

NOTITIE

VERTROUWELIJK & GEPRIVILEGIEERD

datum : 15 mei 2023

aan : Provincie Utrecht
t.a.v. : De heer J. Keus en mevrouw C. Dijkstra
van : Paul Heijnsbroek, advocaat
Mobiel: +31 (0)6 43 55 01 16
E-mail: p.heijnsbroek@straatmankoster.nl
onze ref. : 02-2074/DMS10-686906330-724

betreft : Reactie op aanvullende rapportage notitie Berenschot inzake Het Utrechts Archief (HUA) – Concretisering juridische analyse op basis van risicoscenario's

1. Inleiding

- 1.1. Berenschot heeft op 30 maart 2023 een conceptanalyse opgesteld over de toekomst van de gemeenschappelijke regeling Het Utrechts Archief ("**HUA**") na uittreding van de Minister van OCW. Het betreft een concretisering van de eerdere juridische analyse op basis van risicoscenario's. Het doel van deze nadere analyse is "om – op basis van de risicoanalyse – concreet te maken wat de aanpassing van de bestuurlijk-juridische structuur van de samenwerking betekent voor de sturingsmogelijkheden van de achterblijvende partners op deze risico's in geval deze zich materialiseren".
- 1.2. Mij is gevraagd om op dat document te reageren vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief. Eerder hebben wij reeds geadviseerd over de aanbestedingsrechtelijke mogelijkheden ten aanzien van Het Utrechts Archief na uittreding van de Minister van OCW.¹

2. Positie AB- en DB-leden ("meerdere petten")

- 2.1. De conceptanalyse van Berenschot neemt als uitgangspunt dat in de toekomstige situatie de provincie en gemeente bevoegdheden en verantwoordelijkheden zullen overdragen aan HUA (Berenschot noemt dit de "**delegatie-uitzondering**"),² zodat er

¹ Zie onze adviezen van 24 november 2021 en 29 augustus 2022.

² Ik sluit gemakshalve aan bij die term. Daarbij moet wel worden bedacht dat het nationaalrechtelijke begrip 'delegatie' uit de Awb niet zonder meer hetzelfde is als Unierechtelijke begrip 'overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden'.

om die reden geen sprake zal zijn van aanbestedingsplichtige opdrachten van de provincie en gemeente aan HUA. In dat verband concludeert Berenschot dat de positie van de leden van het algemeen bestuur (“**AB**”) en dagelijks bestuur (“**DB**”) van HUA problematisch kan zijn vanwege hun relatie met de volksvertegenwoordiging. Dit spanningsveld doet zich voor bij alle drie de risicoscenario’s die Berenschot nader heeft uitgewerkt.

- 2.2. Ik onderschrijf deze overkoepelende conclusie. Vanwege de systematiek van de Wet gemeenschappelijke regelingen (“**WGR**”) enerzijds en de vereisten van de delegatie-uitzondering anderzijds bestaat er een inherente spanning tussen de verschillende hoedanigheden (“petten”) die de AB- en DB-leden hebben. Die spanning – en het bijbehorende aanbestedingsrechtelijke risico – kan mijns inziens niet volledig worden weggenomen, maar wel zo veel mogelijk worden beperkt (bij wijze van mitigerende maatregel). Ik licht dat hierna toe.

Spanningsveld WGR – delegatie-uitzondering

- 2.3. Conform de WGR bestaat het algemeen bestuur (AB) van HUA – na uittreding van de Minister van OCW – uit leden die door gedeputeerde staten resp. het college “uit hun midden” zijn aangewezen. Dit betekent dat de AB-leden per definitie tevens lid zijn van gedeputeerde staten (provincie) dan wel het college van B&W (gemeente). In die zin zitten zij niet zozeer op persoonlijke titel in het AB maar meer als vertegenwoordiger van de provincie/gemeente.³
- 2.4. Daarnaast schrijft de WGR voor dat het dagelijks bestuur (DB) van HUA bestaat uit een voorzitter en twee of meer andere leden, “door en uit het algemeen bestuur aan te wijzen”.⁴ Slechts wanneer de aard van de regeling daartoe aanleiding geeft zou een minderheid van de DB-leden uit ‘externe leden’ kunnen bestaan.⁵ Die mogelijkheid lijkt evenwel vooral te zijn bedoeld voor bijzondere omstandigheden waarbij met name moet worden gedacht aan het aantrekken van bijzondere deskundigheid.⁶ Gelet hierop, moet ervan worden uitgegaan dat de DB-leden van HUA tevens AB-leden zullen zijn en daarmee tevens lid zijn van gedeputeerde staten (provincie) dan wel het college van B&W (gemeente). Deze koppeling is verankerd in de WGR en kan daarom niet worden ‘losgeknipt’. Dit brengt mee dat een DB-lid in mijn ogen moeilijk kan worden gezien als ‘slechts’ bestuurder van HUA (op persoonlijke titel) en niet tevens als AB-lid én bestuurder van de provincie c.q. gemeente.⁷

³ Zie daarover ook mr. 4.5 van het ‘Aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie’ d.d. 15 augustus 2022 van Berenschot en bijv. *Kamerstukken II* 2004/05, 27008 en 290532, C, p. 17-18.

⁴ Zie o.a. art. 14 lid 1 WGR.

⁵ Zie o.a. art. 14 lid 2 WGR.

⁶ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 538, p. 38 (MvT).

⁷ Vgl. de conclusie op p. 5 van de conceptanalyse van Berenschot.

- 2.5. Deze “meerdere petten” van de DB- en AB-leden leiden tot spanning met het vereiste van de delegatie-uitzondering dat HUA de verkregen bevoegdheden en verantwoordelijkheden autonoom en onder eigen verantwoordelijkheid moet kunnen uitoefenen.⁸ Het toezicht van de overdragende overheden (d.w.z. provincie en gemeente) mag in dat verband niet zien op de concrete uitvoering van de onder de overgedragen bevoegdheden vallende overheidstaken. Dit stelt beperkingen aan de sturingsmogelijkheden van de provincie en gemeente jegens het AB en DB van HUA (zoals ook beschreven in de conceptanalyse van Berenschot). Het risico bestaat dat vanwege de “meerdere petten” er onvoldoende autonomie bestaat bij het AB en DB (en daarmee bij HUA) om te voldoen aan de delegatie-uitzondering.
- 2.6. Dit risico is inherent aan de keuze voor de combinatie van een gemeenschappelijke regeling en de delegatie-uitzondering. Naar ik begrijp zijn alternatieven voor die opzet reeds onderzocht en afgefallen. In dit stadium en met het oog op de besluitvorming lijkt daarom met name van belang om dit risico te onderkennen en zo veel mogelijk te mitigeren.

Mitigerende maatregelen

- 2.7. Het is raadzaam om in de tekst van de gemeenschappelijke regeling voor HUA zo duidelijk mogelijk te bepalen hoe het toezicht is vormgegeven. In de toelichting daarop kan dan mogelijk worden vermeld wat de achtergrond en bijbehorende doelstellingen zijn (in het licht van de delegatie-uitzondering). Op die manier krijgen de individuele AB- en DB-leden ook zoveel mogelijk helderheid over hun bewegingsruimte en hun verhouding tot hun ‘achterliggende overheid’.
- 2.8. Om aan te sluiten bij de delegatie-uitzondering is het van belang dat het toezicht van de provincie en gemeente op HUA (AB en DB) zoveel mogelijk *achteraf* plaatsvindt.⁹ Dat geldt dan zowel voor sturingsmogelijkheden op concrete taken van HUA als op de financiële kaders (waarbij vooraf mogelijk wel duidelijkheid kan worden gegeven over de maximumomvang van de bijdragen van de provincie en gemeente in de begroting). Het zou daarentegen aanbestedingsrechtelijk risicovol zijn als AB- of DB-leden bijvoorbeeld telkens eerst vooraf goedkeuring moeten krijgen van provinciale staten c.q. het college voordat zij een besluit kunnen nemen in hun hoedanigheid als AB- of DB-lid.

3. Conclusie

- 3.1. De combinatie van HUA als gemeenschappelijke regeling en een beroep op de delegatie-uitzondering leidt tot een inherent spanningsveld. Ik onderschrijf die

⁸ Vgl. ook art. 2.24b lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012 en HvJ EU 22 december 2022, zaken C-383/21 en C-384/21 (*Sambre & Biesme*).

⁹ Zie daarover meer concreet rnr. 5.3 van ons advies d.d. 24 november 2021. Vgl. ook rnr. 4.4-4.6 van het ‘Aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie’ d.d. 15 augustus 2022 van Berenschot.

conclusie van Berenschot. De AB- en DB-leden zullen immers tevens lid zijn van gedeputeerde staten (provincie) dan wel het college van B&W (gemeente) en niet slechts op persoonlijke titel zitting nemen in het AB en/of DB. Hierdoor bestaat het risico dat de AB- en DB-leden over onvoldoende autonomie beschikken.

- 3.2. Naar ik meen kan dit risico binnen de huidige opzet niet worden weggenomen maar wel worden gemitigeerd. Daartoe is van belang om enerzijds – procesmatig – het toezicht op HUA duidelijk te beschrijven in de (herziene) tekst van de gemeenschappelijke regeling en anderzijds – inhoudelijk – het toezicht zoveel mogelijk *achteraf* te laten plaatsvinden. Dit vormt evenwel een beperking van de sturingsmogelijkheden van de provincie en gemeente, zoals door Berenschot is beschreven.

* * *