



Vertrouwelijk & geprivilegieerd

Aan: Noord-Hollands Archief

T.a.v.: Willeke de Groot

Van: Anke Stellingwerff Beintema - Advocaat Maasdam Broers Fischer advocaten
Anouk Hofman - Advocaat Boels Zanders advocaten

Betreft: Second opinion op memo Berenschot d.d. 8 september 2022

Datum: 10 januari 2023

1 Inleiding

- 1.1 Het Rijk, provincie Utrecht en gemeente Utrecht hebben een gemeenschappelijke regeling getroffen waarbij zij het openbaar lichaam Het Utrechts Archief ('HUA') hebben ingesteld. Zij hebben bij deze gemeenschappelijke regeling alle werkzaamheden, taken en bevoegdheden die samenhangen met het beheer van de archiefbescheiden die berusten in de rijksarchiefbewaarplaats en de provinciale archiefbewaarplaats en de gemeentelijke archiefbewaarplaats aan HUA overgedragen.¹
- 1.2 Het Rijk wenst met ingang van 1 januari 2025 uit de gemeenschappelijke regeling te treden. Het Rijk wenst HUA dan financieel te ondersteunen door middel van een specifieke uitkering. De hoogte van deze uitkering is circa 38% van de begroting van HUA.
- 1.3 HUA vraagt zich in dit kader af welke risico's en consequenties het toepassen van 1) het alleenrecht, 2) 'delegatie' en 3) het behoud van de quasi-inbesteding ('doorgaan op dezelfde voet') heeft. Berenschot heeft dit in een memo van 8 september 2022 neergelegd. In dit memo is de input van Straatman Koster advocaten verwerkt.²
- 1.4 Noord-Hollands Archief die in een vergelijkbare positie als HUA verkeert, heeft ons gevraagd om een second opinion af te geven op het memo van Berenschot.

2 Quasi-inbesteding

- 2.1 Eén van de voorwaarden waaraan voldaan moet worden om gebruik te kunnen maken van de quasi-inbestedingsuitzondering ex artikel 24b Aanbestedingswet 2012 is dat 'meer dan 80% van de activiteiten van HUA de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten (of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen)'. Dit betekent dat meer dan 80% van de activiteiten van HUA moeten zijn toegewezen door aanbestedende diensten die toezicht uitoefenen op HUA alsof het hun eigen dienst is. Dit percentage wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale

¹ Gemeenschappelijke regeling Het Utrechts Archief, Stcrt. 2017, 21123, zoals gewijzigd bij Stcrt. 2018, 69001.

² Memo Berenschot aan Provincie Utrecht & gemeente Utrecht 'Aanvullend memo n.a.v. juridische expertsessie' d.d. 8 september 2022.



omzet die door HUA is behaald over de laatste drie jaren (althans de gemiddelde totale omzet die door middel van bedrijfsprognoses aannemelijk is).³

- 2.2 Het Rijk zal na uittreding géén toezicht uitoefenen op HUA alsof het haar eigen dienst is, maar wel nog een specifieke uitkering verstrekken ter hoogte van circa 38% van de totale omzet van HUA. Dit betekent dat HUA niet meer dan 80% van haar totale omzet behaalt vanuit taken die hem zijn toegewezen door controlerende aanbestedende diensten.
- 2.3 Wij kunnen ons dan ook vinden in het standpunt van Straatman Koster als verwoord in randnummer 3.4 van het memo. Een betoog dat ook na uittreding van het Rijk naar de geest van de quasi-inbestedingsuitzondering is voldaan, zoals verwoord in randnummer 3.5 van het memo, is ons inziens niet houdbaar.
- 2.4 Dit betekent dat wij een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering zeer risicovol achten. Wij kunnen ons vinden in de risico's, zoals genoemd in randnummer 3.6 van het memo.

3 Overdracht van bevoegdheden

- 3.1 Indien sprake is van 'taakoverdracht ex artikel 4 lid 2 van het Verdrag van de Europese Unie' dan is dit géén overheidsopdracht. Dit betekent dat dit, ongeacht de waarde die ermee is gemoeid, niet onder de Aanbestedingswet 2012 valt, en er dus ook geen (Europese) aanbestedingsplicht geldt.

Voorwaarden voor taakoverdracht

- 3.2 Wij kunnen ons vinden in de voorwaarden voor een taakoverdracht als verwoord in randnummer 4.3 van het memo: de instantie aan wie de bevoegdheden worden overgedragen moet voldoende (financieel) autonoom zijn en onder eigen bevoegdheid handelen. Er mag daarbij maar een beperkte vorm van toezicht zijn die geen inmenging in de concrete uitvoering van overgedragen taken mag betekenen.⁴ Wij voegen daar echter nog wel uitdrukkelijk aan toe dat er op grond van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie wel sprake mag zijn van *enig toezicht* op de archiefbeheertaken. Het toezicht mag echter niet zover gaan dat sprake is van inmenging in de *concrete wijze van uitvoering* van de archiefbeheertaken, of dat beslissingen hun *voorafgaande goedkeuring* behoeven.⁵

Toepassing: er wordt naar onze mening voldaan aan de voorwaarden voor een taakoverdracht

- 3.3 In randnummer 4.4 van het memo staat dat de gemeenschappelijke regeling is ingericht om opdrachtverlening door de deelnemers aan HUA mogelijk te maken op basis van quasi-inbesteding, wat vereist dat de deelnemers toezicht uitoefenen op HUA als ware het hun eigen dienst. Volgens randnummers 4.4 t/m 4.6 van het memo zal de gemeenschappelijke regeling aangepast moeten worden om te voldoen aan de voorwaarden als verwoord in randnummer 4.3 van het memo.

³ Artikel 2.24b lid 3 jo. artikel 2.24a lid 4 en lid 5 Aanbestedingswet 2012.

⁴ Zie ook Conclusie AG Mengozzi, zaak C-51/15 (Remondis), pt. 56.

⁵ HvJ 18 juni 2020, C-328/18, Porin; HvJ 21 december 2016, C-51/15, Remondis.



3.4 Wij zijn van mening dat als de gemeenschappelijke regeling aangepast wordt conform hetgeen voorgesteld in randnummers 4.4 t/m 4.6 van het memo, er sprake is van ‘taakoverdracht’.

3.5 Echter, dit neemt niet weg dat naar onze mening ook als de gemeenschappelijke regeling niet wordt aangepast sprake is van ‘taakoverdracht’. Of anders gezegd: onzes inziens wordt nu al voldaan aan de voorwaarden voor ‘taakoverdracht’. Immers, de deelnemers aan HUA hebben de archiefbevoegdheden aan het algemeen bestuur van HUA gedelegeerd.⁶ Delegatie is op zichzelf een vorm van taakoverdracht. Zie in dat kader ook artikel 10:13 van de Algemene wet bestuursrecht:

"Onder delegatie wordt verstaan: het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent."

3.6 Het gegeven dat de deelnemers de archiefbevoegdheden aan het algemeen bestuur van HUA hebben gedelegeerd, brengt met zich dat de deelnemers hun bevoegdheden kwijt zijn en deze niet meer zelf kunnen uitoefenen.⁷ Zij mogen ook geen instructies meer geven in een individueel geval. Van inmenging in de concrete wijze van uitvoering van de archiefbeheertaken - hetgeen voor een beroep op de uitzondering van taakoverdracht verboden is - kan daarom feitelijk geen sprake zijn.

3.7 Voor de goede orde merken wij hier nog op dat het gegeven dat het algemeen en dagelijks bestuur inlichtingen en verantwoording schuldig zijn aan hun deelnemers over het door hen gevoerde bestuur, niet maakt dat de deelnemers in een concreet geval kunnen ingrijpen in de besluiten die op basis van de gedelegeerde bevoegdheden zijn genomen. Ingrijpen is enkel mogelijk via het intrekken van het delegatiebesluit. Dat is echter een zeer zwaar middel waarvoor in dit geval een wijziging van de gemeenschappelijke regeling van HUA is vereist. Het doorvoeren van een dergelijke wijziging heeft al snel een doorlooptijd van $\frac{3}{4}$ jaar. Concreet en direct ingrijpen in een individueel geval is daarom onmogelijk. Ook het feit dat er een bevoegdheid bestaat om beleidsregels te geven en dat de leden van het algemeen bestuur door het college dat hen heeft aangewezen kunnen worden ontslagen, maakt het voorgaande niet anders:

- **Beleidsregels:** Het enkele feit deelnemers beleidsregels (als bijvoorbeeld bedoeld in artikel 26 gemeenschappelijke regeling) kunnen geven, betekent onzes inziens niet dat (i) géén sprake is van financiële autonomie of (ii) sprake is van uitoefening van een bevoegdheid in een individueel geval. Een gemeenschappelijke regeling is namelijk in de basis financieel autonoom, omdat zij een zelfstandige rechtspersoon is die zelfstandig rechten en plichten kan aangaan. Op de nakoming van deze aangegane rechten en plichten kan zij ook zelfstandig worden aangesproken. Daarnaast geldt dat de wet expliciet een grondslag biedt om voor de uitoefening van gedelegeerde bevoegdheden beleidsregels te geven. Feit is echter wel dat uit de wet volgt dat een beleidsregel enkel algemene regels mag bevatten en geen betrekking kan en mag hebben op de uitoefening van een bevoegdheid in een individueel geval.⁸

⁶ Artikel 2b gemeenschappelijke regeling.

⁷ Zie artikel 10:17 Awb.

⁸ Zie ook artikel 1:3 lid 4 Awb.



- Ontslag: Ook het feit dat de leden van het algemeen bestuur (tevens zijnde leden van het dagelijks bestuur) ontslagen *kunnen* worden door het college dat hen heeft aangewezen als deze hun vertrouwen niet meer geniet (artikel 10 gemeenschappelijke regeling) doet daar naar onze mening niet aan af. Allereerst betekent het woord ‘kunnen’ naar onze mening niet dat sprake is van *daadwerkelijke* inmenging in de *concrete* uitvoering van de archiefbeheertaken (dat bij de directie van HUA berust, zie artikel 27 lid 3 gemeenschappelijke regeling). Daarnaast tast ontslag een (door het algemeen bestuur, het dagelijks bestuur of de directie) genomen besluit niet aan, en is ook uit dien hoofde dus géén sprake van inmenging in de concrete uitvoering van de archiefbeheertaken.

3.8 Gezien het voorgaande menen wij aldus dat nu al wordt voldaan aan de voorwaarden voor taakoverdracht. De gemeenschappelijke regeling HUA is financieel autonoom en voert haar taken op basis van delegatie uit, waardoor de deelnemers hun bevoegdheden kwijt zijn. Het gegeven dat er over de band van de inlichtingen- en verantwoordingsplichten enig toezicht is op het in de gemeenschappelijke regeling HUA gevoerde bestuur, maakt het voorgaande niet anders. *Het* wezenskenmerk van de hier aan de orde zijnde delegatie is namelijk dat de deelnemers hun bevoegdheden kwijt zijn en het hen verboden is om in een concreet geval aanwijzingen te geven. Evenmin behoeven de beslissingen van het algemeen en/of dagelijks bestuur van HUA de voorafgaande goedkeuring van de deelnemers. HUA is immers een zelfstandige rechtspersoon met eigen bevoegdheden. De in randnummer 4.8 omschreven risico's schatten wij dan ook lager - of tot nihil - in.

3.9 Indien HUA ieder potentieel risico wenst te vermijden, dan kunnen wij ons daarentegen wel voorstellen dat ervoor wordt gekozen om de aanbevelingen in randnummer 4.4 tot en met 4.6 van het memo van Berenschot over te nemen door zoveel mogelijk bevoegdheden bij het dagelijks bestuur te beleggen. Het klopt namelijk inderdaad dat enkel de leden van het dagelijks bestuur moeten handelen naar het belang van HUA, terwijl in het algemeen bestuur de *gezamenlijke* belangen van de deelnemers worden ingebracht door de leden. Wij maken daarbij overigens wel de kanttekening dat thans feitelijk al vrijwel alle bevoegdheden bij het dagelijks bestuur liggen⁹ en dat ook in het algemeen bestuur bij meerderheid wordt besloten, waardoor nooit een enkel gemeentelijk belang de doorslag kan geven en directe sturing in individuele gevallen niet mogelijk is (zie hiervoor).

Taken die niet vallen onder de delegatiebepaling

3.10 Los van het voorgaande, kunnen wij ons wel vinden in de kanttekening van Straatman Koster als verwoord in randnummer 4.7 van het memo. Voor zover de provincie of de gemeente activiteiten wil laten verrichten door HUA die niet onder de in de gemeenschappelijke regeling beschreven taken vallen, moet afzonderlijk beoordeeld worden of daarvoor een Europese aanbestedingsplicht geldt. Opdrachten die onder de Europese drempelwaarde vallen kunnen in afwijking van het eigen beleid één op één aan HUA verstrekt worden, mits dit objectief gerechtvaardigd is.

⁹ Zie artikel 14 van de GR HUA.



Tussenconclusie

- 3.11 Zoals hiervoor is aangegeven zijn wij van mening dat reeds nu wordt voldaan aan de voorwaarden voor ‘taakoverdracht’. Zeker als de gemeenschappelijke regeling wordt aangepast conform hetgeen beschreven is in randnummers 4.4 t/m 4.6 van het memo schatten wij - het risico dat in rechte zal worden geoordeeld dat niet voldaan is aan de voorwaarden voor taakoverdracht lager in dan dat Straatman Koster dat kennelijk doet (randnummer 4.8 van het memo). Het geheel autonoom maken van het Algemeen Bestuur zoals Straatman Koster dat kennelijk voor zich ziet is ons inziens niet noodzakelijk, gelet op het door het Hof van Justitie gewezen Porin-arrest (C-328/19, ro. 49 en beantwoording eerste vraag).

Overige bevindingen ten aanzien van de specifieke uitkering van het Rijk

- 3.12 Voor wat betreft de specifieke uitkering die het Rijk na uittreding wenst te verstrekken aan HUA merken wij voor de goede orde nog op dat deze in beginsel Europees aanbestedingsplichtig is, nu de hoogte hiervan hoger is dan € 750.000 (excl. BTW). Deze uitkering valt niet onder de onderhavige taakoverdracht (die na uittreding van het Rijk uit de gemeenschappelijke regeling enkel nog geldt voor de provincie en de gemeente). Dit betekent dat voor wat betreft de specifieke uitkering ofwel sprake moet zijn van een afzonderlijke taakoverdracht van het Rijk aan HUA (zoals Straatman Koster aangeeft in randnummer 4.9 memo), ofwel dat deze moet geschieden op basis van de alleenrecht-uitzondering (ofwel ‘uitsluitend recht’). Dat er in de praktijk vele gemeenschappelijke regelingen zijn die ook voor derden werken doet niet af aan het feit dat voor wat betreft elke opdracht die door een derde aan het betreffende openbaar lichaam wordt gegeven moet worden beoordeeld of deze Europees aanbestedingsplichtig is. Van ‘taakoverdracht’ op grond van de gemeenschappelijke regeling is in elk geval géén sprake.

4 Alleenrecht

- 4.1 Tot slot kan gebruik gemaakt worden van de alleenrecht-uitzondering. Wij kunnen ons vinden in het in randnummers 5.1 t/m 5.6 van het memo weergegeven juridisch kader. Wij achten het risico dat in rechte wordt geoordeeld dat er onvoldoende gerechtvaardigd belang is bij het vestigen van een alleenrecht evenwel lager in dan dat Berenschot en Straatman Koster dat kennelijk doen (randnummer 5.5 van het memo).
- 4.2 Wij merken hierbij op dat behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen; behoud van de diversiteit van de pers; en bevordering van de nationale taal, reeds is aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang¹⁰. HUA is opgericht met het specifieke doel in dergelijke belangen te voorzien bij het uitvoeren van archiefbeheertaken. Het gaat hier bij uitstek om het behoud van nationaal historisch erfgoed. HUA dient volledig het publiek belang, alle deelnemers zijn immers overheden. HUA heeft ruime ervaring op het gebied van archiefbeheer. HUA heeft géén commerciële doelstelling of winstoogmerk. Ons inziens valt niet in te zien dat deze belangen elders op gelijkwaardige wijze kunnen worden bereikt.

¹⁰ Het begrip dwingende redenen van algemeen belang, is gaandeweg door het Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 43 en 49 van het Verdrag, en kan zich nog verder ontwikkelen. Zie overweging 40 Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn) voor een niet-limitatieve opsomming.



4.3 Wij kunnen ons vinden in de aanbeveling om de vestiging van het uitsluitend recht in het Europese publicatieblad (via TenderNed) kenbaar te maken.¹¹

5 Conclusie

5.1 Wij schatten de ‘taakoverdracht’ en de ‘alleenrecht-uitzondering’ minder risicovol in dan dat Berenschot en Straatman Koster dit doen.

5.2 Naar onze mening voldoet de wijze waarop de gemeenschappelijke regeling HUA is ingericht reeds aan de voorwaarden voor ‘taakoverdracht’ en is wijziging niet nodig.

* * * * *

¹¹ Vgl. 22019/S223-548085 (Terneuzen aan Zeeuws Archief); 019/S 203-494832 (Vlissingen aan Zeeuws Archief).