

MEMO

CMS Derks Star Busmann N.V.
Mondriaantoren | Amstelplein 8A
NL-1096 BC Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Van CMS, mr. N.A. van Renssen

Aan Vrienden van het Goois Natuurreservaat

Datum 15 mei 2015

Betreft: **Juridisch Advies aan Vrienden van het
Goois Natuurreservaat inzake juridische
knelpunten bij samenwerking GNR met
PWN**

Referentie 11500657/4887245/NR

INHOUD:¹

I) SAMENVATTING OP HOOFDLIJNEN

II) ADVIES:

1. INLEIDING
2. WET GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING
3. JURIDISCHE STRUCTUUR SAMENWERKING GNR-PWN
4. AANBESTEDINGSRECHT
5. CONCLUSIE

III) BIJLAGEN:

BIJLAGE 1: ***ONJUISTHEDEN EN GEBREKEN BESTUURS- EN BEHEEROVEREENKOMST***

BIJLAGE 2: ***WET GEMEENSCHAPPELIJKE REGELINGEN VAN TOEPASSING***

¹ Dit advies is geschreven door mw. mr. N.A. van Renssen, werkzaam op de sectie Vastgoed & Overheid van CMS Derks Star Busmann N.V te Utrecht/Amsterdam, zij is als advocaat gespecialiseerd in het bestuursrecht. Dit advies kwam tot stand in samenwerking met mw. mr. C.H. van Hulsteijn, advocaat gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht bij hetzelfde kantoor.

I) SAMENVATTING OP HOOFDLIJNEN

- Deze gekozen juridische structuur is niet de meest logische. Bovendien is het de vraag of deze structuur rechtmatig is.
- Het is de vraag of het AB van GNR bevoegd is tot het aangaan van deze overeenkomsten.
- Het is twijfelachtig of het AB van GNR bevoegd is tot een dergelijke statutenwijziging.
- Gelet op de uiteenlopende statutaire doelstellingen van beide organisaties is er geen sprake van een gemeenschappelijk belang. Het is –mede daarom- de vraag of PWN bevoegd zou zijn om deel te nemen aan GNR.
- De constructie van twee overeenkomsten, waarvan één verplicht tot wijziging van de statuten, onder de ontbindende voorwaarde dat een allonge op een overeenkomst uit 1992 wordt getekende, vinden wij zeer onduidelijk en leidt tot onzekerheid.
- Beide overeenkomsten (en de Allonge en de gewijzigde Statuten) zijn niet goed doordacht en onduidelijk:
 - De opdracht is niet duidelijk omschreven, zo is niet gedefinieerd wat wordt verstaan onder het GNR-areaal, de GNR-organisatie of wat wordt verstaan onder 'natuurbeheer'.
 - Er is geen resultaatsverplichting opgenomen en de verdiscontering van de efficiencyvoordelen is niet concreet gemaakt; er is geen waarborg opgenomen dat een feitelijke kostenbesparing van 150-250 duizend euro daadwerkelijk wordt gehaald.
 - De verdeling van de exploitatiekosten en de vergoeding voor de natuurbeheertaken zijn onduidelijk en niet concreet.
- De wijziging van de statuten en de duur van de Bestuursovereenkomst en Beheerovereenkomst zijn niet aan elkaar gekoppeld, dit kan ertoe leiden dat PWN zitting heeft in het AB en DB maar niet meer gehouden is een bijdrage aan GNR te leveren van 10 % van de exploitatiekosten.
- De tweede hoofddoelstelling van GNR (*het behoud van vrije toegang voor het publiek van de natuurgebied*) komt nergens terug in de overeenkomsten.
- De verhouding in de overeenkomst is ongelijk en doet geen recht aan de belangen van GNR
 - Opdrachtnemer PWN lijkt door haar invloed op zowel de uitvoering van het beheer als haar betrokkenheid bij het Jaarplan, de hoogte van de exploitatievergoeding te kunnen beïnvloeden.
 - De Beheerovereenkomst is ongelijk voor wat betreft opzegging (PWN veel ruimere opzegmogelijkheden dan GNR).
 - PWN heeft de vrijheid om instructies van GNR niet op te volgen indien zij van mening is dat de vergoeding daartoe niet toereikend is.
 - GNR is verplicht de opdracht exclusief aan PWN te gunnen; in geval van niet nakoming van de opdracht kan GNR pas na zes maanden een andere partij de

opdracht geven om een deel van de opdracht uit te voeren. Deze ruime mogelijkheden van PWN om de opdrachten te betwisten / niet na te komen, in combinatie met de onduidelijke omschrijving van de opdracht biedt een reële kans dat het beheer niet, dan wel niet naar behoren zal worden uitgevoerd.

- Er is geen voorziening opgenomen die waarborgt dat de aandelen van PWN niet worden verkocht (een zogenoemde 'change of control'-bepaling ontbreekt).
- In Bijlage 1 wordt een algemene (niet-limitatieve) opsomming gegeven van alle onregelmatigheden, onvolkomenheden en gebreken zoals gesignaleerd in de Bestuursovereenkomst en Beheerovereenkomst. Wij merken hierbij nadrukkelijk op dat wij het aangaan van een dergelijk ongelijke Beheerovereenkomst voor tien jaren en het permanent wijzigen van de statuten niet zouden adviseren.

In 1992 hebben Participanten beoogd een gemeenschappelijke regeling te treffen.

- Uit het oogpunt van behoorlijk bestuur verdient het aanbeveling aan te sluiten bij de Wet gemeenschappelijke regelingen ('Wgr').
- Indien de Wgr van toepassing is, dan moet voor het toetreden van PWN tot de gemeenschappelijk regeling toestemming worden verkregen van de gemeenteraden en provinciale staten.
- Indien de Wgr van toepassing is dan geldt voor een vennootschap (zoals PWN) het volgende:
 - De vennootschap dient op grond van de statuten bevoegd te zijn tot deelname aan de gemeenschappelijke regeling, dat is PWN niet.
 - De vennootschap dient gemachtigd te zijn bij koninklijk besluit tot deelname aan de regeling, dat is PWN evenmin.
- De Statuten GNR in de huidige vorm lenen zich niet voor deelname aan de regeling door een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals PWN. De voorgenomen statutenwijziging leidt tot ongelijkheid en vreemde constructies.
- De opdracht tot het uitvoeren van natuurbeheer dient openbaar te worden aanbesteed door GNR, conform het Europese aanbestedingsrecht. Deze opdracht kan niet zonder meer worden gegund aan PWN.
 - Er is een grote kans dat het beroep op de uitzondering van de horizontale samenwerking niet zal slagen.

II) ADVIES JURIDISCHE KNELPUNTEN

1. INLEIDING

De Stichting Goois Natuurreservaat (hierna: "**GNR**") heeft circa 2800 hectare natuurgebied in eigendom in het Gooi. GNR is opgericht in 1932 en bestaat uit een samenwerking tussen de Provincie Noord-Holland, de gemeente Amsterdam en de zes Gooise gemeenten Blaricum, Bussum, Hilversum, Huizen, Laren en Naarden (hierna: "**de Zes Gooise Gemeenten**").

GNR is voornemens om binnenkort een samenwerkingsverband aan te gaan met PWN Waterleidingbedrijf Noord-Holland N.V., (hierna: "**PWN**"). Hiertoe heeft GNR in december 2014 een voorlopig ontwerpplan opgesteld, inclusief bijlagen bij het voorlopig ontwerpplan. De stichting Vrienden van het Goois Natuurreservaat, een stichting in oprichting, (hierna: "**de Stichting**") maakt zich zorgen over het voortbestaan van het Goois Natuurreservaat, indien een samenwerking wordt aangegaan met PWN. Men maakt onder andere zich zorgen vanwege:

- Het feit dat PWN een bedrijf is (een N.V.) waarvan de aandelen zonder meer kunnen worden verkocht;
- Het feit dat PWN tot voornaamste doel heeft waterwinning en het behoud van de Gooise natuur niet de prioriteit zal hebben;
- Het beheer van de natuur van het Goois natuurreservaat door een professionele en ervaren beheerder moet worden uitgevoerd en niet door een waterwinbedrijf;
- De toegankelijkheid van het Goois natuurreservaat voor recreanten mogelijk niet is geborgd;
- Het mogelijk wegvallen van de essentiële financiële steun van particulieren, donateurs, sponsors en de Nationale Postcodeloterij.

In december 2014 is een Voorlopig Ontwerpplan (hierna: "**Ontwerpplan**") gepresenteerd over de samenwerking tussen GNR en PWN, onderdeel daarvan zijn een concept bestuursovereenkomst, bijlage A bij het Ontwerpplan ("**Bestuursovereenkomst**") en een concept Beheerovereenkomst, bijlage B bij het Ontwerpplan ("**Beheerovereenkomst**"). Als bijlage C bij het Ontwerpplan zijn concept Wijzigingen Statuten van GNR gevoegd ("**Statutenwijziging**") en als bijlage D een concept Allonge op de Participantenovereenkomst ("**Allonge**").

Volgens deze documenten zal PWN onder andere:

- deelnemen in het Algemeen Bestuur ("**AB**") van GNR, daartoe wordt het AB uitgebreid van 17 leden naar 19 leden, twee leden zullen door PWN worden aangewezen;
- deelnemen in het Dagelijks Bestuur ("**DB**") van GNR, daartoe wordt het DB uitgebreid van 8 leden naar 9 leden;
- de opdracht krijgen het volledig beheer van het GNR-areaal natuurgebieden uit te voeren en het beheer te voeren over de GNR-organisatie;
- op grond van de Bestuursovereenkomst betaalt PWN een vergoeding van 10 % van het exploitatietekort, zij zal niet deelnemen aan de Participantenovereenkomst.

Naar aanleiding van inspraak en veel politieke ophef en een aanhoudend protest onder de inwoners van het Gooi heeft het DB van GNR vooralsnog besloten om niet door te gaan met de procedure tot het aangaan van de samenwerking met PWN, aldus een Memo van 9 maart jl. aan de gemeenteraden. Besloten is om de heer Winsemius de opdracht te geven de voorgenomen samenwerking 'te verkennen', de opdracht aan de heer Winsemius is om voor 1 juni 2015 een advies uit te brengen. Voor 1 juni 2015 zal derhalve geen definitief besluit worden genomen door GNR.

Aan CMS is de vraag gesteld om de juridische knelpunten te benoemen bij de voorgenomen samenwerkingsvorm tussen GNR en PWN.

Vooralsnog merken wij dat er veel op de gekozen samenwerkingsvorm valt af te dingen; de Bestuurs- en Beheerovereenkomsten, Allonge, Statutenwijziging vertonen gebreken en zijn mogelijk zelfs onrechtmatig. Er moet verder worden onderzocht of Wet gemeenschappelijke regelingen (over samenwerkingen tussen gemeentes) mogelijk van overeenkomstige toepassing is en welke verplichtingen de participanten in GNR op grond daarvan hebben. Tevens betreft het een aanbestedingsplichtige opdracht. Ter toelichting geldt het navolgende. Wij verwijzen voor een uitgebreide juridische bespreking van de verschillende onderwerpen ook naar de bijlagen bij dit advies.

2. WET GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING VAN TOEPASSING

GNR is een privaatrechtelijke stichting waarin verschillende participanten samenwerken, waaronder de Provincie Noord-Holland, de gemeente Amsterdam en de Zes Gooise gemeenten (hierna gezamenlijk te noemen: "**Participanten**"). Op 20 december 1991 zijn de statuten van de stichting vastgesteld. Vervolgens zijn Participanten in juni/juli 1992 een Participantenovereenkomst overeengekomen (hierna: "**Participantenovereenkomst**"). Op 2 december 2005 heeft de laatste statutenwijziging plaatsgevonden (verwezen wordt naar: Doorlopende tekst van de statuten van Stichting Goois Natuurreservaat, Hilversum, 8 december 2005, hierna: "**Statuten GNR**").

Uit de Participantenovereenkomst 1992 en de Toelichting aan de gemeenteraden van destijds volgt dat de acht Participanten hebben beoogd in 1992 een gemeenschappelijke regeling te treffen voor GNR. Men heeft er na onderzoek destijds echter vanaf gezien omdat met een gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen ("**Wgr**") geen beroep kon worden gedaan op rijksregelingen (waarschijnlijk worden subsidies bedoeld). De Statuten van GNR zijn vormgegeven zoals een gemeenschappelijke regeling. Deze gemeenschappelijke regeling leent zich niet zonder ingrijpende aanpassing voor deelname aan de regeling door een privaatrechtelijke rechtspersoon (PWN).

De wettelijke bepalingen over een gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen, zou eveneens op deze samenwerking van toepassing moeten zijn. Dit betekent dat de raden en PS toestemming moeten verlenen voor het toetreden tot de regeling door de vennootschap PWN. Op grond van de Wgr dient PWN bevoegd te zijn om deel te nemen aan de regeling op grond van haar statuten. PWN is hiertoe op dit moment niet bevoegd op grond van de statuten. Tevens kan een privaatrechtelijk rechtspersoon alleen deelnemen aan een regeling indien zij daartoe is gemachtigd door de Kroon bij koninklijk besluit. Een dergelijke machtiging ontbreekt voor zover.

Voor de volledige bespreking van de Participantenovereenkomst en de Wgr verwijzen wij naar **Bijlage 2: Wet gemeenschappelijke regeling van toepassing** bij dit advies. Hieronder geven wij een voorbeeld van de ongelijke verhoudingen die zullen ontstaan door de voorgestelde Statutenwijziging.

a) Voorbeeld verdeling bevoegdheden raad / provinciale staten gebaseerd op Wgr

Bijna de gehele regeling in de Statuten GNR komt direct of indirect uit de Wgr, immers in 1992 is de stichting vormgegeven zoals een gemeenschappelijke regeling. De Statuten GNR lenen zich echter niet zonder meer voor deelname aan de regeling door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Op grond van de Statuten GNR moet het AB en het DB – in lijn met de gedachte van de democratische legitimatie – verantwoording afleggen aan de gemeenteraden, respectievelijk PS. Voor de nieuwe AB- en DB-leden die worden aangewezen door PWN, geldt volgens de Statutenwijziging bij het Ontwerpplan dat zij slechts verantwoording hoeven af te leggen aan de directie van PWN. De directie van PWN is echter – anders dan de raden en PS – niet een gekozen volksvertegenwoordiging, zodat de vraag rijst wat de meerwaarde is van deze verantwoording.

Deze ongelijkheid leidt tot vreemde constructies. Hierbij enkele voorbeelden van de huidige situatie en de situatie ná de voorgenomen statutenwijziging.

Huidige situatie

- Op grond van de Statuten GNR kunnen PS dan wel de gemeenteraden een door hen aangewezen lid van het Algemeen Bestuur ontslag verlenen, indien deze hun vertrouwen niet meer bezit. (De Wgr stelt dat een dergelijke regeling dient te worden opgenomen, zie artikel 16).
- Het lidmaatschap van het AB eindigt op moment dat lidmaatschap van de raad / PS eindigt, derhalve waarschijnlijk na de verkiezingen (per vier jaar).
- Het lidmaatschap van het DB houdt op indien het lidmaatschap van het AB ophoudt.

Na wijziging van de statuten conform het Voorlopig Ontwerpplan:

Voor de leden van het AB (2) en het lid van DB (1) die zijn aangewezen door PWN zal het volgende gaan gelden:

- Het lidmaatschap van de leden van het DB /AB aangewezen door PWN, eindigen op het moment dat de arbeidsrelatie eindigt.

Gevolg: De leden van het DB en het AB aangewezen door gemeentes en Provincies zijn maximaal vier jaar lid van het bestuur van de Stichting GNR. Een lid aangewezen door PWN kan daarentegen voor onbepaalde tijd lid zijn van het bestuur (de arbeidsrelatie kan in theorie 40 jaar duren).

- De directie van PWN kan een lid van het AB ontslag verlenen indien deze het vertrouwen niet meer bezit.

Gevolg: De 17 leden van het AB (en de 8 leden van het DB) kunnen 'naar huis worden gestuurd' door een volksvertegenwoordiging. De 2 AB-leden van het PWN (en het ene lid van het DB) kunnen alleen door hun werkgever (de directie van PWN) naar huis worden gestuurd.

3. JURIDISCHE STRUCTUUR VAN SAMENWERKING GNR-PWN

Op grond van het Voorlopig Ontwerpplan uit december 2014 zal de samenwerking tussen GNR en PWN worden gestructureerd in verschillende overeenkomsten. Voordat we meer in detail op de inhoud van de overeenkomsten ingaan, wordt hierbij eerst een overzicht gegeven van deze structuur. De samenwerking met PWN wordt als volgt vorm gegeven:

- Het aangaan van een Bestuursovereenkomst
- Het aangaan van een Beheerovereenkomst
- Aanpassen van de Statuten van GNR
- Allonge op de Participantenovereenkomst 1992

Deze gekozen structuur is niet de meest logische. De vraag is of de structuur rechtmatig is. De vraag is of het AB bevoegd is tot het aangaan van de overeenkomsten en tot wijziging van de statuten. Bovendien lopen de statutaire doelstellingen van de organisatie teveel uiteen.

(i) Inhoud Bestuursovereenkomst en Beheerovereenkomst

In de **Bestuursovereenkomst** – in ontwerp aangegaan door de Directeur-Rentmeester namens het Algemeen Bestuur met de directie van PWN - wordt onder andere het volgende geregeld

- 1) Wijziging statuten van GNR – voor deze wijziging wordt verwezen naar een allonge op de participatieovereenkomst
- 2) Exploitatiedbijdrage van PWN aan GNR
- 3) Opzegging van de overeenkomst

In de **Beheerovereenkomst** – in ontwerp aangegaan door de Directeur-Rentmeester namens het Algemeen Bestuur met de directie van PWN - wordt het volgende geregeld²

- 1) Opdracht aan PWN tot het uitvoeren van diensten ('beheer')
- 2) Wijze van het bepalen van de inhoud en omvang van de opdracht
- 3) Duur en beëindiging overeenkomst
- 4) Overige bepalingen ten aanzien van de uitvoering
- 5) Exclusiviteit beheerswerkzaamheden
- 6) Personeel – geregeld in het Overgangsprotocol
- 7) Vergoeding voor de opdracht – een bedrag gelijk aan exploitatiekosten zoals vastgelegd in de begroting van GNR van 2015.

(ii) Beheerovereenkomst

De 'Beheerovereenkomst' is een overeenkomst van opdracht, waarbij een groot deel van de feitelijke werkzaamheden ('natuurbeheer') worden gegund aan één partij. Het betreft hier waarschijnlijk een

² NB: Overigens is de benaming van de Bestuursovereenkomst is onduidelijk. Bestuursovereenkomsten regelen doorgaans de wijze van stemmen of de verdeling van taken binnen een bestuur. In dit geval gaat het echter om de toetreding van een nieuwe bestuurder (en participant) in de Stichting.

aanbestedingsplichtige opdracht. Indien deze niet wordt aanbesteed terwijl dit wel nodig is op grond van het Europese recht, loopt de gunning grote kans om te worden vernietigd.

Voor wat betreft de inhoud van de overeenkomst merken wij op dat zowel de aard en inhoud van de opdracht als de omvang van exploitatievergoeding niet duidelijk is uit deze overeenkomst. Opdrachtnemer 'PWN' lijkt door haar invloed op zowel de uitvoering van het beheer als haar betrokkenheid bij het Jaarplan, de hoogte van de exploitatievergoeding te kunnen beïnvloeden. De directie van PWN is opdrachtnemer, maar neemt ook zitting in het bestuur van opdrachtgever (GNR) en kan aldus mede bepalen wat de hoogte is voor de vergoeding. Ook is niet duidelijk op welke wijze de beoogde 'efficiencyvoordelen' van € 150.000 tot € 250.000 worden 'verdisconteerd'. Ook hierover 'treden partijen in overleg'. De omvang van de opdracht is niet duidelijk; onder andere het volgende is van belang:

- het GNR-areaal is niet gedefinieerd
- de GNR-organisatie is niet gedefinieerd.
- het natuurbeheer is niet concreet omschreven

Op deze wijze is niet dan wel niet te controleren of er is voldaan aan de rechten en verplichtingen uit deze overeenkomst. De Beheerovereenkomst is voorts zeer ongelijk voor wat betreft opzegging en aansprakelijkheid. PWN heeft bovendien de vrijheid om instructies van GNR niet op te volgen indien zij van mening is dat de vergoeding daartoe niet toereikend is. GNR is verplicht de opdracht exclusief aan PWN te gunnen, in geval van niet nakoming van de opdracht kan GNR pas na zes maanden een andere partij de opdracht geven om een deel van de opdracht uit te voeren. Deze ruime mogelijkheden van PWN om de opdrachten te betwisten / niet na te komen, in combinatie met de onduidelijke omschrijving van de opdracht biedt een reële kans dat het beheer niet dan wel niet naar behoren zal worden uitgevoerd.

Een belangrijk punt van aandacht is dat de duur van de Beheerovereenkomst en de Bestuursvereenkomst niet aan elkaar zijn gekoppeld. Op grond van de Bestuursvereenkomst worden de statuten mogelijk permanent gewijzigd. Door de ruime(re) opzegmogelijkheden van de Bestuursvereenkomst voor PWN bestaat er een mogelijkheid dat PWN zowel het beheer over de 'GNR-areaal' behoudt en twee plekken in het bestuur van GNR heeft, maar zij geen bijdrage in de exploitatie behoeft te doen aan GNR (terwijl zij een bedrag gelijk aan de volledige exploitatiekosten ontvangt van GNR). Het einde van de Bestuursvereenkomst betekent bijvoorbeeld niet dat zij haar plaatsen in AB /DB beschikbaar moet stellen.

In ***Bijlage 1: Onjuistheden Bestuursvereenkomst en Beheerovereenkomst*** wordt een algemene (niet-limitatieve) opsomming gegeven van alle onregelmatigheden, onvolkomenheden en gebreken zoals gesignaleerd in de Bestuursvereenkomst en Beheerovereenkomst. Wij merken hierbij nadrukkelijk op dat wij het aangaan van een dergelijk Beheerovereenkomst voor tien jaren, niet zouden adviseren. De in de bijlage opgenomen opsomming geeft aan waar juridische knelpunten liggen, maar is echter zeker niet volledig.

(iii) Bevoegdheid tot aangaan overeenkomsten én wijziging statuten

De Bestuursvereenkomst wordt aangegaan door het Algemeen Bestuur, deze overeenkomst verplicht onder andere tot een statutenwijziging. De statutenwijziging is echter afhankelijk van het tekenen van de Allonge ('aanvulling') op een Participatieovereenkomst uit 1992. PWN zal als enige niet op basis

van de Participantenovereenkomst gehouden zijn om een bijdrage te doen aan GNR, maar uitsluitend op grond van de Bestuursovereenkomst. Deze Bestuursovereenkomst kan bovendien eenvoudig worden beëindigd door opzegging.

Dit is een zeer onduidelijke constructie, waarvan het de vraag is of deze voldoende waarborgen biedt. De inbreng van de Participanten in deze ingrijpende statutenwijziging is beperkt tot het tekenen van een Allonge (van slechts vier artikelen). Uit het concept van deze allonge blijkt dat men ervan uitgaat dat de burgemeesters c.q. de Commissaris der Koning bevoegd is deze allonge te tekenen, echter het college van B&W dan wel GS dienen te besluiten tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst.³

Op grond van artikel 15 van de Statuten GNR is het Algemeen Bestuur bevoegd om de statuten te wijzigen indien met tweederde meerderheid van de stemmen in de vergadering van het Algemeen Bestuur. In dit geval gaat het niet alleen om een 'eenvoudige statutenwijziging', maar ook het aangaan van een overeenkomst. De vraag is of het Algemeen Bestuur bevoegd is dergelijke overeenkomst(en) aan te gaan. De bevoegdheid van het AB is geregeld in artikel 13, hierin wordt aangesloten bij de bevoegdheidsverdeling bij of krachtens de Provinciewet. Uit de stukken blijkt niet waarop de bevoegdheid tot het aangaan van de overeenkomsten is gebaseerd.

(iv) Statutaire doelstelling PWN en GNR

Indien de Wgr van overeenkomstige toepassing is, kan de privaatrechtelijke rechtspersoon PWN alleen toetreden met toestemming van de raden c.q. provinciale staten. Bovendien moet de privaatrechtelijke rechtspersoon bevoegd zijn (op grond van haar statuten) om de overeenkomst aan te gaan.

De vraag is echter of het belang van PWN aansluit bij het algemene belang dat de Participanten beogen te behartigen, dan wel het algemene belang van de gemeenschappelijke regeling.

Conform de Statuten van GNR is het doel van de samenwerking van Participanten:

- het ongeschonden behoud ter eeuwigden dagen van de terreinen in het Gooi als natuurreservaat;
- aan het publiek door vrije toegang tot die terreinen het genot van dat natuurschoon verzekeren.

PWN heeft blijkens haar statuten tot doel:

- de zorg voor en de instandhouding van de drinkwatervoorziening in haar distributiegebied, met inachtneming van de eisen van een verantwoord beheer van het aan de zorgen van de vennootschap toevertrouwde Noordhollands Duinreservaat en ander daartoe aangewezen terreinen, overeenkomstig hun bestemming
- PWN dient rekening dient te houden met de belangen van haar aandeelhouders en afnemers, mede door levering van water tegen zo laag mogelijke kosten.

In de overwegingen ten aanzien van de Bestuurs- en Beheerovereenkomst wordt geen aandacht besteed aan de uiteenlopende statutaire doelstellingen van de verschillende organisaties. Het primaire doel van waterwinning in de Noord-Hollandse duinen is immers een heel ander doel dan het doel van eeuwigdurend behoud van het Goois natuurreservaat. Op géén enkele wijze is het tweede doel van GNR (behoud van vrije toegang) gewaarborgd in één van beide overeenkomsten.

³ N.B. Wij zijn van mening dat tevens de toestemming van de betrokken gemeenteraden dan wel PS noodzakelijk zijn, naar analogie van de Wgr.

4. AANBESTEDINGSRECHT

Uit de nu bekende feiten en omstandigheden lijkt te volgen dat de beheeropdracht zoals gebaseerd op de Beheerovereenkomst aan PWN aanbestedingsplichtig kan zijn.

(A) Aanbestedende dienst

GNR kwalificeert hoogstwaarschijnlijk als aanbestedende dienst. GNR voorziet in een algemeen belang, waarschijnlijk niet van industriële of commerciële aard, GNR bezit rechtspersoonlijkheid en vanwege de aanwijzing van de leden van het Algemeen Bestuur en het Dagelijks Bestuur van GNR is er sprake van overwegende overheidsinvloed. Daarmee kwalificeert zij als publiekrechtelijke instelling (en daarmee als aanbestedende dienst).

(B) Overheidsopdracht

De opdracht aan PWN tot het beheer van de gebieden van GNR is waarschijnlijk een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, dit is afhankelijk van de omvang van de opdracht en de aard van de werkzaamheden (2A- of 2B-diensten). Vooralsnog gaan we ervan uit dat de opdracht de drempelwaarde van € 207.000,- (excl. BTW) overschrijdt.

De exacte inhoud van de opdracht aan PWN is niet bekend. De opdracht kan zowel 2A- als 2B-diensten omvatten. Onder 2A-diensten vallen onder andere 'Beheer van onroerend goed', 'Advies- en managementdiensten' maar ook 'Planningsdiensten voor beheers- of beschermingsstrategie natuurlijke rijkdommen'. Onder 2B-diensten vallen 'Diensten voor natuureservaten'. Gelet op de financiële paragraaf gaan we er vooralsnog vanuit dat de 2A-diensten een substantieel deel uitmaken van de opdracht. De overeenkomst dient Europees te worden aanbesteed, indien de geraamde waarde van de 2A-diensten groter is dan die van de 2B-diensten. Zou echter de waarde van de 2B-diensten groter blijken te zijn, dan hoeft de overeenkomst naar de huidige stand van het recht niet Europees te worden aanbesteed.

(C) Horizontale samenwerking

GNR stelt zelf dat er mogelijk sprake is van een uitzondering van 'horizontale samenwerking'. Zij onderbouwt dit als volgt:

- samenwerking tussen 2 aanbestedende diensten;
- taak van algemeen belang (op hen beide rustend): natuurbehoud en bevordering van recreatie;
- oogmerk van openbaar belang en niet met een winstoogmerk;
- PWN en GNR bezitten niet een relevant aandeel op de markt van beheersdiensten.

De uitzondering van horizontale samenwerking is volgens de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU slechts van toepassing indien is voldaan aan de drie vereisten genoemd in artikel 12, onder 4 van die richtlijn.⁴ Die vereisten vinden hun basis in (met name Europese) jurisprudentie. GNR stelt dat de beheeropdracht voldoet aan alle vereisten, maar dat is wat ons betreft bepaald geen uitgemaakte zaak. Overigens is het aanbestedingsrecht ook op dit punt nog volop in ontwikkeling, zodat één en ander niet met zekerheid kan worden gesteld; het onderstaande is onze voorlopige inschatting naar aanleiding van de meest recente stand van zaken.

⁴ Deze richtlijn is al wel in werking getreden, maar nog niet in Nederland geïmplementeerd. In het voorstel tot aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 (waarmee de richtlijn in Nederland wordt geïmplementeerd) is art. 12 lid 4 van de richtlijn letterlijk overgenomen (art. 2.24c).

Voor een geslaagd beroep op de uitzondering van de horizontale samenwerking dient het namelijk ten eerste te gaan om een opdracht die uitvoering geeft aan de samenwerking van twee aanbestedende diensten bij de verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen (sub a). Het is zeer de vraag of er sprake is van een gemeenschappelijke doelstelling van de twee organisaties in dit geval. De doelstelling van PWN is namelijk waterwinning, onderhoud terreinen in Noordhollands Duinreservaat én het verstrekken van water voor een zo laag mogelijke prijs. De organisatie van GNR is echter gericht op het eeuwigdurend behoud van natuurterreinen in het Gooi én behoud van vrije toegang voor het publiek. De doelstellingen van beide organisaties zijn naar onze mening niet gelijk (niet "gezamenlijk"), waterwinning en waterversprekking zijn niet hetzelfde zijn als natuurbehoud. Bovendien zien de doelstellingen van de organisaties op verschillende regio's.

Ten tweede moet sprake zijn van een "samenwerking". Het standpunt van de Europese Commissie dat dit inhoudt dat het moet gaan om een bewuste samenwerking, waarbij beide partijen een bijdrage leveren in een samenwerkingsmodel. In de beheeropdracht van GNR aan PWN gaat het echter met name over een overeenkomst van opdracht, waarbij PWN werkzaamheden verricht in opdracht van GNR. De "samenwerking" verhoudt zich daar niet goed toe.

Ten derde blijkt uit een recent advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (advies 198 van 20 maart 2015) dat voor een geslaagd beroep op deze uitzondering vereist is dat er geen sprake is van bevoordeling van bepaalde marktpartijen ten opzichte van andere ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn. Indien PWN voor de uitvoering van haar werkzaamheden een beroep kan doen op derden, zouden die derden kunnen worden bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten. Die mogelijkheid bestaat hier (dat PWN de inschakeling van derden/hulppersonen dient voor te leggen aan GNR, brengt daarin uiteraard geen verandering).

Om deze drie redenen zelfstandig, lijkt een beroep op de uitzondering van horizontale samenwerking onterecht, zodat het een aanbestedingsplichtige opdracht blijft.

5. CONCLUSIE

Samengevat zijn wij van mening dat er veel juridische knelpunten bestaan voor de voorgenomen samenwerking tussen GNR en PWN. De Bestuursovereenkomst en de Beheerovereenkomst niet zonder meer kunnen worden aangegaan.

Gelet op de totstandkoming van GNR (en de Participantenovereenkomst uit 1992) zou de Wet gemeenschappelijke regelingen van overeenkomstige toepassing kunnen zijn. Uit het oogpunt van behoorlijk bestuur verdient het aanbeveling aan te sluiten bij de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Daarnaast is het de vraag of het AB van GNR bevoegd is tot het aangaan van deze overeenkomsten. Gelet op de uiteenlopende statutaire doelstellingen van beide organisaties is het de vraag of er sprake is van een gemeenschappelijk belang én of PWN bevoegd zou zijn om deel te nemen aan GNR. De constructie waarbij een statutenwijziging wordt overeengekomen in een Bestuursovereenkomst, onder de opschortende voorwaarde van ondertekening van een allonge op de Participantenovereenkomst, vinden wij zeer onduidelijk en leidt tot onzekerheid. Bovendien is het de vraag of het AB zich kan verplichten in een overeenkomst tot een statutenwijziging van deze omvang.

Beide overeenkomsten (en de Allonge en de gewijzigde Statuten) zijn niet goed doordacht en doen geen recht aan de belangen van GNR. De opdracht is niet duidelijk omschreven, zo is niet gedefinieerd wat wordt verstaan onder het GNR-areaal, de GNR-organisatie of wat wordt verstaan onder 'natuurbeheer'. Voorts is er geen resultaatsverplichting opgenomen en de verdiscontering van de

efficiencyvoordelen ad € 250.000 is niet concreet gemaakt. Ook de verdeling van de exploitatiekosten en de vergoeding voor de natuurbeheertaken zijn onduidelijk en concreet. Een andere punt van aandacht is dat de tweede doelstelling van GNR (het behoud van vrije toegang voor het publiek van de natuurgebied) nergens terugkomt in de overeenkomsten. Tenslotte merken wij op dat de opdracht tot het uitvoeren van natuurbeheer openbaar dient te worden aanbesteed door GNR, conform het Europese aanbestedingsrecht. Deze opdracht kan niet zonder meer worden gegund aan PWN. Er is een grote kans dat het beroep op de uitzondering van de horizontale samenwerking niet zal slagen.
