

Vergaderjaar 2007–2008

**29 279**

**Rechtsstaat en Rechtsorde**

**Nr. 72**

**BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 april 2008

Op 16 februari 2007 heeft de minister van Justitie u het rapport van de werkgroep «Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden» toegezonden (Kamerstuk 29 279, nr. 50). De werkgroep is in het kader van het programma Bruikbare Rechtsorde ingesteld en stond onder het voorzitterschap van de heer mr. A. H. P. van Gils, gemeentesecretaris van Rotterdam. Het rapport gaat in op de oprichting van of deelneming in private organisaties door decentrale overheden (provincies, waterschappen en gemeenten) met het doel daarmee publieke taken uit te voeren. Voor provincies en gemeenten geldt dat hiervoor op grond van de Provinciewet respectievelijk de Gemeentewet goedkeuring is vereist door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) respectievelijk de provincie. Voor waterschappen is er in een aantal gevallen sprake van een meldplicht bij de provincie.

Aanleiding voor het advies is dat de wettelijke normstelling en het goedkeuringsbeleid in de loop van de jaren uiteen zijn gaan lopen. Hierdoor is de wettelijke norm (nee, tenzij) niet langer toegesneden op de praktijk van de privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden en op de goedkeuringspraktijk van de minister van BZK en de provincies.

Hierbij ontvangt u zoals in de brief van 16 februari 2007 is aangekondigd de inhoudelijke kabinetsreactie op het rapport van de werkgroep. De conceptversie van dit standpunt is conform de Code Interbestuurlijke Verhoudingen voor reactie voorgelegd aan de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen. Deze organisaties hebben te kennen gegeven te kunnen instemmen met het kabinetsstandpunt. De betreffende reacties zijn bijgevoegd.<sup>1</sup>

De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,  
A. Th. B. Bijleveld-Schouten

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

# KABINETSREACTIE OP HET RAPPORT «PRIVAATRECHTELIJKE TAAKBEHARTIGING DOOR DECENTRALE OVERHEDEN». APRIL 2008

## Inleiding

In de huidige wet- en regelgeving gaat de voorkeur uit naar publiekrechtelijke rechtsvormen voor de behartiging van publieke belangen. Dit vanwege de waarborgen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, toezicht, democratische controle en openbaarheid. Als gemeenten of provincies gebruik willen maken van een privaatrechtelijke rechtsvorm, dan is dat alleen toegestaan «als dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang» (art. 158, lid 2 Provinciewet en art. 160, lid 2 Gemeentewet). De onderbouwing hiervan wordt bij gemeenten getoetst door de provincies, bij provincies door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK). Bij de waterschappen is geen goedkeuring vereist van een hoger gezag, maar wordt veelal volstaan met een meldplicht in de provinciale waterschapsreglementen.

*Gemeenten en provincies maken de laatste jaren op ruime schaal gebruik van de mogelijkheid om publieke taken via een privaatrechtelijke rechtsvorm uit te voeren. Dat vraagt op een nadere bezinning van het kabinet over de wenselijkheid hiervan. Dat is reden geweest om hierover advies te vragen in het kader van programma Bruikbare Rechtsorde van het ministerie van Justitie. Het uitgebrachte advies geeft het kabinet aanleiding tot de onderstaande reactie.*

## Probleemstelling en aanpak van de werkgroep

Het programma Bruikbare Rechtsorde van het ministerie van Justitie heeft tot doel voorstellen te doen voor nieuwe regelgevingsmodellen waardoor bestaande wetgeving beter bruikbaar wordt en toezicht, handhaving of sanctionering verminderd kunnen worden. In dit kader is het goedkeuringsbeleid van privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden door een werkgroep onder voorzitterschap van de heer Van Gils, gemeentesecretaris van Rotterdam, nader bekeken. De werkgroep was breed samengesteld met een vertegenwoordiging vanuit beleid en praktijk op landelijk en decentraal niveau. De werkgroep bestond uit vertegenwoordigers van de ministeries van BZK, Justitie en Verkeer en Waterstaat en van de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen.

Aanleiding voor het project was dat de wettelijke normering voor decentrale overheden niet langer toegesneden is op de praktijk. Steeds meer en steeds complexer privaatrechtelijke constructies worden door provincies en gemeenten tot stand gebracht om publieke taken uit te voeren. Ook is de goedkeuringspraktijk in de loop van de jaren veranderd. Goedkeuring kan alleen worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang, maar in de praktijk wordt bij de goedkeuring ook gekeken naar andere wettelijke eisen, financiële risico's en naar aspecten van staatssteun en aanbestedingsverplichtingen. Goedkeuring wordt zelden onthouden.

De werkgroep heeft aan de hand van interviews en documentanalyse de privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden en de goedkeuringspraktijk bij het ministerie van BZK en de provincies in kaart gebracht.

## Het rapport

Het rapport gaat in op de oprichting van of deelneming in private organisaties<sup>1</sup> door decentrale overheden, niet op andere privaatrechtelijke instrumenten zoals een contract of convenant. Voor deze laatste vormen van samenwerking is geen goedkeuring nodig. De werkgroep laat zien dat de wettelijke norm van voorkeur voor publiekrechtelijke regeling niet meer in overeenstemming is met de maatschappelijke ontwikkeling waarin het denken over publiek-private samenwerking onder andere als gevolg van de liberalisering van de markt sterk is veranderd. Hierbij haalt de werkgroep de WRR aan die in zijn rapport «Borgen van publiek belang» (2000) aangeeft dat het niet primair de vraag is of de overheid of de markt een bepaald publiek belang moet behartigen, maar op welke wijze geborgd kan worden dat het betreffende publieke belang het best kan worden gediend. Als de mogelijkheden daartoe in het private domein beter zijn, dan moet daarvoor gekozen worden, zo stelt de WRR.

De overheid is voortdurend bezig na te gaan op welke wijze zij haar taken en de uitvoering daarvan het best kan organiseren. De werkgroep laat een goed beeld zien van de huidige praktijk van privaatrechtelijke taak-behartiging door decentrale overheden. Deze praktijk is zeer divers. Dat betreft de betrokkenheid bij rechtsvormen als vennootschappen, stichtingen en verenigingen en de aard van de activiteiten (uitvoering op afstand, publiek-private samenwerking en samenwerking met andere overheden). Deelneming in en oprichting van privaatrechtelijke rechtsvormen komen in alle beleidsectoren voor, vooral in de economische sector.

Door gemeenten zijn in de periode 1997 tot en met 2005 circa 1030 goedkeuringsverzoeken bij de provincies ingediend. Twee daarvan zijn niet gehonoreerd. De provincies hebben in de periode van 1993 tot en met 2005 jaarlijks gemiddeld tien verzoeken om goedkeuring bij de minister van BZK ingediend, die alle zijn goedgekeurd.

Over de goedkeuringspraktijk merkt de werkgroep op dat er weliswaar een gezamenlijk – niet dwingend – beleidskader bestaat van de toezicht-houders<sup>2</sup>, maar dat in de praktijk provincies een eigen uitwerking geven van het beleidskader en daarbij andere accenten leggen. Daarnaast ervaren provincies en grote gemeenten het goedkeuringsvereiste als weinig relevant, omdat zij zelf over het algemeen goed in staat zijn hun eigen beleid op dit punt te bepalen en daarover verantwoording af te leggen aan het gekozen orgaan.

De werkgroep concludeert dat de praktijk vraagt om een legitieme plaats voor privaatrechtelijke rechtsvormen naast de publiekrechtelijke samenwerkingsvormen. Daarbij tekent de werkgroep aan dat de keuze voor de publieke of private weg te weinig lijkt gebaseerd op een fundamentele afweging van voor- en nadelen van diverse opties in relatie tot het doel dat men wil bereiken. Het blijkt dat decentrale overheden behoefte hebben aan ondersteuning van de keuze voor een publieke of private samenwerkingsvorm en daarbinnen voor de juiste rechtsvorm. Daarvoor beveelt de werkgroep aan op korte termijn een afwegingskader te maken op basis waarvan gemeenten, provincies en waterschappen een rationele en afgewogen keuze kunnen maken tussen publiek- en privaatrechtelijke samenwerking. In dit afwegingskader kunnen de toetsingscriteria uit artikel 158, lid 3 Provinciewet en artikel 160, lid 3 Gemeentewet nader worden uitgewerkt, te weten «strijd met het recht» en «strijd met het algemeen belang». De werkgroep geeft aan dat deze criteria in meerdere onderdelen dienen te worden uitgewerkt:

1. Strijd met het recht;
2. Democratische controle en beïnvloeding;

<sup>1</sup> Het gaat hierbij om de privaatrechtelijke rechtspersonen die opgenomen zijn in art. 2 Burgerlijk Wetboek, te weten: stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

<sup>2</sup> Gemeenschappelijk minimum beleidskader toezicht (GMBK, 2003) bevat beleidsregels en normen die de dertien toezichthouders (minister van BZK en 12 provincies) minimaal zullen toepassen.

3. Financiële aspecten;
4. Rechtszekerheid voor de burger;
5. Doelmatigheid en doeltreffendheid met het oog op het met de rechtsvorm beoogde doel.

De werkgroep verwacht dat de ontwikkeling van het denken over de relaties tussen overheid en private partijen niet stil zal blijven staan. Op termijn kan dan een situatie ontstaan waarbij kan worden geconcludeerd dat gemeenten en provincies zelf in staat zijn om het complete proces van beleid tot uitvoering en verantwoording in de eigen bestuurslaag gestalte te geven. Dan kan het wettelijke toezicht op het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen worden heroverwogen en wellicht worden afgeschaft. Ook kan op termijn de scherpe wettelijke normstelling voor de decentrale overheden ten aanzien van het oprichten van privaatrechtelijke rechtsvormen worden losgelaten.

### **Reactie van het kabinet**

Decentrale overheden kiezen er om diverse redenen voor om publieke taken onder te brengen bij privaatrechtelijke rechtsvormen zoals stichtingen en NV's. Zo brengen veel gemeenten het bestuur van het openbaar onderwijs onder bij een stichting om de verantwoordelijkheid voor het openbaar onderwijs goed te kunnen scheiden van andere verantwoordelijkheden ten opzichte van het onderwijs als geheel. Een ander voorbeeld is de oprichting van een vennootschap ter stimulering van de economische ontwikkeling van een stad of regio, waardoor private partijen hierbij kunnen worden betrokken.

Een privaatrechtelijke rechtsvorm wordt vooral gekozen wanneer het gaat om taken op het gebied van uitvoering, dienstverlening of beheer. Motief daarvoor is dat privaatrechtelijke samenwerking slagvaardiger wordt geacht en wat betreft kosten/baten verhouding vaak gunstiger is. Als het gaat om beleidsafstemming, kiezen decentrale overheden eerder voor publiekrechtelijke samenwerking in het kader van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR)<sup>1</sup>.

Het rapport van de werkgroep «Privaatrechtelijke taakbehartiging» laat zien dat decentrale overheden op brede schaal gebruik maken van privaatrechtelijke rechtsvormen om publieke taken uit te voeren. Daarmee is de praktijk bij gemeenten, provincies en waterschappen niet meer in overeenstemming met de wettelijke normstelling die uitgaat van het primaat van publiekrechtelijke taakbehartiging. De werkgroep pleit daarom naar de mening van het kabinet terecht voor een legitieme plaats voor de privaatrechtelijke rechtsvormen naast de publiekrechtelijke. Dat betekent niet dat alle publieke taken door decentrale overheden ondergebracht kunnen worden bij privaatrechtelijke rechtsvormen. De overheid heeft een bijzondere positie vanwege de publiekrechtelijke bevoegdheden waarover zij beschikt. Vele daarvan lenen zich niet voor uitvoering in privaatrechtelijk verband, andere daarentegen wel. Als voorbeeld: het vaststellen van uitkeringen op basis van de Wet Werk en bijstand kan niet in privaatrechtelijk verband, de uitvoering van Wet Sociale werkvoorziening wel. Dat vraagt om een zorgvuldige afweging bij de oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtsvorm door decentrale overheden. Het kabinet is van mening dat hierbij de rechtszekerheid van de burger en de mogelijkheid van democratische beïnvloeding en controle door het provincieen gemeentebestuur in alle gevallen gegarandeerd moeten kunnen worden. Daarnaast dient ook te worden gekeken naar de financiële risico's, mogelijke ongewenste staatssteun en Europese aanbestedingsregels.

---

<sup>1</sup> Partners+Pröpper, Trendstudie – Samenwerking decentrale overheden, Vught, 2005.

Gemeenten, provincies en waterschappen hebben inmiddels veel ervaring opgedaan met privaatrechtelijke samenwerkingsvormen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de ontwikkeling in de praktijk aanleiding is om de wettelijke voorkeur voor publiekrechtelijke regeling te laten vervallen en het maken van een gemotiveerde keuze aan de decentrale overheden over te laten<sup>1</sup>.

Deze vraag wil het kabinet positief beantwoorden in het licht van het uitgangspunt om decentrale overheden waar mogelijk zelf te laten beslissen over zaken die hen aangaan en zo meer armslag te geven bij de uitvoering van hun taken. Een tweede argument hiervoor is dat in de duale verhoudingen binnen het lokale en provinciale bestuur toezicht en verantwoording op horizontaal niveau goed zijn geregeld.

In dit verband neemt het kabinet het voorstel van de werkgroep over om ter ondersteuning van de decentrale overheden een afwegingskader te ontwikkelen. Dit afwegingskader zal moeten aansluiten bij de voorgenomen wijziging in de Gemeente- en Provinciewet. Met behulp van het afwegingskader kunnen decentrale overheden een goed onderbouwde keuze maken tussen publiek- en privaatrechtelijke regeling van publieke taken en daarbij alle relevante aspecten laten toetsen. De uitwerking van dit kader zal in overleg met VNG, IPO en Unie van Waterschappen geschieden.

Het kabinet is voornemens om de wettelijke voorkeur voor publiekrechtelijke regeling voor decentrale overheden te laten vervallen door aanpassing op dit punt van artikel 158, lid 2 Provinciewet en artikel 160, lid 2 Gemeentewet<sup>2</sup>. De gemeenten en provincies krijgen daarmee de bevoegdheid om te bepalen op welke manier een publiek belang het best kan worden gediend. De in dit lid opgenomen opsomming van privaatrechtelijke rechtsvormen zal daarbij breed geformuleerd worden, zodat nieuwe rechtsvormen zoals de door het kabinet aangekondigde maatschappelijke onderneming<sup>3</sup> en vormen voor grensoverschrijdende samenwerking eveneens mogelijk zijn. Het hierboven genoemde afwegingskader zal ontwikkeld worden parallel aan de voorbereiding van de wetswijziging. **Het kabinet zal zich daarbij beraden over de dwingendheid van dit kader. Het afwegingskader zal beschikbaar zijn op het moment waarop de wetswijziging van kracht zal worden.**

Bij het voornemen van het kabinet om de keuze voor publiek of privaatrechtelijke samenwerking aan de decentrale overheden te laten past ook afschaffing van de preventieve toetsing en goedkeuring door de provincie resp. de minister van BZK. Deze taak kan in de duale verhoudingen goed vervuld worden door de gemeenteraad resp. provinciale staten, die een kaderstellende en controlerende rol hebben. Artikel 158, lid 3 Provinciewet en artikel 160, lid 3 Gemeentewet zullen in deze zin worden aangepast. Het generieke interbestuurlijk toezicht op decentrale overheden blijft vanzelfsprekend van toepassing en biedt voldoende mogelijkheden om waar nodig corrigerend op te treden.

Een voorbehoud maakt het kabinet vooralsnog met betrekking tot de afschaffing van de preventieve toetsing en goedkeuring door de provincie resp. de minister van BZK met betrekking tot de deelneming van provincies en gemeenten in de energiebedrijven. Het kabinet wacht op dit punt het advies af van de Commissie Kist en zal daarna hierover een standpunt innemen.

Het conceptkabinetsstandpunt is conform de Code Interbestuurlijke Verhoudingen voor reactie voorgelegd aan de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen. In hun reactie hebben de drie organisaties aangegeven te kunnen instemmen met de kabinetsreactie. Zij wensen betrokken

<sup>1</sup> In de discussie over privaatrechtelijke samenwerking speelt de zogenaamde tweewegenleer een belangrijke rol. Deze leer houdt kort gezegd in dat het de overheid in het algemeen vrijstaat de privaatrechtelijke weg te kiezen, ook als er een publiekrechtelijke weg is, tenzij de betreffende regeling een onaanvaardbare doorkruising is van de publiekrechtelijke weg. Gemeenten en provincies hebben deze mogelijkheid niet en zijn dus aangewezen op private rechtsvormen.

<sup>2</sup> Het kabinet hanteert binnen het Rijk een «nee, tenzij»-beleid ten aanzien van het (mede- of doen) oprichten van stichtingen en andere private rechtspersonen, zoals verwoord in het stichtingenkader (TK, vergaderjaar 2006–2007, 25 268, nr. 42). Daar staat tegenover dat het Rijk beschikt over de mogelijkheid om via wet een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) met rechtspersoon in te richten voor het uitvoeren van publiekrechtelijke taken.

<sup>3</sup> De rechtsvorm maatschappelijke onderneming is bedoeld voor organisaties die een maatschappelijk belang behartigen en niet gericht zijn op het maken van winst. Deze nieuwe rechtsvorm verruimt de mogelijkheden voor decentrale overheden om publieke belangen te behartigen. De minister van Justitie heeft een wetsvoorstel voor invoering van de maatschappelijke onderneming in voorbereiding.

te worden bij de opstelling van het aangekondigde afwegingskader. De reactie van de drie organisatie heeft geen aanleiding gegeven de concept-kabinetsreactie bij te stellen.