

MEMO

aan : Gemeente Kaag en Braassem, t.a.v. Anthon van Berkel en Stephan Marijnus
van : Pieter van den Oord en Dewi Britsemmer
datum : 15 april 2024
inzake : Gemeente Kaag en Braassem / advies samenwerkingsvorm ICT

1. Inleiding

- 1.1. In de huidige opzet werken de Gemeente Alphen aan den Rijn en de Gemeente Kaag en Braassem op het gebied van Informatisering en Automatisering (I&A) samen in de Bedrijfsvoeringsorganisatie Rijn en Braassem.
- 1.2. Op dit moment onderzoekt de Gemeente Kaag en Braassem andere samenwerkingsvormen. In dat kader heeft de Gemeente Kaag en Braassem ons gevraagd de kenmerken van een bedrijfsvoeringsorganisatie, centrumregeling en samenwerkingsovereenkomst uit te werken in een memo.¹

2. Bedrijfsvoeringsorganisatie

- 2.1. De bedrijfsvoeringsorganisatie (hierna: "BVO") is een vorm van samenwerking die per 1 januari 2015 in de Wgr is geïntroduceerd. Bij een BVO ligt de uitvoering van de taakopdracht bij de nieuwe organisatie. De BVO wordt gekenmerkt door de publiekrechtelijke vormgeving, het enkelvoudige bestuur en de beperkte mogelijkheden voor bevoegdheidstoekenning. De BVO is van de drie samenwerkingsvormen die in dit memo centraal staan de zwaarste samenwerkingsvorm. De BVO is qua bestuursstructuur/governance complexer dan een centrumregeling en samenwerkingsovereenkomst.
- 2.2. *Rechtspersoonlijkheid.* Een BVO bezit rechtspersoonlijkheid, waardoor een BVO zelfstandig kan deelnemen aan het maatschappelijk verkeer (zelf overeenkomsten aangaan of mensen in dienst nemen).

¹ Deze samenwerkingsvormen zijn niet limitatief. De Wgr kent bijvoorbeeld ook nog het openbaar lichaam (artikel 8 lid 1) en het gemeenschappelijk orgaan (artikel 8 lid 2) als samenwerkingsvorm. Daarnaast kan ook nog worden gedacht aan een dienstverleningsovereenkomst.

- 2.3. *Governance.* Een BVO heeft geen geleed bestuur. Het bestuur van een BVO bestaat uit één bestuursorgaan; door het bestuur van de BVO kan geen advies- of bestuurscommissies worden ingesteld (artikel 24 en artikel 25 Wgr). Bij een BVO zijn het colleges die uit hun midden de leden van het bestuur aanwijzen (artikel 14a Wgr). Uitgangspunt is dat ieder gemeentebestuur ten minste één lid mag aanwijzen. Er mag in de gemeenschappelijke regeling gedifferentieerd worden tussen de verschillende gemeentebesturen in aantallen zetels (artikel 14a jo. artikel 13 lid 4 onder a Wgr). Zo kan het zetelaantal bijvoorbeeld afhankelijk worden gesteld van het inwoneraantal of van de financiële of personele inbreng. Hoofregel is dat ieder lid één stem heeft. Het is mogelijk dat in de gemeenschappelijke regeling wordt bepaald dat ook hierin gedifferentieerd wordt tussen de verschillende gemeenten (artikel 14a jo. artikel 13 lid 4 onder b Wgr). Zo kan recht worden gedaan aan de verschillende inbreng van deelnemers, zonder het bestuur direct te vergroten in ledenaantal. In de gemeenschappelijk regeling kunnen nog nadere voorwaarden worden gesteld aan de samenstelling van het bestuur (artikel 10 lid 3 Wgr).
- 2.4. *Verantwoording en sturing.* Het bestuur is eindverantwoordelijk voor wat binnen de BVO gebeurt. Het bestuur legt aan niemand verantwoording af over wat het gedaan heeft. Het bestuur van een BVO is overigens wel verplicht inlichtingen te verstrekken die door één of meer leden van de raden van de deelnemers worden gevraagd (artikel 17 Wgr). De gemeenschappelijke regeling bepaalt op welke wijze die inlichtingen worden verschaft. Het lid van het bestuur is verantwoording schuldig aan het college dat hem heeft aangewezen (artikel 18 jo. artikel 16 lid 2 en 2 Wgr), maar ook aan de raad (artikel 19 lid 1 jo. artikel 16 lid 1 en 2 Wgr). De leden van het bestuur stemmen dan ook niet zonder last of ruggespraak. Zij zijn immers verantwoording schuldig aan de raad respectievelijk het college.
- 2.5. *Taken en bevoegdheden.* Kenmerkend voor de BVO is dat de regeling slechts kan worden getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen (bedrijfsvoering) en van uitvoeringstaken van de deelnemers. Gezien de aard van de BVO kunnen aan de BVO daarom ook alleen bevoegdheden tot regeling en bestuur worden overgedragen, voor zover die bevoegdheden betrekking hebben op de uitvoering van taken waarbij geen beleidsruimte bestaat. Beleidsbepalende taken behoren toe aan de raden respectievelijk de colleges. Het bestuur kan wel beleid voorbereiden en uitvoeren, maar niet vaststellen.
- 2.6. *Personeel.* Het personeel is in dienst bij de BVO.

- 2.7. *Aanbestedingsrecht.* De dienstverlening is aanbestedingsplichtig. Dat laat onverlet dat de deelnemers van de BVO mogelijk een beroep kunnen doen op een uitzondering van de aanbestedingsplicht, namelijk de uitzondering van het (verticaal) inbesteden. Aanbestedende diensten kunnen aanbestedingsvrij diensten afnemen van een andere rechtspersoon indien aan een drietal criteria is voldaan:
- (i) de aanbestedende dienst(en) moet(en) toezicht op de 'gelieerde' rechtspersoon uitoefenen zoals op zijn eigen dienst(en) ('toezichtcriterium');
 - (ii) de 'gelieerde' rechtspersoon voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de aanbestedende dienst(en) ('merendeelcriterium');
 - (iii) er is geen directe participatie van privékapitaal in de 'gelieerde' rechtspersoon.
- 2.8. *Fiscaal.* Bij een BVO speelt BTW in principe geen rol. Compensatie via het BTW-compensatiefonds, vrijstellingen en uitzonderingen kunnen worden onderzocht.
- 2.9. *Overig.* De deelnemers dragen bij middels bindende begroting (begrotingsfinanciering), eventueel aangevuld met dienstverleningsovereenkomsten waarin aanvullende afspraken kunnen worden gemaakt. Een BVO heeft eigen vermogen en kent een eigen jaarrekening en begroting.

3. Centrumregeling

- 3.1. De centrumregeling is een gemeenschappelijke regeling op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen en een lichtere vorm van samenwerking dan de BVO. De centrumregeling is de publiekrechtelijke tegenhanger van de samenwerkingsovereenkomst (zie hierna).
- 3.2. Bij een centrumregeling wordt geen nieuwe rechtspersoon, nieuw openbaar lichaam of nieuw orgaan ingesteld, maar wordt een (bestuursorgaan van de) centrumgemeente aangewezen die namens de (overige) deelnemers bevoegdheden uitoefent. Bij een centrumregeling is het dan ook vooral belangrijk om te bepalen welke deelnemer de centrumtentiteit (centrumgemeente) wordt. De centrumtentiteit is als eerste verantwoordelijk voor de uitvoering van taken en is daarvoor ook (contractueel) aansprakelijk jegens de gastgemeente(n).
- 3.3. Een centrumregeling kent op hoofdlijnen twee verschijningsvormen:
- (i) Onder een enkelvoudige centrumregeling wordt verstaan een gemeenschappelijke regeling waarbij één gemeente als centrumgemeente is aangewezen (artikel 8 lid 4 Wgr). Dit is de traditionele vorm van de

centrumregeling: één gemeente voert de in de gemeenschappelijke regeling opgenomen taken uit voor de andere deelnemer(s), de gastgemeente(n).

- (ii) Onder een meervoudige centrumregeling wordt verstaan een gemeenschappelijke regeling waarbij meerdere centrumgemeenten worden aangewezen (artikel 8 lid 4 Wgr). Dit is een vorm waarbij iedere deelnemer aan de gemeenschappelijke regeling een taakveld voor zijn rekening neemt.
- 3.4. Als belangrijkste afweging voor de keuze van deze samenwerkingsvorm geldt dat gemeenten geen zwaar model willen en de rolinvulling door de centrumgemeente willen vastleggen. Hoewel de deelnemers gezamenlijk afspraken maken over de taken, het budget en de algemene wijze van uitvoering, heeft de centrumgemeente wel meer zeggenschap over de uitvoering van de taken, gezien zij de primaire verantwoordelijkheid heeft.
- 3.5. *Rechtspersoonlijkheid.* Anders dan de BVO heeft de centrumregeling zelf geen rechtspersoonlijkheid. Er moet gebruik worden gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van de centrumgemeente. Er hoeft dan ook geen nieuwe rechtspersoon gecreëerd te worden waardoor deze vorm relatief snel tot stand kan worden gebracht.
- 3.6. *Governance.* De inrichting van de governance van de centrumgemeente, is (in beginsel) een zaak van de centrumgemeente. De deelnemers hebben anders dan bij de BVO geen bestuurlijke zeggenschap bij de centrumgemeente. Er is daarmee geen sprake van een separate bestuursstructuur en complexe afstemmingsvormen. Bij een centrumregeling is er alleen contractuele sturing vanuit de deelnemers op de centrumgemeente of eventueel via instructies waar het mandaten betreft. Sturing zit dus uitsluitend in de relatie van opdrachtgever tot opdrachtnemer.

Een centrumregeling wordt vastgelegd in een gemeenschappelijke regeling, waarbij aanvullende dienstverleningsovereenkomsten gesloten kunnen worden tussen de deelnemers en de centrumgemeente. In de gemeenschappelijke regeling staan de voorwaarden voor dienstverlening en de wijze waarop de deelnemers invloed hebben op de taakuitvoering. Hoewel er geen formeel bestuur is, kunnen de deelnemende partijen wel afspraken in de gemeenschappelijk regeling vastleggen over de betrokkenheid en invloed van de verschillende deelnemers. Afspraken over inhoud, dienstverlening en verantwoording worden in een dienstverleningsovereenkomst vastgelegd.

De gemeenteraden en colleges van de gastgemeente(n) hebben geen directe invloed en/of betrokkenheid. Iedere gemeente legt afzonderlijk verantwoording af aan de gemeenteraden.

- 3.7. *Taken en bevoegdheden.* Bij een centrumregeling is het alleen mogelijk bevoegdheden te mandateren aan de organen of ambtenaren van de centrumgemeente (artikel 8 lid 4 Wgr). Overdracht van bevoegdheden c.q. delegatie is uitgesloten (artikel 10:15 Awb). De centrumgemeente moet de gastgemeente alle gevraagde inlichtingen verschaffen over de uitoefening van de gemandateerde bevoegdheden (artikel 10:6 lid 2 Awb). De gastgemeente kan ook algemene instructies geven over de taakuitoefening of zelfs instructies in concrete gevallen (artikel 10:6 lid 1 Awb). De gastgemeente mag de bevoegdheid ook zelf blijven uitoefenen (artikel 10:7 Awb) en kan in beginsel het mandaat te allen tijde intrekken (artikel 10:8 Awb). De samenwerkingsvorm is flexibel, waarbij uitgegeven mandaten gemakkelijker gewijzigd kunnen worden indien nodig. Aan de mogelijkheid het mandaat in te trekken kunnen in de gemeenschappelijke regeling wel voorwaarden worden verbonden, met name financiële voorwaarden. In die zin is dan sprake van een bevoegdhedenovereenkomst waarbij de gastgemeente afspraken maakt hoe zij met zijn intrekkingsbevoegdheid om wenst te gaan.
- 3.8. *Personeel.* In een centrumregeling worden beleid en uitvoering door de deelnemende gemeenten gemandateerd aan een centrumgemeente. Voordeel hiervan is dat het een simpele structuur kent en personeel in dienst kan treden bij de centrumgemeente of kan worden gedetacheerd naar de centrumgemeente.
- 3.9. *Aanbestedingsrecht.* De dienstverlening is aanbestedingsplichtig. Dat laat onverlet dat de gastgemeente(n) mogelijk een beroep kan/kunnen doen op een uitzondering van de aanbestedingsplicht, namelijk de uitzondering van de horizontale samenwerking. Voor een succesvol beroep op de uitzondering dient te worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden (artikel 2.24c lid 1 Aanbestedingswet 2012):
- (i) de overheidsopdracht voorziet in of geeft uitvoering aan een samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
 - (ii) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang;

- (iii) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

De samenwerking kan betrekking hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met de uitvoering van diensten en verantwoordelijkheden van de deelnemende aanbestedende diensten. Het kan dus ook gaan om een nevenactiviteit voor zover deze nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking.² ICT ten behoeve van publieke taken kan hier ook onder vallen.

Het moet gaan om een daadwerkelijke samenwerking. Bij een samenwerking is het van wezenlijk belang dat alle partijen daaraan gezamenlijk deelnemen. Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan wanneer de enige bijdrage van een bepaalde partij bij de overeenkomst beperkt is tot het simpelweg vergoeden van de kosten.³ Afhankelijk van de wijze waarop de centrumregeling wordt ingericht, kan een centrumregeling worden gekwalificeerd als 'daadwerkelijke samenwerking'.

- 3.10. *Fiscaal.* Bij een centrumregeling kunnen fiscale aandachtspunten aanwezig zijn. Compensatie via het BTW-compensatiefonds, vrijstellingen en uitzonderingen kunnen worden onderzocht.⁴

Overig. Er is geen eigen begroting en jaarrekening van de centrumregeling. De deelnemende gemeenten dragen conform afspraak bij aan de kosten.

4. Samenwerkingsovereenkomst

- 4.1. Privaatrechtelijk kan de samenwerking worden uitgewerkt in een samenwerkingsovereenkomst. De samenwerkingsovereenkomst is een lichte vorm van samenwerking en de privaatrechtelijke tegenhanger van de centrumregeling. Een samenwerkingsovereenkomst kan door het college worden aangegaan. De raad heeft in beginsel geen bevoegdheid voor wat betreft het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst.

² HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*Stadt Köln*).

³ HvJ EU 4 juni 2020, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis*).

⁴ Desgewenst dient een fiscale toets plaats te vinden. Voor de volledigheid wijzen wij op het memo van het directieoverleg, waaruit onder andere volgt dat ten aanzien van de centrumregeling een beroep op de koepelvrijstelling mogelijk zou zijn en sprake zou zijn van een vrijgesteld 'samenwerkingsverband' voor de heffing van vennootschapsbelasting.

- 4.2. Het grootste verschil tussen beide samenwerkingsvormen is dat de publiekrechtelijke waarborgen van de Wgr (zoals bijvoorbeeld de informatieverplichtingen) niet van toepassing zijn op een samenwerkingsovereenkomst. Ten aanzien van een samenwerkingsovereenkomst bestaan in beginsel geen directe informatie- of verantwoordingsverplichtingen op basis van specifieke wetgeving. Deze waarborgen zullen zelf door partijen dienen te worden vastgelegd. Daarnaast is het beëindigen van een samenwerkingsovereenkomst veelal eenvoudiger, hetgeen minder waarborgen biedt voor continuïteit dan de centrumregeling.
- 4.3. Vaak wordt er voor een samenwerkingsovereenkomst gekozen wanneer de samenwerking (relatief) kortdurend van aard is en er geen rechtspersoonlijkheid nodig of gewenst is.
- 4.4. *Rechtspersoonlijkheid.* Er wordt geen nieuwe organisatie met eigen rechtspersoonlijkheid opgericht.
- 4.5. *Governance.* Bij de samenwerkingsovereenkomst is er alleen contractuele sturing vanuit de partij(en) op de uitvoerende gemeente. Er is geen bestuurlijke zeggenschap op de gemeente die de taken uitvoert. Met behulp van de afspraken in het contract worden op de uitvoering gestuurd.
- 4.6. *Taken en bevoegdheden.* In de samenwerkingsovereenkomst worden afspraken gemaakt over de wijze waarop wordt samengewerkt. De uitvoering van de opdracht ligt bij één of meerdere partijen. De financiering van de opdracht gebeurt door middel van het sluiten van contracten tussen de samenwerkende partijen.
- 4.7. *Personeel.* Het personeel is in dienst van de uitvoerende gemeente of er is sprake van detachering van personeel vanuit en naar de deelnemende gemeenten.
- 4.8. *Aanbestedingsrecht.* De dienstverlening is aanbestedingsplichtig. Dat laat onverlet dat mogelijk een beroep kan worden gedaan op een uitzondering van de aanbestedingsplicht, namelijk de uitzondering van de horizontale samenwerking. Voor een succesvol beroep op de uitzondering dient te worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden (artikel 2.24c lid 1 Aanbestedingswet 2012). Voor een uitwerking van deze voorwaarden wordt verwezen naar randnummer 3.9. Bij een samenwerkingsovereenkomst zal naar verwachting minder snel sprake zijn van een 'daadwerkelijke samenwerking' dan bij een centrumregeling. Een en ander zal evenwel afhangen van de daadwerkelijke invulling van de samenwerkingsovereenkomst.

- 4.9. *Fiscaal*. Bij een samenwerkingsovereenkomst is in beginsel sprake van BTW-plichtigheid. Compensatie via het BTW-compensatiefonds, vrijstellingen en uitzonderingen kunnen worden onderzocht.⁵

5. Conclusie

- 5.1. De drie besproken samenwerkingsvormen verschillen naar aard en zwaarte van elkaar, waarbij de BVO wordt gezien als de 'zwaarste' (publiekrechtelijke) samenwerkingsvorm en de samenwerkingsovereenkomst als de 'lichtste' (privaatrechtelijke) samenwerkingsvorm. De centrumregeling valt qua zwaarte tussen de BVO en samenwerkingsovereenkomst. Uiteraard is dit (mede) afhankelijk van de (daadwerkelijke) invulling van betreffende samenwerkingsvorm.
- 5.2. Verschillen tussen de drie samenwerkingsvormen bestaan met name op het gebied van rechtspersoonlijkheid, governance, taken en bevoegdheden, het aanbestedingsrecht en fiscaliteit. In dat kader geldt onder andere dat de BVO qua bestuursstructuur/governance complexer is en meer 'verplichtingen' met zich brengt dan een centrumregeling. De centrumregeling kent net als de BVO publiekrechtelijke waarborgen, hetgeen de samenwerkingsovereenkomst niet kent. De keuze voor een centrumregeling of samenwerkingsovereenkomst, heeft met name consequenties in relatie tot het aanbestedingsrecht, de 'robuustheid' en fiscaliteit.

*_*_*_*

⁵ Desgewenst dient een fiscale toets plaats te vinden. Voor de volledigheid wijzen wij op het memo van het directieoverleg, waaruit onder andere volgt dat ten aanzien van een dienstverleningsovereenkomst (hetgeen net als een samenwerkingsovereenkomst een privaatrechtelijke overeenkomst betreft) een beroep op de koepelvrijstelling niet mogelijk zou zijn en geen sprake zou zijn van een vrijgesteld 'samenwerkingsverband' voor de heffing van vennootschapsbelasting.