stel, een wethouder zegt toe dat de gemeente een stuk grond zal verkopen aan een projectontwikkelaar. Op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet is het college bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. De vraag rijst of de gemeente aan deze toezegging van de wethouder is gebonden. Uitgangspunt is dat een onbevoegd gedane overheidstoezegging niet leidt tot gebondenheid van de overheid, in die zin dat tussen de gemeente en de projectontwikkelaar een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen.

Toch
juridisch
relevant?

Stel dat in ons voorbeeld de projectontwikkelaar er van mocht uit gaan dat de wethouder in dit geval bevoegd was om die toezegging tot verkoop van de grond te doen. In dat geval zijn er in de jurisprudentie twee lijnen waarlangs wordt geredeneerd om die toezegging toch juridisch relevant te achten. In de ene redenering wordt gebondenheid aangenomen omdat er sprake zou zijn van een overeenkomst. De gedachte is dan dat de wederpartij van de wethouder meende en mocht menen dat de wethouder de toezegging geheel bevoegd had gedaan en de gemeente die schijn van bevoegdheid ook niet heeft weggenomen. Goed beschouwd hebben we dan te maken met de situatie die ook besproken is in § 4.5.3. In de andere redenering is sprake van een onrechtmatige daad doordat een dergelijke toezegging wordt gedaan en

deze niet wordt nagekomen. In beide gevallen zal de niet-nakoming zich in het algemeen vertalen in schadevergoeding.

Schadevergoeding

Voor deze problematiek is het arrest Patelski/Sittard (HR 27 januari 1985, NJ 1985, 559) van belang. De Hoge Raad oordeelde in deze uitspraak dat een al dan niet eenzijdige overheidstoezegging ten minste in die zin bindend is dat, wanneer de overheid haar toezegging niet nakomt, zij in beginsel verplicht is tot schadevergoeding. De gebondenheid van de overheid aan een door haar gedane toezegging staat dus voorop. Met de woorden 'ten minste' wordt naar alle waarschijnlijkheid eveneens bedoeld dat in beginsel ook een vordering tot nakoming tot de mogelijkheden behoort. Zo dit laatste niet (meer) mogelijk is, is de overheid wel verplicht tot het betalen van schadevergoeding.

Gelderland/ Vitesse

Een belangrijk arrest inzake een onbevoegde toezegging is het arrest Provincie Gelderland/Vitesse, HR 25 juni 2010, AB 2010, 334. In deze zaak waren toezeggingen aan de orde van enkele gedeputeerden van de Provincie Gelderland jegens de voetbalclub Vitesse inhoudende dat de Provincie hulp zou bieden bij het verlagen van de huurprijs voor het Gelredome stadion. De bevoegdheid tot het aangaan van privaatrechtelijke contracten lag echter destijds in handen van het college van Provinciale Staten. GS deden conform hun toezeggingen een voorstel omtrent herfinanciering van het stadion aan PS, maar dit voorstel bleek politiek niet haalbaar en werd daarom niet in stemming gebracht. In de onderhavige zaak was vervolgens aan de orde of de Provincie jegens Vitesse onrechtmatig had gehandeld. Daartoe werd eerst vastgesteld dat de gedragingen van de gedeputeerden in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon Provincie hebben te gelden. In dat verband werd van belang geacht dat het initiatief voor het overleg waaruit de toezeggingen voortvloeien afkomstig was van de gedeputeerden, dat het overleg had plaatsgevonden op het Provinciehuis en dat de Provincie bij de uitkomst van het overleg zelf een aanzienlijk belang had terwijl bovendien een prominente rol in het geheel werd vervuld door een gedeputeerde met de portefeuille financiën die de onderhavige aangelegenheid bij uitstek aanging.

De Hoge Raad stelt voorop dat de bevoegdheidsverdeling in de Provinciewet onmiskenbaar is, dat daaraan in een democratische rechtsstaat groot gewicht toekomt en dat daarmee een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens vertrouwen dat is gewekt door een onbevoegd verrichte

handeling niet gemakkelijk te rijmen is. Bovendien is van belang dat Vitesse c.s. hooggekwalificeerde professionals zijn en dat Vitesse wist dat het overleg op zeer korte termijn was afgesproken en het geen provinciale taak is om betaald voetbal te financieren. Een en ander brengt volgens de Hoge Raad mee dat er alleen in bijzondere omstandigheden plaats is om een onrechtmatige daad van de Provincie jegens Vitesse aan te nemen. De Hoge Raad meent echter dat er sprake is van zodanig bijzondere situatie, onder meer omdat er sprake was van een crisissituatie met een hoge tijdsdruk, het initiatief is genomen door een gedeputeerde, de toezegging plaatsvond op het Provinciehuis en de gedeputeerde gedetailleerde instructies gaf. Aldus concludeert de Hoge Raad dat de Provincie Gelderland aansprakelijk is uit onrechtmatige daad wegens deze onbevoegd door gedeputeerden gedane toezeggingen.

Een toezegging is volgens de Hoge Raad aldus tenminste in die zin bindend dat, als deze niet wordt nagekomen, schadevergoeding moet worden betaald. Wanneer de toezegging wordt gedaan door bijvoorbeeld de wethouder die tevens de portefeuillehouder is, dan zal de gemeente nog eerder gebonden zijn dan wanneer hij die hoedanigheid niet heeft.

Indien een wethouder (of een burgemeester, directeur van een dienst enz.) niet bevoegd is tot het aangaan van een overeenkomst te besluiten, kan een toezegging hierover op grond van schijn van bevoegdheidverlening tot gebondenheid van de gemeente leiden. Ook mogelijk is dat een onbevoegdgedane toezegging tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad leidt. Het verdient aanbeveling dat onderhandelaars altijd duidelijk maken dat de wederpartij er rekening mee moet houden dat het tot beslissing bevoegde gezag een ander standpunt kan innemen.

5.3 Afgebroken onderhandelingen

5.3.1 Inleiding

Kernvraag van deze paragraaf is of een partij te allen tijde vrij is om de onderhandelingen af te breken. Zo neen, welke gevolgen zijn verbonden aan het afbreken ervan?

Stel, de gemeente X (= grondeigenaar) is in onderhandeling met aannemer A in verband met het voornemen tot het bouwen van 2 extra verdiepin-

gen bovenop het bestaande gemeentehuis. Om vast te stellen of de bouw van deze extra verdiepingen mogelijk is, verricht een ingenieursbureau in opdracht van aannemer A een onderzoek naar de mogelijke technische constructies. De kosten van dit onderzoek bedragen € 175.000. Uit het onderzoek blijkt dat de bouw van de extra verdiepingen mogelijk is. Uiteindelijk komen partijen niet tot overeenstemming. Aannemer A claimt de kosten van het onderzoek bij de gemeente. Moet de gemeente deze kosten vergoeden?

5.3.2 Redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Gerechtigde
belangen van
de wederpartij

Partijen kunnen afspraken maken over de kosten die tijdens de onderhandelingsfase worden gemaakt (zie hierover § 5.4.1). Zo kunnen de gemeente en de aannemer in het hierboven gegeven voorbeeld hebben afgesproken dat ieder de eigen kosten draagt. Maar wat nu als zij dit niet hebben gedaan? De regels uit de rechtspraak moeten uitsluitsel geven. Uitgangspunt is dat degenen die met elkaar in onderhandeling treden, verplicht zijn hun gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander (Baris/Riezenkamp, HR 15 november 1957, NJ 1958, 67). Met andere woorden, de onderhandelingsfase wordt beheerst door de open norm van de redelijkheid en billijkheid. Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat partijen elkaar gedurende de onderhandelingen behoren in te lichten. Anderzijds is ook iedere partij gehouden om binnen zekere grenzen onderzoek te doen, teneinde te voorkomen dat men op basis van een onjuiste vaststelling van zaken contracteert.

Inbreuk op
contracts-
vrijheid

De regel uit het arrest Baris/Riezenkamp kan meebrengen dat eenmaal begonnen besprekingen niet meer zonder meer mogen worden afgebroken. Met het arrest Plas/Valburg (HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723) heeft de Hoge Raad een belangrijke impuls gegeven aan de rechtsontwikkeling op het punt van de afgebroken onderhandelingen. In dit arrest is door de Hoge Raad uitdrukkelijk aangegeven dat onder omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen over een overeenkomst kan leiden tot een verplichting om aan de wederpartij een schadevergoeding te betalen. Bedacht moet worden dat daarmee een inbreuk op het in het privaatrecht zo belangrijke beginsel van de contractsvrijheid wordt aanvaard; volledige contractsvrijheid zou immers impliceren dat onderhandelingen altijd eenzijdig zouden mogen worden afgebroken.

Naar aanleiding van de jurisprudentie kunnen in hoofdzaak twee situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats is er de situatie dat de onderhandelingen niet meer rechtmatig kunnen worden afgebroken (zie daarover § 5.3.3). Ten tweede kan er sprake zijn van een situatie waarin de onderhandelingen over een overeenkomst nog wel kunnen worden afgebroken, maar dat de afbrekende partij haar onderhandelingspartner een schadevergoeding moet betalen (zie daarover § 5.3.4). Opmerking verdient dat deze situaties van elkaar moeten worden onderscheiden, maar dat niet noodzakelijkerwijs sprake is van chronologisch op elkaar volgende fasen in het onderhandelingsproces. Het totstandkomingsproces van een overeenkomst heeft immers een dynamisch karakter. Daarin kan een moment ontstaan waarin er een zodanig stadium van overeenstemming over hoofdpunten van de overeenkomst is bereikt (zie hierna) dat een partij niet meer uit de onderhandelingen kan stappen, maar in het vervolg van de onderhandelingen kunnen zich dan weer omstandigheden voordoen waardoor toch geen overeenstemming wordt bereikt. Dan kan het op dat moment alsnog zijn toegestaan om die onderhandelingen te stoppen.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

abbb

Ook zijn in de precontractuele fase de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang, getuige het arrest Zeeland/Hoondert (HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542). In deze zaak verdedigde de provincie Zeeland de stelling dat de overheid niet onverkort is gehouden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten de door de goede trouw beheerste rechtsverhoudingen, zoals door handelingen in de precontractuele sfeer waarin onder andere openbare aanbesteding, het stellen van bestekbepalingen en gunningen kunnen verkeren. Althans, dan zou slechts een marginale toetsing zijn aangewezen. De Hoge Raad oordeelt echter anders en overweegt dat:

‘(...) in art. 3:14 BW tot uitdrukking is gebracht dat de overheid bevoegdheden die haar naar burgerlijk recht toekomen, zoals hier de bevoegdheid tot aanbesteding en gunning van een werk – niet mag uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht. Dit brengt mee dat de rechter deze bevoegdheidsuitoefening, onverschillig of er al dan niet sprake is van een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, dient te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.’

In dit arrest kwam de rechter tot het oordeel dat de provincie Zeeland in strijd

met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur had gehandeld door het werk niet aan Hoondert te gunnen op de enkele grond dat Hoondert niet bij de Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid was aangesloten. Het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zijn dus van groot belang (zie hierover ook § 3.4.2).

5.3.3 Situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan

Vertrouwens-
bescherming

In de jurisprudentie worden twee soorten situaties aangeduid waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan. De belangrijkste categorie betreft de situatie waarin er sprake is van een *rechts relevant vertrouwen dat uit de onderhandelingen enigerlei contract zal voortvloeien*. De jurisprudentie over de vraag wanneer dat precies het geval is, is sterk casuïstisch. In het arrest JPO/CBB (HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467) heeft de Hoge Raad aangegeven dat 'een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf' moet worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Van belang is in ieder geval dat partijen het over de essentialia van de overeenkomst eens zijn. Daarmee is overigens het onderscheid met de situatie waarin mag worden aangenomen dat al een overeenkomst tot stand is gekomen niet altijd heel scherp te maken.

Andere
omstandigheden

De andere categorie situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan, betreft de meer algemeen aangeduide situaties waarin *wegens andere omstandigheden* het afbreken van onderhandelingen *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* onaanvaardbaar is. Deze categorie is nog minder omljnd. In de literatuur wordt als relevante omstandigheid wel genoemd het belang dat met de totstandkoming van de overeenkomst is gemoeid.

Door-onder
handelen

In de situatie waarin niet is toegestaan om de onderhandelingen af te breken, kunnen twee verschillende vorderingen worden ingesteld. Gevorderd kan worden dat de partij die uit de onderhandelingen stapt, wordt verplicht om *door te onderhandelen*. Een dergelijke verplichting moet niet worden begrepen als een verplichting om een contract te sluiten (dat zou een resultaatsverplichting zijn), maar als een verplichting om zich in te spannen om tot overeenstemming te komen met de wederpartij, een inspanningsverplichting dus. De rechter zal niet tot het opleggen van een dergelijke verplichting overgaan

indien het niet zinvol is om door te gaan met de onderhandelingen, bijvoorbeeld omdat er al een contract met een derde is gesloten of omdat nakoming van de overeenkomst niet meer mogelijk zou zijn.

Schade
vergoeding

De teleurgestelde partij kan ook kiezen voor een *schadevergoeding*. Daarbij kan worden gedacht aan verschillende schadeposten zoals kosten die voor het verwerven van de overeenkomst zijn gemaakt (kosten voor acquisitie, ontwerpen, advisering) maar ook gederfde winst. In dit verband wordt wel onderscheiden tussen het *negatief contractsbelang* en het *positief contractsbelang*.

Negatief
of positief
contractsbelang

Bij het negatief contractsbelang wordt de teleurgestelde partij in de positie gebracht als ware hij niet in deze precontractuele verhouding beland (daarbij kan worden meegenomen de winst die deze partij is misgelopen doordat hij niet met anderen heeft gecontracteerd). Bij een positief contractsbelang gaat het erom dat de teleurgestelde partij in de situatie wordt gebracht als ware het contract gesloten (dan wordt de winst die met het doorgaan van het contract zou zijn behaald een vergoedingspost). Meestal wordt slechts het negatief contractsbelang vergoed.

5.3.4 Situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen wel is toegestaan onder toekenning van een schadevergoeding aan de wederpartij

Grondslag?

Wanneer geen sprake is van de hierboven geschetste vertrouwenssituatie of van andere relevante omstandigheden, zijn partijen in beginsel vrij om zich uit de onderhandelingen terug te trekken; dit volgt uit het beginsel van contractsvrijheid. Toch is in de jurisprudentie aangenomen dat het ook in een dergelijk geval nodig kan zijn dat aan de teleurgestelde partij een schadevergoeding wordt betaald. Over de grondslag van deze schadevergoedingsplicht wordt overigens in de literatuur wel getwist (gaat het om een 'gewone' onrechtmatige daad, om een schadevergoeding als rechtvaardigingsgrond voor een in beginsel onrechtmatig handelen, of om een verplichting op basis van de redelijkheid en billijkheid?). Voor de praktijk is deze grondslagendiscussie niet echt van belang.

De vraag welke posten in een dergelijk geval voor vergoeding in aanmerking komen, laat zich in deze gevallen niet eenduidig beantwoorden. De jurisprudentie is erg casuïstisch. Vergoeding van het positief contractsbelang ligt in ieder geval niet sterk in de rede. Vaak zal het er op aankomen dat de teleurgestelde partij aangeeft dat hij meer kosten heeft gemaakt om de positie van contractspartner te verwerven dan normaliter van hem zou kunnen worden

verwacht. Daarbij kan een rol spelen dat zijn onderhandelingspartner van hem bepaalde activiteiten heeft gevraagd die die extra kosten met zich hebben gebracht.

5.3.5 Vastlegging punten van overeenstemming

Punten van
overeen-
stemming

In de praktijk is het niet eenvoudig om te bepalen op welk moment de onderhandelingen niet meer mogen worden afgebroken. Wel is duidelijk dat het beginsel van contractsvrijheid meebrengt dat niet te snel mag worden geconcludeerd dat een situatie is ontstaan waarin sprake is van rehtens relevant vertrouwen dat uit de onderhandelingen enigerlei contract zal voortvloeien zodat die onderhandelingen niet meer zouden mogen worden afgebroken. Het verdient aanbeveling duidelijk vast te leggen waarover (op welke punten) er overeenstemming is bereikt. Op deze wijze kan de gemeente de stelling van de wederpartij pareren dat zij er tijdens de onderhandelingen gerechvaardigd op heeft mogen vertrouwen ‘dat in ieder geval enigerlei contract tot stand zou komen’. Er kunnen zich echter ook situaties voordoen waarbij uit het oogpunt van onderhandelingsstactiek het voor de gemeente juist niet opportuun is om de bereikte resultaten vast te leggen, omdat schriftelijke vastlegging geen ruimte meer biedt – zonodig – op bepaalde punten terug te komen.

Het kan verstandig zijn om tijdens de onderhandelingsprocedure steeds duidelijk vast te leggen over welke punten overeenstemming is bereikt. Het is echter niet altijd, met name wanneer langdurige onderhandelingen zeer stroef verlopen, gewenst bereikte resultaten uit het oogpunt van onderhandelingsstactiek vast te leggen, omdat dit geen ruimte biedt om er – zonodig – op terug te komen.

Bij meerdere concept-overeenkomsten is het raadzaam deze te nummeren of van een datum te voorzien, zodat bij onderhandelingen of besprekingsverslagen daar naar kan worden terugverwezen.

5.4 Schriftelijk vastleggen van afspraken

5.4.1 Voorovereenkomst

Voorover-
eenkomst

Nu de wet geen afzonderlijke regeling geeft voor de aansprakelijkheid vanwege afgebroken onderhandelingen, verdient het aanbeveling dat de gemeente hierover afspraken maakt. Dergelijke afspraken kunnen worden neergelegd in een voorovereenkomst of intentieovereenkomst, maar in de

praktijk worden deze afspraken veelal in een verslag neergelegd. Het is aan te raden dit verslag vervolgens in een volgende bespreking te laten accorderen. Worden de afspraken in een voorovereenkomst opgenomen, dan kan worden vastgelegd welk doel partijen willen bereiken en tot welke inspanningen zij zich in deze fase verplichten. Daarbij dient te worden bedacht dat een voorovereenkomst in de regel een afdwingbare overeenkomst is. Gebruik van opschriften als 'intentieverklaring' of 'letter of intent' hoeft niet weg te nemen dat mag worden aangenomen dat partijen zich contractueel hebben willen verbinden tot hetgeen in die voorovereenkomst is vastgelegd. In deze voorovereenkomst kunnen allerlei zaken worden geregeld. Zo kunnen afspraken worden gemaakt over de voorwaarden waaronder partijen de onderhandelingen kunnen afbreken en de wijze waarop kosten die zijn gemaakt worden verrekend. Verder valt te denken aan een geheimhoudingsplicht met betrekking tot tijdens de onderhandelingen verstrekte informatie. Partijen kunnen eveneens in de voorovereenkomst vastleggen dat er een geheimhoudingsplicht is over het feit dat partijen in onderhandeling zijn. In het kader van de Wob is het relevant dat – indien geen beroep kan worden gedaan op de uitzonderingen op de verplichte informatieverstrekking – voor geheimhouding een expliciet besluit van het college nodig is (zie hierover § 3.6).

Als het er naar uitziet dat er sprake zal zijn van langdurige onderhandelingen, dan is het raadzaam op voorhand kostenafspraken te maken voor het geval er geen overeenkomst tot stand komt. Zo'n afspraak kan bijvoorbeeld luiden dat iedere partij haar eigen kosten draagt en dat over en weer geen schadevergoeding zal worden gevorderd. Indien partijen geen afspraken hebben gemaakt, dan worden vragen naar bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor geleden schade beheerst door de normen zoals die in de rechtspraak tot stand zijn gekomen (zie § 5.3).

5.4.2 Nut van besprekingsverslagen

Afgezien van de voorovereenkomst is het raadzaam van elke bespreking in het onderhandelingsproces besprekingsverslagen te maken en die vóór de volgende bespreking ter goedkeuring aan de wederpartij voor te leggen. Het is eveneens verstandig de onderhandelingen met twee personen te voeren in verband met de bewijspositie. Zekerheid over zaken die vastliggen speelt niet alleen een rol bij de vraag naar aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen, maar is eveneens van belang in het geval de onderhandelingen geresulteerd hebben in een contract. Bij de vaststelling welke rechten en

Besprekings-
verslagen

Uitleg

verplichtingen – het gaat dan om de uitleg van bepalingen in de overeenkomst – voor partijen uit het contract voortvloeien, zijn de verklaringen (en gedragingen) van partijen in de onderhandelingsfase van groot belang. In de praktijk worden bij grote contracten stukken, zoals onderzoeksrapporten en besprekingsverslagen, die tijdens de onderhandelingen een rol hebben gespeeld, aan de overeenkomst toegevoegd.

Besprekingsverslagen zijn ook van belang in verband met de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht van partijen (zie daarover § 1.2.4). Door vast te leggen welke informatie partijen met elkaar hebben gedeeld, kunnen problemen in een later stadium worden voorkomen.

5.4.3 Duidelijke taal

Duidelijke
taal

In dit verband is het zaak om tijdens onderhandelingen en uiteraard ook in het contract zelf duidelijke taal te bezigen. Het gebruik van eigen – vaak technisch – jargon herbergt het gevaar in zich dat dit jargon door de wederpartij in andere zin wordt opgevat. Het arrest Bunde/Erckens (HR 17 december 1976, NJ 1977, 241) maakt dit voor de gemeente Bunde pijnlijk duidelijk. Het betrof hier een misverstand over de term ‘belastingschade’.

Erckens verkocht in 1961 aan de gemeente Bunde een stuk grond voor fl. 175.000,- vermeerderd met ‘belastingschade’. Achteraf bleek dat partijen aan de term belastingschade ieder een eigen betekenis toekennen. De zaak sleept zich jaren voort (de ene na de andere procedure wordt aangespannen), waarbij uiteindelijk de rechtsvraag was of er tussen de gemeente Bunde en Erckens een koopovereenkomst tot stand was gekomen en zo ja, wat dan de betekenis van de term belastingschade in deze overeenkomst is. Vijftien jaren na totstandkoming van de overeenkomst overweegt de Hoge Raad hierover in zijn arrest van 17 december 1976 dat het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden. Daarbij kan onder meer een rol spelen:

Bunde/Erckens

- de mate waarin een betekenis die een partij aan een term geeft meer voor de hand ligt dan de betekenis die de ander daaraan hecht;
- de eventuele deskundige bijstand die een partij geniet en de gerechtigdheid van de verwachting van de wederpartij dat de deskundige de betekenis van een term kent en de partij die hij bijstaat daaromtrent zal voorlichten;

- een mogelijke vaststaande, technische, betekenis van een term en de gerechtvaardigdheid van de verwachting dat ook de andere partij deze betekenis kent;
- de mate waarin een bepaalde betekenis leidt tot een resultaat dat is te rijmen met hetgeen partijen met de overeenkomst beogen.

In een eerdere procedure tussen Erckens en de gemeente Bunde was al uitgemaakt dat een overeenkomst zoals die door Erckens bedoeld, niet tot stand was gekomen. Na dit arrest van 1976 moest dus nog worden onderzocht of er een overeenkomst tot stand was gekomen met de inhoud gelijk aan de term belastingschade zoals de gemeente Bunde deze voor ogen had. Hierbij ging het dus om de vraag of de gemeente Bunde er op mocht vertrouwen dat Erckens het begrip belastingschade opvatte in de zin zoals deze werd verstaan door de gemeente. Het hof Arnhem en de Hoge Raad (HR 5 december 1986, NJ 1987, 382) oordeelden dat de gemeente dit niet had mogen doen en het gevolg hiervan was dat, naar achteraf moest worden vastgesteld, tussen partijen geen overeenkomst tot stand was gekomen.

De gevolgen waren voor de gemeente desastreus: het stuk grond was inmiddels door de gemeente verkaveld, bouwrijp gemaakt en vervolgens aan derden verkocht die daarop huizen hadden gebouwd. De conclusie moest echter zijn dat Erckens nog steeds eigenaar van de grond was en daardoor eveneens eigenaar was van de huizen die op deze grond zijn gebouwd! Uiteindelijk komt het tot een schikking, waarop Erckens de grond heeft overgedragen aan de gemeente.

Let op het gebruik van heldere taal in besprekingsverslagen en voorovereenkomsten. Gebruik eensluidende definities, die niet voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Het is veelal raadzaam een lijst van definities aan de besprekingsverslagen respectievelijk voorovereenkomsten toe te voegen.

5.5 Onvoorziene omstandigheden tijdens onderhandelingen

5.5.1 Rol beleidsvrijheid

In hoeverre komt aan de beleidsvrijheid van de gemeente betekenis toe in het kader van onderhandelingen?

Beleidsvrijheid

Stel, gemeente X onderhandelt met een eigenaar van hotelketens over uitbreiding van één van zijn hotels met een fitnesscentrum annex zwem-

bad. Het stuk grond dat de eigenaar van het hotel op het oog heeft, is nu nog een mooi lapje groen. Tijdens de onderhandelingsprocedure treedt – tengevolge van verkiezingen – een nieuw gemeentebestuur aan dat ‘milieu en ruimte’ hoog in het vaandel draagt. Binnen de gemeente is geen draagvlak meer voor het nieuwe fitnesscentrum annex zwembad en wordt de voorkeur gegeven aan het in stand houden van het ‘lapje groen’. De hoteleigenaar heeft kosten gemaakt. De vraag doet zich voor of hij die op de gemeente kan verhalen of dat de gemeente zich op het standpunt kan stellen dat het afbreken van de onderhandelingen gerechtvaardigd wordt door opgetreden onvoorziene omstandigheden (= het aantreden van een nieuw gemeentebestuur met volkomen andere beleidsinzichten dan het bestuur dat de onderhandelingen voerde).

5.5.2 Geen nakoming, wel schadevergoeding

Onvoorziene omstandigheden

Een aanknopingspunt geeft de parlementaire geschiedenis bij de Invoeringswet van boek 6 NBW. Hieruit blijkt dat de beleidsvrijheid van de overheid kan meebrengen, dat zij in geval van onvoorziene omstandigheden niet verplicht kan worden tot nakoming van een overeenkomst, maar dat dat feit haar niet ontslaat van de verplichting in voorkomende gevallen schadevergoeding te betalen. Expliciet wordt opgemerkt dat dit ook geldt voor de precontractuele fase:

Schadevergoeding

‘De beleidsvrijheid van de overheid brengt mee dat deze zich in geval van onvoorziene omstandigheden soms van haar verplichting tot nakoming van een door haar gesloten overeenkomst ontslagen kan achten, zonder dat zij dan ook ontslagen is van haar verplichting tot vergoeding van de schade, die door deze niet-nakoming ontstaat. Het ligt voor de hand dat de overheid bij een overeenkomstige wijziging van de omstandigheden voordat een overeenkomst tot stand kwam, ook de onderhandelingen mag afbreken en dan eventueel eveneens schadevergoeding verschuldigd wordt. Voor zover de wederpartij zich op onrechtmatige daad baserend, voortzetting van de onderhandelingen zou vorderen, kan art. 6.3.1.5b (= thans art. 6:168 BW, dzz.) ertoe leiden dat deze vordering wordt afgewezen zonder dat daarmee het recht op schadevergoeding verloren gaat.’

Imprévision

Voor de onderhandelingsfase wordt dus aansluiting gezocht bij het leerstuk van de imprévision (onvoorziene omstandigheden) in het kader van contractuele gebondenheid. Zie daarover nader § 7.3.3.3.

Of de hoteleigenaar met succes de kosten op de gemeente kan verhalen, hangt af in welke fase partijen zich tijdens de onderhandelingen bevonden (zie § 5.3). Maar zeker is wel dat de vrijheid van de gemeente om lopende onderhandelingen af te breken op grond van beleidswijzigingen tot aansprakelijkheid kan leiden. Het afbreken van onderhandelingen op grond van deze onvoorziene omstandigheden (andere beleidsinzichten) ontslaat de gemeente dus niet van haar schadevergoedingsverplichting. Tot hoever die reikt is afhankelijk van het stadium dat partijen in hun onderhandelingen hebben bereikt.

Samenvatting

In de onderhandelingsfase (precontractuele fase) kan de gemeente niet geheel vrij onderhandelen. De onderhandelingsfase wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Deze eisen kunnen meebrengen dat de gemeente de aspirant-wederpartij over zaken die voor haar van belang kunnen zijn, behoort in te lichten. Uit vaste rechtspraak blijkt dat de mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht van de aspirant-wederpartij, wanneer de gemeente geacht wordt deskundiger te zijn dan haar wederpartij.

Maak steeds tijdens de onderhandelingen duidelijk dat uiteindelijk het college het bevoegde orgaan is om tot een overeenkomst te besluiten. Dit voorkomt dat, wanneer de aspirant-wederpartij ervan mocht uitgaan dat bijvoorbeeld de wethouder alléén bevoegd was om de overeenkomst te sluiten, dit tot gebondenheid van de gemeente kan leiden.

De gemeente dient er op bedacht te zijn dat zij ook in de precontractuele fase onverkort gehouden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De beleidsvrijheid van de gemeente kan meebrengen, dat zij in geval van onvoorziene omstandigheden niet verplicht kan worden tot nakoming van een overeenkomst, maar dat feit ontslaat haar echter niet van de verplichting in voorkomende gevallen schadevergoeding te betalen.

De gemeente kan zich niet zomaar uit de onderhandelingen terugtrekken, maar moet in bepaalde gevallen de kosten en zelfs de gederfde winst van de aspirant-wederpartij vergoeden. Uit de rechtspraak blijkt dat er situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan, maar ook dat er situaties zijn waarin dat wel is toegestaan onder toekenning van schadevergoeding aan de wederpartij. In de praktijk blijkt dat deze situaties niet zo gemakkelijk te onderscheiden zijn. Daarom is het raadzaam om tijdens de onderhandelingen steeds duidelijk vast te leggen over welke punten overeenstemming is bereikt en over welke punten er nog onderhandeld moet worden.

Op deze wijze kan de aspirant-wederpartij van de gemeente zich niet op het standpunt stellen dat zij – voor wat betreft de laatste punten – ervan mocht uitgaan dat er een overeenkomst tot stand was gekomen. Het is echter niet altijd gewenst punten expliciet vast te leggen, omdat de gemeente zich de mogelijkheid wenst voor te behouden op bepaalde aspecten terug te komen.



6 De inhoud van de overeenkomst

6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de inhoud van de overeenkomst. Overeenkomsten van de gemeente kunnen zeer diverse onderwerpen betreffen. Daarom kan hier uiteraard maar worden volstaan met een aantal algemene opmerkingen over de inhoud van de overeenkomst.

De opbouw van een overeenkomst is – in de regel – de volgende:

- a de naam van de overeenkomst (§ 6.2)
- b de vermelding van de partijen (§ 6.3)
- c de considerans (§ 6.4)
- d de definities (§ 6.5)
- e de afspraken: de rechten en verplichtingen over en weer (§ 6.6)
- f de ondertekening (§ 6.3)

Hierna zal op de hier benoemde elementen van de overeenkomst worden ingegaan. In een aantal gevallen zijn voorbeeldbepalingen die in een overeenkomst zouden kunnen worden opgenomen, geformuleerd; deze leveren gezamenlijk echter nog niet een volledige overeenkomst op. De voorbeeldbepalingen dienen ter inspiratie voor het formuleren van de

overeenkomst en in een aantal gevallen ook ter verduidelijking van hetgeen in de tekst over een bepaald onderdeel is gezegd. Het verdient geen aanbeveling om deze voorbeeldbepalingen zonder meer over te nemen in de eigen overeenkomst. Steeds dient goed de concrete situatie waarin de overeenkomst een rol speelt in ogenschouw te worden genomen. Bovendien dient men erop bedacht te zijn dat de algemene voorwaarden van de eigen gemeente over een bepaald onderwerp ook bepalingen kunnen bevatten. In § 6.7 wordt stilgestaan bij een aantal aspecten van het gebruik van algemene voorwaarden. Indien de bepaling die men in de overeenkomst wil opnemen, afwijkt van de eigen algemene voorwaarden, dient men dit expliciet in de overeenkomst aan te geven.

6.2 De naam van de overeenkomst

Vaak wordt de naam van de overeenkomst bovenaan het contract vermeld: Exploitatieovereenkomst, Opdracht, Huurovereenkomst, enzovoort. Men zij er op bedacht dat ongeacht de naam, de inhoud van de overeenkomst altijd doorslaggevend is. Van belang is om na te gaan of op de desbetreffende overeenkomst regels van dwingend of van regelend recht van toepassing zijn. Uitgangspunt is dat contractspartijen vrij zijn zelf de inhoud van de overeenkomst in al zijn onderdelen te bepalen. Maar soms schrijft de wet de inhoud van de overeenkomst dwingend voor. Wordt in strijd met dwingend recht een overeenkomst gesloten, dan is deze in beginsel nietig. Zo moet de gemeente zich, indien zij bedrijfsruimte verhuurt, aan de dwingendrechtelijke bepalingen van de art. 7:290 e.v. BW houden. Daarin is bijvoorbeeld ter bescherming van de huurder strikt omschreven op welke wijze een huurovereenkomst kan worden beëindigd en onder welke omstandigheden bepaalde personen het huurrecht mogen voortzetten.

Inhoud is
bepalend

6.3 De vermelding van de partijen en de ondertekening

Omdat het de rechtspersoon is die de overeenkomst aangaat, dient de overeenkomst de gemeente als partij bij een overeenkomst te vermelden. Dus niet, zoals nog wel eens voorkomt, een wethouder, het college of een hoofd van een afdeling. Voorts dient de overeenkomst degene die de gemeente krachtens art. 171 Gemeentewet vertegenwoordigt, te vermelden. Dit is de burgemeester of een wethouder of ambtenaar aan wie de burgemeester de vertegenwoordiging heeft opgedragen; in het laatste geval dient het

besluit waarin de vertegenwoordiging aan de desbetreffende persoon wordt opgedragen, te worden vermeld. Ten slotte dient in de overeenkomst te zijn aangegeven op grond van wiens besluit de overeenkomst wordt gesloten; dit is in beginsel het besluit van het college, zie art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet. De burgemeester of degene aan wie de vertegenwoordiging is opgedragen, zet zijn handtekening onder het contract waartoe namens de gemeente door het college is besloten. Vanzelfsprekend is degene die de overeenkomst ondertekent, dezelfde als degene die als vertegenwoordiger vermeld staat in de aanhef van de overeenkomst. Zie hierover ook hoofdstuk 4.

Voorbeeldbepaling:

De gemeente, te dezen ingevolge het bepaalde in art. 171 Gemeentewet rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar burgemeester X (of door (naam en functie), daartoe op grond van het bepaalde in artikel 171 Gemeentewet gemachtigd door X in zijn hoedanigheid van burgemeester), handelend ter uitvoering van een besluit van het college van burgemeester en wethouders d.d., (of van (naam en functie), daartoe gemandateerd op grond van het besluit van het college d.d.), hierna te noemen 'de gemeente'.

6.4 De considerans

De considerans is de plaats waar partijen uiteenzetten waarom zij een contract aangaan en de omstandigheden waaronder het contract tot stand is gekomen (bijvoorbeeld de voorafgaande besluitvorming). In plaats van de term considerans wordt ook de term 'overwegingen' ('partijen overwogen dat...') gebruikt. Er zij op gewezen dat, als er sprake is van een discrepantie tussen de considerans en de tekst van de overeenkomst, de laatste prevaleert boven de eerste: tekst gaat vóór de overwegingen. Maar de considerans wordt wel gebruikt voor de uitleg van het contract indien er bijvoorbeeld geschillen rijzen over de interpretatie van de bepalingen en de uitvoering van het contract. In de considerans dienen geen zelfstandige verplichtingen te worden opgenomen.

6.5 De definities en de uitleg van het bepaalde

Het verdient aanbeveling de begripsomschrijvingen (= de definities) in de overeenkomst zelf te zetten, omdat dan vaststaat dat zij onderdeel van de overeenkomst uitmaken (artikel 1 begint meestal met de begripsomschrijvingen c.q. de definities: 'In deze overeenkomst wordt onder de navolgende begrippen verstaan: ...'). De Hoge Raad heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het criterium voor het duidelijk zijn van de overeenkomst niet uitsluitend is gelegen in de taalkundige betekenis van de woorden. In het bekende Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) is beslist dat de vraag, hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract, maar dat het voor de beantwoording van die vraag aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen zij behooren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Haviltex-arrest

Uitleg

6.6 De afspraken: de rechten en verplichtingen over en weer

6.6.1 Inleiding

De afspraken vormen het hart van de overeenkomst. Hoewel partijen in beginsel vrij zijn in hetgeen zij afspreken, verdient het aanbeveling bij het opstellen van deze afspraken steeds in het BW na te gaan welke regels van dwingend recht en welke van regelend recht zijn. De belangrijkste afspraken worden hierna op een rij gezet. Uiteraard zijn er nog andere afspraken te bedenken die de gemeente in haar overeenkomsten kan neerleggen. Elke afspraak zal kort worden toegelicht. Wellicht een open deur, maar desondanks goed om te vermelden: partijen kunnen nog zo mooi in hun overeenkomst opnemen wat de rechten en plichten over en weer zijn, maar deze rechten en plichten moeten in de praktijk ook wel uitvoerbaar zijn. Houd dat gegeven bij het opstellen van contracten altijd in het achterhoofd.

Uitvoerbaarheid

6.6.2 Omschrijving van de overeengekomen prestaties en de prijs

De kernprestatie waarop de overeenkomst ziet

In de overeenkomst wordt zo nauwkeurig mogelijk omschreven welke prestaties de contractspartijen moeten leveren. De prestaties waartoe de verbintenis verplicht, kunnen uiteenlopen. Soms bevat de verbintenis de verplichting tot het behalen van een bepaald resultaat. Er is dan sprake van een resul-

taatsverbintenis. Wordt het resultaat niet bereikt dan is er altijd sprake van een tekortkoming. Naast de resultaatsverbintenis kent ons recht de inspanningsverbintenis. Deze verbintenis verplicht tot het leveren van een bepaalde inspanning en de schuldenaar schiet pas tekort als hij onvoldoende zorg heeft betracht. De grens tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen is een vloeiende. Ook voor de resultaatsverbintenis geldt dat de schuldenaar naast het 'neerzetten' van het resultaat, zich een zekere inspanning zal moeten getroosten, terwijl bij de inspanningsverbintenis het resultaat mede bepalend is voor het oordeel of voldoende inspanning is betracht. Het onderscheid tussen beide soorten verbintenissen is vooral van belang voor het bewijs in een gerechtelijke procedure. Een tekortkoming in een resultaatsverbintenis is gemakkelijker te bewijzen dan die in een inspanningsverbintenis, omdat er bij een resultaatsverbintenis slechts op het uitblijven van het resultaat hoeft te worden gewezen.

Een voorbeeld van een harde resultaatsverplichting is dat de gemeente met een leverancier van software afsprekt dat de nieuwe software voor WOZ-beschikkingen op 1 februari 2012 gebruiksklaar moet zijn opgeleverd. Indien de software op die datum nog geheel niet ter beschikking staat van de gemeente, is de verplichting niet nagekomen.

Afhankelijk van de positie die de gemeente inneemt en het onderwerp waarover wordt gecontracteerd, zal zij er naar streven soms wel maar soms ook niet in te zetten op een resultaatsverbintenis. Zo zal zij er naar streven om de prestaties van haar contractspartij zo veel mogelijk als een resultaatsverbintenis te formuleren. Aan de andere kant zal de gemeente bij bijvoorbeeld bevoegdhedenovereenkomsten juist bedingen dat zij slechts een inspanningsverbintenis op zich kan nemen. Zie over het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen ook § 2.2. Op de nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten wordt in § 7.4 verder ingegaan.

De prijs

BTW Bij de vermelding van de prijs dient te worden aangegeven of deze prijs inclusief of exclusief omzetbelasting (BTW) is. Als er een prijs is opgenomen maar zonder verdere vermelding, dan zal die veelal exclusief BTW bedoeld zijn (als het om consumenten gaat, geldt weer het tegenovergestelde). Om onzekerheid hierover te voorkomen verdient het evenwel aanbeveling om dit expliciet in de overeenkomst te vermelden. Voorts dienen in de overeenkomst

prijsherzieningen/indexeringen te worden geregeld.

Voorbeeldbepaling:

De totaalprijs is inclusief/exclusief BTW. De prijzen zullen steeds zijn vastgesteld in Euro. De in deze overeenkomst genoemde prijzen/kosten worden jaarlijks aangepast aan de hand van de index ...

De rente en incassokosten bij te late betaling

Wettelijke
rente van
regelend
recht

Wettelijke rente is verschuldigd als een geldsom te laat wordt voldaan (art. 6:119 BW). De omvang van de daadwerkelijk geleden schade is irrelevant.

De schuldeiser heeft minimaal én maximaal recht op het bedrag van de wettelijke rente, dat elk jaar opnieuw wordt vastgesteld. Art. 6:119 BW is echter van regelend recht, partijen mogen een andere rente dan het wettelijk fixum met elkaar afspreken. Een afwijkende rente zal dan met zoveel woorden in de overeenkomst vastgelegd moeten worden. Bij handelsovereenkomsten (zie hierna) mag de gemeente overigens geen lagere rente overeenkomen.

Voorbeeldbepaling:

In afwijking van de wettelijke rente is over de periode waarin de schuldenaar in verzuim is, ...% rente over de te betalen geldsom verschuldigd.

Rente op
rente

De wet kent ook een regeling voor de zogenaamde 'rente op rente', zie art. 6:119 lid 2 BW en – voor handelsovereenkomsten met de overheid – art. 6:119b lid 3 BW. Rente op rente is van rechtswege verschuldigd. Ter wille van de eenvoud wordt alleen over de achterstallige rente die over een vol jaar verschuldigd is, de rente opnieuw in rekening gebracht. Ook hiervan mogen partijen in hun overeenkomst afwijken en ook hier geldt dat dit bij handelsovereenkomsten alleen een afwijking naar boven mag zijn.

Bij te late betaling is een schuldeiser vaak genoodzaakt om maatregelen te nemen om alsnog zijn geld te krijgen (zelf aanmanen of een incassobureau of deurwaarder inschakelen). De kosten die daaraan zijn verbonden (incassokosten) kunnen voor rekening van de schuldenaar worden gebracht (zie art. 6:96 lid 2 sub c BW). In het op grond van deze bepaling vastgestelde Besluit vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten is de wijze van berekening van deze kosten nader bepaald. Ten aanzien van consumenten kan niet van deze regels worden afgeweken.

Speciale bepalingen voor handelsovereenkomsten

Handels
overeen-
komsten

Naast art. 6:119 BW bestaan enkele aparte artikelen die van toepassing zijn op een speciale categorie van geldvorderingen, namelijk die uit een zogenaamde handelsovereenkomst. Art. 6:119b BW ziet specifiek op handelsovereenkomsten van een *overheidsinstantie*. Van een handelsovereenkomst is sprake als de wederpartij van de gemeente een rechtspersoon is of natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of een bedrijf. Een overeenkomst met een consument valt buiten de regeling: hij handelt immers niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf en is ook geen rechtspersoon.

Het bijzondere van deze categorie is dat de wettelijke rente verschuldigd is bij

- a enkele overschrijding van de in artikel 6:119b BW genoemde termijnen en
- b de wettelijke handelsrente hoger is dan de gewone wettelijke rente.

Voor de hoogte van de wettelijke rente kan men de website van de Nederlandse Bank raadplegen (www.dnb.nl).

Voor handelsovereenkomsten is daarnaast in art. 6:96 lid 4 BW bepaald dat de schuldeiser bij te late betaling van zijn factuur ten minste aanspraak heeft op een bedrag van 40 Euro ter vergoeding van zijn invorderingskosten. Van de regels voor bepaling van de hoogte van de incassokosten in het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten kan in handelsovereenkomsten worden afgeweken.

Betalings-
termijn

De bepalingen die gelden voor handelsovereenkomsten met de overheid zijn op een aantal punten strenger dan de bepalingen die gelden voor handelsovereenkomsten tussen private partijen. Hiervoor werd al gewezen op het feit dat niet naar beneden kan worden afgeweken van de wettelijke handelsrente (zie art. 6:119b lid 8 BW). Artikel 119b bevat ook bepalingen over de betalingstermijnen die gelden voor handelsovereenkomsten met de overheid. Als hoofdregel geldt een betalingstermijn van 30 dagen. Slechts in een uitzonderlijk geval kunnen partijen in de overeenkomst een langere termijn opnemen. Die termijn mag dan ten hoogste 60 dagen bedragen. De bijzondere aard of de eigenschappen van de overeenkomst moeten daarvoor wel een objectieve rechtvaardiging geven (art. 6:119b lid 5 BW).

Verificatie-
termijn

In vergelijking met handelsovereenkomsten tussen private partijen geldt voor handelsovereenkomsten met de overheid ook een strenger regime voor het overeenkomen van een termijn voor aanvaarding of verificatie van de prestaties van de wederpartij. Ingevolge lid 4 van art. 6:119b BW bedraagt een

dergelijke overeen te komen termijn in beginsel niet meer dan 30 dagen. Ook hier dient sprake te zijn van een objectieve reden voor het opnemen van een langere termijn en dient een rechtvaardiging voor de afwijking te worden gevonden in de aard van de prestatie. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij ICT-contracten of bij oplevering van wegen.

Voorbeeldbepalingen:

De gemeente zal de door haar verschuldigde bedragen binnen 30 dagen (*of een ander aantal: maximaal 60*) na ontvangst van de desbetreffende factuur aan de wederpartij voldoen, met inachtneming van het bepaalde in de voorgaande leden.

of

De gemeente zal uiterlijk 30 dagen (*of een ander aantal*) na ontvangst van de prestatie aan de wederpartij haar oordeel meedelen omtrent de vraag of de prestaties aan de overeenkomst voldoen respectievelijk de prestaties aanvaarden. Bij facturering voorafgaand aan de mededeling, zal de gemeente uiterlijk 30 dagen (*of een ander aantal: maximaal 60*) na de door haar gedane mededeling die een akkoordbevinding inhoudt, de door haar verschuldigde bedragen voldoen.

Naast betaling ineens, is het mogelijk dat wordt overeengekomen dat een betaling in termijnen wordt overeengekomen. Voor de laatste betaling is dan de hier genoemde uiterlijke betalingstermijn van belang.

Voor het overzicht worden de *speciale regels* voor handelsovereenkomsten met de overheid op een rij gezet:

- Er geldt als regel een betalingstermijn van 30 dagen, waarvan niet gemakkelijk mag worden afgeweken. Wordt een langere termijn overeengekomen, dan mag deze maximaal 60 dagen bedragen. (art. 119b lid 2 juncto lid 5 BW)
- Er mag een verificatietermijn worden opgenomen van maximaal 30 dagen. Van deze termijn kan alleen uitdrukkelijk worden afgeweken. Een te stellen langere verificatietermijn dient niet kennelijk onbillijk te zijn jegens de schuldeiser, mede gelet op de vraag er een goede reden is om af te wijken van de standaard verificatietermijn van 30 dagen, de aard van de prestatie en de goede handelspraktijken (art. 119b lid 4 BW).
- Overschrijding van de betalingstermijn leidt van rechtswege tot de verschuldigdheid van wettelijke rente (art. 119b lid 1 BW).
- De wettelijke handelsrente wijkt af van de gewone wettelijke rente (zie www.dnb.nl)

6.6.3 Omschrijving van plaats, tijd en wijze van de prestaties

Termijn Hoofddregel is dat indien geen termijn voor de levering is bepaald, de prestatie onmiddellijk opeisbaar is (art. 6:38 BW). Veelal zal gelet op de aard of de omvang van de prestatie de schuldenaar enige tijd moeten worden gegund voor de levering. Vaak heeft de schuldeiser er belang bij dat op tijd wordt geleverd. Er van uitgaande dat de gemeente de schuldeiser is, moet de gemeente dit dus uitdrukkelijk in het contract regelen. Vaak zal in de overeenkomst zelf of in de algemene voorwaarden zijn neergelegd wie aansprakelijk is voor de gevolgen die voortvloeien uit de te late levering. Worden bepaalde producten te laat geleverd, dan kan het zijn dat de gemeente op haar beurt haar afspraken niet kan nakomen (zie hierna § 6.6.5). Is er een termijn voor de voldoening bepaald, dan komt de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. Anders gezegd, een bij overeenkomst voor de nakoming gestelde termijn is in principe fataal. Met de zinsnede ‘tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft’ (art. 6:83 sub a BW) wordt bedoeld dat de rechter kan aannemen dat het niet om een fatale termijn maar om een termijn van orde gaat. De inhoud van hetgeen is overeengekomen, de aard van de verbintenis en de omstandigheden van het geval kunnen tot deze conclusie leiden.

Fatale termijn

Termijn van orde

Neem steeds in de overeenkomst op hoe de genoemde termijn wordt bedoeld: als een fatale termijn of als een termijn van orde. Dan kan daarover geen discussie ontstaan.

Daarnaast kan in de overeenkomst ook worden geregeld hoe partijen omgaan met problemen in de nakoming die zich op enig moment na het sluiten van de overeenkomst aandienen. Dat stelt de wederpartij in de gelegenheid om zich op deze problemen in te stellen en daarvoor mogelijk een oplossing te zoeken. Ook de partij bij wie zich de vertragende omstandigheden voordoen, kan worden verplicht om een oplossing aan te dragen. Een en ander staat er niet aan in de weg dat partijen in een later stadium een beroep moeten doen op de bepalingen omtrent overmacht of onvoorziene omstandigheden. Deze bepalingen zijn namelijk van dwingend recht. Door te regelen dat partijen al tijdig met elkaar in contact treden, kunnen grotere problemen echter mogelijkerwijs worden voorkomen.

Voorbeeldbepalingen:

Indien de nakoming vertraging dreigt te ondervinden, meldt de wederpartij zulks terstond mondeling en schriftelijk aan de gemeente en geeft zij daarbij de oorzaak en de consequenties aan van de dreigende vertraging. Tevens stelt de wederpartij maatregelen voor om vertraging – ook in de toekomst – te voorkomen.

Binnen ... dagen na ontvangst van de in het vorige lid bedoelde melding, bericht de gemeente of zij al dan niet instemt met de voorgestelde maatregelen en de genoemde consequenties. Instemming houdt niet in dat de gemeente de oorzaak van de dreigende vertraging erkent en laat alle andere rechten of vorderingen, die gemeente op grond van de overeenkomst toekomen, onverlet.

Plaats van aflevering

Wat betreft de plaats van levering is beslissend wat een redelijke uitleg van de overeenkomst meebrengt. Als niet duidelijk is bepaald waar de plaats van levering is, dan moeten de in art. 6:41 BW gegeven regels worden toegepast. Volgens die regels is voor de plaats van levering beslissend of het gaat om een individueel bepaalde zaak of een soortzaak. Als de gemeente bijvoorbeeld computers heeft gekocht, dan verdient het aanbeveling dat in de overeenkomst wordt bepaald dat de computerfabrikant de computers in het gemeentehuis aflevert. Hebben partijen daarover niets geregeld, dan moet, aldus art.

Wijze van aflevering

6:41 BW 'de aflevering geschieden ter plaatse waar zij zich bij het ontstaan der verbintenis bevond'. Dit betekent dat de gemeente de computers bij de computerfabrikant zal moeten ophalen.

6.6.4 Zekerheden

In § 2.6 kwam de geldleningsovereenkomst reeds ter sprake. Bij het aangaan van dergelijke overeenkomsten – maar ook andere overeenkomsten waar- bij de gemeente financiële risico's loopt – verdient het aanbeveling dat de gemeente van de wederpartij zekerheid voor de voldoening van de vordering eist. De zekerheid bestaat hierin dat voor het geval de wederpartij van de gemeente haar verplichtingen uit de geldlening niet nakomt, de gemeente haar vordering kan verhalen op de opbrengst van het goed waarop de zeker- heid rust. De gemeente mag als pandhouder of hypotheekhouder bij voor- rang haar gehele vordering verhalen op het goed waarop het recht rust. Zij hoeft daarbij niet te delen met de andere schuldeisers. Gaat de wederpartij van de gemeente failliet, dan kan de gemeente haar rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Op deze hoofdregel bestaat evenwel een belangrijke uitzondering. Rust het pandrecht van de gemeente op de inventaris van het failliete bedrijf, dan gaat de fiscus op grond van art. 21 Invorderingswet voor (het zogenaamde voorrecht van de fiscus). Vaak zal er dan voor de gemeente niet veel meer overblijven. Rust het pandrecht daarentegen op andere goe- deren, bijvoorbeeld op de voorraden, dan mag zij bij voorrang (dus ook vóór de fiscus (en de bedrijfsvereniging)) haar vordering op de opbrengst van die goederen verhalen.

Voorrecht fiscus

Pandrecht

Een zekerheidsrecht wordt steeds verleend tot zekerheid van een geldvorde- ring. De gemeente kan bijvoorbeeld een pandrecht vestigen op de (winkel) inventaris en voorraden van haar wederpartij. Dit zal vaak een stil pandrecht zijn omdat de wederpartij dan kan blijven functioneren. Voor het vestigen van een stil pandrecht is vereist dat partijen een authentieke of een geregistreer- de onderhandse akte opmaken (art. 3:237 BW).

Hypotheek

De gemeente kan ook een recht van hypotheek vestigen op onroerende za- ken van de wederpartij. Het hypotheekrecht wordt gevestigd doordat partijen een notariële akte opmaken, welke akte vervolgens wordt ingeschreven in de daartoe bestemde openbare registers. Een andere vorm van zekerheid is de

Bankgarantie

bankgarantie, waarvan in de praktijk vaak gebruik wordt gemaakt. In deze constructie staat de bank garant voor het nakomen van de verplichtingen

door de wederpartij van de gemeente. Als deze wederpartij haar verplichtingen niet nakomt en de gemeente dit bij de bank meldt, dan dient de bank onmiddellijk het desbetreffende bedrag aan de gemeente ter beschikking te stellen. Het voordeel hiervan is dat niet eerst een gerechtelijke procedure hoeft te worden gevoerd.

Garantie

Andere mogelijkheden voor de gemeente om financiële risico's af te dekken zijn de persoonlijke zekerheidsrechten. Te denken valt aan de garantieverbintenis en de borgtocht (zie hiervoor § 2.6.2). Het begrip garantie is niet vastomlijnd. Een garantieverbintenis kan het beste worden gekarakteriseerd als de verbintenis tot het bereiken van een bepaald resultaat. Wordt het door partijen beoogde resultaat niet bereikt, dan is er wanprestatie met alle gevolgen van dien. Een verschil met de gewone actie uit wanprestatie is dat de schuldenaar geen beroep op overmacht toekomt, indien hij het resultaat heeft gegarandeerd.

Voorbeeldbepaling:

De wederpartij garandeert dat het product aan de volgende eisen voldoet:

....

Indien de hiervoor genoemde garantie niet wordt nagekomen wordt een direct opeisbare boete verbeurd van Dit laat onverlet het recht van de gemeente om nakoming dan wel ontbinding van de overeenkomst en/of schadevergoeding te vorderen.

Borgtocht

De borgtochtovereenkomst heeft wel een wettelijke basis, te weten art. 7:850 BW. Borgtocht is de overeenkomst waarbij de borg zich verbindt tegenover de schuldeiser tot nakoming van een verbintenis door de hoofdschuldenaar.

6.6.5 Niet-nakoming, verzuim en overmacht

6.6.5.1 Wanprestatie en recht op schadevergoeding

Als de wederpartij van de gemeente haar verbintenis niet nakomt, heeft de gemeente recht om nakoming (eventueel met schadevergoeding), alleen schadevergoeding of, wanneer het een wederkerige overeenkomst betreft, het recht om ontbinding (eveneens eventueel met schadevergoeding) te vorderen, behalve ingeval van overmacht. Het is zaak om goed in de overeenkomst neer te leggen wat de gevolgen zijn van de niet-nakoming, hoewel de wet daarvoor in de artikelen 6:74 e.v. resp. 6:265 e.v. BW een en ander heeft geregeld. Een nadere invulling is nodig om de concrete gevolgen aan te geven

voor de desbetreffende overeenkomst.

In de eerste plaats is van belang vast te stellen of de niet-nakoming toerekenbaar is (de wederpartij van de gemeente pleegt dan wanprestatie) dan wel of de niet-nakoming niet toerekenbaar is (er is dan sprake van overmacht). Hoofregel bij overmacht is immers dat de gemeente géén recht kan doen gelden op schadevergoeding (zij kan daarentegen wel ontbinding vorderen, zie hiervoor § 6.6.5.4).

Voor de vraag wanneer de gemeente recht heeft op schadevergoeding is van belang of nakoming blijvend onmogelijk is of dat de wederpartij nog in staat is om te presteren (of bijvoorbeeld dat herstel nog mogelijk is). Van blijvende onmogelijkheid is geen sprake als bijvoorbeeld herstel, aanvulling of vervanging mogelijk is. De gemeente heeft bijvoorbeeld de door haar bestelde computers geleverd gekregen, maar zij functioneren niet naar behoren. De overeenkomst is niet naar behoren nagekomen, maar behoorlijke nakoming ligt nog wel in het verschiet. De vraag of nakoming al dan niet blijvend onmogelijk is, is van belang voor de mogelijkheid van de gemeente om direct schadevergoeding te vorderen, of dat zij eerst een ingebrekestelling uit moet laten gaan (zie hierover § 6.6.5.2).

Voorbeeldbepaling:

Indien één der partijen tekortschiet in de nakoming van één of meer verplichtingen uit deze overeenkomst, zal de wederpartij haar in gebreke stellen, tenzij nakoming van de desbetreffende verplichtingen reeds blijvend onmogelijk is, in welk geval de nalatige partij onmiddellijk in gebreke is. De ingebrekestelling zal schriftelijk geschieden, waarbij aan de nalatige partij een redelijke termijn zal worden gegund om alsnog haar verplichtingen na te komen. Deze termijn heeft het karakter van een fatale termijn. De partij, die ook na ingebrekestelling toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van haar verplichtingen, is aansprakelijk voor vergoeding van door de wederpartij geleden schade. Daarnaast is de wederpartij gerechtigd de overeenkomst te ontbinden door middel van een aangetekend schrijven.

In ons voorbeeld kan de gemeente gedurende een aantal dagen dat de computers weer voor herstel teruggenomen zijn, bepaalde werkzaamheden niet uitoefenen en daardoor lijdt zij schade. De vraag rijst of zij deze schade op de computerleverancier kan verhalen.

Nakoming Als de overeenkomst nog kan worden nagekomen, kan de gemeente in de

eerste plaats van de computerfabrikant nakoming van de overeenkomst vorderen, zie art. 3:296 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat hij, die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter wordt veroordeeld.

Naast deze vordering tot nakoming kan de gemeente een vordering tot aanvullende schadevergoeding instellen (art. 6:74 BW). Gesteld dat de computers niet eens geleverd zijn, dan zal de gemeente indien zij schadevergoeding wenst, de schuldenaar in gebreke moeten stellen. Volgens art. 6:82 BW is een ingebrekestelling een door de schuldeiser opgestelde schriftelijke aanmaning waarbij de schuldenaar een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld.

Schade-
vergoeding

En hoe is de situatie waarin nakoming blijvend onmogelijk is? Bijvoorbeeld als de gemeente panden heeft gekocht, maar voor de datum van de levering zijn deze panden in vlammen opgegaan, terwijl het de wederpartij te verwijten is dat er brand is ontstaan. Kan de gemeente schadevergoeding vorderen? Uit art. 6:74 lid 2 BW blijkt dat bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming er voor de schuldeiser direct een recht op schadevergoeding ontstaat. Deze vordering ontstaat van rechtswege en de schuldeiser kan een dergelijke vordering onmiddellijk instellen. Ingebrekestelling en verzuim zijn in zo'n geval niet aan de orde. De gemeente heeft in het voorbeeld dus onmiddellijk recht op vergoeding van de schade die zij lijdt omdat de verbintenissen uit de koopovereenkomst van de panden niet zijn nagekomen. Zou de brand niet aan de wederpartij kunnen worden toegerekend, en is er dus sprake van overmacht, dan komt het recht op schadevergoeding van de gemeente te vervallen (behalve in geval van art. 6:78 BW, zie hierna § 6.6.5.3).

6.6.5.2 Verzuim

Verzuim

Uit art. 6:81 BW vloeit voort dat als de schuldenaar – al dan niet na ingebrekestelling – niet tijdig is nagekomen, hij in verzuim is, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend (overmacht) of nakoming blijvend onmogelijk is. In het laatste geval is de schuldenaar direct schadeplichtig.

De term verzuim heeft een specifieke betekenis: hiermee wordt de periode aangeduid waarin correcte nakoming uitblijft. Hoofregel is dat pas schadevergoeding kan worden geclaimd als de schuldenaar in verzuim is en hij komt pas in verzuim als hij in gebreke is gesteld, althans dat is het uitgangspunt van

de wet (art. 6:81 jo. art. 6:82 lid 1 BW). Een ingebrekestelling is een door de schuldeiser opgestelde schriftelijke aanmaning waarbij de schuldenaar alsnog een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld.

In sommige gevallen waarbij schadevergoeding wordt gevraagd, is een ingebrekestelling niet nodig. Art. 6:83 BW noemt drie situaties:

Geen
ingebreke-
stelling

- a Voor de te leveren prestatie is in de overeenkomst een bepaalde termijn vastgesteld en deze termijn wordt overschreden. Dit is een fatale termijn.
- b De prestatie bestaat uit betaling van schadevergoeding uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad.
- c Uit een mededeling van de schuldenaar blijkt dat deze met zekerheid in de nakoming zal tekortschieten.

De gemeente heeft bijvoorbeeld met een aannemer gecontracteerd en deze aannemer laat twee dagen voor het werk zou beginnen aan de gemeente weten dat zijn drie werknemers volkomen onverwachts voor een andere baas zijn gaan werken en hij geen kans ziet om op korte termijn drie nieuwe werknemers te vinden. De gemeente hoeft in dit geval de aannemer niet in gebreke te stellen (zie art. 6:83 sub c BW). Het gevolg hiervan is dat de aannemer direct in verzuim raakt en schadeplichtig is, tenzij er sprake is van overmacht.

6.6.5.3 Overmacht

Overmacht

Naast nakoming, niet-nakoming en verzuim dient een apart kopje 'Overmacht' in de overeenkomst te worden opgenomen. Art. 6:75 BW geeft weliswaar aan wanneer er sprake is van overmacht (te weten wanneer de tekortkoming niet aan de schuld van de debiteur is te wijten en evenmin krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt), maar het is raadzaam om in de overeenkomst op te nemen wanneer er in ieder geval geen sprake is van overmacht.

Voorbeeldbepaling:

Onder overmacht wordt in ieder geval niet verstaan: gebrek aan personeel, stakingen, ziekte van personeel, verlate aanlevering of ongeschiktheid van voor de uitvoering van de werkzaamheden benodigde zaken, voor zover deze omstandigheden zich voordoen aan de zijde dan wel door toedoen van de partij die niet nakomt c.q. tekortschiet.

Voorts worden niet onder overmacht begrepen het niet nakomen dan wel

tekortschieten van door de wederpartij ingeschakelde derden en/of liquiditeits – c.q. solvabiliteitsproblemen aan de zijde van de wederpartij of de door haar ingeschakelde derden.

Over de duur van de overmacht kan het volgende worden overeengekomen.

Voorbeeldbepaling:

Indien één der partijen gedurende een periode van meer dan dagen ten gevolge van overmacht niet kan nakomen, heeft de andere partij het recht de overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven met onmiddellijke ingang buiten rechte te ontbinden, zonder dat daardoor enig recht op schadevergoeding ontstaat.

De gevolgen van overmacht zijn

Gevolgen
overmacht

- a dat een vordering tot nakoming – tijdelijk of definitief – zal worden afge-
wezen,
- b dat de wederpartij geen recht heeft op schadevergoeding, behalve in het
geval van art. 6:78 BW (= wederpartij geniet een voordeel in verband met
zijn tekortkoming; een in de praktijk niet vaak voorkomende situatie).
Voor de gevolgen wat betreft opschorting en ontbinding zie § 6.6.5.4.

In de (gepubliceerde) jurisprudentie komen geen gevallen voor, waarin de contracterende overheid zelf een succesvol beroep op overmacht toekomt. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat de tekortkomingen waarop de overheid zich zou willen beroepen, veelal krachtens de verkeersopvattingen voor haar rekening komen. De praktische relevantie van een beroep op art. 6:75 BW is daarom voor de overheid gering.

6.6.5.4 Rechten uit een wederkerige overeenkomst: opschorting en ontbinding

In geval van wanprestatie door de wederpartij staan de gemeente nog twee rechten ter beschikking:

Opschorting en
ontbinding

- 1 het opschortingsrecht en
- 2 het ontbindingsrecht

Opschorting

Stel de gemeente heeft bij een bedrijf nieuw meubilair besteld. In de overeenkomst is bepaald dat het bedrijf zal leveren veertien dagen na de eerste aan-

Onzekerheids- exceptie

betaling van de gemeente. Tegen de tijd dat de gemeente de eerste betaling wil gaan verrichten, komt de verantwoordelijke wethouder ter ore dat het bedrijf op de rand van een faillissement staat en dat levering van het meubilair wel eens niet zou door kunnen gaan. Voor deze situatie kan de gemeente gebruik maken van de zogenaamde onzekerheidsexceptie. De contractspartij die het eerste moet presteren (de gemeente) kan dit opschortingsrecht op grond van art. 6:263 BW invoeren. De gemeente mag de nakoming van haar verbintenis opschorten indien na het sluiten van de overeenkomst 'te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daar tegenoverstaande verplichtingen niet zal nakomen'. De gemeente hoeft dan dus nog niet te betalen. Het is ook mogelijk om de situatie waarin het opschortingsrecht bestaat in de overeenkomst nader te specificeren.

Voorbeeldbepaling:

Onverminderd het bepaalde in art. 6:263 BW is de gemeente gerechtigd om haar verplichtingen uit deze overeenkomst op te schorten indien ...

Ontbinding

Ontbinding

Het tweede recht dat de gemeente uit de overeenkomst kan invoeren, is het recht van ontbinding van de overeenkomst. Wenst de gemeente naast de ontbinding ook schadevergoeding te ontvangen, dan is dat mogelijk onder de voorwaarden zoals in de voorafgaande paragrafen geschetst. Van belang is dat art. 6:265 BW bepaalt dat iedere tekortkoming recht geeft op ontbinding, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (zie slotzinsnede van art. 6:265 lid 1 BW). Dus ook in geval van een tekortkoming die niet aan de wederpartij te wijten is – er is sprake van overmacht – kan de gemeente toch tot ontbinding van de overeenkomst overgaan. Gesteld dat in het hierboven genoemde voorbeeld het nieuwe meubilair ondeugdelijk blijkt te zijn; zowel de kleur als het materiaal is geheel anders dan in het contract was overeengekomen. De gemeente wil van de koopovereenkomst af. Er van uitgaande dat het hier inderdaad een tekortkoming in de nakoming betreft en deze tekortkoming zo ernstig is dat ontbinding van de overeenkomst is gerechtvaardigd, mag de gemeente tot ontbinding overgaan. Zij kan hiertoe de wederpartij dagvaarden maar zij kan ook door middel van een brief aan het bedrijf te kennen geven dat zij de overeenkomst als ontbonden beschouwt. Hoewel de wet niet voorschrijft dat de brief aangetekend moet worden verzonden, is dit

Overeen-
komsten langs
elektronische
weg gesloten

om bewijstechnische redenen wel aan te bevelen. Bij een overeenkomst die langs elektronische weg tot stand is gekomen, kan ontbinding ook plaatsvinden door middel van een elektronische verklaring (een e-mail) (art. 6:267 BW). In al dit soort gevallen is het de wederpartij die naar de rechter moet stappen als hij het er niet mee eens is.

Als nakoming van de overeenkomst nog mogelijk is – daarvan zal sprake zijn als binnen korte termijn het meubilair van het afgesproken materiaal en de afgesproken kleur kan worden geleverd, hetgeen in het voorbeeld niet waarschijnlijk voorkomt – moet het bedrijf eerst in verzuim zijn alvorens de gemeente van haar bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden gebruik mag maken (art. 6:265 lid 2 BW). Is de nakoming daarentegen blijvend of tijdelijk onmogelijk (gedurende 2 maanden is de overeengekomen kleur niet beschikbaar) dan mag de gemeente de overeenkomst onmiddellijk (laten) ontbinden (art. 6:265 lid 2 BW).

Ontbinding
ook bij
overmacht

De ontbinding heeft tot gevolg dat de gemeente van haar betalingsverplichtingen bevrijd wordt als zij aan het bedrijf een (aangetekende!) brief stuurt waarin zij meedeelt dat de overeenkomst is ontbonden, of als de rechter de ontbinding van de overeenkomst uitspreekt. Ontbinding van een wederkerige overeenkomst heeft geen terugwerkende kracht (art. 6:269 BW). De ontbinding doet bij beide partijen de verplichting ontstaan om de reeds nagekomen prestaties ongedaan te maken.

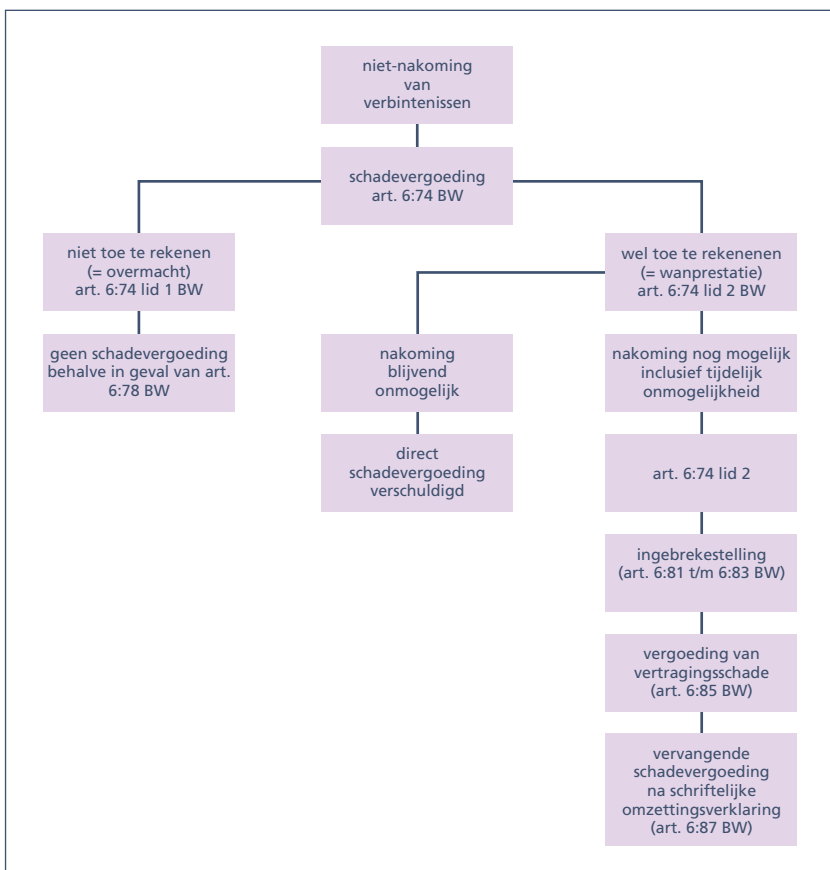
6.6.5.5 Regelend recht

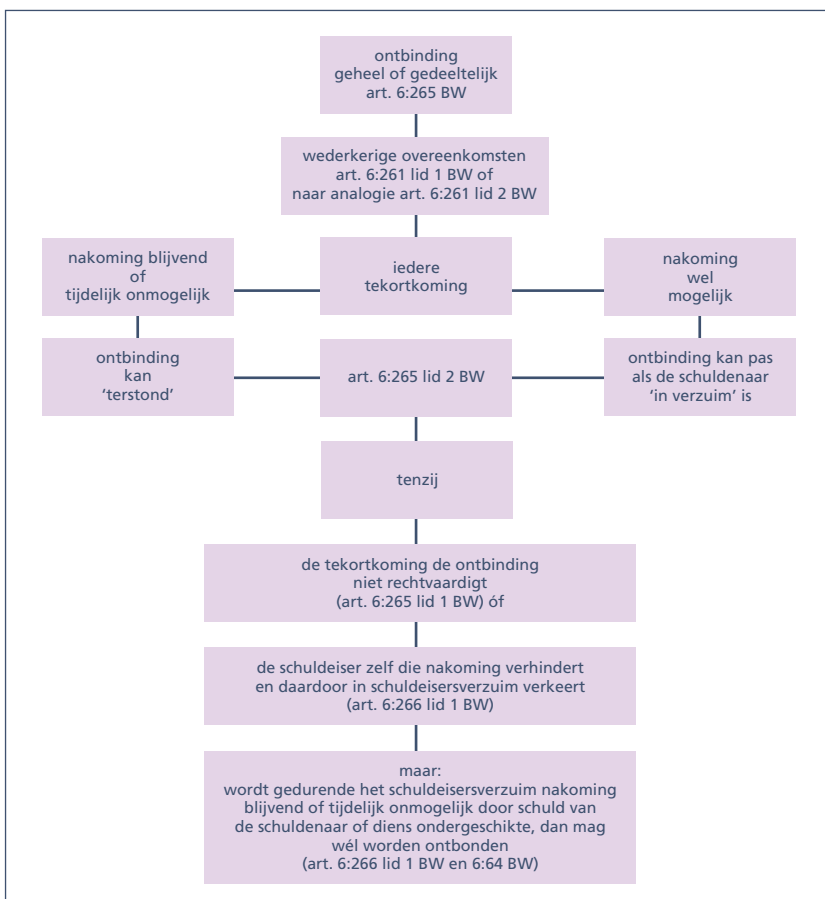
Regelend
recht

Het bovenstaande geeft weer hoe de gevolgen van toerekenbare en niet-toerekenbare niet-nakoming in de wet zijn geregeld. De regels van schadevergoeding, ontbinding en opschorting zijn van regelend recht. Dit betekent dat de gemeente in haar overeenkomst van deze bepalingen mag afwijken. Maar uiteraard dient de gemeente zich altijd te houden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Soms is het ook verstandig om bepaalde aspecten van niet-nakoming, hoewel de wet hier uitsluitel over geeft, expliciet in de overeenkomst neer te leggen. Zo is het niet altijd duidelijk wanneer de wederpartij van de gemeente in verzuim is. Hoofregel is, zoals hierboven aangegeven, dat verzuim intreedt wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijk aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft (art. 6:82 BW). Afhankelijk van de soort overeenkomst en de soort prestatie die moet worden geleverd, verdient het aanbe-

veling om in de overeenkomst met zoveel woorden de 'redelijke' termijn te definiëren, bijvoorbeeld 14 dagen.

Het voorgaande ziet er in schema als volgt uit:





6.6.6 Wijziging van omstandigheden

In hoofdstuk 7 wordt ingegaan op de uitvoering van overeenkomsten. In dat kader komt ook de vraag aan de orde hoe partijen moeten omgaan met een wijziging van omstandigheden die na het sluiten van de overeenkomst is ingetreden en door partijen niet was voorzien. Partijen kunnen in de overeenkomst ook al bepalingen opnemen over de wijze waarop zij met dergelijke gewijzigde omstandigheden willen omgaan. In het bijzonder valt in dit verband te denken aan een bepaling die het mogelijk maakt om de overeenkomst dan te ontbinden.

Voorbeeldbepaling:

1. Indien de omstandigheden waaronder deze overeenkomst is gesloten zodanige wijzigingen ondergaan, dat van partijen of van een der par-

tijen in redelijkheid niet meer geleverd kan worden dat deze de overeenkomst geheel of gedeeltelijk nakomt, heeft de meeste gerede partij het recht om van de andere partij te verlangen dat tussen partijen een overeenkomst tot ontbinding van de onderhavige overeenkomst wordt gesloten.

2. In deze ontbindingsovereenkomst zal in elk geval worden bepaald op welke wijze de financiële- en de concrete afwikkeling van het project zal dienen te geschieden.

En eventueel, zie in verband daarmee ook § 6.6.16:

3. Indien partijen niet tot overeenstemming komen binnen ... weken nadat, heeft de meest gerede partij het recht terzake de geschillenregeling in te roepen overeenkomstig het bepaalde in artikel

6.6.7 Duur van de overeenkomst

Overeenkomsten kunnen worden gesloten voor bepaalde en onbepaalde tijd. Ook komt men in overeenkomsten de term 'duurovereenkomst' tegen. Duurovereenkomsten verplichten niet tot eenmalige, voorbijgaande prestaties, maar tot prestaties die gedurende zekere tijd voortduren, herhaald worden of elkaar opvolgen. Bij overeenkomsten voor *onbepaalde tijd* is het van belang een beëindigingsregeling op te nemen, waarbij met name een regeling voor het eenzijdig opzeggen van de overeenkomst en de daarbij behorende opzegtermijn, zorgvuldig moet worden opgesteld. Zeker wanneer de gemeente afnemer is, zou het kunnen gebeuren dat de wederpartij de overeenkomst van de ene op de andere dag opzegt en de gemeente niet voldoende tijd heeft om een andere contractspartner te vinden, bijvoorbeeld omdat er Europees aanbesteed moet worden. Het is daarom aan te raden in de overeenkomst te bepalen dat een overeenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd slechts opzegbaar is met inachtneming van een opzegtermijn.

Overeen-
komsten
voor
onbepaalde
tijd

Opzegtermijn

Voorbeeldbepaling:

De overeenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd. Hij is slechts opzegbaar met inachtneming van een opzegtermijn van ... maanden. Opzegging dient door middel van een aangetekende brief te geschieden.

Ten aanzien van de bevoegdheid om – bij ontbreken van wettelijke of contractuele bepalingen – overeenkomsten voor onbepaalde tijd op te zeggen, geldt het volgende. Overeenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn gesloten

zijn – in tegenstelling tot wat vroeger in de literatuur nog al eens werd beweerd – in beginsel opzegbaar. Het zal echter van de aard en de inhoud van de overeenkomst in verband met de concrete omstandigheden van het geval afhangen of en in hoeverre daarbij een opzegtermijn in acht moet worden genomen alsmede of een voldoende (zwaarwegende) grond voor opzegging aanwezig is. Deze beperkingen van de algemene bevoegdheid tot opzegging van een overeenkomst vloeien bij het ontbreken van een regeling rechtstreeks voort uit de redelijkheid en de billijkheid. Uit de redelijkheid en billijkheid kan, eveneens in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot het betalen van een (schade)vergoeding.

Een toepassing van deze algemene uitgangspunten voor het opzeggen van duurovereenkomsten ingeval van een contract van de gemeente biedt het arrest van de Hoge Raad inzake de opzegging door de gemeente Ronde Venen van een voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomst voor het hebben van kabels en leidingen in gemeentegrond (HR 28 oktober 2011, AB 2012, 85). In het kader van de liberalisering van de energiemarkt wilde de gemeente Ronde Venen privaatrechtelijke overeenkomsten met de voormalige nutsbedrijven vervangen door een publiekrechtelijk regime. Uitgangspunt in dat publiekrechtelijk regime was dat, anders dan voorheen was bepaald in de overeenkomsten, de kosten voor het verleggen van de leidingen ten gevolge van gemeentelijke werkzaamheden voortaan voor rekening van de eigenaar van de kabels en leidingen zouden zijn. De Hoge Raad oordeelt dat het feit dat het nieuwe regime minder gunstig is voor de eigenaar van de kabels en leidingen niet meebrengt dat de gemeente een zwaarwegende grond voor opzegging diende te hebben. Ook gaat de Hoge Raad niet mee in het betoog dat de gemeente geen redelijke opzegtermijn zou hebben gehanteerd en de opzegging gepaard had moeten laten gaan met een aanbod tot schadevergoeding. In dit verband is volgens de Hoge Raad van belang dat de wederpartij van de gemeente niet had aangevoerd dat zij bepaalde investeringen had gedaan die nog moeten worden terugverdiend of dat zij in hun bedrijfsvoering geen rekening hebben kunnen houden met eventuele omvangrijke kosten van verlegging in de toekomst of dat zij anderszins tijd of kosten kwijt zijn met de omschakeling naar de nieuwe situatie.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in de hierboven aangehaald zaak kan worden afgeleid wanneer er mogelijk aanleiding zou kunnen bestaan om bij de opzegging van de overeenkomst een schadevergoeding aan de wederpartij toe te kennen. Dat zou bijvoorbeeld nodig kunnen zijn indien de wederpartij in de veronderstelling verkerend dat de overeenkomst gewoon zou worden gecontinueerd, bijvoorbeeld recent investeringen heeft gepleegd die door de opzegging onnodig zijn geworden of doordat er juist personeel is aangenomen dat door de opzegging niet meer op bedrijfsverantwoorde wijze kan worden ingezet.

Overeen-
komst voor
bepaalde tijd

Wanneer wettelijke of contractuele opzeggingsbevoegdheden ontbreken, kan anderzijds de opzegging juist worden gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Wees er op bedacht dat bijvoorbeeld voor huurovereenkomsten en pachtovereenkomsten een apart regime voor de opzegging geldt.

Bij opzegging moet een onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd. Overeenkomsten voor *bepaalde tijd* zijn in beginsel niet tussentijds opzegbaar. Alleen in geval van onvoorziene omstandigheden is opzegging toelaatbaar (zie HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 Mondia/Calanda, daarna herhaald in HR 10 augustus 1994, NJ 1994, 688 Aerts/Kneepkens). Partijen mogen wel zelf afspreken dat tussentijdse opzegging mogelijk is.

Verlenging

Veelal wordt in overeenkomsten tot het geregeld afleveren van zaken of het doen van verrichtingen gedurende een bepaalde periode een bepaling opgenomen, inhoudende dat na afloop van de duur van de overeenkomst deze stilzwijgend wordt verlengd. Voor overeenkomsten met consumenten is via de regeling inzake de zwarte en de grijze lijst bij algemene voorwaarden (zie daarover hierna § 6.7) bepaald dat na de eerste contractperiode geen stilzwijgende verlenging mag plaatsvinden die leidt tot een overeenkomst voor bepaalde duur. De overeenkomst mag wel worden omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde duur als de consument de overeenkomst op ieder moment mag opzeggen. In dat geval geldt een opzegtermijn van 1 maand (zie art. 6:236 sub j BW).

Het is aan te bevelen goed de voor- en nadelen van de stilzwijgende verlenging af te wegen. Onder omstandigheden is het beter om bijvoorbeeld 3 maanden voor afloop te evalueren en dus niet stilzwijgend te verlengen. Soms is het zelfs verstandig om bij langlopende contracten een passage op te

nemen over – bijvoorbeeld – een 3-jaarlijkse interne evaluatie en de gang van zaken ten opzichte van de wederpartij als dan van ontevredenheid blijkt.

Voorbeeldbepaling:

Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van Na het verstrijken van de duur wordt de overeenkomst niet verlengd, tenzij partijen anders overeenkomen. Indien een van de partijen verlenging van de duur wenst, geeft zij hiervan de wederpartij schriftelijk kennis uiterlijk ... maanden voor het verstrijken van de duur van de overeenkomst.

Soms is het aan te raden om ontbinding door opzegging bij duurovereenkomsten uit te sluiten dan wel een voortijdige ontbinding te beperken. Bijvoorbeeld bij PPS-contracten gaat het veelal om behoorlijke investeringen. Partijen mogen zich dan niet of niet gemakkelijk van elkaar bevrijden.

Wijziging
van
omstandig-
heden

Ook is het mogelijk in de overeenkomst een clause op te nemen voor het geval zich een wijziging van omstandigheden voordoet, die het niet redelijk maakt dat partijen elkaar onverkort aan de overeenkomst houden. Het opnemen van een heronderhandelingsclause bij bijvoorbeeld gewijzigde beleidsinzichten of andere onvoorziene omstandigheden is daarom raadzaam.

Voorbeeldbepaling:

Indien de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten zich zodanig wijzigen, dat in redelijkheid niet meer van één of beide partijen kan worden gevergd dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft, treden partijen met elkaar in overleg om nadere afspraken te maken.

De nadere afspraken dienen zo dicht mogelijk te blijven bij de bedoeling van de overeenkomst, zoals deze blijkt uit de considerans van de overeenkomst.

6.6.8 Verrekening

In algemene voorwaarden wil nog wel eens een clause opgenomen zijn waarin verrekening (als bedoeld in art. 6:127 BW) is uitgesloten. De uitsluiting of beperking van de verrekening wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn (art. 6:237 sub g (de zogenaamde grijze lijst)), maar dit artikel ziet op consumententransacties. Het is raadzaam dat als de wederpartij van de gemeente een dergelijke clause voorstelt dan wel in haar algemene voorwaarden heeft opgenomen, deze als gemeente niet te accepteren.

6.6.9 Boetebedingen

In de overeenkomst kan een boetebeding als bedoeld in art. 6:91 BW worden opgenomen. Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding, waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen. In de overeenkomst kan derhalve worden bepaald dat de wederpartij van de gemeente een geldsom moet betalen als hij de hoofdverbintenis niet, niet tijdig of niet behoorlijk is nagekomen.

Voorbeeldbepaling:

Indien niet binnen de overeengekomen termijn de volledige diensten zijn verricht die aan de overeenkomst beantwoorden, is opdrachtnemer X aan de gemeente een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van ...% van de totale dan wel maximale prijs die met de overeenkomst is gemoeid.

Schade-
vergoeding

Men zij erop bedacht dat de gemeente in beginsel noch naast, noch in plaats van de boete schadevergoeding mag vorderen. De boete strekt immers in plaats van schadevergoeding (art. 6:92 lid 2 BW). Dit is evenwel regelend recht. De gemeente zou kunnen bedingen dat haar contractspartij naast de verbeurde boete bovendien de meerdere schade (boven de boete) zal hebben te voldoen.

Ontbinding

Het boetebeding ontnemt daarentegen de gemeente niet het recht om ontbinding van de overeenkomst te vorderen.

Wanprestatie

De boete is alleen verbeurd ingeval van *wanprestatie* van de wederpartij. Indien zij door overmacht wordt gehinderd de overeenkomst met de gemeente na te komen, is de boete dus niet verbeurd.

Voorbeeldbepalingen:

Indien de wederpartij niet binnen de overeengekomen termijn de prestaties heeft verricht die aan deze overeenkomst beantwoorden en die door de gemeente zijn geaccepteerd en dit ook niet het geval is na het verstrijken van een door de gemeente gestelde redelijke termijn, is de wederpartij aan de gemeente een boete verschuldigd van ... voor elke dag dat de tekortkoming voortduurt, tot een maximum van

Indien de prestatie blijvend onmogelijk is geworden, is de maximumboete onmiddellijk in haar geheel verschuldigd.

Indien nakoming van de overeengekomen verplichtingen reeds op het tijdstip van de overeengekomen termijn blijvend onmogelijk is, hoeft door de gemeente geen nadere termijn te worden gesteld en is de nalatige partij onmiddellijk in gebreke.

De boete komt de gemeente toe onverminderd alle andere rechten of vorderingen, daaronder mede begrepen:

- haar vordering tot nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst;
- haar recht op schadevergoeding voor zover de schade het bedrag van de boete te boven gaat.

6.6.10 Faillissement en surséance van betaling

Het verdient aanbeveling in de overeenkomst te regelen wat de gevolgen zijn van de omstandigheid dat de wederpartij van de gemeente in surséance van betaling komt te verkeren of failliet gaat. De bepaling kan worden opgenomen dat de gemeente gerechtigd is, zonder enige aanmaning of ingebrekestelling met onmiddellijke ingang buiten rechte de overeenkomst door middel van een aangetekende brief te ontbinden, indien aan de wederpartij surséance van betaling is verleend resp. in staat van faillissement is komen te verkeren. In deze gevallen loopt de gemeente immers het risico dat zij haar prestatie moet blijven verrichten, terwijl daar geen tegenprestatie tegenover staat.

Voorbeeldbepaling:

De gemeente is bevoegd de overeenkomst middels een daartoe strekkende mededeling aan de wederpartij, zonder rechterlijke tussenkomst jegens de wederpartij, te ontbinden, indien en zodra:

- a. ten aanzien van de wederpartij faillissement is aangevraagd dan wel de wederpartij in staat van faillissement wordt verklaard;
- b. de wederpartij surséance van betaling aanvraagt, of surseance van betaling wordt verleend;
- c. de wederpartij haar schuldeisers een onderhands akkoord aanbiedt, wordt geliquideerd, of haar onderneming staakt.

6.6.11 Publiekrechtelijke voorschriften

Gelijk in § 6.6.10 over faillissement en surséance van betaling is opgemerkt, is het raadzaam voor de gemeente in de overeenkomst te bepalen dat indien

de wederpartij over bepaalde publiekrechtelijke vergunningen moet beschikken maar deze niet krijgt, de overeenkomst kan worden ontbonden. Ook dan bestaat het gevaar dat de overeenkomst in stand blijft, terwijl de wederpartij van de gemeente niet in staat is – doordat zij niet aan bepaalde publiekrechtelijke voorschriften kan voldoen – een tegenprestatie te leveren.

Voorbeeldbepaling:

De gemeente heeft het recht de ontbinding van de overeenkomst in te roepen, indien de wederpartij niet of niet langer beschikt over de noodzakelijke publiekrechtelijke vergunningen.

Men zij er op bedacht dat de gemeente wel in dit kader haar publiekrechtelijke taak in acht moet nemen. Zo mag zij er uiteraard niet voor zorgen dat de wederpartij niet langer kan beschikken over de noodzakelijke publiekrechtelijke vergunningen omdat zij van de overeenkomst af wil.

Ook kan het nuttig zijn dat de gemeente in de overeenkomst expliciet aangeeft dat zij in nakoming van de overeenkomst kan worden beperkt door publiekrechtelijke voorschriften. Deze bepaling kan met name van belang zijn in het kader van overeenkomsten waarin de gemeente afspraken maakt over het gebruik van haar publiekrechtelijke bevoegdheden (zie over de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten verder § 7.4).

Voorbeeldbepaling:

Er is geen sprake van enige toerekenbare tekortkoming zijdens de gemeente indien en voor zover de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid noopt tot het niet verstrekken van inlichtingen en gegevens respectievelijk tot het niet verlenen van de publiekrechtelijke medewerking die nodig zou zijn voor de uitvoering van de overeenkomst.

6.6.12 Verandering van wederpartij

De wederpartij van de gemeente mag in beginsel zonder toestemming haar vorderingsrechten (= rechten uit de overeenkomst) op de gemeente aan een andere partij overdragen. De gemeente kan echter om haar moverende redenen juist voor een bepaalde partij hebben gekozen. Indien zij niet geconfronteerd wil worden met een andere wederpartij, dan zal zij in de overeenkomst expliciet moeten vastleggen dat de wederpartij haar vorderingsrechten alleen aan een andere partij mag overdragen na schriftelijke toestemming van de gemeente.

Gemeente als
schuldenaar

Bij contractsovername (art. 6:159 BW) wordt de gehele rechtsverhouding aan een derde overgedragen. Dus naast de hierboven genoemde vorderingsrechten ook de schulden van de overdragende partij, de wilsrechten, zoals het recht op vernietiging of ontbinding op grond van dwaling of wanprestatie. Voor de overeenkomst tussen de overdragende en overnemende partij is een akte vereist (zie art. 6:159 lid 1 BW). Indien de wederpartij van de gemeente bijvoorbeeld haar bedrijf aan een derde overdraagt dan is het nodig dat – ook weer volgens lid 1 van art. 6:159 BW – de gemeente haar medewerking hiertoe verleent. Veiligheidshalve is het aan te bevelen in de overeenkomst de bepaling op te nemen dat de wederpartij haar rechtsverhouding tot de gemeente (= contractpositie) slechts mag overdragen met schriftelijk toestemming van de gemeente, aan welke toestemming de gemeente ook nadere voorwaarden kan verbinden. Overigens dient de gemeente er wel op bedacht te zijn dat het aanbestedingsrecht beperkingen kan opleveren bij het veranderen van wederpartij.

Wanneer de kwaliteit van een wederpartij van belang is voor de gemeente en zij niet wil worden geconfronteerd met andere personen, kan zij daarover ook een bepaling opnemen die het mogelijk maakt om de overeenkomst te ontbinden ingeval van bepaalde veranderingen bij de wederpartij.

Voorbeeldbepalingen:

De wederpartij is niet gerechtigd de rechten en verplichtingen uit deze overeenkomst zonder schriftelijke toestemming van de gemeente aan een derde over te dragen. Aan deze toestemming kunnen voorwaarden worden verbonden.

De gemeente heeft het recht de ontbinding van de overeenkomst in te roepen indien:

- de wederpartij een besluit tot ontbinding van de rechtspersoon of onderneming heeft genomen;
- de zeggenschap van de wederpartij bij een ander komt te rusten dan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst;
- de wederpartij fuseert, splitst of op enigerlei wijze (een deel van) zijn bedrijf overdraagt.

Voor het geval het niet de wederpartij van de gemeente is maar de gemeente zelf die haar vorderingsrechten op de wederpartij wil overdragen, dan kan

dit niet zo gemakkelijk. Zo heeft de Hoge Raad in het arrest Staat/Appels (HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766) bij een overgang van vorderingsrechten door de overheid aan een andere partij (tussen de Staat en Appels bestond een subsidieovereenkomst) geoordeeld dat de wederpartij niet zo maar met een andere schuldeiser dan de overheid kan worden opgezadeld. De Hoge Raad oordeelde dat hier weliswaar sprake was van een overeenkomst naar burgerlijk recht, maar dat dat niet wegneemt dat deze overeenkomst een ‘publiekrechtelijk karakter’ heeft. Op deze overeenkomst zijn naast de regels van burgerlijk recht ook regels van publiek recht en in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. De persoon van de Staat als crediteur bracht mee dat de rechten en de bevoegdheden alleen door de Staat behoorden te worden uitgeoefend en dat deze dus niet zonder medewerking van de wederpartij konden worden overgedragen aan een derde die in de privé-sfeer opereerde. Het is niet moeilijk voorstelbaar dat een contractspartij in zo’n situatie er de voorkeur aan geeft een overheidsinstantie die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen als wederpartij te hebben dan een willekeurig privé-persoon. Wat hier voor de Staat geldt moet op gelijke wijze voor de gemeente gelden. De wederpartij moet dus uitdrukkelijk toestemming verlenen voor de overgang van de vorderingsrechten van de gemeente naar een andere contractspartij.

6.6.13 Aansprakelijkheid en verzekering

Aansprakelijkheid
verzekering

De gemeente zal zich vrijwel altijd tegen wettelijke aansprakelijkheid (de art. 6:162 e.v. BW) hebben verzekerd. Maar zij dient er ook alert op te zijn dat haar contractspartij zich tegen de gevolgen van wettelijke aansprakelijkheid verzekert (denk bijvoorbeeld aan beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen). Het verdient aanbeveling in de overeenkomst neer te leggen dat deze wederpartij zich adequaat verzekert en dat zij op verzoek van de gemeente onverwijld een (gewaarmerkt afschrift van de) verzekeringspolis en de bewijzen van premiebetaling kan overleggen.

Voorbeeldbepalingen:

De wederpartij heeft zich adequaat verzekerd en zal zich naar behoren verzekerd houden voor in ieder geval wettelijke aansprakelijkheid en beroepsaansprakelijkheid.

De wederpartij legt op verzoek van de gemeente onverwijld (een gewaarmerkt afschrift van) de polissen en de bewijzen van premiebetaling van de

hiervoor genoemde verzekeringen over.

Beperking
aansprakelijkheid

De gemeente moet er voorts alert op zijn dat in algemene voorwaarden van wederpartijen clausules kunnen zijn opgenomen, die de aansprakelijkheid van deze – veelal professionele – wederpartijen aanzienlijk beperken. Wees bijvoorbeeld bedacht op exoneratieclausules van de wederpartij, inhoudende dat zij niet aansprakelijk is voor zover de schade niet door een verzekeraar wordt gedekt. Zijn deze algemene voorwaarden op de overeenkomst met de gemeente van toepassing, dan is het aan te raden vooraf overeen te komen dat deze clausules buiten toepassing worden gesteld en vervangen door een voor de gemeente acceptabele aansprakelijkheidsregeling.

Aansprakelijkheid

Uiteraard verdient het aanbeveling om in het eigen contract een goede regeling over aansprakelijkheid op te nemen. Uitgangspunt kan zijn dat voor de aansprakelijkheid wordt aangesloten bij het Burgerlijk Wetboek: vergoeding van de door de benadeelde schade. Voor een wijziging in dit uitgangspunt zijn bepalingen opgenomen in het aansprakelijkheidsrecht (bijvoorbeeld eigen schuld, matiging, redelijkheid en billijkheid). Toch kan het aanbevelenswaardig zijn in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid nog verder te beperken bijvoorbeeld per gebeurtenis tot een bepaald bedrag of tot de maximale waarde van de opdracht. Nadeel van een dergelijke regeling is dat eventuele bijkomende schade voor rekening van de gemeente komt. Voordeel kan zijn dat het zich vertaalt in een gunstigere offerte.

Voorbeeldbepaling:

- 1 De wederpartij is aansprakelijk voor alle schade, die voor de gemeente het gevolg is van enig verzuim van de wederpartij in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst, alsmede voor alle schade welke door de wederpartij, haar personeel, door haar ingeschakelde (rechts)personen en/of door haar geleverde of te leveren goederen wordt toegebracht aan personeel en/of goederen van de gemeente dan wel derden.
- 2 De bedoelde aansprakelijkheid is, per gebeurtenis, beperkt tot een bedrag van €
Onder schade wordt ook verstaan de kosten gemaakt ter voorkoming, beperking of vaststelling van de schade.
- 3 De in lid 2 opgenomen beperking van aansprakelijkheid komt te vervallen:
 - a ingeval van aanspraken van derden, onder wie werknemers van ge-

- meente, op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel; en/of
 - b indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de wederpartij en/of haar personeel; en/of
 - c indien en voor zover deze aansprakelijkheid door de verzekering van de wederpartij wordt gedekt.
- 4 De wederpartij is gehouden de gemeente te vrijwaren, respectievelijk schadeloos te stellen terzake van alle aanspraken van derden tot vergoeding van schade, waarvoor de aansprakelijkheid van de wederpartij in deze voorwaarden in de verhouding met de gemeente niet is uitgesloten.

6.6.14 Geheimhouding en publiciteit

Geheimhouding en Wob

Afhankelijk van het soort overeenkomst dat wordt gesloten, is het raadzaam een bepaling op te nemen, inhoudende dat de wederpartij zich verplicht om al hetgeen hem ter kennis komt en waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs kan vermoeden, op generlei wijze bekend mag maken, tenzij de gemeente daar toestemming voor heeft gegeven. Een dergelijke bepaling kan kracht bijgezet worden door middel van een boeteclausule. Een dergelijk geheimhoudingsbepaling laat echter onverlet dat de gemeente op basis van de Wob verplicht kan worden gegevens met betrekking tot de overeenkomst openbaar te maken, indien geen van de in de Wob genoemde weigeringsgronden aan de orde is (zie hierover § 3.6).

Voorbeeldbepaling:

De wederpartij verplicht zich de haar ter beschikking gestelde informatie strikt vertrouwelijk te behandelen. Indien deze verplichting wordt geschonden verbeurt zij een direct opeisbare boete van €...

6.6.15 Contactpersonen

Het kan nuttig zijn om in de overeenkomst te bepalen dat partijen over en weer elkaar informeren met welke personen binnen hun organisatie contact moet worden gezocht in zaken betreffende de overeenkomst.

Voorbeeldbepaling:

Beide partijen wijzen een contactpersoon aan, die de contacten over de uitvoering van de overeenkomst onderhoudt. Partijen informeren elkaar schriftelijk over degene die zij als contactpersoon hebben aangewezen.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat deze contactpersoon in beginsel niet bevoegd is om de gemeente te binden, tenzij hij hiervoor een volmacht heeft gekregen.

6.6.16 Geschillenregeling en rechtskeuze

Burgerlijke
rechter

Indien de overeenkomst niets bepaalt, worden geschillen over de uitvoering van een overeenkomst voorgelegd aan de burgerlijke rechter. In sommige overeenkomsten is een bepaling opgenomen, waarbij geschillen niet aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd, maar aan een arbiter of een bindend adviseur. Bij *arbitrage* wordt het geschil voorgelegd aan arbiters conform de regels van art. 1020 e.v. Rechtsvordering.

Arbitrage

Bindend
advies

Partijen kunnen ook een geschil door een bindend adviseur laten beslechten. Bij een *bindend advies* komen partijen overeen dat een tussen hen gerezen geschil of in de toekomst (bijvoorbeeld naar aanleiding van een gesloten overeenkomst) rijzende geschillen onderworpen zullen worden aan de uitspraak van één of meer derden (de bindend adviseur), welke uitspraak zal gelden als een voor partijen bindend advies en de kracht zal hebben van een tussen hen gesloten overeenkomst. Zie hiervoor art. 7:900 lid 2 BW. In de praktijk wordt voor arbitrage of bindend advies met name besloten wanneer het gaat om een – veelal technische – materie, voor het beoordelen waarvan een specifieke deskundigheid is vereist. In het bouwrecht komen arbitrages vaak voor.

Mediation

Naast arbitrage en bindend advies wordt in de rechtspraak ook steeds vaker gebruik gemaakt van *mediation*. Bij mediation spannen partijen zich met behulp van een derde, de mediator, in om hun geschil op vrijwillige basis tot een oplossing te brengen. Bij mediation is er geen sprake van een beoordeling van het geschil door de derde, maar komen partijen onderling, onder begeleiding van de derde, tot een vergelijk.

Voor het opnemen van bepalingen over arbitrage, bindend advies of mediation heeft het Nederlands Arbitrage Instituut modellen beschikbaar. Verwezen zij naar de website www.nai-nl.org. Voor geschillen op het gebied van de bouw zij voorts verwezen naar de Raad van Arbitrage voor de bouw: www.raadvanarbitrage.nl

Nederlands
recht

Ten slotte verdient het aanbeveling, ingeval een overeenkomst wordt geslo-

ten met een buitenlandse partij, op de overeenkomst het Nederlandse recht van toepassing te verklaren.

Voorbeeldbepalingen:

Ieder geschil tussen partijen ter zake van de overeenkomst zal bij uitsluiting worden voorgelegd aan de daartoe bevoegde rechter in het arrondissement ..., tenzij partijen alsnog een andere vorm van geschillenbeslechting zullen overeenkomen.

Op de overeenkomst is het Nederlandse recht van toepassing.

6.7 Algemene voorwaarden

6.7.1 Inleiding

Gemeenten maken veel gebruik van algemene voorwaarden. In de meeste overeenkomsten wordt aan het einde van de overeenkomst vermeld dat – bijvoorbeeld – de algemene inkoop – en betalingsvoorwaarden van de gemeente van toepassing zijn. In het navolgende staat de gemeente als voorwaarden-gebruiker centraal. Aan het eind van deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de vraag op welke wijze de overheid gebonden wordt aan algemene voorwaarden van de wederpartij.

Definitie Art. 6:231 BW geeft de volgende omschrijving van algemene voorwaarden: 'Een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd'.

Gemeente
als voorwaar-
dengebruiker

Gaat het om de overheid als voorwaardengebruiker, dan betreft het de situatie dat de gemeente als gebruiker algemene voorwaarden inbrengt. Bij verkoop van grond zal de gemeente in het koopcontract haar gronduitgiftebepalingen van toepassing verklaren. Hetzelfde gebeurt wanneer de gemeente grond in erfpacht uitbrengt. De erfpachtsvoorwaarden kunnen eveneens als algemene voorwaarden worden aangemerkt. Verder valt te denken aan de hiervoor genoemde inkoopvoorwaarden en betalingsvoorwaarden. In dit verband zij erop gewezen dat de VNG een model heeft gemaakt voor Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten. Op al deze door de gemeente gehanteerde voorwaarden is afdeling 6.5.3 BW (de artikelen 6:231 e.v. BW) van toepassing.

Dwingend
recht

Voorop staat dat deze wettelijke regeling van dwingend recht is (art. 6:246 BW). Partijen kunnen van deze regeling dus niet afwijken. Bedingen die de werking van de wettelijke regeling omtrent algemene voorwaarden geheel of gedeeltelijk beogen uit te sluiten zijn vernietigbaar. Zijn partijen in hun overeenkomst afgeweken van de bepalingen omtrent algemene voorwaarden, dan leidt dit tot nietigheid c.q. vernietigbaarheid van het desbetreffende beding of – in voorkomende gevallen – de gehele overeenkomst.

6.7.2 De gemeente als gebruiker van algemene voorwaarden

Geen
binding
van
rechts
wege

Algemene voorwaarden zijn contractuele bedingen die partijen binden, doordat zij de algemene voorwaarden zijn overeengekomen. Zij binden niet van rechtswege. Dit is niet anders wanneer het een overheidslichaam is die algemene voorwaarden hanteert.

Vaststelling
door B & W

Algemene voorwaarden van de gemeente worden in de regel vastgesteld door het college. Het is immers het college dat besluit over het aangaan van de overeenkomst en in dat kader ook over de daarbij te stellen voorwaarden. Via de mechanismen die zijn beschreven in § 4.2.3 (met name de mogelijkheid van de raad om wensen en bedenkingen te formuleren ten aanzien van het handelen van het college) kan de raad wel zijn invloed doen gelden op de inhoud van de algemene voorwaarden.

Bijzondere
positie
gemeente

Voor de gemeente is de volgende vraag nog van belang. Gelden voor de gemeente bij het gebruik van algemene voorwaarden bijzondere maatstaven? Het antwoord op deze vraag moet bevestigend luiden. Voor de gemeente als gebruiker gelden zwaardere maatstaven, aldus HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (Van der Meer/Gemeente Smilde):

In deze zaak was een beding in de algemene voorwaarden aan de orde op grond waarvan Van der Meer als koper van bouwgrond van de gemeente verplicht was de daarop te bouwen woning aan te sluiten op de centrale-antenne-inrichting. De Hoge Raad overwoog: 'De gebruiker van algemene voorwaarden en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers handelt in strijd met de goede trouw (thans de redelijkheid en billijkheid, dzz) wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, tenzij hij omstandigheden stelt en, zonodig, bewijst waaruit volgt dat het beding niet onredelijk bezwarend is

en het beroep daarop derhalve niet in strijd is met de goede trouw’.

Uit dit arrest kan verder worden afgeleid dat het algemeen belang geen rechtvaardigingsgrond is voor onredelijk bezwarende bedingen.

De Hoge Raad oordeelt in het arrest Van der Meer/Smilde uitdrukkelijk dat met name een beding als daar aan de orde niet zijn rechtvaardiging kan vinden in de omstandigheden dat de gemeente met het beding ‘een te respecteren (algemeen) belang van het voorkomen van antennewouden nastreeft.’

Voorts is van belang dat een gemeente bij hantering van de voorwaarden abbb gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/lkon)).

6.7.3 Gebondenheid aan algemene voorwaarden

Aanvaarding
algemene
voorwaarden

Voor de aanvaarding van algemene voorwaarden gelden in beginsel geen andere regels dan die ook gelden voor de totstandkoming van een overeenkomst. Bijzonder is evenwel dat voor de aanvaarding van algemene voorwaarden niet is vereist dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden kent op het moment van de aanvaarding. Voldoende is dat de wederpartij de gelding van algemene voorwaarden aanvaardt. Of anders gezegd, de wederpartij aanvaardt de gelding van de voorwaarden en niet – althans niet noodzakelijkerwijs – de inhoud ervan. Uit de wet volgt dat van een snelle toepasselijkheid van algemene voorwaarden wordt uitgegaan.

Snelle
toepasselijkheid

Deze regeling is dus in het voordeel van de gebruiker van algemene voorwaarden. Voor toepasselijkheid van algemene voorwaarden is voldoende dat de wederpartij op het moment van de aanvaarding weet dat de andere partij (= de gemeente) algemene voorwaarden hanteert. Deze snelle gebondenheid wordt weer teruggenomen door de regeling van art. 6:233 onder b BW en art. 6:234 BW. Deze bepalingen houden in dat de wederpartij weliswaar snel gebonden is, maar zich van deze gebondenheid weer snel kan bevrijden. Het tegenwicht voor de snelle toepasselijkheid van algemene voorwaarden ligt hierin besloten dat de wederpartij op twee gronden tot vernietiging van bepaalde voor haar nadelige bedingen in de set algemene voorwaarden kan overgaan. Deze twee gronden komen in § 6.7.4 aan de orde. Opgemerkt zij dat ‘grote’ wederpartijen op deze vernietigingsgronden geen beroep kunnen doen. Van een ‘grote’ wederpartij is – kort gezegd – sprake bij een rechtsper-

Twee
vernietigings-
gronden

soon die een jaarrekening openbaar maakt dan wel bij een rechtspersoon waarbij 50 of meer personen werkzaam zijn.

Beleidsregels Met het formuleren van algemene voorwaarden heeft de gemeente als het ware haar uitgangspunten geformuleerd over de vraag onder welke voorwaarden zij bereid is te contracteren over een bepaald onderwerp. Voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst kunnen de algemene voorwaarden, als zij schriftelijk zijn vastgelegd en bekendgemaakt, worden gezien als beleidsregels. De gemeente is daaraan dan gebonden op de wijze als aangegeven in artikel 4:84 Awb (zie § 3.4.4).

6.7.4 Mogelijkheden voor vernietiging van algemene voorwaarden

Terhandstelling Art. 6:234 lid 1 sub a BW meldt als hoofdregel dat de gebruiker (= de gemeente) aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Dit houdt in dat de gemeente de algemene voorwaarden vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld. Wees er dus op bedacht dat de gemeente op eigen initiatief de algemene voorwaarden moet aanreiken. Onder terhandstelling mag ook worden gerekend toezending van de voorwaarden. Gesteld dat partijen alleen mondeling contact met elkaar hebben of de algemene voorwaarden beslaan te veel pagina's, dan geeft de wet een uitzondering op de hierboven besproken hoofdregel. Aan deze uitzondering komt men dus pas toe wanneer het redelijkerwijs niet mogelijk is om de voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand te stellen. Wanneer de terhandstelling niet mogelijk is, moet de gemeente voor de totstandkoming van de overeenkomst aan haar wederpartij kenbaar maken dat de algemene voorwaarden bij de gemeente ter inzage liggen of bij de Kamer van Koophandel of bij de griffie van de rechtbank.

Uitzondering Daaraan moet, wil de gemeente aan haar 'informatieplicht' voldoen, zij er aan toevoegen dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek op haar kosten zullen worden toegezonden. In het kader van de wetgeving voor de elektronische overeenkomst is geregeld wanneer het elektronisch ter beschikking stellen van algemene voorwaarden kan worden gezien als een redelijke mogelijkheid om daarvan kennis te nemen (zie art. 6:234 lid 2 en 3 BW). Niet voldoende is dat de gebruiker van algemene voorwaarden via de verwijzing naar een website aan de wederpartij aangeeft dat de algemene voorwaarden op het internet zijn te vinden. Wel is het bijvoorbeeld toegestaan om de integrale tekst van de algemene voorwaarden in de bijlage bij een e-mail op

Overeenkomsten langs elektronische weg gesloten

te nemen of een internetlink in een e-mail op te nemen door middel waarvan de wederpartij in één klik de tekst van de op haar toepasselijke algemene voorwaarden kan raadplegen (zie hierover HR 11 februari 2011, LJN: BO7108 inzake First Data/Attingo). Indien een overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt, wordt voor het elektronisch ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden als voorwaarde gesteld dat de wederpartij hiermee instemt.

De gemeente moet als uitgangspunt de algemene voorwaarden ter hand stellen. Kan zij hieraan redelijkerwijs niet voldoen, dan dient zij vóór de totstandkoming aan haar wederpartij bekend te maken dat de voorwaarden bij haar ter inzage liggen dan wel bij de Kamer van Koophandel of de griffie van de rechtbank. De gemeente moet daaraan toevoegen dat de voorwaarden op eerste verzoek van de wederpartij onverwijld op kosten van de gemeente aan haar wordt toegezonden. In de praktijk wordt deze laatste toevoeging wel eens vergeten. Indien een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt dan wel indien de wederpartij bij een conventionele overeenkomst hiermee instemt, kan de mogelijkheid tot kennisneming van de algemene voorwaarden worden geboden door deze als bijlage bij een e-mail te voegen of door opname van een hyperlink in een e-mail bericht.

Voldoet de gemeente niet aan haar algemene informatieplicht dan kan de wederpartij tot vernietiging van deze algemene voorwaarden overgaan. Een zware straf dus! Zaak voor de gemeente is om deze informatieplicht goed te organiseren.

Onredelijk
bezwarend

De tweede vernietigingsgrond is dat een beding onredelijk bezwendend voor de wederpartij is (art. 6:233 aanhef en sub a BW). Het BW werkt in dit verband met een zogenaamde zwarte- en grijze lijst van algemene voorwaarden. Art. 6:236 BW bevat de zogenaamde zwarte lijst. De in dit artikel opgesomde voorwaarden worden per definitie als onredelijk bezwendend aangemerkt. De grijze lijst is te vinden in art. 6:237 BW; deze voorwaarden worden vermoed onredelijk bezwendend te zijn. De zwarte en grijze lijst gelden alleen voor overeenkomsten met consumenten. Wel gaat er een zogeheten reflexwerking van uit voor overeenkomsten met rechtspersonen en beroeps- of bedrijfsmatig handelende natuurlijke personen.

6.7.5 Battle of forms

Uiteraard wil de gemeente graag dat haar eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn. In de overeenkomst moet zij dus iets dergelijks opnemen. Maar wat geldt nu als de wederpartij in bijvoorbeeld de voorafgaande briefwisseling ook naar haar eigen algemene voorwaarden verwijst?

Battle
of
forms

Stel, het computerbedrijf waarmee de gemeente X zaken wil doen, heeft aan deze gemeente een offerte uitgebracht voor de verkoop en installatie van 10 computers en heeft tevens de algemene voorwaarden meegestuurd. De gemeente X aanvaardt de offerte, maar verwijst in de aanvaarding naar de algemene voorwaarden die zij bij dergelijke opdrachten hanteert. De vraag rijst door welke algemene voorwaarden de overeenkomst tussen de gemeente X en het computerbedrijf wordt beheerst. Art. 6:225 lid 3 BW (genaamd de 'battle of forms') geeft hier uitsluitsel over:

Art. 6:225 lid 3 BW luidt:

Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.

Uitdrukkelijke
verwerping

In het hierboven gegeven voorbeeld prevaleren dus in eerste instantie de algemene voorwaarden van het computerbedrijf. Volgens de wet komt aan de verwijzing van de gemeente geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden (= de algemene voorwaarden van het computerbedrijf) uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen (let nog op art. 6:225 lid 2 BW wat betreft de afwijking op ondergeschikte punten). Met de term uitdrukkelijke verwerping wordt niet bedoeld de veel voorkomende formule dat de algemene voorwaarden van de wederpartij niet van toepassing zijn. Voor – in het hierboven genoemde geval – het computerbedrijf moet duidelijk zijn dat de gemeente de algemene voorwaarden van het computerbedrijf niet accepteert. Hierbij is het niet voldoende dat de gemeente volstaat met het verwijzen naar de eigen algemene voorwaarden. Evenmin is het voldoende dat de gemeente in haar algemene voorwaarden de hierboven genoemde 'afweerclausule' heeft opgenomen. Een uitdrukkelijke verwerping moet plaatsvinden buiten de eigen algemene voorwaarden van de gemeente om. Veiligheidshalve dient de gemeente in de tekst van de brief zelf op te nemen dat alleen haar algemene

Afweer-
clausule

voorwaarden van toepassing zijn, waarbij uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de wederpartij worden verworpen.

Voorbeeldbepalingen:

In afwijking van uw offerte zijn op deze overeenkomst van toepassing de 'Algemene voorwaarden ...' van de gemeente X

of

Op deze overeenkomst zijn uitsluitend van toepassing de 'Algemene voorwaarden ...' van de gemeente X voor zover daarvan in deze overeenkomst niet wordt afgeweken. De algemene voorwaarden van ... worden uitgesloten.

6.7.6 De gemeente als wederpartij

Gemeente
als
wederpartij

Exoneratie-
clausules,
overmachts-
bepalingen
enz.

Onredelijke
algemene
voorwaarden

De gemeente kan, zoals hierboven reeds aangegeven, in plaats van voorwaardegebruiker ook wederpartij zijn. In dat kader is het van belang de algemene voorwaarden van de wederpartij nauwgezet te analyseren, waarbij met name moet worden gekeken naar bedingen zoals exoneratieclausules, overmachtsbepalingen, aansprakelijkheden, verjaringen enz. Het beste voor de gemeente is uiteraard dat haar eigen algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn. Houdt de wederpartij echter vast aan haar wens om haar eigen voorwaarden op de overeenkomst van toepassing te laten zijn, dan is het voor de gemeente raadzaam te bedingen dat bepaalde – voor de gemeente ongunstige – voorwaarden buiten toepassing worden verklaard. Indien de algemene voorwaarden van de wederpartij van de gemeente van toepassing zijn en hierin staan onredelijke voorwaarden, dan is de gemeente desondanks in beginsel gebonden omdat zij geen extra bescherming ondervindt. Dit komt omdat rechtspersonen van een bepaalde grootte in de optiek van de wetgever de in afdeling 6.5.3 BW geboden bescherming niet nodig zouden hebben (op grond van art. 6:233 BW is een beding in algemene voorwaarden nietig indien de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (zie hierboven), maar ook indien een beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij). Via de band van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) kunnen gemeenten nog wel bescherming krijgen.

Samenvatting

De contractsvrijheid (behoudens de beperkingen op grond van haar bijzondere positie (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, grondrechten, beleidsregels en dwingend recht)) brengt mee dat de gemeente en haar contractspartij vrij zijn zelf de inhoud van de overeenkomst die tussen hen bestaat, in al zijn onderdelen te bepalen. Soms schrijft de wet echter de inhoud van de overeenkomst dwingend voor. Steeds dient dus te worden nagegaan of op de desbetreffende overeenkomst regels van dwingend of van regelend recht van toepassing zijn. In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste elementen van de overeenkomst besproken. Aan de orde kwamen de naam van de overeenkomst, de vermelding van de partijen, de considerans, de definities, de afspraken (de rechten en verplichtingen over en weer) en de ondertekening. Bijzondere aandacht verdient op deze plaats de regeling van de wanprestatie, schadevergoeding en overmacht. Ten aanzien van de afspraken dient gerealiseerd te worden dat deze afspraken ook daadwerkelijk kunnen worden uitgevoerd.

Een apart punt van aandacht verdienen de algemene voorwaarden. Voorop staat dat de regeling van de algemene voorwaarden (de artt. 6:231 e.v. BW) van dwingend recht is. Dit betekent dat partijen niet van deze regeling mogen afwijken. Zijn partijen in hun overeenkomst afgeweken van de bepalingen over de algemene voorwaarden, dan leidt dit tot nietigheid c.q. vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is de gemeente de gebruiker van algemene voorwaarden, dan moet zij er alert op zijn dat zij deze algemene voorwaarden op de juiste wijze aan de wederpartij ter hand heeft gesteld (art. 6:233 aanhef en sub b BW). Heeft de gemeente de hoedanigheid van wederpartij in plaats van voorwaardengebruiker, dan is het zaak voor de gemeente de algemene voorwaarden van de wederpartij nauwgezet te bestuderen. Bevatten de algemene voorwaarden van de wederpartij voor de gemeente dusdanig ongunstige bedingen dat zij hier niet aan gebonden wil zijn, dan zal de gemeente moeten bedingen dat deze bepalingen buiten toepassing worden verklaard.



7 De uitvoering van overeenkomsten

7.1 Inleiding

Wanneer de onderhandelingen over het totstandbrengen van een overeenkomst worden bezegeld met het sluiten van het contract, is daarmee de kous niet af. Integendeel, dan begint de fase waarom het van aanvang af te doen was: de nakoming van hetgeen is afgesproken. Teneinde die nakoming te faciliteren, kan het verstandig zijn een aantal praktische zaken te regelen. Daarop wordt in § 7.2 ingegaan.

Overeenkomsten moeten worden nagekomen. Deze belangrijke regel uit het privaatrecht geldt ook voor overeenkomsten die de gemeente aangaat. Niettemin kan de vraag worden gesteld of en in welke mate de bijzondere positie die de gemeente inneemt van invloed is op de uitvoering van de overeenkomst. Op deze vraag wordt in § 7.3 ingegaan. In § 7.4 wordt afzonderlijk ingegaan op de nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten, omdat de uitvoering van deze overeenkomsten voor een belangrijk deel door het publiekrecht wordt beheerst en de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter bij deze overeenkomsten nadere aandacht vraagt.

7.2 Praktische zaken na het sluiten van het contract

7.2.1 Archivering

Archivering

Overeenkomsten waarbij de gemeente is betrokken dienen, evenals publiekrechtelijke besluiten van de gemeentelijke bestuursorganen, in goede, geordende en toegankelijke staat te worden gearchiveerd (art. 3 Archiefwet). Het is dus van belang om een exemplaar van de overeenkomst op een daartoe bestemde plaats te bewaren. Een zorgvuldige archivering is zowel voor intern gebruik (kennis van het feit dat er bepaalde contracten lopen) als voor extern gebruik (mogelijkheid om de contractspartij op diens verplichtingen aan te spreken) van belang.

7.2.2 Uitvoeringsplanning en contractbeheer

Tijdpad

Om de naleving van de contractuele verplichtingen te bewaken, kan het nuttig zijn een uitvoeringsplanning te maken, waarin wordt aangegeven op welk tijdstip bepaalde verplichtingen moeten zijn vervuld. Dit overzicht kan zowel betrekking hebben op verplichtingen van de wederpartij als op de eigen contractsverplichtingen. Een overzicht van *de verplichtingen van de wederpartij*, voorzien van eventuele afgesproken data, kan een praktisch hulpmiddel vormen bij het tijdig signaleren van gebreken in de nakoming en het – zonodig – voortvarend ingebreke stellen van de schuldenaar. Bij het in kaart brengen van de *eigen contractsverplichtingen* kan tevens een tijdpad worden gemaakt waarin wordt aangegeven wanneer de voorbereiding van bepaalde activiteiten moet worden opgestart. Dit kan met name nuttig zijn wanneer ter uitvoering van het contract besluiten moeten worden genomen, waarvoor een tijdsvragende besluitvormingsprocedure moet worden doorlopen. Voorts kan worden aangegeven wie verantwoordelijk is voor de bewaking van de uitvoering van het contract en wie formeel bevoegd is tot het verrichten van de benodigde handelingen. Uiteraard dient een dergelijke uitvoeringsplanning ook ter kennis van de relevante personen binnen de gemeentelijke organisatie te worden gebracht. Het behoeft geen betoog dat contractbeheer en contractmanagement zich bij uitstek lenen voor enige vorm van digitalisering.

Evaluatie

Bij langlopende contracten of bij contracten voor onbepaalde tijd, kan het zinvol zijn om na verloop van tijd een evaluatie van het contract te verrichten. Een dergelijke evaluatie kan een intern karakter hebben, waarbij de relevante personen binnen de gemeentelijke organisatie nagaan in hoeverre hetgeen in het contract is afgesproken nog steeds beantwoordt aan de wensen en behoeften van de gemeente. Ook kan worden gedacht aan een externe

evaluatie – een evaluatie met de wederpartij – eventueel als vervolg op een interne evaluatie. Wanneer de evaluatie alleen aanleiding geeft tot wijzigingen in de feitelijke uitvoering die binnen de gemaakte afspraken vallen, hoeft geen aanpassing van het contract plaats te vinden. Denkbaar is evenwel ook dat een en ander moet worden vertaald in nieuwe afspraken. Alsdan moet een nieuw contract of een aanvulling op het contract worden gemaakt. Met het oog hierop is het verstandig om in langlopende contracten of contracten voor onbepaalde tijd een bepaling op te nemen waarin een evaluatie van het contract en een eventuele wijziging van de afspraken is voorzien (zie § 6.6.6).

7.2.3 Inschrijving in de openbare registers

Vestiging
beperkt
recht

Overdracht van registergoederen (zoals grond) vindt plaats door inschrijving van een notariële akte in de openbare registers (zie art. 3:89 lid 1 BW). Hetzelfde geldt voor de vestiging van beperkte rechten op registergoederen (zoals een recht van vruchtgebruik, erfpacht, erfdienstbaarheid, opstal en hypotheek; zie art. 3:98 BW en – voor hypotheek – art. 3:260 BW). Inschrijving in de openbare registers is aldus voor de vestiging en overdracht van deze rechten een constitutief vereiste.

Andere
inschrijfbaar
feiten

Daarnaast is het op grond van art. 3:17 BW mogelijk om andere relevante feiten met betrekking tot registergoederen in de registers in te schrijven. Voor persoonlijke rechten als huur en pacht is inschrijving evenwel niet mogelijk (zie lid 2 van art. 3:17 BW). De mogelijkheid van inschrijving is van belang omdat feiten die kunnen worden ingeschreven, maar die niet zijn ingeschreven, niet kunnen worden tegengeworpen aan derden die ze niet kenden (zie art. 3:24 BW). Stel bijvoorbeeld dat de gemeente in januari 2012 bepaalde percelen grond heeft verkocht en geleverd aan X onder de ontbindende voorwaarde dat de gemeente erin slaagt om voor 31 december 2012 bepaalde andere percelen grond aan te kopen. De gemeente slaagt daarin niet, waardoor de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat. Op grond van art. 3:84 lid 4 BW is de gemeente vanaf dit moment opnieuw eigenaar van de grond. De gemeente laat echter de vervulling van de voorwaarde niet conform art. 3:17 lid 1 sub c BW in de openbare registers inschrijven. Op 15 januari 2013 verkoopt en levert X, die beschikkingsonbevoegd is, de grond aan Y. Wanneer de gemeente de grond bij Y opeist, geniet Y op grond van art. 3:24 BW bescherming, tenzij hij van de vervulling van de ontbindende voorwaarde op de hoogte was.

- Zorg voor archivering van een exemplaar van de overeenkomst.
- Voor vestiging en overdracht van rechten op registergoederen, dient inschrijving in de openbare registers plaats te vinden. Ga na welke andere relevante feiten voor inschrijving in de registers in aanmerking komen.
- Maak een schema van de verplichtingen uit het contract, voorzien van de relevante prestatie-data. Vertaal de eigen verplichtingen naar voorbereidende activiteiten die nodig zijn om tijdig te presteren.
- Bepaal bij langlopende contracten of bij contracten voor onbepaalde tijd een moment waarop een interne evaluatie plaatsvindt. Spreek desgewenst ook een externe evaluatie af.

7.3 Problemen bij de nakoming van de overeenkomst

7.3.1 Inleiding

Wanneer het aankomt op uitvoering van de gemaakte afspraken, kunnen allerlei problemen opdoemen. In de eerste plaats kan er discussie zijn over de vraag op welke wijze uitvoering dient te worden gegeven aan de overeenkomst. In § 7.3.2 wordt ingegaan op de vraag welke maatstaven bepalend zijn voor de wijze waarop aan de overeenkomst uitvoering dient te worden gegeven. In de tweede plaats kan blijken dat nakoming van het overeengekomen niet mogelijk is. Dan komt de vraag aan de orde onder welke omstandigheden die niet-nakoming gerechtvaardigd kan zijn en of de wederpartij in plaats daarvan recht heeft op schadevergoeding. Hierop wordt in § 7.3.3 ingegaan.

7.3.2 Maatstaven voor de uitvoering van de overeenkomst: redelijkheid en billijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De ‘redelijkheid en billijkheid’ zoals verwoord in art. 6:2 BW en meer specifiek voor overeenkomsten in art. 6:248 BW, vormt een belangrijke algemene privaatrechtelijke maatstaf voor de beoordeling van de uitvoering van een overeenkomst. In art. 3:12 BW is bepaald dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, ook rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. De hierna te bespreken voorbeelden laten zien dat de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid de gemeente soms meer, maar soms ook juist minder ruimte geeft om de aanspraken die haar wederpartij op grond van de overeenkomst meent te hebben, niet te honoreren.

Redelijkheid
en billijkheid

Bijzondere
positie
gemeente

De gemeente moet alle relevante belangen meewegen bij de uitvoering van de overeenkomst

Een voorbeeld van een geval waarin de redelijkheid en billijkheid bij de uitvoering van een overeenkomst met de gemeente aan de orde was, biedt het arrest 'De negende van OMA' (HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691)

De gemeente Vlaardingen had aan Körmeling opdracht gegeven tot het ontwerpen en vervaardigen van een kunstwerk en het houden van toezicht op de plaatsing ervan. In de overeenkomst was voorzien in een – ongeclausuleerd – goedkeuringsvereiste door de gemeente. Nadat het ontwerp dat voorzag in plaatsing van de tekst 'DE NEGENDE VAN OMA' op het dak van een flatgebouw aanvankelijk van gemeentewege was goedgekeurd en bezwaren van de bejaarde bewoners niet doorslaggevend waren geacht, wijzigde de gemeente wegens de aanhoudende bezwaren haar standpunt en besloot alsnog geen medewerking aan de plaatsing te verlenen. In het cassatiemiddel werd de stelling betrokken dat de overeenkomst voor de gemeente de verplichting met zich bracht om na goedkeuring van het ontwerp mee te werken aan de uitvoering daarvan. De Hoge Raad overwoog hierop 'dat de overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW), en dat hieruit voortvloeit dat de gemeente niet verplicht kan worden gehouden tot het verlenen van medewerking aan de plaatsing van de omstreden tekst op het flatgebouw.' In het bestreden arrest van het hof was onderkend dat Körmeling een evident belang bij plaatsing had en dat de gemeente eerder bij hem het vertrouwen had gewekt dat het tot plaatsing van het kunstwerk zou komen. Daartegenover stonden echter zwaarder wegende belangen van de bewoners, waarbij relevant was dat het om een blijvende aanwezigheid van een tekst ging die door die bewoners als stigmatiserend werd ervaren. Het oordeel van het hof dat de belangen van de bewoners zoveel zwaarder wogen dan het belang van Körmeling, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet toelieten dat aan de laatste voorrang werd gegeven, werd door de Hoge Raad onderschreven.

In dit arrest biedt het feit dat de 'redelijkheid en billijkheid' moet worden ingekleurd met een belangenafweging die sterk doet denken aan de afweging die de gemeente ook in een publiekrechtelijke context moet maken, de gemeente een grond om van de afspraken met haar wederpartij af te wijken.

In het arrest Apeldoorn/Duisterhof (HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363) lijkt de publiekrechtelijke inkleuring van de redelijkheid en billijkheid voor de gemeente juist omgekeerd uit te pakken.

Het geschil had betrekking op de uitvoering van een huurovereenkomst tussen de gemeente Apeldoorn en Duisterhof, waarin was bepaald dat het de huurder verboden was zonder schriftelijke toestemming van de verhuurder opstellen op te richten op het tot het verhuurde behorende onbebouwde terrein. De gemeente eiste verwijdering van een zonder haar toestemming opgericht noodlokaal. Daarop kwam de vraag aan de orde of de gemeente de toestemming voor de plaatsing van het lokaal naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan Duisterhof had kunnen onthouden. Volgens de Hoge Raad moeten in het kader van art. 6:248 lid 2 BW de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking worden genomen. Met deze invulling nam de Hoge Raad uitdrukkelijk afstand van de rechtbank, die had aangenomen dat slechts met 'civielrechtelijke belangen' rekening zou kunnen worden gehouden.

Publieke
belangen

Interessant in dit arrest is met name dat de Hoge Raad heel in het algemeen aangeeft dat in ieder geval ook publieke belangen in de te verrichten afweging een rol moeten spelen.

Publiekrechtelijke normen bij de uitvoering van de overeenkomst

Naast de – publiekrechtelijk ingekleurde – redelijkheid en billijkheid vormen de (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de publiekrechtelijke normen uit de Awb ook een zelfstandige toetsingsmaatstaf voor het privaatrechtelijk overheidshandelen (zie in dit verband ook de schakelbepalingen in de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb). Zo werd in de al genoemde arresten inzake Amsterdam/Ikon door de rechter geoordeeld dat de gemeente Amsterdam in strijd met het gelijkheidsbeginsel had gehandeld, door aan Ikon Beleidsconsulenten BV niet de op grond van het erfpachtscontract vereiste toestemming te geven om een pand als kantoor in gebruik te nemen. In vergelijkbare gevallen had de gemeente een dergelijke toestemming namelijk niet geweigerd.

In de literatuur is nog wel eens geopperd dat de burgerlijke rechter het privaatrechtelijk handelen van de overheid alleen aan de materiële beginselen van behoorlijk bestuur – de beginselen die betrekking hebben op de *inhoud* van het overheidshandelen, zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel – zou

(moeten) toetsen. In het arrest Coevorden/Gasfabriek (HR 9 april 1999, NJ 2000, 219, AB 2000, 36) was echter een toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel – dat betrekking heeft op de *procedure* waarlangs de overheid tot een bepaalde beslissing komt – aan de orde.

In geschil was de vraag of de gemeente Coevorden op rechtmatige wijze de concessie-overeenkomst met de Gasfabriek had opgezegd. In de overeenkomst was bepaald dat deze telkens met tien jaar zou worden verlengd, indien zij niet door een partij tenminste twee jaar tevoren bij aangetekend schrijven is opgezegd. Hoewel de gemeente bijna negen jaar voor het aflopen van de overeenkomst had aangegeven dat zij van het recht tot opzegging gebruik wilde maken en twee jaar voor het expireren van de overeenkomst met verwijzing naar de desbetreffende bepaling de overeenkomst daadwerkelijk schriftelijk had opgezegd, betwistte de Gasfabriek de geldigheid van de opzegging omdat de Gasfabriek daaraan voorafgaand niet was gehoord en aldus met haar belangen geen rekening was gehouden. De Hoge Raad oordeelde echter dat geen sprake was van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Daarbij achtte de Hoge Raad van belang dat de overeenkomst een privaatrechtelijk karakter draagt en dat de gemeente bij beëindiging van de overeenkomst verplicht was om het gasbedrijf van de Gasfabriek over te nemen, zodat deze aldus een vergoeding zou ontvangen voor de schade die zij als gevolg van de beëindiging van de overeenkomst zou lijden.

Hoorplicht In het arrest is duidelijk te lezen dat de Hoge Raad ook aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel toetst. Maar de Hoge Raad is wel enigszins terughoudend in het gewicht toekennen aan dit beginsel (meer in het bijzonder: de hoorplicht) in het kader van de uitvoering van een door hem nadrukkelijk als privaatrechtelijk bestempelde overeenkomst. Zou sprake zijn geweest van een puur publiekrechtelijke rechtsverhouding – bijvoorbeeld de afwijzing van een aanvraag om (verlenging van) een begunstigende beschikking – dan zou de ‘wederpartij’ daarover moeten zijn gehoord. De bepalingen uit de Awb waarin een nadere uitwerking aan het zorgvuldigheidsbeginsel in de vorm van een hoorplicht is gegeven (de artikelen 4:7 en 4:8 Awb) zijn echter niet via de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op privaatrechtelijk overheidsoptreden. Het zonder meer transpose- ren van dergelijke voor een specifieke publiekrechtelijke figuur uitgewerkte normen naar een privaatrechtelijke rechtsverhouding, doet in de ogen van de

Hoge Raad kennelijk onvoldoende recht aan de andere (privaatrechtelijke) context waarin de gemeente dan optreedt. In dit arrest worden op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel dus aan de gemeente geen strengere eisen dan aan een 'gewone' private partij gesteld. Men mag er echter niet vanuit gaan dat een toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel altijd een dergelijk resultaat zal opleveren.

Men dient er op bedacht te zijn dat ook bij de uitvoering van overeenkomsten de bijzondere positie van de gemeente als overheidsorganisatie van belang is. Dit betekent dat de gemeente bij de uitvoering van een overeenkomst haar ogen niet mag sluiten voor belangen van burgers. Die belangen kunnen meebrengen dat de gemeente niet strikt en onverkort kan vasthouden aan de tekst van de gesloten overeenkomst.

Ook dient de gemeente bij de uitvoering van haar overeenkomsten publiek-rechtelijke normen als het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel in acht te nemen. Dat geldt in beginsel ook voor het inacht nemen van een zorgvuldige procedure. Dit laatste betekent echter niet zonder meer dat allerlei procedurele waarborgen uit het bestuursrecht, zoals een hoorplicht in bepaalde gevallen, onverkort voor de uitvoering van overeenkomsten zouden gelden.

7.3.3 In welke gevallen kan het achterwege blijven van nakoming gerechtvaardigd zijn?

7.3.3.1 Inleiding

Ook voor de gemeente geldt de hoofdregel dat zij haar afspraken moet nakomen. Niettemin kan er in een aantal gevallen een reden zijn die het in gebreke blijven in de nakoming van een overeenkomst kan rechtvaardigen. In de eerste plaats is dat het geval indien er sprake is van overmacht (art. 6:75 BW). Voorts kunnen zich na het sluiten van de overeenkomst onvoorziene omstandigheden voordoen die aan nakoming in de weg staan (art. 6:258 BW). Uiteraard kan ook de wederpartij van de gemeente zich op deze gronden beroepen. In dat geval geldt hetgeen daarvoor meer in het algemeen uit het privaatrecht voortvloeit, dus ook los van het feit dat de gemeente contractspartij is. Hierna wordt ingegaan op de situatie waarin de gemeente in verband met omstandigheden die te maken hebben met haar positie als overheidsinstantie meent niet te kunnen nakomen.

7.3.3.2 Overmacht (art. 6:75 BW)

In § 6.6.5.3 is al aandacht besteed aan 'overmacht' en hetgeen daarover in de overeenkomst zou kunnen worden opgenomen. In de (gepubliceerde) jurisprudentie komen geen gevallen voor, waarin de contracterende overheid een succesvol beroep op overmacht toekomt voor situaties die gelegen zijn in de 'sfeer van de overheid'. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk gelegen in het feit dat tekortkomingen waarop de overheid zich zou willen beroepen, veelal krachtens de verkeersopvattingen voor haar rekening komen. De praktische relevantie van art. 6:75 BW is daarom voor de overheid gering. Een voor de praktijk belangrijkere grond dan overmacht op grond waarvan de gemeente van de nakoming van haar contractuele verplichtingen kan worden ontslagen vormen dan ook de zogeheten onvoorziene omstandigheden, waarop de volgende paragraaf betrekking heeft.

7.3.3.3 Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)

Na het sluiten van de overeenkomst, gaat het leven verder. Er komen nieuwe technieken beschikbaar, de economische situatie verandert, maatschappelijke actoren blijken zich anders te gedragen dan verwacht, kortom: er zijn allerlei ontwikkelingen denkbaar waardoor de situatie bij de uitvoering van de overeenkomst er anders uitziet dan was voorzien in de overeenkomst.

Stel de gemeente X verkoopt grond aan een projectontwikkelaar. In de overeenkomst tussen de gemeente en de projectontwikkelaar is vastgelegd dat op het desbetreffende perceel winkels en kantoren en een beperkte hoeveelheid appartementen worden gebouwd. Nadat de overeenkomst tot stand is gekomen maar voordat de grond is geleverd, blijken plannen om elders in de gemeente een groot aantal starterswoningen te realiseren, te worden doorkruist doordat het daarop betrekking hebbende bestemmingsplan is vernietigd. Op het aan de projectontwikkelaar verkochte perceel zouden zonder problemen met het bestemmingsplan veel meer woningen kunnen worden gebouwd, maar de projectontwikkelaar heeft daarvoor geen belangstelling. De gemeente zou nu graag onder het contract uit willen, om zodoende – met een andere partij – op het desbetreffende perceel wel meer woningen te realiseren.

Verschil met overmacht

Bovenstaande casus biedt een voorbeeld van een geval waarin de gemeente een beroep zou willen doen op onvoorziene omstandigheden die aan de

nakoming van het contract in de weg staan. Een groot verschil met de overmachtsregeling uit de vorige subparagraaf is dat bij een gerechtvaardigd beroep op onvoorziene omstandigheden weliswaar de nakoming van de overeenkomst achterwege kan blijven, maar dat de gemeente in plaats daarvan gehouden kan zijn om aan de wederpartij een schadevergoeding te betalen. Deze consequentie is door de Hoge Raad voor het eerst uitdrukkelijk geformuleerd in het arrest GCN/Nieuwegein II (HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673), dat betrekking had op een ‘publiekrechtelijke overeenkomst’ (namelijk: een gemeenschappelijke regeling). In dit arrest anticipeerde de Hoge Raad – zonder dit overigens aan te geven – op het inmiddels in werking getreden art. 6:258 BW. In het arrest Den Dulk/Curacao (HR 10 september 1993, NJ 1996, 3) werd de in het arrest GCN/Nieuwegein II geformuleerde maatstaf ook toegepast op een privaatrechtelijke erfpachtsovereenkomst. De relevante (standaard) overweging uit de arresten GCN/Nieuwegein II en Den Dulk/Curacao wordt hieronder weergegeven.

‘...niet uitgesloten is dat een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit overeenkomst moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, hetgeen in het bijzonder zal kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat.’

Onvoorzien, niet: onvoorzienbaar

Voor het aannemen van een onvoorziene omstandigheid is beslissend of partijen een bepaalde omstandigheid die na het sluiten van de overeenkomst is opgetreden al dan niet uitdrukkelijk in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Niet relevant is of partijen die omstandigheid hadden kunnen voorzien; het gaat niet om onvoorzienbare, maar om onvoorziene omstandigheden. In het hiervoor geschetste voorbeeld van de gronduitgifte-overeenkomst met de projectontwikkelaar, doet het er dus niet toe of de gemeente er wellicht rekening mee had moeten houden dat haar woningbouwplannen elders geen doorgang zouden kunnen vinden. Wanneer daarover in de overeenkomst niets is opgenomen, is deze omstandigheid ‘onvoorzien’. Uitdrukkelijk wordt

door de Hoge Raad aangegeven dat nieuwe inzichten die aanleiding geven tot een beleidswijziging als onvoorziene omstandigheden kunnen worden aangemerkt.

Relevante aspecten

In het arrest GCN/Nieuwegein II is voorts door de Hoge Raad aangegeven welke aspecten gewicht in de schaal leggen als het gaat om de vraag of de onvoorziene omstandigheden aan nakoming van de overeenkomst in de weg staan. Volgens de Hoge Raad moet daarbij worden gelet op *‘de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend’*. Een expliciete uitwerking van deze aspecten is in de jurisprudentie tot nu toe niet gegeven. Niettemin kan een aantal van deze aspecten wel nader worden ingevuld.

Bij de *aard van de overeenkomst* valt te denken aan het onderscheid tussen gewone privaatrechtelijke overeenkomsten enerzijds (met als standaardvoorbeeld: de aanschaf van computers) en overeenkomsten met een meer publiekrechtelijk karakter anderzijds, waarbij met name kan worden gedacht aan gemeenschappelijke regelingen en bevoegdhedenovereenkomsten. De nakoming van laatstgenoemde overeenkomsten wordt in sterke mate door het publiekrecht bepaald, waardoor de nakomingsvraag van andere orde is dan bij gewone privaatrechtelijke overeenkomsten (op de nakoming van bevoegdhedenovereenkomsten zal apart worden ingegaan in § 7.4).

Bij de *aard van de betrokken overheidstaak* kan, in het verlengde van het voorgaande, betekenis worden toegekend aan de vraag in welke mate het algemene belang sterker bij het al dan niet uitvoeren van de overeenkomst is betrokken. Aldus zouden algemene belangen eerder het niet nakomen van een overeenkomst kunnen rechtvaardigen dan belangen waarin de gemeente vergelijkbaar is met een particuliere contractspartij. Dat bij een beleidswijziging acht moet worden geslagen op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend, vormt in wezen een uitwerking daarvan.

Ten slotte is van belang dat de Hoge Raad in het arrest GCN/Nieuwegein II bij zijn toetsing aan de redelijkheid en billijkheid nadrukkelijk afstand neemt van het concept van marginale toetsing, een toetsingswijze waarbij de rechter een

zekere afstandelijkheid in de beoordeling van het overheidsoptreden in acht neemt. Bij een marginale toetsing hanteert de rechter als toetsingsmaatstaf de vraag of de gemeente 'in redelijkheid tot het bestreden beleid heeft kunnen komen'. Wellicht ten overvloede zij er op gewezen dat de redelijkheidsmaatstaf die voorkomt in de formulering 'heeft de overheid in redelijkheid tot een bepaalde handelwijze kunnen komen' niet moet worden verward met het begrip redelijkheid dat in de privaatrechtelijke norm 'redelijkheid en billijkheid' voorkomt.

Den Dulk/Curacao

Tot een daadwerkelijke toepassing van de onvoorziene-omstandigheden-formule kwam het vervolgens ook in het al genoemde arrest Den Dulk/Curacao.

Aan Den Dulk was toegezegd dat hij grond die hij al jarenlang van het eilandgebied huurde en waarop hij een hotel-restaurant exploiteerde, van het eilandgebied Curacao in erfpacht zou krijgen. Naar het oordeel van de Hoge Raad was aldus een overeenkomst tot uitgifte in erfpacht tot stand gekomen. Nadat een bestuurscollege met een andere politieke samenstelling was aangetreden, werd aan Den Dulk meegedeeld dat men op de desbetreffende afspraak wenste terug te komen. Ter onderbouwing daarvan werd gewezen op het feit dat de uitgifte in erfpacht ten behoeve van een recreatiebestemming toekomstige uitbreidingsplannen voor een Container Terminal onmogelijk maakte, terwijl het nieuwe college tot het inzicht was gekomen dat de economische ontwikkeling van Curacao het noodzakelijk maakte om de haven van Curacao uit te breiden. In cassatie werd onder meer opgekomen tegen het feit dat de beleidswijziging volgens het hof het niet-nakomen van de erfpachtovereenkomst rechtvaardigde, terwijl niet aannemelijk was geworden dat het nieuwe op havenuitbreiding gerichte beleid reeds voldoende vaste vormen had aangenomen, en/of dat er geen publiekrechtelijke en/of privaatrechtelijke en/of financiële belemmeringen aan de realisering ervan op korte termijn in de weg stonden. Volgens de Hoge Raad belette deze omstandigheid het hof echter niet om rekening te houden met dit gewijzigde beleid.

Hoewel de beleidswijziging waarop in deze casus een beroep werd gedaan, blijkens het arrest nog niet een harde uitwerking had gekregen, kon daarmee toch een vordering tot nakoming worden afgeweerd. Het maatschappelijk belang dat door de beleidswijziging werd gediend, legt hier kennelijk veel ge-

wicht in de schaal. Niettemin mag op grond van dit arrest niet te snel worden geconcludeerd dat een enkel beleidsvoornemen al voldoende is. Een zekere concretisering daarvan zal in het algemeen noodzakelijk zijn, al zal de mate waarin dit is vereist mede afhangen van de acuutheid en het gewicht van de redenen waarom tot de beleidswijziging is besloten.

Terug naar de casus van de projectontwikkelaar

Toegepast op het voorbeeld van de overeenkomst met de projectontwikkelaar, zou aldus kunnen worden geconcludeerd dat de gemeente in dat geval een gerechtvaardigd beroep op onvoorziene omstandigheden kan doen. Zoals gezegd, geldt het niet doorgaan van de woningbouwplannen elders als onvoorzien wanneer daarover in de overeenkomst met de projectontwikkelaar niets is opgenomen. Weliswaar is sprake van een ‘gewone’ privaatrechtelijke overeenkomst (vgl. het aspect: aard van de overeenkomst), maar wanneer de gemeente aannemelijk kan maken dat er – op relatief korte termijn – grote behoefte is aan ‘starterswoningen’ en er geen andere mogelijkheden zijn om deze te realiseren, kunnen de aard van de overheidstaak (woningbouw) en het gewicht van de maatschappelijke belangen zodanig zwaarwegend zijn, dat de grond niet aan de projectontwikkelaar hoeft te worden afgestaan. Men dient er echter wel op bedacht te zijn dat aan de projectontwikkelaar een schadevergoeding moet worden betaald.

Beleidswijziging en nieuwe samenstelling van een bestuursorgaan

Beleidswijzigingen kunnen uiteraard plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van hetzelfde gemeentebestuur, zonder dat sprake hoeft te zijn van een wijziging in de samenstelling van dat bestuur. In de praktijk kan echter ook de vraag rijzen in hoeverre het feit dat – na verkiezingen – sprake is van een andere samenstelling van het gemeentebestuur van belang is voor de mogelijkheid om uit te komen onder contractuele verplichtingen die het vorige gemeentebestuur is aangegaan.

Wijziging
politieke
samenstelling
bestuur

Stel bijvoorbeeld dat het sterk ondernemingsgerichte college van de gemeente X heeft besloten met een ondernemer een huurovereenkomst voor een deel van een aan de gemeente toebehorend natuurgebied te sluiten, waar deze een recreatie-inrichting zal gaan exploiteren. Na verkiezingen treedt een college aan, dat de bescherming van natuur en milieu hoog in het vaandel heeft staan. Dit nieuwe college wil in het betreffende gebied ten aanzien van recreatie-inrichtingen juist een restrictief beleid voeren.

Legt de wisseling van politieke samenstelling in een dergelijk geval dan – naast de beleidswijziging – gewicht in de schaal als het gaat om het aan-
nemen van ‘onvoorziene omstandigheden’?

In het arrest Den Dulk/Curacao was sprake van een wijziging in de politieke samenstelling van het bestuurscollege. Daaraan wordt in de overwegingen van de verschillende rechters echter geen zelfstandige betekenis toegekend. Dit lag anders in het arrest Court-Yard Terrace Development Corporation NV/ Eilandgebied Sint Maarten (Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba, 1 maart 2002, NJ 2002, 376). In deze zaak was naar het oordeel van de rechter sprake van een ‘misstand’ in de vorm van een zogeheten ‘afscheidsbeleid’, doordat vlak voor de bestuurswisseling welbewust verplichtingen waren aangegaan om het nieuwe bestuur voor een voldongen feit te plaatsen. Daarom werd in dit geval zelfs de nietigheid van de overeenkomst aangenomen. In het algemeen zal bij een wijziging van politieke samenstelling echter het accent liggen op de motieven voor en belangen bij de beleidswijziging, zoals ook in het arrest Den Dulk/Curacao gebeurde.

Schadevergoeding

Geen schade-
vergoeding
in natura

Zoals gezegd, kunnen onvoorziene omstandigheden het niet nakomen van de overeenkomst mogelijkerwijs rechtvaardigen. Vrijwel steeds zal echter aan de wederpartij van de gemeente een schadevergoeding moeten worden toegekend. Ook op deze kwestie wordt in het arrest Den Dulk/Curacao ingegaan. Het hof had namelijk geoordeeld dat Den Dulk geen recht had op schadevergoeding, omdat hij ten onrechte geen gebruik had willen maken van vervangende terreinen die hem waren aangeboden. Daarmee zou hij niet hebben voldaan aan de op hem rustende schadebeperkingsplicht. Volgens de Hoge Raad heeft het hof daarmee miskend dat een schadevergoeding anders dan in geld in het algemeen slechts kan worden toegekend op vordering van de benadeelde en dat geen omstandigheden waren vastgesteld waaruit volgt dat in het onderhavige geval van die regel zou mogen worden afgeweken. Den Dulk hoefde daarom geen genoegen te nemen met een tegemoetkoming ‘in natura’. Dit oordeel verdient aandacht nu in art. 6:258 BW ook wordt gesproken over de wijziging van een overeenkomst. Voorstelbaar zou daarom zijn dat de overeenkomst in die zin zou worden gewijzigd dat Den Dulk een andere geschikte locatie in erfpacht zou krijgen. Het oordeel van de Hoge Raad brengt aldus mee dat de schuldeiser een dergelijke wijziging niet tegen zijn wil opgedrongen kan krijgen.

De gemeente kan onder haar verplichtingen uit een overeenkomst uitkomen wanneer zij een gerechtvaardigd beroep kan doen op 'onvoorziene omstandigheden'. Meestal moet dan wel een schadevergoeding aan de wederpartij worden betaald.

Een beroep op onvoorziene omstandigheden (waaronder ook beleidswijzigingen vallen) dient met name te worden onderbouwd met argumenten die betrekking hebben op het algemene belang dat bij het al dan niet uitvoeren van de overeenkomst is betrokken.

7.4 De uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten

7.4.1 Inleiding

Dat de overheid zich bij overeenkomst vastlegt over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid, is op zichzelf een in ons recht geaccepteerd fenomeen (over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid kunnen, mits er geen sprake is van een strikt gebonden bevoegdheid, immers ook eenzijdige toezeggingen worden gedaan en beleidsregels worden vastgesteld).

Wanneer de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst aan de orde is, moet de vraag onder ogen worden gezien wat de betekenis is van een dergelijke overeenkomst in het kader van de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening waarop zij betrekking heeft. Welke maatstaven zijn bepalend voor beantwoording van de vraag of de gemeente gehouden is om de bevoegdheid waarover is gecontracteerd conform de overeenkomst uit te oefenen? En langs welke weg kan de wederpartij van de gemeente tot nakoming van de overeenkomst worden gedwongen? Welke rechter dient eigenlijk bij problemen met de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst te worden benaderd? Op deze vragen zal hierna worden ingegaan.

7.4.2 Betekenis van de overeenkomst voor de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid.

Er zijn verschillende redenen voor de gemeente denkbaar om in de vorm van een overeenkomst afspraken te maken over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Een overweging kan zijn dat de overeenkomst, meer dan een eenzijdige toezegging van een bestuursorgaan, uitdrukking geeft aan de horizontale relatie die de gemeente wil benadrukken.

Belangrijk is ook dat in een overeenkomst afspraken kunnen worden gemaakt over verplichtingen die de wederpartij op zich neemt. Hieronder volgen twee

voorbeelden van bevoegdhedenovereenkomsten.

In een verordening van de gemeente X is een bepaling opgenomen waarin is geregeld onder welke voorwaarden de gemeenteraad de namen van straten en pleinen kan wijzigen. Een grote Nederlandse consumentenbank wil het openbare plein waaraan het hoofdkantoor in de gemeente X is gevestigd voor een aanzienlijk bedrag opknappen en ook het onderhoud ervan de komende twintig jaar voor zijn rekening nemen. Als tegenprestatie zal het plein worden vernoemd naar de bank. Een en ander wordt vastgelegd in een overeenkomst tussen partijen.

In de bebouwde kom van de gemeente Y is al vijftig jaar een grote meubelmakerij gevestigd, die daartoe beschikt over een thans op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) vereiste vergunning. Regelmatig bereiken de gemeente echter klachten van omwonenden over onder meer geluidsoverlast. Omdat zowel door het bedrijf als van gemeentewege wordt onderkend dat de vestiging van het bedrijf op die locatie (inmiddels) niet meer wenselijk is, hebben de gemeente en de meubelmakerij een 'overeenkomst tot bedrijfsverplaatsing' gesloten. In die overeenkomst koopt de meubelmakerij grond van de gemeente op een buiten de bebouwde kom gelegen bedrijventerrein. Daarnaast wordt afgesproken dat het bedrijf zijn activiteiten stapsgewijs in een periode van twee jaar naar de nieuwe locatie zal verplaatsen. De gemeente zegt toe zorg te dragen voor aanpassing van het bestemmingsplan op de nieuwe locatie. Ook wordt afgesproken dat de omgevingsvergunning voor de oude locatie over twee jaar zal worden ingetrokken.

Gemengd karakter van bevoegdhedenovereenkomsten

Bevoegdhedenovereenkomsten hebben, zoals de Hoge Raad in het arrest Etam/Zoetermeer (HR 8 juli 2011, AB 2011, 298) ook heeft aangegeven, een gemengd, dat wil zeggen: een publiekrechtelijk én een privaatrechtelijk, karakter.

De inhoud van de overeenkomst betreft de publiekrechtelijke bevoegdheid van een bestuursorgaan. Een belangrijk uitgangspunt bij beantwoording van de vraag of bevoegdhedenovereenkomsten zoals hier geschetst meebrengen dat het bestuursorgaan over wiens bevoegdheid afspraken zijn gemaakt, gehouden is om conform de overeenkomst te handelen, is dat de daadwerkelijke uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid een aangelegenheid is

die zich in het publiekrecht afspeelt. Daarop zijn dan ook publiekrechtelijke normen van toepassing.

De *vorm* van de overeenkomst vindt echter regeling in het privaatrecht; het Nederlandse bestuursrecht kent op dit moment geen algemene regeling voor overeenkomsten tussen de overheid en haar burgers.

Binding op grond van het publiekrechtelijke vertrouwensbeginsel

Vertrouwens-
beginsel

De betekenis van een bevoegdhedenovereenkomst moet in het publiekrecht worden gezocht in een binding op grond van het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel houdt in dat gerechtvaardigde verwachtingen *zo enigszins mogelijk* moeten worden gehonoreerd. Uit deze formulering blijkt dat er een afweging moet plaatsvinden tussen enerzijds het belang van honorering van de verwachtingen en anderzijds de belangen die zich daartegen verzetten. Bovendien hangt het antwoord op de vraag of aan het vertrouwensbeginsel betekenis kan worden toegekend, in belangrijke mate af van de ruimte die het wettelijke kader waardoor de bevoegdheidsuitoefening wordt beheerst, het bestuursorgaan biedt. Wanneer honorering van de gerechtvaardigde verwachtingen zou betekenen dat wordt gehandeld in strijd met de wet, zal daartoe in het algemeen niet mogen worden overgegaan.

Afspraken
over een
milieu-
vergunning

Een voorbeeld van een zaak waarin de betekenis van een bevoegdhedenovereenkomst bij de publiekrechtelijke besluitvorming aan de orde was, biedt de Hydro-Agri-uitspraak (AGRvS 1 september 1992, AB 1993, 400). In deze zaak oordeelde de bestuursrechter dat zowel de procedurele wettelijke vereisten voor vergunningverlening (tegenwoordig: het doorlopen van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure uit de Awb) als de inhoudelijke toetsingsmaatstaf (welke eisen moeten op grond van de actuele milieuhygiënische inzichten aan het aangevraagde handelen worden gesteld?) er aan in de weg staan dat de in het convenant gemaakte afspraken bepalend zijn voor de vergunningverlening. De onder verwijzing naar het convenant verleende vergunning werd door de Afdeling dan ook vernietigd.

Wanneer het wettelijke beoordelingskader voor de besluitvorming niet dergelijke beperkingen kent, is er wel ruimte om aan de overeenkomst betekenis toe te kennen. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak in een uitspraak over de vaststelling van een tracé-besluit dat zag op de inkorting van een geluidsschermbaan waarover in een grondruilovereenkomst

ten behoeve van de HSL afspraken waren gemaakt, dat de minister van Verkeer en Waterstaat onvoldoende blijk had gegeven rekening te hebben gehouden met de belangen van haar private contractspartij. (ABRVs 8 september 2004, AB 2004, 458).

Over de geldigheid van het convenant in de Hydro-Agri zaak laat de Afdeling zich niet uit; dat is niet verwonderlijk, want daar gaat zij ook niet over. De vraag die aldus resteert is: kan de wederpartij van de overheid zich in zo'n geval op grond van het convenant succesvol met een actie uit wanprestatie tot de burgerlijke rechter wenden? Op deze vraag wordt in § 7.4.3 ingegaan.

Geen doorslaggevende betekenis bevoegdhedenovereenkomst in de publiekrechtelijke context

De conclusie die uit deze jurisprudentie kan worden getrokken, is dat de betekenis van bevoegdhedenovereenkomsten in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen vaak niet doorslaggevend kan zijn. Uiteraard zal veel afhangen van het wettelijke kader. Naarmate aan het bestuur meer beleidsvrijheid toekomt, is er uiteraard meer ruimte om aan de door de overeenkomst opgewekte verwachtingen tegemoet te komen. Steeds wanneer belangen van derden bij de besluitvorming zijn betrokken – zoals bij milieu- en ruimtelijke ordeningsbesluiten, maar bijvoorbeeld ook bij verkeersbesluiten het geval is – dient het bestuur echter met die belangen rekening te houden, hetgeen ertoe kan leiden dat een beslissing wordt genomen die niet strookt met hetgeen in de overeenkomst is afgesproken.

Geringe
betekenis
bevoegd-
heden-
overeen-
komsten

Dit geldt in het bijzonder indien een wettelijke besluitvormingsprocedure is voorgeschreven, waarin nadrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid van inbreng van derden. Maar ook indien het bestuur zich buiten een dergelijk geval rekenschap moet geven van derdenbelangen (vgl. art. 3:4 Awb) en – eventueel – derden op grond van art. 4:8 Awb in de gelegenheid moet stellen om hun zienswijze te geven, brengt dit mee dat het bestuur ter onderbouwing van een besluit niet eenvoudigweg kan volstaan met een verwijzing naar de overeenkomst. Weliswaar hoeft dit niet altijd mee te brengen dat de uitkomst (het besluit) anders luidt dan hetgeen is afgesproken; die afspraken kunnen immers beantwoorden aan het wettelijke kader en derdenbelangen hoeven niet altijd tot een andersluidend besluit aanleiding te geven. Vraag is dan echter wel wat een overeenkomst aan het besluitvormingsproces toevoegt. De slotsom is aldus dat bevoegdhedenovereenkomsten in de publiekrechtelijke context vooral van betekenis kunnen zijn in rechtsbetrekkingen waarbij geen

derden zijn betrokken (financiële kwesties, bijvoorbeeld de verstrekking van gemeentelijke subsidies) en waar het bestuur een grote beleidsvrijheid heeft.

Positie van derdenbelanghebbenden

Derden
betrekken
bij het
contract

Nu zou, in gevallen waarin derden een rol spelen bij de publiekrechtelijke besluitvorming waarover men in een bevoegdhedenovereenkomst wil contracteren, de suggestie kunnen worden gedaan om deze derden dan te betrekken bij de totstandkoming van de overeenkomst en vervolgens in de overeenkomst vast te leggen dat zij geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zullen aanwenden tegen het te nemen besluit. Deze oplossing is aantrekkelijk, maar niet waterdicht. In de jurisprudentie is namelijk uitgemaakt dat het recht om beroep in te stellen ‘van openbare orde’ is en dat daarvan daarom niet rechtsgeldig afstand kan worden gedaan. Een door die derden ingesteld beroep zal dan ook niet tot niet-ontvankelijkheid aanleiding geven. Toch kan het aantrekkelijk zijn om derden bij de overeenkomst te betrekken, omdat de kans dat tegen het besluit beroep wordt ingesteld daarmee geringer is. Bovendien is in zo’n geval gemakkelijker aannemelijk te maken dat in voldoende mate rekening gehouden is met derdenbelangen.

7.4.3 Procedures voor de rechter bij problemen in de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten

7.4.3.1 De bestuursrechter

Juist bij de vraag welke rechter moet worden benaderd bij geschillen over de uitvoering van bevoegdhedenovereenkomsten is het hiervoor aangeduide gemengde – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke – karakter van dit soort overeenkomsten van groot belang. Bedacht dient te worden dat in de situatie waarin van gemeentewege een publiekrechtelijk besluit wordt genomen dat volgens de wederpartij niet beantwoordt aan de overeenkomst, tegen dat besluit – veelal (dat wil zeggen: tenzij er sprake is van een niet appellabel besluit) na het doorlopen van een bezwarenprocedure – een procedure bij de bestuursrechter kan worden aangespannen. Hetzelfde geldt wanneer er – anders dan in de overeenkomst was afgesproken – geen besluit wordt genomen (art. 6:2 Awb stelt het niet of niet tijdig nemen van een besluit voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep gelijk met een besluit). Als de afspraken die de gemeente heeft gemaakt juist wel gestand worden gedaan, kan het zijn dat er derden zijn die zich met het door het bestuursorgaan genomen besluit niet kunnen verenigen. Ook voor deze derden staat, mits zij als belangheb-

bende zijn aan te merken, tegen het besluit bezwaar en vervolgens beroep op de bestuursrechter open.

Wanneer de gemeente in de in § 7.4.2 beschreven casus over de naamswijziging haar afspraak gestand doet en tot naamswijziging besluit, kunnen derdenbelanghebbenden daartegen dus – na bezwaar – in beroep komen bij de bestuursrechter. Ervan uitgaande dat aan de gemeenteraad een ruime discretionaire bevoegdheid is toegekend, zal de rechter beoordelen of de raad in redelijkheid tot naamswijziging heeft kunnen besluiten. De afspraak met de bank speelt daarbij een rol in verband met een beroep op het vertrouwensbeginsel dat de bank zal doen, maar als zou moeten worden geconcludeerd dat de raad – gelet op zwaarwegende belangen van derden – in redelijkheid niet tot naamswijziging had kunnen besluiten, kan daarmee het door de overeenkomst gewekte vertrouwen worden gepasseerd.

Als de raad niet tot naamswijziging zou overgaan, kan de bank – na bezwaar – beroep instellen bij de bestuursrechter. Alsdan is de omgekeerde afweging aan de orde: heeft de raad in redelijkheid van de naamswijziging kunnen afzien? Daarbij is dan van belang dat de bank erop meende te mogen vertrouwen dat het plein haar naam zou krijgen en dat zij met het oog daarop ook al investeringen in het plein heeft gedaan.

In beide gevallen is het aan de gemeenteraad om te beargumenteren waarom men, alles afwegende, tot een bepaalde beslissing is gekomen.

Burgers en bedrijven kunnen dus tegen (de weigering van) een besluit waarover afspraken zijn gemaakt in een bevoegdhedenovereenkomst een bestuursrechtelijke procedure aanspannen. Zoals hiervoor is aangegeven, speelt de overeenkomst in die procedure slechts indirect – via een beroep op het vertrouwensbeginsel – een rol. Maar hoe zit het nu indien de wederpartij van de gemeente juist de nakoming van de overeenkomst bij de rechter aan de orde wil stellen? Op deze vraag wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

7.4.3.2 De burgerlijke rechter

Nietige c.q. vernietigbare bevoegdhedenovereenkomsten

In § 7.4.2 is aangegeven dat de bestuursrechter bij zijn beoordeling van het besluit waarover in een bevoegdhedenovereenkomst is gecontracteerd, tot het oordeel kan komen dat hetgeen is afgesproken niet spoort met het wettelijke toetsingskader. Daaruit zou dan kunnen worden geconcludeerd dat de

overeenkomst in feite in strijd met de wet is, waarmee zij nietig c.q. vernietigbaar is op grond van art. 3:40 lid 2 BW (omdat met 'wet' hier 'wet in formele zin' is bedoeld, zou bij strijdigheid met lagere regelgeving sprake kunnen zijn van nietigheid wegens strijd met de openbare orde op grond van art. 3:40 lid 1 BW). De vraag of sprake is van een nietige of een vernietigbare overeenkomst wordt in ons rechtstelsel door de burgerlijke rechter, en niet niet door de bestuursrechter, beantwoord. Wanneer de wederpartij van de gemeente of wellicht de gemeente zelf zich daarop zou willen beroepen, is een civielrechtelijke procedure aangewezen. Ook de burgerlijke rechter kan zich, zonder dat de bestuursrechter zich over deze kwestie heeft uitgesproken, een oordeel vormen over deze rechtsvraag.

In dit verband kan worden gewezen op het al in § 2.3.1 besproken arrest Alkemade/Hornkamp (HR 3 april 1998, NJ 1998, 588, AB 1998, 241) dat betrekking had op een bevoegdheidsovereenkomst, waarin was afgesproken dat de gemeente herziening van een bestemmingsplan zou bewerkstelligen op voorwaarde dat Hornkamp de woningen die zouden worden gebouwd op het perceel ten behoeve waarvan de bestemmingwijziging plaatsvond, slechts zou verkopen of verhuren aan ingezetenen en/of economisch gebonden van de gemeente. Volgens de Hoge Raad heeft de gemeente aldus misbruik gemaakt van haar bevoegdheid om medewerking aan de bestemmingswijziging te weigeren. In het kader van de WRO zouden immers enkel planologische belangen een rol mogen spelen, terwijl het in casu ging om belangen van woonruimteverdeling. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat het hof de overeenkomst terecht in strijd met het verbod van détournement de pouvoir had geacht en daarom nietig wegens strijd met de openbare orde.

Misbruik van
bevoegdheden

De conclusie dat in bepaalde gevallen sprake is van nietigheid van de overeenkomst hoeft overigens de gemeente nog niet te vrijwaren van een verplichting om schadevergoeding aan de wederpartij te betalen: veelal zal het immers onrechtmatig zijn om harde toezeggingen in de vorm van een ongeldig contract te doen, die men vervolgens ook niet waarmaakt. Alsdan kan de wederpartij de gemeente dus aanspreken uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Een voorbeeld waarin de Staat tot schadevergoeding werd veroordeeld wegens een onrechtmatige (eenzijdige) toezegging biedt het arrest Staat/Bol-sius (HR 2 februari 1990, AB 1990, 223).

Onrechtmatige
daad?

Wanneer een bevoegdhedenovereenkomst betrekking heeft op een bevoegdheid met een minder strak omlijnd doelgebonden karakter, zoals het geval is bij de in § 7.4.2 geschetste overeenkomst over de naamswijziging, of wanneer belangen met het oog waarop de overeenkomst is aangegaan overeenkomen met het doelgebonden karakter van de bevoegdheidsuitoefening waarover wordt gecontracteerd, is er op zichzelf geen grond om de nietigheid van die overeenkomst aan te nemen. Dat is zelfs niet het geval indien het bestuur de afspraak niet gestand doet en dit door de bestuursrechter rechtmatig wordt bevonden. Alsdan staat voor de wederpartij een actie uit wanprestatie open. Overigens zij op deze plaats nogmaals gewezen op het juist voor bevoegdhedenovereenkomsten zo relevante onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen (zie daarover § 2.2).

De actie uit wanprestatie bij een geldige bevoegdhedenovereenkomst

De mogelijkheid om te ageren wegens wanprestatie is van belang voor beide partijen bij een bevoegdhedenovereenkomst. De gemeente kan daarmee haar wederpartij tot nakoming van de overeengekomen prestaties aanspreken. Zoals in § 7.4.2 is aangegeven, is het kunnen afdwingen van dergelijke tegenprestaties soms een van de redenen voor de gemeente om een overeenkomst over het gebruik van bevoegdheden aan te gaan.

Voor de actie uit wanprestatie tegen de gemeente liggen de zaken evenwel wat gecompliceerder vanwege het gemengde karakter van bevoegdhedenovereenkomsten. In § 7.4.2 is aangegeven dat de vraag in hoeverre de gemeente gehouden is een bevoegdheid waarover is gecontracteerd conform de daarover gemaakte afspraken uit te oefenen, wordt beheerst door de publiekrechtelijke normering omtrent die bevoegdheidsuitoefening. Verder is in § 7.4.3.1 geschetst dat tegen (de weigering van) het appellabele besluit waarover in de overeenkomst afspraken zijn gemaakt, een procedure bij de bestuursrechter kan worden gevoerd. Van belang is nu om zich te realiseren dat de hoofdregels omtrent de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter meebrengen mee dat de burgerlijke rechter zich niet uitlaat over rechtsvragen terzake waarvan de bestuursrechter tot oordelen bevoegd is.

Meer precies zijn de regels omtrent de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter waarmee wordt voorkomen dat zij zich op elkaars terrein begeven als volgt:

1. Wanneer bij de burgerlijke rechter een vordering wordt ingesteld terzake waarvan de bestuursrechter nog kan worden benaderd (bijvoorbeeld de vraag of een bepaald besluit rechtmatig is), wordt de eiser niet-ontvanke-lijk verklaard.
2. Wanneer in het kader van een procedure voor de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van een bestuurshandeling (veelal een besluit) ter discussie wordt gesteld, terwijl daartegen niet de beschikbare procedure bij de bestuursrechter is doorlopen, wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van die bestuurshandeling (formele rechtskracht).
3. Als tegen een besluit wel een procedure voor de bestuursrechter is gevoerd, conformeert de burgerlijke rechter zich aan het rechtmatigheidsoor-deel van zijn bestuursrechtelijke collega.

Deze regels omtrent de rechtsmachtverdeling brengen mee dat de contractspartij van de gemeente die meent dat hij op grond van de overeenkomst aanspraak heeft op een besluit met een bepaalde inhoud, de rechtsvraag of het besluit (of de weigering daarvan) dat in zijn ogen niet beantwoordt aan de afspraken rechtmatig is, alleen maar kan voorleggen aan de bestuursrechter. De vraag of sprake is van wanprestatie en welke gevolgen dat zou hebben, is een andere rechtsvraag. Deze rechtsvraag kan worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, maar de hiervoor geschetste regels omtrent de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, leveren wel beperkingen op in hetgeen de wederpartij van de gemeente in de procedure bij de burgerlijke rechter kan bereiken.

Uitgaande van de geldigheid van de bevoegdhedenovereenkomst gelden voor die overeenkomst in beginsel de normale regels uit het privaatrecht. Dat betekent dat een partij die toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst, kan worden aangesproken wegens wanprestatie.

Normaliter kan bij een actie uit wanprestatie alsnog de nakoming van de overeenkomst worden gevorderd. Bij een vordering tegen de gemeente tot nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst zou dat evenwel betekenen dat de burgerlijke rechter zich zou moeten uitspreken over de vraag wat de rechtmatige inhoud zou zijn van een bepaald besluit dat van gemeentewege zou moeten worden genomen. Van het beantwoorden van die rechtsvraag zal de burgerlijke rechter zich evenwel, zoals hiervoor aangegeven, weerhou-

den omdat die vraag tot de rechtsmacht van de bestuursrechter behoort. Dat brengt mee dat het in een procedure bij de burgerlijke rechter die tegen de gemeente wordt aangespannen eigenlijk veelal enkel om schadevergoeding kan gaan.

Stel dat in de hiervoor geschetste casus omtrent de naamswijziging de raad in afwijking van de overeenkomst niet overgaat om het plein naar de bank te vernoemen. Vertaald naar de hierboven beschreven regels omtrent de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, betekent dit voor deze casus dan het volgende:

1. Zolang de bank nog een procedure kan aanspannen bij de bestuursrechter tegen de weigering van de raad om het plein naar de bank te vernoemen, zal de burgerlijke rechter een vordering van de bank tot nakoming of schadevergoeding wegens wanprestatie niet-ontvankelijk achten dan wel haar aanhouden totdat het besluit onherroepelijk is.
2. Wanneer het besluit inhoudende de weigering om het plein naar de bank te vernoemen formele rechtskracht heeft gekregen omdat de beroepstermijn ongebruikt is verstreken, kan de burgerlijke rechter inhoudelijk op de vordering ingaan. Daarbij gaat de burgerlijke rechter uit van de rechtmatigheid van die weigering. De burgerlijke rechter kan schadevergoeding toekennen indien hij van oordeel is dat de gemeente in het licht van de bevoegdhedenovereenkomst wanprestatie heeft gepleegd.
3. Wanneer de bank een procedure heeft gevoerd bij de bestuursrechter tegen de weigering om het plein naar de bank te vernoemen en de bestuursrechter het beroep ongegrond heeft verklaard waardoor het besluit overeind is gebleven, gaat de burgerlijke rechter uit van de rechtmatigheid van dat besluit. Ook dan kan de burgerlijke rechter schadevergoeding toekennen indien hij van oordeel is dat de gemeente in het licht van de bevoegdhedenovereenkomst wanprestatie heeft gepleegd.

Opgemerkt zij dat het dus niet per se nodig is dat een procedure voor de bestuursrechter wordt gevoerd. De wederpartij van de gemeente kan er ook voor kiezen om te berusten in het besluit dat door het bestuur is genomen en meteen inzetten op een vordering wegens wanprestatie bij de burgerlijke rechter (de burgerlijke rechter zal met zijn oordeel waarschijnlijk wel wachten totdat het besluit formele rechtskracht heeft gekregen). Zoals gezegd, kan

die vordering alleen resulteren in een schadevergoeding. Als het de wederpartij van de gemeente echt te doen is om het besluit te krijgen zoals dat in de overeenkomst in het vooruitzicht is gesteld, is hij op een procedure bij de bestuursrechter aangewezen.

Etam/
Zoetermeer

Een en ander is uitdrukkelijk door de Hoge Raad uitgesproken in het arrest Etam/Zoetermeer (HR 8 juli 2011, AB 2011, 298) waarin de Hoge Raad als volgt overwoog:

‘Wenst de wederpartij van de gemeente nakoming van de uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het nemen van het besluit, dan dient zij zich, na eventueel bezwaar, tot de bestuursrechter te wenden (in geval van een bestemmingsplan: langs de weg van beroep tegen het goedkeuringsbesluit van een hoger orgaan), als de rechter die bevoegd is ten aanzien van het besluit. Dat geldt zowel in het geval dat het toegezegde besluit niet genomen wordt (vgl. art. 6:2 Awb), als in het geval dat de wederpartij van oordeel is dat het door het bestuursorgaan genomen besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst. In beide gevallen kan de wederpartij door eventueel bezwaar en door de gang naar de bestuursrechter, (trachten te) bewerkstelligen dat het besluit waar de overeenkomst haars inziens recht op geeft, alsnog genomen wordt.

Ter zake van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie is de burgerlijke rechter evenwel de bevoegde rechter. Dat geldt ook in het zich hier voordoende geval dat de wederpartij schadevergoeding wenst in plaats van nakoming, welke keuze haar vrijstaat. De wederpartij kan weliswaar bij de bestuursrechter vernietiging van een naar aanleiding van de overeenkomst genomen besluit vragen wegens strijd met die overeenkomst, en in geval het beroep bij de bestuursrechter gegrond is, tevens schadevergoeding verzoeken op de voet van art. 8:73 Awb dan wel een schadebesluit van het overheidslichaam uitlokken. Maar deze mogelijkheid brengt niet mee dat de burgerlijke rechter niet langer bevoegd zou zijn kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie. De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel. Die toetsing wordt niet alleen bepaald door een uitleg van de overeenkomst en een

daarmee verband houdende beoordeling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een besluit met een bepaalde inhoud, maar ook door regels van publiekrecht en door de in voorkomend geval bij het besluit betrokken belangen van derden en het algemeen belang.'

Schadevergoeding

Een schadevergoedingsverplichting voor de gemeente kan langs twee wegen worden geconstrueerd. In de eerste plaats kan worden geconcludeerd dat de gemeente in verzuim is bij het nakomen van de overeenkomst en dientengevolge op grond van art. 6:74 BW schadeplichtig is. Een beroep op overmacht – bijvoorbeeld omdat de bestuursrechter een besluit dat beantwoordde aan de overeenkomst heeft vernietigd – lijkt uitgesloten, omdat deze omstandigheid voor risico van de gemeente komt die over haar bevoegdheid contracteert. In de tweede plaats kan bij een vordering tot nakoming door de gemeente het verweer worden gevoerd dat – tengevolge van de opstelling van de bestuursrechter of omdat men om andere redenen (algemene belangen!) een besluit moest nemen dat niet beantwoordde aan de overeenkomst – sprake is van 'onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten'. Zoals hiervoor is aangegeven, zal ook dan echter veelal een schadevergoeding moeten worden betaald.

Twee
grondslagen

Een verklaring voor recht

Het hiervoor geschetste stelsel van bevoegdheidsverdeling staat aldus in de weg aan een vordering tot daadwerkelijke nakoming van de bevoegdheids-overeenkomst. De bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter brengt echter niet mee dat de burgerlijke rechter niet zou kunnen worden benaderd ter verkrijging van een verklaring voor recht dat op grond van de gesloten overeenkomst de gemeente een bepaald besluit zou moeten nemen. Alsdan is immers nog niet gezegd dat het bestuur ook naar publiekrechtelijke maatstaven verplicht is tot het nemen van dat besluit. De burgerlijke rechter die een dergelijke verklaring voor recht uitspreekt, begeeft zich daarmee dus niet op het terrein van zijn bestuursrechtelijke collega.

De gemeente kan met een dergelijke verklaring voor recht worden geconfronteerd in een stadium waarin de besluitvorming waarover in de overeenkomst afspraken zijn gemaakt, nog gaande is. Het bestuur kan er om hem

moverende redenen voor kiezen om toch niet het desbetreffende besluit te nemen. Mocht het bestuur echter niet het op grond van de overeenkomst noodzakelijke besluit nemen, dan is wanneer er een verklaring voor recht van de burgerlijke rechter ligt, op dat moment al duidelijk dat daarmee sprake is van een probleem bij de nakoming van de overeenkomst waarmee de gemeente een schadevergoedingsclaim boven het hoofd hangt. Het is niet onwaarschijnlijk dat dat toch een zeker effect op de besluitvorming heeft. Dat is overigens waarschijnlijk precies waar het de wederpartij van de gemeente bij het verkrijgen van die verklaring ook om te doen was. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin een vordering van een dergelijke verklaring voor recht werd toegewezen Rechtbank Den Bosch 16 december 2009, LJN: BK9665.

Men dient erop bedacht te zijn dat de vraag of de gemeente gehouden is de afspraak uit een bevoegdheidsovereenkomst na te komen, in wezen wordt beantwoord in het publiekrecht. Wanneer een besluit ter uitvoering van een bevoegdheidsovereenkomst wordt genomen, is het daarom aangewezen om in de motivering niet alleen te verwijzen naar de overeenkomst, maar ook aan te geven op welke wijze deze beslissing past binnen het wettelijke toetsingskader en hoe met eventuele andere belangen is rekening gehouden. Wanneer men zou menen dat andere zwaarwegende belangen aan het besluit ter nakoming van de overeenkomst in de weg staan, kan een van de overeenkomst afwijkend besluit naar publiekrechtelijke maatstaven rechtmatig en zelfs noodzakelijk zijn. Civielrechtelijk ontslaat dat de gemeente echter niet van de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie.

Het is verstandig om in voorkomende gevallen derden te betrekken bij een bevoegdheidsovereenkomst. Men moet zich echter realiseren dat dit niet garandeert dat deze derden tegen een uit de overeenkomst voortvloeiend besluit niet met succes zouden kunnen procederen bij de bestuursrechter.

Per saldo zal de vraag of de gemeente op grond van de overeenkomst al dan niet gehouden is een besluit te nemen dat aan die overeenkomst beantwoordt, worden beslist door de bestuursrechter. (Dit geldt alleen niet in gevallen waarin het desbetreffende besluit in het geheel niet appellabel is.) Bij de burgerlijke rechter kan een actie uit wanprestatie dan alleen tot een schadevergoedingsplicht leiden. De gemeente kan de nakoming van de tegenprestaties van wederpartij uiteraard wel bij de burgerlijke rechter afdwingen.

Al met al is het, wanneer wordt gecontracteerd over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, verstandig om de gemeentelijke verplichting het karakter van een inspanningsverbintenis te geven. Wanneer men zich vastlegt op een bepaald resultaat, bestaat het risico dat deze afspraak naar publiekrechtelijke maatstaven niet gestand kan worden gedaan. Veelal zal dat tot schadeplichtigheid van de gemeente aanleiding geven.

7.5 De interne organisatie voor het voeren van juridische procedures

7.5.1 Civielrechtelijke procedures

Op grond van art. 160 lid 1 sub f Gemeentewet is het college bevoegd om namens de gemeente te besluiten om rechtsgedingen te voeren en handelingen ter voorbereiding daarop te verrichten. In lid 4 van art. 160 Gemeentewet is voorts aangegeven dat het college al voordat is besloten tot het voeren van een rechtsgeding, conservatoire maatregelen kan nemen en alles kan doen wat nodig is ter voorkoming van verjaring of verlies van recht of bezit. De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente in en buiten rechte (zie art. 171 Gemeentewet). Het is van belang dat degene die de gemeente in een juridische procedure vertegenwoordigt de volmacht en het besluit van het college bij zich heeft en aan de rechter kan overleggen, omdat het ontbreken daarvan tot niet-ontvankelijkheid kan leiden.

Voordat het tot een procedure bij de rechter komt, zullen veelal aanmaningen, ingebrekestellingen en dergelijke moeten worden verstuurd. Zoals in § 4.4 is besproken, kunnen de benodigde handelingen door anderen – ambtenaren – worden verricht. Daarvoor is dan wel van belang dat aan deze personen mandaat wordt verleend om te besluiten tot het verrichten van deze privaatrechtelijke rechts handelingen. Een praktische manier om mandaat voor allerlei handelingen die van belang zijn voor de uitvoering van de overeenkomst te realiseren, is bijvoorbeeld dat bij de mandaatverlening voor het besluit tot het aangaan van een overeenkomst ook de bevoegdheid wordt verleend tot ingebrekestelling en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst.

Voorts zij erop gewezen dat art. 169 lid 4 Gemeentewet – de bepaling over het inlichten van de gemeenteraad en de mogelijkheid dat deze ‘wensen en bedenkingen’ aan het college kenbaar maakt – ook van toepassing is verklaard op de uitoefening van de bevoegdheid als bedoeld in art. 160 lid 1 sub f Gemeentewet. In het vijfde lid van art. 169 is echter bepaald dat afwijking

Art. 169 lid 4
Gemeentewet

van art. 169 lid 4 Gemeentewet mogelijk is ingeval de uitoefening van deze bevoegdheid geen uitstel kan leiden; in dat geval moet de raad zo spoedig mogelijk worden ingelicht over de uitoefening van deze bevoegdheid en het terzake genomen besluit. Voor de betekenis van art. 169 lid 4 Gemeentewet zij verder verwezen naar § 4.2.3.

De bevoegdheid om namens de gemeente te besluiten om te gaan procederen en handelingen ter voorbereiding daarop te verrichten, rust bij het college. De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente naar buiten toe. Andere personen kunnen bevoegd worden gemaakt om namens de gemeente op te treden, door aan hen een volmacht te verlenen. Het is van belang om deze volmacht mee te nemen naar de rechtszitting zodat deze kan worden overgelegd aan de rechter.

7.5.2 Bestuursrechtelijke procedures

Hiervoor is aan de orde geweest dat over de appellabele besluiten die onderwerp zijn van de bevoegdhedenovereenkomst, een procedure kan worden gevoerd bij de bestuursrechter (veelal nadat daarover eerst een bezwaren-procedure bij het bestuursorgaan is doorlopen). Art. 8:23 lid 1 Awb regelt voor bestuursrechtelijke procedures de vertegenwoordiging van collegiale bestuursorganen. De procesvertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden toegekend aan de voorzitter en/of een of meer leden. Dit kan in algemene zin worden gedaan of afzonderlijk voor een individuele zaak. Voor niet collegiale bestuursorganen – de burgemeester – geldt dat de desbetreffende ambtsdrager in een bestuursrechtelijke procedure optreedt.

Van groter belang is evenwel art. 8:24 Awb. Dit artikel bepaalt dat een partij zich door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen. Per saldo zullen bestuursrechtelijke procedures veelal worden gevoerd door een gemachtigde ambtenaar. Van belang is dat de gemachtigde ambtenaar over een schriftelijke machtiging beschikt omdat de bestuursrechter daarom kan vragen.

Samenvatting

Bij de uitvoering van de overeenkomst dient men zich rekenschap te geven van het feit dat de rechter deze toetst aan de – publiekrechtelijk ingeleurde – ‘redelijkheid en billijkheid’ en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De publiekrechtelijk ingeleurde normering kan de gemeente soms meer, maar vaker minder ruimte geven om de aanspraken die haar wederpartij meent te hebben niet te honoreren. De uitvoering van de overeenkomst wordt ook aan formele beginselen (bijv. formele zorgvuldigheid) getoetst. Voor een publiekrechtelijke context ontwikkelde normen (bijv. de hoorplicht) hoeven echter niet zomaar naar een privaatrechtelijke rechtsverhouding te worden getransponeerd.

Men dient erop bedacht te zijn dat de vraag of de gemeente gehouden is de afspraak uit een bevoegdhedenovereenkomst na te komen, in wezen wordt beantwoord in het publiekrecht. De overeenkomst is in het publiekrecht eigenlijk vooral te zien als een manier waarop bij burgers – de wederpartij – verwachtingen kunnen zijn opgewekt. Dat kan ook op allerlei andere manieren gebeuren (eenzijdige toezeggingen, feitelijke gedragingen); dat het om een overeenkomst gaat is (alleen) van belang omdat dat natuurlijk wel een sterk verhaal oplevert als het gaat om gerechtvaardigde verwachtingen (het staat op papier; het heeft een zekere hardheid; het formeel bevoegde orgaan is er expliciet bij betrokken). Wanneer andere zwaarwegende belangen aan het besluit ter nakoming van de overeenkomst in de weg staan, kan naar publiekrechtelijke maatstaven een besluit mogen c.q. moeten worden genomen dat niet aan de afspraak beantwoordt. Civielrechtelijk ontslaat dat de gemeente echter niet van de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie.



8 In vogelvlucht

In dit laatste hoofdstuk komen in vogelvlucht de belangrijkste aandachtspunten voor de gemeente bij het aangaan van een overeenkomst aan de orde.

Grenzen aan de inzet van het privaatrecht

De gemeente neemt als onderdeel van de overheid een bijzondere positie in het contractenrecht in. Omdat de gemeentelijke organen op allerlei terreinen over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikken, dient zich de vraag aan of de gemeente überhaupt gebruik mag maken van het privaatrecht (i.c. het sluiten van een overeenkomst) om bepaalde beleidsdoelinden te realiseren. In de jurisprudentie is met name met de leer van de onaanvaardbare doorkruising de keuze voor het gebruik van het privaatrecht aan banden gelegd (§ 3.3). Van groot belang is verder dat als de principiële vraag naar het gebruik van het privaatrecht positief is beantwoord, voor de gemeente een aantal specifieke normen geldt: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten moeten door de gemeente ook in het kader van het contractenrecht in acht worden genomen (§ 3.4). Daarnaast is aandacht besteed aan de positie van de gemeente in het mededingingsrecht. In dit verband is onderscheid gemaakt tussen de positie die de gemeente als overheid inneemt; dan zijn bijvoorbeeld de regels omtrent staatssteun van belang (§ 3.5.2). De gemeente kan ook als onderneming met het mededingingsrecht in aanraking komen (§ 3.5.3). De Wet

Markt en Overheid geeft daarvoor een aantal specifieke regels (§ 3.5.4).

De keuze voor een contractspartner

De bijzondere positie van de gemeente is juist ook zichtbaar bij de keuze van haar contractspartner. De gemeente heeft daarbij niet dezelfde vrijheid als een particulier. Met name het gelijkheidsbeginsel zal een belangrijke rol spelen. De keuze van de gemeente voor een bepaalde contractspartner uit de vele concurrenten moet steeds na zorgvuldige belangenafweging tot stand komen. Irrelevante belangen mogen de voorkeur niet bepalen. Meer in het bijzonder verplichten de dwingende regels van het aanbestedingsrecht de gemeente in een aantal gevallen tot het doorlopen van een zorgvuldige procedure om te komen tot de keuze van haar contractspartner (§ 3.4.5).

De bevoegdheden van de verschillende organen in de gemeentelijke organisatie

In het kader van de totstandkoming van gemeentelijke overeenkomsten moeten twee rechtshandelingen worden onderscheiden: het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en de overeenkomst zelf.

Op grond van art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet is het college bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten (§ 4.2.1). Onderhandelt een afzonderlijke wethouder of een ambtenaar, dan dient expliciet aan de wederpartij duidelijk te worden gemaakt dat de uiteindelijke bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomst te besluiten, bij het college ligt (§ 4.2.2). Wanneer dit als een voorbehoud wordt geformuleerd, is het van groot belang onderscheid te maken tussen een opschortende voorwaarde en een totstandkomingsvoorbehoud.

Op grond van art. 169 lid 4 Gemeentewet wacht het college bij ingrijpende gevolgen met het nemen van een besluit totdat de raad zijn wensen en bedenkingen kenbaar heeft gemaakt. In incidentele gevallen en ook alleen wanneer het college zelf besluit dat het zijn bevoegdheid verbindt aan de instemming van de raad, kan een voorbehoud van instemming door de raad worden gemaakt. Dergelijke voorwaarden dienen expliciet aan de wederpartij te worden meegedeeld. Indien het college in voorkomende gevallen verzuimt de raad in de gelegenheid te stellen zijn wensen en bedenkingen kenbaar te maken, heeft dit geen juridische consequenties voor de wederpartij. De overeenkomst waartoe het college vervolgens besluit is rechtsgeldig tot stand gekomen (§ 4.2.3).

Door middel van mandaat kan een ambtenaar, een individuele wethouder of de burgemeester bevoegd worden gemaakt om namens het college te besluiten tot het aangaan van de overeenkomst. In verband met de kenbaarheid is het van groot belang dat alle besluiten waarbij mandaat wordt verleend schriftelijk worden genomen (§ 4.4)

De burgemeester is op grond van art. 171 Gemeentewet bevoegd om namens de gemeente overeenkomsten te ondertekenen (§ 4.3). Ook deze bevoegdheid kan in handen van andere personen worden gelegd. Daarvoor is een volmacht nodig, waarbij op grond van art. 10:12 Awb de regels van mandaat van toepassing zijn.

Gevolgen van bevoegdheidsgebreken

Wanneer er bij de interne besluitvorming of bij het sluiten van de overeenkomst is opgetreden door een niet bevoegde persoon komt er in beginsel geen overeenkomst tussen de gemeente en de derde tot stand. Toch zijn er situaties waarin de gemeente dan wel is gebonden. In de eerste plaats is dat het geval indien het onbevoegde optreden van gemeentewege wordt bekrachtigd (§ 4.5.2). Ten tweede zou sprake kunnen zijn van aan de gemeente toerekenbare schijn van bevoegdheid (§ 4.5.3). In de jurisprudentie wordt dat laatste niet snel aangenomen omdat de bevoegdheidsverdeling in de Gemeentewet helder en kenbaar wordt geacht. Onder bijzondere omstandigheden is ook nog denkbaar dat de gemeente uit onrechtmatige daad aansprakelijk wordt geacht (§ 4.5.4).

De onderhandelingsfase

Hoewel een wethouder (of een burgemeester, directeur van een dienst enz.) niet bevoegd is tot het aangaan van een overeenkomst te besluiten, kan een toezegging hierover op grond van schijn van bevoegdheidverlening tot gebondenheid van de gemeente leiden. Een toezegging is volgens de Hoge Raad tenminste in die zin bindend dat, als deze niet wordt nagekomen, schadevergoeding moet worden betaald. Is de wethouder tevens de portefeuillehouder, dan zal de gemeente nog eerder gebonden zijn dan wanneer hij die hoedanigheid niet heeft (§ 5.2).

Ook tijdens de onderhandelingsfase dienen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te worden genomen. Verder is van belang dat de gemeente, evenals elke andere private partij, niet altijd vrij is om de onder-

handelingen af te breken (§ 5.3). In de jurisprudentie wordt onderscheid gemaakt tussen situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan en situaties waarin het afbreken van de onderhandelingen wel is toegestaan, maar aan de wederpartij een schadevergoeding dient te worden betaald. Een en ander blijkt sterk afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval.

In dit verband kan het aantrekkelijk zijn om tijdens de onderhandelingsprocedure steeds duidelijk vast te leggen over welke punten overeenstemming is bereikt. Het is echter niet altijd, met name wanneer langdurige onderhandelingen zeer stroef verlopen, gewenst bereikte resultaten contractueel vast te leggen, omdat dit geen ruimte biedt om er – zonodig – op terug te komen. Bij meerdere concept-overeenkomsten is het raadzaam deze te nummeren of van een datum te voorzien, zodat duidelijk is om welke concept-overeenkomst het gaat (§ 5.3.5). Als het er naar uitziet dat er sprake zal zijn van langdurige onderhandelingen, dan is het raadzaam op voorhand kostenafspraken te maken voor het geval er geen overeenkomst tot stand komt. Zo'n afspraak kan bijvoorbeeld luiden dat iedere partij haar eigen kosten draagt en dat over en weer geen schadevergoeding zal worden gevorderd (§ 5.4.1).

In geval van onvoorziene omstandigheden is de gemeente niet altijd verplicht een door haar gesloten overeenkomst na te komen, maar dat feit ontslaat haar niet van de verplichting in voorkomende gevallen schadevergoeding te betalen. Expliciet wordt opgemerkt dat dit ook geldt voor de precontractuele fase (§ 5.5).

De inhoud van de overeenkomst

De contractsvrijheid houdt in dat partijen in beginsel vrij zijn om te beslissen of, met wie en onder welke voorwaarden zij een contract willen aangaan. Deze vrijheid kent zijn grens in het dwingende recht, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 BW). Elementen die de contractsvrijheid van de gemeente beperken zijn: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten, de beleidsregels en een voorbeeld van een voor de gemeente belangrijke vorm van dwingend recht: de aanbestedingsregels.

De afspraken (de rechten en de verplichtingen over en weer) vormen het hart van de overeenkomst. Hoewel partijen in beginsel vrij zijn in hetgeen zij afspreken, dient bij het opstellen van deze afspraken steeds in het BW na-

gegaan te worden welke regels van dwingend recht zijn en welke regels van regelend recht. In § 6.6 zijn de belangrijkste afspraken, voorzien van een voorbeeldbepaling, op een rij gezet. Tot slot verdient vermelding dat het aanbeveling verdient – waar mogelijk – de algemene voorwaarden van de gemeente, met uitsluiting van de voorwaarden van de wederpartij, van toepassing te verklaren op de overeenkomst (§ 6.7).

De vastlegging van de overeenkomst

Een overeenkomst hoeft in beginsel niet schriftelijk te worden vastgelegd, maar uiteraard is het wel zo verstandig afspraken schriftelijk vast te leggen, omdat het anders moeilijk te bewijzen is dat er bepaalde afspraken zijn gemaakt (§ 1.2.1). Een overeenkomst komt reeds tot stand op het moment waarop het besluit van het college om de overeenkomst aan te gaan aan de wederpartij ter kennis is gebracht. Dus niet het moment waarop de burgemeester zijn handtekening zet is bepalend; reeds eerder kunnen over en weer rechten en verplichtingen ontstaan (§ 1.2.3).

In de overeenkomst dient de gemeente als partij bij die overeenkomst te worden vermeld. Dus niet de gemeenteraad, het college, een wethouder of een hoofd van een afdeling. In de overeenkomst wordt daarbij tevens de persoon die de gemeente vertegenwoordigt, aangegeven. Dit is de burgemeester of een ambtenaar aan wie ondertekening op grond van art. 171 lid 2 Gemeentewet wordt opgedragen.

Tenslotte staat in de overeenkomst op grond van wiens besluit de overeenkomst wordt gesloten; dit is het besluit van het college (datum en besluit noemen). Verwijs in het besluit naar de laatste concept-overeenkomst of naar het laatste onderhandelingsdocument. Zo wordt voorkomen dat het besluit en de overeenkomst op essentiële punten van elkaar afwijken (§ 4.2.1).

De uitvoering van de overeenkomst

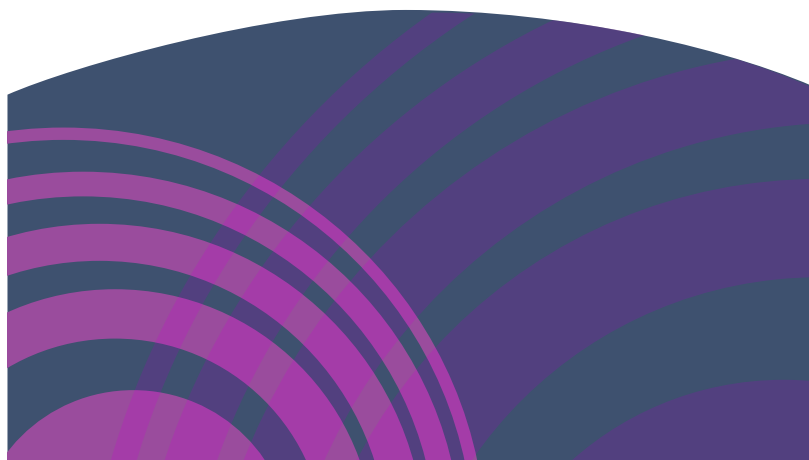
Wanneer het definitieve document waarin de overeenkomst is vastgelegd tot stand is gebracht, dient daarvan een exemplaar te worden gearchiveerd. Om de naleving van de contractuele verplichtingen over en weer te bewaken, kan het nuttig zijn om een uitvoeringsplanning te maken, voorzien van de relevante prestatie-data; uiteraard kan een en ander ook digitaal plaatsvinden. Verder is het verstandig om bij langlopende contracten of contracten voor onbepaalde tijd een interne en/of externe evaluatie van het contract te verrichten (§ 7.2).

Bij de uitvoering van de overeenkomst dient men zich rekenschap te geven van het feit dat de rechter deze toetst aan de – publiekrechtelijk ingeleurde – ‘redelijkheid en billijkheid’ en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De publiekrechtelijk ingeleurde normering kan de gemeente soms meer, maar vaker minder ruimte geven om de aanspraken die haar wederpartij meent te hebben niet te honoreren. De uitvoering van de overeenkomst wordt ook aan formele beginselen (bijvoorbeeld formele zorgvuldigheid) getoetst. Voor een publiekrechtelijke context ontwikkelde normen (bijvoorbeeld de hoorplicht) hoeven echter niet zomaar naar een privaatrechtelijke rechtsverhouding te worden getransponeerd (§ 7.3.2).

De gemeente kan onder haar verplichtingen uit een overeenkomst uitkomen wanneer zij een gerechtvaardigd beroep kan doen op ‘overmacht’ of op ‘onvoorziene omstandigheden’. In de praktijk is met name de tweede mogelijkheid relevant. Meestal moet dan wel een schadevergoeding aan de wederpartij worden betaald. Een beroep op onvoorziene omstandigheden (waaronder ook beleidswijzigingen vallen) dient met name te worden onderbouwd met argumenten die betrekking hebben op het algemene belang dat bij het al dan niet uitvoeren van de overeenkomst is betrokken. Wijziging van de politieke samenstelling van het bestuur kan gewicht in de schaal leggen, wanneer het ‘oude’ bestuur in het zicht van verkiezingen een overeenkomst heeft gesloten waarvan men weet dat die na verkiezingen niet meer zou worden aangegaan (§ 7.3.3.3).

Ten slotte is ingegaan op de specifieke situatie die aan de orde is bij bevoegdhedenovereenkomsten. Bij een bevoegdhedenovereenkomst heeft de gemeente afspraken gemaakt over de wijze waarop een aan een bestuursorgaan van de gemeente toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid wordt uitgeoefend. Men dient erop bedacht te zijn dat de vraag of de gemeente daadwerkelijk gehouden is de afspraak uit een bevoegdhedenovereenkomst na te komen, in wezen wordt beantwoord in het publiekrecht. De overeenkomst is in het publiekrecht eigenlijk vooral te zien als een manier waarop bij burgers – de wederpartij – verwachtingen kunnen zijn opgewekt; via het vertrouwensbeginsel komt aldus aan de overeenkomst betekenis toe. In een procedure bij de bestuursrechter die is gericht tegen het besluit waarover in de overeenkomst afspraken waren gemaakt, kan dit beroep op het vertrouwensbeginsel aan de orde komen. Maar omdat opgewekte verwachtingen geen absolute bescherming hebben in het publiekrecht en de publiekrechtelijke regels waarin de criteria voor de uitoefening van een bevoegdheid

staan, beslissend zijn, brengt een beroep op het vertrouwensbeginsel zeker niet altijd mee dat het besluit ook overeenkomstig de overeenkomst moet worden genomen. Civielrechtelijk ontslaat dat de gemeente echter niet van de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie. Over deze laatste kwestie oordeelt de burgerlijke rechter (§ 7.4).



Jurisprudentieregister

Hof van Justitie EG

HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Jur. 1991, p. I-1979	104
HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-88/98, Jur. 1999, p. I-7671	98
HvJ EU 8 december 2011, zaak C-275/10, Jur. 2011, p. 00000	71

Hoge Raad

HR 15 november 1957, NJ 1958, 67	143
HR 17 december 1976, NJ 1977, 241	149
HR 7 december 1979, NJ 1980, 290	28
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635	158
HR 10 april 1981, NJ 1981, 532	23
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723	143
HR 27 januari 1985, NJ 1985, 559	141
HR 25 april 1986, NJ 1986, 714	188
HR 5 december 1986, NJ 1987, 382	150
HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727	88, 189
HR 13 november 1987, NJ 1988, 139	28
HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439	177
HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673	204
HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766	183
HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, AB 1990, 408	76

HR 2 februari 1990, AB 1990, 223	215
HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, AB 1991, 659	80
HR 11 december 1991, NJ 1992, 177	23
HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542	91, 144
HR 27 november 1992, NJ 1993, 287	137
HR 10 september 1993, NJ 1996, 3	204, 206
HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691	199
HR 10 augustus 1994, NJ 1994, 688	177
HR 16 februari 1996, NJ 1996, 608	51
HR 26 april 1996, AB 1996, 372	36, 91
HR 20 september 1996, NJ 1997, 541	60
HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363	200
HR 3 april 1998, NJ 1998, 588, AB 1998, 241	45, 83, 215
HR 9 april 1999, NJ 2000, 219, AB 2000, 36	89, 201
HR 17 november 2000, NJ 2001, 580	51
HR 13 april 2001, NJ 2001, 581	51
HR 4 april 2003, AB 2004, 60	80
HR 2 mei 2003, AB 2003, 354	49
HR 12 december 2003, AB 2004, 233	51
HR 24 december 2004, AB 2005, 58	85
HR 18 maart 2005, AB 2005, 408	93
HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467	145
HR 14 april 2006, AB 2006, 198	82
HR 16 januari 2009, AB 2009, 52	105
HR 5 juni 2009, AB 2009, 327	84
HR 28 mei 2010, LJN: BL4082	70
HR 25 juni 2010, AB 2010, 334	141
HR 11 februari 2011, LJN: BO7108	191
HR 17 juni 2011, AB 2011, 330	79
HR 8 juli 2011, AB 2011, 298	45, 210, 219
HR 28 oktober 2011, AB 2012, 85	176
HR 23 december 2011, LJN: BT7487	137
HR 3 februari 2012, LJN: BU4909	135
HR 1 juni 2012, LJN: BV1748, De Gemeentestem 2012/91	121
HR 21 september 2012, LJN: BW6730	82

Gerechtshoven

Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba

1 maart 2002, NJ 2002, 376	208
Hof Amsterdam 15 januari 2004, LJN: AO7786	90
Hof Amsterdam 30 juni 2009, LJN: BJ0850	135
Hof Leeuwarden 8 mei 2012, LJN: BW5302	89
Hof Den Haag 17 april 2012, LJN: BV9617	126

Rechtbanken

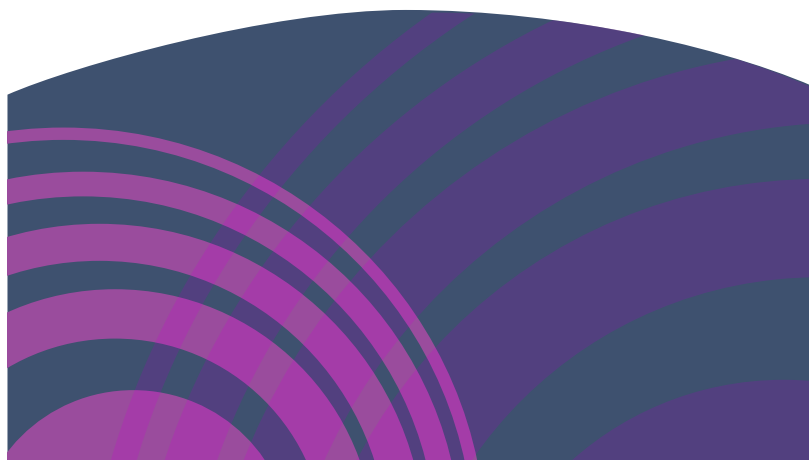
Rb Rotterdam 1 augustus 2001, LJN: AB3844	104
Rb Rotterdam 22 februari 2002, zaak 99/1488	106
Rb Rotterdam 15 juni 2006, LJN: AV2812	91
Rb Roermond 11 april 2007, LJN: BA7377	93
Vzr Rb Assen 7 maart 2008, LJN: BC6027	92
Rb Den Haag 23 september 2009, LJN: BJ8330	90
Rb Den Bosch 16 december 2009, LJN: BK9665	221
Rb Rotterdam 6 januari 2010, LJN: BL1750	91
Rb Arnhem 7 april 2010, LJN: BM0509	80
Vzr Rb Arnhem 23 september 2010, LJN: BN9729	90
Rb Alkmaar 3 oktober 2012, LJN: BY2698	52
Vzr Rb Almelo 14 november 2012, LJN: BY5484	105

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 375	114
ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458	212
ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296	56
ABRvS 25 januari 2012, LJN: BV1816, BR 2012, 107	50

Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State

AGRvS 1 september 1992, AB 1993, 400	211
--------------------------------------	-----



Wetsartikelenregister

Burgerlijk Wetboek (BW)

Boek 2

art. 2:1 BW	74
art. 2:3 BW	74
art. 2:5 BW	74
art. 2:9 BW	74

Boek 3

art. 3:12 BW	198, 199
art. 3:13 BW	83
art. 3:14 BW	38, 86, 88, 144, 200
art. 3:15a BW	24
art. 3:17 BW	197
art. 3:24 BW	197
art. 3:33 BW	19, 20, 23, 26
art. 3:35 BW	19, 20
art. 3:37 BW	20, 21, 24
art. 3:40 BW	17, 30, 87, 88, 215, 228
art. 3:41 BW	31
art. 3:43 BW	31
art. 3:44 BW	26, 29, 31
art. 3:49 BW	30

art. 3:52 BW	31
art. 3:60 BW	131
art. 3:61 BW	132, 135
art. 3:64 BW	132
art. 3:66 BW	131
art. 3:69 BW	134
art. 3:74 BW	132
art. 3:84 BW	197
art. 3:89 BW	197
art. 3:98 BW	197
art. 3:237 BW	165
art. 3:260 BW	197
art. 3:296 BW	168

Boek 6

art. 6:2 BW	198
art. 6:21 BW	121, 126
art. 6:23 BW	121, 122
art. 6:38 BW	163
art. 6:41 BW	164
art. 6:64 BW	174
art. 6:74 BW	166, 168, 173, 220

art. 6:75 BW	169, 170, 202, 203	art. 6:254 BW	18
art. 6:78 BW	170, 173	art. 6:255 BW	18
art. 6:81 BW	168, 169	art. 6:256 BW	18
art. 6:82 BW	168, 169, 172	art. 6:257 BW	18
art. 6:83 BW	163, 169, 173	art. 6:258 BW	115, 202, 203, 208
art. 6:85 BW	173	art. 6:261 BW	174
art. 6:87 BW	173	art. 6:263 BW	171
art. 6:91 BW	179	art. 6:265 BW	166, 171, 172, 174
art. 6:92 BW	179	art. 6:266 BW	174
art. 6:96 BW	160, 161	art. 6:267 BW	172
art. 6:119 BW	160, 161	art. 6:269 BW	172
art. 6:119b BW	160, 161, 163		
art. 6:127 BW	178	Boek 7	
art. 6:159 BW	182	art. 7:290 BW	156
art. 6:162 BW	183, 215	art. 7:850 BW	60, 166
art. 6:168 BW	151	art. 7: 900 BW	186
art. 6:203 BW	51		
art. 6:210 BW	51	Handelsregisterwet	
art. 6:213 BW	18	art. 16a	75
art. 6:217 BW	21, 24, 97		
art. 6:219 BW	21, 22, 23, 98	Wetboek van Burgerlijke rechtshandhaving (Rv)	
art. 6:221 BW	21	art. 1020 Rv	186
art. 6:224 BW	21		
art. 6:225 BW	21, 192	Grondwet (Gw)	
art. 6:227a BW	24, 25	art. 1 Gw	92
art. 6:228 BW	26, 27	art. 7 Gw	36
art. 6:229 BW	58		
art. 6:230 BW	31, 59	Gemeentewet (Gem.wet)	
art. 6:231 BW	187, 194	art. 15 Gem.wet	32
art. 6:233 BW	189, 191, 193, 194	art. 25 Gem.wet	116
art. 6:234 BW	25, 189, 190	art. 41 c Gem.wet	32
art. 6:236 BW	177, 191	art. 54 Gem.wet	115
art. 6:237 BW	178, 191	art. 55 Gem.wet	115
art. 6:246 BW	188	art. 69 Gem.wet	32
art. 6:248 BW	193, 198, 200	art. 77 Gem.wet	126
art. 6:251 BW	18	art. 86 Gem.wet	115
art. 6:252 BW	18		
art. 6:253 BW	18, 60		

art. 160 Gem.wet	38, 61, 120, 126, 138, 140, 157, 222, 226
art. 165 Gem.wet	120, 129
art. 168 Gem.wet	120, 126, 129
art. 169 Gem.wet	123, 125, 138, 222, 223, 226
art. 171 Gem.wet	126, 127, 131, 156, 157, 222, 227, 229
art. 212 Gem.wet	125
art. 259 Gem.wet	34
art. 268 Gem.wet	34
art. 273 Gem.wet	34, 35
art. 273a Gem.wet	34, 35

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

art. 1:3 Awb	92, 129
art. 2:14 Awb	39
art. 2:15 Awb	39
art. 2:17 Awb	39
art. 3:1 Awb	38, 88, 200, 201
art. 3:2 Awb	38
art. 3:3 Awb	45
art. 3:4 Awb	212
art. 3:41 Awb	131
art. 3:42 Awb	131
art. 4:7 Awb	201
art. 4:8 Awb	201, 212
art. 4:21 Awb	52
art. 4:33 Awb	57
art. 4:36 Awb	52, 56, 78
art. 4:37 Awb	55
art. 4:38 Awb	55
art. 4:39 Awb	55
art. 4:44 Awb	57
art. 4:84 Awb	93, 190
art. 4:124 Awb	78
art. 6:2 Awb	213, 219

art. 8:3 Awb	38, 54
art. 8:23 Awb	223
art. 8:24 Awb	223
art. 8:73 Awb	219
art. 10:1 Awb	130
art. 10:2 Awb	130
art. 10:3 Awb	130
art. 10:5 Awb	131
art. 10:7 Awb	130
art. 10:9 Awb	130, 132
art. 10:11 Awb	130
art. 10:12 Awb	129, 131, 132, 138, 227
art. 10:13 Awb	129
art. 10:14 Awb	129
art. 10:17 Awb	129
art. 10:26 Awb	34
art. 10:33 Awb	34
art. 10:35 Awb	34
art. 10:39 Awb	35
art. 10:42 Awb	34
art. 10:43 Awb	34
art. 10:44 Awb	34
art. 10:45 Awb	34

Financiële-verhoudingswet

art. 12 Financiële-verhoudingswet	62
-----------------------------------	----

Wet openbaarheid van bestuur (Wob)

art. 1 Wob	111, 113
art. 3 Wob	111
art. 10 Wob	111, 112, 113, 115
art. 11 Wob	113, 114

Archiefwet

art. 3 Archiefwet	196
-------------------	-----

Invorderingswet

art. 21 Invorderingswet	165
-------------------------	-----

Aanbestedingswet 2012 (Aw)

art. 1.4 Aw	99
art. 1.10 Aw	99
art. 1.13 Aw	99
art. 1.16 Aw	99
art. 2.127 Aw	99
art. 4:15 Aw	99

Wet Financiële Decentrale Overheden (FIDO)

art. 2 Wet FIDO	61, 62, 63, 64
-----------------	----------------

Mededingingswet (Mw)

art. 1 Mw	104
art. 6 Mw	101, 104, 105
art. 7 Mw	105
art. 24 Mw	104, 105
art. 25g Mw	107, 108
art. 25h Mw	107, 108, 109
art. 25i Mw	109
art. 25j Mw	109, 110
art. 25k Mw	110
art. 26 Mw	104, 107

Besluit Markt en Overheid

art. 2 Besluit Markt en Overheid	108
----------------------------------	-----

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)

art. 2.1 Wabo	49
---------------	----

Wet Milieubeheer (Wm)

art. 10.21 Wm	108
---------------	-----

Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) (oud)

art. 10 WRO	81
art. 42 WRO	50
art. 49a WRO	49

Wet op de ruimtelijke ordening (Wro)

art. 6.1 Wro	48
art. 6.4a Wro	49, 50
art. 6.12 Wro	48
art. 6.23 Wro	47
art. 6.24 Wro	47, 48, 49

Besluit ruimtelijke ordening (Bro)

art. 6.2.3 Bro	48
art. 6.2.4 Bro	48

Woningwet (Ww)

art. 122 Ww	79, 80
-------------	--------

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (WVEU)

art. 63 WVEU	63
art. 101 WVEU	101
art. 106 WVEU	101
art. 107 WVEU	59, 67, 68, 72, 101, 102, 103
art. 108 WVEU	68, 70, 102

