

Memo

Aan
Stuurgroep

Van
mr. Rob de Greef

PROOF Adviseurs bv
Postbus 90416
2509 LK Den Haag

info@proofadviseurs.nl
proofadviseurs.nl

rabo NL43RAB00303425660
btw NL8550.87.250.B01
kvk 63084619

Datum
24 juni 2015

Betreft
Vormgeving doelgroepenvervoer
Arnhem/Nijmegen

1. Aanleiding

Met inwerkingtreding van de Wet afschaffing plusregio's¹ per 1 januari 2015 moeten de bestaande plusregio's uiterlijk per 1 januari 2016 zijn opgeheven (art. XXII lid 1 Wet afschaffing plusregio's) of zijn omgezet tot een 'gewone gemeenschappelijke regeling' (art. XXII lid 2 Wet afschaffing plusregio's). De Stadsregio Arnhem Nijmegen is een dergelijke plusregio.² De gemeenten in de stadsregio hebben besloten de gemeenschappelijke regeling voor de Stadsregio uiterlijk per 1 juli 2015 op te heffen, waarbij de taken voor verkeer en vervoer reeds per 1 januari 2015 door het provinciebestuur van Gelderland zijn overgenomen, overeenkomstig de Wet afschaffing plusregio's. Daaronder valt (deels) ook het doelgroepenvervoer. Het Gelderse provinciebestuur is voornemens per 1 januari 2017 het aanvullend vervoer over aan de Gelderse regio's. Voorwaarde is dat de gemeenten in de regio samenwerken op basis van een samenwerkingsvorm met rechtspersoonlijkheid. Enerzijds om de Samenwerkingsovereenkomst Basismobiliteit met de provincie te kunnen afsluiten, anderzijds om opdracht te kunnen verlenen aan de winnaars van de aanbestedingen.

De gemeenten in de stadsregio zijn voornemens te blijven samenwerken op het gebied van het doelgroepenvervoer. Dit betreft het vervoer voor inwoners die wegens een beperking geen gebruik kunnen maken van regulier openbaar vervoer (zoals vervoer in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, de Jeugdwet, het leerlingenvervoer, kleinschalig OV, maatwerkvervoer in het kader van de Participatiewet, en het dorpsvervoer). De gemeenten in de stadsregio zijn voornemens alle vormen van doelgroepenvervoer te bundelen en af te stemmen op het niveau van de stadsregio. Daarvoor moet bestuurlijk worden samengewerkt. In de *Nota van Uitgangspunten regionale aanbesteding van het doelgroepenvervoer* zijn uitgangspunten opgenomen voor het doelgroepenvervoer in de stadsregio.

Er komen twee aanbestedingen, één voor een regiecentrale en één voor de uitvoering van het vervoer. Om dit te kunnen bewerkstelligen moet er een uitvoerings- en beheerorganisatie komen die verantwoordelijk is voor de advisering en ontwikkelingen rond beleid, voor contractbeheer en voor facturering. De beheerorganisatie wordt door de 19 gemeenten gezamenlijk uitgevoerd en blijft dus binnen het publieke domein.

¹ Wet van 17 december 2014, *Stb.* 2014, nr. 557.

² In dit memo wordt onder Stadsregio de (voormalige) plusregio bedoeld, terwijl met stadsregio (de gemeenten in) het gebied van de Stadsregio worden bedoeld.

Het is de bedoeling te komen tot een goede organisatievorm die ook voor de langere termijn een goede basis kan bieden voor de uitvoering van het doelgroepen- en aanvullend vervoer in de regio, die:

- blijkt geeft van optimale betrokkenheid van alle gemeentelijke bestuursorganen in de regio en daarmee aan het principe van de democratische legitimatie;
- over rechtspersoonlijkheid beschikt en daarmee aan de eisen van de Provincie Gelderland voldoet;
- effectief is en goed werkt in de praktijk;
- beleidsmatige uitgangspunten van de samenwerkende gemeenten op een goede manier kan vertalen naar de praktijk;
- de optimale (regionale) schaal heeft, zowel qua beheersbaarheid als qua schaalvoordelen.

De gemeenten blijven ook op andere domeinen samenwerken. Daartoe zal een gemeenschappelijk orgaan worden opgericht om tot (beleids)afstemming te komen. Omdat dit gemeenschappelijk orgaan geen rechtspersoonlijkheid bezit zal het grotendeels buiten beschouwing blijven in dit memo.

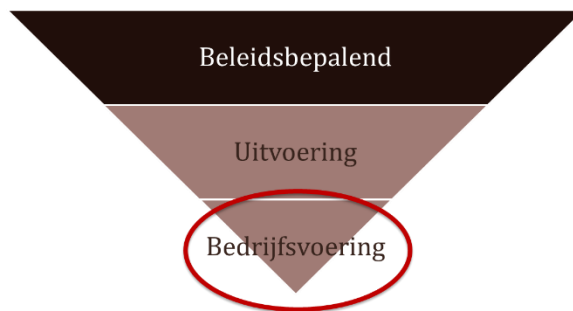
In dit memo worden verschillende samenwerkings- en rechtsvormen getoetst aan deze uitgangspunten, alsmede aan juridische aspecten. Daarmee zegt dit advies met name iets over de uitvoering van deze taak. Zowel de toetsing als de conclusies zijn niet een-op-een door te vertalen naar andere taken en samenwerkingsverbanden. De handreiking *Intergemeentelijke samenwerking toegepast* van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten is bij dit advies als basis gebruikt. Voor een nadere uitwerking van de verschillende rechtsgebieden wordt dan ook verwezen naar de toelichtingen in deze handreiking.

2. Taken, uitvoering en partners

2.1 Taken

De taken liggen reeds duidelijk in de hierboven beschreven uitgangspunten besloten. De concrete taak waarop wordt samengewerkt is dus voorbereiding van beleid rond doelgroepenvervoer, advisering aan gemeenten, het gezamenlijk aanbesteden van de regiecentrale en de contacten (namens de gemeenten) met de regiecentrale, de gezamenlijke inkoop van vervoer.

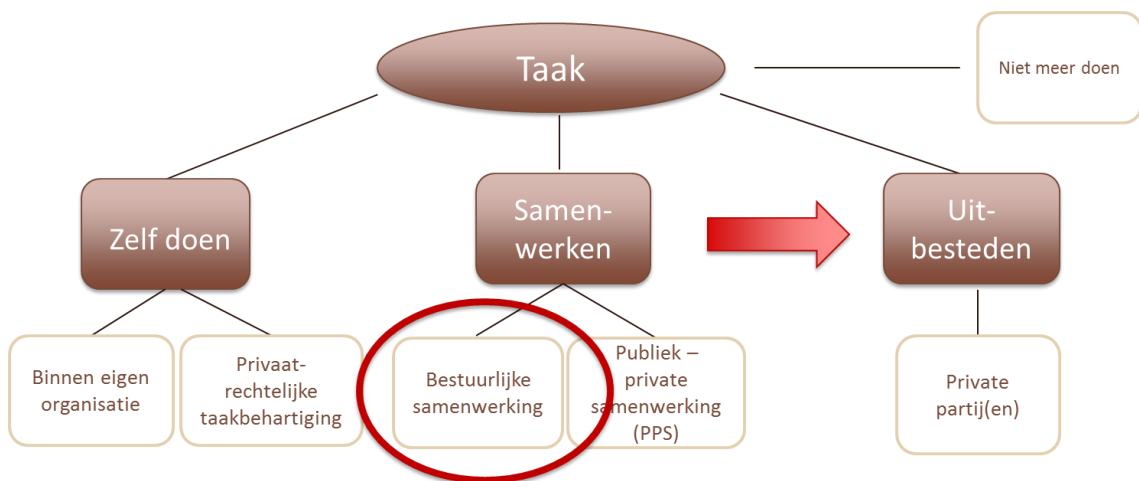
Het gaat in elk geval om ondersteunende taken ten behoeve van de aan de gemeenten toekomende publiekrechtelijke taken. Naar taken gemeten, gaat het zodoende om een lichte vorm van samenwerking, die grotendeels beleidsarm is:



Het is echter niet geheel zo dat er geen beleid komt kijken bij de samenwerking. Het beleid ten aanzien van het doelgroepenvervoer wordt regionaal voorbereid. Het samenwerkingsverband adviseert de gemeentebesturen in deze. Het zijn echter de gemeentebesturen die volledig verantwoordelijk blijven voor beleidskeuzes.

2.2 Wijze van uitvoering

Taken kunnen op verschillende wijzen worden uitgevoerd. Zo kan een gemeente natuurlijk een taak zelf uitvoeren of dit in een volledig door de betreffende gemeente gecontroleerde rechtspersoon of bestuurscommissie onderbrengen. Een taak kan door de gemeente ook worden uitbesteed aan de markt of de gemeente kan samenwerken met andere gemeenten, eventueel ook met private partijen. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



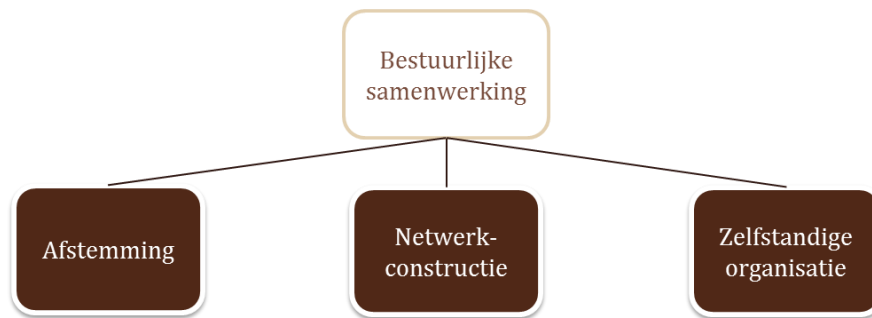
U heeft gekozen om te gaan samenwerken met negentien gemeenten op de hierboven beschreven taken.

2.3 Partners

U heeft reeds gekozen met negentien gemeenten te gaan samenwerken. Er haken vooralsnog geen andere overheidslichamen noch private partijen aan. Nu het om een vorm van uitvoeringssamenwerking gaat, ligt het voor de hand dat de colleges van burgemeester en wethouders primair aan zet zijn om het samenwerkingsverband vorm te geven.

3. Samenwerkingsvorm

Intergemeentelijke samenwerking kan op hoofdlijnen op drie manieren worden vormgegeven, te weten via (1) afstemming, via (2) een netwerkconstructie of via (3) een zelfstandige organisatie. Benadrukt moet worden dat het bij de keuze voor een samenwerkingsvorm *expliciet niet* gaat om de keuze voor de rechtsvorm (bijv. overeenkomst, centrumregeling, coöperatie of openbaar lichaam). Die keuze komt in de volgende stap aan de orde. Schematisch ziet de keuze in deze stap er als volgt uit:



De vragen die in deze stap beantwoord moeten worden, zien met name op de door de gemeenten in de stadsregio gekozen uitgangspunten en de algemene juridische consequenties die de samenwerkingsvormen hebben. Het betreft dan zowel de governance als ook aanbestedingsrecht.

3.1 Afstemming

Bij afstemmingssamenwerking is het wezenskenmerk dat iedere gemeente zijn eigen taken en bevoegdheden blijft uitoefenen. Er is een overlegorgaan waarin de gemeenten beleid en uitvoering op elkaar proberen af te stemmen, maar iedere gemeente beslist afzonderlijk. De samenwerking kan ‘geinstitutionaliseerd’ plaatsvinden, maar ook zonder onderliggende juridische afspraken. Indien de samenwerking geïstitutionaliseerd wordt, dan is vaak sprake van een regeling zonder meer (de lichtste vorm van een gemeenschappelijke regeling) of een gemeenschappelijk orgaan³, een convenant of een beleidsovereenkomst. Er komt dus geen gemeenschappelijke uitvoerings- en beheersorganisatie. Hieronder wordt de afstemmingssamenwerking getoetst aan de uitgangspunten voor de samenwerking.

Uitgangspunt	Mogelijk
Optimale inbreng gemeentelijke bestuursorganen	✓
Rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau	✗
Effectief en praktisch werkend	✗
Vertalen gemeentelijke beleidsmatige uitgangspunten naar praktijk	✗

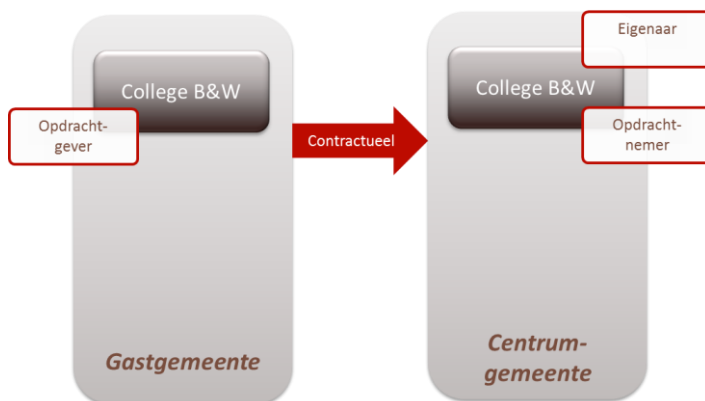
³ Al wordt er in dit geval wel echt een nieuw orgaan opgericht, waarmee het formeel onder de zelfstandige organisatie komt te vallen. Dat laat onverlet dat de taak uitsluitend afstemming kan zijn.

Gemeentelijke bestuursorganen kunnen optimale inbreng leveren, nu iedere gemeente afzonderlijk volledig bevoegd blijft. Omdat er echter niet één uitvoeringsorganisatie komt, is effectieve samenwerking lastig. Gemeenten moeten immers alle contracten zelf afsluiten en beheren. Daarmee kunnen de gemeentelijke uitgangspunten moeilijk worden vertaald naar de praktijk, omdat iedere gemeente afzonderlijk contacten moet onderhouden. Tot slot wordt ook niet aan de eisen van de provincie voldaan dat er één rechtspersoon op regionaal niveau is waarmee een samenwerkingsovereenkomst kan worden aangegaan. In het afstemmingsmodel zou de provincie met iedere afzonderlijke gemeente een samenwerkingsovereenkomst moeten afsluiten.

Omdat met afstemmingsamenwerking geen afzonderlijke uitvoeringsorganisatie in het leven wordt geroepen, en niet aan drie van de vier uitgangspunten wordt voldaan, wordt hieronder niet verder op de afstemmingssamenwerking ingegaan. Opgemerkt wordt nog wel dat aan afstemming nagenoeg geen juridische consequenties kleven en er spelen evenmin governance-aspecten voor de samenwerking, nu ieder gemeentebestuur volledig bevoegd blijft en al zijn taken zelf uitoefent.

3.2 Netwerksamenwerking

Een netwerksamenwerking onderscheidt zich van de afstemming door het feit dat er hier al taken en/of bevoegdheden overgaan naar andere lichamen.⁴ In de enkelvoudige variant gaat één gemeente (vaak centrumgemeente of gastheergemeente genoemd) de in de samenwerking betrokken taken uitvoeren voor alle andere betrokken gemeenten (vaak gastgemeenten genoemd). Daarnaast bestaat ook een meervoudige variant waarbij voor iedere taak aan een andere centrumgemeente wordt aangewezen. Voorbeelden van netwerksamenwerking zijn de privaatrechtelijke dienstverleningsovereenkomst en de publiekrechtelijke centrumregeling (een gemeenschappelijke regeling).⁵ Schematisch ziet een netwerksamenwerking er als volgt uit:



⁴ Het betreft hier altijd een vorm van vertegenwoordiging (mandaat, volmacht of machtiging), niet van overdracht (delegatie).

⁵ De regeling zonder meer is per definitie geen vorm van netwerksamenwerking. Op grond van artikel 8 lid 3 Wgr is bij netwerksamenwerking, onder de bovenstaande definitie, dan sprake van een centrumregeling. In de praktijk worden deze begrippen nogal eens door elkaar gehaald. Het heeft geen juridisch rechtsgevolg of een gemeenschappelijke regeling een regeling zonder meer of een centrumregeling is. De Wet gemeenschappelijke regelingen laat zich namelijk niet uit over centrumregelingen, anders dan artikel 8 lid 3 Wgr.

Hieronder wordt getoetst of uw uitgangspunten in een netwerksamenwerking kunnen worden ondergebracht.

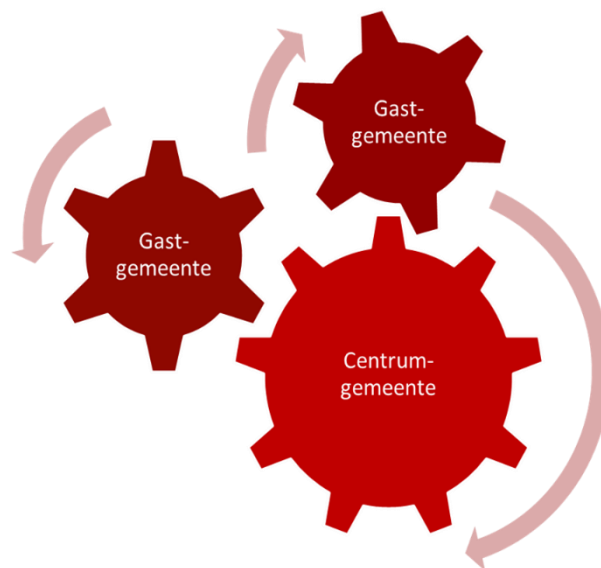
Uitgangspunt	Mogelijk
Optimale inbreng gemeentelijke bestuursorganen	1/2
Rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau	1/2
Effectief en praktisch werkend	✓
Vertalen gemeentelijke beleidsmatige uitgangspunten naar praktijk	✓

Er kan gekozen worden de uitvoerings- en beheersorganisatie onder te brengen bij één van de gemeenten. Dat kan bijvoorbeeld Arnhem of Nijmegen zijn. Deze gemeente voert dan de taken uit op het gebied van inkoop, contractbeheer, beleidsvoorbereiding e.d. Een dergelijke samenwerking kan zeer effectief zijn en praktisch goed werken. Van dergelijke centrumregelingen wordt bijvoorbeeld in de praktijk gebruik gemaakt in verschillende regio's voor de inkoop van specialistische jeugdzorg in het kader van de Jeugdwet.

Bij de optimale inbreng van gemeentelijke bestuursorganen staat een kruisje noch een vinkje. De inbreng is namelijk gegarandeerd omdat iedere gemeente zijn eigen belangen rechtstreeks kan inbrengen bij de centrumgemeente. In die zin is de gemeentelijke inbreng van (in elk geval) het college geborgd. De raad van een gastgemeente heeft geen eigen sturingsmiddelen ten aanzien van de centrumgemeente. Ook bij de rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau staat geen vinkje of kruisje. De centrumgemeente is namelijk rechtspersoon, en kan middels volmacht van de gastgemeenten een samenwerkingsovereenkomst afsluiten met de provincie. De vraag is alleen wat de provincie precies met rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau bedoeld. Eerder merkte de provincie ten aanzien van de gemeenschappelijke regeling Regio Foodvalley namelijk op dat deze gemeenschappelijke regeling voldeed omdat 'de provincie Gelderland voor de overdracht van taken en bevoegdheden alleen afspraken maakt met een regionaal orgaan met rechtspersoonlijkheid'. Bij de netwerksamenwerking is geen sprake van een regionaal orgaan met rechtspersoonlijkheid, waardoor dit dus mogelijk niet aan de provinciale eisen voldoet. Dat zou betekenen dat geen samenwerkingsovereenkomst tot stand komt en de provinciale taken dus niet aan de regio worden overgelaten. Of dit model uiteindelijk dus aan de eis van 'regionale rechtspersoonlijkheid' voldoet, zal met de provincie moeten worden afgestemd.

Governance-aspecten

In het kader van de governance ontbreekt een 'eigenaarsvergadering', een orgaan waarin alle belangen worden afgewogen (zoals de belangen van de verschillende gemeenten, maar ook het 'gezamenlijke' regionale belang). Dat betekent dat iedere gastgemeente rechtstreeks gaat sturen op de centrumgemeente. Deze sturing is primair contractueel, aangezien er geen bestuursorgaan is met eigen bevoegdheden. Om die reden is in dit kader bijvoorbeeld ook geen sprake van een verbonden partij (art. 1 BBV).



Het ontbreken van een eigenaarsvergadering kan natuurlijk deels worden opgelost door een overlegtafel of bestuurlijk overleg te introduceren. Daar kan beraadslaagd worden over de verschillende belangen. Daarvoor kan het reeds opgerichte gemeenschappelijk orgaan worden gebruikt. Wat echter niet kan, is dat het bestuurlijk overleg daadwerkelijk beslissingen neemt. De participerende gemeenten zijn, juridisch gezien, *niet* gebonden aan de afspraken in het bestuurlijk overleg.

Juridische aandachtspunten

De financiering van een netwerksamenwerking loopt in beginsel vooral contractueel. Er is geen afgescheiden 'regionaal vermogen'. De gastgemeenten betalen de centrumgemeente een vergoeding voor dienstverlening, maar in principe blijft iedere gemeente volledig verantwoordelijk voor financiële risico's in de eigen gemeente. Daarbij kan eventueel wel contractueel worden afgesproken dat over en weer vergoedingen worden betaald. Weigert een gemeente dat, dan zal dit bij de burgerlijke rechter moeten worden afgedwongen (vordering voor nakoming overeenkomst of schadevergoeding).

Bij de netwerksamenwerking speelt ook het aanbestedingsrecht een rol. In principe is de taakuitvoering door de centrumgemeente(n) een vorm van dienstverlening aan de gastgemeenten. Er is immers sprake van een zogenoemde *opdracht onder bezwarende titel* omdat de centrumgemeente diensten gaat verlenen, terwijl de gastgemeente daar een prestatie (al dan niet financieel) tegenover zal stellen. Nu sprake is van een opdracht onder bezwarende titel, waarbij een aanbestedende dienst (een gemeente is altijd een aanbestedende dienst) de opdracht verleend, moet in beginsel aanbesteed worden. Voor inkoop geldt echter een bijzondere uitzondering, de zogenoemde *aankoopcentrale* (art. 2 lid 1 onder 16 Aanbestedingsrichtlijn 2014). Dat betekent simpel gezegd dat de ene aanbestedende dienst (de centrumgemeente) namens andere aanbestedende diensten inkoop (art. 37 Aanbestedingsrichtlijn 2014). Maar deze uitzondering geldt dus uitsluitend voor de inkoop, niet voor beleidsvoorbereiding, het contractbeheer of de financiële administratie. Daarvoor geldt in beginsel gewoon een aanbestedingsplicht. Bij samenwerking tussen overheden gelden echter een tweetal uitzonderingen, te weten de inbesteding en de 'dwarsbesteding' (zie art. 12

Aanbestedingsrichtlijn 2014).⁶ De inbesteding houdt in dat een aanbestedende dienst zonder aan te besteden diensten kan inkopen bij (oftewel de taak kan uitbesteden aan) een (mede) door hem gecontroleerde rechtspersoon (art. 12 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn 2014). Daarvan is in het geval van netwerksamenwerking geen sprake, nu de gastgemeenten geen invloed hebben op het bestuur van de centrumgemeente (de rechtspersoon die de taken uitvoert).⁷ Blijft over de uitzondering van het 'dwarsbesteden' (art. 12 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn 2014).⁸ Deze uitzondering kan uitsluitend worden toegepast voor openbare diensten die moeten worden uitgevoerd. Het moet anders gezegd gaan om diensten van algemeen belang of wettelijke taken. De wettelijke taak in dit kader is echter het bieden van vervoer, niet het inkopen van vervoer. Dat laatste is een wijze om de taak uit te voeren. Dat betekent dat financiële administratie en contractbeheer als taken niet onder deze uitzondering vallen en zodoende niet aanbestedingsvrij bij een centrumgemeente kunnen worden gelegd. Dat betekent een juridisch risico op rechtszaken (en de bijbehorende schadevergoeding en verplichting alsnog aan te besteden) of een ministeriële aanwijzing in het kader van de Wet naleving Europees recht publieke entiteiten.

Conclusie

Concluderend moet gesteld worden dat de netwerksamenwerking niet aan alle uitgangspunten voldoet. Daarnaast moet geconstateerd worden dat de inkoop juridisch gezien wel veilig bij een centrumgemeente kan worden ondergebracht, maar dit geldt niet voor de aanvullende taken als beleidsvoorbereiding, contractbeheer en financiële administratie.

3.3 Zelfstandige organisatie

De zelfstandige organisatie is, qua vorm, de zwaarste vorm van samenwerking. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat de samenwerking ook zwaar moet worden opgetuigd. Zo kunnen bij privaatrechtelijke rechtspersonen of de nieuwe bedrijfsvoeringsorganisatie in de Wet gemeenschappelijke regelingen geen zware bevoegdheden worden overgedragen (zoals bijvoorbeeld verordenende bevoegdheid), waardoor beleidsbepaling (anders dan gedetailleerd uitvoeringsbeleid) altijd formeel een bevoegdheid van de gemeentebesturen blijft. Natuurlijk kan het beleid wel geharmoniseerd worden via afstemming (zie hierboven). Bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen kunnen wel zware bevoegdheden worden overgedragen, maar dat is geen verplichting. In die zin kan een gemeenschappelijk openbaar lichaam qua taken ook zeer licht worden vormgegeven. Bij de oprichting van een zelfstandige organisatie waarin de gemeente zowel een bestuurlijk als een financieel belang heeft, is sprake van een verbonden partij (art. 1 BBV). Hieronder wordt de zelfstandige organisatie getoetst aan uw uitgangspunten.

⁶ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, *PbEU* 2014, L 94/65.

⁷ Contractuele sturing is voor inbesteding niet voldoende, er moet invloed in het bestuur van de rechtspersoon zijn. Zie HvJ EU 13 november 2013, nr. C-386/11, *Gst.* 2013/97, m.nt. De Greef en Theissen (*Piepenbrock*).

⁸ In de praktijk heet deze uitzondering ook wel de *Hamburg*-uitzondering of horizontale publiek-publieke samenwerking.

Uitgangspunt	Mogelijk
Optimale inbreng gemeentelijke bestuursorganen	✓
Rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau	✓
Effectief en praktisch werkend	✓
Vertalen gemeentelijke beleidsmatige uitgangspunten naar praktijk	✓

Opgemerkt moet worden dat al uw uitgangspunten met een zelfstandige organisatie gerealiseerd kunnen worden. Indien sprake is van een publiekrechtelijke variant, dan kan de zelfstandige organisatie eventueel ook gezamenlijk inkoopbeleid (als vorm van uitvoeringsbeleid) bepalen en een gezamenlijke strategie uitwerken. Maar dat kan de zelfstandige organisatie alleen indien het daartoe bevoegd is gemaakt. Een privaatrechtelijke rechtspersoon kan in principe geen intergemeentelijk inkoopbeleid voeren, althans niet dat het de gemeenten (anders dan contractueel) bindt.

Het vormen van een zelfstandige organisatie heeft ook een ander bijkomend voordeel hebben, namelijk dat er sprake is van een rechtspersoon. Rechtspersoonlijkheid betekent dat er een afgescheiden vermogen komt binnen de rechtspersoon, dat is dus afgescheiden van de vermogens van de participerende gemeenten. Op die manier kan een 'regionale pot' worden gemaakt waaruit eventuele kosten vergoed kunnen worden en zodoende dus ook vereffend kunnen worden indien gewenst. Ook provinciale middelen kunnen zo aan een regionale pot worden toegekend. Een (publiekrechtelijke) zelfstandige organisatie voldoet in elk geval aan de door de provincie Gelderland gestelde eis van een regionaal orgaan met rechtspersoonlijkheid zo blijkt uit de hierboven geciteerde opmerkingen ten aanzien van de Regio Food Valley.

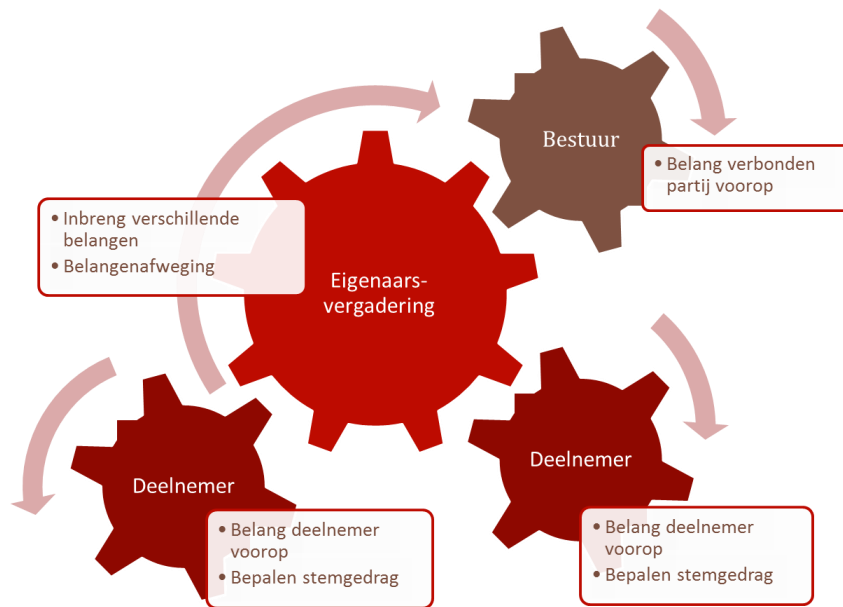
Governance-aspecten

De zelfstandige organisatie is in beginsel ook altijd een verbonden partij. Een verbonden partij heeft, ten opzichte van een netwerksamenwerking, als groot voordeel dat er verplicht een gremium is waar alle belangen (gemeentelijke belangen, organisatiebelang samenwerkingsverband en het collectieve belang) samen komen en deze worden afgewogen. Dit is de zogenoemde "eigenaarsvergadering". Bij de coöperatie of vereniging functioneert de algemene (leden)vergadering als eigenaarsvergadering, bij de naamloze of besloten vennootschap is dit de algemene vergadering (van aandeelhouders). Bij het gemeenschappelijk openbaar lichaam functioneert het algemeen bestuur als eigenaarsvergadering, bij de bedrijfsvoeringsorganisatie het bestuur. Een stichting heeft formeel geen eigenaarsvergadering, nu een stichting formeel geen eigenaren kent. In de eigenaarsvergadering kunnen alle deelnemende gemeenten via hun vertegenwoordiger het 'eigen gemeentelijk belang' inbrengen.⁹ Het bestuur van de rechtspersoon (bestuur, raad van bestuur of dagelijks bestuur) brengt het belang van de rechtspersoon in in de "eigenaarsvergadering".¹⁰ De "eigenaarsvergadering"

⁹ Vgl. HR 30 juni 1944, NJ 1994/465 (*Wennex*), HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Melchers*) en HR 19 februari 1960, NJ 1960/473, m.nt. HB (*Aurora*) voor privaatrechtelijke rechtspersonen en *Kamerstukken I* 2004/05, 27 008 en 29 532, nr. E, p. 9-10 voor het gemeenschappelijk openbaar lichaam.

¹⁰ Ook een eventuele raad van commissarissen of raad van toezicht moet zich naar het belang van de rechtspersoon schikken en dat inbrengen.

beraadslaagt en besluit vervolgens waarbij alle belangen worden afgewogen.¹¹ Dat besluit is dan vervolgens bindend binnen de rechtspersoon, en bij publiekrechtelijke varianten in beginsel ook voor de deelnemers. Schematisch ziet deze belangenweging er als volgt uit:



De “eigenaarsvergadering” is in dit model dus de spil van de samenwerking, het bindmiddel waar alles samenkomt en beslissingen worden genomen. Alle gemeenten zijn hier vertegenwoordigd.

Juridische aandachtspunten

Ook in dit geval geldt, net als bij netwerksamenwerking, dat in beginsel sprake is van een aanbestedingsplicht voor de gemeenten. In dit geval kan, naast de hierboven beschreven uitzondering van de aankoopcentrale, gebruik worden gemaakt van de zogenoemde *inbesteding*. Van belang is dan wel dat het gemeentebestuur doorslaggevende invloed heeft op de strategische beslissingen van het samenwerkingsverband. Die invloed mag door de gemeentebesturen gezamenlijk worden uitgeoefend (art. 12 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn 2014).¹² Dat betekent dat de gemeenten vertegenwoordigd moeten zijn in de organen van het samenwerkingsverband. Bij zowel de publiekrechtelijke varianten (algemeen bestuur van een gemeenschappelijk openbaar lichaam, bestuur van een bedrijfsvoeringsorganisatie) als bij de privaatrechtelijke rechtspersonen (algemene vergadering van aandeelhouders, algemene ledenvergadering) is dat in beginsel gegeven. Slechts bij de stichting is geen sprake van een zogenoemde ‘eigenaarsvergadering’. Bij de privaatrechtelijke rechtspersonen moet wel goed worden bekeken dat de algemene vergadering voldoende bevoegdheden heeft binnen de rechtspersoon om ervoor te zorgen dat er ook doorslaggevende invloed voor de gemeenten is.

¹¹ Vgl. HR 15 juli 1968, NJ 1969/101 (*Wijsmuller*), maar ook art. 3:2 en art. 3:4 Awb.

¹² HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*).

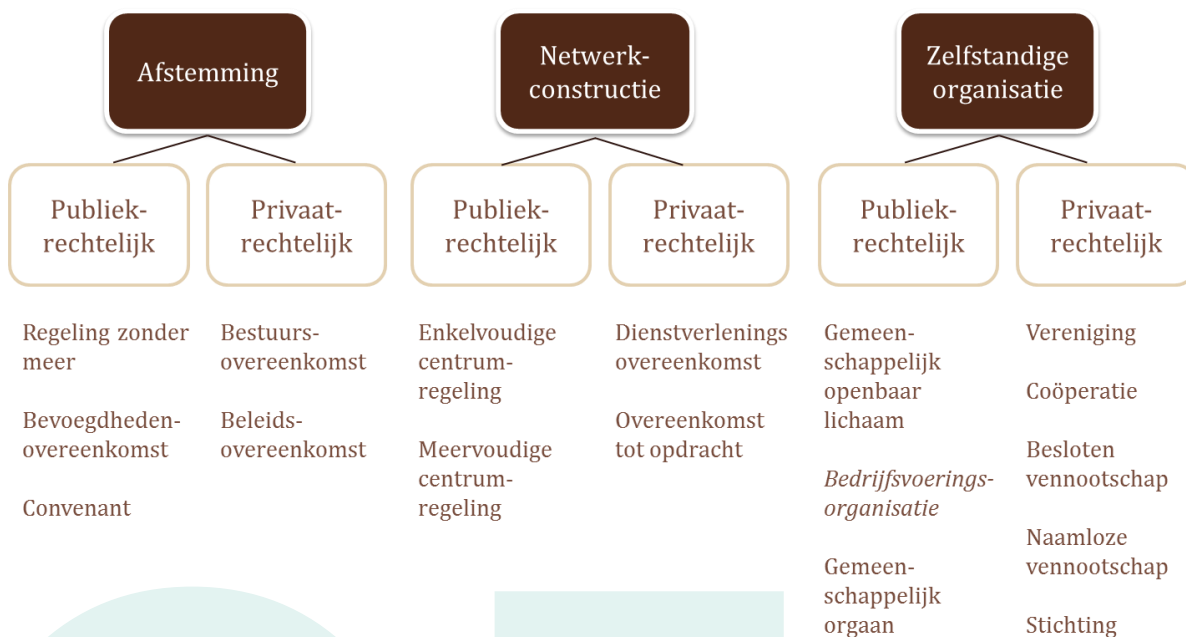
Het bestuur mag niet te zelfstandig worden. Voor de *inbesteding* is verder van belang dat het samenwerkingsverband ten minste 80% van zijn werkzaamheden verricht voor de deelnemende gemeentebesturen. Indien het samenwerkingsverband meer dan 20% voor derden (andere gemeenten, overheden of particulieren) werkt, betekent dit dat ook de deelnemende gemeentebesturen moeten aanbesteden.

Conclusie

Concluderend kan gesteld worden dat met een zelfstandige organisatie aan al uw uitgangspunten kan worden voldaan. Daarnaast is in beginsel sprake van gelijkwaardigheid van de deelnemende gemeenten, omdat zij allen zeggenschap hebben in de 'eigenaarsvergadering'. Indien gewenst kan natuurlijk gedifferentieerd worden in de mate van zeggenschap per gemeente, zolang iedere gemeente maar beïnvloedingsmogelijkheden behoudt. Ook aanbestedingsrechtelijk is de zelfstandige organisatie de meest veilige vorm, omdat geen sprake hoeft te zijn van gemeenschappelijke uitvoering van diensten van algemeen belang ("wettelijke taken").

4. Rechtsvorm

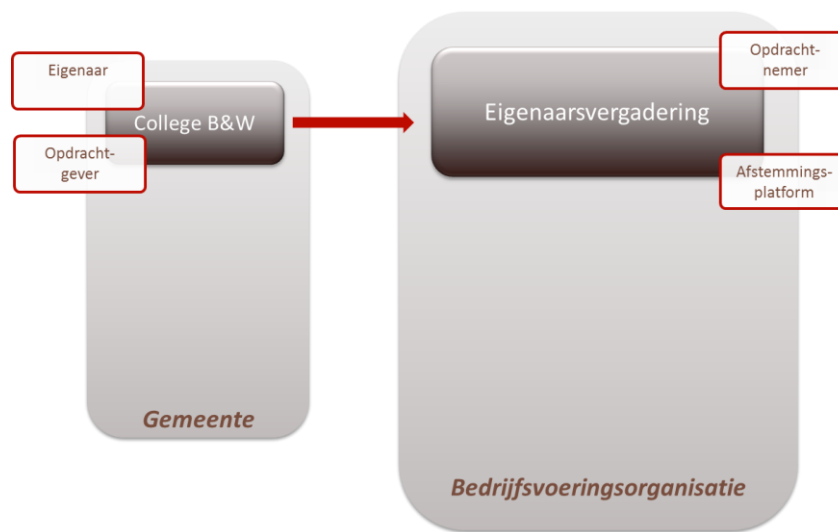
Zoals hierboven beschreven lijkt een zelfstandige organisatie de meest aangewezen samenwerkingsvorm voor de door u gekozen uitgangspunten. Daarmee is echter nog geen keuze gemaakt voor de rechtsvorm. Binnen de samenwerkingsvorm kan steeds een keuze worden gemaakt tussen publiekrechtelijke rechtsvormen en privaatrechtelijke rechtsvormen. Hieronder zijn deze vormen schematisch weergegeven. Er wordt echter alleen nog ingegaan op de rechtsvormen onder de samenwerkingsvorm zelfstandige organisatie.



De keuze tussen publiek- en privaatrecht bij een zelfstandige organisatie wordt beheerst door artikel 160 lid 2 Gemeentewet. In dat artikel staat de zogenoemde *voorkeur voor publiekrecht*. Dat betekent dat volgens de wetgever de publiekrechtelijke weg de voorkeur verdient, *tenzij* het privaatrecht in het bijzonder is aangewezen. De reden hiervoor is dat bij publiekrechtelijke vormen er wettelijke garanties zijn (hoe beperkt deze ook mogen lijken) voor politieke verantwoording, openbaarheid, klachtrecht en andere bestuursrechtelijke beschermingsmechanismen.¹³ In het privaatrecht bestaan deze in beginsel niet. De beïnvloedingsmogelijkheden van college en raad bij een gemeenschappelijke regeling lijken misschien beperkt, ze zijn er in elk geval. Bij een privaatrechtelijke rechtspersoon staan college en vooral de raad vaak op nog grotere afstand, zeker wanneer er een onafhankelijk bestuur en een onafhankelijke raad van commissarissen of raad van toezicht zijn. Op grond van de Gemeentewet, hetgeen ter toetsing is van de raad (en thans nog gedeputeerde staten), is dus sprake van *comply or explain*: kies publiekrecht of leg uit waarom privaatrecht in het bijzonder is aangewezen. Het ligt dus voor de hand om voor een publiekrechtelijke vorm te gaan, nu het expliciet de bedoeling is de uitvoerings- en beheersorganisatie in het publieke domein te houden. In dat geval kan gekozen worden voor een gemeenschappelijk openbaar lichaam of een bedrijfsvoeringsorganisatie.

Het gemeenschappelijk openbaar lichaam wordt in de praktijk als zeer zwaar ervaren, nu het een geled bestuur kent (algemeen bestuur, dagelijks bestuur en voorzitter, alsmede eventuele adviescommissies of bestuurscommissies). Hetzelfde geldt eigenlijk voor een vereniging, coöperatie, naamloze of besloten vennootschap. Ook deze vormen kennen alle een geled bestuur (algemene vergadering en bestuur; evt. raad van commissarissen of raad van toezicht). Slechts de stichting en de bedrijfsvoeringsorganisatie kennen *geen* geled bestuur: zij hebben maar één orgaan. Bij de stichting is het daarbij lastig dat deze formeel geen deelnemers kent, zodat er geen echte eigenaarsvergadering is. Deze kan natuurlijk wel vrijwillig worden vormgegeven, maar dan moet wel worden bekeken dat niet in strijd wordt gehandeld met het ledenverbod (er mag geen materiële ledenvergadering in het leven worden geroepen). De bestuurders van een stichting moeten zich (net als de bestuurders bij verenigingen, coöperaties en vennootschappen) altijd richten naar het belang van de stichting. Een wetsvoorstel om dit expliciet te codificeren wordt thans door het Ministerie van Veiligheid en Justitie voorbereid, na toezeggingen aan de Tweede Kamer). De bedrijfsvoeringsorganisatie, een vorm die dit jaar in de Wet gemeenschappelijke regelingen is geïntroduceerd voor lichte uitvoeringssamenwerking, lijkt dan ook de meest aangewezen vorm nu u een zo licht mogelijk samenwerkingsverband wenst. De bedrijfsvoeringsorganisatie ziet er als volgt uit:

¹³ Vgl. *Kamerstukken II 1928/29*, 253, nr. 3, p. 12. Dit is nog steeds staand beleid.



Bij de bedrijfsvoeringsorganisatie heeft naast het bestuur (de “eigenaarsvergadering”) echter geen apart orgaan dat de belangen van de bedrijfsvoeringsorganisatie voorstaat. Deze belangen (personele belangen, organisatiebelangen) kunnen bewaakt worden door de directeur van het samenwerkingsverband en door hem worden ingebracht in de eigenaarsvergadering. Op die manier wordt gerepareerd dat de eigenaarsvergadering zowel de afweging moet maken als het opdrachtnemersbelang moet borgen.

Voordeel van een bedrijfsvoeringsorganisatie is verder dat het wettelijk verboden is hier beleidsrijke taken in te brengen. Het is dus niet mogelijk dat de bedrijfsvoeringsorganisatie op termijn uitgroeit tot een groot, zwaar beleidsrijk regionaal samenwerkingsverband. Dat kan alleen indien op termijn gekozen wordt voor omzetting in een gemeenschappelijk openbaar lichaam en extra bevoegdheidsoverdracht door de gemeentebesturen. Maar daartoe kunnen dus alleen de gemeentebesturen beslissen.

5. Vormgeving zelfstandige organisatie

De vormgeving van een zelfstandige organisatie hoeft echter niet automatisch te leiden tot een nieuw samenwerkingsverband. De uitvoeringsorganisatie kan mogelijk worden ondergebracht bij een reeds bestaand samenwerkingsverband.

MGR Nijmegen

Zo is er in het zuiden van de stadsregio de Modulaire Gemeenschappelijke Regeling Rijk van Nijmegen. Mogelijk dat ook in het noorden van de stadsregio een dergelijk lichaam wordt opgericht. De MGR Nijmegen is een openbaar lichaam, en bezit zodoende rechtspersoonlijkheid. Er zou onder deze MGR een afdeling kunnen worden ingericht, specifiek voor het doelgroepenvervoer. Deze valt onder directe verantwoordelijkheid van het dagelijks bestuur van de MGR. Eventueel kan een bestuurscommissie worden ingesteld waarin ook de gemeenten die niet deelnemen aan de MGR zitting kunnen nemen, zodat er gemeenschappelijke aansturing van de afdeling komt. Nadeel van dit model is wel dat de MGR Nijmegen ook taken gaat verlenen aan derden, aan niet-deelnemers. De deelnemers aan de MGR Nijmegen kunnen aanbestedingsvrij diensten afnemen van de MGR, maar de niet-deelnemers kunnen dit niet

zomaar. Of de bestuurscommissie voldoende is om te spreken van ‘doorslaggevende invloed’ is niet op voorhand te zeggen. Een van de belangrijkste besluiten, het vaststellen van de begroting¹⁴, kan immers niet aan de bestuurscommissie worden overgelaten. Als de dienstverlening voor (alle) niet-deelnemers te groot wordt (meer dan 20% van de omzet van de MGR), dan mogen ook deelnemers niet meer aanbestedingsvrij afnemen van de MGR. Dit kan een probleem binnen het geheel van de MGR brengen.

MGR Arnhem

Er is ook een Modulaire Gemeenschappelijke regeling in oprichting in de regio Arnhem. Hetgeen hierboven beschreven is voor uitvoering door de MGR Nijmegen geldt in beginsel ook voor uitvoering door (uitsluitend) de MGR Arnhem.

Uitvoering door beide subregio’s

Het is natuurlijk ook mogelijk dat de gemeenten in het Rijk van Nijmegen hun taken bundelen in de MGR Nijmegen, terwijl de “Arnhemse gemeenten” hun taken bundelen in de MGR Arnhem. Daarmee kan in beginsel aan alle uitgangspunten worden voldaan.

Uitgangspunt	Mogelijk
Optimale inbreng gemeentelijke bestuursorganen	✓
Rechtspersoonlijkheid op regionaal niveau	✓
Effectief en praktisch werkend	✓
Vertalen gemeentelijke beleidsmatige uitgangspunten naar praktijk	✓

Enige nadeel van deze constructie is dat er voor de provincie twee regionale organen komen als aanspreekpunt, ieder voor de eigen subregio. Daarnaast komt er ook niet een uitvoeringsorganisatie op het niveau van de stadsregio, maar komen er twee uitvoeringsorganisaties. Dat betekent dat er op zijn minst afstemming zou moeten plaatsvinden tussen de beide subregio’s, en de vraag rijst wel vehikel daar dan voor gebruikt wordt. De ene regio kan immers niet zomaar de andere regio binden, en op het moment dat de ene regio werkzaamheden voor de andere regio gaat verrichten dan ontstaat daarmee hetzelfde probleem als hierboven onder de MGR Nijmegen beschreven (geen sturing van gemeenten buiten de betreffende subregio; aanbestedingsrisico).

Vanwege de wens om tot één uitvoeringsorganisatie op stadsregionaal niveau te komen, wordt het model met twee subregio’s dan ook ontraden.

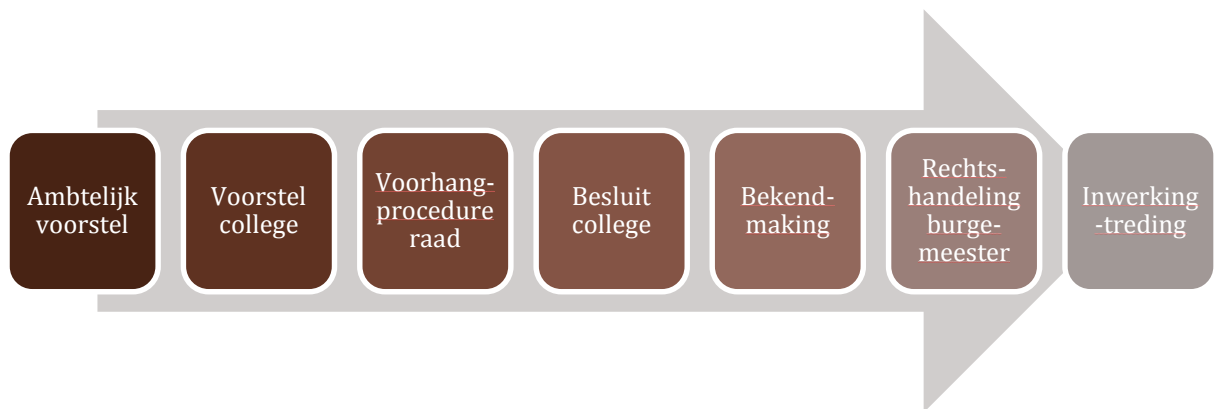
¹⁴ Welke begroting de niet-deelnemers vanzelfsprekend ook niet bindt. Financiële binding ontstaat door opdrachtverlening via een dienstverleningsovereenkomst of samenwerkingsovereenkomst.

6. Aandachtspunten democratische legitimatie

Een van de uitgangspunten van de samenwerking is ook dat alle gemeentelijke bestuursorganen betrokken blijven. In paragraaf 2.3 is reeds ingegaan op het feit dat de samenwerking vooral op bevoegdheden van de colleges van burgemeester en wethouders ziet, en dat zij dus primair aan zet zijn. Dat wil echter niet zeggen dat de raden geen rol hebben in relatie tot de democratische legitimatie. De raden zijn sinds de invoering van de Wet dualisering gemeentebestuur niet meer primair verantwoordelijk voor de uitvoering, maar zij zijn wel eindverantwoordelijk als hoofd van de gemeente. De rol van de raad begint al bij de oprichting van de samenwerking. Maar ook als het samenwerkingsverband functioneel is, hebben de raden een belangrijke rol.

6.1 Oprichtingsfase

De colleges van burgemeester en wethouders zijn in elk geval verantwoording schuldig aan de raad over de keuze die voor samenwerking wordt gemaakt. De raad heeft daarbij ook beïnvloedingsmogelijkheden vooraf. Indien een privaatrechtelijke overeenkomst¹⁵, zoals een dienstverleningsovereenkomst (een vorm van netwerksamenwerking), wordt aangegaan, dan moet de raad in de gelegenheid worden gesteld om zienswijzen in te dienen, indien de dienstverleningsovereenkomst ingrijpende gevolgen heeft voor de samenwerking (art. 169 lid 4 Gemeentewet).¹⁶ Nu het hier om inkoop van taken op grond van meerdere wetten, zal snel sprake zijn van ingrijpende gevolgen.



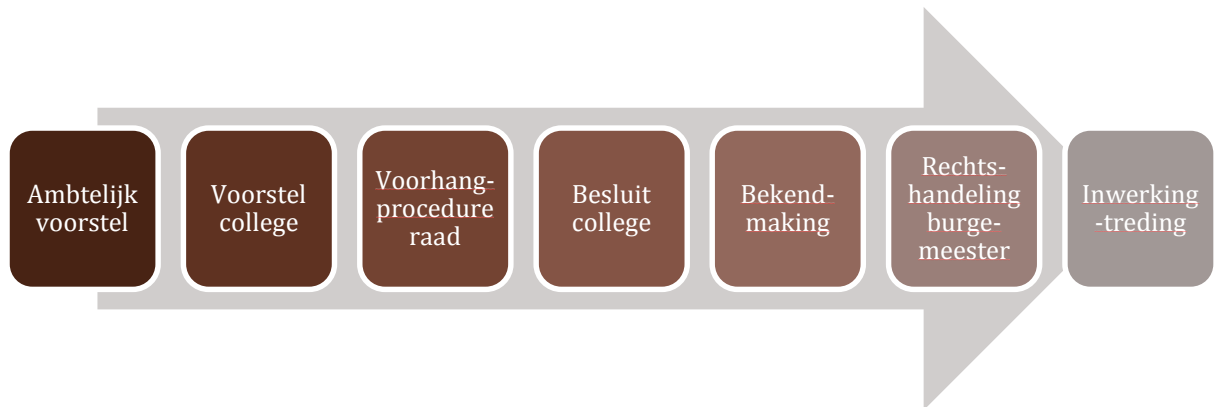
De raad heeft ook recht om zienswijzen in te dienen wanneer gekozen wordt voor het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon (zelfstandige organisatie; art. 160 lid 2 Gemeentewet). In beide gevallen kan het college van burgemeester en wethouders de zienswijzen van de raad, juridisch gezien althans, naast zich neerleggen. Het college beslist.¹⁷ Dat het college politiek gezien in zwaar weer kan komen wanneer het de zienswijzen van de

¹⁵ Zie nader het onderdeel rechtsvorm voor het verschil tussen publiek- en privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden.

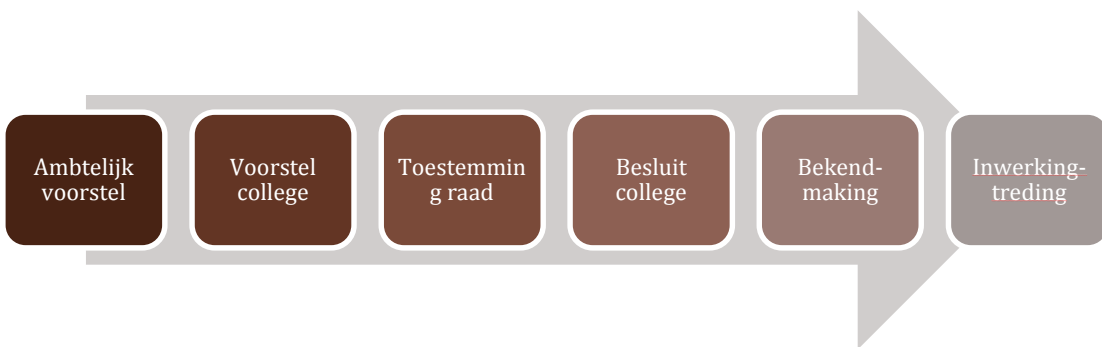
¹⁶ Dit is overigens een interne regeling. Het ontbreken van een zienswijze van de raad tast een eventuele overeenkomst juridisch niet aan. Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, LJV BU6254 en Kamerstukken I 2001/02, 27 751, nr. 10b, p. 49.

¹⁷ Kamerstukken I 2000/01, 27 751, nr. 10d, p. 12.

meerderheid van de raad zomaar naast zich neerlegt, is natuurlijk eveneens een feit. Dit zal het college er normaliter voor behoeden zinswijzen al te makkelijk aan de kant te schuiven.



Indien gekozen wordt voor een publiekrechtelijke vorm van samenwerking, dan wordt een zogenoemde gemeenschappelijke regeling getroffen (art. 1 lid 1 Wgr). De colleges kunnen een gemeenschappelijke regeling treffen, maar moeten dan wel toestemming van de raad hebben (art. 1 lid 2 Wgr). Dat betekent dat de gemeenschappelijke regeling *niet* getroffen kan worden zonder voorafgaande toestemming van de raad.¹⁸ De raad heeft, juridisch gezien, dus een sterkere positie bij de totstandkoming van een gemeenschappelijke regeling, getroffen door colleges. De raad kan toestemming echter alleen onthouden wegens strijd met het recht of strijd met het algemeen belang. Daarnaast geldt natuurlijk ook bij de gemeenschappelijke regeling dat de raad via de politieke lijnen kan sturen.



De procedures voor totstandkoming van een privaatrechtelijke samenwerkingsvorm of een publiekrechtelijke samenwerkingsvorm lopen dus niet erg ver uiteen. De doorlooptijd zal ongeveer even lang zijn, gelet op de betrokkenheid van de gemeenteraad. Overigens moet worden opgemerkt dat voornamelijk voor de oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon ook nog goedkeuring van gedeputeerde staten noodzakelijk is

¹⁸ De toestemming moet gegeven worden, alvorens het college beslist tot het treffen van de gemeenschappelijke regeling (art. 10:32 lid 1 Awb). Indien het college eerder heeft besloten tot het treffen onder opschortende voorwaarde van toestemming van de raad, dan is niet langer sprake van toestemming, maar van goedkeuring (vgl. art. 10:25 Awb). Omdat voor goedkeuring de wettelijke grondslag ontbreekt, kan dus niet met een goedkeuring worden gewerkt.

(art. 160 lid 3 Gemeentewet).¹⁹ Dat kan nog tot vertraging leiden, omdat gedeputeerde staten 13 weken hebben om te besluiten, welke termijn eenmaal met 13 weken verlengd kan worden. Bij gemeenschappelijke regelingen geldt sinds 2006 geen goedkeuringseis meer.

6.2 Werkingsfase

Indien gekozen wordt voor een bedrijfsvoeringsorganisatie, dan bestaat het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie uit wethouders of burgemeesters (art. 14a Wgr). Raadsleden kunnen geen zitting nemen in het bestuur.²⁰ Dat betekent echter niet dat raadsleden geen democratische instrumenten hebben. In het kader van democratische controle hebben de raden de volgende instrumenten:²¹

- Informatierecht t.a.v. college (art. 169 lid 2 Gemeentewet)
- Informatierecht t.a.v. bestuur bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 17 Wgr)
- Informatierecht t.a.v. eigen lid bestuur bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 19 lid 1 jo. art. 16 lid 2 Wgr)
- Verantwoordingsrecht college (art. 169 lid 1 Gemeentewet)
- Verantwoordingsrecht t.a.v. eigen lid bestuur bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 19 lid 1 jo. art. 16 lid 1 Wgr)
- Verzoek onderzoek rekenkamer(commis­sie) naar bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 182 jo. art. 184 Gemeentewet)
- Onderzoekscommissie t.a.v. handelen eigen collegeleden (art. 155a Gemeentewet)
- Kadernota en voorlopig jaarverslag bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 34a Wgr)
- Jaarverslag bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 34 Wgr)
- Paragraaf verbonden partijen begroting en jaarrekening gemeente (BBV)

Democratische controle zegt nog niet alles over de democratische sturingsinstrumenten van de raad. De raad zal immers ook (vooraf) willen bijsturen. Daarbij zijn de wettelijke mogelijkheden echter beperkter:

- Zienswijze begroting bedrijfsvoeringsorganisatie (art. 35 Wgr)
- Gemeentelijke verordenende bevoegdheid (art. 147 en 149 Gemeentewet); kaderstelling

Aanvullende mogelijkheden kunnen worden gecreëerd, maar dat is geen verplichting.²² Zo kan een zienswijzeprocedure voor verschillende besluiten in het leven worden geroepen. Het is ook mogelijk dat vergaderstukken voor het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie vroegtijdig aan de raden worden gezonden. Deze ruime periode moet de raden in de gelegenheid stellen met hun lid van het bestuur en/of de portefeuillehouder van gedachten te wisselen over de besluiten die het bestuur gaat nemen en de door de raad gewenste input van het lid van het

¹⁹ Er is een wetsvoorstel aanhangig bij de Eerste Kamer dat deze goedkeuring door gedeputeerde staten zal schrappen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 691, nr. A).

²⁰ Bij een openbaar lichaam zou het algemeen bestuur op dezelfde wijze worden samengesteld, indien sprake is van een collegeregeling (art. 13 lid 6 Wgr). Het dagelijks bestuur zou daarmee ook uit collegeleden bestaan (art. 14 lid 1 Wgr).

²¹ Vergelijkbare rechten bestaan bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam, maar niet altijd bij privaatrechtelijke verbonden partijen.

²² Ook dit kan bij een gemeenschappelijk openbaar lichaam op vergelijkbare wijze worden geregeld.

bestuur daarbij. Het lid van het bestuur kan op die manier dus ruggespraak houden bij zijn eigen raad. Of het lid van het bestuur ook met last stemt, is aan de raad om te bepalen. De raad kan het aan het lid van het bestuur overlaten een beslissing te nemen naar eigen goed denken en daarover naderhand verantwoording af te leggen aan de raad, maar er kan ook meegegeven worden hoe gestemd moet worden.

Indien de raden ook gezamenlijk aan beleidsvoorbereiding willen doen, kan gekozen worden voor het periodiek bijeenroepen van een raadsledenplatform. De raadsleden kunnen deze discussie als input gebruiken voor hun standpunten die ze aan de portefeuillehouder meegeven, terwijl het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie de discussie kan gebruiken om te bezien of voorstellen nog gewijzigd moeten worden. Op die manier wordt de betrokkenheid van raadsleden en daarmee de invloed van raden vergroot.

7. Advies

Gelet op hetgeen in dit memo beschreven wordt geadviseerd te opteren voor een bedrijfsvoeringsorganisatie. Daarmee wordt een relatief lichte vorm van samenwerking in het leven geroepen. Als het ware wordt aan het huidige gemeenschappelijk orgaan rechtspersoonlijkheid toegekend.²³

Met de bedrijfsvoeringsorganisatie kan aan alle geformuleerde uitgangspunten worden voldaan. Er is sprake van rechtspersoonlijkheid, zodat aan de eis van de provincie Gelderland is voldaan. Verder zijn, eventueel met aanvullende middelen (zie par. 6), alle gemeentelijke bestuursorganen betrokken. Een bedrijfsvoeringsorganisatie kent een enkelvoudig bestuur, dat de slagkracht en effectiviteit nog verder kan vergroten.

Voordeel van één bedrijfsvoeringsorganisatie op schaal van de stadsregio is ook dat alle gemeenten gelijkelijk betrokken zijn en de zeggenschap volledig delen. Aansluiting bij een bestaand (sub)regionaal samenwerkingsverband kan een aantal gemeenten (die niet in die subregio participeren) verder op afstand zetten qua aansturing. Aangezien de schaal van de stadsregio gekozen is als meest effectieve schaal, is de bedrijfsvoeringsorganisatie het meest optimaal qua aansturing (naast een gemeenschappelijk openbaar lichaam).

²³ Het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie kent eenzelfde bestuurssamenstelling als een gemeenschappelijk orgaan ingesteld bij collegeregeling.