



*Een juridisch correct privaatrechtelijk
contractpartner!*

- ADVIESRAPPORT -

Verschenen in augustus 2010 te Heel

Mw. M. Keltjens

Juridische Hogeschool (Avans-Fontys)

Studentnummer: 2004740



*Een juridisch correcte
privaatrechtelijk contractpartner!*

Auteur:	Mieke Keltjens
Studentnummer:	2004740
Locatie opleiding:	's- Hertogenbosch
Afstudeerperiode:	Februari 2010 – Augustus 2010
Afstudeermentor:	mw. mr. S.E.H.M. Sniekers
Eerste stagedocent:	mw. mr. M. Boer
Tweede stagedocent:	mr. P. van Harten
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Plaats en datum van verschijning:	Heel, augustus 2010

VOORWOORD

Dit rapport is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-rechten van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch. Het onderzoek is uitgevoerd bij de gemeente Maasgouw in de periode februari tot en met juni 2010.

De opdrachtgever is mevrouw mr. S. Sniekers. Zij is werkzaam als concernjurist bij de afdeling Staf van de gemeente Maasgouw. Ik wil haar als eerste bedanken voor alle hulp die zij mij heeft geboden.

Hiernaast wil ik natuurlijk alle medewerkers van de gemeente Maasgouw bedanken die ik heb mogen interviewen of die mij op een andere manier hebben geholpen bij dit onderzoek. Zonder hun hulp had ik deze scriptie nooit kunnen afronden. Bij deze wil ik ook mevrouw mr. Marieke Boer bedanken voor de begeleiding vanuit de opleiding.

Met vriendelijke groeten,

Mieke Keltjens

Heel, augustus 2010

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting

1	Inleiding	9
2	De gemeente en privaatrechtelijke overeenkomsten.....	10
2.1	Begrippen	10
2.1.1	Gemeente	10
2.1.2	Privaatrecht.....	10
2.1.3	Overeenkomst.....	11
2.2	Bevoegdheid gemeente	12
2.2.1	Autonomie en medebewind.....	12
2.2.2	Keuze tussen privaaf- en publiekrecht.....	12
2.3	Rechtsleren.....	13
2.4	Samenvatting.....	13
3	Vertegenwoordiging.....	14
3.1	Gemeenteraad.....	14
3.2	College van Burgemeesters en wethouders.....	15
3.3	Burgemeester	15
3.4	Ambtenaren, externe medewerkers of derden	15
3.4.1	Volmacht.....	15
3.4.2	Mandaat.....	16
3.4.3	Machtiging.....	17
3.4.4	Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling gemeente Maasgouw.....	17
3.5	Onbevoegdheid.....	18
3.5.1	Onderhandelingen.....	18
3.5.2	Overeenkomst is tot stand gekomen	18
3.5.3	Toezeggingen	19
3.6	Samenvatting.....	19
4	Algemeen juridisch kader	20
4.1	Grondbeginselen van het overeenkomstenrecht	20
4.2	Precontractuele fase	21
4.2.1	Redelijkheid en billijkheid	21
4.2.2	Aanbod	21
4.2.3	Uitnodiging om in onderhandeling te treden	22
4.2.4	Aanvaarding.....	23
4.2.5	Vrijblijvend aanbod.....	23
4.2.6	Wils- en vertrouwensleer.....	23
4.2.7	Afgebroken onderhandelingen	24
4.3	Inhoud van de overeenkomst.....	25
4.4	De naleving van de overeenkomst	27
4.4.1	Overmacht	27
4.4.2	Onvoorziene omstandigheden.....	27
4.5	Samenvatting.....	28
5	Bijzonder juridisch kader.....	29
5.1	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	29
5.2	Grondrechten.....	30
5.3	Mededingingsrecht.....	30
5.4	Aanbestedingsrecht	31
5.5	Eigen beleid	31
5.5.1	Inkoop en aanbestedingsbeleid.....	32
5.5.2	Algemene voorwaarden	32
5.5.3	Nota grondbeleid.....	33

5.6	Samenvatting	33
6	Gevolgen.....	34
6.1	Gevolgen	34
6.1.1	Nietigheid	34
6.1.2	Vernietigbaarheid	35
6.1.3	Schadevergoeding	36
6.2	Aansprakelijkheid.....	36
6.3	Bevoegde rechter.....	37
6.4	Samenvatting.....	38
7	Huidige gang van zaken.....	39
7.1	Inleiding	39
7.2	Precontractuele fase	39
7.2.1	Aanbod	39
7.2.2	Onderhandelingen.....	40
7.3	Inhoud van overeenkomsten	41
7.3.1	Opstellen overeenkomsten.....	41
7.3.2	Inhoudelijke toets	42
7.4	Wat kan verbeterd worden	44
7.4.1	Werkdruk.....	44
7.4.2	Juridische begeleiding.....	45
7.4.3	Contractbeheer	45
7.4.4	Geen uniformiteit.....	45
7.4.5	Inhoudelijke tekortkomingen.....	45
7.4.6	Algemeen.....	46
7.5	Samenvatting.....	46
8	Raamovereenkomsten	47
8.1	Wat is een raamovereenkomst.....	47
8.1.1	Definitie	47
8.1.2	Verschil raamovereenkomst en raamcontract	47
8.2	Soorten raamovereenkomsten	48
8.3	Wanneer raadzaam	48
8.4	Waarmee moet rekening worden gehouden bij het sluiten van een raamovereenkomst?	49
8.5	Samenvatting	50
9	Conclusies en Aanbevelingen.....	51
9.1	Conclusies	51
9.2	Aanbevelingen	54
10	Literatuurlijst	55
11	Evaluatie	57

Bijlagen:

Bijlage 1: onderzoeksplan

Bijlage 2: organogram

Bijlage 3: schema m.b.t. aanbod

Bijlage 4: schema m.b.t. afbreken van onderhandelingen

Bijlage 5: modelovereenkomst met voorbeeldbepalingen

Bijlage 6: schema algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Bijlage 7: toepassen algemene inkoopvoorwaarden gemeente Maasgouw

Bijlage 8: schema gevolgen gebreken

Bijlage 9: soorten overeenkomsten

Bijlage 10: uitwerkingen interviews

Bijlage 11: resultaten toets

SAMENVATTING

In het kader van de juridische kwaliteitszorg is de gemeente Maasgouw bezig met het ontwikkelen van juridisch hoogwaardige producten. Zo is het ook belangrijk om de juridische kwaliteit van de privaatrechtelijke overeenkomsten en de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van dergelijke overeenkomsten te waarborgen.

Het doel van dit onderzoek is het informeren en adviseren van de gemeente Maasgouw over haar positie als privaatrechtelijk contractpartner in het algemeen; en bij het sluiten van raamovereenkomsten.

Bij dit onderzoek is naar voren gekomen dat de gemeente een zeer bijzondere positie inneemt als privaatrechtelijk contractpartner. Zo mag zij geen overeenkomsten sluiten die de publiekrechtelijke weg onaanvaardbaar doorkruisen en moet zij op een speciale wijze vertegenwoordigd worden. Bovendien is zij ook gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten, het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht.

Indien dergelijke regels worden overtreden kan dit leiden tot ongeldigheid, nietigheid en vernietigbaarheid van de overeenkomst. In sommige gevallen kunnen ook andere sancties worden opgelegd, zoals boeten en dwangsommen. Ook kan de gemeente of haar vertegenwoordiger aansprakelijk worden gesteld voor eventuele schade en verplicht worden tot het voldoen van een schadevergoeding.

Uit interviews en het bestuderen van overeenkomsten kwam naar voren dat bij de gemeente Maasgouw geen eenduidige werkwijze bestaat met betrekking tot het onderhandelen over, het opstellen en het sluiten van overeenkomsten en dat de juridische kennis omtrent deze onderwerpen veelal in onvoldoende mate aanwezig is. Daarmee kan het gehele traject van onderhandelen tot contracteren aangemerkt worden als risicovol.

De belangrijkste aanbevelingen zijn dan ook het vergroten van de juridische kennis en het maken van afspraken ter bevordering van een uniforme werkwijze. Door deze zaken kunnen de risico's die de gemeente als contractpartner loopt worden beperkt.

Ten aanzien van de raamovereenkomsten kan worden geconcludeerd, dat het belangrijk is om voorafgaand aan het totstandkomingsproces alle voordelen en nadelen tegen elkaar af te wegen. Overigens is het belangrijk om de inkoopanalyse die momenteel door de inkoop- en aanbestedingsadviseur wordt uitgevoerd af te wachten, omdat hierdoor wellicht helder wordt in welke specifieke gevallen het wel of niet voordelig is om raamovereenkomsten te sluiten.

1 INLEIDING

De gemeente Maasgouw streeft naar juridisch hoogwaardige producten. Het onderhavige onderzoek kan worden aangemerkt als een deel van het aspect juridische kwaliteitszorg en tracht een bijdrage te leveren aan de juridische kwaliteit van de gemeentelijke producten.

De opdrachtgever mevrouw mr. S. Sniekers heeft opdracht gegeven tot onderzoek naar de juridische positie van de gemeente Maasgouw als privaatrechtelijke contractpartner. De doelstelling van het onderzoek luidt als volgt:

Op 16 augustus 2010 wordt aan de gemeente Maasgouw een rapport overhandigd waarin informatie en advies wordt gegeven met betrekking tot de juridische positie van de gemeente en diens vertegenwoordigers bij het onderhandelen over, het opstellen van en het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten in het algemeen; en bij het sluiten van raamovereenkomsten.

De resultaten van dit onderzoek zijn bedoeld voor degene die zich direct of indirect bezig houden met het sluiten van overeenkomsten namens de gemeente Maasgouw.

De vraag die centraal staat bij dit onderzoek is:

Welke juridische positie heeft de gemeente Maasgouw en diens vertegenwoordigers bij het onderhandelen over, het opstellen en het sluiten van privaatrechtelijke van overeenkomsten; en bij het sluiten van raamovereenkomsten?

Dit rapport is als volgt opgebouwd. In de eerste zes hoofdstukken wordt het juridisch kader geschetst. Als eerste is wordt ingegaan op de bevoegdheid van de gemeente tot het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten in het algemeen. Vervolgens worden de voorwaarden aan deze bevoegdheid beschreven en tot slot wordt ingegaan op de mogelijke gevolgen van incorrect handelen.

In hoofdstuk 7 wordt beschreven wat de huidige gang van zaken met betrekking tot het onderhandelen over, het opstellen van en het sluiten van overeenkomsten bij de gemeente Maasgouw is en of dit juridisch correct is. Hoofdstuk 8 handelt over het sluiten van raamovereenkomsten.

Het onderzoek wordt afgesloten met de conclusies en aanbevelingen in hoofdstuk 9.

Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van deskresearch. Hierbij zijn veelal wetten, jurisprudentie en hedendaagse juridische literatuur geraadpleegd. In enkele gevallen is ook gekozen voor het raadplegen van relevante websites.

Naast deskresearch heeft er fieldresearch plaatsgevonden. Het fieldresearch bestond uit het afnemen van een interviews met medewerkers van de gemeente Maasgouw. Daarnaast zijn verschillende soorten, door de gemeente Maasgouw gesloten, overeenkomsten getoetst.

Voor meer informatie over de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd kan verwezen worden naar bijlage 1: het onderzoeksplan.

2 DE GEMEENTE EN PRIVAATRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN

In dit hoofdstuk gaat het over de vraag: “Wanneer mag de gemeente een privaatrechtelijke overeenkomst sluiten?” Voordat hierop antwoord wordt gegeven, worden de belangrijkste begrippen kort omschreven. Als laatste komen de rechtsleren aan bod.

2.1 BEGRIPPEN

Bij dit onderzoek staan de begrippen *gemeente*, *privaatrecht* en *overeenkomst* centraal. In deze paragraaf worden deze begrippen uitgelegd.

2.1.1 GEMEENTE

Een gemeente is de kleinste decentrale overheid van Nederland. In de Grondwet is vastgelegd dat gemeenten kunnen worden ingesteld, gewijzigd of opgeheven bij wet.¹ De gemeente Maasgouw is ontstaan onder toepassing van de *Wet gemeentelijke herindeling westelijk deel Midden-Limburg* van 14 september 2006. Aan het hoofd van de gemeente Maasgouw staat de gemeenteraad (hierna: raad), die bestaat uit 19 leden.² Naast de gemeenteraad maken ook het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) en de burgemeester deel uit van het bestuur.³ De gemeenteraad, de burgemeester en het college zijn de bestuursorganen van de gemeente.⁴ Het college wordt in zijn dagelijkse werkzaamheden bijgestaan door de ambtelijke organisatie. De gemeentesecretaris staat aan het hoofd van de ambtelijke organisatie. In bijlage 2 is het organogram van de gemeente Maasgouw opgenomen.

2.1.2 PRIVAATRECHT

Het *privaatrecht* bevat de rechtsregels die gelden voor de verhouding tussen natuurlijke personen onderling, natuurlijke personen en rechtspersonen en rechtspersonen onderling. Het *publiekrecht*, ofwel *bestuursrecht*, bevat de rechtsregels die gelden bij de verhouding tussen burger en overheid en tussen overheidsinstanties onderling.⁵ Voor de gemeente is het belangrijk om het onderscheid tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk handelen te maken, omdat dit voor een aantal zaken gevolgen heeft.⁶

Een aantal belangrijke verschillen tussen het privaatrecht en bestuursrecht zijn:

1. Binnen het bestuursrecht treden de bestuursorganen van de gemeente op bij de uitvoering van taken en bevoegdheden zoals deze bij wet zijn toegekend aan de gemeente. Binnen het privaatrecht neemt de gemeente als rechtspersoon deel aan het rechtsverkeer.⁷
2. Privaatrechtelijke handelingen zijn vaak gebaseerd op het eigendomsrecht en/of de contractvrijheid. Dit houdt in dat privaatrechtelijke rechtshandelingen in beginsel vrij mogen worden verricht. Het recht kan hooguit enkele beperkingen bevatten. Voor een publiekrechtelijk optreden is echter doorgaans wel een wettelijk voorschrift vereist (het legaliteitsbeginsel).⁸
3. Privaatrechtelijke bevoegdheden komen aan een ieder toe; een publiekrechtelijke bevoegdheid komt alleen aan een bepaald bestuurs- of ander overheidsorgaan toe.⁹

¹ Artikel 123 Grondwet

² Artikel 125 lid 1 Grondwet jo. Artikel 8 Gemeentewet

³ Artikel 125 lid 1 Grondwet jo. Artikel 6 Gemeentewet

⁴ Artikel 1:1 lid 1 sub a Algemene wet bestuursrecht

⁵ Elferink 2006, p. 17.

⁶ Wijk 2008, p. 424.

⁷ Artikel 2:1 jo. 2:5 Burgerlijk Wetboek

⁸ Elferink 2006, p. 17.

⁹ Wijk 2008, p. 173.

4. Het privaatrecht heeft een horizontaal karakter: er is sprake van een rechtsverhouding tussen gelijkwaardige partijen. Het publiekrecht heeft een verticaal karakter: het regelt de verhouding tussen overheid en burger cq. rechtspersoon.¹⁰
5. Bij het privaatrecht zijn voornamelijk de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek en aanverwante wet- en regelgeving van toepassing; bij het publiekrecht zijn voornamelijk de bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht en andere publiekrechtelijke wetten van toepassing.¹¹
6. Het privaatrecht bevat veel regels van regelend en/of aanvullend recht waardoor partijen veel vrijheid hebben om een overeenkomst naar eigen inzicht in te vullen; publiekrechtelijke regels zijn vaak van dwingend recht, dit betekent dat er niet van mag worden afgeweken.¹²
7. Bij geschillen over privaatrechtelijke zaken is in beginsel de civiele rechter bevoegd; bij publiekrechtelijke geschillen de bestuursrechter. Zie hierover ook paragraaf 6.3.

2.1.3 OVEREENKOMST

Een gemeente kan bestuursrechtelijke, gemengde en privaatrechtelijke overeenkomsten sluiten. Dit onderzoek richt zich op de privaatrechtelijke overeenkomsten.

In het Burgerlijk Wetboek is de volgende definitie van het begrip overeenkomst opgenomen: *'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'*¹³

Deze definitie bevat twee juridische termen die hierna worden uitgelegd:

- *Rechtshandeling*: een handeling met het oog op het brengen van veranderingen in de rechten en plichten.¹⁴ Een *meerzijdige rechtshandeling* is een rechtshandeling die door meer dan één persoon wordt verricht, bijvoorbeeld het sluiten van een koopovereenkomst.¹⁵ Privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen een- of meerzijdig zijn. Publiekrechtelijke rechtshandelingen zijn altijd eenzijdig, bijvoorbeeld de gemeente verstrekt iemand een bouwvergunning.¹⁶
- *Verbintenis*: een juridische relatie tussen twee of meer partijen waarbij de ene partij tot iets verplicht is waarop de andere partij recht heeft.¹⁷

Een overeenkomst wordt vaak gekenmerkt door dit obligatoire (verbintenisscheppende) karakter, hierdoor wordt vaak gesproken van een *obligatoire overeenkomst*. Niet alle overeenkomsten zijn obligatoir, maar in dit onderzoek wordt uitsluitend aandacht besteed aan obligatoire overeenkomsten. Het meest sprekende voorbeeld van een obligatoire overeenkomst is de koopovereenkomst.¹⁸

Een koopovereenkomst is een *bijzondere overeenkomst*. Bijzondere overeenkomsten zijn overeenkomsten waarvoor de wetgever bijzondere regels heeft opgesteld, bijvoorbeeld in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Andere voorbeelden van bijzondere overeenkomsten zijn de huur-, arbeid- en pachtovereenkomst.

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding.¹⁹ Hierover volgt meer in paragraaf 4.2.

¹⁰ Verheugt 2005, p. 16.

¹¹ Elferink 2006, p. 17.

¹² Elferink 2006, p. 19.

¹³ Artikel 6:213 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹⁴ Artikel 3:33 Burgerlijk Wetboek

¹⁵ Hijma 2007, p. 4.

¹⁶ Verheugt 2005, p. 17.

¹⁷ Timmer 2008, p. 21.

¹⁸ Hijma 2007, p. 7.

¹⁹ Artikel 6:217 Burgerlijk Wetboek

2.2 BEVOEGDHEID GEMEENTE

In deze paragraaf gaat het om de vraag of de gemeente bevoegd is om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten en zo ja, onder welke voorwaarden dit mag. Om deze vraag te kunnen beantwoorden wordt in de volgende paragrafen aandacht besteed aan de begrippen “autonomie” en “medebewind” en aan de keuze tussen het privaat- en het publiekrecht.

2.2.1 AUTONOMIE EN MEDEBEWIND

De gemeente heeft bevoegdheden op grond van autonomie en medebewind. Autonomie houdt in dat de gemeente bevoegd is om zelfstandig regelingen te treffen op het gebied van haar huishouding.²⁰ Dit betekent dat de gemeente alles kan regelen wat zij wil, tenzij dit in strijd is met hogere wet- en of regelgeving, er belangen worden behartigd die al door hogere regelgeving worden behartigd, het onderwerpen betreffen die niet bij de gemeentelijke huishouding horen of er teveel wordt ingegrepen in de privésfeer van de ingezetenen.²¹

Naast de autonome bevoegdheid is de gemeente bevoegd tot regeling en bestuur voor de uitvoering van wettelijke verplichtingen, denk hierbij bijvoorbeeld aan het verlenen van vergunningen op grond van de Wet Milieubeheer. Dit wordt medebewind genoemd.²²

Op grond van autonomie en medebewind kan een gemeente veel zaken regelen. Maar zoals in paragraaf 2.1.2 aan de orde is gekomen, is voor het daadwerkelijk onderhandelen over, het opstellen en het sluiten van privaatrechtelijke rechtshandelingen geen publiekrechtelijke titel nodig. Hiertoe is de gemeente vrijelijk bevoegd, op grond van bijvoorbeeld het eigendomsrecht en/of de contractvrijheid.

2.2.2 KEUZE TUSSEN PRIVAAT- EN PUBLIEKRECHT

Een probleem doet zich voor als de gemeente via het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst een beleidsdoel wil bereiken, terwijl daartoe ook een publiekrechtelijke mogelijkheid bestaat. Dit leidt tot de vraag of de gemeente vrij is om te kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg.

In de loop van de jaren is in de jurisprudentie de volgende lijn hiervoor ontwikkeld. Als eerste moet gekeken worden naar de ‘doorkruisingsleer’. De doorkruisingsleer bepaalt dat gekozen moet worden voor de publiekrechtelijke weg, als de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze doorkruist.

Om te beoordelen of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising moeten de volgende vragen worden beantwoord:²³

1. Is er een publiekrechtelijke regeling die zelf een antwoord geeft op de vraag of de privaatrechtelijke weg toelaatbaar is? (zie bijvoorbeeld artikel 122 Woningwet)
2. Zo nee, wordt er een publiekrechtelijke regeling op een onaanvaardbare wijze doorkruist door de privaatrechtelijke weg?

Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van:

- a. de inhoud en de strekking van de regeling (die overigens ook kan blijken uit de geschiedenis van de totstandkoming van de regeling);
- b. de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de burgers zijn beschermd;
- c. de mogelijkheid dat door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt.²⁴

²⁰ Artikel 124 lid 1 Grondwet jo 108 lid 1 Gemeentewet

²¹ Wijk 2008, p. 227.

²² Artikel 124 lid 2 Grondwet jo 108 lid 2 Gemeentewet

²³ HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Staat/Windmill) en HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina/Helmond)

²⁴ Goorden 2003, p. 156.

Wanneer een overeenkomst wordt gesloten die in strijd is met de doorkruisingsleer is deze in beginsel nietig (zie hiervoor paragraaf 6.1)²⁵

Indien de wet zelf geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan en er geen gebruikelijke handelswijze is die privaatrechtelijk handelen van de overheid niet toestaat, is de *'tweewegenleer'* van toepassing.²⁶ De tweewegenleer houdt in dat de overheid in principe de vrije keuze heeft om naast of in plaats van de bestaande publiekrechtelijke weg, de privaatrechtelijke weg te volgen om een bepaald beleidsdoel te bereiken, tenzij de publiekrechtelijke weg exclusief bedoeld is.²⁷

Als de gemeente door het gebruik van een publiekrechtelijke regeling hetzelfde kan bereiken als wanneer zij kiest voor de privaatrechtelijke weg, dan is dit een sterke aanwijzing dat er niet mag worden gekozen voor de privaatrechtelijke weg.²⁸ Zo moet subsidie altijd via een beschikking worden verleend en nooit via een overeenkomst.²⁹

Uit de jurisprudentie en hoeveelheid literatuur die aan dit onderwerp is gewijd, blijkt dat het niet altijd eenvoudig is om te bepalen of gekozen mag worden voor de privaatrechtelijke weg in plaats van de publiekrechtelijke weg. Het hangt altijd af van de specifieke omstandigheden van een geval.

2.3 RECHTSLEREN

In deze paragraaf gaat het over de vraag of de overheid op gelijke voet staat met een burger bij het gebruik van privaatrechtelijke rechtsfiguren. Voor het beantwoorden van deze vraag zijn drie benaderingen mogelijk, namelijk:

1. De *gemene rechtsleer*, die ervan uitgaat dat als er geen publiekrechtelijke regeling bestaat voor een rechtshandeling, alleen het privaatrecht van toepassing is.
2. De *invullende rechtsleer*, die ervan uitgaat dat de overheid bij elk handelen het algemeen belang behartigt en dat de regels van het publiekrecht altijd gelden.
3. De *gemengde rechtsleer*, die ervan uitgaat dat op privaatrechtelijk handelen van de overheid zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke regels van toepassing zijn.³⁰

De gemengde leer is nu de heersende leer. Dit komt onder meer tot uitdrukking in schakelbepalingen in de Algemene wet bestuursrecht en het Burgerlijk Wetboek.³¹

2.4 SAMENVATTING

Dit rapport richt zich op het sluiten van meezijdige privaatrechtelijke obligatoire overeenkomsten namens de gemeente Maasgouw. De gemeente is bevoegd tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten tenzij hierdoor een publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar wordt doorkruist. Bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten moet de gemeente rekening houden met privaatrechtelijke en publiekrechtelijke wet- en regelgeving.

²⁵ Artikel 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht en Artikel 3:40 jo. 3:14 Burgerlijk Wetboek

²⁶ HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Kunst- en Antiek Studio Lelystad)

²⁷ Goorden 2003, p. 155.

²⁸ Elferink 2006, p. 91.

²⁹ Zie bijvoorbeeld: ABRS 19 april 2006, AB 2006, 298

³⁰ Schlössels 2006, p. 226-228.

³¹ Schlössels 2006, p. 226-228.

3 VERTEGENWOORDIGING

In dit hoofdstuk gaat het over de vraag wie namens de gemeente overeenkomsten mag sluiten. Achtereenvolgens komt de rol van de gemeenteraad, het college van burgemeesters en wethouders, de burgemeester en de medewerkers en derden aan bod. Als laatste worden de gevolgen van het sluiten van overeenkomsten en het doen van toezeggingen door onbevoegden behandeld

3.1 GEMEENTERAAD

De gemeenteraad heeft bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, een kaderstellende en controlerende taak. De *kaderstellende* taak houdt onder andere in dat als een uitgave niet past binnen de begroting, de gemeenteraad *vooraf* moet besluiten tot een begrotingswijziging.³² Voor het uitvoeren van de *controlerende* taak kan de raad gebruik maken van de een actieve en passieve informatieplicht.

De *actieve informatieplicht* houdt onder meer in dat het college van burgemeesters en wethouders informatie moet verstrekken met betrekking tot overeenkomsten die ingrijpende gevolgen (kunnen) hebben voor de gemeente, zodat de raad in de gelegenheid wordt gesteld om *wensen en bedenkingen* hierover te uiten.³³ In de '*Handreiking actieve en passieve informatieplicht van de gemeente Maasgouw*' staat dat de raad in ieder geval informatie krijgt over:

- een complexe zaak, gezien de veelheid aan belangen of betrokkenen en/of het grote aantal raakvlakken met andere beleidsterreinen;
- een onderwerp dat maatschappelijk of mediagevoelig is;
- een onderwerp dat (mogelijk) aanzienlijke bestuurlijke, financiële of juridische consequenties of risico's heeft; of
- zaken die in een programma (bijvoorbeeld het begrotingsprogramma) zijn opgenomen.³⁴

Uit het raadsbesluit van 28 juni 2009, volgt dat de raad in de gelegenheid moet worden gesteld om wensen en bedenkingen te uiten bij het aangaan van intentie-, samenwerkings-, en realisatieovereenkomsten.

De *passieve informatieplicht* houdt in dat de raad informatie mag vragen over het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met als doel hierover wensen en bedenkingen te uiten.³⁵ Het college en de burgemeester kunnen desgewenst informatie *vertrouwelijk* aan de raad te overleggen.³⁶

Incidenteel kan het college voorafgaand aan het besluiten tot het aangaan van een overeenkomst *instemming* aan de raad te vragen. De instemming kan ook als voorbehoud in de overeenkomst worden opgenomen. In dit geval moet het voorbehoud worden gezien als een *potestatieve* voorwaarde, wat betekent dat er geen verbintenis tot stand komt totdat de voorwaarde wordt vervuld.³⁷ De overeenkomst komt pas tot stand op het moment dat het raadsbesluit tot instemming aan de wederpartij bekend is gemaakt, mits de wederpartij vooraf op de hoogte is gesteld van de voorwaarde dat de raad moet instemmen.³⁸

Wanneer geen voorbehoud is opgenomen en de raad 'onterecht' niet wordt betrokken bij de totstandkoming van de overeenkomst, komt deze wel tot stand.³⁹

³² Artikel 209 Gemeentewet

³³ Artikel 169 lid 4 Gemeentewet

³⁴ Hoofdstuk 5 Handreiking actieve en passieve informatieplicht van de gemeente Maasgouw

³⁵ Artikel 169 lid 4 Gemeentewet

³⁶ Artikel 55 Gemeentewet

³⁷ Rb Breda, 21 juli 1998, Gemeentestem 7085, p. 557-561, zie ook Rb. Utrecht 19 december 2001, NJ 2002, 10

³⁸ www.vng.nl, Home \ Beleidsvelden \ Bestuur en Recht \ Recht \ Gemeentewet \ In de Praktijk \ Veelgestelde vragen \ Artikel 139-160 Gemeentewet, laatst bekeken op 29-06-2010, om 12:30 uur.

³⁹ Rossum 2006, p. 85.

3.2 COLLEGE VAN BURGEMEESTERS EN WETHOUDERS

Het college van burgemeesters en wethouders is bevoegd tot het besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten door de gemeente.⁴⁰ Het kan besluiten tot het aangaan van volledig uitgewerkte overeenkomsten. Het college kan echter ook besluiten tot bijvoorbeeld de verkoop van een stuk grond terwijl nog niet alle voorwaarden bekend zijn. In het eerste geval kan de wederpartij van de gemeente nakoming van de gehele besluit vorderen. In het tweede geval ligt dit lastiger, omdat slechts gevorderd kan worden dat er een overeenkomst gesloten gaat worden. Het indienen van een voorstel waarin een volledige en duidelijke overeenkomst is opgenomen voorkomt dergelijke onduidelijkheden.⁴¹

Ook kunnen problemen worden voorkomen door het college in een vroeg stadium te betrekken bij de totstandkoming van overeenkomsten.⁴² Bij de gemeente Maasgouw gebeurt dit bijvoorbeeld tijdens het wekelijks overleg tussen portefeuillehoudende wethouder, afdelingshoofd en teamcoördinator. Ook wordt bij grote projecten vaak op diverse momenten instemming van het college gevraagd, waardoor zij vaak al vroegtijdig bij het project betrokken is.

Soms sluit een ambtenaar of niet-ondergeschikte namens de gemeente Maasgouw een overeenkomst, waarin het voorbehoud is opgenomen dat het college nog moet instemmen. Een mogelijk nadeel hiervan is dat het college weinig vrijheid heeft om te beslissen tot het aangaan van de overeenkomst of voorwaarden waaronder dit gebeurt. Immers: de overeenkomst is reeds opgesteld en ondertekend door de wederpartij. Of dit daadwerkelijk leidt tot problemen is afhankelijk van de betrokkenheid van de leden van het college bij het onderhandelingsproces.⁴³

3.3 BURGEMEESTER

De burgemeester heeft de algemene bevoegdheid om de gemeente te vertegenwoordigen in en buiten rechte.⁴⁴ Het gaat hier om vertegenwoordiging van de rechtspersoon gemeente en niet om vertegenwoordiging van het bestuursorgaan. In alle gevallen waarin gemeentelijke bestuursorganen op eigen titel aan het verkeer deelnemen is dit niet van toepassing.⁴⁵

Onder deze bevoegdheid valt het vertegenwoordigen van de gemeente in gerechtelijke procedures en, niet onbelangrijk voor dit onderzoek, het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. De vertegenwoordiging door de burgemeester bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten houdt in dat hij de overeenkomst feitelijk mag ondertekenen.

3.4 AMBTENAREN, EXTERNE MEDEWERKERS OF DERDEN

Het is voor de raad, het college en de burgemeester niet mogelijk om alle rechtshandelingen zelf te verrichten. Er bestaat de mogelijkheid dat deze organen zich laten vertegenwoordigen door ambtenaren, externe medewerkers of derden. Hiertoe kan een volmacht, mandaat of machtiging worden verleend. Deze onderwerpen komen in deze paragraaf aan bod.

3.4.1 VOLMACHT

Het college van burgemeesters en wethouders kan een ander een volmacht verlenen tot het besluiten tot het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst.

⁴⁰ Artikel 160 sub e Gemeentewet

⁴¹ Rossum 2006, p. 83.

⁴² Elferink 2006, p. 37-38.

⁴³ Elferink 2006, p. 37-38.

⁴⁴ Artikel 171 lid 1 Gemeentewet

⁴⁵ Kamerstukken I 1991/92, 19 403, nr. 64b, p. 6.

Een volmacht is de bevoegdheid die iemand (de volmachtgever) geeft aan een ander (de gevolmachtigde) om in zijn naam een of meer privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.⁴⁶ De volmachtverlening is vormvrij.⁴⁷ De volmacht kan gericht zijn tot de gevolmachtigde, maar ook tot de wederpartij.⁴⁸

Er bestaan *algemene* en *bijzondere* volmachten. Algemene volmachten zijn volmachten die *alle* zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvatten voor zover er geen zijn uitgezonderd. Bijzondere volmachten zijn alle volmachten die geen algemene volmacht zijn. Het gaat dan om volmachten verleend voor een of een aantal welomschreven handelingen.⁴⁹

Een rechtshandeling die binnen de grenzen van zijn bevoegdheid door de gevolmachtigde wordt verricht, komt voor rekening van de volmachtgever.⁵⁰ Een volmacht mag in principe niet worden doorgegeven aan een ander.⁵¹

De gevolmachtigde moet bij het aangaan van een overeenkomst binnen de door de wet, de overeenkomst of het gebruik bepaalde termijn, of als deze ontbreekt binnen een redelijke termijn, de naam van de volmachtgever noemen. Als dit niet gebeurt, wordt geacht dat hij de overeenkomst namens zichzelf is aangegaan, tenzij uit de overeenkomst blijkt dat dit niet zo is.⁵² Van het noemen van de naam is alleen sprake als dit zonder voorbehoud gebeurt, zodat het voor de wederpartij vaststaat wie partij is.⁵³

De volmachtgever blijft overigens ook zelf bevoegd om rechtshandelingen te verrichten, waartoe hij een ander volmacht heeft verleend.

3.4.2 MANDAAT

Door het verlenen van een mandaat kan een bestuursorgaan een bestuurlijke bevoegdheid overdragen.⁵⁴ Degene die het mandaat geeft wordt *mandans* genoemd, degene die het mandaat krijgt de *mandataris*.⁵⁵

Indien een bestuursorgaan een volmacht verstrekt aan een ondergeschikte ambtenaar of externe medewerker zijn de regels van mandaat van toepassing.⁵⁶ Hiertoe heeft de wetgever besloten, omdat het onwenselijk is dat bij het verlenen van een volmacht en mandaat aan een ambtenaar er verschillende regels van toepassing zouden zijn.⁵⁷

Dit betekent dat bij het verlenen van een volmacht aan een ambtenaar tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, de regels met betrekking tot het mandaat én de volmacht van toepassing zijn. Overigens zijn de regels met betrekking tot de volmacht die in strijd zijn met de mandaatregelgeving niet van toepassing.⁵⁸

Het mandaat is de publiekrechtelijke tegenhanger van de volmacht, waardoor er veel overeenkomsten zijn. Toch zijn aantal belangrijke verschillen:

1. Bij een mandaat zijn vormvoorschriften. Een algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend.⁵⁹

⁴⁶ Artikel 3:60 lid 1 Burgerlijk Wetboek

⁴⁷ Artikel 3:61 lid 1 Burgerlijk Wetboek

⁴⁸ Parlementaire Geschiedenis Boek 3 Burgerlijk Wetboek, p. 263.

⁴⁹ Artikel 3:62 Burgerlijk Wetboek

⁵⁰ Artikel 3:66 lid 1 Burgerlijk Wetboek

⁵¹ Artikel 3:64 Burgerlijk Wetboek

⁵² Artikel 3:67 lid 1 en 2 Burgerlijk Wetboek

⁵³ HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442 (Weld-Equip/Van de Pest)

⁵⁴ Artikel 10:1 Algemene wet bestuursrecht

⁵⁵ Wijk 2008, p. 129.

⁵⁶ Artikel 10:12 Algemene wet bestuursrecht

⁵⁷ Rossum 2006, p. 90.

⁵⁸ Buuren 2009, p. 789.

⁵⁹ Artikel 10:5 Algemene wet bestuursrecht

2. Een mandaat mag worden doorgegeven. Een bestuursorgaan kan een ondermandaat toestaan. Dit betekent dat een gemandateerde met toestemming van de mandaatgever, het mandaat weer kan verlenen aan een ander.⁶⁰

3.4.3 MACHTIGING

De burgemeester kan de bevoegdheid om een overeenkomst te tekenen opdragen aan een persoon die werkzaam is voor de gemeente of aan een derde.⁶¹ Dit betekent niet alleen dat degene het recht heeft om te ondertekenen, maar hij heeft ook de plicht. Het overdragen van bevoegdheden tot het verrichten van feitelijke handelingen wordt ook wel machtiging genoemd.⁶²

3.4.4 MANDAAT-, VOLMACHT- EN MACHTIGINGSREGELING GEMEENTE MAASGOUW

De gemeente Maasgouw heeft een eigen '*Mandaat-, volmacht en machtigingsregeling*' met bijbehorend register. In dit register staat wie waartoe gemandateerd, gevolmachtigd of gemachtigd is en onder welke voorwaarden.⁶³

In de regeling is opgenomen dat ondanks de verlening van het mandaat, volmacht of machtiging een beslissing blijft voorbehouden aan de mandans c.q. volmachtgever als:

- a. het nemen van een besluit kan leiden tot overschrijding van het budget c.q. de begroting;
- b. aan het te nemen besluit financiële risico's zijn verbonden;
- c. de mandans c.q. volmachtgever daartoe de wens te kennen geeft;
- d. het besluit de (onder)mandataris c.q. gevolmachtigde zelf betreft.⁶⁴

Ook als bij een namens het college of burgemeester te nemen besluit de beleidsbepaling van het college of burgemeester is betrokken, moet de mandataris, de gevolmachtigde of de gemachtigde de zaak vooraf aan het betreffende bestuursorgaan voorleggen.⁶⁵

In de regeling is opgenomen dat als de gemeentesecretaris of een afdelingshoofd is gemandateerd of gevolmachtigd, hij de bevoegdheid schriftelijk mag overdragen. Als hiertoe wordt besloten, moet de mandans hiervan op de hoogte worden gesteld.⁶⁶ In de ondertekening van een besluit of overeenkomst dient tot uitdrukking te komen dat het besluit is genomen krachtens (onder)mandaat of volmacht.⁶⁷

Degene die een bevoegdheid aan een ander geeft, kan instructies geven over de uitoefening van de betreffende bevoegdheid. Hiernaast is hij verplicht om zelf inlichtingen over de bevoegdheid te verschaffen. Degene aan wie een bevoegdheid is gegeven moet overleg plegen met de behandelende ambtenaar van een andere afdeling, als de betreffende zaak ook betrekking heeft op het taakgebied van een andere afdeling.⁶⁸ De regeling en het register worden jaarlijks bijgewerkt.

Uit het mandaat, volmacht en machtigingsregister blijkt dat alleen bevoegdheden worden verleend aan ondergeschikte ambtenaren. Bij de gemeente Maasgouw krijgen externe medewerkers en derden in beginsel geen bevoegdheden overgedragen.

⁶⁰ Atrikel 10:9 Algemene wet bestuursrecht

⁶¹ Artikel 171 lid 2 Gemeentewet

⁶² Wijk 2008, p. 130.

⁶³ Artikel 2 lid 1 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

⁶⁴ Artikel 5 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

⁶⁵ Artikel 6 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

⁶⁶ Artikel 7 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

⁶⁷ Artikel 8 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

⁶⁸ Artikel 10 Mandaat-, volmacht- en machtigingsregeling

3.5 ONBEVOEGDHEID

In deze paragraaf komen onderhandelingen aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op de gevolgen van het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst namens de gemeente door een onbevoegde. Als laatste wordt aandacht besteed aan de gevolgen van toezeggingen door onbevoegden.

3.5.1 ONDERHANDELINGEN

De onderhandelingen namens de gemeente Maasgouw hoeven niet door de beslissingsbevoegde te worden gevoerd. Hiertoe zijn ook (andere) ambtenaren of externe medewerkers bevoegd. Bij de gemeente Maasgouw worden onderhandelingen vooral door ambtenaren en externe medewerkers (hierna tezamen te noemen: medewerkers) gevoerd.

Het is belangrijk dat degene die namens de gemeente onderhandelt de wederpartij ervan op de hoogte stelt dat de door hem gedane toestemmingen of afspraken alleen gelden als het beslissingsbevoegde orgaan ermee instemt.⁶⁹ Het alleen noemen van het feit dat instemming van het bevoegde orgaan nodig is, is niet altijd genoeg om te voorkomen dat de gemeente toch aan eventuele toezeggingen of gewekte verwachtingen van de onderhandelaar gebonden is. Zie hierover meer in de volgende paragrafen.

3.5.2 OVEREENKOMST IS TOT STAND GEKOMEN

Wanneer een onbevoegde namens de gemeente Maasgouw een overeenkomst sluit, is de gemeente in beginsel niet aan de overeenkomst gebonden. De gemeente kan toch gebonden zijn aan deze overeenkomst als sprake is van *schijn* of *bekrachtiging*.

Van *schijn* is sprake als de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van degene in wiens naam is gehandeld mocht aannemen dat er sprake was van een toereikende volmacht. In dit geval wordt de wederpartij beschermd en kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een volmacht bij het aangaan van de overeenkomst.⁷⁰

Voor de toerekening van de gewekte schijn zijn naast de gedragingen en verklaringen van het bevoegde orgaan, onder andere ook de verklaringen en gedragingen van de onbevoegde onderhandelaar en de mate van duidelijkheid, overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het betreffende overheidsorgaan van belang.⁷¹ Hierbij is onder andere beslissend wat beide partijen over en weer hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden.⁷²

De onbevoegd aangegane overeenkomst kan ook worden *bekrachtigd* door het bevoegde orgaan. Wanneer het bevoegde orgaan hiertoe besluit, komt de overeenkomst tot stand en de gemeente is hieraan gebonden.⁷³

Degene die namens de gemeenten overeenkomsten sluit moet persoonlijk instaan voor zijn bevoegdheid. Als hij die bevoegdheid niet waar kan maken is hij schadeplichtig, tenzij de wederpartij weet of behoort te weten dat hij onbevoegd is. Hierover volgt meer in paragraaf 6.2.

⁶⁹ Rossum 2006, p. 99.

⁷⁰ Artikel 3:61 lid 2 Burgerlijk Wetboek

⁷¹ HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba)

⁷² HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (Kribbebijter)

⁷³ Artikel 3:69 Burgerlijk Wetboek

3.5.3 TOEZEGGINGEN

Wanneer onderhandelaars onbevoegde toezeggingen doen of verwachtingen wekken geldt als uitgangspunt dat geen overeenkomst tot stand is gekomen. Dit uitgangspunt verandert als de wederpartij meende of mocht menen dat degene die een toezegging heeft gedaan of de verwachting heeft opgewekt hiertoe bevoegd was en de gemeente deze schijn niet heeft weggenomen.⁷⁴

Of de wederpartij op een gedane toezegging of opgewekte verwachting mag vertrouwen, hangt onder meer af van de persoon die de toezegging heeft gedaan en de mate waarin de wederpartij op de hoogte kan (moet) zijn van de wijze waarop bevoegdheden bij gemeenten zijn verdeeld. Zo mag een wederpartij meer op een toezegging van een portefeuillehoudende wethouder vertrouwen, dan op een toezegging van een andere wethouder. Dit geldt niet voor partijen die regelmatig zaken doen met gemeentes en die weten of behoren te weten hoe de bevoegdheden binnen een gemeente zijn verdeeld.⁷⁵

Als sprake is van een dergelijke situatie, bepaalt de rechter soms dat door de toezegging van een onbevoegde toch een overeenkomst tot stand is gekomen waaraan de gemeente gebonden is.⁷⁶ Ook heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een al dan niet eenzijdige overheidstoezegging in die zin bindend is dat, wanneer de overheid haar toezegging niet nakomt, zij in beginsel verplicht is tot schadevergoeding.⁷⁷

3.6 SAMENVATTING

De gemeenteraad moet een besluit nemen voor een begrotingswijziging als een uitgave niet past binnen de bestaande begrotingsprogramma's. Hiernaast mag de wensen en bedenkingen uitbrengen over overeenkomsten die voldoen aan de in de '*Handreiking actieve en passieve informatieplicht van de gemeente Maasgouw*' genoemde criteria en bij de intentie- samenwerkings- en realisatieovereenkomst of wanneer zij hiertoe verzoekt. In een incidenteel geval kan zelfs instemming van de raad vereist zijn.

Het college is bevoegd tot het besluiten tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten. Deze bevoegdheid kan zij overdragen door middel van een volmacht. Bij ondergeschikten zijn hierbij ook de regels met betrekking tot het mandaat van toepassing. De burgemeester mag een privaatrechtelijke overeenkomst ondertekenen namens de gemeente. Deze bevoegdheid kan hij middels een machtiging doorgeven. In de 'Mandaat-, volmacht en machtigingsregeling' met bijbehorend register is opgenomen wie de gemeente Maasgouw mag vertegenwoordigen.

De onderhandelingen worden vaak gevoerd door personen die niet bevoegd zijn tot het daadwerkelijk besluiten tot het aangaan van overeenkomsten namens de gemeente. De gemeente kan gebonden zijn aan overeenkomsten en toezeggingen of opgewekte verwachtingen die door onbevoegden worden gedaan, als sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, schijn of bekrachtiging. De onbevoegde moet persoonlijk instaan voor het bestaan van de benodigde volmacht.

⁷⁴ Rossum 2006, p. 100.

⁷⁵ Rossum 2006, p. 100.

⁷⁶ Rossum 2006, p. 101.

⁷⁷ HR 27 januari 1985, NJ 1985, 559

4 ALGEMEEN JURIDISCH KADER

In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde met welke algemene rechtsregels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten de gemeente rekening moet houden. De meeste geschreven regels zijn opgenomen in de boeken 3, 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. De bepalingen in deze boeken bepalen grotendeels het kader waarbinnen partijen moeten acteren.

In dit hoofdstuk komen eerst de grondbeginselen van het overeenkomstenrecht aan bod. Vervolgens komen de precontractuele fase, de inhoud van de overeenkomst en als laatste de naleving van de overeenkomst aan bod.

4.1 GRONDBEGINSELEN VAN HET OVEREENKOMSTENRECHT

De grondbeginselen van het overeenkomstenrecht zijn:

1. contractvrijheid;
2. vormvrijheid;
3. verbindende kracht.⁷⁸

Ad 1. *Contractvrijheid* houdt in dat de gemeente Maasgouw vrij is om overeenkomsten met anderen te sluiten. De gemeente en haar wederpartij mogen zelf het onderwerp en de inhoud van de overeenkomst bepalen. De contractvrijheid is een ongeschreven recht dat algemeen wordt erkend. In de literatuur wordt wel eens de status van ongeschreven grondrecht aan de contractvrijheid toegekend.⁷⁹ De contractvrijheid wordt onder andere beperkt doordat de inhoud of de strekking van een overeenkomst niet in strijd mag zijn met:

- een dwingende wetsbepaling,
- de goede zeden, en
- de openbare orde.⁸⁰

Van een *dwingende wetsbepaling* mag niet worden afgeweken. *Semi-dwingendrechtelijke* bepalingen zijn bepalingen waar slechts onder bepaalde en nader in de wet omschreven omstandigheden van mag worden afgeweken. Zo mag van een aantal wettelijke bepalingen met betrekking tot huur van woonruimte niet ten nadele van de huurder worden afgeweken.⁸¹ Bij het sluiten van overeenkomsten is vaak sprake van *regelend recht*. Dit zijn regels die alleen gelden als er niets anders is afgesproken. Of sprake is van dwingend, semi-dwingend of regelend recht blijkt uit de wet. In strijd handelen met een (semi)dwingendrechtelijk, de goede zeden of openbare orde kan tot gevolg hebben dat een overeenkomst nietig of vernietigbaar is.

Ad 2. *Vormvrijheid* betekent dat de vorm waarin een overeenkomst wordt gegoten in beginsel vrij is. Zo kan een overeenkomst ook mondeling tot stand komen. Een schriftelijke overeenkomst verdient echter de voorkeur wanneer namens de gemeente wordt gecontracteerd. De vormvrijheid kan worden beperkt doordat in de wet of in een overeenkomst vormvereisten worden gesteld. Als er een wettelijk vormvoorschrift is, mag hiervan niet worden afgeweken.⁸² Met wettelijk voorschrift wordt een wet in formele zin, alsook een wet in materiële zin - zoals een verordening - bedoeld. Ook kunnen hier tussen partijen afspraken over worden gemaakt.⁸³ In strijd handelen met een vormvoorschrift kan tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst leiden.

⁷⁸ Hijma 2007, p. 14.

⁷⁹ Hijma 2007, p. 14-15.

⁸⁰ Artikel 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek

⁸¹ Artikel 7:242 lid 2 Burgerlijk Wetboek

⁸² Artikel 3:39 Burgerlijk Wetboek

⁸³ Nieuwenhuis 2009, p. 1558.

Ad 3. Een overeenkomst heeft *verbindende kracht*. Dit beginsel is gebaseerd op de maatschappelijke regel ‘belofte maakt schuld’.⁸⁴ De verbindende kracht betekent dat een overeenkomst in beginsel altijd moet worden nagekomen.⁸⁵ Zie voor de uitzonderingen paragraaf 4.5.

4.2 PRECONTRACTUELE FASE

De precontractuele fase begint met een aanbod of een uitnodiging om in onderhandeling te treden en eindigt met het aangaan van de overeenkomst of het vroegtijdig beëindigen van de onderhandelingen.⁸⁶ Voordat deze onderwerpen aan bod komen, wordt kort ingegaan op het begrip “redelijkheid en billijkheid”.

4.2.1 REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

De Hoge Raad heeft bepaald dat de precontractuele fase wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.⁸⁷ Op grond van de redelijkheid en billijkheid moeten partijen redelijk met elkaar omgaan en rekening houden met elkaars belangen en met de ongeschreven regels. Zo kunnen redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat partijen elkaar gedurende de onderhandelingen behoren in te lichten. Ook zijn partijen verplicht om binnen bepaalde grenzen onderzoek te doen.⁸⁸

Bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen..⁸⁹

4.2.2 AANBOD

Een aanbod is een door de gemeente of de wederpartij eenzijdig gedaan voorstel tot het aangaan van een overeenkomst, vaak in de vorm van een aanbieding of een offerte.⁹⁰ Een aanbod is vormvrij en kan ook in een gedraging besloten liggen.⁹¹ De inhoud van het aanbod wordt mede bepaald door de wils- en vertrouwensleer (zie paragraaf 4.2.7).⁹² Hierbij moet niet alleen naar de letterlijke tekst van een aanbod worden gekeken, maar ook naar de bedoeling van partijen.⁹³

Een aanbod is geldig als het aanbod:

1. *voldoende bepaalbaar is*.⁹⁴ Dit betekent dat het aanbod alle essentiële elementen van de betreffende overeenkomst moet bevatten. De tegenpartij moet met een enkel ‘ja’ het aanbod kunnen aanvaarden.⁹⁵ Wat de essentialia van een overeenkomst zijn is afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. Bij de essentialia van een overeenkomst moet in elk geval worden gedacht aan de afspraken die de kern van de prestatie raken en zonder welke een overeenkomst geen bestaansrecht heeft.⁹⁶
2. *de beoogde wederpartij heeft bereikt*.⁹⁷

⁸⁴ Hijma 2007, p. 15.

⁸⁵ Rossum 2006, p. 15.

⁸⁶ Hijma 2007, p. 70.

⁸⁷ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp)

⁸⁸ Hijma 2007, p. 70.

⁸⁹ Artikel 3:12 Burgerlijk Wetboek

⁹⁰ Werf 2008, p. 48.

⁹¹ Artikel 3:37 lid 1 Burgerlijk Wetboek

⁹² Werf 2008, p. 48.

⁹³ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex)

⁹⁴ Artikel 6:227 Burgerlijk Wetboek

⁹⁵ Timmer 2008, p. 122.

⁹⁶ Ruygvoorn 2009, p. 34.

⁹⁷ Artikel 3:37 Burgerlijk Wetboek

3. *niet is vervallen*. Een aanbod vervalt door tijdsverloop of door verwerping. Een mondeling aanbod vervalt als het niet direct is aanvaard, een schriftelijk aanbod vervalt na een redelijke termijn. Wat een redelijke termijn is, is afhankelijk van het soort aanbod. Een aanbod vervalt in ieder geval als het wordt verworpen door de wederpartij.⁹⁸ Door het plaatsen van een tegenaanbod wordt het eerste aanbod automatisch verworpen. Een aanbod vervalt niet door overlijden of handelsonbekwaamheid.⁹⁹
4. *niet is ingetrokken*: Een aanbod kan worden ingetrokken als de intrekingsverklaring eerder of gelijktijd met het aanbod de wederpartij bereikt.¹⁰⁰
5. *niet is herroepen*: Een aanbod kan worden herroepen als het geen termijn voor aanvaarding bevat of als uit het aanbod blijkt dat het onherroepelijk is.¹⁰¹ Een termijn van aanvaarding houdt in dat de aanbieder de wederpartij de bedenktijd geeft tot een bepaalde datum. Het opnemen van een dergelijke termijn schept duidelijkheid. Zo kan de gemeente zich, na het verstrijken van een dergelijke termijn, tot een andere partij wenden.¹⁰² Een aanbod kan niet worden herroepen nadat het is aanvaard of wanneer de mededeling van aanvaarding al is verstuurd.¹⁰³
6. *niet nietig of vernietigbaar is*¹⁰⁴: Hierover volgt meer in paragraaf 6.1.

Ter verduidelijking is in bijlage 3 een schema opgenomen.

4.2.3 UITNODIGING OM IN ONDERHANDELING TE TREDEN

Het initiatief in de precontractuele fase dat nog niet als aanbod kan worden aangemerkt, wordt beschouwd als een uitnodiging om in onderhandeling te treden of een aanbod te doen.¹⁰⁵ Of iets moet worden beschouwd als een aanbod of een uitnodiging om in onderhandeling te treden, is afhankelijk van de omstandigheden.¹⁰⁶

Als een uitnodiging om in onderhandeling te treden wordt geaccepteerd, begint het onderhandelingsproces. Dit proces kan meestal in vier fasen worden onderverdeeld, namelijk:

1. *Voorbereiding*: partijen komen voor het eerst bij elkaar om de mogelijkheden om een overeenkomst te sluiten te verkennen. In dit stadium is het belangrijk om een goede sfeer te creëren en de gemeenschappelijke uitgangspunten en de doelstelling uit te spreken.
2. *Informatieverschaffing*: in deze fase begint het eigenlijke onderhandelen, waarbij partijen elkaars voorstellen bekijken en elkaars grenzen verkennen. Het resultaat van deze fase kan zijn dat er op onderdelen al overeenstemming wordt bereikt.
3. *Overeenstemming* (hoofdpunten): In deze fase zoeken partijen naar overeenstemming voor de overgebleven zaken. Indien dit moeizaam verloopt, wordt er gezocht naar alternatieven, wordt er een pauze ingelast of worden er over en weer concessies gedaan.
4. *Afsluiting*: in de slotfase kan worden geverifieerd en vastgelegd wat is bereikt. De vastlegging van de afspraken geschiedt in een overeenkomst.¹⁰⁷

⁹⁸ Artikel 6:221 Burgerlijk Wetboek

⁹⁹ Artikel 6:222 Burgerlijk Wetboek

¹⁰⁰ Artikel 3:37 lid 5 Burgerlijk Wetboek

¹⁰¹ Artikel 6:219 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹⁰² Rossum, 2006, p. 19.

¹⁰³ Artikel 6:219 lid 2 Burgerlijk Wetboek

¹⁰⁴ Artikel 6:218 Burgerlijk Wetboek

¹⁰⁵ HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 (Hennis-Hofland)

¹⁰⁶ Hijma 2007, p. 55.

¹⁰⁷ Triebert 2005, p. 14-15.

4.2.4 AANVAARDING

De overeenkomst komt tot stand op moment van de aanvaarding van het aanbod door de gemeente of de wederpartij. Aanvaarding kan net zoals het aanbod in iedere vorm geschieden¹⁰⁸ en moet gericht zijn tot de andere partij.¹⁰⁹ Om van aanvaarding te kunnen spreken, moet de wil van de wederpartij inhoudelijk met het aanbod overeenstemmen. De aanvaarding moet daarnaast betrekking hebben op een geldig aanbod.¹¹⁰ Overigens is het enkel aanvaarden van het aanbod, de zogenaamde wilsovereenstemming, soms niet voldoende om een overeenkomst te laten ontstaan. In sommige gevallen is het namelijk nodig dat de afspraken op grond van een vormvoorschrift nog vast moeten worden gelegd in een overeenkomst of dat er nog een andere overeenkomst moet worden.¹¹¹

Als een wederpartij te laat aanvaardt, kan de aanbieder direct aan de wederpartij meedelen dat hij de aanvaarding toch ziet als geldig. Ook is er sprake van geldige aanvaarding als de aanbieder behoort te weten dat het voor de wederpartij niet duidelijk is wanneer de termijn verstrijkt, tenzij de aanbieder direct aangeeft dat het aanbod is komen te vervallen.¹¹²

Als de gemeente een overeenkomst sluit, komt deze tot stand op het moment waarop het besluit van het college of diens vertegenwoordiger aan de wederpartij is bekendgemaakt. In dit geval is het dus niet nodig dat de overeenkomst al namens de gemeente is ondertekend. Onduidelijkheid over het tijdstip van het tot stand komen van de overeenkomst kan worden voorkomen door de mededeling altijd schriftelijk te bevestigen. Er kan ook worden afgesproken dat de overeenkomst op een later tijdstip ingaat.¹¹³

Vaak is er geen moment van aanvaarding, maar ontstaat tijdens onderhandelingen geleidelijk aan een sterke gebondenheid die uiteindelijk in een aanvaarding resulteert.¹¹⁴

4.2.5 VRIJBLIJVEND AANBOD

Als de gemeente niet wil dat door aanvaarding direct een overeenkomst tot stand komt, kan een *vrijblijvend aanbod* worden gedaan. Een vrijblijvend aanbod kan direct na de aanvaarding worden herroepen door de aanbieder.¹¹⁵ Als de gemeente het vrijblijvende aanbod na de aanvaarding wil herroepen, moet de herroeping onmiddellijk en dus zonder vertraging plaatsvinden. Hierbij wordt wel rekening gehouden met de wijze waarop een gemeentelijke organisatie functioneert.¹¹⁶

Wanneer de overeenkomst toch tot stand komt, kan de aanbieder proberen te stellen dat er sprake was van een uitnodiging tot onderhandeling in plaats van een vrijblijvend aanbod. In de praktijk is het vaak onduidelijk of sprake is van een vrijblijvend aanbod of een uitnodiging tot onderhandeling. Dit is vaak afhankelijk van het soort zaak dat wordt aangeboden.¹¹⁷

4.2.6 WILS- EN VERTROUWENSLEER

Zoals uit de voorgaande paragrafen blijkt zijn aanbod en aanvaarding *wilsverklaringen*. Bij het tot stand komen van een overeenkomst moeten wil en verklaring met elkaar overeenstemmen. Bij het ontbreken van de wil en bij een gebrekkige wil kunnen problemen ontstaan.

¹⁰⁸ Artikel 3:37 Burgerlijk Wetboek

¹⁰⁹ Artikel 3:37 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹¹⁰ Hijma e.a. 2007, p. 65.

¹¹¹ Ruygvoorn 2009, p. 35.

¹¹² Artikel 6:223 Burgerlijk Wetboek

¹¹³ Rossum 2006, p. 21.

¹¹⁴ Rossum 2006, p. 20.

¹¹⁵ Artikel 6:219 lid 2 Burgerlijk Wetboek

¹¹⁶ Rossum, 2006, p. 20.

¹¹⁷ HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 (Hennis-Hofland)

De wil *ontbreekt* als iemand iets anders doet of zegt dan dat hij bedoelt. Hierbij kan gedacht worden aan het per abuis opnemen van een verkeerde prijs in een advertentie of het per ongeluk zwaaien met het bordje op de veiling.¹¹⁸

Als de wil ontbreekt, komt in beginsel geen overeenkomst tot stand, tenzij de ander er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de wil niet ontbrak.¹¹⁹ Indien partijen konden vermoeden dat de wil niet overeenstemde met de verklaring, is geen sprake van gerechtvaardigd vermoeden. Bepalend hierbij is wat de aanbieder heeft verklaard en wat de ander in de gegeven omstandigheden uit de verklaring redelijkerwijs heeft mogen afleiden. Het gaat er hierbij over wat objectief redelijk is.¹²⁰

Een soortgelijke situatie doet zich voor als iemand onder invloed van een bepaalde geestelijke stoornis een overeenkomst sluit. In eerste instantie wordt door de wet degene met de geestelijke stoornis beschermd, maar als sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij, wordt deze beschermd.¹²¹

Bij *wilsgebreken* komen wil en verklaring wel met elkaar overeen, maar is de wil op een gebrekkige wijze tot stand gekomen. Dit doet zich voor als er sprake is van bedreiging, misbruik van omstandigheden, bedrog of dwaling.¹²² Een beroep op een wilsgebrek voorkomt dat de overeenkomst definitief tot stand komt. De overeenkomst is vernietigbaar (zie paragraaf 6.1.). Als geen beroep wordt gedaan op het wilsgebrek zijn partijen aan de overeenkomst gebonden, ondanks dit totstandkomingsgebrek.¹²³

4.2.7 AFGEBROKEN ONDERHANDELINGEN

In deze paragraaf gaat het om de vraag of de gemeente of de wederpartij vrij zijn om de onderhandelingen op elk moment af te breken, zonder dat dit gevolgen heeft.

De Hoge Raad heeft hierbij onderscheid gemaakt tussen drie fasen in de precontractuele fase namelijk:¹²⁴

1. De *aanvangsfase*, waarin partijen de overeenkomst kunnen afbreken, zonder enige verplichting tot nakoming of schade.¹²⁵
2. De *middenfase*, waarin afbreken geoorloofd is, maar de afbrekende partij opdraait voor de kosten van die de andere partij heeft gemaakt in het kader van de voorbereidingen van de overeenkomst.¹²⁶
3. De *eindfase*. In deze fase zijn de onderhandelende partijen zo dicht bij het sluiten van een overeenkomst, waardoor afbreken in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Van deze fase is sprake als de wederpartij er op mag vertrouwen dat in ieder geval een soort van overeenkomst uit de onderhandelingen zal voortvloeien. In beginsel moeten partijen in deze fase dooronderhandelen. Wanneer dit niet meer lukt, ontstaat er een schadevergoedingsplicht voor de afbrekende partij die de gemaakte kosten en de gederfde winst van de wederpartij kan omvatten.¹²⁷

Uit de praktijk blijkt dat het niet eenvoudig is om te bepalen wanneer onderhandelingen overgaan van de ene in de andere fase.¹²⁸ Sommige juridische auteurs beweren zelfs dat de Hoge Raad bij dit arrest helemaal geen fases heeft willen aanbrengen. Zo spreekt een auteur van drie mogelijke situaties in plaats van fases:

¹¹⁸ Timmer 2008, p. 80.

¹¹⁹ Artikel 3:33, 3:35 en 3:11 Burgerlijk Wetboek.

¹²⁰ Timmer 2008, p. 79-85.

¹²¹ Artikel 3:34 jo 3:35 Burgerlijk Wetboek

¹²² Artikel 3:44 en artikel 6:228 Burgerlijk Wetboek

¹²³ Werf 2008, p. 58.

¹²⁴ HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg)

¹²⁵ Elferink 2006, p. 69.

¹²⁶ Elferink 2006, p. 69.

¹²⁷ Rossum 2006, p. 104.

¹²⁸ Rossum 2006, p. 106.

1. het onderhandelingsstadium waarin (eenzijdig) afbreken geoorloofd is.
2. het onderhandelingsstadium waarin (eenzijdig) afbreken ongeoorloofd is.
3. de situatie waarin een verplichting bestaat tot vergoeding van kosten, hoewel de onderhandelingen afbreken nog geoorloofd is.¹²⁹

Uit latere jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad niet snel een schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen aanneemt. In beginsel zijn partijen vrij om de onderhandelingen af te breken, tenzij de wederpartij gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt of dat het afbreken in verband met andere omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Hierbij moet rekening worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij.¹³⁰

Hiernaast kunnen andere omstandigheden, zoals de persoonlijke visie van partijen een rol spelen. Het gaat er telkens om wat partijen redelijkerwijs van elkaar hebben mogen begrijpen over wat de belangrijke punten voor beide partijen zijn in het onderhandelingsproces en dus wat tot de essentialia van de overeenkomst mogen worden gerekend.¹³¹ Overigens kan het ook zijn dat er schadevergoeding moet worden voldaan als er bovengemiddelde kosten zijn gemaakt. Ter verduidelijking is een schema opgenomen in de bijlage 4.

De Hoge Raad heeft bepaald als een van beide partijen veroorzaakt heeft dat een overeenkomst niet tot stand kan komen, deze partij aansprakelijk is op dezelfde wijze als op het moment dat zij de onderhandelingen vroegtijdig had afgebroken.¹³²

Er bestaat geen afzonderlijke wetgeving met betrekking tot aansprakelijkheid vanwege afgebroken onderhandelingen. Hierover kunnen wel afspraken worden gemaakt in een voorovereenkomst of intentieovereenkomst. Ook kunnen besprekingsverslagen duidelijkheid bieden over in welke staat de onderhandelingen zich bevinden. Het is raadzaam om de onderhandelingen met minimaal twee personen namens de gemeente te voeren, omdat hierdoor ook de bewijspositie wordt versterkt.¹³³

4.3 INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

Op basis van de contractvrijheid mag iedereen in beginsel zelf bepalen wat in een overeenkomst wordt opgenomen. Er mag echter niet worden afgeweken van (semi)dwingende bepalingen. Wanneer dit wel gebeurt kan dit betekenen dat een (deel van de) overeenkomst nietig of vernietigbaar is. Zie hiervoor paragraaf 6.1. Vooral bij bijzondere overeenkomst zijn vaak (semi)dwingende bepalingen van toepassing. Zie hiervoor met name boek 7 van het Burgerlijk Wetboek op bijvoorbeeld www.wetten.nl.

Een schriftelijke overeenkomst wordt doorgaans als volgt opgebouwd:

- a. Naam: de naam komt vaak overeen met het soort overeenkomst, bijvoorbeeld huurovereenkomst. Bij de beoordeling van een overeenkomst is uiteraard niet de naam ervan doorslaggevend, maar de inhoud.¹³⁴
- b. Partijen: bij de vermelding van partijen komt te staan dat de gemeente de overeenkomst sluit, wie de gemeente vertegenwoordigt en op basis van welk besluit van het college de overeenkomst tot stand komt.¹³⁵ De gegevens van de

¹²⁹ Ruygvoorn 2009, p. 57.

¹³⁰ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO)

¹³¹ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJN AW2537 (Efteling/Roompot)

¹³² HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie Brabant)

¹³³ Rossum 2006, p. 107.

¹³⁴ Rossum 2006, p. 114.

¹³⁵ Rossum 2006, p. 115.

wederpartij(en) omvatten de (bedrijfs)naam, het adres en indien van toepassing de naam en functie van de vertegenwoordiger van het bedrijf.

- c. Overwegingen: Hierin worden de achtergronden van een contract opgenomen, het geeft antwoord op de vragen: waarom gaan partijen een contract aan en onder welke omstandigheden wordt de overeenkomst gesloten? Denk hierbij bijvoorbeeld aan voorafgaande besluitvorming of een omschrijving van de situatie.¹³⁶
- d. Definities: in de definities worden begrippen die in de overeenkomst een rol spelen uitgelegd, zodat beide partijen begrijpen wat hiermee wordt bedoeld.¹³⁷
- e. Partijafspraken: hieruit moet duidelijk worden wat het doel van de overeenkomst is, hoe men dit doel wil bereiken, onder welke voorwaarden dit gebeurt en wat er gebeurt als partijen de overeenkomst niet (goed) naleven. De inhoud is afhankelijk van het soort overeenkomst en de omstandigheden.

Tevens kunnen bij dit onderdeel afspraken worden gemaakt over welke algemene voorwaarden van toepassing zijn, zie hiervoor subparagraaf 5.5.2. Als geen algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, zal de overeenkomst zelf moeten worden aangevuld met bepalingen omtrent de onderwerpen die normaliter in de algemene voorwaarden worden geregeld.

- f. De ondertekening: hier worden de namen van de partijen en de vertegenwoordigers van de partijen genoemd. Natuurlijk wordt hier ook ruimte opengelaten om te ondertekenen. Indien een gemachtigde ondertekent, moet dit als volgt:
Namens de burgemeester
Functieaanduiding gemachtigde

Voor deze,

Naam en functie ondertekenaar

Ter verduidelijking is in bijlage 5 een kleine modelovereenkomst en een aantal voorbeeld bepalingen opgenomen.

Bij het opstellen van een overeenkomst is het noodzakelijk de overeenkomst duidelijk en volledig te formuleren. Als tussen gemeente en wederpartij een geschil ontstaat over iets dat niet in de overeenkomst, de wet of in de gewoonte is geregeld, wordt de overeenkomst aangevuld op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁸ Zo mag de gemeente op grond van redelijkheid en billijkheid er bij het inhuren van extern personeel van uitgaan dat zij voldoende gekwalificeerd personeel krijgt, zonder dat dit in de overeenkomst is vastgelegd.¹³⁹

De redelijkheid en billijkheid kunnen ook beperkend werken. Dit betekent dat een regel in een overeenkomst niet geldt, als dit onder de betreffende omstandigheden niet redelijk en billijk zou zijn.¹⁴⁰ Zo heeft de Hoge Raad in enkele gevallen bepaald dat een beroep op een exoneratiebeding (een bepaling waardoor de aansprakelijkheid wordt beperkt) in strijd kan zijn met de redelijk- en billijkheid. Een voorbeeld hiervan is dat de Hoge Raad het onredelijk en onbillijk vond dat een pluimveehouder een exoneratiebeding had opgenomen in een overeenkomst met betrekking tot de verkoop van 1500 zieke kippen.¹⁴¹

Bij het uitleggen van de inhoud van een overeenkomst speelt de redelijk- en billijkheid ook een grote rol. Zo is het voor de uitleg van een contractbepaling doorslaggevend wat partijen

¹³⁶ Rossum 2006, p. 116.

¹³⁷ Rossum 2006, p. 116.

¹³⁸ Artikel 6:248 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹³⁹ W.M.B. Elferink e.a., *Privaatrecht door de overheid*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47

¹⁴⁰ Artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek

¹⁴¹ HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudovogelpest)

redelijkerwijs in de omstandigheden aan de bepaling mogen toekennen en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.¹⁴²

In de precontractuele fase en bij het formuleren van inhoud van de overeenkomst is het derhalve belangrijk om duidelijke taal te gebruiken en volledig te zijn. Het gebruik van vaktaal moet zo veel als mogelijk worden vermeden, omdat een wederpartij dit op een andere wijze kan interpreteren.¹⁴³

4.4 DE NALEVING VAN DE OVEREENKOMST

Volstaan wordt hier met een korte opsomming van de mogelijkheden die de gemeente heeft om nakoming te vorderen: het kader van dit onderzoek biedt geen ruimte om dit onderwerp gedetailleerd te bespreken.

De gemeente of de wederpartij kan als een bestaande overeenkomst niet of onvoldoende wordt nageleefd:

- nakoming vorderen;¹⁴⁴
- de eigen prestatie opschorten;¹⁴⁵
- schadevergoeding op grond van *wanprestatie* vorderen;¹⁴⁶
- ontbinding van de overeenkomst vorderen.¹⁴⁷

Hierna worden kort de omstandigheden besproken die ervoor kunnen zorgen dat tekortkoming van de gemeente in de nakoming of het afbreken van onderhandelingen kan rechtvaardigen. Als eerste komt het onderwerp “overmacht” aan de orde en vervolgens “onvoorziene omstandigheden”.

4.4.1 OVERMACHT

Een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst kan niet aan de gemeente worden toegerekend, als zij niet te wijten is aan schuld of op grond van de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt.¹⁴⁸

De kans van slagen van een beroep op overmacht door de gemeente is overigens klein, omdat een tekortkoming vaak op grond van de verkeersopvatting vaak voor rekening van de gemeente komt.¹⁴⁹

4.4.2 ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Tijdens de onderhandelingsfase en na de totstandkoming van een overeenkomst kunnen onvoorziene omstandigheden een rol spelen. Onvoorziene omstandigheden zijn omstandigheden die tijdens of na het tot stand komen van een overeenkomst intreden en waarmee geen rekening is gehouden. Hierbij speelt de voorzienbaarheid geen rol.¹⁵⁰

Zo kan de gemeente in het kader van de beleidsvrijheid bij de rechter een beroep doen op onvoorziene omstandigheden. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een nieuw gemeentebestuur besluit om toch een stuk groen te behouden, in plaats van het bouwen van dat ene nieuwe fitnesscentrum waar over wordt onderhandeld. De beleidsvrijheid brengt

¹⁴² HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex)

¹⁴³ Rossum 2006, p. 108.

¹⁴⁴ Artikel 6:27 Burgerlijk Wetboek

¹⁴⁵ Artikel 6:52 Burgerlijk Wetboek

¹⁴⁶ Artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek

¹⁴⁷ Artikel 6:265 Burgerlijk Wetboek

¹⁴⁸ Artikel 6:75 Burgerlijk Wetboek

¹⁴⁹ Rossum 2006, p. 157.

¹⁵⁰ Werf 2008, p. 78.

onder deze omstandigheden met zich mee dat de gemeente niet verplicht is tot dooronderhandelen. De gemeente kan wel gehouden zijn tot het vergoeden van schade wegens het vroegtijdig afbreken van onderhandelingen.¹⁵¹

De gemeente of de wederpartij kan na het sluiten van een overeenkomst de bevoegde rechter wegens onvoorziene omstandigheden verzoeken om de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of de overeenkomst (gedeeltelijk) te ontbinden. De rechter toetst of de onvoorziene omstandigheden ervoor zorgen dat de wederpartij mag verwachten dat de overeenkomst niet (in de bestaande vorm) in stand blijft. De rechter willigt een dergelijk verzoek niet in als de omstandigheden voor rekening van de verzoeker komen.¹⁵² De regels met betrekking tot onvoorziene omstandigheden zijn van dwingend recht. Dit betekent dat er in de overeenkomst geen afspraken mogen worden gemaakt, waardoor het recht van partijen om zich hierop te beroepen wordt beperkt.

4.5 SAMENVATTING

Bij het de totstandkoming van overeenkomsten moet rekening worden gehouden met de geschreven en ongeschreven regels, zoals de contractvrijheid, de vormvrijheid, de verbindende kracht, de wils- en vertrouwensleer, de redelijkheid en billijkheid en onvoorziene omstandigheden.

De precontractuele fase begint met een aanbod of uitnodiging om in onderhandeling te treden en eindigt met de totstandkoming van een overeenkomst of het afbreken van de onderhandelingen. Als de gemeente de onderhandelingen afbreekt, loopt de gemeente het risico dat ze schadevergoeding moet betalen. Dit kan worden voorkomen door het vastleggen van afspraken in een voorovereenkomst. De inhoud van een overeenkomst moet volledig en duidelijk zijn. Hiernaast moet bij het opstellen van een overeenkomst rekening worden gehouden met (semi)dwingendrechtelijke bepalingen.

Overmacht of onvoorziene omstandigheden kunnen in sommige situaties ervoor zorgen dat het afbreken van onderhandelingen of het niet nakomen van verplichtingen uit overeenkomsten gerechtvaardigd zijn.

¹⁵¹ Rossum 2006, p. 110.

¹⁵² Artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek

5 BIJZONDER JURIDISCH KADER

In vervolg op hoofdstuk 4 gaat het hier om de vraag: “met welke bijzondere rechten en beperkingen moet de gemeente rekening houden bij de totstandkoming van overeenkomsten.”

Als eerste worden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten besproken. Hierna volgt een korte bespreking van het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht. Als laatste volgt het eigen beleid.

5.1 ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

De gemeente Maasgouw moet bij de totstandkoming van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van algemeen bestuur in acht nemen. Deze beginselen zijn van oorsprong regels waaraan bestuursorganen zich moeten houden bij bestuurlijk optreden. In de loop van de vorige eeuw heeft de toepasselijkheid van deze beginselen zich uitgebreid. In eerste instantie heeft de rechter bepaald dat deze beginselen ook een rol spelen bij de uitvoering van privaatrechtelijke overeenkomsten.¹⁵³ Later is hetzelfde bepaald voor de precontractuele fase.¹⁵⁴ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn nu op alle handelingen van overheidsorganen van toepassing.¹⁵⁵

De beginselen worden onderverdeeld in formele en materiële beginselen. De formele beginselen betreffen de voorbereiding, de besluitvorming en de inrichting van besluiten. De materiële beginselen hebben betrekking op de inhoud van besluiten.¹⁵⁶ De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn ontstaan in de jurisprudentie en gedeeltelijk gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. In bijlage 6 is een overzicht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur opgenomen.

Het niet naleven van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de totstandkoming en naleving van overeenkomsten kan nadelig zijn voor een gemeente Maasgouw. Zo heeft de rechter in Rotterdam recentelijk een uitspraak gedaan waarbij werd geoordeeld dat de gemeente Lansingerland geen beroep mocht doen op een gesloten anti-speculatiebeding. De betreffende gemeente handelde namelijk in strijd met het *gelijkheidsbeginsel*, omdat vast was komen te staan dat de gemeente in vier soortgelijke gevallen geen beroep had gedaan op het betreffende anti-speculatiebeding.¹⁵⁷

Het *vertrouwensbeginsel* stond ter discussie in een zaak voor de rechtbank in Zutphen. In de betreffende zaak zag de gemeente Voorts af van de verkoop van een bouwkaavel aan een wederpartij, terwijl deze er gezien de omstandigheden op mocht vertrouwen dat er al een koopovereenkomst tot stand was gekomen. De rechter oordeelde dat de koopovereenkomst toch tot stand was gekomen.¹⁵⁸

Ook moet de gemeente rekening houden met de algemene beginselen van het “Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”¹⁵⁹, zoals het verbod van discriminatie naar nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.¹⁶⁰

¹⁵³ HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon)

¹⁵⁴ HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert)

¹⁵⁵ Artikel 3:1 lid 2 Algemene Wet Bestuursrecht

¹⁵⁶ Wijk 2008, p. 283.

¹⁵⁷ Rb. Rotterdam 6 januari 2010, LJN BL1750

¹⁵⁸ Rb. Zutphen 22 augustus 2008, LJN AY6628

¹⁵⁹ oud EG-verdrag, zie artikel 2 lid 1 Verdrag van Lissabon

¹⁶⁰ Rossum 2006, p. 60.

5.2 GRONDRECHTEN

De gemeente moet bij privaatrechtelijk handelen de grondrechten in acht nemen. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de gemeente Rijssen in strijd met de vrijheid van meningsuiting¹⁶¹ handelde, toen zij op grond van de inhoud van zijn show weigerde een zaal te verhuren aan hypnotiseur Rasti Rostelli.¹⁶² De Voorzieningenrechter in Assen oordeelde over een overeenkomst tussen de gemeente Midden-Drenthe en GGZ Drenthe.¹⁶³ In de betreffende overeenkomst was opgenomen dat de GGZ Drenthe patiënten die verbleven in een voorziening van duurzaam verblijf niet buiten de hekken mocht laten vertoeven. De rechter achtte de overeenkomst nietig, omdat deze in strijd was met de persoonlijke vrijheid.¹⁶⁴

Naast deze zaken speelt het discriminatieverbod een grote rol bij het sluiten van overeenkomsten.¹⁶⁵ Zo moet de gemeente zich steeds afvragen waarom met een partij wel bepaalde afspraken worden gemaakt en met een andere partij niet. Dit betekent dat alle belangen zorgvuldig moeten worden afgewogen voordat een contractpartner wordt gekozen. Op grond van transparante en objectieve criteria moet aan worden gegeven, waarom namens de gemeente met een bepaalde partij wordt onderhandeld en een overeenkomst wordt gesloten.¹⁶⁶ Uit een interview met een wethouder van de gemeente Maasgouw blijkt dat de bestuurders willen dat de medewerkers van de gemeente Maasgouw hier bij het contracteren heel bewust mee bezig zijn en dat de keuze voor een contractpartner te allen tijde goed wordt gemotiveerd.

5.3 MEDEDINGINGSRECHT

Bij het aangaan van overeenkomsten moet de gemeente Maasgouw rekening houden met het mededingingsrecht. Het Europese mededingingsrecht is van toepassing als sprake is van beïnvloeding van interstatelijke of tussenstaatse handel. Bij kleine gemeenten zoals de gemeente Maasgouw is hiervan niet snel sprake, maar dit mag niet te snel worden aangenomen.¹⁶⁷ Als het Europese Mededingingsrecht van toepassing is, is dit ook van toepassing als de gemeente als onderneming handelt of haar overheidstaken uitoefent.¹⁶⁸

Het Nederlandse Mededingingsrecht is van toepassing op het moment dat de gemeente als onderneming handelt.¹⁶⁹ De gemeente handelt als onderneming wanneer haar handelen wordt gekenmerkt door economische activiteit. Hiervan is sprake als de gemeente optreedt als privaatrechtelijk contractpartner.¹⁷⁰

In het mededingingsrecht zijn er twee belangrijke verboden opgenomen, waarmee de gemeente als contractpartner rekening moet houden, namelijk:

- het kartelverbod.¹⁷¹
- het verbod om misbruik van een machtspositie te maken.¹⁷²

Binnenkort zal het wetsvoorstel 'Markt en Overheid' in werking treden. Dit wetsvoorstel houdt in dat extra gedragsregels voor (decentrale) overheden die als onderneming handelen

¹⁶¹ Artikel 10 EVRM en Artikel 7 lid 3 Grondwet

¹⁶² HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli)

¹⁶³ Rb. Assen, 7 maart 2008, LJV BC6027

¹⁶⁴ Artikel 5 Europees Verdrag Rechten van de Mens en Artikel 15 Grondwet

¹⁶⁵ Artikel 1 Grondwet

¹⁶⁶ Rossum 2006, p. 60.

¹⁶⁷ Gerbrandy 2004, p. 2.

¹⁶⁸ Artikel 106 VWEU (oud artikel 86 EG-Verdrag)

¹⁶⁹ A. Gerbrandy & B. Hessel, Wanneer kunnen gemeenten met het mededingsrecht te maken krijgen, Gst. 2005, 7221, p. 1-11.

¹⁷⁰ Besluit d-g NMa van 12 september 2002, zaak 2493.

¹⁷¹ Artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU (oud artikel 81 EG-Verdrag)

¹⁷² Artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU (oud artikel 82 EG-Verdrag)

worden opgenomen in de Mededingingswet.¹⁷³ Het betreffende wetsvoorstel ligt ter ondertekening bij de Eerste Kamer.¹⁷⁴

Als in strijd met het mededingingsrecht wordt gehandeld kan de overeenkomst nietig zijn en/of kan een boete, een last onder dwangsom of bindende aanwijzing worden opgelegd. De Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Europese Commissie zien toe op de naleving van mededingingswetgeving.¹⁷⁵

5.4 AANBESTEDINGSRECHT

Het aanbestedingsrecht speelt een rol voor het aanvangen van onderhandelingen of het opstellen van de overeenkomst. Het betreft namelijk de keuze van de contractpartner. Derhalve wordt er in dit onderzoek niet veel aandacht aan geschonken.

De gemeente Maasgouw is echter wel een aanbestedende dienst.¹⁷⁶ Dit betekent dat de gemeente op grond van Europese regelgeving opdrachten boven een bepaalde drempelwaarde of met een grensoverschrijdend belang via een Europese aanbestedingsprocedure moet aanbesteden, tenzij de opdracht ingevolge het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) uitgezonderd is van de aanbestedingsplicht.¹⁷⁷

Aanbesteden is het opstarten van een bepaalde selectieprocedure om een keuze te maken uit een of meerdere leveranciers, dienstverleners of aannemers.¹⁷⁸ Er bestaat een aantal verschillende procedures die staan beschreven in het Bao.

De actuele drempelwaarden zijn terug te vinden op internetsites over aanbesteden zoals <http://www.europeseaanbestedingen.eu>, en <http://www.europadecentraal.nl/>. De waarden worden eenmaal in de twee jaar herzien door de Europese Commissie en gepubliceerd in het staatsblad.

In het kader van dit onderzoek is het belangrijk om te melden dat het na de aanbestedingsprocedure in zijn algemeenheid niet meer is toegestaan te onderhandelen over de primaire voorwaarden. Deze zijn namelijk al in het aanbestedingsdocument vastgelegd. Er kan alleen nog over secundaire voorwaarden overleg worden gepleegd.

Indien de gemeente Maasgouw de regels met betrekking tot aanbesteding niet nakomt, kan de Nederlandse Staat op het 'matje' worden geroepen door de Europese Commissie. Ook kan een eventueel benadeelde partij of derde naar de civiele rechter stappen als een aanbesteding niet correct is gegund of als een opdracht helemaal niet is aanbesteed.¹⁷⁹ De rechter kan een overeenkomst vernietigen, tenzij dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Wanneer deze uitzondering van toepassing is moet de uitspraak worden doorgezonden aan de Europese Commissie die een bestuurlijke boete kan opleggen.¹⁸⁰

5.5 EIGEN BELEID

Bij de totstandkoming van overeenkomsten moet rekening worden gehouden met het eigen beleid van de gemeente Maasgouw, zoals de al genoemde Mandaat-, volmacht- en

¹⁷³ *Kamerstukken I 2009/10*, 31.354

¹⁷⁴ <www.nma.nl>, zie Home \ Actueel \ Markten \ Overheid en het mededingsrecht, laatst bekeken op 29-06-2010 om 15:00u

¹⁷⁵ Artikel 56 e.v. Mededingingswet

¹⁷⁶ Artikel 1 aanhef sub r Besluit aanbestedingsregels overheidsregels

¹⁷⁷ Artikel 7 Richtlijn 2004/18/EG jo. Artikel 7 Besluit aanbestedingsregels overheidsregels

¹⁷⁸ <www.europeseaanbestedingen.eu>, zie begrippenlijst, laatst bekeken op 29-06-2010 om 15:00 uur.

¹⁷⁹ Wet Implementatie Rechtsbeschermingrichtlijnen Aanbesteden implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden (Wira)

¹⁸⁰ Artikel 11 e.v. Wira

machtigingregeling. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het gemeentelijk Inkoop- en aanbestedingsbeleid, de Algemene Inkoopvoorwaarden en het Grondbeleid. Deze onderwerpen komen in deze paragraaf aan bod.

5.5.1 INKOOP EN AANBESTEDINGSBELEID

Voor overheidsopdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen kan een aanbestedende dienst eigen beleid ontwikkelen. De gemeente Maasgouw heeft een eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid ontwikkeld. In het betreffende beleid wordt het kader gegeven waarbinnen de inkoop en aanbesteding van werken, diensten en leveringen moet gebeuren.¹⁸¹

In het beleid is vastgelegd dat voor een overheidsopdracht verschillende soorten aanbestedingsprocedures kunnen worden gevolgd. De keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure houdt (onder meer) direct verband met de uiteindelijk te sluiten overeenkomst.

Het is dus belangrijk om vooraf te bepalen welke overeenkomst de gemeente wenst te sluiten en wat de inhoud gaat worden. Immers: zoals al in paragraaf 5.4 is gebleken is de onderhandelingsvrijheid na een aanbestedingsprocedure zeer beperkt. In dit verband is het raadzaam om een conceptovereenkomst bij de aanbestedingsdocumenten te voegen.

5.5.2 ALGEMENE VOORWAARDEN

Algemene voorwaarden zijn (aanvullende) bedingen die opgesteld zijn met het doel om in overeenkomsten te worden opgenomen. De kernprestaties mogen niet in de algemene voorwaarden zijn opgenomen. Algemene voorwaarden zijn alleen van toepassing als ze duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.¹⁸²

In de gemeente Maasgouw moeten bij overeenkomsten in verband met de uitvoering van werken met een waarde van > € 25000,- de geüniformeerde algemene voorwaarden zoals neergelegd in de UAV 1989 of de UAV-GC worden toegepast. Op opdrachten tussen de gemeente en architect-, ingenieurs- of adviesdiensten met een waarde > €25.000,- dienen de DNR 2005 van toepassing te worden verklaard. Bij overeenkomsten in verband met leveringen en diensten met een geraamde waarde van >€10.000,- moeten in beginsel de Algemene Inkoopvoorwaarden van de gemeente Maasgouw van toepassing worden verklaard.¹⁸³ Uitzondering hierop vormen de situaties waarin het onderwerp van de overeenkomst dusdanig specifiek is, waardoor beter voor – onderdelen van - de algemene voorwaarden van de wederpartij kan worden gekozen.

De wijze waarop algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard luistert nauw. Zo moet de wederpartij op de hoogte worden gesteld van het bestaan van de algemene voorwaarden en de toepasselijkheid ervan en moeten de voorwaarden tijdig aan de wederpartij ter hand worden gesteld.

In de praktijk komt het vaak voor dat contractpartijen ieder naar hun eigen algemene voorwaarden verwijzen. In dat geval wijkt de aanvaarding af van het aanbod. Wanneer hiervan sprake is gaan de voorwaarden die als eerste van toepassing zijn verklaard in beginsel voor, tenzij de toepasselijkheid van die voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen door de wederpartij.¹⁸⁴

¹⁸¹ Aankoop en aanbestedingsbeleid gemeente Maasgouw, p. 35

¹⁸² Artikel 6:231 Burgerlijk Wetboek

¹⁸³ Aankoop en aanbestedingsbeleid gemeente Maasgouw, p. 11 en raadsbesluit 22 april 2010.

¹⁸⁴ Artikel 6:225 lid 3 Burgerlijk Wetboek

In bijlage 7 is een document opgenomen waarin staat hoe de Algemene Inkoopvoorwaarden van de gemeente Maasgouw moeten worden toegepast.

5.5.3 NOTA GRONDBELEID

Op 17 december 2009 is de Nota Grondbeleid van de gemeente Maasgouw vastgesteld door de raad. In deze nota is de ruimtelijke visie van de gemeente in het kader van het grondbeleid vastgelegd.

In de nota staan onder meer de volgende zaken:

- de mogelijke vormen en instrumenten van het grondbeleid;
- het juridisch kader waarbinnen de gemeente bij de uitgifte, beheer en exploitatie van gronden weergegeven;
- bepalingen omtrent grondprijzen.

Wanneer de gemeente overeenkomsten sluit waarbij gronden zijn betrokken moet rekening worden gehouden met de bepalingen in de grondnota.

5.6 SAMENVATTING

Bij de totstandkoming van overeenkomsten waaraan de gemeente als contractpartij deelneemt moet rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. Tevens moet rekening worden gehouden met het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht. Daarnaast dient het eigen beleid, zoals het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid, de Algemene Inkoopvoorwaarden en het Grondbeleid, in acht te worden genomen.

6 GEVOLGEN

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag: 'Wat zijn gevolgen van het niet handelen conform de regels en voorschriften'. Vervolgens wordt ingegaan op de aansprakelijkheid voor de schade die voortvloeit uit het niet correct handelen.

6.1 GEVOLGEN

Een overeenkomst is geldig als zij qua vorm, inhoud en wijze van totstandkoming voldoet aan de door de wet gestelde vereisten. Als zij hieraan niet voldoet is zij nietig of vernietigbaar. Daarnaast kan een contractpartij schadevergoeding vorderen als zij wordt benadeeld door een handelen van de wederpartij. Deze onderwerpen komen in deze paragraaf aan bod. In bijlage 8 is een schema opgenomen waarin staat welk gebrek welk mogelijk gevolg kan hebben.

6.1.1 NIETIGHEID

Nietigheid is iets anders dan ongeldigheid. Wanneer een onbevoegde vertegenwoordiger een overeenkomst sluit is deze niet nietig, maar ongeldig.¹⁸⁵

In de wet is vastgelegd wanneer sprake is van nietigheid. Indien een overeenkomst nietig is, betekent dit niet dat zij van rechtswege in zijn geheel niet en nooit heeft bestaan. Een nietige overeenkomst kan wel rechtsgevolgen hebben indien de nietigheid wordt voorkomen of beperkt.¹⁸⁶ Hiervan is sprake bij:

1. *Partiële nietigheid*:¹⁸⁷ de nietigheid betreft slechts een gedeelte van een rechtshandeling. Het overige gedeelte blijft in stand, tenzij dit gedeelte in onverbrekkelijk verband staat met het nietige deel.¹⁸⁸
2. *Conversie*: de nietige overeenkomst wordt vanzelf omgezet in een geldige, als in plaats van de nietige overeenkomst, een geldige overeenkomst met dezelfde strekking mogelijk is. De conversie mag niet onredelijk zijn voor een derde die een belang bij de overeenkomst heeft.¹⁸⁹
3. *Bekrachtiging*: de nietige overeenkomst wordt bekrachtigd als na het sluiten het ontbrekende wettelijke vereiste wordt vervuld. Hierdoor is de overeenkomst geldig vanaf het moment waarop ze oorspronkelijk tot stand zou zijn gekomen. Om een overeenkomst te kunnen bekrachtigen, moeten belanghebbende de overeenkomst als geldig aanmerken.¹⁹⁰ Dit gebeurt automatisch als de direct belanghebbenden geen beroep op nietigheid hebben gedaan of een gedraging hebben verricht die zich niet verdraagt met de overeenkomst.¹⁹¹
4. *Relatieve nietigheid*: bij relatieve nietigheid is een overeenkomst geldig ten opzichte van sommige betrokkenen, maar niet ten opzichte van anderen. Bij relatieve nietigheid blijft de inhoud buiten schot, maar verliest zij haar werking tegenover sommigen.¹⁹²

Als een overeenkomst nietig is en partijen al prestaties hebben verricht, is sprake van onverschuldigde betaling. De verrichte prestatie mag worden teruggevorderd.¹⁹³ Indien de

¹⁸⁵ Hijma 2007, p. 216.

¹⁸⁶ Hijma 2007, p. 217.

¹⁸⁷ Artikel 3:41 Burgerlijk Wetboek

¹⁸⁸ Nieuwenhuis 2009, p. 1535.

¹⁸⁹ Artikel 3:42 Burgerlijk Wetboek

¹⁹⁰ Artikel 3:58 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹⁹¹ Hijma 2007, p. 226.

¹⁹² Hijma 2007, p. 226-227.

¹⁹³ Artikel 6:203 lid 1 Burgerlijk Wetboek

aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt, bijvoorbeeld een muurschildering, krijgt men een vergoeding daarvoor in de plaats.¹⁹⁴

6.1.2 Vernietigbaarheid

Bij vernietigbaarheid is de rechtshandeling geldig en wordt deze slechts nietig als er een beroep op de vernietigbaarheid wordt gedaan.¹⁹⁵ In de wet staat of een bepaalde overtreding gestraft wordt met vernietigbaarheid.

Een overeenkomst kan door een buitengerechtelijke verklaring of door de rechter worden vernietigd.¹⁹⁶ Degene in wiens belang de vernietigingsgrond is geschreven kan een overeenkomst buitengerechtelijk vernietigen door een vormvrije verklaring te richten aan de wederpartij(en).¹⁹⁷ De overeenkomst wordt vernietigd op het moment waarop de vernietigingsverklaring de wederpartij(en) heeft bereikt.¹⁹⁸ Indien het gaat om het vernietigen van een overeenkomst met betrekking tot een registergoed waarbij de akte is ingeschreven in de openbare registers, moeten alle partijen in de vernietiging berusten.¹⁹⁹

De rechter kan een overeenkomst vernietigen, als degene in wiens belang de vernietigingsgrond is geschreven zich tijdens een zaak erop beroept.²⁰⁰ De vernietiging door de rechter komt tot stand als de rechter het beroep aanvaardt.²⁰¹ In de wet is een verjaringstermijn opgenomen voor het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging, deze bedraagt in de regel drie jaar nadat de vernietigingsgrond is ontstaan of ontdekt.²⁰² Wanneer de verjaringstermijn is verstreken, kan de vernietigbaarheid ook niet meer buiten rechte worden ingeroepen.²⁰³

Bij vernietiging wordt de overeenkomst met terugwerkende kracht nietig, wat betekent dat de overeenkomst nietig is vanaf het moment dat zij werd gesloten.²⁰⁴ Als de ongedaanmaking bezwaarlijk is, kan de rechter aan de vernietiging beperkingen stellen.²⁰⁵ De bepalingen met betrekking tot de conversie, partiële nietigheid en onverschuldigde betaling (zie vorige paragraaf) zijn van overeenkomstige toepassing.²⁰⁶

Hiernaast kan de overeenkomst worden bevestigd door middel van een vormvrije verklaring van degene die bevoegd is om de overeenkomst te vernietigen.²⁰⁷ Hiermee doet hij afstand van zijn bevoegdheid.²⁰⁸ Het recht om een beroep op vernietiging te doen komt ook te vervallen als een belanghebbende degene aan wie de bevoegdheid toekomt een redelijke termijn heeft gegeven om te kiezen tussen bevestiging of vernietiging en geen keuze is gemaakt.²⁰⁹ Van geval tot geval moet worden beoordeeld wat een redelijke termijn is. De mogelijkheid om een termijn te stellen komt aan de wederpartij en aan andere belanghebbenden toe.²¹⁰

Bij misbruik van omstandigheden of dwaling vervalt de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst als de wederpartij, aan degene die een beroep op vernietiging kan doen, tijdig

¹⁹⁴ Artikel 6:210 lid 2 Burgerlijk Wetboek

¹⁹⁵ Rossum 2006, p. 57.

¹⁹⁶ Artikel 3:49 Burgerlijk Wetboek

¹⁹⁷ Artikel 3:50 lid 1 Burgerlijk Wetboek

¹⁹⁸ Artikel 3:37 lid 3 Burgerlijk Wetboek

¹⁹⁹ Artikel 3:50 lid 2 Burgerlijk Wetboek

²⁰⁰ Artikel 3:56 Burgerlijk Wetboek

²⁰¹ Artikel 3:51 lid 1 Burgerlijk Wetboek

²⁰² Artikel 3:52 lid 1 Burgerlijk Wetboek

²⁰³ Artikel 3:52 lid 2 Burgerlijk Wetboek

²⁰⁴ Artikel 3:53 lid 1 Burgerlijk Wetboek

²⁰⁵ Artikel 3:53 lid 2 Burgerlijk Wetboek

²⁰⁶ Hijma 2007, p. 230.

²⁰⁷ Artikel 3:55 lid 1 Burgerlijk Wetboek

²⁰⁸ HR 1 december 1938, *NJ* 1939, 459 (Illustra/Reinartz)

²⁰⁹ Artikel 3:55 lid 2 Burgerlijk Wetboek

²¹⁰ MvT, Parl.Geschiedenis, InvW 3, p. 1173.

een voorstel doet waardoor de gevolgen wijzigen en het nadeel afdoende wordt opgeheven. De rechter kan op verzoek van een partij ook de overeenkomst wijzigen zodat het nadeel wordt opgeheven.²¹¹

6.1.3 SCHADEVERGOEDING

Zoals uit de vorige hoofdstukken is gebleken kan in diverse situaties, bijvoorbeeld bij het voortijdig afbreken van onderhandelingen, een schadevergoedingsplicht ontstaan.

Een wederpartij kan schade lijden door toedoen van rechtmatig of onrechtmatig overheidshandelen. Bij *rechtmatig* schadeveroorzakend handelen bieden bijzondere wetten of regelingen, nadeelcompensatie of de onrechtmatige daad mogelijkheden voor de wederpartij om schade te verhalen op een gemeente. Bij *onrechtmatig* overheidshandelen kan bij de vernietiging van een besluit schadevergoeding worden gevorderd op grond van de accessoire schadevergoeding (korte toelichting)en/of bij een andere onrechtmatigheid op grond van de onrechtmatige daad. Hieronder worden mogelijkheden schematisch weergegeven.²¹²

Rechtmatig overheidshandelen	Onrechtmatig overheidshandelen
Onrechtmatige daad	Onrechtmatige daad
Zelfstandig Schadebesluit	Zelfstandig Schadebesluit
Onzelfstandig Schadebesluit	
Bijzonder wet of beleidsregel	Accessoire schadevergoeding

Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om deze mogelijkheden uitvoerig te bespreken. Belangrijk hier is om ervan bewust te zijn dat de gemeente aansprakelijk kan worden gesteld om schade te vergoeden.

Indien de gemeente zelf schade wil verhalen op de wederpartij, voordat een overeenkomst is gesloten kan dit eventueel op grond van de onrechtmatige daad.²¹³ Nadat een overeenkomst tot stand is gekomen, staan de opties zoals geschreven in paragraaf 4.5 open.

6.2 AANSPRAKELIJKHEID

Als een daartoe bevoegde ambtenaar of derde namens de gemeente onderhandelingen voert over een overeenkomst, overeenkomsten opstelt of overeenkomsten sluit namens de gemeente, is de rechtspersoon gemeente in beginsel aansprakelijk.

Als een onbevoegde ambtenaar een overeenkomst in naam van de gemeente aangaat, komt deze in beginsel niet tot stand. Om de wederpartij tegemoet te komen, heeft de wetgever bepaald dat een ambtenaar of externe medewerker die namens de gemeente toezeggingen doet of overeenkomsten sluit zelf aansprakelijk kan worden gesteld voor geleden schade. De betreffende ambtenaar of externe medewerker moet instaan voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat de volmacht ontbreekt. Als hij niet over de juiste volmacht is hij dus persoonlijk aansprakelijk.²¹⁴

De aansprakelijkheid van iemand die zonder volmacht handelt, berust op een stilzwijgend door hem aangegane verbintenis die niet correct wordt nagekomen omdat hij niet bevoegd is om de overeenkomst aan te gaan. Als achteraf blijkt dat de vertegenwoordiger deze garantieverbintenis heeft geschonden, is hij aansprakelijk op grond van wanprestatie.²¹⁵

²¹¹ Artikel 3:54 en 6:230 Burgerlijk Wetboek

²¹² Elferink 2006, p. 173.

²¹³ Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

²¹⁴ Artikel 3:70 Burgerlijk Wetboek

²¹⁵ Rossum, p. 95-96

Zonder toereikende volmacht handelen is niet per definitie een onrechtmatige daad. Het optreden moet hiervoor tevens in strijd zijn met de maatschappelijke betamelijkheid, denk hierbij bijvoorbeeld aan bedrog of bedreiging. Bij het aangaan van overeenkomsten namens de gemeente is hiervan in de regel geen sprake, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.²¹⁶

Als sprake is van onrechtmatige daad kan de gemeente aansprakelijk zijn voor het handelen van de ambtenaar of de externe kracht. Hierbij moet de aan de betreffende ondergeschikte opgedragen taak de kans op het ontstaan van de schade hebben vergroot en degene onder de zeggenschap van de 'gemeente' vallen.²¹⁷

Bij het inzetten van externe medewerkers om namens de gemeente te onderhandelen over, het opstellen en het sluiten van overeenkomsten, is het belangrijk om zich ervan bewust te zijn dat vaak de algemene voorwaarden van externe medewerkers van toepassing zijn. In deze voorwaarden zijn vaak bepalingen opgenomen, waardoor de aansprakelijkheid bij fouten aanzienlijk wordt beperkt.

Bij de bestudering van een aantal van deze algemene voorwaarden zoals deze door de gemeente Maasgouw zijn geaccepteerd, kwam naar voren dat de verscheidene organisaties waarvan personeel werd ingehuurd hun aansprakelijkheid op diverse manieren heeft beperkt. Zo heeft één bedrijf in haar algemene voorwaarden vastgelegd dat ze alleen aansprakelijk is voor directe schade. Hierbij wordt aansprakelijkheid bij bedrijfsschade, productverlies, omzet en/of winstderving uitgesloten.²¹⁸ In de algemene voorwaarden van een andere organisatie is bepaald dat de hoogte van een eventueel uit te keren schadevergoeding is beperkt tot het bedrag dat de aansprakelijkheidsverzekering uitkeert.²¹⁹ In weer andere algemene voorwaarden wordt de aansprakelijkheid voor schade van de hand gewezen, tenzij deze direct voortvloeit uit opzet of grove schuld, en in een ander geval wordt zelfs elke aansprakelijkheid van de hand gewezen.²²⁰ Zoals in paragraaf 5.6 al is aangestipt, is de gemeente in beginsel aan dergelijke algemene voorwaarden gebonden.

6.3 BEVOEGDE RECHTER

Uiteindelijk kunnen geschillen over (het sluiten van) privaatrechtelijke overeenkomsten aan de rechter worden voorgelegd om te beoordelen of een overeenkomst daadwerkelijk (on)geldig of vernietigbaar is en of een van de partijen schadeplichtig is.

In het verleden is in de jurisprudentie de vraag aan de orde gekomen of de bestuurs- dan wel de burgerlijke rechter bevoegd is om van een geschil betreffende het aangaan van overeenkomsten kennis te nemen.

De Hoge Raad heeft in een arrest bepaald dat de burgerlijke rechter bevoegd kan zijn, want beslissend voor zijn bevoegdheid is het recht waarin de eiser vraagt te worden beschermd.²²¹ Dit wordt ook wel de *objectum litis-leer* genoemd. Wanneer een van de partijen vraagt om schadevergoeding op grond van de onrechtmatige daad, of wanneer de overeenkomst al tot stand is gekomen, op grond van wanprestatie is de burgerlijke rechter bevoegd.

In beginsel is de civiele kamer van een rechtbank bevoegd, tenzij de kantonrechter bevoegd is.²²² Overigens is de burgerlijke rechter in beginsel niet ontvankelijk voor geschillen waarbij

²¹⁶ HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704

²¹⁷ Artikel 6:170 Burgerlijk Wetboek

²¹⁸ Artikel 14 lid 1 en 2 DNR 2005

²¹⁹ Artikel 5 Algemene Voorwaarden van MPE-Advies

²²⁰ Artikel 10 lid 1 Algemene voorwaarden van Lybrae Consultants

²²¹ HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (Guldemond/Noordwijkerhout)

²²² Artikel 42 Wet op de rechterlijke organisatie jo Artikel 93 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

de bestuursrechter voldoende bescherming biedt.²²³ Hiervan zal in het kader van het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten geen sprake.

In de praktijk betekent dit dat per geval moet worden bekeken, welke rechter bevoegd is. Overigens is het ook afhankelijk van de situatie bij welk arrondissement bevoegd de zaak aanhangig moet worden gemaakt. Hierover kunnen ook afspraken worden gemaakt.

Ook kunnen er afspraken worden gemaakt dat geschillen niet aan de rechter maar bijvoorbeeld aan een arbitragecommissie kunnen worden voorgelegd, bijvoorbeeld aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

6.4 SAMENVATTING

Als de gemeente zich tijdens de onderhandelingen over of bij het sluiten van een overeenkomst zich niet aan de van toepassing zijnde wet- en regelgeving houdt, kan dit betekenen dat een overeenkomst ongeldig, nietig of vernietigbaar is. Voor schade die partijen door het niet naleven van de regels lijden, kan een vergoeding bij de rechter worden gevorderd. Voor de schade kan de gemeente of zelfs de individuele bestuurder, ambtenaar of externe arbeidskracht aansprakelijk zijn. In beginsel is het aan de burgerlijke rechter om te oordelen of van deze zaken sprake is, tenzij de bestuursrechter hiertoe bescherming biedt. Het is ook mogelijk dat partijen hierover andere afspraken hebben gemaakt

²²³ HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 687 (Changoe/Staat)

7 HUIDIGE GANG VAN ZAKEN

Dit hoofdstuk gaat in op de huidige gang van zaken bij de totstandkoming van overeenkomsten bij de gemeente Maasgouw en de mogelijke verbeteringen in dit proces. In de inleiding wordt ingegaan op wijze waarop de informatie over dit onderwerp is verkregen. Vervolgens gaat het over de gang van zaken in de precontractuele fase. Hierna volgt een paragraaf over de inhoud van de overeenkomst en als laatste worden de door de organisatie aangedragen verbeterpunten besproken.

7.1 INLEIDING

Bij de gemeente Maasgouw wordt een groot aantal en veel verschillende soorten privaatrechtelijke overeenkomsten gesloten. In bijlage 9 is schematisch weergegeven welke soorten overeenkomsten door de gemeente worden gesloten.

De inhoud van de volgende paragrafen is onder meer gebaseerd op informatie die is verkregen uit interviews met diverse medewerkers van de gemeente Maasgouw. De betreffende medewerkers hebben in meerdere of in mindere mate, direct dan wel indirect, te maken met privaatrechtelijke overeenkomsten. In bijlage 10 zijn de uitwerkingen van deze interviews terug te vinden.

Om de inhoud van de overeenkomst te kunnen beoordelen zijn er vijftien concrete overeenkomsten getoetst. Omdat deze overeenkomsten vertrouwelijke informatie bevatten is ertoe besloten deze niet integraal in de bijlagen op te nemen. In bijlage 11 is wel een overzicht van de toetsresultaten per overeenkomst opgenomen.

In het kader van dit onderzoek werd ook een gesprek tussen een woningbouwcoöperatie en de gemeente bijgewoond over de mogelijkheid om een gebied te ontwikkelen tot woonwijk. Tijdens de bijeenkomst hebben partijen de kosten en opbrengsten met elkaar vergeleken en gekeken naar mogelijke speelruimte om over te onderhandelen. De partijen zijn niet tot overeenstemming gekomen, maar hebben afgesproken om advies van derden in te winnen en de mogelijkheden te bespreken met hun bestuurders. Aan de hand van de resultaten hiervan zullen zij de onderhandelingen later voortzetten.

7.2 PRECONTRACTUELE FASE

Zoals al in paragraaf 4.2 is vermeld, begint de precontractuele fase met een aanbod of een uitnodiging om onderhandeling te treden en eindigt deze met de aanvaarding van het aanbod. In deze paragraaf komen de onderwerpen aan de orde die tijdens deze fase een rol kunnen spelen. Als eerste wordt het aanbod besproken, hierna volgen de onderhandelingen en als laatste

7.2.1 AANBOD

Bij overeenkomsten die door de gemeenten Maasgouw worden gesloten, komt het aanbod vaak als volgt tot stand op twee diverse wijzen:

1. De wederpartij doet (op verzoek van de gemeente) een aanbod. Dit kan op verschillende wijzen:
 - a. een medewerker bestelt of koopt iets op aanbieding uit een (web)winkel. Een voorbeeld hiervan is dat de bode bij een lokale groothandel een pak cup-a-soup tegen de vastgestelde bepaalde prijs koopt. Overigens is het opvallend dat een aantal medewerkers zich er niet van bewust zijn dat zij hiermee een overeenkomst aangaan.

- b. een medewerker vraagt een offerte aan. Dit gebeurt op verschillende wijzen, bijvoorbeeld schriftelijk, elektronisch of telefonisch. Een voorbeeld hiervan is de medewerker civiele techniek die per e-mail een offerte aanvraagt bij een nutsbedrijf voor het verleggen van een aantal leidingen.
 - c. bij een openbare aanbesteding wordt de vraag van de gemeente uitgewerkt in een aanbestedingsdocument. Geïnteresseerde aanbieders geven middels het uitbrengen van een offerte aan tegen welke prijs en/of voorwaarden zij aan de vraag van de gemeente kunnen voldoen. Een voorbeeld hiervan is de aanbesteding van een de werken die nodig zijn voor de reconstructie van een weg. Een extern adviesbureau stelt hiervoor een aanbestedingsbestek op, waarin de opdracht nauwkeurig wordt omschreven. De aannemers leveren vervolgens een inschrijvingsbiljet in waarop staat tegen welke prijs hij de opdracht kan uitvoeren.
2. Het aanbod komt tot stand door overleg tussen partijen. Hierover volgt meer in de volgende subparagraaf.

Zoals uit hoofdstuk 4 blijkt, is het raadzaam over een schriftelijke dan wel elektronische offerteaanvraag en de uiteindelijke offerte schriftelijk of elektronisch te beschikken. Op deze wijze worden geschillen over de inhoud van beide stukken en hiermee over aanbod en aanvaarding voorkomen.

7.2.2 ONDERHANDELINGEN

De gemeente Maasgouw kiest in de navolgende gevallen voor een onderhandelingsstraject voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst:

- wanneer een offerte volgens de gemeente niet marktconform is. De onderhandelende medewerker weet vaak uit eigen ervaring of onderzoek wat marktconforme prijzen zijn;
- wanneer de onderhandelende medewerker mogelijkheden ziet om prijsafspraken te maken, omdat bijvoorbeeld veel producten bij een leverancier worden afgenomen;
- wanneer een wederpartij in samenwerking met de gemeente een gebied wil ontwikkelen.

Wanneer een openbare aanbesteding heeft plaatsgevonden, wordt doorgaans niet meer over kernzaken onderhandeld. Het aanbestedingsrecht biedt hiertoe namelijk geen ruimte.

Voorafgaand aan de onderhandelingen bedenkt, bespreekt en onderzoekt de medewerker wat de onderhandelingsruimte is. In veel gevallen wordt in deze fase gebruik gemaakt van een door een extern adviseur opgesteld advies. In een aantal gevallen neemt de betreffende adviseur namens de gemeente deel aan de onderhandelingen.

De onderhandelingen vinden in de gemeente Maasgouw plaats door met elkaar om tafel te gaan zitten of door concept overeenkomsten over en weer te sturen. Sommige onderhandelaars kiezen ervoor om altijd met minimaal twee personen namens de gemeente om tafel te gaan zitten, anderen doen dit niet. De keuze om met meerderen namens de gemeente te onderhandelen wordt bepaald door de omstandigheden. Hiertoe wordt bijvoorbeeld besloten wanneer in het verleden geschillen zijn gerezen of er andere omstandigheden zijn waardoor de gemeente meer risico's loopt. Meestal is het echter een praktische overweging, bijvoorbeeld als er een bepaalde expertise is vereist. Uit hoofdstuk 4 bleek reeds dat het in het kader van de bewijspositie raadzaam is om de onderhandelingen door minimaal twee medewerkers namens de gemeente te laten voeren.

Van de onderhandelingen worden niet steeds besprekingsverslagen opgesteld en vastgesteld. Zo is er ook van het bijgewoonde onderhandelingsgesprek geen verslag gemaakt. De betreffende onderhandelaar heeft hiervoor gekozen wegens tijdsgebrek. Hij gaf aan dat bij andere projecten wel verslagen door de gemeente of wederpartij worden gemaakt en vastgesteld. Door het ontbreken van eerdere besprekingsverslagen was het voor de

onderhandelaar wel lastig om op eerder gedane toezeggingen van de wederpartij terug te komen.

Uit de interviews bleek dat de onderhandelaars ervoor kiezen om geen bestuurders deel te laten nemen aan onderhandelingen. De medewerkers willen hierdoor voorkomen dat door de aanwezigheid van een bestuurder bepaalde verwachtingen worden gewekt bij de wederpartij.

Als een medewerker namens de gemeente onderhandelingen voert, wordt de voortgang van de onderhandelingen besproken met de teamcoördinator en/of het afdelingshoofd en/of de portefeuillehoudende wethouder. De zaken worden ook besproken in de al genoemde wekelijkse driehoeksoverleggen. Hierdoor wordt voorkomen dat een eventuele beslissingsbevoegde uiteindelijk niet instemt met het onderhandelingsresultaat.

7.3 INHOUD VAN OVEREENKOMSTEN

In deze paragraaf wordt als eerste omschreven hoe in de gemeente Maasgouw overeenkomsten worden opgesteld. Vervolgens worden de resultaten van een toets van een vijftiental verschillende soorten overeenkomsten besproken.

7.3.1 OPSTELLEN OVEREENKOMSTEN

Een groot deel van de overeenkomsten die door de gemeente Maasgouw worden gesloten wordt door de wederpartij opgesteld. Hierbij worden veelal ook diens algemene voorwaarden van toepassing verklaard. De overeenkomst en de algemene voorwaarden van de wederpartijen worden vaak niet volledig getoetst, waardoor de gemeente het risico loopt dat zij aan ongunstige voorwaarden is gebonden. Ook leidt het van toepassing verklaren van voorwaarden van andere partijen tot een wirwar aan verschillende regels waarmee de gemeente Maasgouw rekening moet houden.

Uit de interviews kwam naar voren dat de 'Algemene inkoopvoorwaarden van de gemeente Maasgouw' zoals deze vanaf 1 januari 2010 gelden, nog door bijna niemand worden gebruikt. Aan de implementatie van het nieuwe aanbestedingsbeleid en bijbehorende inkoopvoorwaarden wordt nog hard gewerkt. Zo is sinds kort informatie hierover te vinden op intranet. Zie <http://www.gemeentemaasgouw.nl/index.php?mediumid=3> alwaar onder meer de tekst van de algemene inkoopvoorwaarden en een leidraad voor de toepassing ervan zijn te vinden.

In het geval de overeenkomst namens de gemeente wordt opgesteld, wordt hiervoor geen eenduidige werkwijze gehanteerd. Soms komt de overeenkomst tot stand in overleg met de concernjurist van de gemeente of worden ze opgesteld door externe adviesbureaus of advocaten. Andere medewerkers kiezen ervoor om overeenkomsten zelf op te stellen.

Voor het opstellen van overeenkomsten wordt vaak gebruik gemaakt van formats. Zo zijn er formats voor overeenkomsten met betrekking tot grondtransacties, die regelmatig worden geüpdatet. Bij andere teams worden diverse formats gebruikt voor het sluiten van dezelfde soort overeenkomst. Zo worden voor het opstellen van de veelvoorkomende intentie-, realisatie- en samenwerkingsovereenkomsten gebruikt gemaakt van eigen formats of van formats die voor de gemeentelijke herindeling gebruikt werden. De betreffende formats worden vaak door individuele medewerkers opgesteld en zijn in de meeste gevallen niet juridisch getoetst. Ook worden ze niet door de gehele organisatie toegepast, maar slechts door enkelen.

Opvallend is dat er niet standaard een (juridische) toets van de overeenkomsten plaatsvindt, voordat ze worden gesloten. In een aantal gevallen worden conceptovereenkomsten voor een juridische toets aan de concernjurist voorgelegd. In veel gevallen eindigt na deze toets

de juridische consultatie: een verzoek om een finale toets blijft veelal uit waardoor onduidelijk blijft in welke zin de resultaten van de toets zijn verwerkt in de overeenkomst. Het gevaar hiervan is dat er leemtes in de overeenkomst ontstaan, die nadelig voor de gemeente zijn.

7.3.2 INHOUDELIJKE TOETS

In het kader van dit onderzoek zijn vijftien overeenkomsten getoetst aan de criteria die in de voorgaande hoofdstukken naar voren zijn gekomen. De belangrijkste resultaten van de toets worden hieronder weergegeven.

Ad 1. Algemeen:

a. Opbouw

Bij de meeste door de gemeente opgestelde overeenkomsten is gekozen voor een logische volgorde van onderwerpen. Er is geen eenduidige opbouw of lay-out. Er is gebruik gemaakt van verschillende lettertypen, verschillende wijzen van indeling en volgorde van onderwerpen.

De artikelen krijgen niet altijd een naam of titel en er wordt er niet altijd gebruik gemaakt van tussenkopjes. Wanneer wel hiervoor wordt gekozen, is de overeenkomst vaak duidelijker en is het makkelijker om bepaalde onderwerpen in de overeenkomst terug te vinden. Soms worden er (te) veel onderwerpen in een artikel behandeld. Dit maakt een artikel vaak onduidelijk.

b. Formulering

Uit de toets van de overeenkomsten blijkt dat de formulering van bepalingen in de overeenkomst vaak onduidelijk en incompleet is. Er wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van lange onduidelijke zinnen, vage termen en er is sprake van taal- en stijlfouten. Een voorbeeld van vage termen zijn bijvoorbeeld 'naar beste kunnen', 'in goede staat' of 'tijdig'. Deze begrippen kunnen door partijen anders worden uitgelegd.

Ad 2. Vertegenwoordiging

a. Bevoegdheid gemeente

Uit de toets is gebleken dat de gemeente steeds bevoegd was tot het sluiten van de overeenkomsten. (zie omtrent het onderwerp "bevoegdheid" hoofdstuk 1). Bij de overeenkomsten tot het verhuren en in bruikleen geven van gronden en gebouwen werd niet expliciet genoemd dat de betreffende zaken eigendom zijn van de gemeente. Dit werd wel duidelijk uit de strekking van de overeenkomst. Het verdient echter de voorkeur om dit in de overeenkomst ondubbelzinnig te vermelden.

b. Bevoegdheid vertegenwoordiger

De toets heeft uitgewezen dat de vertegenwoordiging van de gemeente bij het merendeel van de overeenkomsten volgens de in hoofdstuk 3 genoemde regels heeft plaatsgevonden. Opvallend is wel dat in de gevallen waarin het college een volmacht heeft verleend tot het aangaan van de overeenkomst, de gevolmachtigde tevens de overeenkomst heeft ondertekend. Hiertoe is echter een aparte machtiging van de burgemeester vereist. De ondertekening geschiedt overigens ook vaak niet conform het bepaalde in de *Mandaat-, volmacht en machtigingsregeling*.

Bij overeenkomsten die door de wederpartij zijn opgesteld, komt soms niet duidelijk naar voren dat de gemeente de contractpartij is. Dit blijkt bijvoorbeeld slechts uit de adressering, maar de gemeente wordt niet als partij genoemd. In dergelijke overeenkomsten wordt niet het collegebesluit op basis waarvan tot het aangaan van de overeenkomsten is besloten vermeld of wordt de verleende volmacht niet genoemd.

Ad 3. Inhoud

a. Titel

In de meeste gevallen sluit de titel aan bij het onderwerp van de overeenkomst. Maar in een enkel geval wordt hierbij de plank volledig misgeslagen. Er wordt bijvoorbeeld gekozen voor een geheel onduidelijke titel zoals 'Privaatrechtelijke overeenkomst' of 'Overeenkomst'. In andere gevallen sluit de titel slechts gedeeltelijk aan bij het onderwerp bijvoorbeeld 'Garantieovereenkomst', terwijl er ook een onderhoudsovereenkomst werd aangegaan. Om een overeenkomst makkelijker terug te vinden in de systemen is het aan te bevelen om een eenduidige naamgeving en codering voor overeenkomsten te hanteren.

b. Vermelding van partijen

De vermelding van partijen geschiedt in de meeste gevallen duidelijk. In een aantal gevallen ontbrak echter bij de gegevens van de wederpartij de basis waarop diens vertegenwoordiger ondertekeningsbevoegd is.

c. Doel

Het doel van de getoetste overeenkomsten was in de meeste gevallen wel duidelijk, ook al werd het in een aantal overeenkomsten niet expliciet in één artikel vermeld. Om het doel eenvoudig terug te kunnen vinden, is het raadzaam om dit wel in een artikel op te nemen.

d. Overwegingen

Uit de toets kwam naar voren dat de overwegingen en achtergrondinformatie bij veel overeenkomsten ontbrak. In de gevallen waarin deze wel waren opgenomen, waren ze vaak duidelijk.

Bij de getoetste overeenkomsten ontbrak overigens vaak relevante verwijzingen naar wet- en regelgeving en beleidsregels. Zo werd in overeenkomsten met betrekking tot grondexploitaties geen verwijzing naar het eigen grondbeleid opgenomen. In het kader van de jaarlijkse rechtmatigheidtoets door de accountant, is het raadzaam om te verwijzen naar de bepalingen uit wet- en regelgeving (daaronder begrepen het eigen beleid) op basis waarvan de overeenkomst wordt gesloten.²²⁴

e. Duur

In de overeenkomsten waarbij de overeenkomst niet automatisch komt te vervallen wanneer partijen aan de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien worden voldaan, werd een geldigheidstermijn vastgelegd. Hierbij viel op dat een aantal overeenkomsten voor langere duur werd afgesloten. Ook is het opvallend dat in een aantal gevallen gekozen werd voor de mogelijkheid tot stilzwijgende verlenging. De huurovereenkomst werd bijvoorbeeld voor een periode van 25 jaar aangegaan met de mogelijkheid tot stilzwijgende verlengingen voor telkens een periode van 5 jaar.

Het gevaar dat hierin schuilt, is dat de gemeente voor lange tijd gebonden is aan een overeenkomst die niet langer gunstig voor haar is of dat dergelijke overeenkomsten in de vergetelheid raken

f. Rechten en plichten

Uit de meeste overeenkomsten blijkt wel duidelijk wat de rechten en plichten van partijen zijn. Zoals al besproken in de paragraaf die handelde over formuleringen worden in enkele gevallen vage termen gehanteerd. Dit kan leiden tot discussies.

g. Beëindiging, niet-nakoming en geschillen

Niet uit alle overeenkomsten blijkt duidelijk hoe partijen de overeenkomst tussentijds kunnen beëindigen, hoe wordt omgegaan met niet-nakoming van verplichtingen en met mogelijke

²²⁴ Artikel 230 Gemeentewet

geschillen. In de gevallen waarin wel bepalingen over deze onderwerpen zijn opgenomen is geen eenduidigheid te herkennen. Zo wordt de ene keer gekozen om een geschil te allen tijde voor te leggen aan de bevoegde rechter in Roermond en in andere gevallen zijn partijen gehouden te proberen er eerst in onderling overleg uit te komen.

Indien zaken als deze niet in de overeenkomst worden geregeld, wordt de overeenkomst aangevuld door de wet, gewoonte of redelijkheid en billijkheid. Zo moet de gemeente als de wederpartij verplichtingen uit een overeenkomst niet nakomt eerst de betreffende partij in gebreke stellen. Dit betekent dat zij een brief moet sturen waarin zij verzoekt om nakoming binnen een redelijke tijd, alvorens zij de overeenkomst kan ontbinden. Het is voor partijen mogelijk om hierover andere afspraken te maken in een overeenkomst.

Als er geen bepalingen zijn opgenomen over tussentijdse beëindiging, kan dit betekenen dat een overeenkomst alleen in heel uitzonderlijke gevallen tussentijds kan worden beëindigd.

h. Overeenstemming met wet- en regelgeving

De meest opvallende conclusie uit de inhoudelijke toets is de strijdigheid van een aantal artikelen met dwingendrechtelijke bepalingen. Zo is in een bruikleenovereenkomst opgenomen dat beide partijen de overeenkomst te allen tijde tegen de eerste van een kalendermaand kunnen opzeggen, met inachtneming van een opzegtermijn van een maand. In de wet is echter bepaald dat de uitlener, in dit geval de gemeente, de zaak in principe alleen mag terugvorderen tegen het einde van de bepaalde termijn.²²⁵

Een enkele bepaling is waarschijnlijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Zo was in de huurovereenkomst bepaald dat de huurder een opzegtermijn van drie jaar heeft, terwijl er geen opzegtermijn was opgenomen voor de verhuurder.

Het in rekening brengen voor verschillende huurprijzen voor soortgelijke accommodaties in overeenkomsten, zonder duidelijke reden en motivering is mogelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. Dit zijn voorbeelden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De genoemde strijdigheden kunnen leiden tot ongeldigheid, nietig of vernietigbaarheid van de betreffende bepalingen, zoals is gebleken in hoofdstuk 6.

7.4 WAT KAN VERBETERD WORDEN

De medewerkers hebben zelf een aantal verbeterpunten aangedragen. In deze paragraaf wordt ingegaan op deze punten. Achtereenvolgens komen de onderwerpen werkdruk, juridische begeleiding, contractbeheer, uniformiteit, inhoudelijke tekortkomingen aan de orde.

7.4.1 WERKDruk

Een aantal medewerkers gaven aan dat zij het opmerkelijk vonden dat de gemeente ertoe had besloten om de raad te allen tijden wensen en bedenkingen te laten uiten over het aangaan van intentie-, samenwerkings- en realiseringsovereenkomsten in het kader van publiek-private samenwerkingen, omdat dit niet bij alle gemeente het geval is. Vanuit bestuurlijk oogpunt vonden ze het begrijpelijk, alleen het besluitvormingsproces duurt hierdoor langer.

Daarnaast gaven verscheidene medewerkers aan dat zij vanwege tijdsdruk niet konden doen wat ze eigenlijk wilde. Zo had een projectleider geen tijd om van alle vergaderingen een verslag te maken. De coördinator van het team interne dienstverlening gaf aan geen tijd te hebben om meer te onderhandelen over bijvoorbeeld de prijs. Ook de medewerker van het

²²⁵ Artikel 7A:1787 Burgerlijk Wetboek

team Ruimtelijke ordening die zich bezig hield met grondexploitaties aan dat ze het druk had..

7.4.2 JURIDISCHE BEGELEIDING

Een van de projectleiders gaf aan dat hij vindt dat bij het proces voorafgaand aan het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten standaard een jurist betrokken moet worden. Op deze wijze worden procedurele en inhoudelijke fouten voorkomen.

Sommige medewerkers gaven aan dat zij het belangrijk vonden dat een overeenkomst voor het sluiten juridisch getoetst werden. Weer anderen gaven aan dat de gemeente Maasgouw op het gebied van overeenkomsten te weinig juridische of andere deskundige kennis in huis heeft. Zo is binnen de ambtelijke organisatie geen jurist die als kerntaak privaatrecht heeft. De concernjurist is intern de deskundige op dit gebied, maar dit is niet haar enige taak.

De concernjurist gaf aan dat het belangrijk is dat de onderhandelende medewerker in ieder geval over enige basiskennis omtrent het contractenrecht beschikt en zich bewust is van zijn positie en de beschikbare onderhandelingsruimte.

7.4.3 CONTRACTBEHEER

Bij diverse interviews kwam naar voren dat er geen eenduidig contractbeheer is. Enkele overeenkomsten zijn opgenomen in het digitaal postverwerkingsysteem Decos. De meeste overeenkomsten worden echter bewaard in het 'papieren'-archief of bij de behandelend medewerker op het bureau. Hierdoor zijn overeenkomsten niet eenvoudig terug te vinden en raken sommige zelfs helemaal in de vergetelheid.

Ook is niet altijd bekend wie moet toezien op de naleving van contracten. Door deze omstandigheden is de gemeente in het verleden in een aantal gevallen inkomsten misgelopen. Op dit moment is de coördinator van het team Economie en Recreatie bezig met een pilot met betrekking tot een eenduidig contractenbeheersysteem. Het is de bedoeling dat deze pilot aan het einde van het jaar 2010 resulteert in een organisatiebrede werkwijze.

7.4.4 GEEN UNIFORMITEIT

Naast het feit dat er geen uniformiteit is op gebied van het bewaken van contracten, geven sommige geïnterviewden als kritiekpunt aan dat er ook geen uniformiteit bestaat met betrekking tot de inhoud van overeenkomsten. Zo worden bij soortgelijke overeenkomsten verschillende voorwaarden en verschillende termijnen gehanteerd.

Ook ervaart een enkeling hinder van het feit dat er geen uniforme werkwijze is bij de diverse afdelingen. Zo worden bij afzonderlijke afdelingen verschillende termen voor dezelfde zaken gehanteerd, bijvoorbeeld voor pacht en huur.

7.4.5 INHOUDELIJKE TEKORTKOMINGEN

Naast het ontbreken van inhoudelijke uniformiteit, is er ook sprake van leemtes in de overeenkomsten. Dit kwam ook al naar voren in paragraaf 7.3.2.

Volgens de concernjurist moet elke overeenkomst standaard een aantal onderwerpen bevatten: de overwegingen die aan de overeenkomst ten grondslag liggen, het doel van de overeenkomst, de duur van de overeenkomst, de rechten en plichten van partijen, de gevolgen van niet-nakoming van de verplichtingen, onvoorziene omstandigheden, de wijze van beëindiging en een geschillenregeling.

Ook gaven de geïnterviewden aan dat de overeenkomsten duidelijker geformuleerd konden worden.

Volgens de concernjurist kunnen dergelijke leemtes worden voorkomen door het beschikbaar stellen van formats en het toepassen van de eigen Algemene Inkoopvoorwaarden. Daarbij dient uiteraard bedacht te worden dat elke overeenkomst inhoudelijk anders is. Formats en standaardbepalingen zijn dan ook niet meer dan een hulpmiddel.

7.4.6 ALGEMEEN

Tijdens de gesprekken kwam naar voren dat degenen die namens de gemeente overeenkomsten sluiten het belangrijk vinden dat het praktisch blijft. Overigens waren de medewerkers allemaal bereid om hun werkwijze te wijzigen. Sommigen gaven aan dat getracht werd om eventuele problemen zelf dan wel binnen de afdeling op te lossen. De bereidheid om mee te werken aan dit onderzoek was overigens zeer groot.

7.5 SAMENVATTING

Namens de gemeente Maasgouw worden veel en veel verschillende soorten overeenkomsten gesloten. In het kader van dit onderzoek hebben diverse interviews plaatsgevonden, is een aantal overeenkomsten getoetst en is een onderhandelingsgesprek bijgewoond.

Uit de hierdoor verkregen informatie is naar voren gekomen dat er geen eenduidige werkwijze is met betrekking tot de precontractuele fase en bij het opstellen van overeenkomsten. Daarnaast worden overeenkomsten niet altijd juridisch getoetst. De gemeente loopt hierdoor onnodige risico's.

De geïnterviewden gaven als verbeterpunten aan: de werkdruk, de juridische begeleiding, het contractbeheer, de uniformiteit, en de inhoud van overeenkomsten. Overigens staan de medewerkers open voor verbeteringen, mits er sprake is van praktische uitvoerbaarheid.

8 RAAMOVEREENKOMSTEN

In dit hoofdstuk gaat het over raamovereenkomsten. Eerst wordt uitgelegd wat een raamovereenkomst is en welke soorten raamovereenkomsten er zijn. Ook wordt beschreven in welke gevallen het raadzaam is om een raamovereenkomst te sluiten. In de vierde paragraaf wordt vermeld waarmee rekening moet worden gehouden bij het sluiten van raamovereenkomsten.

8.1 WAT IS EEN RAAMOVEREENKOMST

In deze paragraaf wordt uitgelegd wat een raamovereenkomst is. Als eerste wordt de definitie van het begrip raamovereenkomst gegeven en vervolgens wordt het verschil tussen de begrippen 'raamovereenkomst' en 'raamcontract' uitgelegd.

8.1.1 DEFINITIE

De term raamovereenkomst is voor het eerst gedefinieerd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. In het op deze richtlijnen gebaseerde Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) wordt een definitie van het begrip raamovereenkomst gegeven. Van deze definitie wordt in dit onderzoek uitgegaan. De betreffende definitie luidt als volgt:

'Raamovereenkomst: een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te gunnen overheidsopdrachten vast te leggen'.²²⁶

De in deze definitie genoemde voorwaarden hebben vaak in het bijzonder betrekking op de prijs en de beoogde hoeveelheid, maar in een raamovereenkomst kunnen ook andere voorwaarden worden opgenomen.²²⁷

Een raamovereenkomst is met andere woorden een algemene term voor afspraken tussen de gemeente en opdrachtnemers om gedurende een bepaalde periode opdrachten te plaatsen volgens vastgelegde voorwaarden en prijsstellingen.²²⁸

Een veelgebruikt synoniem voor een raamovereenkomst is "mantelovereenkomst".

8.1.2 VERSCHIL RAAMOVEREENKOMST EN RAAMCONTRACT

In tegenstelling tot wat Nederlandse juristen gewend zijn, maakt de Europese Commissie een onderscheid tussen de begrippen 'raamcontract' en 'raamovereenkomst'.

Een *raamcontract* is een reguliere overheidsopdracht.²²⁹ Bij een raamcontract verplicht de aanbestedende dienst zich om een bepaalde minimumhoeveelheid af te nemen of zijn gehele inkoopbehoefte van de omschreven producten of diensten bij de gecontracteerde leveranciers te plaatsen. Voor raamcontracten gelden niet dezelfde regels als voor raamovereenkomsten.

In een uitspraak van het Europese Hof van Justitie is bepaald dat een overeenkomst tussen een Oostenrijks ziekenfonds en het Oostenrijkse Rode kruis voor het vervoer van zieken, een raamcontract was. In de betreffende overeenkomst hadden partijen namelijk opgenomen dat de tarieven onder de raamovereenkomst van jaar tot jaar werden heronderhandeld, en

²²⁶ Artikel 1 sub n Besluit aanbestedingsregeling overheidsopdrachten

²²⁷ Brakman 2004, p. 125.

²²⁸ Factsheet Aanbesteden in de praktijk van Europa decentraal, p. 2.

²²⁹ Horst 2008, p. 77.

kon de overeenkomst jaarlijks met inachtneming van een opzegtermijn van drie jaar worden opgezegd. Hieruit blijkt dus dat partijen gebonden waren aan de overeenkomst.²³⁰

Het kenmerk van een raamovereenkomst is juist dat de opdrachtgever zich op geen enkele manier bindt ten opzichte van de opdrachtnemer(s). Een raamovereenkomst legt uitsluitend (eenzijdige) randvoorwaarden vast voor het geval de opdrachtgever een opdracht mocht willen vergeven.²³¹

8.2 SOORTEN RAAMOVEREENKOMSTEN

Er zijn in principe twee soorten raamovereenkomsten. Hierbij speelt voornamelijk het onderscheid tussen:

1. raamovereenkomsten die zijn gesloten met één ondernemer; en
2. raamovereenkomsten die zijn gesloten met meerdere ondernemers.

Ad 1. Raamovereenkomsten met één ondernemer

De gemeente kan een raamovereenkomst met één partij sluiten. De bestelopdrachten worden geplaatst in overeenstemming met de voorwaarden van de overeenkomst. Bij het sluiten van raamovereenkomsten met één ondernemer is het dan ook belangrijk om alle voorwaarden in de overeenkomst op te nemen.

Ad 2. Raamovereenkomst met meerdere ondernemers

De gemeente kan er ook voor kiezen om een raamovereenkomst met meer dan één ondernemer te sluiten. Er zijn dan de volgende mogelijkheden:

- het sluiten van een raamovereenkomst waarin alle voorwaarden zijn opgenomen. In dit geval kunnen opdrachten direct worden gegund onder toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden.²³²
- het sluiten van een raamovereenkomst waarbij niet alle voorwaarden volledig worden opgenomen of bindend verklaard. In dat geval moeten voor het gunnen van nadere opdrachten alle ondernemers waarmee een raamovereenkomst gesloten is de mogelijkheid krijgen om een offerte voor de specifieke opdracht in te dienen. Dit leidt dan tot een zogenaamde minicompetitie. Aan de hand van de vooraf bekendgemaakte criteria wordt vervolgens beoordeeld welke ondernemer de opdracht krijgt.

8.3 WANNEER RAADZAAM

Wanneer regelmatig dezelfde soort opdrachten worden geplaatst bij één of enkele ondernemers kan het efficiënter en voordeliger zijn om daarvoor een aantal basis afspraken te maken bijvoorbeeld in een raamovereenkomst.

Voordat een opdracht wordt geplaatst, dient er een strategische overweging plaats te vinden. Hierbij moet als eerste vraag worden gesteld of het gaat om een eenmalige opdracht of om een opdracht die vaker aan een of enkele ondernemers wordt verstrekt. Wanneer het blijkt te gaan om een opdracht die vaker voorkomt, moet worden onderzocht of het voordelig is om voor dit soort opdrachten een aantal basisafspraken met een of meerdere ondernemers te maken in een raamovereenkomst.

Het sluiten van een raamovereenkomst kan vanuit het oogpunt van rechtmatigheid aanbevelenswaardig zijn. Als gevolg van het aanbestedingsrecht moeten immers de

²³⁰ HvJ EG 28 september 1998, C-76/97, Jurispr. 1998, p. I-5357.

²³¹ Factsheet Aanbesteden in de praktijk van Europa decentraal, p. 3.

²³²

http://www.europeseaanbestedingen.eu/europeseaanbestedingen/europese_aanbesteding/aanbestedingsprocedures/raamovereenkomsten

waardes van soortelijke opdrachten voor diensten en opdrachten die binnen twaalf maanden worden geplaatst bij eenzelfde leverancier bij elkaar worden opgeteld.²³³ Uit de definitie van het begrip werk in het Bao blijkt dat overheidsopdrachten met betrekking tot werken niet bij elkaar moeten worden opgeteld.²³⁴ In het geval van opdrachten voor diensten of leveringen komt echter de gezamenlijke waarde al snel boven de Europese drempelwaarde, waardoor er een verplichting bestaat tot Europese aanbesteding.

Andere mogelijke voordelen van raamovereenkomsten zijn:

- de gemeente Maasgouw kan in één keer afspraken over prijs en andere voorwaarden maken voor soortgelijke opdrachten over een langere periode, waardoor deze voordeliger uitvallen. Prijsvoordelen kunnen ook worden behaald als de gemeente Maasgouw samen met andere decentrale overheden in een raamovereenkomst gezamenlijk optreedt als opdrachtgever.²³⁵
- de gemeente Maasgouw heeft op grond van een raamovereenkomst geen verplichtingen. Als er een raamovereenkomst is gesloten is zij niet verplicht om een opdracht te verstrekken aan de betreffende wederpartij aan te gaan.²³⁶ Wanneer zij echter een opdracht heeft moet zij deze gunnen aan een van de betreffende raamcontractanten.²³⁷
- de administratieve lasten van de gemeente kunnen dalen, immers: de gemeente hoeft niet meer elke afzonderlijke opdracht aan te besteden.²³⁸

Mogelijke nadelen van raamovereenkomsten zijn:

- door het sluiten van een raamovereenkomst verbindt de gemeente zich vaak voor een lange tijd aan de afgesproken voorwaarden. Wanneer de voorwaarden, bijvoorbeeld de prijs, door marktwerking lager uitvalt, is de gemeente nog steeds gebonden aan de hogere prijs zoals deze in de raamovereenkomst is opgenomen.
- bij het sluiten van raamovereenkomsten moeten alle waarden van mogelijke opdrachten worden opgeteld die gedurende de looptijd van de overeenkomst gesloten worden. Hierdoor wordt vaak de Europese drempel gehaald en moet de opdracht Europees worden aanbesteed. Een Europese procedure kan langer duren en brengt meer administratieve lasten met zich dan een nationale procedure.

8.4 WAARMEE MOET REKENING WORDEN GEHOUDEN BIJ HET SLUITEN VAN EEN RAAMOVEREENKOMST?

Er is geen aparte nationale wet- en regelgeving met betrekking tot raamovereenkomsten. In dit geval zijn de reguliere regels voor het sluiten van overeenkomsten van toepassing, zoals deze al zijn omschreven in dit rapport.

Indien de geschatte waarde van een raamovereenkomst de Europese aanbestedingsdrempel (zie paragraaf 5.3.1) overschrijdt, moet de overeenkomst worden aanbesteed op de wijze die is omschreven in het Europees aanbestedingsrecht.

Voor het sluiten van raamovereenkomsten zijn dan speciale regels van toepassing, welke worden vermeld in artikel 32 van het BAO. De in het kader van dit onderzoek belangrijkste regels zijn:

- de looptijd van een raamovereenkomst mag niet langer dan **vier jaar** zijn, behalve in uitzonderingsgevallen die dan wel deugdelijk gemotiveerd moeten worden.

²³³ Artikel 9 Besluit Aanbestedingsregels overheidsopdrachten

²³⁴ Artikel 1 sub g en h Besluit Aanbestedingsregels overheidsopdrachten

²³⁵ Factsheet Aanbesteden in de praktijk van www.europadecentraal.nl, p. 2-3

²³⁶ Factsheet Aanbesteden in de praktijk van [www.europadecentraal](http://www.europadecentraal.nl), p. 2-3

²³⁷ <www.europeseaanbestedingen.eu>, Home\ Europese aanbesteding \ Aanbestedingsprocedures \ Raamovereenkomsten, laatst bekeken op 26-06-2010 om 15:00 uur.

²³⁸ Factsheet Aanbesteden in de praktijk van Europa decentraal, p. 2-3

- als een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, wordt deze raamovereenkomst met **minimaal drie** ondernemers gesloten, voor zover het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet, of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningcriteria voldoet, voldoende groot is.

Indien het Europees recht niet van toepassing is dient uiteraard wel nog rekening te worden gehouden met het eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente. Zie ook paragraaf 5.3.1.

8.5 SAMENVATTING

Een raamovereenkomst is soort overeenkomst waarbij afspraken tussen de gemeente en opdrachtnemers zijn gemaakt om gedurende een bepaalde periode opdrachten te plaatsen volgens vastgelegde voorwaarden en prijzen. In tegenstelling tot bij een raamcontract, is er bij een raamovereenkomst geen afnameverplichting.

Er kan gekozen worden om een raamovereenkomst te sluiten met één ondernemer of met meerdere ondernemers. Raamovereenkomsten kunnen voordelig zijn als men vaak dezelfde soort opdracht plaats bij een of enkele leverancier(s), aannemer(s) of dienstverlener(s).

Een raamovereenkomst kan voorts voordelig zijn in die gevallen waarbij vaker soortgelijke opdrachten bij een of enkele ondernemers worden geplaatst. Door het sluiten van raamovereenkomsten kan de rechtmatigheid gewaarborgd blijven. Voordelen van raamovereenkomsten zijn: kostenbesparendheid, geen verplichtingen en vermindering van de administratieve lasten. Een nadeel van een raamovereenkomst is dat er een overeenkomst voor een langere termijn wordt afgesloten, waardoor de marktwerking wordt beperkt. Of het sluiten van een raamovereenkomst daadwerkelijk voordelig is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Bij het sluiten van een raamovereenkomst moet de waarde van alle te verwachten opdrachten bij elkaar worden opgeteld voor de duur van de overeenkomst. Indien de waarde boven de Europese drempelbedragen komt, moet de overeenkomst Europees worden aanbesteed en mag de raamovereenkomst met één of minimaal drie andere partijen worden aangegaan voor een maximale duur van vier jaar.

9 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk worden als eerste ingegaan op de conclusies die uit het onderzoek werden getrokken. Hierna volgen de aanbevelingen.

9.1 CONCLUSIES

In het kader van onderhavig onderzoek werd een uitgebreide literatuurstudie verricht om te bekijken welke juridische positie een gemeente inneemt bij de totstandkoming van overeenkomsten. Daarnaast werd aan de hand van interviews en het toetsen van overeenkomsten gezien op welke wijze de gemeente Maasgouw acteert in haar rol als privaatrechtelijke contractpartner. De conclusies uit dit onderzoek zijn hieronder per subonderdeel samengevat.

1. Bevoegdheid gemeente

In beginsel mag een ieder op grond vrijelijk op grond van bijvoorbeeld het eigendomsrecht en of de contractvrijheid privaatrechtelijke overeenkomsten sluiten. Een gemeente neemt echter als bestuursrechtelijk rechtspersoon een bijzondere positie in. Het is voor haar niet toegestaan om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten als hierdoor een publiekrechtelijke weg onaanvaardbaar wordt doorkruist. Dergelijke overeenkomsten zijn in beginsel nietig. Bij het onderzoek naar de huidige gang van zaken bij de gemeente Maasgouw zijn op dit gebied geen bijzonderheden naar voren gekomen.

2. Vertegenwoordiging

De gemeente moet bij het aangaan van overeenkomsten op een bijzondere wijze vertegenwoordigd worden, zoals al omschreven in hoofdstuk 3. Tijdens het onderzoek is naar voren gekomen dat bij de gemeente Maasgouw gevolmachtigden, de privaatrechtelijke overeenkomsten waartoe zij besluiten, ook ondertekenen. Hiertoe is echter een aparte machtiging van de burgemeester vereist. Hoewel dit in beginsel juridisch incorrect is, heeft dit geen gevolgen voor de werking van de betreffende overeenkomsten.

Bij de gemeente Maasgouw worden onderhandelingen gevoerd door ambtenaren en externe medewerkers, die vaak niet bevoegd zijn om daadwerkelijk tot de overeenkomsten te besluiten. Zoals al aan de orde is gekomen is het belangrijk dat er ondubbelzinnig aan de wederpartij wordt medegedeeld dat de onderhandelaar niet bevoegd is om de overeenkomst te sluiten. Bovendien kunnen geen toezeggingen worden gedaan of verwachtingen worden gewekt die de gemeente die niet wil/kan nakomen. Helderheid over de onderhandelingsruimte is voor alle partijen een wezenlijke voorwaarde.

Wanneer de wederpartij er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat een onbevoegde de gemeente wel rechtsgeldig vertegenwoordigd, kan de gemeente gebonden zijn aan een gesloten overeenkomst of toezeggingen en verwachtingen die door een onbevoegde zijn gedaan. De betreffende onderhandelaar moet persoonlijk instaan voor zijn bevoegdheid. Dit betekent dat hij mogelijk schadeplichtig is wanneer hij overeenkomsten sluit, toezeggingen doet of verwachtingen wekt die niet door de gemeente kunnen worden nagekomen. Bij onderhandelingen die in het kader van dit onderzoek zijn bijgewoond kwam duidelijk naar voren, dat de wederpartij op de hoogte was van het feit dat de onderhandelaar niet beslissingsbevoegd was.

3. Rechten en plichten

Algemeen

In beginsel heeft de gemeente een aantal rechten op grond van de rechtsbeginselen contract- en vormvrijheid. Deze rechten worden echter beperkt door onder andere bepalingen in het Burgerlijk Wetboek over het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten. Daarnaast moet de gemeente, gezien haar bijzondere positie, ook rekening houden met de

algemene beginselen van behoorlijk bestuur, grondrechten, mededingingsrecht, aanbestedingsrecht en het zelfgeformuleerde beleid, zoals het Inkoop- en aanbestedingsbeleid, algemene voorwaarden en het grondbeleid. Voor de mogelijke gevolgen van het niet naleven hiervan zie hoofdstuk 6.

Precontractuele fase

De eerste fase in het totstandkomingsproces van overeenkomsten is de precontractuele fase. Deze fase vangt aan met een aanbod of een uitnodiging om in onderhandeling te treden en eindigt met het afbreken van onderhandelen of de aanvaarding van het (uiteindelijke) aanbod. In deze fase kan onder andere rekening worden gehouden met de (aanvullende) regels omtrent aanbod en aanvaarding uit het Burgerlijk Wetboek, maar het is ook mogelijk om hierover andere afspraken te maken. Wel wordt deze fase beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Erg belangrijk in deze fase is om erop bedacht te zijn dat wanneer de onderhandelingen zich in gevorderd stadium bevinden, ze niet zonder consequenties kunnen worden afgebroken. Na vroegtijdig afbreken van onderhandelingen kan de rechter namelijk bepalen dat de verplichting is ontstaan tot het betalen van schadevergoeding of dat er toch moet worden dooronderhandeld.

De gemeente Maasgouw hanteert geen uniforme werkwijze in deze fase. Zo worden offerten, waarin prijs en andere voorwaarden staan, op verschillende wijzen opgevraagd en aanvaard. Evenmin zijn er afspraken gemaakt over onderhandelingen en in welke gevallen dat aan de orde zou kunnen zijn, waardoor er in de regel niet vaak wordt onderhandeld. Ook worden de onderhandelingen niet op dezelfde wijze gevoerd. Zo wordt bijvoorbeeld niet altijd door meer dan één medewerker deelgenomen aan een onderhandelingsgesprek en worden niet altijd besprekingsverslagen gemaakt en vastgesteld door partijen. Deze wijze van werken kan nadelig zijn voor de bewijspositie van de gemeente Maasgouw. Wanneer er niets is vastgelegd en er geen 'getuigen' zijn is het namelijk lastig om te bewijzen wat daadwerkelijk tijdens onderhandelingen is afgesproken.

Opstellen overeenkomsten

Op grond van de vormvrijheid is de gemeente in principe niet verplicht tot het opstellen van schriftelijke overeenkomsten. In het kader van het toezien op de naleving van afspraken en de bewijspositie is het belangrijk om dit wel te doen. Wanneer een privaatrechtelijke overeenkomst wordt opgesteld, moet rekening gehouden met dwingendrechtelijke bepalingen. Deze bepalingen kunnen bijvoorbeeld vormvoorschriften bevatten of bepalingen die (een van de) partijen extra bescherming biedt. Van deze bepalingen mag niet worden afgeweken in de overeenkomst of in sommige gevallen niet alleen ten nadele van degene in wiens voordeel de bepaling is geschreven. Dergelijke bepalingen zijn nietig of vernietigbaar. Is er geen dwingend recht van toepassing, dan is de gemeente en de wederpartij vrij om zelf de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Wel is het belangrijk om in de overeenkomst volledig en duidelijk te zijn. Indien een overeenkomst niet volledig is, wordt deze aangevuld door de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid.

Bij de gemeente Maasgouw is geen sprake van een eenduidige werkwijze met betrekking tot het opstellen van overeenkomsten. Er zijn overeenkomsten die door de wederpartij worden opgesteld en er zijn overeenkomsten die door de gemeente worden opgesteld. Wanneer een overeenkomst door de gemeente wordt opgesteld, gebeurt dit in bepaalde gevallen door een medewerker in samenspraak met de concernjurist of een advies- of advocatenbureau. In andere gevallen wordt zelfs geen juridisch advies ingewonnen.

Uit de toets van de overeenkomsten bleek dat sommige overeenkomsten niet duidelijk of onjuist geformuleerd en/of niet volledig waren. In een enkel geval was er zelfs sprake van bepalingen in strijd met dwingend recht. Tevens werd niet of nauwelijks gebruik gemaakt van de Algemene Inkoopvoorwaarden van de gemeente Maasgouw.

Naleving van overeenkomsten

Na het sluiten van een overeenkomst heerst er in principe verbindende kracht. Dit houdt in dat partijen de afspraken uit de overeenkomst altijd na moet komen. Wanneer sprake is van overmacht of onvoorziene omstandigheden, kan de rechter bepalen dat een (gedeelte van) een overeenkomst niet hoeft te worden nagekomen.

Wanneer deze regels niet worden nageleefd kan dit leiden tot ongeldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst. Bovendien kan een verplichting ontstaan voor het betalen van schadevergoeding. Voor de schade kan de gemeente of zelfs degene die de gemeente vertegenwoordigde zoals een ambtenaar of externe medewerkers aansprakelijk worden gesteld. De externe medewerkers hebben vaak in de overeenkomst met de gemeente hun algemene voorwaarden van toepassing verklaard. In deze algemene voorwaarden kunnen onder meer bepalingen zijn opgenomen waardoor hun aansprakelijkheid wordt beperkt. De gemeente is gebonden aan deze algemene voorwaarden, tenzij de rechter bepaald dat ze in strijd met de redelijk- en billijkheid zijn. Bij overtreding van het mededingingsrecht en het aanbestedingsrecht, kunnen ook andere sancties zoals boetes worden opgelegd.

4. Gevolgen niet nakoming plichten

Wanneer de gemeente bij het sluiten van overeenkomsten de eerdergenoemde regels niet naleeft kan dit leiden tot ongeldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst (zie hoofdstuk 6). Ook kunnen er boetes en andere sancties worden opgelegd bij handelen in strijd met het mededingings- of aanbestedingsrecht (zie hoofdstuk 5).

De rechter kan voorts oordelen dat een partij schadeplichtig is en de schade van de wederpartij moet vergoeden. Voor de schade kan de gemeente of diens individuele vertegenwoordiger aansprakelijk zijn.

5. Raamovereenkomsten

In het onderzoek is specifiek aandacht besteed aan het fenomeen “raamovereenkomsten”. Gebleken is dat dergelijke overeenkomsten voordelig kunnen zijn in die gevallen waarbij vaak soortgelijke opdrachten worden uitgezet op de markt. Met inachtneming van de voor- en nadelen van de raamovereenkomst dient steeds de afweging worden gemaakt of een dergelijke overeenkomst geschikt en gewenst is in een specifiek geval. Bij de gemeente Maasgouw worden op dit moment nog (bijna) geen raamovereenkomsten gesloten. Vermeldenswaardig in deze is dat er thans een inkoopanalyse voor de gemeente wordt opgesteld. Aan de hand van de resultaten van deze analyse zullen onder meer de mogelijkheden met betrekking tot het sluiten van raamovereenkomsten voor de concrete gevallen worden onderzocht.

6. Gewenste verbeterpunten

De geïnterviewden erkenden dat er verbeterpunten zijn met betrekking tot de huidige werkwijze en geven aan open te staan voor verbeteringen, mits de werkwijze praktisch van aard blijft. De door hen aangedragen verbeterpunten hadden betrekking op de volgende onderwerpen:

- werkdruk;
- juridische begeleiding en ondersteuning;
- uniformiteit in werkwijze;
- contractbeheer;
- juridische kwaliteit van overeenkomsten.

9.2 AANBEVELINGEN

De conclusies uit de voorgaande paragraaf hebben geleid tot de volgende aanbevelingen:

1. Vergroten kennis

De gemeente neemt een bijzondere positie in als privaatrechtelijk contractpartner en moet rekening houden met een verscheidenheid aan wet- en regelgeving. Het is belangrijk dat degene die namens de gemeente betrokken is bij het onderhandelen over, het opstellen en sluiten van overeenkomsten voldoende kennis draagt van de van toepassing zijnde regels en zich bewust is van de risico's van een onjuiste toepassing van die regels. De juridische kennis bij de betreffende medewerkers dient dan ook steeds actueel te worden gehouden. Daartoe kunnen de gebruikelijke middelen als cursussen, presentaties en workshops worden ingezet.

2. Bevorderen van uniforme werkwijze

Daar er geen sprake is van uniformiteit en iedereen naar eigen inzicht handelt wordt geadviseerd om organisatiebreed afspraken te maken over de werkwijze met betrekking tot privaatrechtelijke overeenkomsten. Hierdoor worden risico's beperkt en is de werkwijze voor anderen inzichtelijker en makkelijker over te nemen. Er kunnen afspraken worden gemaakt over, bijvoorbeeld:

- o de wijze van offerten opvragen en bevestigen;
- o wanneer wordt besloten tot onderhandelen;
- o de werkwijze van onderhandelingen, bijvoorbeeld het aantal vertegenwoordiger en het maken van besprekingsverslagen;
- o de werkwijze bij het opstellen van overeenkomsten. Denk daarbij aan afspraken over de wat in een overeenkomst moet staan, in welke volgorde, welke lay-out, het opstellen van eventuele formats. (let wel: een overeenkomst moet altijd volledig toegespitst worden op het betreffende geval! Een format dient uitsluitend als leidraad.);
- o de wijze waarop leidinggevenden, bestuurders, andere afdelingen worden betrokken bij het sluiten van overeenkomsten;
- o de wijze van toezicht houden op de naleving van de gemaakte afspraken;
- o de wijze waarop de (juridische) begeleiding en/of toetsing plaatsvindt;
- o de wijze waarop contracten worden beheerd.

3. Aanpassen mandaatregeling

In de conclusie kwam naar voren dat op dit moment gevolmachtigden overeenkomsten ondertekenden, terwijl zij hiertoe niet gemachtigd zijn. Geadviseerd wordt om in de Mandaatregeling van de gemeente Maasgouw een bepaling op te nemen waaruit blijkt dat een gevolmachtigde ook bevoegd is tot het ondertekenen van de overeenkomst.

4. Raamovereenkomsten

Ten aanzien van het onderwerp "raamovereenkomsten" wordt geadviseerd om al in een vroeg stadium na te denken over de mogelijkheid en wenselijkheid van het sluiten van een dergelijke overeenkomst. Het is van belang om de voor- en nadelen tegen elkaar af te wegen en uiteindelijk alleen in die gevallen te kiezen voor een raamovereenkomst als de baten opwegen tegen de kosten. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de resultaten van de in de vorige paragraaf genoemde inkoopanalyse.

Belangrijke kanttekening:

De aanbevelingen zijn opgesteld vanuit het oogpunt van een juridisch correcte handelwijze op het gebied van privaatrechtelijk contracteren door een overheidsorgaan als de gemeente. De aanbevelingen zijn zodanig van aard dat zij praktisch goed uitvoerbaar zijn en een bijdrage kunnen leveren aan effectievere en efficiëntere werkwijze.

10 LITERATUURLIJST

Literatuur

Ballegooij 2008

G.A.C.M. van Ballegooij e.a., *Bestuursrecht in het AWB-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Brakman 2004

S. Brakman, *Praktijkboek aanbesteden*, Den Haag: Sdu uitgevers 2004.

Buuren 2009

P.J.J. Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Cammelbeeck 2009

T.D. Cammelbeeck e.a., *Gemeentewet Provinciewet Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Elferink 2006

W.M.B. Elferink e.a., *Privaatrecht door de overheid*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006.

Gerbrany 2004

A. Gerbrandy e.a., *Mededingingsrecht voor decentrale overheden*, Utrecht: Kluwer 2004.

Goorden 2003

C.P.J. Goorden, *Algemeen Bestuursrecht*, Vught: Reed Business Information bv 2003.

Hijma 2007

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

Hijma 2008

J. Hijma e.a., *Compendrum Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Horst 2008

H. van der Horst & M. Schenk, *Aanbesteden?! Praktisch handboek voor overheden en nutsbedrijven*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis e.a., *Burgerlijk Wetboek Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Pijnacker Hordijk 2009

E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2009.

Rossum 2006

A.A. van Rossum, *Van contact naar contract*, Den Haag: SDU uitgevers 2006.

Ruygvoorn 2009

M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009.

Schlössel 2006

R.J.N. Schlössel & F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Timmer 2008

I. Timmer & A.L.A.M. Paffen, *Verbintenissenrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2008.

Verheugt 2005

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Werf 2008

R.C. van der Werf, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Wijk 2008

H.D. Van Wijk e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2008.

Internetpagina's

<www.europeseaanbestedingen.eu>, Home \ Begrippenlijst, laatst bekeken op 29-06-2010, om 15:00 uur

<www.europeseaanbestedingen.eu>, Home\ Europese aanbesteding \ Aanbestedingsprocedures \ Raamovereenkomsten, laatst bekeken op 29-06-2010 om 12:00 uur.

<www.nma.nl>, Home \ Actueel \ Markten \ Overheid en het mededingingsrecht, laatst bekeken op 29-06-2010, om 15:00 uur

<www.vng.nl>, Home \ Beleidsvelden \ Bestuur en Recht \ Recht \ Gemeentewet \ In de Praktijk \ Veelgestelde vragen \ Artikel 139-160 Gemeentewet, laatst bekeken op 29-06-2010, om 12:30 uur.

Factsheet van www.europadecentraal.nl www.europadecentraal.nl \Home\ Dossiers \ Aanbestedingen\Praktijk\Factsheets\Raamovereenkomsten en EG ontwikkelingen (versie 4 januari 2005), laatst geraadpleegd op 15-05-2010 om 9.30 uur.

Jurisprudentie

HvJ EG 28 september 1998, C-76/97, Jurispr. 1998, p. I-5357.
HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (Guldemonde/Noordwijkerhout)
HR 1 december 1938, NJ 1939, 459 (Illustra/Reinartz)
HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp)
HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (Pseudovogelpes)
HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (Kribbebijter)
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex)
HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 (Hennis-Hofland)
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg)
HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon)
HR 27 januari 1985, NJ 1985, 559
HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Staat/Windmill)
HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina/Helmond)
HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Kunst- en Antiek Studio Lelystad)
HR 28 februari 1992, NJ 1992, 687 (Changoe/Staat)
HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba)
HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 (Beliën/Provincie Brabant)
HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli)
HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704
HR 26 mei 2000, NJ 2000, 442 (Weld-Equip/Van de Pest)
HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO)
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJN AW2537 (Efteling/Roompot)
ABRS 19 april 2006, AB 2006, 298
Rb Breda, 21 juli 1998, Gemeentestem 7085, p. 557-561
Rb. Utrecht 19 december 2001, NJ 2002, 10
Rb. Zutphen 22 augustus 2008, LJN AY6628
Rb. Assen, 7 maart 2008, LJN BC6027
Rb. Rotterdam 6 januari 2010, LJN BL1750

Overige bronnen

A. Gerbrandy & B. Hessel, Wanneer kunnen gemeenten met het mededingsrecht te maken krijgen, Gst. 2005, 7221, p. 1-11.

11 EVALUATIE

Tijdens dit onderzoek kwam naar voren dat bij het contracteren namens de gemeente veel vraag is naar de mogelijkheden voor alternatieve soorten overeenkomsten, zoals raamovereenkomsten. Om de mogelijkheden hiervoor te kunnen achterhalen is echter niet alleen juridische, maar ook zekere kennis van inkooporganisaties en de daarbij horende economische aspecten vereist. Daar dit een juridisch onderzoek betreft, is gekozen om in het midden te laten in welke gevallen welk soort overeenkomst voordelig is.

In dit kader wordt geadviseerd om verder onderzoek te doen, naar de inkooporganisatie van de gemeente en hoe deze kan verbeteren. Op dit moment is hiervoor al een inkoop- en aanbestedingsadviseur werkzaam bij de gemeente Maasgouw.

Overigens is alleen algemene informatie besproken. Hiervoor is gekozen omdat dit onderzoek dient als een introductie van het contractenrecht voor de medewerkers van de gemeente Maasgouw. Wanneer er zich echter specifieke problemen voordoen, is er meer gespecificeerde kennis vereist. In dergelijke gevallen is vervolgonderzoek of gespecialiseerde hulp vereist.