



Wie vooraf goed oplet, blijft steeds aan zet

Handreiking contracteren voor de gemeentelijke praktijk



Colofon

Auteur

mr. drs. J.H.M. Spanjaard, advocaat onder de naam family LAW advocatuur en adviseur bij La Gro Geelkerken Advocaten

Samenstelling en redactie

mr. E.H.J. de Bruin, VNG

mr. J.E. Poldervaart, VNG

Begeleidingscommissie

mr. J.A. van Dalsum, gemeente Gouda

mr. A.E. Hoogeveen, gemeente Zoetermeer

mr. C. Jonkers, gemeente Drimmelen

mr. T. Linnartz, gemeente Arnhem

mr. drs. E.M. Pronk, gemeente Leiden

Vormgeving

C.J.N. Koning, VNG

© Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag, 2020

Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Postbus 30435

2500 GK Den Haag

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
Inleiding	9
Leeswijzer	10
Deel I Gemeentelijke organisatie en standaarden	11
1 Vertegenwoordiging en onderhandeling	12
1.1 Inleiding	12
1.2 De aanhef van het contract: wie is de contractpartij	12
1.3 Vaststellen wie bevoegd is	14
1.3.1 Bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten	14
1.3.2 Mandatering en volmachtverlening	15
1.3.3 Kenbaarheid van mandaatregisters	16
1.3.4 Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid	17
1.4 Onderhandelen en onderhandelen met een voorbehoud	18
1.5 Tips	20
2 Omgaan met algemene voorwaarden	21
2.1 Inleiding	21
2.2 Toepasselijkheid en battle of forms	22
2.2.1 Toepasselijk verklaring van algemene voorwaarden	22
2.2.2 Battle of forms	23
2.2.3 Verwijzing naar meerdere sets algemene voorwaarden	24
2.3 Informatieplicht	25
2.4 Tips	28
3 Dossiervorming	29
3.1 Inleiding	29
3.2 Archivering	29
3.3 Tips	30

4	Uniform contracteren en het gebruik van basismodellen en standaardbepalingen	31
4.1	Inleiding	31
4.2	Uniformiteit	31
4.3	Basismodellen en standaardbepalingen	32
4.4	Afwijken van basismodellen	34
4.5	Tips	35
5	Aandachtspunten na het sluiten van het contract, contractmanagement	36
5.1	Inleiding	36
5.2	Evaluatie en verlenging	36
5.3	Het managen van conflicten	38
5.4	Rechtsverwerking	40
5.5	Tips	40
	Deel II Het opstellen van de overeenkomst	43
1	Formulering en uitleg van de overeenkomst	45
1.1	Inleiding	45
1.2	Het Haviltex-arrest	46
1.3	Heldere taal	47
1.4	Nut en noodzaak van een considerans	49
1.5	Kwalificatie van een overeenkomst: verder kijken dan de naam van het contract	50
1.6	Tips	50
2	Duur en einde van de overeenkomst	51
2.1	Inleiding	51
2.2	Duur van de overeenkomst en opzegging	51
2.2.1	Overeenkomst voor onbepaalde tijd	51
2.2.2	Overeenkomst voor bepaalde tijd	52
2.2.3	Opzegtermijn in de opzegbepaling	52
2.3	De kwalificatie van de overeenkomst is van belang bij opzegging	53
2.4	De gevolgen van opzegging	54
2.5	Automatische verlenging en verlenging op partij-initiatief	55
2.6	De opzegbaarheid sturen	56
2.7	Opzegging of ontbinding?	57
2.8	Ontbindingsgronden in het contract	60
2.9	De wijze van opzegging of ontbinding	61
2.10	Tips	62

3	Tekortkoming in de nakoming	63
3.1	Inleiding	63
3.2	Contractuele bepalingen over tekortkoming	64
	3.2.1 Greep op de nakoming houden	64
	3.2.2 De ingebrekestelling	65
	3.2.3 De klachtplicht	67
3.3	Opschorten en verrekenen	68
	3.3.1 Opschorting	68
	3.3.2 Verrekening	68
3.4	Faillissement van de contractant	70
3.5	Tips	71
4	Het opstellen van een boetebeding	72
4.1	Inleiding	72
4.2	De boete als prikkel tot nakoming en schadefixatie	72
4.3	De boete en aanvullende schadevergoeding	73
4.4	Matiging van boetes	74
4.5	Pas op voor een onevenredig hoog boetebedrag bij overeenkomsten met particulieren	75
4.6	Tips	76
5	Het aansprakelijkheidsbeding: richtsnoeren en valkuilen	77
5.1	Inleiding	77
5.2	Aansprakelijkheid	77
5.3	Vrijwaring	79
5.4	Exonereren: oppassen voor verscholen aansprakelijkheidsbeperkingen	80
5.5	Overmacht	80
5.6	Tips	81
6	Regeling (on)voorzien omstandigheden en wijziging	82
6.1	Inleiding	82
6.2	Onvoorzien omstandigheden-clausule is niet zinvol	82
6.3	Het wijzigingsbeding	84
6.4	Tip	85

7	Overige afspraken in het contract	86
7.1	Inleiding	86
7.2	Schriftelijkheidsbeding: geen mondelinge wijzigingen	86
7.3	Partiële nietigheid	88
7.4	Geheimhouding	89
7.5	Overlevingsclausule	91
7.6	Toepasselijk recht en geschillen	93
7.7	Tips	95
	Deel III Wisselwerking tussen privaot- en publiekrecht	97
1	Wisselwerking tussen privaot- en publiekrecht bij het aangaan van overeenkomsten	101
1.1	Inleiding	101
1.2	Standplaatsvergunning en de huur-/gebruiksovereenkomst	102
1.3	De bevoegdhedenovereenkomst	104
1.4	Tips	108
	Dankwoord	110

Voorwoord

Voor u ligt de handreiking contracteren voor de gemeentelijke praktijk “Wie vooraf goed oplet, blijft steeds aan zet”. Gemeenten sluiten op allerlei gebieden contracten. Contracteren is daarbij geen doel op zich, maar een middel om resultaten te bewerkstelligen. Tegelijk werkt het contract als instrument om (juridische) risico’s te beheersen.

Deze handreiking behandelt met specifieke aandacht voor de gemeentelijke praktijk een aantal onderwerpen die voor het sluiten van de overeenkomst goede afweging vragen. Ook gaat de handreiking in op de vraag hoever de contractvrijheid van de gemeente reikt. Zo heeft de gemeente bij het sluiten van een overeenkomst rekening te houden met publiekrechtelijke normen en regels.

Verder besteedt de handreiking aandacht aan de gemeentelijke organisatie rondom contracteren.

Auteur van de handreiking is mr. drs. J.H.M. Spanjaard, advocaat onder de naam *family LAW* en legal counsel bij La Gro Geelkerken advocaten. Hij is onder andere gespecialiseerd in het contractenrecht.

Deze handreiking is bestemd voor (beginnend) gemeentejuristen en juridisch geïnteresseerde medewerkers die zich in hun dagelijkse praktijk bezig houden met contracteren. Na elk onderdeel volgen tips voor het contracteren in de gemeentelijke praktijk.

De VNG dankt de leden van de gemeentelijke begeleidingscommissie voor hun gedegen commentaar op de inhoud en hun inbreng vanuit de praktijk.

Ik vertrouw erop dat deze handreiking voldoende nuttige tips en voorbeelden bevat om u behulpzaam te kunnen zijn bij het aangaan en opstellen van overeenkomsten.

Den Haag, januari 2020

Jantine Kriens

Algemeen directeur

Vereniging van Nederlandse Gemeenten

Inleiding

Gemeenten sluiten vele overeenkomsten per jaar. De ene keer is de overeenkomst gering van omvang, de andere keer is de overeenkomst het resultaat van complexe onderhandelingen waarin meerdere partijen een rol hebben.

Hoewel geen overeenkomst hetzelfde is, hebben overeenkomsten eenzelfde functie. Deze functie is tweeledig. Een overeenkomst dient enerzijds als spoorboekje: welke partij gaat wat doen en wanneer gaat zij dat doen? Anderzijds werkt de overeenkomst als juridisch risicobeheersingsinstrument: in de overeenkomst wordt geregeld wat de gevolgen zijn als niet aan de overeengekomen verplichtingen wordt voldaan. Voor beide functionaliteiten geldt dat deze onderdeel moeten zijn van de onderhandelingen en vervolgens in de overeenkomst moeten worden opgenomen.

Veelal kent een overeenkomst diverse gelijklopende onderwerpen die in min of meer standaardbepalingen worden geregeld en daarom soms minder aandacht krijgen. Toch kunnen juist deze standaardbepalingen grote gevolgen hebben. Daarom behoren dergelijke bepalingen niet min of meer automatisch in een overeenkomst te worden opgenomen, maar dient voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst goed te worden nagedacht over de gevolgen ervan.

Rode draad in de handreiking is dan ook de oproep om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst mogelijke scenario's te doordenken en de overeenkomst aan de hand daarvan vorm te geven.

Leeswijzer

In deze handreiking staat de juridisch-praktische kant van het aangaan van civielrechtelijke overeenkomsten door gemeenten centraal.

De handreiking bouwt verder op onderwerpen uit de VNG-uitgave [Van Contact naar Contract](#).

De handreiking bevat veel voorbeeldbepalingen. Waar mogelijk sluit ieder onderwerp af met tips. De onderwerpen worden verlevendigd met voorbeelden uit de rechtspraak. Uitgangspunt is om telkens zoveel mogelijk bij de gemeentelijke praktijk aan te sluiten.

De handreiking bestaat uit drie delen:

Deel I ziet op de gemeentelijke organisatie rondom contracteren. Zowel in juridisch opzicht, als het gaat om gemeentelijke vertegenwoordiging en het omgaan met algemene voorwaarden, als in meer organisatorisch opzicht, waarbij dossiervorming, uniformiteit en contractmanagement aan de orde komen.

Deel II behandelt veelvoorkomende bedingen en hun reikwijdte. Hier wordt duidelijk dat het bijvoorbeeld absoluut de moeite loont om voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst goed na te denken over de mogelijkheden van beëindiging van de overeenkomst en de redactie van een boetebeding.

Deel III staat kort stil bij de wisselwerking tussen het privaatrecht en het publiekrecht bij het sluiten van de overeenkomst. Immers, het privaatrechtelijk handelen van de gemeente is ingebed in een publiekrechtelijk kader. Denk bijvoorbeeld aan de bevoegdhedenovereenkomst.



Deel I

Gemeentelijke organisatie en standaarden

1 Vertegenwoordiging en onderhandeling

Gemeente is
rechtspersoon

1.1 Inleiding

Overeenkomsten kunnen alleen worden aangegaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Een gemeente is een rechtspersoon. Dat is geregeld in art. 2:1 Burgerlijk Wetboek (BW). Dit artikel bepaalt dat de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid bezitten. Art. 2:5 BW koppelt daaraan dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijk staat aan een natuurlijk persoon. Dit betekent dat de gemeente in staat is om overeenkomsten aan te gaan.

Ook een gemeenschappelijke regeling kan een rechtspersoon zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als bij die regeling een openbaar lichaam wordt ingesteld (art. 2:1 lid 2 BW juncto art. 8 lid 1 Wet gemeenschappelijke regelingen).

Dit onderdeel gaat in op de contractpartijen en de vertegenwoordiging van de contractpartijen bij de onderhandelingen en het aangaan van de overeenkomst.

1.2 De aanhef van het contract: wie is de contractpartij

Een privaatrechtelijke overeenkomst begint met de aanduiding van partijen. In een overeenkomst worden onder het kopje "De partijen" de contractpartijen en hun juridische rechtsvorm weergegeven:

"De partijen:

1. De gemeente [Naam], zetelend te [Plaats zetel gemeente] aan [Adres gemeentehuis/stadhuis], hierbij ingevolge het bepaalde in art. 171 Gemeentewet rechtsgeldig vertegenwoordigd door [Naam], burgemeester [of: door ... [naam en functie], daartoe op grond van het bepaalde in artikel 171 Gemeentewet gemachtigd door [Naam] in zijn/haar hoedanigheid van burgemeester], handelend ter uitvoering van een besluit van het college van

burgemeester en wethouders d.d. [of: handelend ter uitvoering van een besluit van (naam en functie), daartoe gemandateerd op grond van het besluit van het college d.d.], hierna te noemen: "de Gemeente"; en

2. [Rechtsvorm contractpartij], gevestigd te [Plaats statutaire vestiging], kantoorhoudende aan [Adres], ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer [nummer], hierbij rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar statutair bestuurder [Naam] [of: gevolmachtigde krachtens volmacht d.d. [datum] [Naam], hierna te noemen: "[Naam]";"

Gemeente is contractpartij

Zoals aangegeven is de rechtspersoon gemeente de contractpartij. Voorkomen dient te worden dat als contractpartij wordt opgenomen "college van B&W" of "gemeenteraad". Deze organen hebben geen rechtspersoonlijkheid en kunnen dus niet rechtsgeldig een overeenkomst aangaan. Als het gaat om de wederpartij is het eveneens van belang om nauwkeurig aan te geven wie de formele contractant is.

Voor de gemeente is het relevant om vast te stellen wie de contractant is, onder meer voor de controle op rechtsgeldige vertegenwoordiging en ondertekening. Daarnaast is het nodig om te weten wie de daadwerkelijke wederpartij is voor een goede inschatting van de risico's bij de nakoming van de overeenkomst. Een en ander speelt vooral bij vennootschappen in concernverhoudingen. Check hiervoor de actuele gegevens in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Verder kan dit van belang zijn bij gevoelige overeenkomsten, waar Bibob-aspecten kunnen spelen.

Correspondentieadres

Bij de gemeente als contractpartij wordt het vestigingsadres van de gemeente vermeld. Als het correspondentieadres hiervan afwijkt, is het verstandig om aan te geven op welk adres gecorrespondeerd kan worden. Dat is dan het adres waar eventuele post aan gezonden kan worden en waar de gemeente bereikbaar is. Dit voorkomt dat de post aan allerhande adressen gestuurd wordt, waarbij onduidelijk is of de post het juiste bureau bereikt. Een dergelijke clause kan er als volgt uitzien:

"In afwijking van het in de aanhef van deze overeenkomst genoemde vestigingsadres van de Gemeente, dient correspondentie aan de Gemeente te worden gestuurd naar het volgende adres: [aanduiding adres]."

Om eenvoudig te kunnen herleiden of er bevoegd wordt gecontracteerd is het aan te raden ook het besluit waarop de overeenkomst is gebaseerd in de aanhef te vermelden.

In de aanhef van een overeenkomst wordt naast de aanduiding van de gemeente als contractpartij ook aangegeven wie de gemeente vertegenwoordigt. Op de bevoegdheid tot het aangaan van een overeenkomst en op de vertegenwoordiging wordt hieronder nader ingegaan.

1.3 Vaststellen wie bevoegd is

1.3.1 Bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten

In de aanduiding van de partijen staat genoemd wie namens die partij het contract ondertekent en wie, als het de gemeente betreft, het besluit tot het aangaan van de overeenkomst heeft genomen. Dat luistert nauw, omdat in geval van onbevoegde vertegenwoordiging al snel de vraag rijst of de betreffende contractpartij überhaupt het contract wel is aangegaan. In dat geval bestaan er juridische leerstukken als gerechtvaardigd vertrouwen en de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar die leerstukken zijn achterhoedegevechten om te repareren wat aan de voorkant is misgegaan. Beter is het om van te voren goed duidelijk te hebben wie bevoegd is de contractpartijen te vertegenwoordigen.

Het college is op grond van art. 160 lid 1 Gemeentewet bevoegd om tot het aangaan van overeenkomsten te besluiten. De burgemeester is vervolgens bevoegd om de overeenkomst te ondertekenen op grond van art. 171 lid 1 Gemeentewet. De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente immers "in en buiten rechte". Onder "buiten rechte" valt onder meer het vertegenwoordigen van de gemeente bij het ondertekenen van de overeenkomst.

Let er op dat art. 169 lid 4 Gemeentewet bepaalt dat, als (het besluit tot) het aangaan van de overeenkomst ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente, het college vooraf de raad in de gelegenheid moet stellen om wensen en bedenkingen naar voren te brengen. Overigens heeft het geen juridische consequenties als het college de raad niet informeert; tot het aangaan van de overeenkomst is rechtsgeldig besloten door het bevoegde orgaan, het college. Wel kunnen hieruit politieke consequenties voortvloeien.

Bij overeenkomsten met mogelijk ingrijpende gevolgen kan worden gedacht aan complexe of risicovolle overeenkomsten, bijvoorbeeld omdat zij:

- betrokkenheid van een groot aantal partijen vergen;
- politiek gevoelig zijn;
- veel maatschappelijke aandacht krijgen;
- gevoelig liggen in de media;
- grote financiële consequenties hebben.

Het besluit tot het aangaan van overeenkomsten kan door het college worden gemandateerd en de burgemeester kan het ondertekenen van de overeenkomst aan anderen opdragen. Hieronder wordt ingegaan op deze mogelijkheden.

1.3.2 Mandatering en volmachtverlening

Mandaat is een publiekrechtelijke vertegenwoordigingsfiguur en wordt geregeld in afdeling 10.1.1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Mandaat is de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen.

Kenmerk van mandaat is dat het bestuursorgaan dat mandaat verleent, zelf bevoegd blijft om de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen. Het bestuursorgaan kan ook instructies geven over de manier waarop de gemandateerde bevoegdheid moet worden uitgeoefend. Er vindt (anders dan bij delegatie) dan ook geen overdracht van de bevoegdheid plaats.

*Algemeen
mandaat*

Voor een besluit tot het aangaan van overeenkomsten zal doorgaans een algemeen mandaat worden verleend. Een dergelijk algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend (en kan ook uitsluitend schriftelijk worden ingetrokken). In het besluit dat in mandaat is genomen, moet worden vermeld namens welk bestuursorgaan het besluit is genomen.

Uitgangspunt is dat een in mandaat genomen besluit alleen geldt als een besluit van het college als de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven. Toch kan een ambtenaar die de grenzen van het verleende mandaat heeft overschreden, bijvoorbeeld bij overschrijding van het budgetplafond, in twee gevallen de gemeente binden. Ten eerste is dat mogelijk als het bestuursorgaan het onbevoegd genomen besluit bekrachtigt. Meestal kan de bekrachtiging gedaan worden door middel van een eenvoudige schriftelijke bevestiging. Ten tweede kan de gemeente worden gebonden als de schijn van bevoegdheid is gewekt. Daarvoor is

vereist dat (1) het bestuursorgaan dat mandaat verleende zelf het vertrouwen heeft gewekt dat er een rechtsgeldig mandaat bestond door een verklaring of een gedraging, en (2) de wederpartij in redelijkheid mocht afgaan op de schijn van bevoegdheid.

Volmacht

Voor wat de ondertekening van de overeenkomst door de burgemeester betreft: art. 171 lid 2 Gemeentewet bepaalt dat de burgemeester de vertegenwoordiging aan anderen kan opdragen. In de praktijk wordt voor het ondertekenen van overeenkomsten namens de burgemeester een volmacht verleend.

Art. 10:12 Awb

Onder volmacht wordt verstaan de bevoegdheid tot het verrichten van privaatrechtelijke handelingen uit naam van degene die de volmacht heeft verleend. Er vindt geen overdracht van bevoegdheden plaats. De volmachtgever blijft bevoegd om de privaatrechtelijke handelingen te verrichten. De bepalingen over mandaat zijn overigens van overeenkomstige toepassing op de civielrechtelijke volmacht aan een ondergeschikte, aldus art. 10:12 Awb.

In de praktijk wordt uitgebreid mandaat en volmacht verleend. Dit wordt vastgelegd in mandaatbesluiten en/of mandaatregisters waarin tevens grenzen (zoals budgetplafonds) zijn aangegeven.

Ook al blijft een gemandateerde binnen de budgetgrenzen van zijn mandaat, er moet uiteraard wel vooraf worden afgestemd met de interne budgethouder dat er uitgaven met een overeenkomst zijn gemoeid.

*Bekendmaken
bevoegdheid*

Bij de onderhandelingen en bij het opstellen van een contract dienen de betrokken onderhandelaars bij voorkeur schriftelijk (de reikwijdte van) hun bevoegdheid bekend te maken aan de wederpartij. Zo kan bijvoorbeeld een op schrift gesteld mandaatbesluit worden overhandigd aan de wederpartij. Op die manier kan worden voorkomen dat de wederpartij te veel vertrouwt op ongelimiteerde (vertegenwoordigings)bevoegdheid van de betrokken onderhandelaar(s).

1.3.3 Kenbaarheid van mandaatregisters

Voor de wederpartij van de gemeente is het van belang om zich ervan te kunnen vergewissen of degene die aan de onderhandelingstafel zit, bevoegd is om namens het college tot het aangaan van overeenkomsten te besluiten. Als een mandaatregister eenvoudig te raadplegen is, kunnen misverstanden

worden voorkomen. Art. 3:42 lid 2 Awb biedt een basis om een mandaatregister elektronisch bekend te maken.

Veel gemeenten publiceren hun mandaatregisters nu al via DROP (Decentrale Regelgeving en Officiële Publicaties). Alle publicaties die via DROP gedaan worden zijn zichtbaar op www.officielebekendmakingen.nl. Per 1 januari 2021 is het verplicht om bekendmakingen via DROP op www.officielebekendmakingen.nl te publiceren. Omdat burgers/ondernemers vaak als eerste op de gemeentelijke website zoeken, is het aan te bevelen het mandaatregister tevens te publiceren op de gemeentelijke website of daar een link naar de publicatie op www.officielebekendmakingen.nl te plaatsen.

1.3.4 Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid

Indien iemand namens de gemeente optreedt zonder daartoe bevoegd te zijn, kan de gemeente toch gebonden zijn, ofwel door bekrachtiging van het onbevoegde optreden, ofwel doordat het bevoegde orgaan de schijn heeft gewekt dat deze persoon vertegenwoordigingsbevoegd was.

In de jurisprudentie wordt schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid niet zo snel aangenomen. De Hoge Raad is namelijk van mening dat de bevoegdheidsverdeling in de Gemeentewet in beginsel duidelijk is. Ook wanneer de wederpartij van de gemeente een professionele speler is of professioneel wordt bijgestaan, is een geslaagd beroep op opgewekte schijn niet snel aan de orde.

Op 29 mei 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak gedaan ([ECLI:NL:RVS:2019:1694](https://www.ecli.nl/nl/RVS:2019:1694)) over het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht. Op grond van die uitspraak zullen toezeggingen of gedragingen van ambtenaren eerder aan het bestuursorgaan kunnen worden toegerekend. Het is op dit moment nog onduidelijk of, en zo ja op welke manier, deze bestuursrechtelijke uitspraak over het vertrouwensbeginsel via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal doorwerken in het privaatrecht. Gelet op de terughoudendheid van de Hoge Raad om bevoegdheidsgebreken te passeren, ligt het niet in de rede dat de schijn van bevoegdheid (veel) sneller zal worden aangenomen.

Bij beantwoording van de vraag of sprake is van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid worden ook de omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan meegewogen. Hierbij kan gedacht worden aan het uitvoeren van de overeenkomst die door de onbevoegd

vertegenwoordiger is gesloten, bijvoorbeeld door het toelaten dat werkzaamheden worden verricht, het betalen van facturen en het instemmen met de uitvoering door hoger management.

De Hoge Raad heeft in deze zin geoordeeld in het arrest Hamers/Dronen (HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1119](#)).

1.4 Onderhandelen en onderhandelen met een voorbehoud

Aan het sluiten van een overeenkomst gaan in de regel onderhandelingen vooraf. Tijdens de onderhandelingen bestaat de ene keer meer en de andere keer minder vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst. In de rechtspraak is aangenomen dat als de wederpartij van de partij die zich terug wil trekken uit de onderhandelingen gerechtvaardigd vertrouwen had in de totstandkoming van de overeenkomst, afbreken niet zonder meer geoorloofd is. Het komt er dus op aan niet te snel totstandkomingsvertrouwen te kweken. Daarom wordt aangeraden om een totstandkomingsvoorbehoud in de onderhandelingsstukken op te nemen. Een totstandkomingsvoorbehoud zegt dat het contract pas tot stand komt als het voorbehoud (bijvoorbeeld instemming van het college of de raad) is vervuld:

Totstand-
komings-
voorbehoud

“Er komt eerst een contract tot stand, als het college zijn goedkeuring voor het aangaan van de overeenkomst verleent.”

In de praktijk komen goedkeurings(-of instemmings)voorbehouden veel voor, zonder dat deze als een totstandkomingsvereiste worden geformuleerd. Veelal worden dan termen als ontbindende of opschortende voorwaarde gebruikt.

In geval van een ontbindende voorwaarde leidt het vervuld raken van de voorwaarde tot ontbinding van de tot dan bestaand hebbende overeenkomst. Als het gaat om een opschortende voorwaarde krijgt de overeenkomst werking nadat de goedkeuring is gegeven.

Bij een opschortende of ontbindende voorwaarde kan het echter voorkomen dat de redelijkheid en billijkheid verlangen dat het goedkeuringsvoorbehoud onbedoeld toch als vervuld geldt. Dit kan het geval zijn, indien de partij die bij niet-ervulling van het voorbehoud belang heeft, de vervulling van de voorwaarde heeft belet of vervulling van de voorwaarde juist in de hand heeft gewerkt (art. 6:23 BW).

Dit was het geval in het arrest Almere/Weernekers (HR 1 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BV1748](#)). In dit arrest luidde het oordeel dat het college zijn beurt had verspeeld. Er bestond het voorbehoud dat de overeenkomst werd aangegaan onder de opschortende voorwaarde van instemming door het college. Echter, het college was lopende de onderhandelingen al gekend in de strubbelingen die bestonden. Het college verzuimde toen op de rem te trappen. Eerst na afloop van de onderhandelingen onthield het college zijn goedkeuring, maar dat had volgens de Hoge Raad eerder moeten gebeuren.

Om te voorkomen dat eventuele bemoeienis van het college met de onderhandelingen een beroep op het totstandkomingsvoorbehoud verhindert, kan voor de volgende formulering worden gekozen:

“De overeenkomst komt niet tot stand voordat het college zijn goedkeuring hieraan geeft. Het college beslist na afronding van de onderhandelingen over zijn goedkeuring. Het college kan zijn goedkeuring onthouden ook al is het college gedurende de onderhandelingen betrokken geraakt.”

Het wordt aangeraden een totstandkomingsvoorbehoud direct in de eerste contacten al aan te geven. Dat voorkomt verwijten achteraf dat het voorbehoud lopende de onderhandelingen zou zijn geïntroduceerd met als gevolg dat het voorbehoud mogelijk niet houdbaar is.

Geregeld worden onderhandelingen door niet-juristen gevoerd. Het is daarom van belang ervoor te zorgen dat binnen de gemeentelijke organisatie bekend is waarom het nodig is om een totstandkomingsvoorbehoud te maken en dit in de eerste contacten al aan te geven.

Totstandkomingsvoorbehoud in overeenkomst

Totstandkomingsvoorbehouden worden ook in overeenkomsten opgenomen. Veelal wordt de totstandkoming van de overeenkomst dan afhankelijk gemaakt van de goedkeuring door de raad. Het kan ook gaan om de situatie dat een gemandateerde een voorbehoud maakt van goedkeuring door het college.

Een goed en strategisch gebruik van totstandkomingsvoorbehouden kan forse schade voorkomen.

Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2017, [ECLI:NL:GHARL:2017:1530](#) (Schylge/Terschelling). Schylge wendde zich tot de gemeente met plannen tot uitbreiding van zijn hotel op gemeentegrond. Het college had tegenover Schylge van begin af aan duidelijk gemaakt dat het college alleen bereid was tot het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst als de raad akkoord zou gaan met de planologische invulling van het gebied. Volgens het hof was het college bevoegd om zijn instemming met de samenwerkingsovereenkomst met Schylge afhankelijk te maken van het oordeel van de raad over de samenwerkingsovereenkomst. Aangezien de raad uiteindelijk niet heeft ingestemd met de beoogde ontwikkeling heeft het college ervan kunnen afzien de samenwerkingsovereenkomst met Schylge te sluiten. Er is dan ook geen overeenkomst tussen de gemeente en Schylge tot stand gekomen.

1.5 Tips

- Neem in de aanhef van de overeenkomst het gemeentelijk besluit dat ten grondslag ligt aan de overeenkomst op.
- Zorg ervoor dat de bevoegdheden intern duidelijk zijn verdeeld en maak dit naar buiten kenbaar door een duidelijk mandaatregister te publiceren, bij voorkeur ook toegankelijk via de gemeentelijke website.
- Zorg ervoor dat de betrokken onderhandelaars bij de onderhandelingen en bij het opstellen van het contract (de reikwijdte van) hun mandaat bekend maken aan de wederpartij.
- Formuleer een goedkeuringsvoorbehoud als een totstandkomingsvoorbehoud.
- Maak goed duidelijk aan de contractant dat onder een totstandkomingsvoorbehoud wordt onderhandeld. Geef dit voorbehoud direct bij de eerste contacten al aan en neem dit bij voorkeur op in alle (concept)contractstukken.

2 Omgaan met algemene voorwaarden

2.1 Inleiding

Gemeenten hebben in hun contractenverkeer veel te maken met algemene voorwaarden. Dit kan zijn omdat de gemeente haar eigen algemene voorwaarden beoogt van toepassing te laten zijn op de relatie met de contractant, of juist omdat de contractant zijn algemene voorwaarden van toepassing wil laten zijn.

Alle standaardbepalingen

Algemene voorwaarden zijn niet beperkt tot de documenten waar die titel boven staat, maar omvatten alle (standaard)bepalingen die zijn opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt. Denk bijvoorbeeld aan gronduitgiftevoorwaarden of standaard aansprakelijkheidsbeperkingen die in meerdere overeenkomsten worden opgenomen.

De discussies over algemene voorwaarden komen vaak neer op de vraag of de algemene voorwaarden ter beschikking van de wederpartij zijn gesteld. Dit is bij (standaard)bedingen in de door partijen ondertekende overeenkomst altijd het geval. De discussies concentreren zich daarom op de situaties waarin de algemene voorwaarden in een separaat document zijn vervat.

Het gebruik van algemene voorwaarden is zonder meer nuttig. Algemene voorwaarden maken dat een contract gestandaardiseerd wordt. Zo kunnen standaardbepalingen in beginsel één-op-één worden gekopieerd zonder dat telkens opnieuw het wiel hoeft te worden uitgevonden. Dat brengt mee dat de echte maatwerkbepalingen beperkt van omvang kunnen blijven.

De VNG heeft het [VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden voor leveringen en diensten](#) ontwikkeld.

Specifiek voor gemeentelijke ICT-opdrachten zijn de Gemeentelijke inkoopvoorwaarden bij IT (GIBIT) opgesteld. Bij de GIBIT zijn overigens modelovereenkomsten gemaakt, die kunnen worden gecreëerd via een [contractengenerator](#).

Het is zaak om goed met algemene voorwaarden om te gaan. Hieronder wordt nader ingegaan op de mogelijkheden van de gemeente om haar algemene voorwaarden van toepassing te laten zijn op de overeenkomst. Meer specifiek worden behandeld:

- toepasselijkverklaring;
- het succesvol afronden van de battle-of-forms;
- het voldoen aan de informatieplicht.

2.2 Toepasselijkheid en battle of forms

2.2.1 Toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden

De toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden verloopt volgens het algemene stramien voor het sluiten van overeenkomsten dat in art. 6:217 jo. 3:33 jo. 3:35 BW is neergelegd: de gebruiker van de algemene voorwaarden biedt zijn algemene voorwaarden aan en de wederpartij dient deze te accepteren. Door aanbod en aanvaarding worden de algemene voorwaarden dan onderdeel van het contract. Art. 6:232 BW bepaalt dat de wederpartij ook aan de algemene voorwaarden van de gebruiker gebonden is als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud ervan niet kende. Het risico van het niet lezen van algemene voorwaarden komt dus voor rekening van de wederpartij.

Om de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden af te dwingen wordt aangeraden om in de uitvraag tot het doen van een aanbod (dan wel de aanbestedingsdocumenten) en alle relevante documenten nadien te verwijzen naar de toepasselijke algemene voorwaarden (inclusief hun vindplaats) en de algemene voorwaarden daadwerkelijk bij te voegen. De eventueel door de wederpartij gehanteerde algemene voorwaarden hoeven niet al bij de uitvraag van de hand te worden gewezen. Integendeel, indien de wederpartij de algemene voorwaarden van de gemeente niet van toepassing wil laten zijn, dient zij de gemeentelijke voorwaarden van de hand te wijzen. Een afwijzing van de voorwaarden van de wederpartij bij de uitvraag zou kunnen leiden tot de hierna te bespreken battle of forms.

Indien de algemene voorwaarden zijn vervat in ondertekende documenten, is in beginsel de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden gegeven. Dit is het gevolg van de wilsvertrouwensleer: door het document met de algemene voorwaarden te ondertekenen, committeert de ondertekenaar zich (mede) aan de inhoud ervan. Dit wordt bewijsrechtelijk bevestigd door art. 157 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: een ondertekend document levert tussen de ondertekenaars dwingend bewijs op ten aanzien van de inhoud.

*Verwijzing naar
algemene voor-
waarden vanaf
uitvraag*

2.2.2 Battle of forms

Wat nu als de wederpartij haar eigen algemene voorwaarden in het contract wil bedingen? Dan raken partijen verdeeld in wat bekend staat als de battle of forms. In het kort is de battle of forms de situatie waarin beide partijen verwijzen naar de eigen algemene voorwaarden. De vraag welke set voorwaarden dan van toepassing is, is de zogenoemde strijd.

In Nederland is gekozen voor de zogeheten "first shot benadering", die inhoudt dat de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden blijft staan, tenzij in de tweede verwijzing de algemene voorwaarden waarnaar in de eerste verwijzing is verwezen, uitdrukkelijk van de hand worden gewezen (art. 6:225 lid 3 BW).

Afwijzing
algemene
voorwaarden
wederpartij

Zorg daarom dat direct in de eerste communicatie over de uitvraag de eigen algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard. Zodra de wederpartij verwijst naar haar algemene voorwaarden, dienen deze uitdrukkelijk te worden afgewezen. Dit kan bijvoorbeeld door het opnemen van de volgende tekst:

"Op alle overeenkomsten zijn onze algemene inkoopvoorwaarden van toepassing. Een kopie treft u als bijlage bij deze brief/overeenkomst aan. Zij zijn gepubliceerd op [URL]. De door u gehanteerde algemene voorwaarden wijzen wij uitdrukkelijk van de hand en vormen geen onderdeel van de overeenkomst."

Dat is de eerste slag in de *battle of forms*.

Art. 6:225 lid 3 BW bepaalt dat indien aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, aan de tweede verwijzing geen werking toekomt, tenzij de algemene voorwaarden uit de eerste verwijzing uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. Een letterlijke lezing van het artikel zou ertoe leiden dat op de uitnodiging tot het doen van het aanbod geen acht hoeft te worden geslagen, maar dat de teller pas gaat lopen bij de offerte. Krachten vaste rechtspraak begint de teller echter bij de eerste verwijzing, ongeacht in welk document dat is, te lopen. Indien komt vast te staan dat een bepaalde keten van mededelingen tot een contract heeft geleid, telt dus de eerste verwijzing uit die keten, ongeacht of deze in een offerte dan wel in een uitnodiging daartoe is neergelegd.

Over het uitdrukkelijk van de hand wijzen is veel te doen. Grosso modo komt het erop neer dat het uitdrukkelijkheidsvereiste meebrengt, dat het van de hand wijzen niet in de voettekst onderaan het briefpapier moet gebeuren en ook niet in de algemene voorwaarden zelf.

Uitdrukkelijk-
heidsvereiste

Hoe dient het van de hand wijzen dan wel plaats te vinden? Het uitdrukkelijkheidsvereiste brengt mee, dat op ondubbelzinnige en kenbare wijze moet worden gecommuniceerd. Dit kan mondeling gebeuren, hoewel dat al snel op bewijsproblemen zal stuiten. Ideaal is natuurlijk de mededeling in een brief, fax of e-mail, zolang het van de hand wijzen dan maar “boven de handtekening” gebeurt.

In een contract dient de keuze duidelijk te worden gemaakt (voor algemene voorwaarden A, of voor algemene voorwaarden B of voor geen voorwaarden) en te worden vastgelegd. In het uitzonderlijke geval dat partijen besluiten dat de algemene voorwaarden van geen van beide van toepassing zijn, is het aan te bevelen dit vast te leggen, met name indien in de onderhandelingsfase wel naar algemene voorwaarden is verwezen. Dat kan eenvoudig met de volgende bepaling:

“Op deze overeenkomst zijn geen algemene voorwaarden van toepassing.”

Als partijen over en weer hebben aangegeven dat zij de algemene voorwaarden van de ander niet wensen, brengt de wilsvertrouwensleer mee dat dan geen van de sets algemene voorwaarden geldt. Als de contractuele wederpartij de voorwaarden van de gemeente afwijst, moet worden afgewogen of de algemene voorwaarden zo belangrijk zijn, dat zonder de voorwaarden geen contract wordt aangegaan. Eventueel kan worden bezien of de van belang zijnde bepalingen in de overeenkomst kunnen worden opgenomen.

2.2.3 Verwijzing naar meerdere sets algemene voorwaarden

Het komt voor dat – al dan niet onbedoeld – wordt verwezen naar meerdere sets algemene voorwaarden tegelijk. Denk hierbij aan de situatie dat een overeenkomst de verwijzing naar algemene voorwaarden A bevat en pretendeert met een hyperlink door te leiden naar die voorwaarden, terwijl die hyperlink naar algemene voorwaarden B leidt. In dat geval gelden geen van beide sets voorwaarden, omdat het de wederpartij niet duidelijk is welke set voorwaarden concreet van toepassing is.

Rangorde

Indien het de bedoeling is dat de algemene voorwaarden van beide partijen van toepassing zijn, kunnen er uitleggeschillen ontstaan. Om dergelijke

uitleggeschillen voor te zijn en duidelijk te maken wat de rangorde van de contractdocumenten is, is het raadzaam een richtingaanwijzer in het contract op te nemen in de vorm van een bepaling die regelt, welk document in geval van tegenstrijdigheid voorgaat. Het komt immers voor dat een onderwerp in het contract wordt bestreken door bepalingen in het contract zelf, in de offerte, in bijlagen bij het contract en in de algemene voorwaarden bij het contract. In dat geval kan onduidelijkheid bestaan, welk document voor gaat. Een rangregeling schept dan de nodige duidelijkheid. Een dergelijke rangregeling kan er als volgt uit zien:

“Voor de contractdocumenten geldt de volgende rangregeling:

- 1. Deze overeenkomst;*
- 2. De bijlage(n) bij deze overeenkomst;*
- 3. De algemene inkoopvoorwaarden van de gemeente;*
- 4. Uw offerte;*
- 5. De bijlage(n) bij uw offerte;*
- 6. De door u gehanteerde algemene voorwaarden, voor zover niet strijdig met de vorige documenten.”*

2.3 Informatieplicht

Indien de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, is daarmee het hoofdstuk “algemene voorwaarden” niet afgesloten. Op de gebruiker van de algemene voorwaarden – dat is de partij die de algemene voorwaarden bedingt – rust de verplichting zijn wederpartij in kennis te stellen van de inhoud van de algemene voorwaarden. Hoe aan deze informatieplicht moet worden voldaan, is geregeld in art. 6:234 BW. Art. 6:234 BW bepaalt dat de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand moeten worden gesteld.

Informatieplicht

Als fysieke terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, mag worden volstaan met verwijzing naar de deponeringsplaats van de algemene voorwaarden bij de rechtbank of bij de Kamer van Koophandel onder de belofte dat de algemene voorwaarden op verzoek gratis worden toegezonden.

De gevallen waarin terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, zijn beperkt. Gedacht kan worden aan zeer frequent gesloten overeenkomsten, zoals overeenkomsten voor het openbaar vervoer. Voor de NS is het ondoenlijk om aan alle passagiers een exemplaar van de algemene voorwaarden van NS ter hand te stellen. Ook indien de

algemene voorwaarden zeer uitgebreid zijn, kan terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk zijn. Hoewel vuistregels niet vallen te geven, vallen algemene voorwaarden met een omvang tot 50 pagina's niet onder deze uitzondering. De hoofdregel is dus ter hand stellen.

Voor de gemeente is deponering bij rechtbank of de Kamer van Koophandel onnodig. Die deponering vervult hooguit de functie van archief. Deponering wordt nogal eens als legitimatie (keurmerk) van algemene voorwaarden gezien. Dit berust echter niet op een juridische basis. Het depot van de algemene voorwaarden dus kan achterwege blijven, met name omdat de algemene voorwaarden ook in de gemeentearchieven kunnen worden opgeslagen. Deponeren brengt bovendien kosten met zich mee.

Elektronische overeenkomst

Indien de overeenkomst volledig elektronisch tot stand komt, mag de terhandstelling langs elektronische weg plaatsvinden. Dat betekent in de eerste plaats door toezending van een leesbaar bestand en pas als dat redelijkerwijze niet mogelijk is door verwijzing naar de URL waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Het heeft de voorkeur gebruik te maken van een beveiligde, niet te wijzigen vorm. Een word-bestand diskwalificeert; een pdf-format ligt meer in de rede. De algemene voorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen en later kunnen worden gereproduceerd.

Ook indien de overeenkomst offline tot stand komt, kan de terhandstelling langs elektronische weg plaatsvinden. Daarvoor is wel de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist, aldus art. 6:234 lid 3 BW. Onder "uitdrukkelijk" wordt verstaan, dat de wederpartij echt haar handtekening moet zetten onder de mogelijkheid van elektronische terhandstelling of daartoe een vakje moet aankruisen of anderszins ondubbelzinnig te kennen moet geven met elektronische terhandstelling in te stemmen. Een "opt-out", waarbij een ingekleurd vakje leeg moet worden gemaakt als geen instemming wordt verleend, volstaat niet. Ook de regel "wie zwijgt, stemt toe" of "behoudens uw andersluidende tegenbericht binnen 7 dagen na heden vertrouwen wij u akkoord met elektronische toezending" gaat niet op.

Versiebeheer

Indien de algemene voorwaarden op een webadres ter beschikking worden gesteld, dient het versiebeheer van de website op orde te zijn. Van de gebruiker mag immers worden verwacht dat hij aantoont dat de versie van de toepasselijke algemene voorwaarden ten tijde van de contractsluiting op de website waren gepubliceerd.

Als de gebruiker een dienstverrichter is in de zin van art. 6:230a BW, kan aan de informatieplicht worden voldaan door te verwijzen naar het webadres waar de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd. Tal van contractpartners van gemeenten zullen als dienstverrichter gelden. Gedacht kan worden aan consultants, aannemers, advocaten en accountants. Banken en notarissen gelden overigens niet als dienstverrichter in de zin van art. 6:230a BW. De Dienstenrichtlijn, die de basis van art. 6:230a BW vormt, schakelt hen namelijk van de werking van de richtlijn en daarmee de bepalingen in art. 6:230a e.v. BW uit.

Vernietiging

Als de gebruiker van de algemene voorwaarden niet aan de op hem rustende informatieplicht voldoet, kan de wederpartij de algemene voorwaarden vernietigen (art. 6:233 onder b BW). Deze vernietiging hoeft niet bij de rechter te worden gevorderd, maar kan in een brief of e-mail gebeuren. Het gevolg van de vernietiging is dat de algemene voorwaarden met terugwerkende kracht komen te vervallen en (dus) nimmer onderdeel van de overeenkomst zijn geweest.

Als de algemene voorwaarden door de wederpartij van de gemeente van toepassing zijn verklaard en de gemeente niet tegen die toepasselijkheid heeft geprotesteerd, is het in de regel "game over" voor de gemeente. De gemeente kan namelijk meestal geen beroep doen op de vernietiging van algemene voorwaarden als de wederpartij niet aan de informatieplicht heeft voldaan. De reden hiervoor is dat de wet (art. 6:235 lid 1 BW) bepaalt dat grote partijen dit beroep op vernietiging niet toekomt. De gemeente is doorgaans een grote partij in de zin van dit artikel.

Grote partijen

Grote wederpartijen, of wederpartijen die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden hanteren (art. 6:235 BW) of een in het buitenland gevestigde professionele partij (art. 6:247 lid 2 BW) komt geen beroep op vernietiging toe. Grote wederpartijen zijn allereerst rechtspersonen die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een uitgebreide jaarrekening in de zin van art. 2:360 BW openbaar hebben gemaakt of op wie art. 2:403 lid 1 BW is toegepast. Daarnaast zijn grote wederpartijen personen bij wie ten tijde van het aangaan van de overeenkomst ten minste 50 werknemers werkzaam waren of zijn opgegeven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Bewijslast Op de gebruiker van de algemene voorwaarden rust de bewijslast dat hij voldaan heeft aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b in samenhang met art. 6:234 BW. De omstandigheid dat in de overeenkomst is bepaald dat de wederpartij door ondertekening verklaart kennis te hebben genomen van de algemene voorwaarden dan wel de bijlagen bij het contract (waaronder de algemene voorwaarden), verandert dit niet. Dat levert wel een bewijsvermoeden op, maar geen omkering van de bewijslast. Het bewijsvermoeden laat de vraag open of de algemene voorwaarden daadwerkelijk tijdig ter beschikking zijn gesteld aan de wederpartij. Het opnemen van de bepaling is dus zeker nuttig, maar doet niet af aan de plicht om het bewijs op orde te houden dat de algemene voorwaarden ter beschikking zijn gesteld. Het is daarom raadzaam om de communicatie over de algemene voorwaarden te archiveren, zodat later in geval van een geschil kan worden aangetoond welke set algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard en dat zij ter hand zijn gesteld.

2.4 Tips

- Verwijs vanaf de eerste communicatie over het onderwerp van de overeenkomst naar de algemene voorwaarden van de gemeente en voeg deze bij.
- Wijs toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de wederpartij uitdrukkelijk van de hand.
- Leg, als meerdere sets algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, een rangregeling aan.
- Zorg ervoor dat – indien de algemene voorwaarden mede op een webadres ter beschikking worden gesteld. – het versiebeheer van de website op orde is.
- Archiveer de communicatie over de algemene voorwaarden.

3 Dossievorming

3.1 Inleiding

Een van de spreekwoorden die bij het contracteren het meeste opgeld doet, is “wie schrijft die blijft”. In de duiding of partijen een afspraak hebben gemaakt en wat de inhoud van die afspraak is, komt het in de praktijk hoofdzakelijk aan op wat partijen (schriftelijk) met elkaar hebben gecommuniceerd. De Hoge Raad heeft in het Haviltex-arrest bepaald dat bij de uitleg van overeenkomsten “naar alle omstandigheden van het geval” moet worden gekeken en niet alleen naar de letterlijke tekst van de overeenkomst. Vooral correspondentie en verklaringen over de inhoud van de gemaakte afspraken zijn dan belangrijk. Houd daarom bij het corresponderen over de overeenkomst en het opstellen van besprekingsverslagen in gedachten dat deze documenten ook kunnen worden gebruikt voor uitleg van de overeenkomst. Wees zo duidelijk en volledig mogelijk. Goede dossievorming bewijst haar dienst. Ook voor de beoordeling of partijen hun afspraken goed zijn nagekomen, is dossievorming uiterst belangrijk.

Documenten die duidelijkheid geven over de totstandkoming, de inhoud en de uitvoering van een contract moeten dus zoveel mogelijk worden bewaard. Dit zorgt er niet alleen voor dat achtergrond en inhoud van de overeenkomst kunnen worden gekend, maar ook dat de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst kan worden gereconstrueerd. Dit alles, zodat men in geval van een (uitleg)geschil goed beslagen ten ijs kan komen in een eventuele gerechtelijke procedure.

3.2 Archivering

Zodra het contract is ondertekend, moet het worden gearchiveerd. Het archiveren dient zodanig te gebeuren dat het contract en de daarbij behorende bijlagen eenvoudig kunnen worden teruggevonden door diegenen die met het contract van doen hebben. De automatische systemen die veel gemeenten gebruiken om documenten te archiveren, zijn hierbij behulpzaam.

Alle documenten over totstandkoming

Bedenk dat niet alleen de overeenkomst zelf dient te worden gearchiveerd, maar ook alle (elektronische) correspondentie, van datum voorziene concepten, besprekingsverslagen of notulen van vergaderingen, bijbehorende besluitvorming, (intentie-)afspraken en verdere documenten die (in de

voorfase) zijn uitgewisseld. Denk ook aan e-mails, Whatsapp- en sms-berichten die relevant zijn voor het contract. Verder is van belang om de communicatie over de toepasselijkverklaring en terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden goed te bewaren.

Alle documenten over uitvoering

De overeenkomst houdt niet op bij het sluiten ervan. Ook in de uitvoering van de overeenkomst kunnen zich verwikkelingen voordoen. Een prestatie kan achterblijven of discussies kunnen ontstaan over de aansprakelijkheid. Ook de correspondentie over de (bedoeling van) verplichtingen/prestaties gedurende de looptijd van de overeenkomst is relevant om te worden opgenomen in het dossier, voor het geval er later toch geschillen over ontstaan. Het dossier moet dan ook met alle correspondentie over de uitvoering verder worden opgebouwd. Denk hierbij aan het bewaren van ingebrekestellingen, klachten en stuitingsbrieven. Daarnaast is het van belang om de communicatie van partijen over het al dan niet verlengen van de overeenkomst te bewaren.

3.3 Tips

- Houd bij het corresponderen over de overeenkomst en het opstellen van besprekingsverslagen in gedachten dat deze documenten kunnen worden gebruikt voor uitleg van de overeenkomst.
- Zorg dat de documenten rondom contractsluiting en de uitvoering van het contract worden bewaard. Gebruik slimme ICT-systemen om de documenten zo op te slaan, dat ze in één oogopslag kunnen worden gevonden.
- Bewaar niet uitsluitend de contracten en formele brieven, maar ook e-mails, gespreksverslagen en notulen van vergaderingen, van datum voorziene concepten, besluiten en overige documenten die relevant zijn voor het contract, zoals ook Whatsapp- en sms-berichten. Hetzelfde geldt voor de correspondentie over de toepasselijkverklaring en terbeschikkingstelling van de algemene voorwaarden.

4 Uniform contracteren en het gebruik van basismodellen en standaardbepalingen

4.1 Inleiding

Als is vastgesteld wie bevoegd is te onderhandelen en welke afspraken in het contract moeten worden opgenomen, volgt het traject van het schrijven van het contract. In deel II van deze handreiking wordt inhoudelijk ingegaan op enkele veelvoorkomende contractbepalingen. Hieronder komen het nut van uniformiteit en het gebruik van basismodellen en standaardbepalingen aan bod.

4.2 Uniformiteit

Contracten bevatten veel maatwerk. Er moet altijd gekeken worden of de inhoud van het contract aansluit bij de aard van de werkzaamheden of dienstverlening. Toch kan het nastreven van uniformiteit nuttig zijn.

Uniformiteit kan er bijvoorbeeld toe bijdragen dat de verantwoordelijken voor het opstellen van het contract binnen een gemeente snel vertrouwd zijn met de inhoud van het contract en dat voetangels en klemmen snel gevonden kunnen worden.

Contract-management

Uniformiteit vergemakkelijkt tevens het contractmanagement. Immers, de contractmanager weet dan precies welke verplichtingen de overeenkomst bevat en waar hij de verplichting moet zoeken. Het verdient de voorkeur de contractmanager, indien de gemeente daarover beschikt, al in de onderhandelingsfase te betrekken bij het inrichten van de overeenkomst. De contractmanager weet dan welke onderwerpen spelen en zijn aandacht behoeven. Ook kan hij in de onderhandelingsfase sturen op voor de uitvoering van de overeenkomst werkbare bepalingen en een uniform begrippenkader.

4.3 Basismodellen en standaardbepalingen

Basismodel

Bij het opstellen van een contract moet steeds worden beoordeeld, welke specifieke bepalingen moeten worden opgenomen. Echter, in de regel komt een zelfde type bepaling in meerdere overeenkomsten voor. Het is dan inefficiënt, indien iedere keer het wiel opnieuw moet worden uitgevonden. Het is daarom handig om voor een overeenkomst uit te gaan van een basismodel.

Verwerkersovereenkomsten, om te voldoen aan de AVG, zijn veelal standaardcontracten.

De VNG heeft een standaardverwerkersovereenkomst ontwikkeld voor gemeenten: standaard gemeentelijke verwerkersovereenkomst (VWO). De [standaardverwerkersovereenkomst](#) is gepubliceerd in de Handreiking Standaard Verwerkersovereenkomst Gemeenten.

Het gebruik van een basismodel leidt tevens tot duidelijkheid en voorspelbaarheid aan de zijde van de wederpartij. De contractant die vaker met een gemeente zaken doet, weet immers bij de gemeente waar hij aan toe is en wat hij kan verwachten. Dat voorkomt uitgebreide onderhandelingen over onderdelen die de contractant graag anders geformuleerd zou zien, maar waartegen hij inhoudelijk niet veel bezwaren heeft.

Begrippenkader

Om te zorgen voor een consistent contract waarin de begrippen in het hele contract dezelfde betekenis hebben, is het van belang in het gehele contract te werken met één begrippenkader. Het verdient daarom de voorkeur om het contract aan te vangen met een lijst van definities. In het contract wordt dan de volgende bepaling opgenomen:

“In dit contract hebben de begrippen die met een hoofdletter zijn aangeduid de betekenis die in het artikel (of in bijlage X) met opschrift “Definities” zijn opgenomen.”

Voor een basismodel kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de volgende eenduidige opzet:

1. De naam van de overeenkomst;
2. Wie zijn de partijen?
3. De considerans waarin de reden voor het aangaan van de overeenkomst wordt genoemd;
4. De definities;
5. Wat zijn de verplichtingen van de partijen op grond van de overeenkomst?
6. Hoe kan de nakoming van de verplichtingen worden afgedwongen?
7. Voor welke duur wordt de overeenkomst aangegaan en wat zijn de opzegmogelijkheden?
8. Is er een overmachtbepaling?
9. Welke betalingstermijnen gelden?
10. Zijn er zekerheden afgesproken?
11. Kan er worden opgeschort of verrekend?
12. Geldt er een boetebeding?
13. Hoe zijn de aansprakelijkheden en verzekeringen geregeld?
14. Wat is er geregeld in geval van faillissement en surceance van betaling?
15. Het kopje "diverse" of "overige afspraken", waarin bepalingen zijn opgenomen over onder meer wijzigingsmogelijkheden, contactpersonen, partiële nietigheid, geheimhouding, rechtskeuze en geschillenbeslechting.

Indien telkens een dergelijke opzet wordt gevolgd, is duidelijk welke elementen in het contract worden geregeld en welke plek deze krijgen in het contract.

Ook als wordt gewerkt met standaardbepalingen blijft nadenken een vereiste.

Bij iedere bepaling moet worden stilgestaan bij de volgende vragen:

- (a) welke gevolgen heeft deze bepaling?;
- (b) is deze bepaling nodig?;
- (c) moet de bepaling worden aangepast?

Zie daarvoor ook deel II van deze handreiking.

4.4 Afwijken van basismodellen

Afwijkingen

Vanzelfsprekend is het niet zo dat niet van de basismodellen mag worden afgeweken. Veel overeenkomsten bevatten immers maatwerk. Het gebruik van basismodellen en standaarden maakt alleen snel inzichtelijk, wanneer van de inhoud afgeweken wordt.

Indien de gemeente de opsteller van de overeenkomst is, kan snel en eenvoudig worden vastgesteld of en in welke mate de door de wederpartij voorgestelde wijzigingen afwijken van de basismodellen en standaarden. Vervolgens kan worden beslist of de voorgestelde wijzigingen aanvaardbaar zijn of niet.

Indien niet de gemeente maar de wederpartij het contract aanlevert, kan het helpen om het contract in te delen in bedingen die absoluut niet wenselijk zijn, bedingen die liever niet mogen voorkomen en bedingen die geen probleem vormen. Een dergelijk "verkeerslicht" helpt bij het inventariseren van de overeenkomst en vergemakkelijkt het onderhandelen erover.

Het verdient de voorkeur dat de gemeente de regie blijft houden en zelf het contract opstelt. Immers, als het door de contractant aangeleverde contract als vertrekpunt wordt genomen, moeten de onwenselijke bepalingen "eruit worden onderhandeld", wat lastiger is dan zelf de norm bepalen.

Ook voor de eigen contracten kan een verkeerslicht overigens geen kwaad. Vooraf kan dan geïnventariseerd worden over welke bepalingen onderhandelingen mogelijk zijn en welke bepalingen absoluut niet onderhandelbaar zijn.

*Basismodel
aanpassen*

Indien de opsteller tot de conclusie komt dat de bepalingen in het basismodel de lading niet dekken of zelfs contra staan op de bedoelingen van partijen, moeten de bepalingen uiteraard worden aangepast. Ditzelfde geldt indien de contractmanager bij de uitvoering van het contract tot de conclusie komt dat een bepaalde bepaling in het contract niet werkt. In dat geval is aangewezen dat de bepaling in het basismodel wordt aangepast.

Die onderdelen in een contract die juist niet algemeen zijn, moeten in maatwerk worden opgelost.

4.5 Tips

- Maak gebruik van basismodellen en standaardbepalingen. Let er daarbij wel op dat contracten maatwerk blijven en dat van standaarden moet kunnen worden afgeweken, als de standaardbepalingen niet aan blijken te sluiten bij de afspraken die zijn gemaakt.
- Inventariseer het contract dat door de wederpartij wordt aangeleverd door het contract in te delen in bepalingen die absoluut no go zijn, bepalingen die liever niet mogen voorkomen en bepalingen waarmee geen probleem bestaat (verkeerslicht-methode).

5 Aandachtspunten na het sluiten van het contract, contractmanagement

5.1 Inleiding

Na het sluiten van het contract moet het contract worden uitgevoerd. In dit kader is de tweeledige functie van het contract van belang.

Aan de ene kant vormt het contract een spoorboekje voor de betrokken partijen aan de hand waarvan de overeengekomen prestaties kunnen worden gemanaged: wie doet wat, op welk moment en op welke wijze?

Aan de andere kant is het contract een juridisch risicobeheersingsinstrument: wat gebeurt er als de nakoming van de overeenkomst – al dan niet buiten de schuld van partijen om – onmogelijk blijkt of een van de partijen tekortschiet? Wat als de omstandigheden wijzigen?

Bij de uitvoering van het contract is scherpheid vereist. Scherpheid bij het archiveren van het contract en de daarop betrekking hebbende stukken, bij het contractmanagement ten behoeve van het voorkomen van risico's en het gebruik van meet- en sturingsmogelijkheden en bij de naleving van de bepalingen uit het contract. Zie ook de [VNG Handreiking contractbeheer en contractmanagement](#).

5.2 Evaluatie en verlenging

Zeker in een duurrelatie wordt geadviseerd overeen te komen om op gezette tijden te evalueren en te bepalen wie daartoe het initiatief neemt. Dit zorgt ervoor dat eventuele plooiën (in prestatie of relatie) kunnen worden gladgestreken. In een evaluatiebepaling kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat als uit een tussentijdse evaluatie blijkt dat onvoldoende grondslag voor verdere samenwerking bestaat, partijen gerechtigd zijn de overeenkomst met een opzegtermijn van drie maanden tussentijds op te zeggen. Bijvoorbeeld:

Evaluatie

“Indien uit een tussentijdse evaluatie van deze overeenkomst blijkt dat tussen partijen onvoldoende vertrouwen bestaat over de voortzetting van de samenwerking, doordat de prestaties die in de evaluatie worden getoetst, niet of onvoldoende zijn gehaald, is ieder van de partijen gerechtigd deze overeenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden op te zeggen. De opzegging dient schriftelijk plaats te vinden, via een aangetekende brief.”

Of het wenselijk is een dergelijke bepaling op te nemen, is een kwestie van maatwerk. Maar het kan geen kwaad hierover na te denken.

Verlenging Eventueel kunnen partijen nog iets regelen over de gevolgen van de opzegging naar aanleiding van de evaluatie:

“In geval van opzegging door de gemeente is de gemeente geen vergoeding van schade of kosten verschuldigd aan de contractant.”

Bedenk daarbij wel of dit in voorkomend geval redelijk is.

Een evaluatiemoment kan ook worden ingebouwd, voordat de beslissing wordt genomen of een overeenkomst wordt verlengd. Dit wordt bijvoorbeeld als volgt vormgegeven:

“Uiterlijk zes maanden voor de einddatum van deze overeenkomst treden partijen met elkaar in overleg over de eventuele verlenging van deze overeenkomst. Zij evalueren dan hun samenwerking onder deze overeenkomst. Indien één van de partijen aangeeft de overeenkomst niet te willen voortzetten, eindigt de overeenkomst op de einddatum. De opzegging van de overeenkomst dient dan binnen één week na het evaluatiegesprek aangetekend schriftelijk te worden bevestigd door de opzeggende partij. Als die bevestiging niet wordt ontvangen, wordt de overeenkomst voor een aansluitende periode van één jaar voortgezet.”

Indien de overeenkomst niet automatisch wordt verlengd en de evaluatie de vorm van een heronderhandeling heeft, kan er ook voor worden gekozen te bepalen dat de overeenkomst **niet** wordt verlengd als partijen geen overeenstemming bereiken. Een dergelijke bepaling kan er als volgt uit komen te zien:

“Uiterlijk zes maanden voor de einddatum van deze overeenkomst treden partijen met elkaar in overleg over de eventuele verlenging van deze overeenkomst. Zij evalueren dan hun samenwerking onder deze overeenkomst en bespreken de verlenging van deze overeenkomst. Indien partijen niet tot overeenstemming komen over de verlenging van de overeenkomst, eindigt deze van rechtswege op de einddatum.”

Er dient voor te worden gezorgd dat de evaluatiebepaling en de opzeg-/verlengingsbepaling in het contract goed op elkaar aansluiten. Zie voor verlenging van de overeenkomst in het algemeen II.2.5.

5.3 Het managen van conflicten

Helaas blijkt niet iedere overeenkomst een succes. Het komt voor dat er geschillen ontstaan over de (uitleg van de) overeenkomst. Het is noodzaak ervoor te zorgen dat in dat geval een zo eenduidig mogelijk beeld aan de contractpartij en later eventueel aan de rechter wordt gepresenteerd. De rechter zoekt in dat kader naar gedrag dat consistent is met de inhoud van de overeenkomst. Zie hier ook weer het belang van het bewaren van alle schriftelijke communicatie over de uitvoering van de overeenkomst (I.3.2).

Abbb Ook als een geschil ontstaat dienen gemeenten zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Concreet betekent dat dat bij het nemen van een beslissing over de nakoming van een contract, een beroep op opschorting, de ontbinding van een contract of de vordering van schadevergoeding, niet over een nacht ijs wordt gegaan. De beslissing dient voldoende zorgvuldig te worden voorbereid, er dient rekening te worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en de beslissing dient afdoende te worden gemotiveerd en tijdig te worden aangekondigd.

Regeling in der minne

Deze uitgangspunten vergen goed management bij het ontstaan van het conflict. Daarbij wordt geadviseerd dat conflicten worden gede-escalereerd en dat gestreefd wordt naar een regeling in der minne, maar met behoud van de juridische middelen. De-escalatie kan vaak al worden gevonden door “opschaling” of door personen (van beide partijen) te betrekken die niet bij de uitvoering van de overeenkomst zijn betrokken. Dit kan ook in de overeenkomst worden opgenomen als eerste stap bij geschilbeslechting.

Tijdig klagen

Ook als partijen in overleg zijn over het conflict, dient overigens te worden gewaakt dat tijdig wordt geklaagd, dat in gebreke wordt gesteld en dat tijdig

de verjaring wordt gestuit of het verval van vorderingen wordt voorkomen.

Leg de stappen die bij een conflict worden genomen schriftelijk vast (en bewaar deze informatie), zodat hierop kan worden teruggegrepen in een eventuele gerechtelijke procedure.

Het managen van conflicten kan complexer worden als sprake is van overeenkomsten met grote maatschappelijke impact, of wanneer er sprake is van meerdere contractpartijen. Bijvoorbeeld indien enkele gemeenten in samenwerking een opdracht verlenen aan één contractant. Indien de contractant dan tegenover één van de gemeenten tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen, maar ten opzichte van de overige gemeenten niet, zullen die gemeenten minder of geen belang hebben bij een klacht of ingebrekestelling.

Meer partijen

Tijdens het opstellen van dergelijke overeenkomsten dient daarom te worden stilgestaan bij de vraag of de gemeenten slechts gezamenlijk mogen optreden of dat ieder van de gemeenten over een tekortkoming mag klagen en de contractant in gebreke mag stellen. Het is aan te bevelen om hierover vooraf afspraken te maken. Ook is het verstandig te regelen welke gevolgen eventuele vervolgstappen hebben voor het contract en de overige partijen.

Een voorbeeldbepaling kan er als volgt uit zien:

“Ieder van de gemeenten is gerechtigd om in geval van een tekortkoming van de wederpartij jegens haar op te komen. Zij heeft het recht zelfstandig schadevergoeding te eisen of de overeenkomst ten aanzien van haar te ontbinden.”

Indien de gemeenten slechts gezamenlijk mogen optreden, kan dat als volgt worden verwoord:

“De gemeenten treden gezamenlijk op. Zij wijzen de gemeente [X] aan om namens hen allen op te treden. Aanvullingen en wijzigingen van deze overeenkomst, waaronder beëindiging van deze overeenkomst, behoeven evenwel de instemming van de gemeenten gezamenlijk.”

Indien het opnemen van één van deze bepalingen wordt overwogen, moet gekeken worden naar de aard van de overeenkomst. Indien het gaat om een aanbestedingsplichtige opdracht dient te worden afgewogen of de beëindiging door één gemeente respectievelijk aanvulling of wijziging van de

overeenkomst niet lijdt tot een wezenlijke wijziging van de opdracht die heraanbesteding nodig maakt.

5.4 Rechtsverwerking

Als een partij in haar gedrag heeft laten blijken nakoming van (bepalingen in) de overeenkomst niet te wensen, kan sprake zijn van rechtsverwerking. Het gevolg van rechtsverwerking is dat die partij het recht verliest nakoming van de betreffende bepaling in de overeenkomst te vorderen. Omdat rechtsverwerking het prijsgeven van rechten impliceert, wordt niet snel aangenomen dat daar sprake van is. De Hoge Raad heeft meermalen uitgesproken dat het toepassen van rechtsverwerking terughoudend dient plaats te vinden. Enkel tijdverloop is in ieder geval onvoldoende om rechtsverwerking te bewerkstelligen. Daar is meer voor nodig, bijvoorbeeld de mededeling dat nakoming niet langer noodzakelijk is.

Terughouden-
de toepassing

Om te voorkomen dat rechtsverwerking wordt aangenomen, wordt veelal contractueel bedongen dat het niet-uitoefenen van rechten uit de overeenkomst, nimmer tot rechtsverwerking leidt. Dat is geen ultieme beveiliging tegen rechtsverwerking, maar werpt in ieder geval een drempel op tegen al te makkelijk denken van de wederpartij dat "het allemaal wel goed zal komen". Een dergelijke bepaling kan er als volgt uitzien:

"Indien de gemeente haar rechten uit deze overeenkomst niet direct uitoefent, kan dat niet als rechtsverwerking of afstand van recht worden opgevat. De gemeente behoudt het recht haar rechten uit deze overeenkomst uit te oefenen."

5.5 Tips

- Neem bij duurrelaties in de overeenkomst op dat de relatie blijvend op vaste tijdstippen wordt geëvalueerd en wie daarvoor het initiatief neemt. Een dergelijke evaluatie kan ook plaatsvinden voordat de beslissing over een eventuele verlenging van de overeenkomst wordt genomen.
- Zorg ervoor dat de evaluatiebepaling en de opzeg-/verlengingsbepaling goed op elkaar aansluiten.
- Zorg ervoor dat alle communicatie over de uitvoering van het contract schriftelijk wordt vastgelegd. Dit geldt zeker in geval van klachten en conflicten.
- Indien wordt samengewerkt met andere gemeenten, maak dan onderling afspraken. Regel daarin of de gemeenten slechts gezamenlijk of ook

afzonderlijk mogen optreden. Neem deze regeling op in het contract.

- Neem eventueel een bepaling op dat er geen sprake zal zijn van rechtsverwerking om zoveel mogelijk de rechten uit de overeenkomst zeker te stellen.





Deel II

Het opstellen van de overeenkomst



Het opstellen van de overeenkomst

Dit deel van de handreiking gaat over het formuleren van bepalingen in overeenkomsten. Er wordt een praktische invulling van een aantal geselecteerde onderwerpen gegeven.

Leidend voor de behandeling van deze onderwerpen is dat deze onderwerpen in een overeenkomst meestal "standaard" lijken te zijn. Denk aan de duur van de overeenkomst of bepalingen over tekortkomingen. De bepalingen die deze onderwerpen regelen krijgen vaak minder aandacht dan de bepalingen die de daadwerkelijke prestaties van partijen regelen. Toch kunnen ook dit soort bepalingen grote gevolgen hebben. Daarom moet ook bij standaardbepalingen telkens goed worden doordacht:

- of de bepaling voldoende helder en duidelijk is geformuleerd, ook voor degenen die niet vanaf het begin betrokken zijn bij het opstellen van de overeenkomst of voor degenen die de overeenkomst moeten uitvoeren;
- of de bepaling het beoogde doel bereikt;
- of de bepaling houdbaar is gedurende langere tijd en in verschillende situaties;
- of er een voorziening moet worden opgenomen hoe om te gaan met onzekere toekomstige situaties of juist niet.

Dit deel gaat, mede aan de hand van voorbeelden en jurisprudentie, in op de wijze waarop de standaard of algemene bepalingen zo goed mogelijk kunnen worden geredigeerd. Het begint met een onderdeel over uitleg van overeenkomsten en gaat daarna verder met de bedingen over duur en beëindiging van de overeenkomst, tekortkoming, boete, aansprakelijkheid, onvoorziene omstandigheden en wijziging. Tot slot komen bepalingen aan bod die vaak als restbepalingen worden gezien, maar eveneens aandacht verdienen. Dit zijn het schriftelijkheidsbeding, de partiële nietigheidsclausule, het geheimhoudingsbeding, de overlevingsclausule en de rechtskeuze- en geschillenbepaling.

1 Formulering en uitleg van de overeenkomst

1.1 Inleiding

De woorden waarin een overeenkomst is opgesteld, zeggen niet altijd alles over de inhoud van de overeenkomst. Bewoordingen zijn vaak voor meerderlei uitleg vatbaar en de bedoeling die partijen in de onderhandeling aan een bepaalde clause hebben toegekend, staat later, als een geschil ontstaat, geregeld ter discussie.

Daarbij komt dat veel overeenkomsten die gemeenten sluiten, bedoeld zijn om langere tijd van kracht te blijven. De bij de onderhandeling betrokken ambtenaren en wethouders zijn echter soms niet meer bij de overeenkomst betrokken als later een geschil ontstaat. Wethouders kunnen zijn afgetreden en ambtenaren kunnen naar een andere werkring zijn overgestapt. Dan zijn het schriftelijke document waarin de overeenkomst is vastgelegd en de schriftelijke stukken die over de totstandkoming van de overeenkomst voorhanden zijn, de enige stukken waarop kan worden teruggevallen. Die stukken dienen dan wel duidelijkheid over de gemaakte afspraken te verschaffen.

Duidelijk formuleren

Het is dus zaak om bepalingen in een overeenkomst zodanig te formuleren dat zo min mogelijk discussie over de betekenis van de gebruikte bewoordingen kan ontstaan. Niet in de laatste plaats omdat onduidelijkheid veelal in het nadeel van de gemeente wordt uitgelegd.

Abbb

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb) brengen namelijk mee dat de gemeente bij het aangaan en opstellen van een overeenkomst duidelijk moet formuleren wat de afspraken van partijen zijn. Tevens moet de gemeente de redenen voor de gemaakte keuzes kunnen aangeven. Dit volgt uit het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Daarnaast wordt de gemeente gezien als een professionele partij. Deze partijen laten zich vaak bijstaan door (interne of externe) juristen en onderhandelen over de tekst van de overeenkomst. Dit betekent dat aan de in de overeenkomst gekozen bewoordingen groot gewicht wordt toegekend. Een

eventuele onduidelijkheid in de overeenkomst komt dan eerder voor rekening en risico van de professionele partij. Dit is met name het geval als die partij de onduidelijk gebleken clausule heeft bedongen.

Niet alleen onduidelijkheid in de overeenkomst, maar ook het bestaan van leemtes in de overeenkomst kan nadelige gevolgen hebben. De kans bestaat dan namelijk dat de overeenkomst niet op de door de gemeente gewenste wijze door de rechter wordt uitgelegd of aangevuld.

Bedoeling van partijen

1.2 Het Haviltex-arrest

Het is van belang de inhoud van een contract zo helder mogelijk te formuleren. Maar ook al is er een heldere formulering, dan kan het toch gebeuren dat partijen er een verschillende betekenis aan hechten. In geval van geschil over de inhoud van de overeenkomst, moet deze worden uitgelegd. Daarbij komt het volgens de Hoge Raad niet alleen aan op een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst, maar moeten alle omstandigheden van het geval worden gewogen.

In 1981 oordeelde de Hoge Raad in het Haviltex-arrest (HR 13 april 1981, NJ 1981/635): “De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”

Bij de uitleg van contractuele bedingen wordt ook gekeken naar de ontstaansgeschiedenis van een beding. Daarbij speelt de vraag of over het beding is onderhandeld en zo ja, wat de afwegingen zijn geweest, een grote rol.

Zo was in een exploitatieovereenkomst opgenomen dat betaling van de exploitatiebijdrage aan de gemeente moest plaatsvinden binnen 1 maand na rechtsgeldige toezending van de factuur. De factuur, zo stond in de overeenkomst, kon eerst rechtsgeldig worden toegezonden na het voldoen aan een aantal voorwaarden. Het geschil over het moment van opeisbaarheid van de exploitatiebijdrage liep niet goed af voor de gemeente. Haar vordering bleek verjaard. De bepaling over het moment van toezenden van de factuur maakte haar vordering niet pas op dat moment opeisbaar. Bij de uitleg van de tekst van deze bepaling wijst het hof erop dat niet is gesteld of gebleken dat over de betekenis daarvan tijdens de onderhandelingen tussen partijen is gesproken. Dit brengt mee dat aan de bewoordingen bij de uitleg daarvan groot gewicht mag worden toegekend. Zonder deugdelijke toelichting ligt het niet voor de hand dat partijen aan het moment van verzending van de factuur – waarover juist niet is gesproken – een beslissende betekenis hebben willen toekennen voor de bepaling van de opeisbaarheid van de vordering (Hof Den Haag, 28 januari 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:97](#)).

E-mails, briefwisselingen en gespreksnotities over de inhoud en totstandkoming van het contract moeten worden gearchiveerd en bewaard zolang het contract nog van kracht is. Indien over de inhoud of uitvoering van het contract een geschil ontstaat, moeten de archiefstukken uiteraard nog langer worden bewaard. Zie I.3.

Professionals

Indien de gemeente met een professionele wederpartij een overeenkomst sluit, partijen zich door deskundigen hebben laten bijstaan, dan wel zelf deskundig zijn, meerdere concepten zijn uitgewisseld en becommentarieerd en de overeenkomst het gevolg is geweest van onderhandelingen, mag meer op de tekst worden vertrouwd. Immers, onder die omstandigheden mag van partijen worden verwacht dat ze hun bedoelingen adequaat aan het papier hebben toevertrouwd.

1.3 Heldere taal

Heldere taal

Het komt nogal eens voor dat in de overeenkomst wordt gekozen voor veel jargon, indirecte rede, wollige zinnen en zelfs oubollig taalgebruik. Hoewel dergelijk taalgebruik al snel geleerd overkomt, vergroot het de leesbaarheid van de overeenkomst niet. Gemeenten moeten juist zorgen voor heldere, begrijpelijke teksten.

Heldere taal bestaat uit korte zinnen in begrijpelijke taal in de directe rede. Taal is verder helder als de schrijver het gebruik van passieve constructies (constructies met “worden” in het gezegde) vermijdt en het gebruik van ouderwetse woorden en moeilijke voorzetselconstructies achterwege laat. Gebruik bijvoorbeeld in plaats van het woord “derhalve” het woord “dus”. Ook kan de constructie “met betrekking tot” doorgaans worden vervangen door “over”.

Zie verder de campagne [Direct Duidelijk](#). Deze campagne helpt overheidsorganisaties op weg om duidelijker te communiceren. Veel gemeenten doen hier al aan mee.

*Uitleg ten
nadele van ge-
meente*

Indien de wederpartij een burger is, is het gebruik van duidelijke en begrijpelijke taal zelfs een vereiste. Indien de overeenkomst niet duidelijk en begrijpelijk is, wordt die onduidelijkheid namelijk al snel ten nadele van de gemeente uitgelegd.

Zie bijvoorbeeld het arrest X/Oirschot (Hof ‘s-Hertogenbosch 3 september 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:3262](#)). De gemeente ontwikkelde een locatie, waar X een kavel kocht. X wilde een bepaling over een in-/uitrit ingevoegd hebben en kwam met een tekstvoorstel. Dit tekstvoorstel werd opgenomen, maar bleek voor meerderlei uitleg vatbaar. In de procedure overwoog het hof dat bij het opstellen van de clausule op de gemeente als professionele en deskundige partij de verantwoordelijkheid rustte duidelijkheid te verkrijgen (over de wens van X) en te verschaffen in de overeenkomst.

Zie ook Hof Den Haag 12 maart 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:453](#) (SEBA/Amsterdam) over de toetsing van de erfpachtvoorwaarden die de gemeente Amsterdam hanteert. Het hof onderzocht onder meer of de erfpachtvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk waren geformuleerd en de burger de strekking van zijn verplichtingen direct begreep. Bij de bepaling over het binnentreden bleek dit niet het geval. Het hof verbood de gemeente deze bepaling te gebruiken jegens particuliere erfpachters.

Let er ook goed op dat begrippen in de overeenkomst telkens dezelfde betekenis hebben. Een begrippenlijst is hierbij behulpzaam.

1.4 Nut en noodzaak van een considerans

Het strekt tot aanbeveling om in een overeenkomst altijd een considerans op te nemen. De considerans is het gedeelte in de overeenkomst tussen de aanhef (waarin de partijen bij de overeenkomst worden genoemd) en de inhoudelijke bepalingen van de overeenkomst. In de considerans wordt aangegeven welke achtergrond de overeenkomst heeft en waarom de overeenkomst wordt aangegaan. Tevens wordt in de considerans vaak toelichting gegeven op de reden van specifieke bepalingen in de overeenkomst.

Deze achtergrond is onontbeerlijk bij de uitleg van contractuele bepalingen. Het helpt partijen als er later onduidelijkheid of een geschil ontstaat over de inhoud van de overeenkomst. De considerans is dus een belangrijk onderdeel van de overeenkomst. Het formuleren van een goede considerans mag daarom niet worden onderschat.

In beginsel maakt de considerans geen onderdeel uit van de inhoudelijke afspraken van partijen, omdat slechts de achtergrond van de afspraken wordt weergegeven. Neem dan ook geen bindende afspraken op in de considerans, maar plaats deze in het gedeelte van de overeenkomst dat over de verplichtingen gaat. In veel contracten wordt de considerans in de indirecte rede weergegeven. De kop van de considerans luidt dan vaak "overwegende" gevolgd door "- dat (...)". Dergelijke zinnen in de indirecte rede lezen niet makkelijk. Daarom kan de considerans beter in de directe rede worden geformuleerd. Dit kan op de volgende wijze:

*"Nemen het navolgende in overweging:
- de gemeente is eigenaar van de gronden aan [etc.] (...);"*

Het is aan te raden een overeenkomst altijd nog een keer na te lopen om te kijken of de considerans en de overige tekst gelijkkluidend zijn en geen verschil van inzicht kunnen bieden. Indien tussen de considerans en de tekst van een bepaling in de overeenkomst een verschil bestaat, zal in de regel de tekst van de bepaling voorgaan. Dit speelt met name indien de teksten van de bepalingen meer specialistisch zijn dan de considerans.

Tot dit oordeel kwam ook het hof in de procedure tussen een boer en de gemeente Drimmelen (Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:2540](#)). Volgens het hof gingen de bepalingen in de overeenkomst voor en dienden de overwegingen in de considerans uitsluitend ter verduidelijking; zij konden niet zelfstandig verbintenissen creëren.

1.5 Kwalificatie van een overeenkomst: verder kijken dan de naam van het contract

Veelal wordt boven de overeenkomst een naam geplaatst. Voorbeelden hiervan zijn: huurovereenkomst, exploitatieovereenkomst of samenwerkingsovereenkomst. De naam van een contract zegt evenwel niet veel. Partijen zijn vrij zijn in wat zij willen afspreken en in welke vorm zij dit doen. Dit geldt ook voor de naam die boven een overeenkomst staat. Maar ongeacht de naam die boven het contract staat, wordt de kwalificatie van de overeenkomst bepaald door de inhoud daarvan.

Als voorbeeld dient het volgende. Indien de gemeente het gebruik van een bepaalde onroerende zaak tegen vergoeding toestaat, kwalificeert dat als een huurovereenkomst, zelfs als partijen boven het contract schrijven "bruikleenovereenkomst". Dit betekent dat partijen gebonden zijn aan de dwingendrechtelijke regels die aan de huurovereenkomst vastzitten. Met die regels moet dan ook bij het opstellen van het contract rekening worden gehouden.

In zijn arrest van 20 december 2019 arrest heeft de Hoge Raad nog eens duidelijk gemaakt dat de rechter eerst met behulp van de Haviltex-maatstaf de inhoud van de overeenkomst (de wederzijdse rechten en plichten) moet vaststellen, en pas daarna mag beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een bijzondere overeenkomst (HR 20 december 2019, [ECLI:NL:HR:2019:2034](#)).

1.6 Tips

- Archiveer, om uitleggeschillen te voorkomen, naast de overeenkomst ook de relevante communicatie (waaronder gespreksnotities) over de overeenkomst.
- Schrijf de overeenkomst in heldere taal. Maak waar nodig gebruik van een begrippenlijst.
- Neem een considerans op met daarin de uitgangspunten en de reden voor het aangaan van de overeenkomst.
- Loop de overeenkomst inclusief de considerans na op eenduidigheid in gebruikte terminologie.
- Kijk of de overeenkomst wettelijk is geregeld en blijf binnen de kaders van dwingendrechtelijke wetgeving.

2 Duur en einde van de overeenkomst

2.1 Inleiding

De bepalingen over de duur en het einde van de overeenkomst verdienen nadrukkelijk aandacht. Zeker in een situatie waarin de nakoming van een overeenkomst niet goed verloopt, bewijzen duur- en beëindigingsbepalingen hun waarde. Dit onderdeel staat stil bij het belang van het opnemen van een opzeggings- en/of ontbindingsmogelijkheid en de verschillen tussen opzeggen en ontbinden. Verder gaat dit onderdeel in op de redactie van duur- en beëindigingsbepalingen.

2.2 Duur van de overeenkomst en opzegging

Indien de prestaties over een langere periode moeten worden verricht of na verloop van een zekere tijd, is in beginsel sprake van een duurovereenkomst. Voorbeelden van dergelijke duurovereenkomsten zijn onder meer een huurovereenkomst, een overeenkomst tot het verstrekken van ICT-diensten, maar ook een projectontwikkelingsovereenkomst.

Voor de beëindiging van dergelijke duurovereenkomsten gelden eigen spelregels, zoals hierna wordt toegelicht. Deze spelregels zijn in belangrijke mate in de rechtspraak ontwikkeld. Uitgangspunt is dat een contractuele of wettelijke regeling voorrang heeft boven spelregels die in de rechtspraak zijn ontwikkeld.

2.2.1 Overeenkomst voor onbepaalde tijd

Als partijen in de overeenkomst niets regelen over de looptijd van de overeenkomst, geldt de overeenkomst in beginsel voor onbepaalde tijd.

Altijd opzegbaar

Hoofregel is dat deze overeenkomsten in beginsel te allen tijde opzegbaar zijn (HR 28 oktober 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ9854](#) (De Ronde Venen/Stedin).

Ook al mag de overeenkomst worden opgezegd, de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen, dat bij de opzegging een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen, dat schadevergoeding moet worden betaald of dat voor de opzegging een zwaarwegende grond nodig is.

Dit laatste is door de Hoge Raad en het Hof Arnhem-Leeuwarden benadrukt in een tweetal arresten over kabel exploitatieovereenkomsten. In beide overeenkomsten was geen opzegebepaling opgenomen. In het geval van de gemeente Voorst (HR 29 maart 2019, [ECLI:NL:HR:2019:446](#)) oordeelde de Hoge Raad dat een zwaarwegende grond voor opzegging nodig was, gelet op de afhankelijkheid van de netbeheerder van de gemeente. In het andere geval oordeelde het hof juist dat van een dergelijke afhankelijkheid géén sprake was, zodat geen zwaarwegende grond voor opzegging noodzakelijk was (Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:1380](#) (Enexis/Aa en Hunze c.s.)).

Om uit de discussie over de opzegbaarheid van de overeenkomst te blijven, is het aan te raden om een opzegebepaling in de overeenkomst op te nemen.

2.2.2 Overeenkomst voor bepaalde tijd

Indien de overeenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan, eindigt de overeenkomst van rechtswege aan het einde van de overeengekomen duur. Indien er geen opzegebepaling is opgenomen, geldt dat de overeenkomst in beginsel niet tussentijds kan worden opgezegd. De overeenkomst kan dan alleen tussentijds eindigen, indien sprake is van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst van partijen niet kan worden geleverd. Zie verder II.6.

*Tussentijds
opzeggen*

Als de gemeente niet voor verrassingen wil komen te staan en de overeenkomst tussentijds wil kunnen opzeggen, is het aan te bevelen om een opzegebepaling in de overeenkomst op te nemen.

2.2.3 Opzegtermijn in de opzegebepaling

*Rechts-
zekerheid*

In beginsel geeft het opnemen van een opzegtermijn in de opzegebepaling rechtszekerheid. Enerzijds over de duur van de overeenkomst; de overeenkomst loopt in ieder geval door tijdens de opzegtermijn. Anderzijds geeft de opzegtermijn in de opzegebepaling rechtszekerheid over de rechtsgeldigheid van de opzegging. Als tijdig is opgezegd en als is voldaan aan de opzeggingsvereisten (bijvoorbeeld bij aangetekende brief) dan eindigt de overeenkomst aan het einde van de opzegtermijn. Slechts op basis van de

redelijkheid en billijkheid kan hierop een uitzondering worden gemaakt. Denk aan een overeenkomst die is aangegaan voor de periode van vijf jaar, maar nadien stilzwijgend is verlengd. Indien de overeenkomst dan 15 jaar heeft geduurd, kan het zijn dat de contractueel opgenomen opzegtermijn van drie maanden te kort is en de rechter een opzegtermijn van bijvoorbeeld zes maanden billijker acht.

Niet-opzegbare overeenkomst

Het kan voorkomen dat een overeenkomst naar haar aard niet-opzegbaar is. De niet-opzegbaarheid volgt uit de tekst of uit de aard van de overeenkomst.

Een voorbeeld van een niet-opzegbare overeenkomst, betrof de subsidieovereenkomst die tussen acht gemeenten en de Stichting het Gooisch natuurreservaat bestond tot instandhouding van het Gooisch natuurreservaat. In de statuten van de Stichting, waarvan de gemeente Amsterdam één van de oprichters was, was bepaald dat partijen tot in eeuwige dagen zouden zorgdragen voor instandhouding van het natuurreservaat. De gemeente wilde na zo'n 80 jaar de overeenkomst opzeggen. De Hoge Raad oordeelde dat de overeenkomst onopzegbaar was, omdat partijen zich binnen de Stichting hadden gebonden tot instandhouding van het Gooisch natuurreservaat en deze binding naar de bedoeling van de betrokken partijen niet door opzegging van de overeenkomst kon worden beëindigd (HR 15 april 2016, [ECLI:NL:HR:2016:660](#)).

2.3 De kwalificatie van de overeenkomst is van belang bij opzegging

De kwalificatie van de overeenkomst is van belang. Op een aantal terreinen bevat de wet namelijk een opzegebepaling. Zo bepaalt art. 7:408 BW dat de opdrachtgever bij een overeenkomst van opdracht te allen tijde de overeenkomst kan opzeggen.

Voor het huurrecht bepaalt art. 7:228 BW dat de opzegtermijn tenminste één maand bedraagt bij de verhuur van onroerende zaken die geen woningen of bedrijfsruimten zijn.

Het belang van kwalificatie van de overeenkomst komt goed naar voren in het arrest Groeneveld Catering/Staat (HR 10 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:405](#)). In dit arrest speelde het volgende. Groeneveld Catering exploiteerde de catering bij het kasteel Groeneveld. Dit deed zij op basis van cateringovereenkomsten van telkens één jaar zonder opzegbeding. Groeneveld Catering mocht daarvoor het koetshuis gebruiken bij het kasteel. Toen de Staat op enig moment aangaf de cateringovereenkomst te willen beëindigen, verzette Groeneveld Catering zich. De bij de opzegging in acht genomen opzegtermijn van circa één maand vond zij te kort. Zij beriep zich erop dat de cateringovereenkomst in feite een huurovereenkomst voor middenstand bedrijfsruimte was in de zin van art. 7:290 BW. In dat geval gold volgens haar een opzegtermijn van één jaar en een dwingende opzeggingsgrond. De Staat verweerde zich, met succes: de cateringovereenkomst is een overeenkomst van opdracht die te allen tijde opzegbaar is. Het feit dat het koetshuis mocht worden gebruikt maakt niet dat automatisch sprake is van een huurovereenkomst, omdat het gebruik van het koetshuis slechts ondergeschikt was aan en dienstig was aan de cateringovereenkomst.

2.4 De gevolgen van opzegging

Het gevolg van een opzegging is in beginsel dat de overeenkomst eindigt. Voor de opzegging wordt over het algemeen een opzegtermijn in acht genomen. Onder omstandigheden kan sprake zijn van een situatie waarin redelijkheid en billijkheid vergen dat een langere opzegtermijn in acht wordt genomen dan contractueel is overeengekomen, dat er een (al dan niet zwaarwegende) opzeggingsgrond moet zijn of dat een aanbod tot schadevergoeding moet worden gedaan. Een combinatie van deze vereisten is ook mogelijk. Dit speelt bijvoorbeeld als de bedrijfsvoering van de opgezegde partij dusdanig is afgestemd op de overeenkomst voor onbepaalde tijd, dat alleen een redelijke opzegtermijn onvoldoende compenseert voor de gedane investeringen en/of de afhankelijkheid van het contract.

De schadevergoeding dient een tweeledig doel: enerzijds een compensatie voor het gebrek aan verdien capaciteit en anderzijds een overbrugging om een alternatief te implementeren.

Mocht sprake zijn van een onregelmatige opzegging – bijvoorbeeld als er een te korte termijn in acht is genomen – dan kan dat leiden tot nietigheid van de

opzegging, maar dat hoeft niet. Soms kan een oplossing worden gevonden in een (hogere) schadevergoeding.

2.5 Automatische verlenging en verlenging op partij-initiatief

Indien een overeenkomst voor bepaalde termijn geen verlengingsbepaling kent, eindigt hij van rechtswege op de einddatum. In de praktijk komt het evenwel vaak voor dat partijen hun relatie voortzetten, hoewel de overeenkomst formeel is afgerond.

*Risico's
voortzetten
overeenkomst*

Mocht de relatie na het einde van de overeenkomst toch worden voortgezet dan brengt dit de nodige risico's met zich mee. De overeenkomst wordt dan omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Dit heeft tot gevolg dat de opzegtermijn wordt bepaald door de redelijkheid en billijkheid gelet op de duur van de overeenkomst en de andere omstandigheden van de overeenkomst (afhankelijkheid, investeringen, et cetera). De eventuele oorspronkelijke opzegbepaling speelt geen rol meer. Daarom is aan te bevelen om stil te staan bij een eventuele verlenging. Een verlenging kan automatisch of op initiatief van een van de partijen plaatsvinden. Dit laatste kan bijvoorbeeld door een eenzijdige verlengingsoptie op te nemen. De eenzijdige optie is het beding waarbij een van de partijen het recht krijgt om de overeenkomst te verlengen:

“Na afloop van de initiële termijn heeft de gemeente het recht deze overeenkomst met een termijn van [x] jaar te verlengen. De contractant is dan aan deze verlenging gebonden.”

*Eenzijdige
verlengings
optie*

Een dergelijke eenzijdige optie is rechtens afdwingbaar, aldus art. 6:219 lid 3 BW. Als de eenzijdige optie door de gemeente kan worden uitgeoefend, moet de gemeente in dat geval wel een afweging maken tussen haar belang bij verlenging en het belang van de wederpartij bij eventuele beëindiging. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijven immers van toepassing.

Let erop dat bij een aanbesteding aan het einde van de overeenkomst opnieuw wordt worden aanbesteed. Een verlengingsoptie in de overeenkomst moet in de oorspronkelijke aanbesteding worden meegenomen. Als dat niet is gebeurd, kan de overeenkomst in beginsel niet worden verlengd. Een verlenging kan uiteraard niet onbeperkt zijn in verband met het bepalen van de waarde van de opdracht.

Automatische verlenging wordt veelal als volgt vorm gegeven:

“Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van drie jaar en wordt, behoudens opzegging drie maanden voor de einddatum, op de einddatum automatisch verlengd met periodes van een jaar. Opzegging dient te worden gedaan bij aangetekende brief.”

Automatische verlenging

Het risico van deze clausule is dat een gebrek aan scherpte ertoe kan leiden dat de einddatum verstrijkt en dat partijen dan automatisch (en wellicht ongewild) aan een verlengingstermijn vastzitten. Als het gewent is grip te houden op de overeenkomst, dan is het niet aan te bevelen om voor automatische verlenging te kiezen. In gevallen waar automatische verlenging wel gewent is, is het advies om altijd een opzegbepaling op te nemen, die ook werkt in geval van stilzwijgende verlenging van de overeenkomst. Als voorbeeld kan de volgende bepaling dienen:

Altijd opzegbepaling

*“1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de bepaalde duur van vijf jaar, ingaande op [datum] en dus eindigend op [datum].
2. Deze overeenkomst wordt na afloop van de in lid 1 bedoelde termijn automatisch verlengd met aansluitende periodes van telkens één jaar, tenzij deze overeenkomst uiterlijk drie maanden voor afloop van de in lid 1 genoemde einddatum wordt opgezegd. In geval van verlenging van de overeenkomst kan deze overeenkomst tegen het einde van iedere verlengingsperiode worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. Een te laat ontvangen opzegging leidt tot verlenging van de overeenkomst en geldt als opzegging van de alsdan verlengde overeenkomst.
3. Opzegging dient te worden gedaan bij aangetekende brief.”*

2.6 De opzegbaarheid sturen

Opzeggingsgronden

Ook andere omstandigheden dan de duur van de overeenkomst kunnen de opzegging sturen. Hierbij kan worden gedacht aan opzegging in verband met tekortkomingen of faillissement van de wederpartij. Al die opzeggingsgronden dienen uitdrukkelijk te worden opgenomen in de overeenkomst, omdat deze situaties anders niet tot directe opzegbaarheid leiden. In deze gevallen wordt in de regel bepaald dat geen opzegtermijn in acht hoeft te worden genomen, maar dat de overeenkomst direct opzegbaar is.

Een voorbeeld van een opzegbepaling kan zijn:

“1. Deze overeenkomst kan in de volgende gevallen met onmiddellijke ingang worden opgezegd:

- Indien de contractant surseance van betaling aanvraagt, zijn eigen faillissement aanvraagt of failliet wordt verklaard of enige andere Nederlandse of buitenlandse insolventiemaatregel op hem van toepassing wordt, waardoor hij het vrije beheer en de vrije beschikking over zijn vermogen verliest;

- In geval van een ernstige tekortkoming aan de zijde van de contractant;

- In geval van overtreding van het geheimhoudingsbeding.

2. De opzegging moet worden gedaan bij aangetekende brief.”

Als het faillissement niet als opzeggingsgrond is opgenomen, kan de overeenkomst niet direct worden opgezegd. In dat geval dient eerst aan de curator te worden gevraagd of de curator de overeenkomst binnen redelijke termijn gestand wenst te doen. Als de curator niet reageert of aangeeft de overeenkomst niet gestand te doen, verliest de curator het recht nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Daarmee bestaat de overeenkomst nog wel. Als de gemeente de overeenkomst wil beëindigen, zal zij vervolgens alsnog moeten opzeggen of ontbinden.

2.7 Opzegging of ontbinding?

De wet (art. 6:265 BW) bepaalt dat iedere tekortkoming de wederpartij de bevoegdheid geeft de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is. Dat betekent dat de schuldenaar eerst in gebreke moet worden gesteld en een redelijke termijn voor nakoming moet worden gegeven. Zie verder II.3.

*Voldoende
ernstige
tekortkoming*

Er moet dus altijd worden bezien of de tekortkoming voldoende ernstig is om de overeenkomst te ontbinden. Als de wederpartij zich niet neerlegt bij de ontbinding, moet de rechter vaststellen of de gestelde tekortkoming van voldoende gewicht is om de ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen.

Zie in dit kader Rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2019, [ECLI:NL:RBOBR:2019:2978](#) (X/Veldhoven). In dit vonnis oordeelde de voorzieningenrechter dat de gemeente het bestaan van een toerekenbare tekortkoming, laat staan een die de ontbinding rechtvaardigt, onvoldoende heeft aangetoond.

Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 16 juni 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:2912](#) (Beja/Utrecht). In dit vonnis stond de vraag centraal of de gemeente zich tegenover een partij die een locatie voor raamprostitutie zou huren, mocht beroepen op de Bibob-clausule. Deze clausule bepaalde dat de gemeente de overeenkomst mocht ontbinden als het gevaar voor het plegen van strafbare feiten zou bestaan. De voorzieningenrechter oordeelde dat een beroep op deze clausule was toegelaten, zodat de gemeente de huurovereenkomst mocht ontbinden.

*Verschil
opzegging en
ontbinding*

Opzegging verschilt van ontbinding in die zin dat opzegging abstraheert van de (ernst van de) tekortkoming. Zij kan aan een bepaalde termijn ("opzegtermijn van zes maanden") of een gebeurtenis worden gekoppeld. Een beroep op de opzeggingsbepaling moet wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zijn.

In de rechtspraak komt men wel eens de volgende clausule tegen:

"In geval van een tekortkoming van een van de partijen mag de andere partij deze overeenkomst beëindigen, mits de andere partij de tekortschietende partij een redelijke termijn heeft gegund van 14 dagen om de tekortkoming te repareren."

Onduidelijk aan deze bepaling is echter, of partijen met deze bepaling het oog hebben op opzegging als contractuele beëindigingsmodus, dan wel een vorm van de wettelijke ontbinding in de zin van art. 6:265 e.v. Dit kan worden voorkomen door de term "beëindigen" niet te gebruiken, maar te kiezen voor "opzegging" of "ontbinding".

Abbb Bedenk wel dat zowel in geval van het invoeren van de opzegging als bij het ontbinden van een overeenkomst de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen. In gevallen waarin het voortzetten van de overeenkomst niet meer van de gemeente gevegd kan worden, zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet aan opzegging of ontbinding in de weg staan.

Zie in deze zin bijvoorbeeld: Voorzieningenrechter rechtbank Gelderland 1 augustus 2017, [ECLI:NL:RBGEL:2017:4076](#) (P1/Ede), waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat de vertrouwensbreuk tussen partijen meebracht dat instandhouding van de overeenkomst niet langer van de gemeente geveerd kon worden.

Ongedaan-
makings-
verplichting

Andere verschillen tussen opzegging en ontbinding zijn dat ontbinding volgens de wet aanspraak geeft op schadevergoeding (art. 6:277 BW) en verplicht tot ongedaanmaking van reeds verrichte prestaties (art. 6:271 BW). De ongedaanmaking houdt in dat de ene partij de geleverde prestaties moet terugleveren en de andere partij de daarmee corresponderende prijs moet terugbetalen.

Indien de prestatie niet teruggeleverd kan worden, dient zij op waarde te worden geschat. Dat kan tot discussies leiden over de waarde van de prestatie. Dit is veelal het geval indien de prestatie van de contractpartij bestaat uit dienstverlening. De eenmaal geleverde dienst kan in de regel niet ongedaan worden gemaakt. In geval van levering van een goed is dit doorgaans wel het geval. De geleverde goederen kunnen in beginsel worden teruggeleverd. Indien de gemeente de goederen niet wil behouden, kan ontbinding met het oog op de ongedaanmakingsverbintenissen interessant zijn.

Het is aan te bevelen in de overeenkomst te regelen, wat de gevolgen van ontbinding zijn, zodat de onzekerheid over ongedaanmakingsverbintenissen en schadevergoeding kan worden weggenomen:

“In geval van ontbinding zal de gemeente niet tot ongedaanmaking van de door haar verrichte prestaties verplicht zijn. Indien de ontbinding aan de contractant te wijten is, is deze jegens de gemeente schadeplichtig.”

Bij opzegging bestaat die ongedaanmakingsverplichting niet. In beginsel behouden partijen in een dergelijk geval de prestaties, maar blijven ook de daaraan verbonden betalingsverplichtingen in stand.

Bij het inzetten van de ontbinding of de opzegging moet dus worden gekeken naar:

- (a) het gemak van het gebruik van het middel – “is de tekortkoming ernstig genoeg?” – en
- (b) naar de gevolgen – “is ongedaanmaking wenselijk?”.

In beginsel is opzegging eenvoudiger hanteerbaar, met name ook indien de tekortkoming van de contractpartij niet heel ernstig is, maar ontbinding kan aantrekkelijk zijn in het kader van schadevergoeding en de ongedaanmaking van geleverde prestaties.

2.8 Ontbindingsgronden in het contract

Indien niet gekozen wordt voor het opnemen van een opzeggings-, maar voor een ontbindingsbepaling, bijvoorbeeld omdat een opzeggingsbepaling in de onderhandelingen niet mogelijk is gebleken, is het verstandig om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de wettelijke terminologie. De wet bepaalt dat iedere tekortkoming aanspraak geeft op ontbinding.

Vaak wordt de toevoeging “wezenlijke” aan “tekortkoming” opgenomen. Dit om te accentueren dat niet iedere tekortkoming aanleiding mag geven voor ontbinding, maar dat wel een bepaalde drempel moet zijn overschreden.

Het is echter af te raden het begrip “wezenlijke” of “materieel” op te nemen, omdat dan door uitleg moet worden bepaald wat onder “wezenlijk” of “materieel” dient te worden verstaan.

Indien partijen een zekere drempel aan willen brengen alvorens een overeenkomst kan worden ontbonden, kan het stellen van een ingebrekestellingsplicht – bijvoorbeeld ook in de gevallen waarin art. 6:265 lid 2 BW niet van toepassing is – soelaas bieden. Dit kan als volgt worden vormgegeven:

“Indien X haar verplichtingen uit deze overeenkomst niet of niet correct nakomt, zal de gemeente haar in gebreke stellen. Indien correcte nakoming na ingebrekestelling uitblijft, is de gemeente gerechtigd deze overeenkomst te ontbinden.”

Regelend recht

De wettelijke bepaling over ontbinding, art. 6:265 BW, is van regelend recht. Dit creëert de mogelijkheid om de ontbindingsgrond uit te breiden tot andere omstandigheden dan slechts het tekortschieten van de andere partij. Het is aan te raden om stil te staan bij de omstandigheden die aanleiding tot ontbinding kunnen geven. Zo is algemeen aanvaard dat ook de verandering van zeggenschap in één van de partijen (bijvoorbeeld een overname of voor de gemeente: een fusie) of insolventie van één van de partijen tot ontbinding in de zin van de wet kunnen en mogen leiden. Geadviseerd wordt deze optie dan ook op te nemen.

Zie bijvoorbeeld artikel 25 van het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden:

“25.1. Ieder der Partijen heeft het recht de Overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst en zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden, indien:

- artikel 4.4 algemene inkoopvoorwaarden wordt geschonden;*
- de andere Partij een besluit tot ontbinding van de rechtspersoon of onderneming heeft genomen;*
- de zeggenschap van de andere Partij bij een ander komt te rusten dan ten tijde van het sluiten van deze Overeenkomst;*
- ten aanzien van de andere Partij faillissement is aangevraagd dan wel uitgesproken of, al dan niet voorlopig, surséance van betaling is aangevraagd of verleend;*
- de andere Partij fuseert, splitst of op enigerlei wijze (een deel van) zijn bedrijf overdraagt;*
- de andere Partij in een situatie van overmacht verkeert gedurende meer dan tien dagen.*

25.2. Elke ontbinding als bedoeld in lid 1 dient terstond door middel van een aangetekend schrijven te geschieden.

25.3. Ingeval van ontbinding door de Gemeente als bedoeld in lid 1 is de Gemeente geen vergoeding verschuldigd aan de Contractant voor de Prestaties die niet door Contractant zijn verricht. Eventuele aan de Contractant verrichte onverschuldigde betalingen, betaalt de Contractant terug aan de Gemeente, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag waarop dit is betaald.”

2.9 De wijze van opzegging of ontbinding

Uit de eerder gegeven voorbeeldbepalingen blijkt dat ook moet worden stilgestaan bij de wijze waarop de overeenkomst kan worden opgezegd of ontbonden. Vaak wordt gekozen voor de verplichting dat opzegging of ontbinding dient plaats te vinden bij aangetekende brief. Betekent dit dat een opzegging/ontbinding die niet plaatsvindt op deze wijze automatisch nietig is? In de rechtspraak wordt aangenomen dat dat niet het geval is. De keuze voor de “aangetekende brief” wordt vooral beschouwd als een bewijsvoorschrift om zeker te weten dat de kennisgeving de wederpartij heeft bereikt. Indien langs andere weg komt vast te staan dat de opzegging/ontbinding de wederpartij bereikt heeft, bijvoorbeeld doordat over de opzegging/ontbinding verder is gecorrespondeerd, kan de wederpartij zich er niet met recht op beroepen dat de opzegging/ontbinding geen effect sorteert omdat zij niet in

Aangetekende
brief

de juiste vorm is gedaan. Overtreding van het contractuele vormvoorschrift wordt, anders dan overtreding van wettelijke vormvoorschriften (art. 3:39 BW), niet met nietigheid bedreigd.

2.10 Tips

- Bepaal de duur van de overeenkomst: bepaalde tijd of onbepaalde tijd. Neem daarbij altijd een opzegbepaling voor de gemeente op.
- Bepaal of en op welke wijze de overeenkomst kan worden verlengd. Automatisch of op initiatief van partijen. Neem ook bij verlenging altijd een opzegbepaling op.
- Gebruik in een bepaling over de gevolgen van tekortkoming niet het woord "beëindiging", maar maak duidelijk of het om opzegging of ontbinding gaat.
- Bepaal welke omstandigheden grond zijn voor opzegging of ontbinding.
- Bepaal wat de gevolgen zijn van opzegging of ontbinding (zoals schadevergoeding).
- Bepaal de wijze (bijvoorbeeld per aangetekende brief) waarop de opzegging of ontbinding plaats moet vinden.

3 Tekortkoming in de nakoming

3.1 Inleiding

Ingebrekestelling

Het kan voorkomen dat één van de partijen tekort schiet in de nakoming van haar verplichtingen. De wet kent hiervoor een regeling in art. 6:74 e.v. BW. De wet vereist een ingebrekestelling waarin de tekortschietende partij de gelegenheid wordt gegeven haar tekortkoming te herstellen. Pas als dat herstel niet plaatsvindt, verkeert de tekortschietende partij in verzuim en kan schadevergoeding en/of ontbinding worden gevorderd (artikelen 6:74, 6:82 en 6:265 BW).

Regelend recht

Deze wettelijke regeling is van regelend recht en er mag dus van afgeweken worden. In geval van afwijkingen ten gunste van de gemeente dient te worden bepaald - aan hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - of de afwijkingen proportioneel zijn en niet tot onevenredige benadeling van de contractpartij leiden.

Het is aan te bevelen contractueel te regelen wat er moet gebeuren bij een tekortkoming door de andere partij.

Zie in dit kader Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:2014](#) (Mevis/Someren). De koper van gemeen-tegrond hield zich niet aan de verplichting om binnen de overeenge-komen termijn op het perceel te bouwen. Het hof oordeelde dat de voor die situatie contractueel overeengekomen terugkoopregeling rechtens afdwingbaar was.

In die regeling kunnen ook bepalingen worden opgenomen over de schadeberekening. Een bijkomend voordeel van contractueel voorsorteren op eventuele fouten in de uitvoering van een contract is dat het in de fase na het ontstaan van de tekortkoming makkelijker is voor partijen om de tekortkoming te adresseren. Op die elementen gaat dit onderdeel hierna in. Verder wordt hierin aandacht besteed aan opschorting en verrekening in geval van tekortkomingen.

3.2 Contractuele bepalingen over tekortkoming

3.2.1 Greep op de nakoming houden

Om greep te kunnen houden op wat moet gebeuren in geval van een tekortkoming, dient om te beginnen in de overeenkomst helder te worden omschreven welke partij welke verplichting heeft en op welk moment de verplichting moet worden uitgevoerd.

Fatale data

Niet alleen lost dat uitleggeschillen op, maar ook voorkomt dat onduidelijkheid over de vraag of de partij aan wie een tekortkoming wordt verweten daadwerkelijk tekort schiet. Als de gemeente opdrachtgever is en tijd is cruciaal, is het handig te werken met fatale data voor nakoming in het contract. Na het verstrijken van een fatale datum is de wederpartij direct in verzuim (art. 6:83 BW). In dat geval treedt schadeplichtigheid meteen in na het verstrijken van de overeengekomen datum en kan de gemeente bijvoorbeeld de overeenkomst ontbinden of gebruik maken van haar opschortingsrecht.

De fatale datum bepaalt uitsluitend het moment waarop de prestatie geleverd moet worden. Let wel: indien de prestatie wel voor de fatale datum is verricht, maar ondeugdelijk is uitgevoerd, betekent dat dat de wederpartij tekort schiet in de nakoming maar niet dat er sprake is van verzuim. Zij zal eerst in gebreke moeten worden gesteld. Zie II.3.2.2.

Tussentijdse resultaten

Bij grote projecten, waarin de oplevering van een project tijd kost en de grip op een project niet altijd even makkelijk is, verdient het de voorkeur om tussentijdse resultaten te koppelen aan fatale data. Bijvoorbeeld bij turnkey bouwprojecten en bij ICT-projecten die volgens de watervalmethode verlopen.

Het turnkey bouwproject is de vorm van aanneming, waarbij het eindresultaat vaststaat en de aannemer de vrije hand wordt gegeven hoe hij het bouwwerk realiseert.

De watervalmethode is de vorm van een ICT project waarbij het eindresultaat vaststaat en de ICT-dienstverlener de vrije hand wordt gegeven hoe hij dat realiseert.

Turnkey en waterval komen op hetzelfde neer. De term turnkey wordt in de aannemerij gebruikt en waterval in de ICT.

Grip houden

Beide vormen van projecten hebben gemeen dat het werk wordt uitbesteed. Door de uitbesteding bestaat het risico dat de gemeente de grip op het proces verliest. Als de gemeente grip wil houden, dienen tussentijdse mijlpalen te worden opgenomen. Hierbij kan gedacht worden aan het op contractueel vastgelegde data gereed hebben van bepaalde fasen in de bouw. Het

opnemen van dergelijke tussentijdse mijlpalen voorkomt dat partijen aan blijven modderen in een project waarvan men gaandeweg al doorhad dat het tot mislukken gedoemd was.

Het opnemen van fatale data kan eenvoudig als volgt geregeld worden:

“Alle in deze overeenkomst opgenomen data en deadlines zijn fatale data.”

Ook dient te worden geregeld, wat de sanctie is op het niet behalen van een mijlpaal. In beginsel staan de gemeente in dat geval alle maatregelen ten dienste, die de overeenkomst en de wet haar toekennen, zoals schadevergoeding en ontbinding. Het contractueel benoemen van de sanctie op het schenden van een dergelijke mijlpaal voorkomt de discussie of een maatregel naar haar aard kan worden ingezet. De discussie verplaatst zich dan naar de vraag of het inzetten van de betreffende maatregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit is niet snel het geval omdat het partijen in beginsel vrijstaat hun contract zo in te richten als zij zelf willen.

Zie onderstaande bepaling als voorbeeld.

*“Uiterlijk op [datum] zal [fase 1] zijn voltooid.
Na voltooiing van [fase 1] wordt uiterlijk op [datum] [fase 2] voltooid.
(etc.).
Alle in dit artikel genoemde data zijn fatale data. Door het enkele overschrijden van één of meer van deze data verkeert de contractant in verzuim en is de gemeente gerechtigd deze overeenkomst te ontbinden.”*

3.2.2 De ingebrekestelling

Indien contractueel niets is geregeld over de voor nakoming bepaalde datum of andere tekortkomingen, geldt de wet ten volle. Dit betekent dat in beginsel een ingebrekestelling moet worden gestuurd. Dit is geregeld in de artikelen 6:74 en 6:82 BW. Die artikelen bepalen dat de schuldeiser bij het tekortschieten van de wederpartij haar eerst in de gelegenheid moet stellen om haar fouten alsnog te herstellen. Dit dient in de vorm van een ingebrekestelling te gebeuren.

Schriftelijk

De wet bepaalt dat ingebrekestellingen schriftelijk moeten worden gedaan. Daaronder valt nadrukkelijk ook elektronische communicatie. Een ingebrekestelling per brief is daarom even rechtsgeldig als een ingebrekestelling per

e-mail, fax, sms of WhatsApp bericht. In de praktijk wordt de ingebrekestelling per aangetekende post verstuurd, zodat duidelijk is en ook later bewezen kan worden dat de ingebrekestelling aan de wederpartij is aangeboden en is ontvangen.

*Inhoud
ingebreke-
stelling*

De ingebrekestelling dient, aldus de wetgever, als constatering van de gebreken die zijn opgetreden en als een aanmaning om tot herstel van de gebreken over te gaan. De wet en rechtspraak eisen in dit kader dat de schuldeiser in zijn ingebrekestelling specifiek aangeeft, wat er aan de prestatie schort en specifiek aangeeft wat er moet worden hersteld en binnen welke termijn.

Vermeld in de brief dat het een ingebrekestelling is, zodat duidelijk is wat het doel van de brief is. Neem ook een concrete hersteltermijn op, bijvoorbeeld "binnen X dagen na dagtekening van deze brief" of een kalenderdatum. Een termijn in de vorm "zo spoedig mogelijk" is niet concreet genoeg en leidt niet tot een rechtsgeldige ingebrekestelling. Houd er daarbij rekening mee dat de gegunde termijn redelijk moet zijn. Aan de hand van de te verrichten prestatie moet worden vastgesteld, welke termijn aan de schuldenaar moet worden gegund. Bij het vaststellen van deze termijn moet worden gelet op alle omstandigheden van het geval. Zo'n omstandigheid kan de communicatie zijn die voor de ingebrekestelling heeft plaatsgevonden.

Als voorafgaand aan de ingebrekestelling al uitvoerig is gemaand tot herstel over te gaan, telt deze communicatie mee bij het bepalen van de "redelijke termijn" van de ingebrekestelling. De termijn in de ingebrekestelling kan dan doorgaans korter zijn, aldus ook de Hoge Raad in HR 11 oktober 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1581](#) (Fraanje/Alukon).

Maak in de brief duidelijk dat het een sommatie is om de gebreken in de prestatie te herstellen.

*Geen
ingebreke-
stelling
nodig*

Geen ingebrekestelling is overigens nodig als nakoming blijvend onmogelijk is (art. 6:74 lid 2 BW). Dit is bijvoorbeeld het geval bij de schending van een geheimhoudingsplicht: als die geest uit de fles is, komt hij er niet meer in. Ook is geen ingebrekestelling nodig als de wederpartij in verzuim is (art. 6:83 BW). Zie II.3.2.1.

Als de schadeplechtigheid voortvloeit uit onrechtmatige daad of als de tekortschietende partij haar wederpartij mededeelt dat zij tekort gaat schieten, is evenmin een ingebrekestelling nodig (art. 6:83 BW). Partijen kunnen er

evenwel voor kiezen ook in die gevallen contractueel af te spreken dat een ingebrekestelling verstuurd moet worden. Dit kan bijvoorbeeld een commerciële achtergrond hebben in die zin dat de contractant bij tekortschieten niet direct met ontbindings- en/of schadevergoedingsvorderingen geconfronteerd wil worden.

3.2.3 De klachtplicht

Tijdig klagen

Los van de verplichting in gebreke te stellen rust op de schuldeiser een klachtplicht, indien hij gebreken ontdekt (of moet ontdekken). Art. 6:89 BW en art. 7:23 BW (voor koop) bepalen dat het recht om tegen een tekortkoming in de prestatie op te komen, vervalt als niet tijdig is geklaagd. De klacht dient voldoende specifiek aan te geven wat er aan de prestatie schort. Op basis van de wet geldt dat binnen bekwame tijd moet worden geklaagd, waarbij uitgangspunt is dat de schuldenaar door het moment van klagen niet in zijn bewijsbelang moet zijn geschaad. Let wel: de klachtplicht is alleen van toepassing bij een gebrek in de prestatie; niet als in het geheel niet is gepresteerd.

Verskil klachtplicht en ingebrekestelling

De klachtplicht staat los van de ingebrekestelling. Het doel van de beide instrumenten is ook anders. Het doel van de klachtplicht is de contractpartij ervan op de hoogte te stellen dat er iets aan de prestatie schort, opdat zij het gebrek kan onderzoeken en uit eigen beweging tot herstel kan overgaan. De ingebrekestelling is erop gericht de contractpartij te bewegen het gebrek te herstellen.

Ook in de gevolgen verschillen de beide instrumenten. Het niet voldoen aan de klachtplicht leidt tot verval van rechten. Als de ingebrekestelling niet wordt verstuurd, treedt het verzuim (en daarmee de schadeplichtigheid) niet in, maar vervallen nog geen rechten. Overigens zal een ingebrekestelling doorgaans ook als klacht kwalificeren. Immers, in de ingebrekestelling wordt ook benoemd wat aan de prestatie schort en dat is precies wat een klacht inhoudt. Daarmee wordt de klacht doorgaans geïntegreerd gezien in de ingebrekestelling. Zaak is dan wel dat de ingebrekestelling binnen bekwame tijd na ontdekking van het gebrek wordt gestuurd.

De klachttermijn kan contractueel worden uitgebreid en beperkt. Leveranciers zullen de klachttermijn doorgaans kort willen houden, zodat ze bij eventuele gebreken in de prestatie niet voor een lange periode daarop aangesproken kunnen worden. Als de gemeente als opdrachtgever optreedt, is het advies de klachttermijn ruim te houden, zodat de gemeente de tijd en ruimte heeft gebreken te onderzoeken en te adresseren. Een klachtbepaling kan er als volgt uitzien:

“De gemeente heeft het recht om gedurende een periode van x na oplevering van het werk c.q. levering van de zaken te klagen over gebreken aan de zaak. Het bepaalde in artikel 6:89/7:23/7:758 BW is niet van toepassing.”

3.3 Opschorten en verrekenen

3.3.1 Opschorting

Als de ingebrekestelling niet tot de gewenste herstelmaatregelen heeft geleid binnen de in de ingebrekestelling opgenomen redelijke termijn, verkeert de schuldenaar in verzuim. In dat geval staan de schuldeiser alle rechtsmaatregelen ten dienste die hem geraden voorkomen. Daaronder vallen ontbinding en schadevergoeding, maar ook opschorting en verrekening.

Opschorting Er kan een bepaling over opschorting in de overeenkomst worden opgenomen. Daarmee wordt de wederpartij duidelijk gemaakt, wat het gevolg is van een dreigende tekortkoming. Een clause zou er als volgt uit kunnen zien:

“In geval van een (dreigende) tekortkoming door contractant is de gemeente gerechtigd de nakoming van haar verplichtingen op te schorten.”

Uitstel In geval van opschorting komt de schuldeiser zijn kant van de verplichtingen niet na totdat de schuldenaar alsnog deugdelijk heeft gepresteerd. Opschorting is daarom een instrument dat leidt tot uitstel en niet tot afstel. Indien de schuldenaar alsnog deugdelijk presteert, is de schuldeiser ook weer verplicht zijn prestaties de hervatten. De opschorting hoeft vooraf niet te worden aangekondigd, maar gelet op de zorgvuldigheid die op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van gemeentelijk handelen wordt verwacht, verdient het de voorkeur de opschorting schriftelijk mee te delen aan de contractant. Een beroep op opschorting kan ook in de ingebrekestelling worden opgenomen.

3.3.2 Verrekening

Verrekening Indien de schuldenaar niet presteert, kan de schuldeiser de schade die hij leidt verrekenen met de prestaties die hij heeft opgeschort. Opschorting kan dus dikwijls leiden tot verrekening. Het recht op verrekening is geregeld in de artikelen 6:127 e.v. BW waar wordt bepaald dat het recht op verrekening bestaat indien partijen over en weer vorderingen op elkaar hebben. Bijvoorbeeld bij de bouw van een gemeentehuis is er vertraging opgelopen.

Indien het contract voorziet in een boete wegens vertraging, kan de verbeurde boete worden verrekend met een eventueel restant van de aanneemsom. De verrekening kan contractueel worden geregeld, al dan niet tezamen met het recht op opschorting:

“In geval van een tekortkoming door contractant is de gemeente gerechtigd de schade die zij lijdt te verrekenen met ieder bedrag dat zij nog aan contractant verschuldigd is of wordt.”

“In geval van een (dreigende) tekortkoming door contractant is de gemeente gerechtigd de nakoming van haar verplichtingen op te schorten en de schade die zij lijdt te verrekenen met ieder bedrag dat zij nog aan contractant verschuldigd is of wordt.”

Verrekening kan alleen worden toegepast als schuld en vordering voldoende vaststaan. Zorg er dus voor dat op basis van de overeenkomst de wederzijdse verplichtingen van partijen eenvoudig kunnen worden vastgesteld.

Alle contracten

Als partijen vaker zaken met elkaar doen, kan ervoor worden gekozen verrekening mogelijk te maken voor alle contracten die partijen met elkaar hebben gesloten:

“Partijen hebben meerdere overeenkomsten met elkaar gesloten. Zij zijn gerechtigd om hun wederzijdse vorderingen te verrekenen, ook als deze uit verschillende overeenkomsten voortvloeien.”

Concernverhouding

Ook kunnen partijen in afwijking van art. 6:127 BW overeenkomen dat verrekening kan plaatsvinden van vorderingen en schulden waarvan zij niet over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. In een concernverhouding kunnen de verbonden vennootschappen afspreken dat de wederpartij haar schuld aan bijvoorbeeld een dochtervennootschap mag verrekenen met haar vordering op de moedervennootschap:

“Contractant en zijn groepsvennootschappen zijn hoofdelijk verbonden voor de nakoming van deze overeenkomst. De gemeente mag vorderingen op één van de groepsvennootschappen waartoe contractant behoort, verrekenen met schulden aan één of meer andere groepsvennootschappen.”

Meer partijen Een dergelijke bepaling kan de gemeente ook baten indien zij één contract sluit met meerdere, voor de werkzaamheden verbonden partijen. Zo'n bepaling kan er als volgt uitzien:

“De gemeente mag schulden die zij aan een contractpartij heeft verrekenen met vorderingen op een of meer van de andere contractpartijen en vice versa.”

Als partijen de handen vrij willen hebben om opschorting of verrekening mogelijk te maken, dient er vanzelfsprekend geen opschortings- of verrekeningsverbod in de overeenkomst te zijn opgenomen .

3.4 Faillissement van de contractant

Geen tekortkoming Indien de contractant failliet gaat, beïnvloedt dat het bestaan en de uitvoerbaarheid van een overeenkomst in beginsel niet. Het faillissement geldt van zichzelf niet als tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Dit is bepaald in art. 37 Faillissementswet. In geval van faillissement van de contractant dient de gemeente de curator schriftelijk te vragen of de curator de overeenkomst die tussen de gemeente en de contractant bestaat, binnen een redelijke termijn gestand wil doen. Als de curator daar niet of niet positief op antwoordt, verliest hij het recht om nakoming van de overeenkomst te verlangen. Echter, de overeenkomst bestaat nog wel. Het is daarom praktisch om in de overeenkomst op te nemen dat de overeenkomst bij faillissement direct kan worden opgezegd dan wel ontbonden. Zie hiervoor II.2.6 tot en met II.2.8.

*Opzegging/
ontbinding*

Verrekening In geval van faillissement van de contractant kan de gemeente haar vorderingen op de contractant verrekenen met eventuele schulden aan de contractant. Daarbij dient bedacht te worden dat zowel de schuld als de vordering vóór het uitspreken van het faillissement moet zijn ontstaan of voort moet vloeien uit een vóór het faillissement gesloten overeenkomst. Dit is bepaald in artikel 53 Faillissementswet. Ook als contractueel de verrekeningsbevoegdheid is verruimd (bijvoorbeeld bij concernvennootschappen, zoals in II.3.3.2 beschreven) blijft deze verruimde bevoegdheid gelden als één van de contractpartijen failliet wordt verklaard (HR 15 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1789](https://www.eclinet.nl/HR:2019:1789)).

3.5 Tips

- Bepaal in een langlopend contract wat de tussentijdse resultaten moeten zijn en koppel deze aan fatale data. Geef aan wat de sancties zijn op overschrijding van deze fatale data.
- Regel contractueel wat er moet gebeuren bij een tekortkoming.
- Wees in een ingebrekestelling specifiek. Benoem concreet de gebreken die zijn opgetreden en de termijn waarbinnen deze gebreken dienen te worden hersteld. Maak duidelijk in de brief dat het om een ingebrekestelling gaat.
- Klaag tijdig in geval van ondeugdelijke prestatie ter voorkoming van verval van rechten.
- Neem, als de gemeente opdrachtgever is, een ruime klachttermijn op.
- Neem een opschortings- en verrekeningsclausule op en denk daarbij aan de mogelijkheid te verrekenen met groepsvennootschappen en/of andere contractpartijen.
- Denk aan een opzeggings- of ontbindingsclausule in geval van faillissement van de wederpartij.



4 Het opstellen van een boetebeding

4.1 Inleiding

Boetebeding

Een instrument om de contractant aan zijn verplichtingen te houden en/of discussies over schadevergoeding te voorkomen, is het boetebeding. Het boetebeding kent zijn eigen regeling in de artikelen 6:91 tot en met 6:94 BW. Het boetebeding is in art. 6:91 BW geformuleerd als ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of dat strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.

Regelend recht

De wettelijke regeling over boetebedingen is van regelend recht. Partijen kunnen dus van de wettelijke regeling afwijken. Dit geldt niet voor het uitsluiten van de matiging van de boete. Dat is op grond van art. 6:94 lid 3 BW nietig.

4.2 De boete als prikkel tot nakoming en schadefixatie

Het boetebeding heeft een tweeledige functie: het kan dienen als prikkel tot nakoming en als schadefixatie.

Prikkel tot nakoming

Waar de boete als prikkel wordt ingezet, dient het effect van de overtreding fors te zijn. Er moet sprake zijn van een dusdanige pijn dat de contractant wordt weerhouden van het overtreeden van het boetebeding. Dit betekent dat de boete relatief hoog mag zijn. Zo'n boetebepaling kan bijvoorbeeld zijn:

“In geval van overtreding van het geheimhoudingsbeding verbeurt de overtredende partij, zonder dat een ingebrekestelling is vereist, een boete van € [bedrag]. Bij de bepaling van dit boetebedrag is rekening gehouden met de gevoeligheid van de informatie die onder dit geheimhoudingsbeding valt.”

Schadefixatie

Waar de boete vooral een schadefixerend element heeft, dient meer aansluiting te worden gezocht bij de daadwerkelijk te lijden schade. Het is daarom altijd goed om het doel van de boete voor ogen te houden en waar mogelijk te benoemen in het boetebeding. Bijvoorbeeld:

“In geval van overtreding van het verbod op het hebben van cannabisplanten in het gehuurde, verbeurt de huurder een boete van € 10.000. Dit bedrag wordt geacht de schade te dekken die optreedt door de cannabis te kweken in het gehuurde. Het recht op aanvullende schadevergoeding blijft bestaan.”

Let er bij overeenkomsten met een particulier wel op dat de boete in verhouding moet staan met de schade. Dit betekent niet dat de boete één-op-één moet overeenstemmen met de daadwerkelijke schade. Er is ruimte voor een hogere boete dan de daadwerkelijke schade. Zie II.4.5.

4.3 De boete en aanvullende schadevergoeding

In de regel wordt contractueel bedongen dat naast de boete schadevergoeding kan worden gevorderd. De wet regelt het evenwel anders. Art. 6:92 BW bepaalt dat de schuldeiser geen nakoming kan vorderen van zowel het boetebeding als de verbintenis waaraan het boetebeding is verbonden. Het boetebeding treedt in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet.

Regelend recht

Maar omdat deze regeling van regelend recht is, wordt in de praktijk meestal in de boetebepalingen opgenomen dat het recht op aanvullende schadevergoeding wel bestaat.

Art. 6:93 BW bepaalt dat voor het vorderen van nakoming van het boetebeding een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig is. Voor het intropen van de boete gelden dezelfde regels als voor verzuim (art. 6:74 BW). De schuldenaar moet in verzuim zijn, zodat bekeken moet worden of een ingebrekestelling noodzakelijk is. Zie II.3.

Ook dit kan contractueel anders worden geregeld. In de bepaling wordt dan aangegeven dat geen ingebrekestelling is vereist:

“In geval van overtreding van bepaling X is de tekortschietende partij in verzuim en verbeurt zij aan de andere partij zonder dat nadere ingebrekestelling nodig is de boete ten bedrage van bedrag € Y. Deze boete laat het recht op aanvullende schadevergoeding onverlet.”

4.4 Matiging van boetes

Art. 6:94 lid 1 BW bepaalt dat boetes kunnen worden gematigd, indien de billijkheid dat klaarblijkelijk eist. Dit is dwingend recht. Bedingen die hiervan afwijken zijn nietig.

Terughouden-
de toepassing

Matiging kan slechts plaatsvinden als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

Ook penvoerderschap (wie schrijft het contract), de vraag of de overtreding incidenteel was of structureel en de vraag of de inbreuk ernstig is of slechts ondergeschikt, kunnen een rol spelen.

In de procedure tussen de gemeente Rotterdam en Iskender werd een contractuele boete van 2% per maand door de rechtbank in stand gelaten. Partijen waren professioneel, in huurrelaties (het ging om een huurovereenkomst) zijn dergelijke boetes gebruikelijk en Iskender heeft het bestaan van de tekortkoming onvoldoende bestreden. (Rechtbank Rotterdam 2 februari 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:565](#)).

Eenheids-
boetes

Matiging vindt vaak plaats bij eenheidsboetes, dat wil zeggen: boetebedingen die één bedrag bevatten voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen. Voor deze boetes ligt het volgens de Hoge Raad voor de hand dat in beginsel de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt.

Om matiging zoveel mogelijk te voorkomen, is het aan te bevelen in de boeteclausule op te nemen, waarom de boete wordt opgelegd en waarom specifiek voor het bedrag van de boete is gekozen.

Zo'n boeteclausule zou er als volgt uit kunnen zien:

“X (de contractant) is bij het niet naleven van [...] een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van EUR [...] aan de gemeente, zonder rechterlijke tussenkomst. Deze bepaling laat alle andere rechten en vorderingen onverlet, waaronder de mogelijkheid om eventuele daadwerkelijke schade te verhalen. Een voorafgaande ingebrekestelling is niet nodig. Het te beschermen belang rechtvaardigt in de visie van partijen dat een forse sanctie bij overtreding verschuldigd wordt door de overtreder.”

4.5 Pas op voor een onevenredig hoog boetebedrag bij overeenkomsten met particulieren

Boetes in overeenkomsten met particulieren worden door de rechter ambtshalve getoetst.

Deze toetsing vindt plaats aan de hand van de Europese Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten). Het doel van de Richtlijn is de bescherming van de consument. Op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn wordt een beding in een overeenkomst als oneerlijk beschouwd, indien (a) niet afzonderlijk over het beding is onderhandeld en (b) het beding, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de particulier aanzienlijk verstoort. De toetsing ziet niet alleen op boeteclausules in algemene voorwaarden, maar op alle boeteclausules in overeenkomsten met particulieren.



Niet onevenredig hoge boete

Verboden zijn boetes die onevenredig hoog zijn. Als vast komt te staan dat de boete niet evenredig is aan de daadwerkelijk geleden schade, is de rechter verplicht de boeteclausule ambtshalve te vernietigen, zodat de boeteclausule komt te vervallen. Bedenk dus bij het opstellen van de boete in een overeenkomst met een particulier of de hoogte van de boete niet onevenredig is tot de omvang van de te verwachten schade. Dit betekent niet dat de boete één-op-één moet overeenstemmen met de daadwerkelijke schade. Dit zou ook niet sporen met de functie van een boete als prikkel tot nakoming. Die prikkel moet gevoeld worden. De boete mag alleen niet onevenredig hoog zijn.

Cumulatie sanctie-maatregelen

Daarbij moet nog worden opgemerkt dat een boete niet op zich moet worden beschouwd, maar tezamen met eventuele andere contractuele sancties moet worden beoordeeld. Denk bijvoorbeeld aan een verplichting tot winstafdracht naast de boeteverplichting. De sanctiemaatregelen moeten cumulatief worden beoordeeld, dus bij elkaar worden opgeteld. Indien de gecumuleerde sanctie tot een onevenredig hoge sanctie (boete) leidt, leidt dat tot vernietiging van de gehele boete. Voor particulieren kan daarom aan de boetebepaling worden toegevoegd dat maximaal de daadwerkelijke schade zal worden verhaald:

“Bij het bedrag van de boete is uitgegaan van de door de overtreding te verwachten schade. Deze bepaling laat alle andere rechten en vorderingen onverlet, waaronder de mogelijkheid om eventuele

daadwerkelijke schade te verhalen, als deze schade hoger mocht blijken te zijn dan de boete.”

4.6 Tips

- Bedenk welke functie (prikkel tot nakoming of schadefixatie) de boete heeft. Stem de hoogte van de boete daarop af.
- Neem de reden voor de boete en de hoogte van het gekozen bedrag op in het boetebeding.
- Bepaal dat de boete zonder ingebrekestelling verschuldigd is en bepaal tevens dat de boete het recht op aanvullende schadevergoeding onverlet laat.
- Bedenk dat eenheidsboetes voor de rechter reden tot matiging kunnen zijn. Bepaal voor specifieke overtredingen, in het geval dat matiging ongewenst is, per overtreding een boete.
- Let er met name bij een particuliere contractant op of het boetebedrag niet onevenredig hoog is. Bedenk dat daarbij alle sancties op een overtreding cumulatief worden beoordeeld.

5 Het aansprakelijkheidsbeding: richtsnoeren en valkuilen

5.1 Inleiding

Een van de meest bediscussieerde contractsbedingen is het aansprakelijkheidsbeding. Het wettelijk uitgangspunt over schade is helder: de schadeveroorzaker dient alle schade te betalen die zijn wederpartij lijdt, waaronder gederfde winst en geleden verlies. Dit is bepaald in de artikelen 6:95 en 6:96 BW. In de praktijk proberen contractanten veelal aansprakelijkheidsbeperkingen op te nemen.

In het zakelijk verkeer is een aansprakelijkheidsbeperking voor iedere schade in beginsel toegestaan, zij het dat een beroep op de beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. In algemene voorwaarden die jegens particulieren worden gehanteerd (denk hierbij aan grond-uitgiftevoorwaarden of aan algemene erfpachtvoorwaarden) is vrijwel geen aansprakelijkheidsbeperking toegelaten, omdat aansprakelijkheidsbeperkingen op grond van art. 6:237 onder f BW in beginsel niet zijn toegestaan. Dit kan niet worden omzeild door de aansprakelijkheidsbeperking in het contract zelf te zetten. Zo'n beding in een contract dat vaker wordt gebruikt, geldt namelijk eveneens als algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 onder a BW. Bovendien zal een beroep op de aansprakelijkheidsbeperking al snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. Het beding frustrleert immers de wettelijke rechten van de particulier.

Aansprakelijkheidsbeperking

5.2 Aansprakelijkheid

Zoals in de inleiding al is aangegeven, is in het zakelijk verkeer in beginsel iedere aansprakelijkheidsbeperking (exoneratie) toegelaten. Het verdient de voorkeur aansprakelijkheidsbepalingen op de wet te enten en verre te blijven van Angelsaksische termen als "indirecte" schade. Dergelijke begrippen zijn wezensvreemd aan het Nederlandse recht, met als gevolg dat uitgebreide discussies over het begrip "directe" tegenover "indirecte" schade kunnen ontstaan. De toelichting op art. 14 van het [VNG Model Algemene](#)

[Inkoopvoorwaarden](#) gaat hier ook op in.

Wettelijke aansprakelijkheid niet onbeperkt

Indien in het contract niets wordt geregeld over de aansprakelijkheid, wordt teruggevallen op de wet. De wet kent geen onbeperkte of ongelimiteerde aansprakelijkheid. Immers, de schadeplichtigheid wordt beperkt door eigen schuld aan de zijde van de gemeente (art. 6:101 BW), matiging van de schadevergoeding op de voet van art. 6:109 BW, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, verjaring en rechtsverwerking.

Dit is in het aanbestedingsrecht van belang. Bij aanbestedingen dient de gemeente zich immers te houden aan de Gids Proportionaliteit, die bepaalt dat een onbeperkte of ongelimiteerde schadeplichtigheid als disproportioneel wordt beschouwd. Indien aansluiting wordt gezocht bij de wet, is van onbeperkte of ongelimiteerde schadeplichtigheid geen sprake.

Zie bijvoorbeeld rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, [ECLI:NL:RBZWB:2014:7530](#) (Canon/Etten-Leur, Steenberg en Tholen). In dit vonnis overwoog de voorzieningenrechter dat het volgen van het in het BW neergelegde schadevergoedingsrecht niet als ongelimiteerde aansprakelijkheid wordt beschouwd en daarom niet in strijd is met de Gids Proportionaliteit.

Het kan evenwel wenselijk zijn – bijvoorbeeld om een gunstige prijs te verkrijgen van de contractant – een verdergaande aansprakelijkheidsbeperking op te nemen. Pas dan wel op dat niet te veel wordt weggegeven, zodat de gemeente met te veel schade blijft zitten. Getrapte aansprakelijkheden die de schadebedragen koppelen aan de opdrachtsom bewijzen dan hun nut. Zie hiervoor de voorbeelden die zijn opgenomen in de toelichting op art. 14 van het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden.

Verzekering

Het is aan te bevelen te bepalen dat de contractant zich verzekert voor schade die uit zijn werkzaamheden kan voortvloeien. Bij contracten met een hoog schaderisico is het aan te raden de gemeente als medeverzekerde te laten gelden onder de verzekeringspolis. In dat geval kan de gemeente rechtstreeks een beroep op de verzekeringspolis doen en is zij daarvoor niet afhankelijk van de contractant. Een dergelijke clause kan er als volgt uitzien:

“De contractant zal de gemeente als medeverzekerde op laten nemen in de aansprakelijkheidsverzekering en de gemeente van de verzekeringspolis een afschrift sturen binnen twee weken na het sluiten van deze overeenkomst.”

5.3 Vrijwaring

Een vrijwaringsclausule bepaalt dat de contractant de gemeente vrijwaart van alle schade en kosten die het gevolg zijn van tekortschieten van zijn kant. Dat kan eigen schade van de gemeente betreffen, maar ook de situatie waarin de gemeente door een derde wordt aangesproken als gevolg van handelen van de contractant. Dergelijke vrijwaringen zijn in rechte afdwingbaar.

Vrijwaring speelt bijvoorbeeld in situaties, waarin toezichthouders een hele keten aansprakelijk kunnen houden, zoals bijvoorbeeld in de Wet aanpak schijnconstructies en de Wet arbeid vreemdelingen. Die wetgeving maakt het mogelijk de gehele keten – van inlener tot en met uitlener – aansprakelijk te houden voor het niet-voldoen aan de wet- en regelgeving. In dergelijke gevallen is het de bedoeling dat de veroorzaker betaalt. Dat kan geregeld worden door een vrijwaring op te nemen, die bepaalt dat de contractant de gemeente moet vrijwaren als hij of zijn opdrachtnemer zich niet aan wet- en regelgeving houdt en de gemeente daardoor aansprakelijk wordt jegens een derde. In dat geval kan de gemeente een eventuele boete op haar beurt in rekening brengen bij de partij die haar veroorzaakt heeft. Deze lijn is toegelaten in HR 11 december 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3568](#) (Vrijwaring wet arbeid vreemdelingen).

Een voorbeeld van een vrijwaringsbepaling is opgenomen in art. 14.1 van het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden:

“De Contractant vrijwaart de Gemeente tegen eventuele aanspraken van derden ter zake van schade door deze derden geleden ten gevolge van de uitvoering door de Contractant van de Overeenkomst en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Contractant.”

5.4 Exonereren: oppassen voor verscholen aansprakelijkheidsbeperkingen

Exoneratie

In veel contracten komt een exoneratieclausule oftewel aansprakelijkheidsbeperking voor. Veelal is deze clausule vormgegeven als het beding dat de aanspraak op schadevergoeding als gevolg van tekortschieten uitsluit of beperkt. De exoneratieclausule is één manier om de aansprakelijkheid te beperken, maar er zijn ook andere manieren. Zo'n methode is door de verplichtingen die partijen op zich nemen, te beperken. Dit speelt met name indien grote partijen het contract opstellen en daarbij de reikwijdte van hun verplichtingen inperken. Bijvoorbeeld als in een overeenkomst de gemeente mede verantwoordelijk wordt gemaakt voor de totstandkoming van een project. Dit brengt mee dat de gemeente mede aansprakelijk kan zijn voor het eventueel niet behalen van het resultaat.

Inperking reikwijdte verplichtingen

Een andere methode van de wederpartij om haar aansprakelijkheid te beperken is te bepalen dat een boete in de plaats treedt van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen.

Zo is in § 42 van de UAV 2012 opgenomen dat een boete van € 60,- per dag de enige remedie is bij vertraging. Vertragingsschade die het bedrag van de boete overstijgt, kan dan niet worden verhaald.

Verjarings- of vervaltermijn

Ook een contractuele verjarings- of vervaltermijn kan de aansprakelijkheid van een contractpartij beperken. Indien in de overeenkomst wordt opgenomen dat eventuele rechtsovereenkomsten voor gebrekkige prestaties vervallen na verloop van een jaar, bindt een dergelijke clausule de partijen. Een beroep op een dergelijke bepaling wordt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet snel onaanvaardbaar geacht. Uitgangspunt is immers dat een partij het zelf in haar macht heeft om binnen de verjarings- of vervaltermijn een vordering in te stellen.

Het is dus belangrijk om bij de beoordeling van het contract goed op te letten of er geen verborgen exoneraties zijn opgenomen.

5.5 Overmacht

Regelend recht

Aansprakelijkheid is uitgesloten in geval van overmacht. Van overmacht is sprake, aldus art. 6:75 BW, indien de tekortkoming niet aan de tekortschietende partij kan worden verweten of toegerekend. Of daarvan sprake is, moet worden bepaald aan hand van de wet, de overeenkomst en de verkeersopvattingen. De overmachtsregeling in art. 6:75 BW kent een vrij beperkt

toepassingsbereik. Art. 6:75 BW is evenwel van regelend recht en in veel contracten komen uitgebreide overmachtsclausules voor waarin omstandigheden die normaliter voor rekening en risico van de contractant komen, als overmacht worden gekwalificeerd.

Denk hierbij aan problemen van toeleveranciers, ICT-problemen, of bijvoorbeeld aan een overmachtsclausule in een aannemingsovereenkomst die onder overmacht de niet-beschikbaarheid van personeel verstaat.

Het is dus zaak een eventuele overmachtsclausule nauwkeurig door te lezen en te beoordelen of de elementen die als overmacht worden aangeduid, acceptabel zijn.

5.6 Tips

- Kijk goed naar de aansprakelijkheidsverdeling in het contract.
- Neem indien nodig een vrijwaringsbepaling op.
- Beding bij contracten met een hoog schaderisico dat de gemeente als medeverzekerde onder de aansprakelijkheidsverzekering van de contractant geldt.
- Lees het contract goed door op eventuele verscholen aansprakelijkheidsbeperkingen.
- Bekijk of de verjarings- en vervaltermijnen niet te dwingend en te kort zijn en bepaal bij voorkeur dat de wettelijke verjaringstermijnen gelden.
- Bekijk of een eventuele overmachtsclausule geen omstandigheden die in de risicosfeer van de contractant zijn gelegen – zoals de beschikbaarheid van personeel – als overmacht bestempelt.

6 Regeling (on)voorziene omstandigheden en wijziging

6.1 Inleiding

Bij het aangaan van een overeenkomst wordt de inhoud van de overeenkomst geregeerd door de stand van zaken ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Met omstandigheden die zich nadien voordoen, kan moeilijk rekening worden gehouden. Toch is dit wel wat in het contractenrecht van de contractpartijen wordt verlangd. Zo wordt bij een overeenkomst voor bijvoorbeeld vijf jaar vaak uitgegaan van de fictie dat wat op dag één geldt ook nog op dag 1.400 van het contract geldt. Er zijn echter voorbeelden te over van situaties waarin de partijen door de omstandigheden worden ingehaald en zich opeens geconfronteerd zien met situaties die ze bij het aangaan van het contract niet zagen aankomen. In die gevallen resteert hooguit de greep naar de redelijkheid en billijkheidsregeling van art. 6:248 BW of de onvoorziene omstandighedenregeling van art. 6:258 BW.

De hoofdregel in het contractenrecht is immers dat partijen trouw moeten blijven aan het door hen gegeven woord. Er moet zo min mogelijk worden ingegrepen in contractuele afspraken tussen partijen. Voor een beroep op de redelijkheid en billijkheid en de wettelijke regeling over onvoorziene omstandigheden geldt daarom een hoge drempel. Uit de rechtspraak blijkt dan ook dat bijvoorbeeld maatschappelijke en economische ontwikkelingen niet snel als onvoorziene omstandigheden kwalificeren.

Maatschappelijke en economische ontwikkelingen

6.2 Onvoorziene omstandigheden-clausule is niet zinvol

Van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW is sprake, als het gaat om omstandigheden die

- (a) niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd,
- (b) in de toekomst (dus na het sluiten van het contract) zijn gelegen en
- (c) van dien aard zijn dat partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mogen verlangen.

Omdat er gedurende de looptijd van een overeenkomst natuurlijk sprake kan zijn van gewijzigde omstandigheden, kan het wenselijk zijn om tussentijdse wijziging van de overeenkomst mogelijk te maken.

Let wel: een dergelijke wijziging dient dan niet in de vorm van een op onvoorziene omstandigheden geënte clause plaats te vinden. Het opnemen van een contractuele bepaling over onvoorziene omstandigheden sorteert namelijk geen effect, omdat, indien de omstandigheden in het contract worden benoemd, ze zijn voorzien en art. 6:258 BW geen toepassing meer kan vinden. Uitgangspunt van de onvoorziene omstandighedenregel is immers dat de omstandigheden waar het om gaat niet in het contract zijn verdisconteerd.

Over onvoorziene omstandigheden ging het arrest in de zaak tussen de gemeente Bronckhorst en een projectontwikkelaar (HR 13 oktober 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2615](#)).

De gemeente sloot met een projectontwikkelaar een samenwerkingsovereenkomst voor de bouw van diverse woningen. Ten tijde van het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst was al bekend dat het inwoneraantal van de gemeente eerder kromp dan groeide en dat het dus maar zeer de vraag was of het woningbouwproject überhaupt wel zou kunnen renderen. Partijen namen over de eventuele toekomstige ontwikkelingen (onvoorziene omstandigheden) contractuele bepalingen op die nauwelijks afweken van wat in art. 6:258 lid 1 BW is bepaald. De toepassing van de contractbepaling leidde daarom nergens toe, zodat inhoudelijk moest worden teruggevallen op de wet. Daarover zijn het hof en de Hoge Raad eensgezind: het staat de rechter vrij om de onvoorziene omstandighedenregel van 6:258 lid 1 BW inclusief de daarover gewezen rechtspraak toe te passen. De gemeente kon geen beroep doen op de bevolkingskrimp als onvoorziene omstandigheid. De bevolkingskrimp was immers niet onvoorzienbaar toen zij de overeenkomst aanging. Zij had met de (mogelijkheid van) bevolkingskrimp rekening moeten houden en dient de gevolgen van deze omstandigheid daarom zelf te dragen. Als het contract had geregeld wat concreet zou moeten gebeuren in geval van bevolkingskrimp, zou zo'n bepaling afdwingbaar zijn geweest.

Het is beter om een wijzigingsbeding op te nemen voor die situaties waarvan men weet of vermoedt dat die zouden kunnen optreden.

6.3 Het wijzigingsbeding

Uitgangspunt bij het wijzigingsbeding is dat partijen de eventuele doemscenario's met elkaar onder ogen zien en daar met elkaar een passende oplossing voor verzinnen.

Bijvoorbeeld: "Indien evenement X zich voordoet, zullen partijen Y doen". In geval van een dergelijke clause blijven partijen weg van de onvoorziene omstandighedenregeling en hebben zij een contractuele bepaling met elkaar afgesproken, waar nakoming van kan worden gevorderd. Partijen moeten de omstandigheden helder omschrijven, om niet in uitlegdiscussies te komen.

Door de wijziging concreet vorm te geven en niet als een beding dat verplicht tot onderhandelen, wordt voorkomen dat partijen in een onderhandelingsim-passe komen doordat één van de partijen niet wil onderhandelen.

Door een wijzigingsbeding op te nemen kan art. 6:258 BW overblijven voor die omstandigheden die zo buitenissig zijn dat partijen daarmee geen rekening konden houden en die aan ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst in de weg staan.

Een voorbeeld van zo'n wijzigingsbeding is:

- "1. Dit beding geldt in de volgende gevallen:*
- de omgevingsvergunning kan niet worden verstrekt;*
 - het plan blijft niet in stand op grond van het Programma Aanpak Stikstof.*
- 2. Indien één of meerdere van de in lid 1 genoemde omstandigheden zich voordoet, heeft de gemeente het recht om van de contractant te verlangen dat tussen partijen een overeenkomst tot ontbinding van de onderhavige overeenkomst wordt gesloten.*
- 3. In deze ontbindingsovereenkomst zal in elk geval worden bepaald op welke wijze de financiële- en de concrete afwikkeling van het project zal dienen te geschieden. In verband met de ontbinding is de gemeente niet schadeplichtig."*

Indien partijen niet tot ontbinding van de overeenkomst willen overgaan, zou de oplossing kunnen zijn:

“1. Dit beding geldt in de volgende gevallen:

*- de omgevingsvergunning kan niet worden verstrekt;
- het plan blijft niet in stand op grond van het Programma Aanpak Stikstof.*

2. Indien één of meerdere van de in lid 1 genoemde omstandigheden zich voordoet, heeft de gemeente het recht om van de contractant te verlangen dat door een taxateur de financiële gevolgen in kaart worden gebracht.

3. Nadat de in het tweede lid genoemde taxatie heeft plaatsgevonden, sluiten partijen met elkaar een overeenkomst waarin in elk geval zal worden bepaald op welke wijze de financiële- en de concrete afwikkeling van het project zal dienen te geschieden.

4. In de in het eerste lid van dit artikel genoemde gevallen is de gemeente niet schadeplichtig.”

6.4 Tip

- Neem geen bepaling op over onvoorziene omstandigheden. Neem in plaats daarvan een wijzigingsbeding op.

7 Overige afspraken in het contract

7.1 Inleiding

Aan het eind van veel overeenkomsten staat een artikel met de kop "Diverse" of "Overige afspraken". Dit artikel wordt als verzamelplaats voor diverse, onderling nauwelijks samenhangende restbepalingen gebruikt. Zo kan het handig zijn om op te nemen wie namens partijen contactpersoon is voor het contract, dat de bijlagen integraal onderdeel uitmaken van het contract en wat het leveringsadres is als dit afwijkt van het vestigingsadres. Ook gaat het om bepalingen die willen benadrukken dat wijzigingen van de overeenkomst alleen schriftelijk kunnen plaatsvinden, bepalingen die de gevolgen van nietigheid van één of meer onderdelen van de overeenkomst regelen, geheimhoudingsbedingen, overlevingsclausules en bepalingen over toepasselijk recht en geschilbeslechting.

In dit onderdeel wordt een aantal van deze veelvoorkomende bepalingen besproken.

7.2 Schriftelijkheidsbeding: geen mondelinge wijzigingen

"Deze overeenkomst kan slechts rechtsgeldig worden gewijzigd door een door beide partijen ondertekend schriftelijk document."

Door middel van een dergelijke bepaling proberen partijen de mogelijkheden de overeenkomst te wijzigen, in te perken. Het is de vraag welke afspraken tussen partijen gelden, indien duidelijk is dat partijen mondeling of door bestendig gedrag hun oorspronkelijke afspraken hebben gewijzigd, maar niet het door deze bepaling voorgeschreven formele vereiste hebben gevolgd. Is dan toch een afdwingbare afspraak tot stand gekomen, of verhindert deze bepaling dat in alle omstandigheden?

Geen vormvoorschrift

De bepaling geldt niet als een vormvoorschrift in de zin van art. 3:39 BW dat bepaalt dat overeenkomsten die niet in de wettelijk voorgeschreven vorm zijn neergelegd, nietig zijn. Op het niet-naleven van een contractueel vormvoorschrift staat dus niet de sanctie van nietigheid. De term "rechtsgeldig" uit

bovengenoemde bepaling sorteert dus geen effect.

Voordelen Toch heeft de bepaling nut. Partijen weten door de bepaling dat een wijziging of vernieuwing in de voorgeschreven vorm moet gebeuren, en zolang dat niet het geval is, partijen er simpelweg niet op mogen vertrouwen dat de overeenkomst is gewijzigd of vernieuwd.

Echter, als zou worden vastgesteld dat ondanks het schriftelijkheidsbeding een nieuwe afspraak tot stand is gekomen, dan is de oude afspraak in feite "overschreven" door de nieuwe afspraak. Dit zou aan de orde kunnen zijn als partijen toch gerechtvaardigd hebben mogen vertrouwen op de wijziging of vernieuwing van de overeenkomst. Het komt dan met name aan op de vraag in hoeverre partijen bewust zijn afgeweken van de contractuele afspraken en aan die afwijkingen invulling hebben gegeven door de nieuwe afspraken daadwerkelijk na te komen.

De bepaling kan voorts in de volgende situaties een toegevoegde waarde bieden. Zo kan de gemeente zich beroepen op schending van het schriftelijkheidsvereiste zodra de wederpartij afwijkt van het contract. Daarnaast kan het van waarde zijn indien bijvoorbeeld een onbevoegde ambtenaar een contractwijziging voorstelt of indien een wijziging impliciet in zijn gedragingen besloten ligt, maar hij verzuimt om dat schriftelijk te laten vastleggen. Indien de bepaling dan voorschrijft dat een wijziging partijen pas bindt indien dat in een schriftelijk stuk door bevoegde partijen is vastgelegd, dan kan dat bijdragen aan de conclusie dat de onbevoegde vertegenwoordiging niet voor rekening en risico komt van de gemeente. De bepaling leidt er in dat geval toe dat het enkele feit dat sprake is van gedrag dat afwijkt van de contractuele rechten en verplichtingen, nog geen gerechtvaardigd vertrouwen vestigt dat de contractuele afspraken zijn gewijzigd.

Ook werpt de bepaling een drempel op voor lichtvaardige wijzigingen. Dat is met name in het aanbestedingsrecht noodzakelijk, omdat een wezenlijke wijziging van de overeenkomst een nieuwe aanbesteding noodzakelijk zou maken.

Alles overziend verdient het wel de voorkeur een schriftelijkheidsbeding op te nemen, zij het in de hieronder aangepaste variant:

“Deze overeenkomst kan slechts door middel van een door de bevoegde functionarissen van beide partijen ondertekend schriftelijk document worden gewijzigd. Indien een wijziging niet in die vorm is neergelegd, hebben partijen het recht op die wijziging terug te komen, zelfs als aan haar feitelijk uitvoering is gegeven. Eventuele uitvoering komt dan voor rekening en risico van de partij die uitvoering aan de wijziging heeft gegeven.”

7.3 Partiële nietigheid

Nietigheid en vernietigbaarheid zijn aan de orde indien (een bepaling in) de overeenkomst in strijd komt met dwingende wetgeving of naar inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW).

Nietigheid bestaat onafhankelijk van de wil van partijen en moet door de rechter ambtshalve worden vastgesteld.

Zie HR 17 juni 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ1677](#) (X/Breda), waarin de Hoge Raad de koop-/aannemingsovereenkomst volgens het GIW-model nietig achtte wegens strijd met artikel 122 Woningwet.

Op vernietiging daarentegen moet een beroep worden gedaan. Een partij kan er dus ook voor kiezen geen beroep op vernietiging te doen. In dat geval blijft de gehele overeenkomst van kracht. De rechtsgevolgen van nietigheid en vernietiging zijn dezelfde: (de bepaling in) de overeenkomst komt met terugwerkende kracht te vervallen. Juridisch wordt zij geacht niet te hebben bestaan.

*Instandhouding
overeenkomst*

Om de scherpe randjes van de nietigheid en vernietiging te halen en niet de gehele overeenkomst door één uitglijder te laten sneuvelen, kan een bepaling over partiële nietigheid worden opgenomen.

Een dergelijke bepaling kan er als volgt uitzien:

“De nietigheid of vernietiging van een of meerdere bepalingen in deze overeenkomst tast de rechtsgeldigheid van de overige bepalingen in deze overeenkomst niet aan. In plaats van het nietige of vernietigde deel van de overeenkomst zullen partijen, voor zover wettelijk toegestaan, onderhandelen over een bepaling die wel is toegelaten en het doel en de strekking van het nietige of vernietigde beding zoveel mogelijk benadert.”

Deze bepaling is geënt op de artikelen 3:41 en 3:42 BW, waarin een soortgelijke regeling is opgenomen. Door de bepaling wordt gewaarborgd dat de overeenkomst van kracht blijft.

Er is wel een kanttekening te plaatsen bij dit beding: als één van de partijen weigert door te onderhandelen, kan een vervangende bepaling moeilijk worden afgedwongen.

7.4 Geheimhouding

Ook veelvoorkomend is het geheimhoudingsbeding. Dit beding bepaalt dat bepaalde informatie die in het kader van de uitvoering van de overeenkomst wordt uitgewisseld, geheim moet blijven. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van bedrijfsgeheimen bij aanbestedingen.

De Wet bescherming bedrijfsgeheimen zorgt ervoor dat de geheimhoudingsclausule extra in de belangstelling is komen te staan. Deze wet is ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 2016/943/EU betreffende bescherming van bedrijfsgeheimen. De wet strekt ertoe niet-openbare know-how die handelswaarde bezit te beschermen. De wet bepaalt niet dat op schending van de geheimhouding boetes staan; de wet voorziet uitsluitend in de mogelijkheid van rechterlijk ingrijpen achteraf in de vorm van een verbod tot verder gebruik van de bedrijfsgeheimen en een verplichting tot betaling van schadevergoeding. Deze wet geldt ook voor gemeenten, omdat zij ten aanzien van de ontvanger van bedrijfsgeheimen geen onderscheid maakt tussen particulieren, zakelijke partijen en gemeenten.

Het is raadzaam een contractuele prikkel in te bouwen, zodat partijen vertrouwelijke informatie niet openbaren. Om het geheimhoudingsbeding effectief te maken, is daarom een stevige boetebedreiging noodzakelijk. Zie over boetes II.4.

Uiteraard kan geen boete worden opgelegd, indien openbaarmaking van de informatie gebeurt op grond van een aanwijzing van het bevoegd gezag, bijvoorbeeld op grond van art. 5:20 Awb of op grond van een rechterlijke uitspraak. Ook kan de boete niet worden opgelegd, indien de vermeende inbreukmaker aantoont dat de informatie in kwestie al openbaar was.

WOB/WOO

Te allen tijde moet worden bekeken of de geheimhouding zich houdt tot de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) en straks de Wet open overheid (Woo).

Een geheimhoudingsbeding is opgenomen in art. 7 van het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden:

“7.1. Partijen verplichten zich om al wat bij de uitvoering van de Overeenkomst ter kennis komt en waarvan het vertrouwelijke karakter bekend is of redelijkerwijs kan worden vermoed, op generlei wijze bekend te maken – inclusief via kanalen van sociale media - of voor eigen doeleinden te gebruiken, behalve voor zover enig wettelijk voorschrift of rechterlijke uitspraak tot bekendmaking noopt.

7.2. Partijen zullen de onder hen werkzame personen of door hen ingeschakelde derden verplichten deze geheimhoudingsplicht na te leven.

7.3. Partijen hebben het recht om in geval van overtreding van de voorgaande leden door de andere Partij en/of de voor die Partij werkzame personen en/of door die Partij ingeschakelde derden de Overeenkomst per direct op te schorten dan wel zonder rechterlijke tussenkomst en zonder ingebrekestelling te ontbinden. Elke opschorting dan wel ontbinding gebeurt door middel van een aangetekende brief.

7.4. De Contractant is verplicht om op eerste verzoek van de Gemeente Personeel van Contractant een geheimhoudingsverklaring te laten ondertekenen.”

Naast een geheimhoudingsbeding kan ook een bepaling worden opgenomen die voorschriften bevat over het moment dat de vertrouwelijke informatie niet meer nodig is of de overeenkomst is geëindigd. Ook de afbakening tussen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie kan nader worden geregeld. Bijvoorbeeld:

“Definities:

(...)

Vertrouwelijke Informatie: Alle informatie die partijen bij de uitvoering van de overeenkomst ter kennis komt en waarvan het vertrouwelijk karakter bekend is of redelijkerwijs kan worden vermoed.

(...)”

“1. De Vertrouwelijke Informatie blijft exclusief eigendom van de partij die haar verstrekt heeft. Alle kopieën, notities, documenten en dergelijke, verstrekt onder deze Overeenkomst, zullen op eerste verzoek van de betreffende partij onmiddellijk aan die partij worden teruggegeven, dan wel vernietigd.

2. Niet als Vertrouwelijke Informatie zal worden aangemerkt, informatie:

a. welke anders dan door schending van de verplichtingen onder deze overeenkomst door Contractant of zijn werknemers of door hem ingeschakelde derden algemeen bekend of gemakkelijk toegankelijk is (geworden);

b. waarvan Contractant kan aantonen dat hij deze informatie - zonder enige restrictie - ter beschikking had, of van een derde heeft verkregen anders dan door schending van een verplichting van die derde jegens de Gemeente;

c. welke Contractant aantoonbaar heeft verkregen door onderzoek onafhankelijk uitgevoerd en welke niet is gebaseerd op of op enige wijze gebruik maakt van de Vertrouwelijke Informatie.”

7.5 Overlevingsclausule

Wat is de situatie op het moment dat de overeenkomst eindigt? Zijn partijen dan van al hun verbintenissen bevrijd of bestaan er verbintenissen die het einde van de overeenkomst overleven?

Indien de overeenkomst eindigt door ontbinding, bepaalt art. 6:271 BW dat de ontbinding de daardoor getroffen verbintenissen raakt. In de Parlementaire Geschiedenis bij dit artikel is overwogen dat niet altijd alle verbintenissen door de ontbinding worden geraakt. Denk hierbij aan bepalingen in de overeenkomst waar geen directe tegenprestatie tegenover staat. Zo zal de strekking van boetebedingen, rechtskeuzebedingen, forumkeuzebedingen, exoneratieclausules en geheimhoudingsbedingen veelal meebrengen dat zij niet door ontbinding eindigen. In hoeverre aan deze bedingen in het geval van ontbinding werking toekomt, is een kwestie van uitleg van die bedingen.

In geval van beëindiging door opzegging bestaat niet een aan art. 6:271 BW gelijkende regel. Dan moet al helemaal van geval tot geval worden bekeken, of bepalingen naar hun aard het einde van de overeenkomst overleven.

*Van kracht
blijven
specifieke
bepalingen*

Om niet van uitleg afhankelijk te zijn, kan in de overeenkomst zelf worden bepaald welke bepalingen van kracht blijven na beëindiging door opzegging of ontbinding. Dat kan via een zogeheten overlevingsclausule. Deze bepaling brengt rechtszekerheid voor partijen.

Een voorbeeld van een overlevingsclausule is:

“De artikelen [a] (boete), [b] (aansprakelijkheid), [c] (rechtskeuze en geschilbeslechting), [d] (geheimhouding) blijven ook na het einde van de overeenkomst van kracht.”

Een ander voorbeeld van een overlevingsclausule kan zijn dat een verplichting nog enige tijd blijft bestaan of wordt overgenomen door een andere contractant:

“De verplichtingen in de artikelen [x], [y] en [z] blijven voor contractant ook na het einde van deze overeenkomst bestaan, teneinde de continuïteit van de dienstverlening van de gemeente jegens haar burgers te waarborgen. Contractant is van deze verplichtingen ontslagen, na het verstrijken van [x] maanden na het einde van deze overeenkomst of zoveel eerder als een opvolgende contractant de verplichtingen overneemt.”

7.6 Toepasselijk recht en geschillen

Het opnemen van een rechtskeuze- en geschillenbepaling is zeker geen overbodige luxe. In een dergelijke bepaling wordt opgenomen welk recht op de overeenkomst van toepassing is en welke geschilbeslechtsinstantie bevoegd is, als het onverhoopt mis mocht gaan.

Rechtskeuze

De rechtskeuzebepaling is belangrijk omdat het contract vanuit het recht van een bepaald land is geschreven. Contracten die door de gemeente zijn opgesteld, zijn vanuit het Nederlandse recht opgesteld. Indien dan vreemd recht van toepassing zou zijn – bijvoorbeeld omdat de contractant die door de gemeente wordt ingehuurd in het buitenland is gevestigd – sporen het contract en het toepasselijke recht niet.

In geval van koop van roerende zaken van een in het buitenland gevestigde contractant zou bijvoorbeeld het Weens Koopverdrag van toepassing kunnen zijn. Het is gebruikelijk de werking van dat verdrag uit te sluiten, omdat de Nederlandse praktijk onvoldoende bekend is met het verdrag.

Ook dient te worden bepaald dat in geval van geschillen de Nederlandse rechter bevoegd is.

Zie voor een rechtskeuze- en geschillenbepaling art. 16 van het VNG Model Algemene Inkoopvoorwaarden:

“16.1. Op deze algemene inkoopvoorwaarden en de Overeenkomsten, alsmede op de totstandkoming en de interpretatie, is Nederlands recht van toepassing.

16.2. De toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) wordt uitdrukkelijk uitgesloten.

16.3. Als er een geschil ontstaat met betrekking tot de Offerteaanvraag, de procedure zoals beschreven in de Offerteaanvraag, de totstandkoming van de Overeenkomst of de uitvoering van de Overeenkomst, dan is elk der Partijen gerechtigd om het geschil voor te leggen aan de bevoegde rechter in het arrondissement waar de Gemeente gevestigd is.”

Arbitrage In sommige gevallen kan het een goede keuze zijn om geschillen voor te leggen aan arbiters. Bijvoorbeeld omdat arbitragecolleges vaak gespecialiseerd zijn op de inhoud van het geschil. Denk hierbij aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw, waar praktijkmensen als arbiter optreden en er dus veel materiedeskundigheid bestaat. Als het geschilpunt echter zuiver juridisch is, zijn (niet-juridische) arbiters niet altijd aangewezen.

Een nadeel van sommige arbitrageinstituten – het Nederlands Arbitrage Instituut, bijvoorbeeld – en bindend advies is dat zij niet de mogelijkheid van hoger beroep kennen. (De Raad van Arbitrage voor de Bouw kent in zijn statuten wel de mogelijkheid van hoger beroep). Dat betekent dat de arbiters of bindend adviseur(s) in enige instantie het geschil beslechten. De mogelijkheden een arbitraal vonnis of bindend advies vervolgens aan te tasten, zijn zeer gering. In de vernietigingsprocedure wordt de motivering van het vonnis namelijk slechts marginaal getoetst.

Mediation In overeenkomsten kan een mediationbeding voorkomen. Dit beding ziet er dan bijvoorbeeld als volgt uit:

“Ingeval van geschillen, betrekking hebbende op de door partijen ondertekende overeenkomst of uit daarop voortbouwende overeenkomsten, zullen partijen trachten deze in eerste instantie op te lossen met behulp van mediation, conform het Reglement van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN, gevestigd te Rotterdam) zoals dat luidt op de aanvangsdatum van de mediation.”

Een mediationbeding kan nuttig zijn. Door mediation kan een geschil alsnog in der minne worden opgelost en wordt verdere escalatie voorkomen. Het nadeel van een mediationbeding is dat dit niet rechtens afdwingbaar is. Mediation is namelijk een vorm van vrijwillige geschilbeslechting. Als een van de partijen niet aan de mediation wil mee werken, kan deelname aan de mediation niet worden afgedwongen. Dit heeft de Hoge Raad ook bepaald (HR 20 januari 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AU3724](#)).

Deskundigen Verder kan in een contract wel eens worden afgesproken dat prijswijzigingen worden vastgesteld door deskundigen als partijen zelf niet tot overeenstemming daarover komen. Bedenk daarbij dat dit veelal een prijzige en tijdrovende procedure is. Soms is het echter toch nodig. Als een dergelijk beding wordt opgenomen, is het advies de benoeming van de deskundigen daarin gelijk contractueel te bepalen:

“Indien partijen niet tot overeenstemming komen over de prijswijziging, wordt de wijziging bepaald door drie deskundigen. Ieder van de partijen mag een deskundige benoemen. Deze deskundigen wijzen tezamen de derde deskundige aan. Indien de deskundigen niet tot een gezamenlijke benoeming komen, kan de rechtbank waar de gemeente is gezeteld, worden gevraagd de derde deskundige te benoemen.”

In de bovenstaande clause is de prijsbepaling als bindend advies weergegeven. Als dat niet de wens van partijen is, dient de volgende zin te worden toegevoegd:

“De prijswijziging is niet een bindend advies en laat de rechten van partijen de rechter te vragen de prijs te bepalen onverlet.”

7.7 Tips

- Neem een schriftelijkheidsbeding op; dat voorkomt dat de overeenkomst al te makkelijk wordt gewijzigd.
- Bepaal of de overeenkomst bij nietigheid of vernietiging van een of meer bedingen kan blijven voortbestaan. Zo ja, neem hiervoor een bepaling op.
- Neem een geheimhoudingsbeding op. Versterk het geheimhoudingsbeding met een boete ten teken dat nakoming essentieel is.
- Neem een overlevingsclausule op voor bepaalde verplichtingen die na de beëindiging van de overeenkomst moeten blijven bestaan.
- Neem een rechtskeuze- en geschillenbepaling op met de strekking dat Nederlands recht van toepassing is en de Nederlandse rechter bevoegd is. Daarbij dient de werking van het Weens Koopverdrag te worden uitgesloten.
- Neem eventueel een mediationbeding op.
- Als in een contract wordt afgesproken dat prijswijzigingen worden vastgesteld door deskundigen als partijen zelf niet tot overeenstemming daarover komen, regel in het contract dan gelijk de benoeming van de deskundigen.



Deel III

Wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht

Wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht

Het privaatrechtelijk handelen van de gemeente is ingebed in een publiekrechtelijk kader.

Abbb Dit is vastgelegd in de wet. Zo regelt artikel 3:1 lid 2 Awb dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op privaatrechtelijk handelen van de gemeente. De privaatrechtelijke tegenhanger daarvan is artikel 3:14 BW. Dat artikel regelt dat de gemeente zich bij het gebruik van het privaatrecht aan de regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht dient te houden. Naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vallen hieronder ook grondrechten, beleidsregels en 'regels' die niet zijn vastgelegd maar voortvloeien uit een bestendige bestuurspraktijk.

*Grondrechten
en
beleidsregels*

Verder is in de jurisprudentie nader uitgewerkt of en wanneer het publiekrecht ruimte laat voor gebruikmaking van het privaatrecht. Van het privaatrecht mag immers geen gebruik worden gemaakt als de publiekrechtelijke weg exclusief is, het publiekrecht hiermee onaanvaardbaar wordt doorkruist (de doorkruisingsleer) of de gemeente met het gebruik van het privaatrecht haar bevoegdheid misbruikt.

*Doorkruisings-
leer*

Doorkruisingsleer

De vraag of en wanneer de gemeente gebruik mag maken van het privaatrecht is onderwerp geweest van het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, AB 1990/408). In dit arrest ontwikkelde de Hoge Raad de zogeheten doorkruisingsleer. Volgens deze leer moet eerst bekeken worden of uit de wet volgt dat de publiekrechtelijke weg exclusief is voorgeschreven. Als dit het geval is, is de privaatrechtelijke weg niet meer toegestaan.

Voorbeeld van een bepaling waarin de wet uitdrukkelijk aangeeft dat de publiekrechtelijke bevoegdheden exclusief zijn:

Artikel 122 Woningwet:

"De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of

krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld.”

De in artikel 122 Woningwet bedoelde AMvB is het Bouwbesluit 2012. In een overeenkomst mogen dus geen afspraken worden gemaakt over onderwerpen die geregeld zijn in het Bouwbesluit. Het is de gemeente bijvoorbeeld niet toegestaan om in een gronduitgifteovereenkomst strengere eisen te stellen op het gebied van isolatie. Evenmin is het toegestaan te bepalen dat een aansluitplicht op het warmtenet geldt. In deze onderwerpen voorziet het Bouwbesluit in afdeling 5.1 (isolatie) en artikel 6.10.3 (warmtenet).

Na inwerkingtreding van de Omgevingswet wordt artikel 122 Woningwet vervangen door artikel 23.7 Omgevingswet: De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten over onderwerpen waarover regels als bedoeld in artikel 4.21 (*rijksregels voor bouwwerken*) zijn gesteld of over onderwerpen met betrekking tot het bouwen die geregeld zijn op grond van hoofdstuk 5 (*omgevingsvergunning*).

Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling niets zegt over de privaatrechtelijke weg, is voor de beantwoording van de vraag of de privaatrechtelijke weg openstaat, beslissend of door gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Of sprake is van doorkruising van een publiekrechtelijke regeling dient bepaald te worden aan de hand van de inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar totstandkomingsgeschiedenis) en de wijze waarop en de mate waarin in het kader van de publiekrechtelijke regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de ongeschreven en geschreven regels van publiek recht. Verder is van belang of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Als dat zo is, is dat een belangrijke aanwijzing dat er geen ruimte is de privaatrechtelijke weg.



Misbruik van bevoegdheid

Bij misbruik van bevoegdheid gaat het in dit verband om de vraag of de gemeente privaatrechtelijke toestemming mag weigeren voor gebruik waarvoor zij een vergunning heeft verleend, wanneer zij geen beroep kan doen op zwaarwegende omstandigheden die zich tegen het publiekrechtelijke toegestane gebruik verzetten.

In het arrest Amsterdam/Geschiere (HR 5 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BH7845](#)) werd de verleende standplaatsvergunning onkracht doordat geen privaatrechtelijke toestemming werd verleend om de standplaats daadwerkelijk in te nemen. Dit levert volgens de Hoge Raad misbruik van bevoegdheid op. De gemeente kon niet aantonen dat zij haar toestemming had geweigerd op grond van zwaarwegende belangen die zich tegen het publiekrechtelijk toegestane gebruik verzetten. De gemeente had zich beroepen op haar financieel-economisch belang bij onbelemmerde uitgifte van de betreffende grond in erfpacht in de nabije toekomst. Daarnaast zou zij grond nodig hebben voor parkeerplaatsen op grond van de Wet Milieubeheer. De Hoge Raad oordeelde het financieel-economisch belang niet als voldoende zwaarwegend. Het argument met betrekking tot de beschikbare parkeerruimte had bij de vergunningverlening al meegewogen moeten worden.

Zie over dit onderwerp en de relatie tot de doorkruisingsleer nader de VNG-publicatie [De doorkruisingsleer in perspectief](#).

Het gevolg van de inbedding van het privaatrechtelijk handelen van de gemeente in een publiekrechtelijk kader maakt dus dat er steeds aandacht moet zijn voor de vraag of en in hoeverre er een wisselwerking bestaat tussen privaat- en publiekrecht.

Deze wisselwerking verdient zeker aandacht bij het sluiten van overeenkomsten. Dit deel gaat daar nader op in.

1 Wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht bij het aangaan van overeenkomsten

1.1 Inleiding

Het is zaak om daar waar wisselwerking tussen het privaatrecht en het publiekrecht bij het sluiten van overeenkomsten een rol speelt, zorg te dragen voor een goede afstemming van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke prestaties en verplichtingen.

Mogelijk zijn er ook verschillende organisatieonderdelen betrokken en vraagt het van de betrokken medewerkers eveneens de nodige afstemming.

Een voorbeeld waar een en ander goed was doordacht, is te vinden in de casus die voorlag bij het Hof 's-Hertogenbosch. Daar speelde het regelmatig voorkomende geval dat de gemeente grond verkoopt met de bedoeling dat daarop bepaalde bebouwing gerealiseerd wordt. De gemeente wil dat die bebouwing binnen bepaalde tijd gereed is. Als geen aanvang wordt gemaakt met de bouw, dan kan de gemeente na 26 weken de omgevingsvergunning intrekken. Daarmee is evenwel niet de grond terug verkregen. De teruglevering kan worden afgedwongen door in de verkoopovereenkomst een daartoe strekkende afspraak op te nemen. In dit geval was in de overeenkomst een terugkooprecht voor de gemeente opgenomen tegen de oorspronkelijke koopsom met aftrek van 10% voor vergoeding van kosten. Een dergelijke afspraak is rechtsgeldig, aldus het hof. Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:2014](#) (X/Someren).

De wisselwerking tussen privaatrecht en publiekrecht komt duidelijk naar voren in de bevoegdhedenovereenkomst. Dat is een privaatrechtelijke overeenkomst, waarin afspraken worden gemaakt over de inzet van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals het in procedure brengen van een bestemmingswijziging.

Maar ook in andere gevallen kan de wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht een rol spelen. Denk aan de verkoop van grond of gebouwen door de gemeente waarbij wordt aangegeven voor welk gebruik de grond of het gebouw geschikt is. Als blijkt dat dit gebruik volgens het bestemmingsplan (omgevingsplan) niet is geoorloofd, schiet de gemeente tekort in haar verplichtingen jegens de koper.

Een voorbeeld hiervan is de verkoop van stroken snippergroen aan burgers met de bedoeling dat zij de stroken snippergroen bij hun tuin trekken. Als op de stroken grond de bestemming 'Groen' rust, moet goed worden gecontroleerd of het gebruik als privétuin hier wel onder valt.

Subsidieovereenkomst

Een ander voorbeeld vormt de subsidieverstrekking. Het verstrekken van subsidies via een beschikking is geregeld in titel 4.2 van de Awb. Een subsidieovereenkomst kan niet worden gesloten zonder onderliggende beschikking. In de parlementaire geschiedenis over titel 4.2 Awb is uitdrukkelijk aangegeven dat het gebruik van het privaatrecht – in de vorm van een beschikkingvervangende overeenkomst - de publiekrechtelijke regeling van de subsidietitel op onaanvaardbare wijze doorkruist.

De subsidieovereenkomst mag voorts geen doublure zijn van de beschikking, of omgekeerd. De beschikking en de overeenkomst dienen dus goed op elkaar afgestemd te worden.

Wat in een subsidieovereenkomst wel goed kan worden geregeld, is de verplichting om de activiteit waarvoor de subsidie wordt verleend daadwerkelijk uit te voeren. Indien een cultuursubsidie wordt verleend aan een toneelgezelschap kan de subsidiebeschikking niet verplichten tot het uitvoeren van voorstellingen. Dat kan de subsidieovereenkomst wel.

Hieronder wordt de wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht nader beschreven aan de hand van de huur-/gebruiksovereenkomst in relatie tot de standplaatsvergunning en de bevoegdhedenovereenkomst.

1.2 Standplaatsvergunning en de huur-/gebruiksovereenkomst

Huur-/gebruiksovereenkomst

Gemeenten gaan regelmatig overeenkomsten aan voor verkooppunten in de openbare ruimte. In een dergelijk geval moet de exploitant van het verkooppunt (de standhouder) beschikken over een standplaatsvergunning.

*Vergunning
niet in de
weg staan*

Daarnaast wordt veelal privaatrechtelijk toestemming gegeven de standplaats in te nemen door een huur-/gebruiksovereenkomst te sluiten. Dit is toegestaan mits de overeenkomst het gebruik van de vergunning niet in de weg staat. De gemeente heeft immers tot uitgangspunt te nemen dat de exploitant door de verlening van de vergunning gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning.

Het is overigens ook niet zo dat de gemeente het gebruik van de grond moet toestaan als de vergunninghouder de overeenkomst weigert aan te gaan.

In een zaak tussen de gemeente Epe en een particulier oordeelt het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de gemeente gerechtigd is ontruiming te vorderen van een kiosk van een perceel gemeentegrond. Dit perceel wordt zonder rechtsgrond gebruikt nu het besluit tot verlening van de standplaatsvergunning is herroepen en de exploitant weigert de door de gemeente aangeboden huurovereenkomst aan te gaan. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:6277](#).

In de huur-/gebruiksovereenkomst worden in de regel de eventuele financiële afspraken opgenomen tussen de gemeente en de standhouder, alsmede het specifieke gebruik dat van de standplaats gemaakt mag worden. In zoverre vormt de overeenkomst de inkleuring van de vergunning.

Indien het verkooppunt op een markt is gesitueerd, is de vergoeding voor de standplaats meestal geregeld via een marktgeldverordening (retributie op basis van art. 229 Gemeentewet). Bij het ontbreken daarvan kan de vergoeding contractueel worden overeengekomen.

*Vervallen
standplaats-
vergunning*

De huur-/gebruiksovereenkomst kan eveneens haar nut bewijzen als de standplaatsvergunning vervalt. In dat geval kan de overeenkomst voorzien in een overgangperiode zolang geen nieuwe vergunning is verleend of kan de overeenkomst voorzien in de beëindiging van het gebruik van de locatie.

Opzegging

Zoals hiervoor aangegeven mag de overeenkomst het gebruik van de vergunning niet in de weg staan. Maar het is niet zo dat de overeenkomst volledig ondergeschikt is aan de standplaatsvergunning. Onder omstandigheden kan de overeenkomst wel worden opgezegd ondanks het bestaan van een standplaatsvergunning. Bijvoorbeeld als de overeengekomen huurprijs structureel niet wordt betaald. Dit was geval in een zaak die door de gemeente Dronten aan de rechter werd voorgelegd:

Een exploitant meende dat de gemeente een tussen hem en de gemeente bestaande overeenkomst niet mocht opzeggen, zolang hij over een standplaatsvergunning beschikte. De rechtbank volgt deze stelling niet. Ook al beschikte de exploitant nog over een vergunning, vanwege structurele wanbetaling maakte de gemeente geen van misbruik van bevoegdheid door de overeenkomst op te zeggen. De wanbetaling rechtvaardigde ook de weigering van de gemeente tot het aangaan van een nieuwe overeenkomst. Rechtbank Midden-Nederland 14 februari 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:905](#).

1.3 De bevoegdhedenovereenkomst

Bevoegdhedenovereenkomst

Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst waarin afspraken worden gemaakt over de wijze waarop bestuursorganen gebruik zullen maken van hun bevoegdheden. Vaak is de bevoegdhedenovereenkomst geen zelfstandige overeenkomst, maar komen bevoegdhedenbedingen voor in andere overeenkomsten. Zo is een ontwikkelingsovereenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar meestal ook een bevoegdhedenovereenkomst omdat vrijwel altijd afspraken worden gemaakt over het verlenen van planologische medewerking door het betreffende bestuursorgaan aan de door partijen beoogde ontwikkeling.

Hoewel er bij bevoegdhedenovereenkomsten een duidelijke wisselwerking is tussen privaats- en publiekrecht, is de hiervoor besproken doorkruisingsleer doorgaans niet van toepassing. Er is namelijk geen sprake van het gebruiken van het civielrecht waar de publiekrechtelijke weg had moeten worden gevolgd. Partijen willen alleen de voorspelbaarheid van het gebruik van publiekrechtelijke instrumenten (zoals het wijzigen van het bestemmingsplan/omgevingsplan) bij voorbaat inregelen. De bevoegdhedenovereenkomst regelt vooral de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de publiekrechtelijke bevoegdheden van de bestuursorganen (veelal de raad).

Zie voor meer uitleg over de bevoegdhedenovereenkomst de VNG-publicatie [Van Contact naar Contract](#).

Publiekrechtelijke bevoegdheden

Bij het maken van afspraken over de uitoefening van bevoegdheden door bestuursorganen dient goed gelet te worden op de bevoegdheidsverdeling in de Gemeentewet. Op grond van art. 160 lid 1 Gemeentewet is het college bevoegd te besluiten tot het aangaan van civiele overeenkomsten. Echter, dit laat de publiekrechtelijke bevoegdheden van bijvoorbeeld de raad – zoals het

vaststellen van bestemmingsplannen/omgevingsplannen – onverlet. Het college kan de raad met het aangaan van de overeenkomst niet voorschrijven hoe hij zijn bevoegdheden uit moet oefenen.

*Inspannings-
verplichting*

Om deze reden moeten in een bevoegdhedenovereenkomst geen ongeclausuleerde toezeggingen worden geformuleerd, maar dienen afspraken het karakter te hebben van een inspanningsverplichting. Ook dient duidelijk gemaakt te worden dat de overeenkomst op geen enkele wijze het publiekrechtelijk bevoegde orgaan bindt en dat bezwaren, zienswijzen et cetera van derden kunnen nopen om geen medewerking te verlenen aan de overeenkomst in de vorm van een gewenst besluit.

Een mooie clause kwam voor in de anterieure overeenkomst tussen de gemeente Oldambt en De Wereldbazar OG B.V. In deze clause had de gemeente tevens een exoneratie opgenomen voor het geval de beoogde vaststelling van een bestemmingsplan toch geen door- gang zou vinden:

“1. De Gemeente zal zich inspannen om te bewerkstelligen dat:

- de procedure benodigd voor de vaststelling en goedkeuring van het voor het Plangebied op te stellen Bestemmingsplan zo spoedig als mogelijk binnen de daarvoor geldende wettelijke termijnen wordt doorlopen;

- de Omgevingsvergunning(en) noodzakelijk voor de uitvoering van het Plan zo spoedig mogelijk na indiening van een ontvankelijke aanvraag en binnen de daarvoor geldende wettelijke termijnen wordt/worden verleend.

2. Indien bezwaar- en/of beroepschriften dan wel andere maatregelen van derden en/of het gebrek aan medewerking of goedkeuring van andere overheidsinstanties en/of het gebruik maken van publiekrechtelijke bevoegdheden/verantwoordelijkheden als bedoeld in het derde lid van dit artikel mochten leiden tot vertraging in de vaststelling en/of onherroepelijk worden van het Bestemmingsplan, dan wel vernietiging daarvan of mochten leiden tot vertraging in de verlening van de Omgevingsvergunning, ontheffingen en/of toestemmingen, zal de Gemeente, mits zij aan haar inspanningsverplichting heeft voldaan, jegens de ontwikkelaar niet aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade.

3. Bij de uitoefening van de op haar rustende inspanningsverplichting zal de Gemeente moeten handelen naar de op haar rustende publiekrechtelijke verantwoordelijkheid, die kan eisen dat de Gemeente publiekrechtelijke rechtshandelingen verricht of nalaat die



niet in het voordeel zijn van de aard en strekking van deze overeenkomst.”

Deze clausule hield stand in de procedure bij Rechtbank Noord-Nederland 31 juli 2019, [ECLI:NL:RBNNE:2019:3375](#).

Het uitsluitend opnemen van de clausule dat de gemeente zich tot het uiterste inspant, is vragen om problemen. Hoe lang moet de gemeente doorgaan in het overtuigen van de raad om een plan vast te stellen dat de instemming van de raad heeft en past in de contractuele afspraken tussen de gemeente en de ontwikkelaar?

Afbakening
termijn
inspannings-
verplichting

Dit kan worden ondervangen door in de bevoegdhedenovereenkomst op te nemen dat de ontwikkelaar zorgdraagt voor een conceptplan dat voldoet aan de contractuele uitgangspunten en dat het college slechts controleert of het plan voldoet aan de overeenkomst en het plan vervolgens voorlegt aan de raad. Als het plan wordt aangenomen door de raad, is de overeenkomst voltooid en eindigt zij. Als het plan niet door de raad wordt aangenomen, dan is daarmee een einde gekomen aan de inspanningsverplichting van de gemeente. In de overeenkomst zou ook nog kunnen worden voorzien in een bepaling dat de ontwikkelaar de mogelijkheid krijgt om naar aanleiding van bezwaren van de raad en/of derden het plan te wijzigen. Geadviseerd wordt het aantal aanpassingen te beperken tot bijvoorbeeld twee of drie, zodat eindeloze aanpassingen niet mogelijk zijn.

Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:

“De contractant draagt zorg voor een conceptplan voor een bestemmingswijziging dat voldoet aan de uitgangspunten zoals opgenomen in deze overeenkomst. Op de gemeente rust uitsluitend de verplichting te controleren of het door de contractant op te stellen concept voldoet aan de overeenkomst en het concept voor te leggen aan de raad van de gemeente binnen [x] dagen na ontvangst van het concept. Indien de raad het plan voor bestemmingswijziging niet conform het concept vaststelt, is de gemeente op generlei wijze daarvoor aansprakelijk. Deze overeenkomst eindigt dan van rechtswege.”

Eventuele toevoeging:

“Indien de raad en/of derden bezwaren uiten tegen het concept, is het de contractant toegestaan, zulks met een maximum van tweemaal, het concept aan te passen aan de opmerkingen van de raad en/of bezwaren van derden. Indien dan alsnog geen vaststelling plaatsvindt, eindigt deze overeenkomst van rechtswege zonder dat de gemeente ter zake van de beëindiging op enigerlei wijze aansprakelijk is.”

Betrokkenheid
raad

Het voordeel van een dergelijke bepaling is dat voor beide partijen duidelijk is hoever de inspanning van de gemeente reikt en allerlei uitlegkwesties/geschillen voorkomen worden. Daarbij staat het de raad nog altijd vrij om niet mee te werken aan een plan waartoe de gemeente zich verbonden heeft.

Dat kan anders worden als de raad actief betrokken is geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst. Maar ook in zo'n geval kunnen ruimtelijke inzichten wijzigen en kunnen belangen van derden ertoe nopen om niet in te stemmen met een bestemmingsplan (omgevingsplan) dat benodigd is om uitvoering te kunnen geven aan een overeenkomst.

Uit Afdelingsjurisprudentie blijkt overigens dat de raad moet motiveren welk gewicht hij heeft toegekend aan de uit de overeenkomst voortvloeiende afspraken die het college heeft gemaakt over een mogelijke bestemmingsplanwijziging (zie bijvoorbeeld ABRvS 29 april 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:1372](#)). De bestuursrechter betreft bij zijn oordeel in hoeverre de overeenkomst en het in en met de bevoegdhedenovereenkomst gewekte vertrouwen betrokken is in de besluitvorming.

Het verdient echter aanbeveling om er bij een overeenkomst tussen de gemeente en een ontwikkelaar bij stil te staan of de raad alleen wordt geïnformeerd of actief wordt betrokken. Het lijkt soms politiek gewenst om dat laatste te doen, maar het kan ertoe leiden dat de speelruimte van de raad wordt beperkt. Als de raad continu betrokken wordt bij een bevoegdhedenovereenkomst, wordt het voor hem bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid moeilijker om te motiveren dat hij niet wil meewerken.

Wat de afdwingbaarheid van een bevoegdhedenovereenkomst betreft, geldt het volgende.

*Afdwing-
baarheid*

Als een partij van de gemeente verlangt dat zij een bepaald besluit neemt waarover is gecontracteerd, kan zij dat besluit proberen af te dwingen bij de bestuursrechter. De civiele rechter laat zich alleen uit over de vraag of de gemeente haar overeengekomen afspraken is nagekomen. Als dat niet het geval is, kan dat leiden tot ontbinding van de overeenkomst en/of tot schadevergoeding. Zie Hoge Raad 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP3057](#) (Etam/Zoetermeer).

*Ruimte-
voor-ruimte
overeenkomst*

Een species van de bevoegdhedenovereenkomst is de ruimte-voor-ruimteovereenkomst. Veel gemeenten kennen ruimte-voor-ruimte regelingen om met name vrijkomende gebouwen met een agrarische functie een andere functie te geven.

Bevoegdhedenovereenkomsten in het kader van ruimte-voor-ruimte regelingen zijn toegestaan voor zover het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid heeft bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Zie ook HR 24 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:483](#) (BMV/Bladel). In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat het stellen van voorwaarden in een dergelijke bevoegdhedenovereenkomst is toegestaan als de voorwaarden in de overeenkomst hetzelfde planologische doel dienen als het doel waarvoor de wettelijke bevoegdheid aan het bestuursorgaan is gegeven. Een gemeente mag dus in het kader van een ruimte-voor-ruimte regeling in beginsel voorwaarden – tot sloop van stallen elders en tot het doen intrekken van daarmee samenhangende milieurechten – stellen voor haar medewerking aan een planologische wijziging.

Met name de borging van de beëindiging van het niet langer gewenste gebruik vergt aandacht. De overeenkomst zal bepalingen moeten bevatten die inhouden dat het oude gebruik gestaakt wordt en opstallen en/of verhardingen daadwerkelijk worden verwijderd.

1.4 Tips

- Als een onderwerp adequaat via de publiekrechtelijke weg geregeld kan worden, bijvoorbeeld via de omgevingsvergunning, gebruik dan die publiekrechtelijke weg.
- Sluit voor het innemen van een standplaats een huur-/gebruiksovereenkomst. Regel hierin naast het gebruik van de standplaats (en eventueel de financiële vergoeding hiervoor) ook het gevolg van het komen te vervallen van de standplaatsvergunning.
- Bedenk in hoeverre de raad wordt betrokken bij het sluiten van een

bevoegdhedenovereenkomst. Hoe meer de raad wordt betrokken, hoe kleiner de speelruimte van de raad wordt.

- Zorg er in een bevoegdhedenovereenkomst voor dat de verplichtingen van gemeentezijde om tot wijziging van het bestemmingsplan (omgevingsplan) te komen als inspanningsverplichting worden geformuleerd.
- Regel in de bevoegdhedenovereenkomst tot hoever de inspanningsverplichting van de gemeente gaat. Bijvoorbeeld in de vorm van controle van het concept-plan van de projectontwikkelaar (en beperking van het aantal aanpassingen daarvan).
- Bepaal dat de bevoegdhedenovereenkomst van rechtswege eindigt, indien bijvoorbeeld de beoogde bestemmingswijziging uitblijft dan wel niet onherroepelijk wordt. Neem daarbij op dat de gemeente geen vergoeding van schade of kosten verschuldigd wordt, indien zij aan haar inspanningsverplichtingen uit het bevoegdhedenbeding heeft voldaan.



Dankwoord

Hoewel mijn naam als enig auteur op deze handreiking staat, is het schrijven van een boek nooit een soloproject. Ik ving met schrijven van deze publicatie aan toen ik nog advocaat bij La Gro Geelkerken Advocaten was. Dit kantoor ben ik veel dank verschuldigd. Mijn collega's gaven mij tijd en ruimte om aan de handreiking te werken en steunden mij ook met raad, daad en oprechte belangstelling.

In het bijzonder dank ik mr. Anke van de Laar en mr. Hans Turenhout, beiden advocaat in de overheidspraktijk van La Gro Geelkerken Advocaten en huisadvocaat van meerdere gemeenten, voor hun nuttige commentaar op eerdere conceptstukken en hun meeschrijven aan de delen I en III.

Ik heb de handreiking afgerond nadat ik voor mezelf ben begonnen onder de naam family LAW advocatuur. Mijn "huisgenoten" van family LAW juristen & mediators dank ik voor hun morele steun.

Deze handreiking is mede gevormd naar aanleiding van de mooie feedback en input van de leden van de gemeentelijke begeleidingscommissie, die de nodige tijd hebben vrijgemaakt om deze handreiking te maken tot wat zij is. Ook hen dank ik hartelijk.

Tot slot gaat veel dank uit naar Eveline de Bruin en Elly Poldervaart, de redacteurs die namens de VNG de totstandkoming van deze handreiking in goede banen hebben geleid. Jullie steun, kritische oog en mooie input was onontbeerlijk!

Nieuwkoop, januari 2020

Jan Spanjaard

**Vereniging van
Nederlandse Gemeenten**

Nassaulaan 12
2514 JS Den Haag
+31 70 373 83 93
info@vng.nl

januari 2020

vng.nl