

Intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke weg in
Nederland en België: een rechtsvergelijkend onderzoek

Peer-reviewed author version

DECOCK, Marie (2024) Intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke
weg in Nederland en België: een rechtsvergelijkend onderzoek. In: Tijdschrift voor
bestuurswetenschappen en publiek recht, (5) , p. 275 -289.

Handle: <http://hdl.handle.net/1942/43600>

Intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke weg in Nederland en België: een rechtsvergelijkend onderzoek¹

INLEIDING	1
1. INTERGEMEENTELIJKE SAMENWERKING LANGS PRIVAATRECHTELIJKE WEG	3
2. DE DOORWERKING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE WAARBORGEN OP PRIVAATRECHTELIJKE SAMENWERKINGSVERBANDEN IN NEDERLAND	8
3. DE (ON)WENSELIJKHEID VAN PRIVAATRECHTELIJKE SAMENWERKINGSVERBANDEN: INSPIRATIE MOGELIJK VOOR BELGIË?	16
CONCLUSIE.....	23

InleidingF

1. Intergemeentelijke samenwerking in België en Nederland – *"De Gemeentewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen bieden waarborgen als het gaat om het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Dergelijke waarborgen zijn niet aanwezig als gekozen wordt voor een privaatrechtelijke rechtsvorm."*² De Nederlandse rechtsgeleerden TIMMERMANS en ACKERMANS-WIJN uitten deze bezorgdheid al in 1999 in hun uiteenzetting over privatisering op decentraal niveau. De bijdrage die hier voorligt gaat verder in op die bekommernis en spitst zich toe op intergemeentelijke samenwerkingsverbanden langs privaatrechtelijke weg in België en Nederland.³

Twee of meer gemeenten kunnen intergemeentelijke samenwerkingsverbanden oprichten met het oog op de gemeenschappelijke behartiging van doelstellingen van gemeentelijk belang. Hierbij valt te denken aan afvalverwerking, energiedistributie, streekontwikkeling, enzovoort. Samenwerking stelt gemeenten onder meer in staat om hun taken efficiënter uit te oefenen, gemeentegrensoverschrijdende problemen aan te pakken en schaalvergroting tot stand te brengen.⁴

¹ Deze bijdrage bevat bevindingen uit het (rechtsvergelijkend) onderzoek zoals dit is uitgevoerd in het kader van mijn proefschrift (M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 568 p.) en in het kader van mijn postdoctoraal onderzoek over intergemeentelijke filialen met als titel *'The enigma of inter-municipal enterprises. Towards legal principles on corporatization by local governments'* (dossiernummer: 12C7723N) en uitgevoerd met steun van het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek – Vlaanderen. Veel dank aan de collega's van de VU Amsterdam, in het bijzonder de collega's verbonden aan het Kooijmans Instituut en het Expert Centre for Public Contract Law & Governance (CPC), voor de waardevolle input en voor de nuttige gedachtewisselingen tijdens mijn onderzoeksverblijven in september 2021 en in januari 2023.

² L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, (1) 6.

³ De keuze voor een functionele externe microrechtsvergelijking met de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (*tertium comparationis*) in Nederland is gebaseerd op twee afwegingen. Enerzijds, op het feit dat intergemeentelijke samenwerking in Nederland – net zoals in België – een lange historische traditie kent en er recent opnieuw een hervorming van de wetgeving op intergemeentelijk samenwerking heeft plaatsgevonden. Anderzijds, op de mogelijkheid voor Nederlandse steden en gemeenten om zich naast het publiekrecht ook op het privaatrecht te baseren om zich te verenigen. In België daarentegen, zorgt het bestaan van een dwingende positiefrechtelijke regeling voor het 'afsluiten' van de privaatrechtelijke weg bij het oprichten van een intergemeentelijk samenwerkingsverband.

⁴ In K. DE CEUNINCK, "Over bestuurskrachtmetingen en hun gevolgen", Brussel, Vlabest, 2013, 13-14 worden er factoren weergegeven die in het onderzoek van HERWELDER en FRAANJE (2011) worden omschreven als factoren die de gemeentelijke bestuurskracht wat betreft intergemeentelijke samenwerking – zowel in positieve als in negatieve zin – beïnvloeden. Dit zijn met andere woorden redenen waarom er intergemeentelijk zou kunnen worden samengewerkt; zie ook M. LOTTINI en M. GIANNINO, "When Inter-

In België kent deze bestuurlijke organisatievorm een lange historische traditie.⁵ Ook in Nederland gaat samenwerking tussen gemeenten reeds decennia terug. In 2022 vond er in bij onze noorderburen nog een hervorming van de wetgeving op intergemeentelijke samenwerking plaats⁶, dit onder meer met het oog op de versterking van hun democratische legitimatie – net zoals de wetgever hier de laatste jaren in België op inzette.⁷

Naast belangrijke gelijkenissen, bestaan er echter ook opmerkelijke (juridische) verschillen. Daarbij is het vooral opvallend dat Nederlandse gemeenten zich naast het publiekrecht ook op het privaatrecht mogen baseren om zich te verenigen. In België is het daarentegen vaststaande rechtspraak dat de privaatrechtelijke weg voor gemeenten 'onbewandelbaar' is in het licht van de tweewegenleer. Van de bezorgdheden waaraan de tweewegenleer beoogt tegemoet te komen, trekken de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zich op hun beurt evenwel niet veel aan. Op vandaag worden publiekrechtelijke waarborgen stelselmatig omzeild door de oprichting van talloze privaatrechtelijke intergemeentelijke filialen die samen een ondoorzichtig kluwen aan dochterentiteiten vormen. In het reeds bestaande juridisch onderzoek naar intergemeentelijke samenwerkingsverbanden blijft die privaatrechtelijke samenwerkingsroute onderbelicht. Deze bijdrage focust daarom op de (on)mogelijkheid voor Belgische en Nederlandse gemeenten om zich op het privaatrecht te beroepen bij het oprichten van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De onderzoeksvraag die wordt beantwoord, is evaluatief van aard en luidt als volgt: *'In welke mate is het juridisch aangewezen dat Belgische en Nederlandse gemeenten zich op het privaatrecht (kunnen) beroepen bij de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden?'*.

2. Opbouw – Een eerste deel gaat in op intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke weg in België en Nederland (1.). Een tweede deel focust op Nederland en gaat na in welke mate publiekrechtelijke waarborgen en andere relevante bepalingen, zoals het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht, doorgang vinden op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (2.). Een derde deel koppelt terug naar België en zet uiteen waarom de privaatrechtelijke weg om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten, toch niet zo zaligmakend is als de in Nederland ontwikkelde praktijk op het eerste gezicht doet vermoeden en we er in België dus best niet te veel inspiratie uit putten (3.)

Municipal Cooperation Meets EU Internal Market Law: The Story of a Troublesome Relationship", *EPPPL* 2009, afl. 4, (199) 199; Policy Department Economic and Scientific Policy, "The Applicability of Internal Market Rules for Inter-Communal Co-operations" – Briefing Note, (IP/A/IMCO/FWC/2005-33/SC8), 1.

⁵ Zie M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2023, 15 e.v.

⁶ Zie de Wet gemeenschappelijke regelingen zoals die geldt vanaf 1 juli 2022, www.wetten.overheid.nl/BWBR0003740/2022-07-01. Zie ook de beknopte toelichting op de website van de Rijksoverheid: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/gemeenten/intergemeentelijke-samenwerking.

⁷ Zie bv. decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen, *BS* 14 mei 2018.

1. Intergemeentelijke samenwerking langs privaatrechtelijke weg

3. Historische wortels en de publiekrechtelijke weg – In het federale België is er een lange juridische traditie als het om intergemeentelijk samenwerken gaat. Verschillende wetgevende initiatieven volgden elkaar sinds het eind van de 19^e eeuw op.⁸ Het gemeentelijk verenigingsrecht is met de herziening in 1921 van toenmalig artikel 108 van de Belgische Grondwet grondwettelijk gewaarborgd.⁹ In 1993 hevelde het Sint-Michielsakkoord de bevoegdheid omtrent intergemeentelijke samenwerking via artikel 6, §1, VIII, 1^o van de Bijzondere wet hervorming instellingen (BWHI) volledig over naar de gewesten. Op vandaag zijn er dan ook drie wetgevende instrumenten relevant in België. Dit is het Decreet Lokaal Bestuur van 22 december 2017¹⁰ (hierna: DLB) voor het Vlaamse Gewest, de *Code de la démocratie locale et de la décentralisation* van 22 april 2004¹¹ (hierna: CDLD) voor het Waalse Gewest en de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest¹² (hierna: ordonnantie van 5 juli 2018). In het Vlaamse Gewest krijgen gemeenten de keuze tussen vijf samenwerkingsvormen om een afzonderlijke rechtspersoon op te richten.¹³ De Waalse en Brusselse gemeenten kunnen er enkel voor kiezen om een 'intercommunale' op te richten.¹⁴ In België verschilt het publiekrechtelijk gamma met andere woorden van gewest tot gewest.

Ook in de gedecentraliseerde eenheidsstaat Nederland gaat de techniek waarbij gemeenten samenwerken al enkele eeuwen terug. Al in 1851 voorzag de Nederlandse Gemeentewet in de algemene mogelijkheid voor steden en gemeenten om intergemeentelijk samen te werken op bepaalde beleidsterreinen.¹⁵ Na de Tweede Wereldoorlog ontstond er steeds meer behoefte aan een nieuwe wettelijke regeling.¹⁶ Voor de publiekrechtelijke variant van intergemeentelijke samenwerking werd met de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (hierna: WGR) die dateert van 1950 een afzonderlijke wet aangenomen. Na een periode van discussie en variërende initiatieven omtrent de reorganisatie van het Nederlandse binnenlands bestuur werd uiteindelijk in 1985 een herziene versie van de WGR aangenomen.¹⁷ Net zoals in België, is de mogelijkheid voor gemeenten

⁸ Wet van 6 augustus 1897 rakende de inrichting van verplegingsgestichten onder verschillende gemeenten, *BS* 12 augustus 1897; Wet van 1 juli 1899 betreffende de verenigingen van gemeenten en van provinciën tot het beheer van buurtspoorwegen, *BS* 7 juli 1899; Wet van 18 augustus 1907 betreffende de verenigingen van gemeenten en particulieren tot het inrichten van waterleidingen, *BS* 5 september 1907.

⁹ Zie bv. Verslag aan de Kamer van de commissie voor de grondwetsherziening, *Pasin.* 1921, 575 en P. HAUTPENNE, *De verenigingen van gemeenten in België*, Brussel, Vereniging van Belgische steden en gemeenten, 1966, 39 e.v.

¹⁰ *BS* 15 februari 2018.

¹¹ *BS* 12 augustus 2004.

¹² *BS* 12 juli 2018.

¹³ De bepalingen zijn opgenomen in het DLB: de interlokale vereniging (art. 392, eerste lid DLB), de projectvereniging (art. 389, §2, 1^o DLB), de dienstverlenende vereniging (art. 389, §2, 2^o DLB) en de opdrachthoudende vereniging (met private deelname) (art. 389, §2, 3^o-4^o DLB).

¹⁴ Art. L1523-1 CDLD (Waalse Gewest) en art. 55, tweede lid ordonnantie van 5 juli 2018 (Brussels Hoofdstedelijk Gewest).

¹⁵ "Tot vereniging of splitsing van Gemeenten wordt niet overgegaan dan nadat de bepalingen der artt. 129–132 zijn in acht genomen" in art. 128 Wet van 19 Junij 1851 regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der gemeentebesturen.

¹⁶ J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1, 3.

¹⁷ R.P.G. DOESCHOT, A.F. BOSKMA, M. HERWEIJER en M. OOSTING, *Intergemeentelijke samenwerking: een onderzoek naar invoeringsproblemen van de herziene Wet Gemeenschappelijke Regeling*, Deventer, Kluwer, 1987, 11-12; zie pagina 7 e.v. van deze bijdrage voor een verdere uiteenzetting van de wetsgeschiedenis omtrent intergemeentelijke samenwerking in Nederland.

om zich te verenigen verankerd in artikel 135 van de Nederlandse Grondwet. Wat de publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden betreft, zijn er op vandaag vijf vormen in de WGR opgenomen – toevallig evenveel als in het Vlaamse Gewest.¹⁸

Aangezien de focus van deze functionele rechtsvergelijking ligt op de privaatrechtelijke verenigingsmogelijkheden voor Nederlandse en Belgische gemeenten, blijven de Belgische organieke regelgeving inzake intergemeentelijke samenwerking en de Nederlandse WGR in deze bijdrage in grote mate buiten beschouwing.

4. 'Geen onaanvaardbare doorkruising' – Wat de Nederlandse casus zo interessant maakt ten opzichte van de Belgische, is dat geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen gemeenten in Nederland niet enkel via de publiekrechtelijke weg maar ook langs de *privaatrechtelijk* weg mag gebeuren: *"Het komt in de praktijk ook voor dat er afspraken worden gemaakt tussen overheden over het gebruik van hun bevoegdheden anders dan in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat dit in beginsel is toegestaan. Het heeft althans tot dusver geen onaanvaardbare doorkruising van de WGR opgeleverd."* (eigen onderlijning), aldus HUISMAN en VAN OMMEREN.¹⁹ In het Nederlandse recht wordt het dus – opvallend genoeg, zeker gelet op artikel 134, tweede en derde lid van de Nederlandse Grondwet²⁰ – *"niet als onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling (...) gezien indien gemeenten langs privaatrechtelijke weg samenwerken ter behartiging van openbare belangen."*, zoals DE VRIES aangeeft.²¹

Aangezien Nederlandse gemeenten – net zoals Belgische gemeenten trouwens – rechtspersonen zijn, kunnen ze privaatrechtelijke rechtshandelingen stellen. Dit doen ze op grond van artikel 2:1, derde lid *jo.* artikel 2:5 *jo.* artikel 3:32 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (hierna: NBW).²² Het volgen van 'de privaatrechtelijke weg' betekent concreet dat gemeenten zich op de mogelijkheden van

¹⁸ Zie voor een heldere uiteenzetting van de verschillende publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.6, 7 e.v.; zie ook L. SCHAAPE, "How Good is Inter-Municipal Governance?", Working Paper ECPR, 2017.

¹⁹ P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 687. Zie ook hetzelfde boek op pagina 252: *"Door overheden wordt een samenwerkingsstichting met name opgericht als een publiekrechtelijke samenwerkingsvorm – te denken valt in het bijzonder aan een gemeenschappelijke regeling op grond van de gelijknamige wet (WGR) – niet aantrekkelijk wordt geacht."*

²⁰ Art. 134 van de Nederlandse Grondwet stelt dat openbare lichamen bij of krachtens de wet worden ingesteld en dat de wet de taken en de inrichting van deze openbare lichamen, de samenstelling en bevoegdheid van hun besturen, alsmede de openbaarheid van hun vergaderingen, regelt. De wet regelt eveneens het toezicht op deze besturen en vernietiging van besluiten van deze besturen kan alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

²¹ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2-3; zie omtrent de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in het licht van de tweewegenleer/doorkruisingsleer: L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 3 e.v.; zie ook R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1.

²² In het rapport 'Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden' dat dateert van 2006 zijn er een aantal cijfergegevens opgenomen: *"In totaal zijn bij tien provincies 700 oprichtingen/deelnemingen ter goedkeuring voorgelegd. In (47%) van de gevallen is de stichting gekozen. De keuze is 175 keer (25%) op de BV en 119 (17%) keer op NV gevallen. De vereniging is 44 keer genoemd en de CV is in 22 gevallen als rechtsvorm gekozen. In een relatief gering aantal gevallen is de voorkeur uitgegaan naar de coöperatie, de onderlinge waarborg maatschappij en de VOF."*

artikel 2:3 NBW beroepen om op privaatrechtelijke grond samen te werken.²³ Dit artikel houdt in dat "[v]erenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen (...) rechtspersoonlijkheid [bezitten]". Indien het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband rechtspersoonlijkheid heeft, gaat het bijgevolg om een van bovenvermelde types rechtspersonen.²⁴

5. Wettelijke voorkeur voor publiekrecht – Ondanks de mogelijkheid voor Nederlandse gemeenten om op privaatrechtelijke basis samen te werken, gaat de wettelijke voorkeur echter uit naar publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden. Artikel 160, tweede lid van de Nederlandse Gemeentewet (hierna: NGemw) stelt dit uitdrukkelijk voorop, nl. dat de privaatrechtelijke variant in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het college van burgemeester en wethouders, als equivalent van de Belgische colleges van burgemeester en schepenen, besluit slechts tot de oprichting nadat de gemeenteraad een ontwerpbesluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn bedenkingen en wensen ter kennis van het college te brengen.²⁵ De publiekrechtelijke weg dient bijgevolg voorrang te krijgen: *"men wenst namelijk een krachtige, kleine overheid, waar allerlei semi-overheden of overheidsdeelnemingen toch minder voor de hand liggen"*.²⁶ Die voorkeur is ingegeven door de bezorgdheid dat de privaatrechtelijke weg afbreuk zou doen aan publieke correctieve mechanismen, wat ook uit de voorbereidende werken van 1928 blijkt.²⁷

²³ Aan het volgen door gemeenten van de privaatrechtelijke weg is een 'voorhangprocedure' gekoppeld. Samengevat houdt deze procedure in dat gemeenteraden hun goedkeuring dienen te verlenen aan de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden met privaatrechtelijke grondslag. Zie over de procedure om dergelijk privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband op te richten (o.a. over de goedkeuring door de raad op grond van het toenmalige art. 155, tweede lid Gemeentewet): L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999; E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5; zie ook over de oprichting van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen in het algemeen, F.J. VAN OMMEREN, "Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting", *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2018, 1-32.

²⁴ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 133, 2.3; zie beknopt over deze privaatrechtelijke rechtsvormen R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 95 e.v.; Indien gemeenten louter contractueel op privaatrechtelijke wijze samenwerken zonder een afzonderlijke rechtspersoon te creëren, zijn beleidsovereenkomsten en dienstverleningsovereenkomsten populaire instrumenten door hun flexibiliteit, zie E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

²⁵ "Het college besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang" (eigen onderlijning). Zie voor wat er onder 'oprichting' en 'deelneming' zoals opgenomen in art. 160 NGemw dient te worden begrepen: B.F.TH. DE MOOR, "Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten" *Gst.* 2007, afl. 97.

²⁶ R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 1.

²⁷ "De openbare lichamen hebben inzonderheid de zorg voor belangen eener gemeenschap, dus voor algemeene publieke belangen. Men mag aannemen, dat zij die het best zullen kunnen behartigen langs den weg van het publieke recht, beter dan bij de uitvoering van burgerrechtelijke contracten of in vennootschappen, waarbij allicht het gevaar dreigt, dat de publiekrechtelijke beschouwing van het onderwerp te zeer op den achtergrond geraakt." (eigen onderlijning), zie de verwijzing naar *Bijl.Hand. II 1928/29*, 235, nr. 3 in R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 53-54.

De wettelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingstechniek blijft echter louter theoretisch. In de praktijk bestaat er namelijk een duidelijke keuze bij gemeenten voor privaatrechtelijke verenigingstechnieken.²⁸ DE GREEF wijt dit ten dele aan het onbegrepen, onbekend en onbemind zijn van de mogelijkheden waarin de WGR voorziet, "*waardoor het privaatrecht in opkomst is in het publieke domein.*".²⁹ Eén van de redenen die DE VRIES aangeeft is dat "*het Burgerlijk Wetboek, waaraan samenwerking langs privaatrechtelijke weg is onderworpen, goede (zo niet betere) mogelijkheden biedt voor beïnvloeding door gemeenteraden.*".³⁰ Nog een voordeel voor de gemeenten is dat een gemeente niet kan worden aangesproken voor schulden van een NV, BV, stichting of vereniging, maar wel voor schulden van het publiekrechtelijk openbaar lichaam. Volgens ZIJLSTRA wordt de massale oprichting van overheidsvennootschappen en -stichtingen vaak verklaard doordat "*1) de privaatrechtelijke organisatievorm (...) meer zelfstandigheid [biedt] dan een publiekrechtelijke organisatievorm; 2) een privaatrechtelijke rechtspersoon (...) sneller in te stellen [is]; 3) de privaatrechtelijke rechtsvorm (...) meer mogelijkheden [biedt] tot samenwerking met burgers en niet-overheidsorganisaties.*", maar de auteur voegt er aan toe dat deze argumenten niet altijd valide zijn.³¹

Gelet op de bezorgdheden die aan de basis liggen van artikel 160 NGemW, rijst de vraag in welke mate de publiekrechtelijke regelgeving, en in het bijzonder het bestuursrecht, nog doorgang vindt op deze privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden (zie *infra* nr. 9 e.v.).³²

6. Belgische tweewegenleer – De tweewegenleer die in België op een algemene wijze wordt aanvaard, vindt haar oorsprong in Nederland.³³ Ook in België is het algemeen aanvaard dat de overheid zich niet enkel op het publiekrecht maar ook op het privaatrecht kan beroepen bij de uitoefening van haar taken.³⁴ De Belgische tweewegenleer voorziet dat de overheid het privaatrecht mag aanwenden indien er is voldaan aan vier voorwaarden. *Ten eerste* mag het gebruik van het privaatrecht niet in strijd zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling. *Voorts* mag er geen afbreuk worden gedaan aan de belangen van derden. *Ten derde* mag het gebruik van het privaatrecht

²⁸ Ter illustratie, in 2005 bestonden er al 1165 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden en 'slechts' 697 publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden. In 2010 bestonden er 698 publiekrechtelijke en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden, L.T. VAN DEN DOOL en L. SCHAAP, "Intergemeentelijk samenwerken: het kan ook licht", *Bestuurskunde* 2014, afl. 23, (65) 68.

²⁹ R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1-2. In het verleden werd dan ook geopperd om de wettelijke voorkeur voor publieke samenwerking te schrappen uit de Gemeentewet, maar voormelde auteur stelt de vraag of de conclusie niet eerder zou moeten zijn dat "*de mogelijkheden van de WGR moeten worden verduidelijkt zodat de (...) gemeenten (...) weten wat mogelijk is en minder snel naar de wel bekende privaatrechtelijke weg grijpen?*".

³⁰ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2.

³¹ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 278.

³² Vragen omtrent de toepassing van het recht op hybride overheidsentiteiten rijzen ook bijvoorbeeld op centraal niveau (bv. de overheidsstichting), zie K. SCHROTEN, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

³³ Zie bijvoorbeeld omtrent de tweewegenleer en doorkruisingsleer in België en Nederland, de bijdragen geschreven in het kader van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VANDORMAEL, P. HUISMAN, F. VAN OMMEREN e.a., *Preadviezen 2015*, Den Haag, Boom juridisch, 2015, 362 p.

³⁴ J. MERTENS, "De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen", *TBP* 1948, (111) 117; S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, (233) 234.

niet in strijd zijn met de algemene beginselen van het publiek recht en, *ten slotte*, mag er geen sprake zijn van een schending van de bevoegdheidsverdelende regels.³⁵

Indien een Belgische overheid er binnen de organisatierechtelijke tweewegenleer voor kiest om de *publiekrechtelijke* weg te volgen bij het oprichten van een rechtspersoon, dan baseert zij zich op een specifiek daartoe voorziene wet, een decreet of een ordonnantie om de rechtspersoon op te richten.³⁶ Indien de voorwaarden van de tweewegenleer zijn vervuld, staat voor de overheid naast deze publiekrechtelijke weg ook een *privaatrechtelijke* weg open. Als die 'private' weg wordt gevolgd om een rechtspersoon op te richten, beroept de overheid zich op het private vennootschaps- of verenigingsrecht om een entiteit op te richten en meer bepaald het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019.³⁷ Een sneller privaatrechtelijk beslissingsproces, een lagere personeelskost via contractuelen, het ontbreken van een log publiekrechtelijk statuut met een aantal inherente verplichtingen, bedrijfsvriendelijkheid, enzovoort zijn allemaal beweegredenen die de overheid ertoe aanzetten om zich op het privaatrecht te beroepen bij de vormgeving van overheidsentiteiten.³⁸

7. Strijd met dwingende positiefrechtelijke regeling – De vraag of twee of meer Belgische gemeenten zich op het privaatrechtelijke vennootschaps- en verenigingsrecht kunnen beroepen bij de oprichting van een samenwerkingsverband maakte reeds het voorwerp uit van een procedure voor de Raad van State en de gewone hoven en rechtbanken.³⁹ Intussen bestaat er hier nog weinig twijfel over: het is *niet* mogelijk voor gemeenten om de privaatrechtelijke weg te volgen om intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten en zich daarbij op het private vennootschaps- en verenigingsrecht te beroepen.⁴⁰ Aan de basis hiervan ligt dat een van de voorwaarden van de (organisatierechtelijke) tweewegenleer, namelijk de voorwaarde dat het gebruik van het privaatrecht niet in strijd mag zijn met enige dwingende positiefrechtelijke regeling, niet is vervuld.⁴¹ Door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden op te richten op grond van deze bepalingen, kiest de gemeente voor de publiekrechtelijke weg of het publiekrechtelijk procedé en

³⁵ D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 78-79; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 494-495; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 102-103; zie voor een bespreking van de voorwaarden van de tweewegenleer: D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 19-39.

³⁶ F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 151.

³⁷ BS 4 april 2019; J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 457; zie ook F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27.

³⁸ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 83-96.

³⁹ Zie hieromtrent F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, 107-111 en F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27-28.

⁴⁰ Cass. 14 oktober 2002; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overeenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene, de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer?" in X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417.

⁴¹ F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 111; F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 28.

maakt zij "gebruik (...) van haar publiekrechtelijke bevoegdheid om welbepaalde gemeentelijke taken te behartigen".⁴² De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak stelde dit ten aanzien van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden uitdrukkelijk voorop in zijn arrest *Driessens e.a.* van 15 september 1992.⁴³ De regels omtrent intergemeentelijke samenwerking worden bijgevolg als 'exclusief' beschouwd.⁴⁴ Het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018 bevatten geen uitdrukkelijk verbod om de privaatrechtelijke weg te bewandelen, maar op grond van de tweewegenleer is de private weg wel op impliciete wijze afgesloten.⁴⁵

8. Filialisering langs privaatrechtelijke weg? – In dit verband kan de filialiseringstendens bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in België niet ontbreken. Op grond van artikel 472, §1, eerste lid van het DLB⁴⁶, artikel L1512-5, eerste lid CDLD⁴⁷, en artikel 53, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018⁴⁸, is het mogelijk voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om deel te nemen in privaat- of publiekrechtelijke entiteiten indien deze tot de verwezenlijking van hun doel kunnen bijdragen. Dit impliceert dat ze participaties kunnen nemen in (het kapitaal van) een andere (private) rechtspersoon. In de praktijk leiden intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hieruit af dat ze ook filialen – of dochterentiteiten – kunnen oprichten op grond van het privaatrecht, wat ook frequent gebeurt. Opvallend is trouwens dat – in tegenstelling tot de andere twee gewesten – de oprichting van sub-filialen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest uitdrukkelijk verboden is.⁴⁹ Voor een kritische beschouwing van de intergemeentelijke filialen, zie *infra* nr. 17.

2. De doorwerking van publiekrechtelijke waarborgen op privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden in Nederland

9. Toepassing van publiekrechtelijke waarborgen in de Awb – De centrale vraag in deze bijdrage is in welke mate het juridisch aangewezen is dat Nederlandse en Belgische gemeenten zich op het privaatrecht (kunnen) beroepen bij de oprichting van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten we nagaan in welke mate

⁴² F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; zie hieromtrent F. VANDENDRIESSCHE, "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 77-80.

⁴³ RvS 15 september 1992, nr. 40.314, *Driessens e.a.*; zie ook RvS 21 december 1999, nr. 84.268, *NV Van Reymenant e.a.*, overw. 3.4; zie over de rechtspraak over de oprichting van de vzw Vlaamse Operastichting (VLOS): F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, 108-111; de Raad van State oordeelde ook al gelijkaardig ten aanzien van het OCMW Wingene in RvS 9 december 2002, nr. 113.428, overw. 5.3.6-5.3.7.

⁴⁴ K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 131; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 95.

⁴⁵ M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 80.

⁴⁶ Art. 472, §1, eerste lid DLB: "Met behoud van de toepassing van andere wettelijke of decreetale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet die rechtsvorm hebben aangenomen, op voorwaarde dat het maatschappelijk doel van die rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en op voorwaarde dat de wetgeving van de overheidsopdrachten wordt nageleefd."

⁴⁷ Art. L1512-5, eerste lid CDLD: "Les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social."

⁴⁸ Art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018: "De intercommunale kan rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen aangaan in privaat- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen indien deze tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel kunnen bijdragen."

⁴⁹ Art. 63, in fine ordonnantie van 5 juli 2018: "De oprichting van sub-filialen is verboden."

publiekrechtelijke waarborgen en relevante wetgeving toepassing vinden op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Om dit te doen, wordt er een blik op Nederland geworpen waar privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden volkomen zijn ingeburgerd. Om al een tipje van de sluier op te lichten, halen we in België best niet te veel inspiratie bij onze noorderburen.

Bestuursrechtelijke bepalingen zijn in de Nederlandse rechtsorde voornamelijk terug te vinden in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Een eerste stap bij het beantwoorden van deze vraag is dan ook na te gaan of het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband onder het toepassingsgebied van de Awb valt. Waar er in België een amalgaam aan bestuursbegrippen bestaat, wordt er in Nederland over het algemeen een eenvormig bestuursbegrip gehanteerd, nl. 'het bestuursorgaan'. De uitwerking van de personele toepassing van het bestuursrecht in Nederland is dan ook iets om vanuit België gezond jaloers op te zijn. Artikel 1:1, 1 van de Awb definieert wat er onder een bestuursorgaan dient te worden begrepen: "*Onder bestuursorgaan wordt verstaan: a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed*". Kenmerkend aan dit begrip is dus dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen a-bestuursorganen en b-bestuursorganen.⁵⁰

De a-bestuursorganen vormen "*als het ware het hart van de overheid*", om het met de metafoor van Klap en Groenewegen te zeggen.⁵¹ Indien een orgaan van een rechtspersoon 'krachtens het publiekrecht is ingesteld' zal deze voor al zijn handelen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, 1, a) van de Awb worden aangemerkt, ook voor privaatrechtelijke of feitelijke handelingen. Een entiteit is 'krachtens het publiekrecht ingesteld' indien uit een organisatie- of instellingswet blijkt dat de entiteit rechtspersoonlijkheid bezit of een rechtspersoon is.⁵²

Tegenover de rechtspersonen krachtens het publiekrecht ingesteld, staan de rechtspersonen krachtens privaatrecht. Deze ontleden "*hun status aan het verrichten van de specifieke oprichtingshandelingen die in het BW voor elk van de in art. 2:3 genoemde rechtspersonen zijn voorzien*".⁵³ Gelet op het feit dat het NBW in een typedwang of 'gesloten stelsel' van privaatrechtelijke rechtspersonen voorziet (cf. de Belgische *numerus clausus* in het vennootschaps- en verenigingsrecht), "*kan een rechtspersoon krachtens publiekrecht geen rechtspersoon krachtens*

⁵⁰ Volgens HUISMAN en VAN OMMEREN krijgt de rechtspersoon "*afhankelijk van de rechtsverhouding waarin zij zich openbaart een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke uitwerking (...). Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (vgl. art. 1:1 lid 1 onderdeel a Awb)*." in P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 32, 2.8.2. c).

⁵¹ A. Klap en T. Groenewegen, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 7.

⁵² Opdat een entiteit een 'rechtspersoon krachtens publiekrecht' is, vereist artikel 2:1 van het NBW met andere woorden dat er een organisatiewet of instellingswet wordt aangenomen waaruit de rechtspersoonlijkheid blijkt. Andere lichamen dan de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, en alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt, zie art. 2:1, eerste en tweede lid NBW.

⁵³ A. Klap en T. Groenewegen, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 2-4.

privaatrecht zijn, of omgekeerd".⁵⁴ Indien privaatrechtelijke rechtspersonen aan een aantal voorwaarden voldoen, zijn ze te kwalificeren als *b-bestuursorganen*.⁵⁵ Vaak gaat het bij b-bestuursorganen om personen of colleges die tot een privaatrechtelijke rechtspersoon behoren. B-bestuursorganen oefenen eveneens publiekrechtelijke taken en bevoegdheden uit, maar die personen of dat college zullen slechts een bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn voor zover ze een publiekrechtelijke taak en bevoegdheid uitoefenen waardoor ze *met openbaar gezag zijn bekleed*. Er is dus sprake van een casuïstisch aanknopingspunt en tezelfdertijd van een functionele benadering.⁵⁶

Zonder op alle nuances van de begripsinvulling te willen ingaan, betekent 'openbaar gezag' het 'eenzijdig kunnen bepalen van de rechtspositie van rechtssubjecten': *"de bevoegdheid daartoe moet – gelet op het legaliteitsbeginsel – gebaseerd zijn op een wettelijk voorschrift. Het enkele feit dat sprake is van een overheidstaak is dus niet voldoende; er moet ook een publiekrechtelijke bevoegdheid zijn toegekend om de daarvoor vereiste rechtsgevolgen mogelijk te maken. Een persoon of college wordt dus als b-bestuursorgaan aangemerkt indien hij een publiekrechtelijke rechtshandeling verricht (oftewel een besluit in de zin van art. 1:3 Awb neemt)*".⁵⁷ Om te weten of een b-bestuursorgaan de rechtspositie van een rechtssubject eenzijdig bepaalt, moet dus worden nagegaan of het b-bestuursorgaan een besluit neemt. 'Het besluit' vormt dan ook een tweede kernbegrip waaraan de toepassing van de Awb is opgehangen. De Awb voorziet gelukkig zelf wat onder een besluit moet worden verstaan. Op grond van artikel 1:3, eerste lid van de Awb is een besluit een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Op grond van het tweede lid van hetzelfde artikel is een beschikking een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan.⁵⁸

10. Noch a- noch b-bestuursorgaan – Een eerste stap om de vraag te beantwoorden in welke mate het bestuursrecht nog precies doorgang vindt op de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, is dus bepalen of er sprake is van een bestuursorgaan dat onder de toepassing van de Awb valt. Aangezien privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hun rechtspersoonlijkheid ontleen aan artikel 2:3 van het NBW (= de privaatrechtelijke weg), zijn zij al zeker geen a-bestuursorganen. Indien privaatrechtelijke rechtspersonen met enig openbaar gezag zijn bekleed, zullen ze wel b-bestuursorganen zijn.

⁵⁴ A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 3.

⁵⁵ Zie uitgebreid omtrent het b-bestuursorgaan: N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 55 e.v.; zie ook P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 365 e.v.

⁵⁶ Zie uitgebreid omtrent het bestuursorgaanbegrip in de Awb: hoofdstuk 3 van S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer; zie ook onder meer H.E. BRÖRING en K.J. DE GRAAF (eds.), *Bestuursrecht 1*, Den Haag, Boom juridisch, 2022, 90 e.v., A.T. MARSEILLE, V.M. BEX-REIMERT, L.J.A. DAMEN, K.J. DE GRAAF en G.A. VAN DER VEEN, *Inleiding bestuursrecht*, Den Haag, 2021, Boom juridisch, 53 e.v.

⁵⁷ A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 8.

⁵⁸ Zie onder meer over het feit dat een besluit een publiekrechtelijke en geen privaatrechtelijke rechtshandeling is: A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 32.

Aangezien gemeenten echter in beginsel geen bevoegdheden kunnen overdragen aan privaatrechtelijke rechtspersonen omdat de Gemeentewet in een gesloten bevoegdhedenstelsel voorziet, zijn attributie en delegatie aan een (orgaan van een) privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel onmogelijk.⁵⁹ Het mandateren van taken kan wel, maar dit leidt er niet automatisch toe dat een privaatrechtelijke rechtspersoon is bekleed met openbaar gezag.⁶⁰ Kenmerkend aan het mandaat is dus dat er geen sprake zal zijn van een bevoegdheidsoverdracht, terwijl dit net wél het geval is bij het delegeren of het attribueren van een bevoegdheid.⁶¹

Concreet betekent dit dat deelnemende gemeenten niet kunnen overgaan tot de attributie of delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit heeft tot gevolg dat privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *noch een a-bestuursorgaan, noch een b-bestuursorgaan* zijn in de zin van de Awb. Toch is er een uitzondering mogelijk: gemeenten kunnen een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband geheel of grotendeels subsidiëren en dit samenwerkingsverband kan vervolgens als bestuursorgaan onder de burgers uitkeringen of op geld waardeerbare rechten verdelen.⁶² In dit geval zal er alsnog sprake zijn van een b-bestuursorgaan.⁶³

11. Geen toepassing van publiekrechtelijke waarborgen in de Awb – Het feit dat privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe geen bestuursorgaan zijn, heeft tot gevolg dat de Awb en bijhorende publiekrechtelijke waarborgen geen toepassing vinden op deze samenwerkingsverbanden. Meer concreet zal bijvoorbeeld het klachtrecht zoals dit is geregeld in hoofdstuk 9 van de Awb niet spelen. Hier geldt immers het algemene uitgangspunt van de Awb, namelijk dat de bepalingen van toepassing zijn van zodra er sprake is van een

⁵⁹ R. DE GREEF, "Een vrije keuze tussen delegatie en mandaat bij intergemeentelijke samenwerking", *JBplus* 2019, afl. 4, 5, zie deze bijdrage omtrent delegatie en mandaat bij publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en de voor- en nadelen die aan beide technieken zijn gekoppeld; R. DE GREEF, "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, (33) 44; zie ook R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13, 692 e.v.; L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 5.

⁶⁰ Tenzij de voorwaarden van de Stichting-Silicosejurisprudentie zijn vervuld. R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 61; "Privaatrechtelijke vormen worden dan ook met name gebruikt voor de behartiging van wat in het jargon 'doe-taken' worden genoemd: afvalverwerking, havens, vervoer, stedelijke vernieuwing, etc." (eigen onderlijning), aldus ZIJLSTRA in S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 346.

⁶¹ Zie omtrent bevoegdheidstoedeling en het onderscheid tussen, enerzijds, attributie en delegatie en, anderzijds, mandaat: R.J.N. SCHLOSSELS, C.L.G.F.H. ALBERS, S. HILLEGERS en S. KOLE, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag, Boom juridisch, 2020, 110-117 en – meer uitgebreid – het volledige derde hoofdstuk van H.E. BRÖRING en K.J. DE GRAAF (eds.), *Bestuursrecht* 1, Den Haag, Boom juridisch, 2022, 135-162.

⁶² Een belangrijke nuance bij de invulling van 'openbaar gezag' is die van het 'publieketaakcriterium' zoals dit is ontwikkeld in de Nederlandse rechtspraak en meer bepaald in de Stichting-Silicosejurisprudentie (ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850). Bij dit criterium dat is ontwikkeld in het kader van subsidiëring van entiteiten met overheidsgelden door private rechtspersonen ligt de focus op de vraag of er sprake is van "*financiële en inhoudelijke banden tussen de overheid en de privaatrechtelijke organisaties die overheidstaken uitoefenen. Bepalend is dus of de 'echte' overheid 'bepaalt en betaalt'.*", zie A. KLAP en T. GROENEWEGEN, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 11.

⁶³ R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 70.

bestuursorgaan.⁶⁴ Gelet op de redenering van het gesloten bevoegdhedenstelsel zullen de bepalingen inzake het klachtrecht in beginsel niet van toepassing zijn op het handelen van de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁶⁵

Dit uitgangspunt is hetzelfde ten aanzien van de verschillende hoofdstukken van de Awb. Zo zal er bijvoorbeeld op grond van artikel 8:1 van de Awb (dit artikel regelt de toegang tot de bestuursrechter) geen beroep kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen een handeling van een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband, aangezien dit geen besluit is waartegen dergelijk beroep openstaat.⁶⁶ Opvallend is dat publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden daarentegen in beginsel voor *al* hun handelen (dus ook voor hun privaatrechtelijke handelingen) onderworpen zijn aan de toepassing van de Awb. De toegang tot de bestuursrechter staat enkel open als ze besluiten in de zin van artikel 1:3 van de Awb nemen.⁶⁷

12. Toepassing van andere publiekrechtelijke waarborgen – Naast de bestuursrechtelijke waarborgen die de Awb vooropstelt, zijn er ook bestuursrechtelijke principes opgenomen in verschillende bijzondere wetgeving. Toch is ook daar niet veel nieuws te vermelden aangezien die bijzondere wetgeving zo goed als steeds teruggrijpt naar het Awb-bestuursorgaanbegrip.

Zo is er het principe van de *openbaarheid van bestuur* zoals dit is geregeld in de Wet open overheid (hierna: Woo).⁶⁸ Het uitgangspunt t.a.v. een privaatrechtelijke rechtspersoon is dat de Woo er in beginsel niet op van toepassing is aangezien de wet voor haar toepassingsgebied teruggrijpt naar het Awb-bestuursorgaanbegrip.⁶⁹ Bovenvermelde redenering kan hier worden herhaald, namelijk dat de Woo – gelet op de invulling van het bestuursorgaanbegrip – toch toepassing vindt indien de privaatrechtelijke rechtspersoon bevoegdheden heeft geattribueerd of gedelegeerd gekregen: "*In dat geval is het orgaan van de rechtspersoon immers met openbaar gezag bekleed en zodoende bestuursorgaan. De WOB is dan onverkort van toepassing voor zover de publiekrechtelijke taak wordt uitgevoerd.*", aldus DE GREEF. De auteur voegt daar evenwel terecht aan toe dat dit nauwelijks het geval zal zijn op (inter)gemeentelijk niveau, aangezien de Gemeentewet in een gesloten bevoegdhedenstelsel voorziet.⁷⁰ Bovendien volstaat aandeelhouderschap of lidmaatschap niet als

⁶⁴ R. DE GREEF, "Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?", *JBplus* 2020, afl. 2, (33) 34, zie ook deze bijdrage over het klachtrecht t.a.v. de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

⁶⁵ Het mandateren van taken door de gemeenten aan het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband kan dan weer wel, maar dit zal er niet automatisch toe leiden dat een privaatrechtelijke rechtspersoon is bekleed met openbaar gezag. Aangezien de mandaatverlening een band van ondergeschiktheid creëert t.a.v. een bestuursorgaan ontstaat er dan wel een klachtrecht t.o.v. het mandaterend bestuursorgaan (nl. de deelnemende gemeenten).

⁶⁶ Zie omtrent het besluitbegrip: A. Klap en T. Groenewegen, *Kernbegrippen van de Algemene Wet Bestuursrecht. Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2019, 17 e.v.

⁶⁷ "*Wgr-organen zijn orgaan van een rechtspersoon, krachtens publiekrecht ingesteld, en om die reden voor al hun handelingen onderhevig aan de Awb (art. 1:1 lid 1 onder a Awb). Rechtsbescherming bij de bestuursrechter bestaat alleen voor zover zij besluiten in de zin van de Awb nemen.*" in R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 70.

⁶⁸ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0045754/2022-05-01>. Tot voor kort, gold de Wet openbaarheid van bestuur (WOB). De WOB is vervallen op 1 mei 2022.

⁶⁹ Art. 2.2.1. Woo, zie vroeger art. 1a WOB.

⁷⁰ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13, 692 e.v.

zodanig om van de band van ondergeschiktheid te kunnen spreken waarin artikel 4.1.1. van de Woo⁷¹ voorziet. Indien daarentegen aan het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een opdracht wordt gemandateerd (lees: de gemeenten hebben een overwegende invloed op het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband), dan handelt het privaatrechtelijk samenwerkingsverband onder verantwoordelijkheid van het mandaterende bestuursorgaan. De deelnemende gemeenten zullen dan als bestuursorgaan bevoegd zijn om de Woo-verzoeken te behandelen.⁷²

Ook de Wet Nationale ombudsman⁷³ (hierna: WNo) koppelt zijn toepassingsgebied in artikel 1a van de WNo aan het Awb-bestuursorgaanbegrip.⁷⁴ Aangezien de privaatrechtelijke intergemeentelijk samenwerkingsverbanden in beginsel geen bestuursorgaan zijn, is hun handelen niet onderworpen aan de toepassing van de WNo.⁷⁵

De toepassing van de *beginselen van behoorlijk bestuur*, deels ongeschreven regels van publiekrecht, verdienen nog een uitdrukkelijke vermelding omdat er daar op het eerste gezicht een ander 'bestuursbegrip' lijkt te worden gehanteerd (nl. 'overheid'). Artikel 3:14 van het NBW voorziet dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit laatste artikel houdt onder meer in dat een *overheid* gebonden is aan de beginselen van behoorlijk bestuur als ze privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, wat eerder reeds bevestigd is door de Hoge Raad.⁷⁶ Dus: als een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband als overheid in de zin van artikel 3:14 van het NBW kan worden gekwalificeerd, zouden de beginselen van behoorlijk bestuur op zijn handelen van toepassing zijn. De criteria die bepalen of er sprake is van een 'overheid' zijn door de Hoge Raad ontwikkeld in zijn ComforMed-arrest, waarbij de Hoge Raad aansluiting zoekt bij het Awb-bestuursorgaanbegrip.⁷⁷ De beginselen van behoorlijk bestuur vinden met andere woorden toepassing op privaatrechtelijke overeenkomsten indien deze zijn gesloten *door een bestuursorgaan*, en dit op grond van artikel 3:1, tweede lid van de Awb *jo.* artikel 3:14 van het NBW.⁷⁸ Aangezien de

⁷¹ Onder de WOB was dit artikel 3, eerste lid.

⁷² Zie omtrent de openbaarheid van bestuur (ook t.a.v. de publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden) R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 13; zie ook R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 71.

⁷³ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0003372/2021-07-10>.

⁷⁴ Zie ook omtrent de Wet Nationale ombudsman: N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 109-116.

⁷⁵ Zie uitgebreid omtrent de problemen die de ombudsman ervaart met 'ontstatelijking' (i.h.b. klachten over privaatrechtelijke organisaties die 'publieke' taken uitvoeren) en de noodzakelijke verruiming van zijn bevoegdheid: het preadvies en bijhorende toelichting van J. DE BRUIJN n.a.v. de Jonge VAR 2021 die plaatsvond op 17 december 2021.

⁷⁶ Bv. in het Ikon-arrest (HR 27 maart 1987, NJ 1987/727, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 en de noot van SCHELTEMA) en het Zeeland/Hoondert-arrest (HR 24 april 1992, NJ 1993/232, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 en de noot van SCHELTEMA); zie over de ontstaansgeschiedenis en de inhoud van dit artikel van het NBW, N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 87 e.v.

⁷⁷ HR 4 april 2003, nr. C01/169HR, ComforMed, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, overw. 3.4.3.

⁷⁸ "Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet."; zie ook E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

privaatrechtelijke intergemeentelijk samenwerkingsverbanden in beginsel geen bestuursorgaan zijn, brengt dit met zich mee dat het handelen van privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in beginsel ook *niet* aan de beginselen van behoorlijk bestuur is onderworpen.⁷⁹

De wetgever kan er evenwel voor kiezen om bepalingen te voorzien die het gedrag regelen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geen openbaar gezag uitoefenen maar wel de behartiging van publieke belangen vooropstellen.⁸⁰

13. Toepassing van andere regelgeving – Zonder hier te veel in detail op te willen ingaan, is het *aanbestedingsrecht* van toepassing op een 'aanbestedende dienst'. Artikel 1.1 van de Nederlandse Aanbestedingswet⁸¹ definieert een 'aanbestedende dienst' als de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Het is niet duidelijk of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een aanbestedende dienst is. In zijn artikel 1.1 definieert de Awb een 'publiekrechtelijke instelling' als een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen. Gelet op deze criteria valt er bijgevolg niet op algemene wijze te stellen of er sprake is van *publiekrechtelijke instellingen* en bijhorende toepassing van het aanbestedingsrecht op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar dergelijke toepassing is dus zeker mogelijk. Dit zal m.a.w. telkens *in concreto* na te gaan zijn.⁸²

⁷⁹ JAK merkt op in zijn proefschrift dat de Hoge Raad evengoed "een eigen overheidsbegrip onder artikel 3:14 BW [had] kunnen ontwikkelen", maar dat de Hoge Raad redeneerde vanuit de harmonisatie en systematiseringsgedachte van de Awb, zie N. JAK, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en onderneming*, Den Haag, BJU, 2014, 92; zie over enkele rechtstheoretische principes omtrent de mate waarin de privaatrechtelijke equivalenten van de beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk toepassing vinden op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: R. SCHLÖSSELS, C. JANSEN, I. OPDEBEEK, S. DE SOMER, J. DELVOIE en C. FORNOVILLE, *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Wolf Publishers, 2021.

⁸⁰ De wetgever zal in dat geval dus wel optreden, terwijl de publiekrechtelijke waarborgen automatisch spelen t.a.v. publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Zo stelt ZIJLSTRA dat "[i]n tal van bijzondere wetten (...) maatschappelijke organisaties gebonden [zijn] aan normen die soms inhoudelijk grotendeels overeenkomen met publiekrechtelijke normen. Zo kan de wetgever voorschrijven dat zij hun beslissingen moeten motiveren (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via art. 3:46 en 3:47 Awb), dat zij een klachtregeling moeten hebben (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via hoofdstuk 9 Awb), dat hun stukken openbaar zijn (voor bestuursorganen automatisch voorgeschreven via de Wob), etc. Het blijven echter naar hun aard normen van (dwingend) privaatrecht." in S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 268.

⁸¹ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2019-04-18>.

⁸² R. DE GREEF, S.E. ZIJLSTRA en F.H.K. THEISSEN, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vormgeving*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2015, 73; zie omtrent inbesteding door gemeenten: H.N. S'JACOB, "Inbesteding door de gemeente", *Gst.* 2009, afl. 54.

Naast het aanbestedingsrecht kan er nog een blik worden geworpen op de Nederlandse uitgangspunten in het *mededingingsrecht*. Waar de Nederlandse Mededingingswet⁸³ een onderneming kwalificeert als 'elke eenheid die goederen of diensten op de markt aanbiedt', zullen bepaalde privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – net zoals hun Belgische 'publiekrechtelijke' variant trouwens⁸⁴ – onderworpen zijn aan het mededingingsrecht. In dat kader dient bovendien de wet 'Markt en Overheid' te worden vermeld die het Europees mededingingsrecht aanvult.⁸⁵ Enerzijds maakt hoofdstuk 4b gebruik van het begrip 'bestuursorgaan'. Hier kan bovenvermelde redenering worden gehanteerd om te stellen dat de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden in principe geen bestuursorgaan zijn.⁸⁶ Anderzijds is er echter nog de relatie tussen de deelnemende gemeenten (als bestuursorgaan) en het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband zelf. In dat opzicht is het van belang om te weten of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband een 'overheidsbedrijf' is zoals gedefinieerd in artikel 25, eerste lid, a).⁸⁷ Indien dit het geval is – wat op het eerste gezicht zeker zo kan zijn – zullen de regels van hoofdstuk 4b spelen. Dit brengt met zich mee dat de deelnemende gemeenten op grond van artikel 25j van de wet Markt en Overheid het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband bijvoorbeeld niet mag bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee het samenwerkingsverband in concurrentie treedt.⁸⁸

14. Geen onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke entiteiten – Tot slot voorziet bepaalde Nederlandse wetgeving soms (bewust) helemaal geen onderscheiden juridische behandeling tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke entiteiten. In die gevallen zal er ook geen sprake zijn van een verschillende werkwijze naargelang het gaat om een publiekrechtelijk of een privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband. Als voorbeeld kan het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (hierna: BVV) worden vermeld. Artikel 1, eerste lid, b) van het BBV definieert een 'verbonden partij' als 'een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke organisatie waarin de provincie onderscheidenlijk gemeente een bestuurlijk en een financieel belang heeft'. Op die manier wordt er niet enkel financiële controle georganiseerd op publiekrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, maar ook op de privaatrechtelijke equivalenten: "Het comptabiliteitsrecht voor decentrale overheden maakt daarin in beginsel dan ook geen onderscheid, anders dan het algemeen bestuursrecht, het ambtenarenrecht, het fiscaal recht, het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht.", (eigen onderlijning), aldus DE GREEF, HUNTJENS en

⁸³ Online te raadplegen op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/2021-02-18#>.

⁸⁴ Ondanks hun publiekrechtelijk karakter, kunnen Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden als onderneming kwalificeren in de zin van het mededingingsrecht zoals opgenomen in boek IV van het Wetboek van Economisch Recht (WER), M. DECOCK, "Intercommunes hebben 'geen handelskarakter': naar een uitholling van dit begrip", *T.Gem.* 2020, afl. 1, 34-49

⁸⁵ Deze regels zijn opgenomen in hoofdstuk 4b 'Overheden en overheidsbedrijven' van de Mededingingswet en hebben als doel oneerlijke concurrentie door de overheid bij het stellen van economische activiteiten te voorkomen.

⁸⁶ De mededingingsrechtelijke bepalingen in de wet Markt en Overheid die betrekking hebben op een *bestuursorgaan*, zullen bijgevolg niet van toepassing zijn op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

⁸⁷ Hiertoe is doorslaggevend of de gemeenten het beleid kunnen bepalen in het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband.

⁸⁸ Er is evenwel een noemenswaardige uitzondering voorzien. Als de bevoordeling in artikel 25j plaatsvindt *in het algemeen belang*, dan is die bevoordeling van het privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerkingsverband wel toegelaten. Op grond van art. 25h, 6) wet Markt en Overheid zal de gemeenteraad daartoe een 'algemeenbelangbesluit' moeten nemen, zie A.M. SERRA, "De Wet Markt en Overheid en de uitzondering van het algemeenbelangbesluit: de stand van zaken", *Gst.* 2019, afl. 163.

oud.⁸⁹ Het lijkt erop dat de Nederlandse wetgever dus soms weloverwogen tóch door de privaatrechtelijke vorm heen kijkt en zich baseert op de essentie van een entiteit, nl. in welke mate gemeentelijke belangen vooropstaan.

3. De (on)wenselijkheid van privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden: inspiratie mogelijk voor België?

15. Voorzichtigheid geboden – In deze bijdrage ligt de focus op de privaatrechtelijke verenigingsmogelijkheid voor gemeenten. Op het eerste gezicht is het bestaan van een privaatrechtelijke weg voor Nederlandse gemeenten een interessant alternatief dat mogelijk ook als inspiratie kan dienen voor de optimalisering van de Belgische equivalent. Ondanks de populariteit en de voordelen die privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking met zich meebrengt zoals flexibiliteit, een bron van inkomsten en niet-politieke dienstverlening, is er vanuit verschillende opzichten toch heel wat voorzichtigheid geboden bij het volgen van deze weg. Handelingen van Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn immers onttrokken aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen.

NEHMELMAN legt de vinger op de wonde: *"er [kleven] grote bezwaren aan privaatrechtelijke samenwerking (...), onder meer vanwege de minder sterke democratische waarborgen en de verminderde rechtswaarborgen voor de burgers (zoals de gang naar de rechter). Niet alle publiekrechtelijke waarborgen zoals verankerd in onder meer de Gemeentewet, de Provinciewet en de Algemene wet bestuursrecht zijn immers automatisch van toepassing op deze privaatrechtelijke vormen van samenwerking, terwijl dit bij publiekrechtelijke samenwerking wel het geval is."* (eigen onderlijning).⁹⁰ Zoals DE GREEF het formuleert, zijn *"'democratische en rechtsstatelijke waarborgen' als de openbaarheid van bestuur (...) zeker zo belangrijk."*⁹¹ DE GROOT omschrijft de nadelen van het volgen van de privaatrechtelijke weg als volgt: *"Tegenspraak tussen het winststreven van de NV en de behartiging van openbare belangen door gemeenten, het ontbreken van controle op de NV's door hogere overheden en het gebrek aan democratische legitimatie werden wel als bezwaren gevoeld."* (eigen onderlijning).⁹² TIMMERMANS en ACKERMANS-WIJN menen dat men in de praktijk *"[s]teeds weer (...) vrijwel standaard naar de privaatrechtelijke rechtsvorm (met name die van de stichting, de NV of de BV) [grijpt] met voorbijgaan aan de mogelijke nadelen en risico's die daaraan kunnen kleven,*

⁸⁹ R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 1-2; zie bv. omtrent de mogelijkheid tot belastingheffing door intergemeentelijke samenwerkingsverbanden: J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1: *"Is de gemeenschappelijke regeling niet van publiekrechtelijke, maar van privaatrechtelijke aard, dan kan van heffing van retributies, c.q. van belastingen uiteraard geen sprake zijn."*

⁹⁰ E.R. MULLER, H. KUMMELING en R. NEHMELMAN (eds.), *Instituten van de staat*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 7.5.

⁹¹ R. DE GREEF, "Openbaarheid van bestuur en intergemeentelijke samenwerking: Hoe zit het nu eigenlijk?", *Gst.* 2018, afl. 133; *"Bij privaatrechtelijke rechtsvormen is minder geregeld met betrekking tot politieke controle en verantwoording, hetgeen ook logisch is nu deze rechtsvormen niet in eerste instantie in het leven zijn geroepen met het oog op het uitoefenen van publieke taken."* in R. DE GREEF, L.C.L. HUNTJENS en N.M. OUD, "Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging", *NTB* 2012, afl. 6, 8; zie bovendien over het tekort aan democratische legitimiteit bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden L. SCHAAP, L. DE GRAAF en J. VAN OSTAAIJEN, "Democratisering van governance: oplossingen voor het democratisch tekort in intergemeentelijke samenwerking", *Bestuurskunde* 2010, afl. 4, 58-66.

⁹² J.F. DE GROOT, "Het fiscaal instrumentarium van gemeenschappelijke regelingen", *Belastingblad* 1995, afl. 34/1, 2.

en worden publiekrechtelijke vormen van verzelfstandiging al bij voorbaat als te star, ambtelijk en bureaucratisch ter zijde geschoven." (eigen onderlijning).⁹³ Tot slot wijst ZIJLSTRA op drie algemene argumenten die worden aangevoerd tegen het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen bij het uitoefenen van publieke taken: "1) de toepasselijkheid van waarborgen in het publiekrecht is niet gegarandeerd; 2) de organisatie is niet herkenbaar als onderdeel van de overheid; 3) het leidt met betrekking tot een aantal belangrijke juridische aspecten tot onduidelijkheid en daarmee tot risico's".⁹⁴ De auteur stelt bovendien dat deze "vlucht in het privaatrecht" (...) merkwaardig en zeer ongelukkig [is]."⁹⁵

Vermeldenswaardig is dat er in mei 2021 een motie werd ingediend om een kader op te stellen voor democratische controle op privaatrechtelijke samenwerkingen omdat "de controle- en participatiemechanismen die op gemeenschappelijke regelingen van toepassing zijn niet gelden voor privaatrechtelijke samenwerking, terwijl decentrale volksvertegenwoordigers ook op dit soort samenwerkingen goed zicht moeten kunnen houden".⁹⁶ Ook HUISMAN en VAN OMMEREN pleiten meer algemeen voor een verruiming van het toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: "Naar onze mening is het wenselijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in elk geval van toepassing te laten zijn op het optreden van privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen, zoals overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen, ook als hun organen niet als bestuursorgaan zijn aan te merken".⁹⁷ Deze recente initiatieven wijzen alvast op een (politieke) wil om juridisch in te grijpen.

Uiteraard is het *privaatrecht* wel van toepassing op de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en kan de vraag worden gesteld of de in het privaatrecht ontwikkelde principes (bv. redelijkheid, billijkheid, zorgvuldigheid, enz.) voldoende tegengewicht kunnen geven. Dit onderzoeken was niet mogelijk binnen de beperkte opzet van deze rechtsvergelijking, maar VAN WAARDE beantwoordde bijvoorbeeld de vraag of het privaatrecht vergelijkbare bepalingen aan de eisen van de rechtstaat biedt voor aanvragen van financiering door privaatrechtelijke vormgegeven fondsen, alvast negatief.⁹⁸

16. Wat met Belgische privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden? – Op vandaag staat de mogelijkheid voor gemeenten om zich op grond van het privaatrecht te verenigen niet open. Het

⁹³ L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 2.

⁹⁴ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 277 e.v. Tegelijkertijd doet de auteur voorstellen op die problemen te verhelpen, zoals organen van rechtspersonen waarop de overheid overwegende invloed heeft, als bestuursorgaan aan te merken.

⁹⁵ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 283.

⁹⁶ Motie van het lid Bromet, Wijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen en enige andere wetten in verband met het versterken van de democratische legitimatie van gemeenschappelijke regelingen, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2020-2011, 35513, nr. 11.

⁹⁷ P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 738; P.J. HUISMAN en N. JAK, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter", *NTBR* 2022, afl. 24.

⁹⁸ Zie het preadvies en bijhorende toelichting van V. VAN WAARDE, "Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht. De eisen van de rechtstaat getoetst", ongepubliceerd, n.a.v. de Jonge VAR-bijeenkomst van 17 december 2021.

gevoerde onderzoek naar de Nederlandse privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doet sterk vermoeden dat het in België toelaten van dergelijke privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden geen stap vooruit zou zijn, integendeel. De privaatrechtelijke vormgeving van Nederlandse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden doet duidelijk heel wat publiekrechtelijke waarborgen verloren gaan.

Indien, hypothetisch gezien, Belgische gemeenten de mogelijkheid zouden krijgen om samen te werken op grond van het WVV, dan zouden gemeenten kunnen samenwerken door een NV, BV, CV, vzw, ... op te richten. Dit impliceert echter tegelijkertijd dat deze privaatrechtelijk vormgegeven intergemeentelijke samenwerkingsverbanden óók zouden ontsnappen aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen. Zo zou de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en de kwalificatie als administratieve overheid niet meer absoluut zijn. Hun personeel toepassingsgebied verschilt immers naargelang de rechtspersoon een publieke of private rechtsvorm aanneemt.⁹⁹ Dit valt tegelijkertijd te nuanceren: aangezien de toepassing van bijvoorbeeld de wetten van de openbare dienst, de uitvoeringsimmunitet en het faillissementsrecht in België is gekoppeld is aan het begrip 'organieke openbare dienst', zouden de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden – net zoals de toegestane publiekrechtelijke variant – volgens mij wel nog steeds aan deze waarborgen zijn onderworpen.¹⁰⁰

Belangrijk is wel dat de gewestelijke organieke regelgevers bevoegd voor intergemeentelijke samenwerking geen grip meer zouden hebben op deze 'zuiver' privaatrechtelijke entiteiten. De mogelijkheid om bijzondere bepalingen te voorzien in de gewestelijke regelgeving lijkt immers te zijn uitgehold doordat de rechtsgrond om dit privaatrechtelijk samenwerkingsverband op te richten niet in het DLB, de CDLD of de ordonnantie van 5 juli 2018 ligt, maar in het WVV. Het zou me verbazen dat de gewestelijke regelgever hier voorstander van zou zijn. Indien hij dit alsnog wenst, zou hij privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking ook uitdrukkelijk kunnen toelaten door die mogelijkheid op te nemen in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018.¹⁰¹ Hij zou die privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelfs wat publiekrechtelijk kunnen inkleuren door bepaalde waarborgen op hen van toepassing te verklaren.¹⁰² In die beide gevallen is

⁹⁹ Zie over het personeel toepassingsgebied van het begrip administratieve overheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en, M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2023, 226 e.v. en 242 e.v.

¹⁰⁰ M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2023, 214.

¹⁰¹ "Voor de volledigheid is er verder op te wijzen dat de beperkingen of het verbod voor overheden om deel te nemen in een vzw niet steeds uitdrukkelijk moet zijn. Ook indien dit impliciet uit een regeling kan worden afgeleid, is het gebruik van de vzw verboden. Aldus is aan te nemen dat de decretale regeling inzake publiekrechtelijke intergemeentelijke verenigingen impliciet maar zeker uitsluit dat gemeenten – tenzij een specifieke wet of decreet hen dit alsnog toestaat – zich via een privaatrechtelijke vzw met elkaar verenigen om gemeenschappelijk gemeentelijke belangen te behartigen." in F. VANDENDRIESSCHE, "De overheid als oprichter, lid en/of vertegenwoordigde binnen de vzw" in M. DENEFF (ed.), *De VZW*, Brugge, die Keure, 2015, (75) 80.

¹⁰² Het *qui peut le plus peut le moins*-argument overtuigt in die zin dat als het gewest een volledig eigen *sui generis*-regeling kan ontwerpen en "zodoende op de meest absolute wijze [kan] afwijken van het federale recht, zij a fortiori het vennootschaps- of verenigingsrecht van toepassing kunnen verklar[en] en op bepaalde punten hiervan afwijken.", zie J. VANPRAET, "Kunnen de gemeenschappen en gewesten afwijken van het federale vennootschaps- en verenigingsrecht?" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *CDPK* 2008, afl. 4, (883) 892. De deelstatelijke wetgever mag de federale vennootschaps- en verenigingstypes enigszins denatureren, maar zijn vrijheid wordt wel beperkt door het evenredigheidsbeginsel en/of de voorwaarden die zijn gekoppeld aan de theorie van de impliciete bevoegdheden zoals vervat in artikel 10 van de BWHI,

er volgens mij echter opnieuw geen sprake van een zuiver private weg, maar van een privaatrechtelijke weg na publiekrechtelijke machtiging of, volgens sommige rechtsgeleerden, van een publiekrechtelijke weg die privaatrechtelijk gekleurd is.¹⁰³

De beslissing of privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking (en dus het aannemen van een private rechtsvorm) mogelijk is, ligt trouwens niet alleen bij de gewesten. Aangezien de rechtspraak het standpunt heeft ingenomen dat artikel 162 van de Grondwet als dwingende positiefrechtelijke regeling kan worden opgevat die de privaatrechtelijke weg afsluit¹⁰⁴, zou zij ook kunnen aannemen dat samenwerking langs privaatrechtelijke weg wél mogelijk is. Er bestaat immers geen uitdrukkelijk verbod in de organieke regelgeving op privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking. In Nederland is het in ieder geval opvallend dat het niet als onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling wordt gezien dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg samenwerken ter behartiging van openbare belangen¹⁰⁵ – hoewel ook daar een grondwetsartikel (artikel 134, tweede lid van de Nederlandse Grondwet) het verenigingsrecht voor gemeenten opneemt en voorziet dat de wet dit regelt. Wat de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden betreft, lijkt een ander standpunt in de rechtspraak dus mogelijk.

17. Filialisering via privaatrecht – Iets wat we zeker niet uit het oog mogen verliezen, is de intergemeentelijke filialisering. Op grond van artikel 472, §1, eerste lid van het DLB¹⁰⁶, artikel L1512-

die bovendien elkaars 'spiegelbeeld' zijn. Zie hieromtrent M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2023, 271 e.v.

¹⁰³ F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 27; S. VERBEYST, "De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen", *TBP* 2017, afl. 4, 233-242.

¹⁰⁴ RvS 15 september 1992, nr. 40.314, Driessens e.a.; zie ook RvS 21 december 1999, nr. 84.268, NV Van Reyenant e.a., overw. 3.4; de Raad van State oordeelde ook al gelijkaardig ten aanzien van het OCMW Wingene in RvS 9 december 2002, nr. 113.428, overw. 5.3.6-5.3.7; "Na het arrest van het Hof van Cassatie staat vast dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zich verzetten tegen gemeentelijke verenigingen opgericht op grond van het private verenigings- en (allicht ook) vennootschapsrecht, tenzij een specifieke wet dit toestaat. De v.z.w.- en vennootschapswetgeving bieden de gemeenten geen voldoende grondslag om zich te verenigen om gemeentelijke doelstellingen te realiseren. (...) Artikel 162 van de Grondwet en de intercommunale wetgeving werden geacht in de weg te staan aan het gebruik van het private verenigingsrecht door de gemeenten. Er blijkt derhalve een dwingende positiefrechtelijke regeling te bestaan die de 'echte privaatrechtelijke weg' afsluit." in F. VANDENDRIESSCHE, "De oprichting van een intergemeentelijke vereniging op grond van de v.z.w.-wet en de burgerlijke rechter", *CDPK* 2003, afl. 1, (108) 110-111; F. VANDENDRIESSCHE, "Contracten tussen gemeenten na het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2007, afl. 1, (27) 28; zie ook K. GEENS en L. VAN BEVER, "Bestuur en controle in de intercommunale en het autonoom gemeentebedrijf" in S. BAETEN, K. BYTTEBIER en K. LEUS (eds.), *Onderneming van publiek recht*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2000, (129) 131; D. D'HOOGHE, "De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen", *T.Gem.* 1995, afl. 2, (75) 95.

¹⁰⁵ D.H. DE VRIES, "De Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 januari 2006", *Gst.* 2006, afl. 132, 2-3; zie omtrent de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in het licht van de tweewegenleer/doorkruisingsleer: L.J.M. TIMMERMANS en J.C.E. ACKERMANS-WIJN, "Privatisering op decentraal en centraal niveau", *Gst.* 1999, 3 e.v.; zie ook R. DE GREEF, "De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!", *Gst.* 2008, afl. 107, 1: "Provincies, gemeenten en waterschappen werken veelvuldig samen om verscheidene redenen. Ze maken daarbij gebruik van het privaatrecht, maar ze doen dit eveneens via de mogelijkheden die het publiekrecht biedt."

¹⁰⁶ Art. 472, §1, eerste lid DLB: "Met behoud van de toepassing van andere wettelijke of decretale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet die rechtsvorm hebben aangenomen, op voorwaarde dat het maatschappelijk doel van die rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en op voorwaarde dat de wetgeving van de overheidsoverdrachten wordt nageleefd."

5, eerste lid CDLD¹⁰⁷, en artikel 53, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018¹⁰⁸, is het mogelijk voor intergemeentelijke samenwerkingsverbanden om deel te nemen in privaot- of publiekrechtelijke entiteiten indien deze tot de verwezenlijking van hun doel kunnen bijdragen. In de praktijk zorgt die mogelijkheid ervoor dat de (publiekrechtelijke) intergemeentelijke regelgeving in België stelselmatig wordt omzeild via de oprichting van talloze privaatrechtelijke intergemeentelijke filialen.¹⁰⁹ De gebruikmaking van het privaatrecht zorgt dat er in dat geval sprake van is van intergemeentelijke 'corporatisering'.

Binnen het ruime kader van intergemeentelijke samenwerking zijn er dus, enerzijds, de 'klassieke' intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *sensu stricto* die hierboven aan bod kwamen. Dit zijn de rechtspersonen die worden opgericht door de gemeenten en zijn vormgegeven conform het uitgebreide kader dat is uitgewerkt in het DLB, de CDLD en de ordonnantie van 5 juli 2018. Anderzijds, zijn er de intergemeentelijke filialen. Die intergemeentelijke filialen worden niet door de gemeenten zelf opgericht, maar – op hun beurt – door de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Er ontstaat een soort 'tweede niveau' van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden *sensu lato*, dat verder komt af te staan van de gemeenten. Die dochterfilialen kunnen op hun beurt ook filialen oprichten, die op hun beurt kleindochterfilialen creëren ook, enzovoort: "[c]e processus pouvant se poursuivre à l'infini, se forment in fine de véritables groupes de sociétés, complexes, qui suscitent certaines interrogations".¹¹⁰ Samen vormen ze een ondoorzichtig kluwen aan (klein)dochterentiteiten, en de afstand tussen dit 'verlengd lokaal bestuur' en de gemeenten wordt groter en groter.

Deze intergemeentelijke filialen zijn reeds meermaals het voorwerp van discussie geweest. Zo was er bijvoorbeeld recent de investering van een intergemeentelijke dochter in een Braziliaanse gaspijpleiding die zorgde voor kritische vragen om uitleg in het Vlaams Parlement.¹¹¹ Dat er een probleem rijst bij de filialisering en het nemen van participaties blijkt uit het eindrapport van de parlementaire onderzoekscommissie die in het leven is geroepen naar aanleiding van het Publifinschandaal: "*En revanche, dans le cas d'espèce, le démantèlement d'une structure existante avec l'apport de ses diverses branches d'activités à des sociétés filiales ne respecte pas cette disposition, puisqu'il ne s'agit pas de contribuer à la réalisation de l'objet social, mais bien de confier à une société privée un objet déterminé de l'intercommunale en s'exonérant des contraintes juridiques (et notamment du contrôle démocratique des associés communaux et provinciaux)*".

¹⁰⁷ Art. L1512-5, eerste lid CDLD: "Les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social."

¹⁰⁸ Art. 63 ordonnantie van 5 juli 2018: "De intercommunale kan rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemingen aangaan in privaot- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen indien deze tot de verwezenlijking van hun maatschappelijk doel kunnen bijdragen."

¹⁰⁹ "[L]'existence d'une intercommunale avec des ramifications nombreuses et diversifiées ne constitue pas un cas isolé" in N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 298.

¹¹⁰ N. VANDER PUTTEN, "Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique?", *Ann.Dr.Louvain* 2017, afl. 2, (297) 298.

¹¹¹ Vraag om uitleg over de mogelijke gevolgen van de buitenlandse avonturen van Fluxys voor groene investeringen in Vlaanderen van Bruno Tobback aan minister Zuhal Demir, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1270; Vraag om uitleg over de rol van de steden en gemeenten in de participatie van Fluxys in het Braziliaanse TBG van Jeremie Vaneeckhout aan minister Bart Somers, *Parl.St.* VI.Parl, 2020-21, nr. 1376.

prévues par le CDLD." (eigen onderlijning).¹¹² De parlementaire onderzoekscommissie besloot dat er sprake was van een gebrek aan terugkoppeling met de deelnemende gemeenten waardoor de intercommunales niet konden beslissen over de herstructurering van 'Tecteo' die leidde tot de oprichting van 'Publifin', 'Finanpart', 'Nethys', 'Resa' en andere dochtervennootschappen. DURVIAUX wees er in het onderzoeksrapport op dat het gemeentelijk belang 'merkwaardig vertekend' is en dat activiteiten van intergemeentelijke filialen steeds verder af staan van het gemeentelijk belang.¹¹³

Het Waalse Gewest ondernam reeds actie ten aanzien van de intergemeentelijke filialen door het decreet van 29 maart 2018 tot wijziging van het Wetboek van de Plaatselijke Democratie en de Decentralisering met het oog op een sterker bestuur en een sterkere transparantie in de uitvoering van de openbare mandaten in de lokale en bovenlokale structuren en hun filialen, aan te nemen.¹¹⁴ Dit decreet is de vertaling van de aanbevelingen die de parlementaire onderzoekscommissie die belast was met het onderzoek naar de transparantie en de werking van de Publifingroep had geformuleerd in haar rapport en van de richtsnoeren die de Waalse Regering had uiteengezet in haar regionale beleidsverklaring 2017-2019. Het decreet voerde verschillende aanpassingen door ten aanzien van (boven)lokale structuren en ook hun filialen, zoals onder meer een versterking van het toezicht op die filialen.¹¹⁵ In het Vlaamse Gewest is er nog geen sprake van een gelijkaardig decretaal ingrijpen. Het lijkt erop dat het voorlopig aan politieke moed ontbreekt.

Het feit dat een filiaal op het eerste gezicht een private rechtsvorm aanneemt, is in ieder geval geen excuus om het gemeentelijk belang te overschrijden. De private rechtsvorm lijkt mij immers slechts een 'omhulsel' te zijn, aangezien de rechtsgrond van de oprichting van het filiaal zich in de organieke decreten situeert en de Belgische gemeenten de eindverantwoordelijken blijven. De filialen kunnen volgens mij dan ook niet als (zuiver) private vennootschappen of private verenigingen worden beschouwd.¹¹⁶ Vanuit hun hybride design, zouden de principes van intergemeentelijke samenwerking, zoals opgenomen in de organieke bepalingen, toepasselijk moeten blijven op filialen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en evengoed op de participaties die intergemeentelijke samenwerkingsverbanden nemen in private bedrijven. Dit blijkt trouwens ook uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking¹¹⁷ waarin werd benadrukt dat de filialiserings- en participatiemogelijkheid niet kan worden aangewend met de "*klaarblijkelijke bedoeling te ontsnappen aan de decretale regeling voor de intergemeentelijke samenwerking*".¹¹⁸ Het feit dat de organieke regelgeving nauwelijks decretale bepalingen voorziet die intergemeentelijke filialen beteugelen, zorgt er voor dat die ontsnapping in de feiten wel op doorgedreven wijze gebeurt.

¹¹² *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 32-34.*

¹¹³ *Rapport de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin, Parl.St. W.Parl. 2016-17, nr. 861/1, 34-35.*

¹¹⁴ BS 14 mei 2018.

¹¹⁵ Zie bv. MvT bij *project de décret modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales, Parl.St. W.Parl. 2017-18, nr. 1047/1, 3.*

¹¹⁶ M. DECOCK, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge, die Keure, 2023, 265 e.v.

¹¹⁷ BS 31 oktober 2001.

¹¹⁸ MvT bij het ontwerp van decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, *Parl.St. VI.Parl. 2000-01, nr. 565/1, 23.*

18. Evolutie tot corporatisering – Om de bijdrage af te sluiten kan het nuttig zijn om opnieuw wat uit te zoomen. (Inter)gemeentelijke corporatisering is immers geen louter Belgisch fenomeen. Duitse en Italiaanse gemeenten hebben bijvoorbeeld ook verschillende bedrijfsholdings met talrijke autonome dochterentiteiten ontwikkeld.¹¹⁹ De introductie van het *New Public Management* zorgde er in het algemeen voor dat de overheid bij de behartiging van taken van algemeen belang steeds vaker allerlei privaatrechtelijke technieken ging hanteren die in eerste instantie in de private sfeer worden gebruikt, zo ook het private rechtspersonenrecht.¹²⁰

Een in Europa steeds populairder wordende samenwerkingsmethode tussen steden en gemeenten is dan ook het terugvallen op 'corporatisering'. Dit houdt in dat privaatrechtelijke rechtspersonen – in publieke of gemengd publiek-private handen – worden opgericht om taken van gemeentelijk belang te vervullen.¹²¹ Ondanks het feit dat intergemeentelijke corporatisering uiteraard ook voordelen met zich kan meebrengen zoals een zekere flexibiliteit, een bron van inkomsten en niet-politieke dienstverlening, baart de toenemende keuze van lokale overheden voor privaatrechtelijke varianten, zoals intergemeentelijke filialen, ook ernstige zorgen. Zoals hierboven al uiteengezet, is de filialisering via de oprichting van intergemeentelijke dochters in België al uitgegroeid tot het bestaan van entiteiten die zich gedragen als particuliere bedrijven en tot "*weinig doorzichtige vehikels die zich zonder veel politieke controle met zaken bezighouden die ver van hun kerntaak staan*".¹²²

Uit bestuurskundig onderzoek blijkt dat het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen bij overheidsoptreden onbedoelde neveneffecten met zich meebrengt. Centrifugale tendensen naar individuele doelen, het risico op corruptie en andere ethische problemen zijn het resultaat van de ontsnapping door de overheid aan het toch wel rigide en bureaucratische wettelijke kader dat van toepassing is op de publiekrechtelijke samenwerkingsvariant.¹²³ Het openbaar bestuur kiest voor de 'vrijheid' van het bedrijfsleven. Het opzetten van complexe holdingstructuren resulteert algemeen gezien in een meer commercieel georiënteerde nutssector, die zijn focus op het publieke belang verliest en daardoor politiek twijfelachtig wordt.¹²⁴ Semi-publieke instituties zijn ook minder democratisch gelegitimeerd dan traditionele overheidsinstellingen en publieke verantwoording is minder gegarandeerd: "*These new forms of public-private governance seem to be mainly characterised by an elusive and opaque nature which makes them a relevant subject to be investigated with an eye to their possible implications on the traditional mechanisms of democratic accountability*".¹²⁵ Al in 1998 verklaarden HAFFNER en BERDEN dat de creatie van hybride overheidsorganisaties ongelijke concurrentievoorwaarden creëert, aangezien deze organisaties vaak ook concurreren met particuliere organisaties.¹²⁶ Als overheden kiezen voor privaatrechtelijke

¹¹⁹ "[D]iversified corporate holdings with numerous autonomous 'children' institutions" in G. GROSSI & C. REICHARD, "Municipal corporatization in Germany and Italy", *PMR* 2008, afl. 1.

¹²⁰ T. TILQUIN, "Le rôle des intercommunales dans le secteur économique", *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 59-65; S. VAN GARSSE (ed.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel, Politeia, 2016, 66.

¹²¹ G. CITRONI, A. LIPPI en S. PROFETI, "Remapping the state: inter-municipal cooperation through corporatisation and public-private governance structures", *Local Government studies* 2013, afl. 2, 208.

¹²² D. BERVOET, "Wat u moet weten over Publipart", *De Tijd*, 12 februari 2017.

¹²³ GROSSI & C. REICHARD, "Municipal corporatization in Germany and Italy", *PMR* 2008, afl. 1, 611-613.

¹²⁴ GROSSI & C. REICHARD, "Municipal corporatization in Germany and Italy", *PMR* 2008, afl. 1, 611-613.

¹²⁵ G. CITRONI, A. LIPPI en S. PROFETI, "Remapping the state: inter-municipal cooperation through corporatisation and public-private governance structures", *Local Government studies* 2013, afl. 2, 232.

¹²⁶ C.G. HAFFNER en K.G. BERDEN, "Reforming Public Enterprises" in *Reforming Public Enterprises*, OECD 1998, 19.

organisatiestructuren zorgt dit tot slot ook voor een toename van risico's voor de financiële integriteit.¹²⁷

Conclusie

19. Publiek- en privaatrechtelijke weg? – In Nederland is geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen gemeenten niet enkel mogelijk via de publiekrechtelijke weg maar ook langs de privaatrechtelijke weg. Het intergemeentelijk samenwerken in private vennootschappen en verenigingen op grond van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (NBW) vormt met andere woorden geen onaanvaardbare doorkruising van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR). Privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerking is in principe niet toegelaten in België. Het bestaan van een publiekrechtelijk alternatief, inclusief de bijhorende toepassing van publiekrechtelijke waarborgen en dwingende regelgeving, rechtvaardigt die beperking.

20. Naleving art. 160, lid 2 NGenW en kritische reflectie in Nederland – Het is onrustwekkend dat de privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsmogelijkheid in Nederland de geprefereerde techniek is bij lokale besturen. Ze ontsnappen namelijk aan tal van publiekrechtelijke waarborgen, maar toch blijft het overgrote merendeel van de Nederlandse samenwerkingsverbanden tot op vandaag privaatrechtelijk vormgegeven. Het lijkt me dan ook dat er strikter zou moeten worden toegezien op de naleving van artikel 160, tweede lid van de NGenW dat een wettelijke voorkeur voor publiekrechtelijke samenwerkingsmogelijkheden bevat. Volgens ZIJLSTRA is er immers *"geen terrein van staats- en bestuursrecht waar de overheid zó consequent en zonder gêne het recht schendt als hier."*¹²⁸ De motie die in 2021 werd ingediend om een kader op te stellen voor democratische controle op privaatrechtelijke samenwerkingen en de oproep van HUISMAN en VAN OMMEREN om tot een verruiming van het toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te komen, wijzen alvast op de wil om in te grijpen. Dit 'publiekrechtelijk inkleuren' van privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden is inderdaad een optie, maar zou volgens mij ook kunnen worden vermeden: het gebrek aan toepassing van publiekrechtelijke waarborgen in vergelijking met de publiekrechtelijke weg, zou naar mijn mening op zijn minst de aanleiding moeten geven om kritisch te reflecteren over de vraag of intergemeentelijk samenwerken op grond van het NBW tóch geen onaanvaardbare doorkruising van de WGR oplevert.

21. Omzichtigheid bij privaatrechtelijke weg en filialisering in België – Het voor Belgische gemeenten ook uitdrukkelijk decretaal mogelijk maken om zich via privaatrechtelijke weg te verenigen, zou voor de gemeenten verschillende keuzemogelijkheden bij creëren. Een private rechtsvorm kan bovendien zorgen voor, onder meer, een sneller privaatrechtelijk beslissingsproces, een lagere personeelskost via contractuelen, het ontbreken van een log publiekrechtelijk statuut met een aantal inherente (bestuurskundige) verplichtingen, en bedrijfsvriendelijkheid. Dit zou echter tegelijkertijd impliceren dat deze privaatrechtelijk vormgegeven intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ontsnappen aan de toepassing van tal van publiekrechtelijke waarborgen – net zoals dit het geval is bij de Nederlandse privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden. De

¹²⁷ J. KELLY, "The Curious Absence of Inter-municipal Cooperation in England", *PPA* 2007, afl. 22.

¹²⁸ S.E. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 277.

gewestelijke organieke regelgevers bevoegd voor intergemeentelijke samenwerking zouden bovendien hun grip op deze entiteiten verliezen.

Het ondoorzichtig kluwen aan filialen, kleindochterfilialen, achterkleindochterfilialen, enzovoort, dat intussen door de Belgische intergemeentelijke samenwerkingsverbanden is geïnstitueerd en die zijn gebaseerd op het privaatrecht, zijn bovendien een voorbode van hoe het Belgisch intergemeentelijk landschap er ook op 'moederniveau' zou kunnen uitzien als – naast de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zelf – ook de gemeenten privaatrechtelijke intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zouden kunnen oprichten. De problemen die ten aanzien van de intergemeentelijke filialen rijzen, vormen een extra argument om de mogelijkheid tot privaatrechtelijke organisatievormen toch met de nodige terughoudendheid te benaderen. Ondanks de geldende Nederlandse praktijk, lijkt het erop dat het juridisch gezien niet aangewezen is dat gemeenten, maar ook intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, zich op het privaatrecht beroepen bij het oprichten van respectievelijk intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en (sub)filialen van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Meer nog, het restrictieve Belgische uitgangspunt en het bijhorend verbod op privaatrechtelijk intergemeentelijk samenwerken zou mogelijk zelfs ter inspiratie kunnen dienen in Nederland. In het streven naar een evenwichtige balans tussen efficiëntie, transparantie en de bescherming van publieke belangen, is het absoluut nodig dat we de denkoefening omtrent de vormgeving van intergemeentelijke samenwerking voortzetten.

Marie DeCock

Docent Bestuursrecht – UHasselt & UMaastricht
Postdoctoraal Onderzoeker – FWO
Visiting Researcher – Yale University