

Aan Partijen betrokken bij GOVI, NDOV en DOVA
 Van Van Doorne N.V.
 Gijs Verberne, Philip Juttman, Danielle Westerhoff en Anna Mars
 Referentie 55001120/60016786
 Verzonden per E-mail
 Inzake Vormgeving coöperatie ten behoeve van GOVI/NDOV- en DOVA programma
 Datum 6 april 2018

1 Inleiding

- 1.1 Twaalf provincies in Nederland (de "**Provincies**") alsmede de Metropoolregio Rotterdam Den Haag ("**MRDH**"), de Vervoerregio Amsterdam ("**VRA**") en het OV-bureau Groningen-Drenthe ("**OVBGD**") (hierna gezamenlijk: "**Partijen**") zijn partij bij de bestuursovereenkomsten GOVI en NDOV. Beide overeenkomsten hebben een looptijd tot en met 31 december 2018.
- 1.2 Tot 1 januari 2017 trad Provincie Noord-Holland op als 'uitvoerder' van het project GOVI en het NDOV-programma en als budgethouder en penvoerder voor de beheerkosten van GOVI en NDOV. Per 1 januari 2017 heeft Provincie Noord-Holland deze taken overgedragen aan Stichting CROW, kennisplatform voor infrastructuur, verkeer, vervoer en openbare ruimte (hierna: "**CROW**").
- 1.3 De opdrachtverlening door Partijen aan CROW is aanbestedingsrechtelijk kwetsbaar. De aanbestedingsrechtelijke risico's kunnen worden weggenomen door het oprichten van en deelnemen in een aparte rechtspersoon, waarin de uitvoeringsorganisatie voor GOVI en NDOV wordt ondergebracht (en eventueel ook andere OV-gerelateerde activiteiten) ("**Rechtspersoon**").
- 1.4 Partijen werken ook samen in het samenwerkingsverband DOVA, waarvoor zij onder meer een 'Convenant personele samenwerking DOVA' hebben ondertekend. Partijen hebben uitgesproken DOVA te willen onderbrengen in een uitvoeringsorganisatie.
- 1.5 De Rechtspersoon dient met het oog op de aanbestedingsrechtelijke aspecten in ieder geval dient te worden vormgegeven in de vorm van een rechtspersoon waaraan de Partijen kunnen deelnemen; (alleen) een samenwerkingsovereenkomst is niet voldoende. Partijen hebben aangegeven dat de voorkeur voor beide organisaties uitgaat naar een 'lichte' samenwerkingsvorm, waarbinnen met name op ambtelijk niveau wordt deelgenomen (zo min mogelijk belasting bestuurders).
- 1.6 In deze notitie gaan we in op de rechtsvormkeuze voor de Rechtspersoon, rekening houdend met de aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten en de wijze van oprichting c.q. deelname van de Partijen in de Rechtspersoon.

2 Keuze rechtsvorm voor Rechtspersoon

- 2.1 Voor de juridische vormgeving van de Rechtspersoon komen in beginsel de publiekrechtelijke rechtsvorm gemeenschappelijke regeling (met instelling van een openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid) en de privaatrechtelijke rechtsvormen stichting, vereniging, coöperatieve vereniging (coöperatie) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

(BV)/naamloze vennootschap (NV) in aanmerking. In de **Bijlage 1** bij deze notitie bespreken wij de voornaamste (civiele) kenmerken van deze rechtsvormen.

2.2 Voor de juridische vormgeving van de Rechtspersoon is voorts de Aanbestedingswet 2012 ("Aw2012") relevant, in het bijzonder het artikel over de 'quasi inbesteding' (artikel 2.24b Aw2012). Dit artikel bepaalt dat de Aw2012 niet van toepassing is op overheidsopdrachten die de overheden gunnen aan een gezamenlijke rechtspersoon, indien:

- a) de overheden op die rechtspersoon gezamenlijk toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten,
- b) meer dan 80% van de activiteiten (lees: de omzet) van de gezamenlijke rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende overheden, en
- c) er geen directe participatie van privékapitaal is in de gezamenlijke rechtspersoon.

2.3 Het hiervoor onder a) genoemde toezicht wordt in de praktijk geacht aanwezig te zijn, indien:

- a) de besluitvormingsorganen van de gezamenlijke rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende overheden, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende overheden kunnen vertegenwoordigen;
- b) de overheden in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gezamenlijke rechtspersoon, en
- c) de gezamenlijke rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de betrokken overheden.

2.4 In de matrix die als **Bijlage 2** is opgenomen bij deze notitie, zetten we de vijf rechtsvormen op basis van diverse elementen, waaronder de hiervoor genoemde voorwaarden voor quasi-inbesteding tegen elkaar af.

2.5 In **Bijlage 3** bij deze notitie, gaan wij in op de fiscale aspecten van de verschillende rechtsvormen. De fiscale aspecten zijn steeds aandachtspunt bij de verdere inrichting en vormgeving van de Rechtspersoon. Bij het opstellen van de benodigde documenten zal steeds rekening worden gehouden met eventuele voorschriften die volgen uit toepassing van in aanmerking komende fiscale vrijstellingen.

3 Coöperatie als rechtsvorm voor Rechtspersoon

3.1 Op basis van die matrix, de geformuleerde wens voor een 'lichte organisatie', de fiscale aspecten en de aanbestedingsrechtelijke voorwaarden gaat de voorkeur uit naar de (coöperatieve) vereniging (coöperatie), in het bijzonder vanwege de 'dubbele' borging met Partijen (als lid én als deelnemer/afnemer) bij de coöperatie.

- 3.2 De coöperatie biedt vanwege het beperkt aantal wettelijke bepalingen dat van toepassing is, een grote mate van vrijheid qua inrichting. De statuten kunnen veelal precies op de wensen van Partijen worden afgestemd.
- 3.3 De coöperatie kent twee wettelijk verplichte organen: de Algemene Ledenvergadering en het Bestuur. De coöperatie wordt opgericht door Partijen. De Partijen zijn ook de eerste leden en de afgevaardigden van de Partijen (met vertegenwoordigingsbevoegdheid/mandaat) vormen tezamen de Algemene Ledenvergadering. De Algemene Ledenvergadering wordt wel gezien als het 'hoogste orgaan', door de dwingendrechtelijk toegekende bevoegdheden (waaronder bijvoorbeeld de bevoegdheid bestuurders te benoemen en ontslaan, de statuten te wijzigen, de jaarrekening vast te stellen). De leden van de coöperatie (lees: de afgevaardigden van Partijen) zijn de eigenaren van de coöperatie en oefenen via de Algemene Ledenvergadering de bevoegdheden behorend tot dit eigenaarschap uit. De invulling van de Algemene Ledenvergadering (de afvaardiging) staat Partijen vrij. Dat kunnen bestuurders zijn (personen uit het midden van gedeputeerde staten), maar dat kunnen bijvoorbeeld ook personen zijn die zich in de dagelijkse werkzaamheden ook bezig houdt met openbaar vervoer-zaken, zoals de OV-managers. Wel is van belang dat de betreffende persoon die is afgevaardigd in de Algemene Ledenvergadering, over de mandaten beschikt die nodig zijn om namens de Leden besluiten te mogen nemen en verplichtingen aan te mogen gaan.
- 3.4 Het Bestuur van de coöperatie wordt gevormd door personen die daartoe door de Algemene Ledenvergadering (lees: de afgevaardigden van Partijen) worden benoemd. Dit kunnen ook (dezelfde dan wel andere) afgevaardigden van Partijen zijn, of externen. Het Bestuur kan, bij een relatief kleine uitvoeringsorganisatie, ook bestaan uit één persoon (de directeur-bestuurder). De vrijheid hierin is groot.
- 3.5 Het Bestuur bestuurt de coöperatie (lees: stuurt de uitvoeringsorganisatie aan) en legt daarover verantwoording af aan de Algemene Ledenvergadering. Onverminderd deze verantwoordingsplicht, heeft het Bestuur ook een informatieplicht aan de Leden. Periodiek informeert het Bestuur de Leden over de gang van zaken en de voorgenomen besluiten van het Bestuur. De wijze waarop die informatieverstrekking plaats vindt (mondeling tijdens vergaderingen, schriftelijk daarbuiten), wordt nader uitgewerkt in de statuten en eventuele reglementen (informatieprotocol).
- 3.6 Van belang is in ieder geval dat Partijen in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de coöperatie. Dat vindt plaats doordat in de statuten van de coöperatie wordt vastgelegd dat de Algemene Ledenvergadering goedkeuringsbevoegdheden heeft ten aanzien van zekere besluiten van het Bestuur van de coöperatie. Uit de rechtspraak en literatuur van de afgelopen jaren kan inmiddels goed worden gedestilleerd welke besluiten dat in ieder geval dienen te zijn.
- 3.7 Voorts kunnen uiteraard ook andere besluiten van het Bestuur van de coöperatie aan goedkeuring van de Algemene Ledenvergadering (lees: de afgevaardigden van Partijen) worden onderworpen. Dit kan vooraf – door bij de voorbereiding van de coöperatie reeds te voorzien in een (uitgebreide) 'goedkeuringslijst' in de statuten van de coöperatie, maar ook na oprichting van de coöperatie. In bijvoorbeeld een huishoudelijk reglement kunnen – in aanvulling op de statuten – ook besluiten van het Bestuur aan goedkeuring van de Algemene Ledenvergadering worden onderworpen. Ook zal worden voorzien in de mogelijkheid dat de Leden op basis van de informatieverschaffing door het Bestuur (zie hiervoor) kunnen verzoeken om een voorgenomen besluit van het Bestuur aan

goedkeuring te onderwerpen. Met deze 'tools' worden Partijen (nog meer) in staat gesteld hun rol als eigenaren (het toezicht als ware het een eigen dienst) uit te oefenen.

- 3.8 Naast de wettelijke organen is het mogelijk bij de coöperatie ook andere organen in te stellen. Via de statuten en interne reglementen kunnen aan dergelijke organen ook bevoegdheden worden toegekend (met uitzondering van de bevoegdheden die dwingendrechtelijk aan de Algemene Ledenvergadering of het Bestuur zijn toegekend). Dit is evenwel niet noodzakelijk. Indien de bedoeling is de ambtelijke organisatie binnen de coöperatie 'klein' te houden, kan hier op goede wijze in worden voorzien.
- 3.9 De rechtsverhouding met de leden is bij een coöperatie van rechtswege een dubbele. Partijen hebben een rechtspersonenrechtelijke relatie met de coöperatie, dat wil zeggen dat ze lid zijn van de coöperatie. Daarnaast zijn de leden op grond van de wet verplicht een ledenovereenkomst met de coöperatie te sluiten. De ledenovereenkomst is een verbintenisrechtelijke relatie. Met het lidmaatschap en de verplichte ledenovereenkomst wordt een dubbele borging bereikt tussen elk lid en de coöperatie, hetgeen een duurzame samenwerking bevordert. In de ledenovereenkomst wordt vastgelegd welke diensten c.q. zaken Partijen van de coöperatie afnemen en de voorwaarden die daarbij gelden.
- 3.10 Het lidmaatschap van de coöperatie brengt voor Partijen weinig financiële risico's met zich mee. Indien wordt gekozen voor een coöperatie met uitsluiting van aansprakelijkheid (U.A.), geldt dat indien de coöperatie onverhoopt failliet zou gaan, Partijen niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor eventuele schulden of tekorten van de coöperatie. De leden van de coöperatie zijn derhalve niet gehouden eventuele schulden van de coöperatie op basis van het lidmaatschap namens de coöperatie te voldoen. Slechts de coöperatie is degene die kan worden aangesproken. Mocht de coöperatie in geval van faillissement niet haar schulden kunnen betalen, dan lijden de schuldeisers verlies. De schuldeisers kunnen de leden - i.c. Partijen - in dat geval niet aanspreken voor deze schulden.

4 Tot slot

- 4.1 We geven graag een nadere toelichting en/of beantwoorden eventuele vragen.

BIJLAGE 1 - kenmerken van diverse rechtsvormen

Voor de juridische vormgeving van de Rechtspersoon komen verschillende rechtsvormen in aanmerking. Dat is de publiekrechtelijke rechtsvorm gemeenschappelijke regeling en de privaatrechtelijke rechtsvormen: stichting, vereniging, coöperatieve vereniging (coöperatie) en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV)/naamloze vennootschap (NV). Onderstaand wordt een overzicht gegeven van de voornaamste civiele kenmerken van deze rechtsvormen.

1 Gemeenschappelijke regeling

- 1.1 Een gemeenschappelijke regeling is een samenwerking tussen publiekrechtelijke rechtspersonen op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen ("Wgr"). De tekst van de gemeenschappelijke regeling bepaalt de belangen die met de samenwerking wordt beoogd. Daarbij kan een openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid wordt opgericht, die daartoe zekere taken en bevoegdheden krijgt overgedragen van de deelnemende partijen aan de gemeenschappelijke regeling. Deze rechtspersoon oefent dan namens de deelnemende partijen de overgedragen bevoegdheden uit en verricht daarmee de samenwerkingsactiviteiten ten behoeve van de deelnemende partijen.
- 1.2 De bevoegdheid om deel te nemen aan een gemeenschappelijke regeling moet zijn toegekend aan de publiekrechtelijke rechtspersonen die deel gaan nemen in de gemeenschappelijke regeling. Voor de Provincies is dat reeds geregeld in de Provinciewet. De Wgr regelt in hoofdstuk II ook expliciet de voorwaarden voor het treffen van een gemeenschappelijke regeling tussen provincies. Voor VRA, MRDH en OVBGD dient daarin te zijn voorzien in de tekst van hun gemeenschappelijke regeling. Uit eerder onderzoek is gebleken dat dit voor OVBGD niet het geval is. Dat zou mitsdien nog een aanpassing van de tekst van de gemeenschappelijke regeling van OVBGD vragen.
- 1.3 De Wgr maakt het mogelijk dat aan een gemeenschappelijke regeling tussen provincies ook andere openbare lichamen dan gemeenten, provincies en waterschappen deelnemen (artikel 93 Wgr). Op grond van die bepaling lijkt het dus vooralsnog mogelijk om een gemeenschappelijke regeling tussen alle betrokken Partijen te vormen. Echter, de Wgr stelt wel dwingende eisen aan de vormgeving van het bestuur en de verdere governance van een gemeenschappelijke regeling met een openbaar lichaam – meer eisen dan bij de privaatrechtelijke rechtsvormen het geval is.
- 1.4 Het openbaar lichaam is wettelijk verplicht te voorzien in een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter. Het algemeen bestuur bestaat uit afgevaardigden van de deelnemende partijen, met dien verstande dat dit personen dienen te zijn die zijn aangewezen uit het midden van die geleding die de gemeenschappelijke regeling is aangegaan. Het is dan dus niet mogelijk om bijvoorbeeld OV-managers het bestuur te laten voeren middels een mandaat. Hiermee zijn het dus de bestuurders van Partijen die steeds betrokken worden bij de besluitvorming van de gemeenschappelijke regeling en aanwezig dienen te zijn bij de vergaderingen van de verschillende organen van de gemeenschappelijke regeling. Deelname op ambtelijk niveau is feitelijk uitgesloten.
- 1.5 Toe- en uittreding bij de gemeenschappelijke regeling vergt doorgaans een lang proces, omdat per deelnemende partij aan de gemeenschappelijke regeling conform de voor die partij geldende (ambtelijke) procedures een besluit tot acceptatie van de toetreding dan wel uittreding dient te worden genomen. Ervaring leert dat dit langdurig traject met zich meebrengt. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld toe- en uittreding bij de stichting, vereniging of coöperatie, waartoe wordt besloten

door de organen van de betreffende rechtspersoon (waardoor een dergelijk besluit met korte lijnen en snel kan worden genomen).

2 Stichting

- 2.1 Een stichting is een rechtspersoon die zelfstandig opereert en "van niemand is". De stichting wordt geregeerd door het nastreven van de eigen statutaire doelstelling. Die statutaire doelstelling kan in beginsel alles omvatten, met dien verstande dat een stichting niet als doel mag hebben het uitkeren van winst aan oprichters of personen die deel uitmaken van haar bestuur. Het doen van uitkeringen is beperkt tot de mogelijkheid om uitkeringen te doen met een ideëel of sociaal doel.
- 2.2 De stichting laat veel vrijheid met betrekking tot de juridische inrichting. Er is geen algemene ledenvergadering zoals bij een vereniging: de stichting kent een ledenverbod. In de praktijk wordt wel ervaren dat het bestuur dat aangewezen wordt als hoogste orgaan binnen de stichting, behoudens de instelling van een eventuele raad van toezicht, in beginsel alleen aan zichzelf verantwoording is verschuldigd en daardoor onafhankelijk en met korte lijnen kan besturen. Voor de samenwerkende Partijen in betekent dat het bestuur niet de samenwerkende Partijen vertegenwoordigt. Het bestuur van de stichting is slechts gebonden aan de statutaire doelstelling van de stichting en behoeft daarom in beginsel geen rekening te houden met de belangen van de samenwerkende Partijen.
- 2.3 Nadeel van de stichting is dan ook dat het voor de samenwerkende Partijen niet gemakkelijk is om direct invloed uit te oefenen op het beheer en beleid van de stichting. De stichting kent immers alleen het bestuur en eventueel een raad van toezicht, maar geen leden waardoor de besluitvorming kan worden beïnvloed. Ondanks het ledenverbod is het niettemin mogelijk om de samenwerkende Partijen te betrekken bij de stichting. Met behulp van benoemings- en goedkeuringsrechten of een aanvullende samenwerkingsovereenkomst kan met de stichting een rechtsrelatie worden bewerkstelligd (contractuele relatie, waarbij de samenwerkende Partijen vaak worden gekwalificeerd als "aangeslotenen"). Ook is het mogelijk andere organen in het leven te roepen, bijvoorbeeld een raad van toezicht of een raad van advies. Hierdoor is het ondanks de statutaire doelstelling in de (uitoefening van de) daadwerkelijke activiteiten van de stichting toch goed mogelijk om rekening te houden met de belangen van de samenwerkende Partijen.
- 2.4 Door het ledenverbod is toe- en uittreding bij een stichting niet middels een simpele aanmelding of beëindigingsverklaring (zoals bij een vereniging of coöperatie) mogelijk. Voor zover men een nieuwe samenwerkende partij wil laten toetreden, kan het voor bijvoorbeeld een statutair benoemingsrecht van een bestuurder of een statutair goedkeuringsrecht noodzakelijk zijn dat de statuten van de stichting worden gewijzigd.

3 Vereniging

- 3.1 Een vereniging is een juridische entiteit die voor en ten behoeve van de door de leden geformuleerde doelen opereert. Zij wordt gevormd door de leden. De mogelijke doelstelling van een vereniging is ruim, met dien verstande dat een vereniging niet mag voorzien in de stoffelijke behoefte van haar leden en ook geen winst onder haar leden mag verdelen.

- 3.2 Een vereniging kan geen winst verdelen onder de leden (lees: de samenwerkende Partijen). Door het uitkeringsverbod ontstaat een zogeheten "dode hand". Eventueel door de samenwerking behaalde economische voordelen komen dan ook ten gunste van de vereniging. Zij kunnen niet rechtstreeks ten goede komen aan de samenwerkende Partijen anders dan voordelen van het lidmaatschap, zoals kostenbesparing. Het gegeven dat deze voordelen worden behaald met gelden van de samenwerkende Partijen (inbreng, rechten enz.) doet daar niet aan af. Het uitkeringsverbod ziet daarbij niet alleen op een verdeling van de winst in de zin van dividend of anderszins, maar ook in het doorberekenen van kostenbesparingen door de vereniging aan de leden.
- 3.3 De samenwerkende Partijen worden lid van de vereniging. De leden vormen gezamenlijk de algemene ledenvergadering van de vereniging, het hoogste orgaan van de vereniging (en een wettelijk verplicht orgaan). Belangrijk voordeel van een vereniging is dat de samenwerkende Partijen als leden van rechtswege invloed hebben op de samenstelling van het bestuur en aldus direct invloed uitoefenen op het (meerjaren)beleid van de vereniging. Het bestuur dient over de uitvoering van het beleid en de uit te dragen standpunten aan de leden verantwoording af te leggen. Een vereniging wordt dan ook geacht de leden (lees: de samenwerkende Partijen) te vertegenwoordigen.
- 3.4 Om de positie van de algemene ledenvergadering verder te benadrukken is het vrij gebruikelijk dat belangrijke besluiten worden genomen door de algemene ledenvergadering of dat sprake is van goedkeuringsrechten voor de algemene vergadering. De (afgevaardigden van de) samenwerkende Partijen hebben stemrecht in de algemene ledenvergadering en zijn gebonden aan de verplichtingen die direct voortvloeien uit het lidmaatschap (rechtspersonenrechtelijk) en die zij (eventueel) met de vereniging contractueel zijn overeengekomen (verbintenisrechtelijk).
- 3.5 Een gewone vereniging kent niet de verplichting dat met de leden een samenwerkingsovereenkomst wordt aangegaan. Uiteraard bestaat die mogelijkheid wel, maar het eindigen of het niet aanwezig zijn van een dergelijke samenwerkingsovereenkomst is geen reden voor beëindiging van het lidmaatschap. Logischerwijs wordt wel een service-level-agreement ("SLA") met de vereniging aangegaan, op basis waarvan de samenwerkende Partijen gebruik maken van de producten die de vereniging aanbiedt.

4 Coöperatieve vereniging (coöperatie)

- 4.1 Een coöperatie is een speciale vorm van een gewone vereniging en is een samenwerkingsverband, rechtspersoon, vereniging én onderneming ineen. Sprake is van een hybride rechtsvorm die in de (semi-)publieke sector steeds gebruikelijker wordt en uit haar aard gericht is op samenwerking tussen de leden. De samenwerkende Partijen worden - gelijk de gewone vereniging - lid ('deelnemer') van de coöperatie. Een gewone vereniging kan materieel kenmerken van de coöperatie hebben, maar niet hetzelfde doel als een coöperatie.
- 4.2 De gebruikmaking van het wettelijk voorgeschreven statutaire doel is het cruciale verschil met de gewone vereniging. Sprake moet zijn van het *"in bepaalde stoffelijke behoeften van de leden voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat de coöperatie te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen."* Het gaat in tegenstelling tot de gewone vereniging dan ook om het ten behoeve van de samenwerkende

partijen exploiteren van een "samenwerkingsbedrijf" en het opereren ten behoeve van de doelen van de samenwerkende Partijen, zoals bijvoorbeeld het aanbieden van (ict gerelateerde) producten op het gebied van openbaar vervoer.

- 4.3 Doel van een coöperatie is niet het maken van winst (hoewel dat wel is toegestaan), maar het *optimaliseren van de dienstverlening* aan de leden. Het product (de samenwerking) en de ontwikkeling van het product worden in een aparte onderneming voortgezet, maar de resultaten daarvan (de kostenbesparingen) komen aan de leden ten goede. Zou, hoewel dit niet de doelstelling is, door de coöperatie winst gemaakt worden, dan kan deze winst worden uitgekeerd aan de leden. Er is sprake van een "open hand". Winst of kostenbesparingen komen altijd ten goede van de coöperatie of de leden.
- 4.4 De rechtsverhouding met de leden is bij de coöperatie van rechtswege - en dus uit haar aard - een dubbele. Leden hebben een rechtspersonenrechtelijke relatie met de coöperatie en zijn daarnaast op grond van de wet verplicht een (deelnemers)overeenkomst met de coöperatie af te sluiten. De deelnemersovereenkomst is een verbintenisrechtelijke relatie. Het eindigen van het lidmaatschap doet niet de deelnemersovereenkomst eindigen; andersom is het einde van de deelnemersovereenkomst wel een reden voor opzegging van het lidmaatschap van de coöperatie. Door de verplichte deelnemersovereenkomsten wordt een dubbele borging bereikt tussen elk lid en de coöperatie, hetgeen de continuïteit van de samenwerking versterkt.
- 4.5 Het geheel van relaties tussen een coöperatie en haar deelnemers wordt wel aangeduid als het primaire bedrijf van de coöperatie. Het zich als samenwerkingsbedrijf begeven in het rechtsverkeer, en het uit dien hoofde aangaan van transacties met derden, speelt in de praktijk een belangrijke rol. Niet de eigen voordelen van de coöperatie staan centraal, maar het behalen van voordelen ten behoeve van de samenwerkende partijen (ook wel het "not for profit" karakter genoemd). Het "not for profit" karakter van de coöperatie kan worden versterkt indien de samenwerkende Partijen geen winstoogmerk heeft/hebben en een algemeen belang dienen. Het beperkt besloten karakter van de rechtsvorm coöperatie zorgt ervoor dat een coöperatie indien gewenst een maatschappelijk karakter in zich kan dragen.

5 BV

- 5.1 De BV is vanuit haar aard gericht op het exploiteren en in stand houden van een onderneming en is gericht op het maken van winst. De BV lijkt in dit opzicht veel op een coöperatie, die dan wel niet zo zeer gericht is op het maken van winst, maar wel op het bereiken voor schaalvoordelen. De BV heeft door het streven naar winst een meer commercieel karakter.
- 5.2 Een BV kent aandelen, die naast stemrecht (invloed) ook een economische waarde vertegenwoordigen. De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de winst vast. Behaalde winst kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouders. De uitkering (dividend) is gerelateerd aan de aandeelhoudersverhouding (het aantal aandelen en eventueel het op de aandelen gestorte bedrag).
- 5.3 De samenwerkende Partijen worden aandeelhouders van de BV. Als aandeelhouder van de BV hebben zij in de algemene vergadering de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het beheer en beleid van de BV. Het bestuur is autonoom, maar aan de algemene vergadering kunnen

bijvoorbeeld goedkeuringsrechten worden toegekend. Het bestuur kan voorts worden gehouden om aanwijzingen van de algemene vergadering op te volgen. Ook komt de bevoegdheid om bepaalde belangrijke besluiten te nemen toe aan de algemene vergadering. Zo benoemt en ontslaat de algemene vergadering de bestuurders en heeft zij op die manier een grote invloed en de uiteindelijke zeggenschap.

- 5.4 De statuten van de BV bevatten de regels voor de organen van de BV (algemene vergadering en bestuur). Afspraken tussen de samenwerkende partijen onderling kunnen nader worden uitgewerkt in een aandeelhoudersovereenkomst. In deze overeenkomst kunnen specifieke afspraken worden vastgelegd over een exitregeling, winstuitkering en dergelijke. De aandeelhouders kunnen voorts met de BV een dienstverleningsovereenkomst of SLA overeenkomen, waarin wordt beschreven welke diensten de BV levert aan de aandeelhouder en vice versa.
- 5.5 Tenzij de statuten anders bepalen vertegenwoordigt het bestuur de BV. Het bestuur is gebonden aan de statutaire doelstelling van de BV, al dient bij de BV rekening te worden gehouden met het aandeelhoudersbelang. De samenwerkende partijen hebben stemrecht in de algemene vergadering en zijn gebonden aan de wettelijke verplichtingen die direct voortvloeien uit het aandeelhouderschap. De stemverhouding wordt beheerst door het aantal aandelen, al dan niet met gebruikmaking van gekwalificeerde meerderheden of bijzondere soorten/series aandelen.
- 5.6 Toe- en uitreding uit de BV geschiedt door overdracht van aandelen. Overdracht van aandelen dient altijd bij notariële akte plaats te vinden. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het lidmaatschap van de coöperatie; deze kan worden opgezegd c.q. worden beëindigd zonder dat hiervoor notariële tussenkomst nodig is.
- 5.7 Het vorenstaande ten aanzien van de BV geldt op vergelijkbare wijze voor de NV.

BIJLAGE 2 – matrix diverse rechtsvormen

Rechtsvorm	Gemeenschap- pelijke regeling	Stichting	Vereniging	Coöperatie	BV/NV	Toelichting/aandachtspunten Conclusie
Eigenaren	Deelnemende publiekrechtelijke rechtspersonen	Geen (ledenverbod)	Leden (lees: samenwerkende Partijen)	Leden (lees: samenwerkende Partijen)	Aandeelhouders (lees: samenwerkende Partijen)	De stichting kent geen eigenaren en komt daarmee vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief minder in aanmerking. Partijen moeten in staat worden gesteld toezicht uit te oefenen als ware het hun eigen dienst. Door het ledenverbod bij de stichting is daar in mindere mate sprake van dan bij een gemeenschappelijke regeling, de vereniging, coöperatie of BV/NV
Vrijheid in de inrichting van de (bestuur- lijke) organisatie	Geen (veel wettelijke voorschriften; weinig flexibiliteit)	Ja, weinig wettelijke voorschriften	Binnen de wettelijke kaders veel flexibiliteit	Binnen de wettelijke kaders veel flexibiliteit	Binnen de wettelijke kaders bij BV veel flexibiliteit	De Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) kent vrij specifieke regelingen voor de inrichting van de governance en de organen van de gemeenschappelijke regeling. Voor alle rechtsvormen geldt dat de wet (Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek) weinig dwingendrechtelijke bepalingen kent, de bestuurlijke organisatie kan naar eigen inzicht "licht" dan wel "zwaarder" worden vormgegeven
Wettelijke organen	Algemeen Bestuur Dagelijks Bestuur Voorzitter	Bestuur	Bestuur, Algemene ledenvergadering	Bestuur, Algemene ledenvergadering	Bestuur, Algemene vergadering van aandeelhouders	De stichting kent de minst wettelijke organen en is daarmee qua inrichting het meest flexibel. De algemene ledenvergadering c.q.

Ambtelijke afvaardiging mogelijk?	Nee	Ja, Partijen kunnen aangesloten worden vertegenwoordigd door een gemandateerde ambtenaar	Ja, Partijen kunnen als leden worden vertegenwoordigd door een gemandateerde ambtenaar	Ja, Partijen kunnen als aandeelhouders worden vertegenwoordigd door een gemandateerde ambtenaar	Ja, Partijen kunnen als aandeelhouders worden vertegenwoordigd door een gemandateerde ambtenaar	algemene vergadering van aandeelhouders bij de vereniging, coöperatie en BV/NV vormt evenwel een goede wijze waarop Partijen als eigenaren invloed kunnen uitoefenen, vanuit de wettelijk toegekende bevoegdheden aan dit orgaan. De gemeenschappelijke regeling is qua inrichting star, maar kent via het algemeen bestuur en de daaraan toe te kennen bevoegdheden mogelijkheden om de samenwerkende Partijen invloed uit te laten oefenen. De Wgr verplicht bij gemeenschappelijke regeling tot een afvaardiging 'uit het midden' van de geleding die de gemeenschappelijke regeling is aangegaan.
Toe- en uittreding	Toetreding via een toetredingsbesluit van de deelnemende partijen bij de gemeenschap- pelijke regeling → niet flexibel, doorgaans tijdrovend	Via aansluitingsovereenkomst, evt. in combinatie met benoemings- of goedkeuringsbevoegdheden (evt. d.m.v. statutenwijziging) → relatief flexibel	Door verkrijgen of beëindigen lidmaatschap (al dan niet in combinatie met samenwerkingsovereenkomst) → flexibel	Door verkrijgen of beëindigen lidmaatschap en ledenovereenkomst → flexibel	Door verkrijgen of verkopen aandelen (middels notariële akte), al dan niet in combinatie met aandeelhoudersovereenkomst → relatief flexibel	Toe- en uittreding is bij de vereniging en coöperatie het meest eenvoudig. Bij een BV dienen middels een notariële akte aandelen te worden overgedragen. Bij een stichting dienen de toegekende bevoegdheden – door middel van een notariële akte van

						statutenwijziging – te worden teruggetrokken. Toe- en uitreding wordt bij de gemeenschappelijke regeling geregeld in de gemeenschappelijke regeling. Doorgaans vraagt dat een besluit van alle deelnemende partijen afzonderlijk. Dit neemt in de praktijk veel tijd in beslag.
Belangen	Te omschrijven in de gemeenschappelijke regeling	Slechts gericht op de statutaire doelstelling, vrij in bepaling van deze doelstelling. In beginsel wordt geen rekening gehouden met de belangen van de samenwerkende Partijen	Het opereren voor en ten behoeve van de samenwerkende Partijen geformuleerde doelen	Het ten behoeve van de samenwerkende Partijen exploiteren van een "samenwerkingsbedrijf" en het opereren ten behoeve van de doelen hiervan. Optimaliseren van dienstverlening aan de samenwerkende Partijen	Gericht op het exploiteren en in stand houden van een onderneming en gericht op het maken van winst. Bestuur is gebonden aan statutaire doelstelling, maar er wordt rekening gehouden met het aandeelhoudersbelang	De coöperatie is vanuit haar wettelijke doelstelling gericht op dienstverlening aan haar leden en biedt vanuit dat aspect een goede basis als samenwerkingsvehikel binnen de aanbestedingsrechtelijke voorwaarden.
Borging van relatie met rechtspersoon	Via deelname in algemeen bestuur en bevoegdheden op grond van de tekst van de gemeenschappelijke regeling aan de afzonderlijke deelnemende partijen.	Via aansluitingsovereenkomst	Via bevoegdheden algemeen ledenvergadering	Via bevoegdheden algemeen ledenvergadering en ledenovereenkomst	Via bevoegdheden algemeen vergadering van aandeelhouders	De relatie met de stichting is slechts contractueel. De relatie met de gemeenschappelijke regeling, vereniging, coöperatie en BV/NV is steviger door de toegekende bevoegdheden als deel van het algemeen bestuur/de algemene ledenvergadering/algemene

						vergadering van aandeelhouders. In de regeling c.q. statuten kunnen in dat kader ook aanvullende (goedkeurings)rechten c.q. bevoegdheden worden toegekend (bijvoorbeeld die zien op het strategisch beleid). Bij de coöperatie is bovendien via de wettelijk verplichte ledenovereenkomst sprake van een aanvullende contractuele relatie met de coöperatie, op basis waarvan extra bevoegdheden kunnen worden toegekend aan Partijen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld een aandeelhouders- overeenkomst, die doorgaans alleen ziet op de relatie tussen aandeelhouders onderling.
Financiële aansprakelijkh eid voor schulden	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Coöperatie: er dient wel gekozen te worden voor de zogenaamde coöperatie met uitsluiting van aansprakelijkheid (U.A.)
Uitkeringen	Nee	Uitkeringen zijn beperkt tot het doen van uitkeringen met een ideeel of sociaal doel, geen winstuitkering	Het is niet mogelijk om winst te verdelen onder de samenwerkende Partijen (uitkeringsverbod). Voordelen komen	Sprake van een "open hand": als er winst wordt gemaakt (dit is niet het doel), dan uitkeren aan samenwerkende Partijen of ten	Winst wordt uitgekeerd aan aandeelhouders (dividend), de uitkering is gerelateerd aan het aandeelhouders- belang	Winstuitkering is alleen mogelijk bij de coöperatie en de BV.

Bestuurders-aansprakelijkheid	Bestuur van de gemeenschappelijke regeling	Bestuur van de stichting	ten gunste van de vereniging Bestuur van de vereniging	goede laten komen van coöperatie zelf Bestuur van de coöperatie	Bestuur van de BV	De bestuurders zijn (in persoon) verantwoordelijk voor het voeren van het bestuur en kunnen in privé aansprakelijk worden gesteld voor eventueel 'wanbestuur'. In geval van de privaatrechtelijke rechtsvormen, zijn Partijen betrokken als aangeslotene, lid of aandeelhouder. Vanuit die hoedanigheid kunnen zij niet aansprakelijk worden gesteld voor wanbestuur. Het bestuur van de rechtspersoon – de statutair bestuurder(s) – worden dan aangesproken. Die lijn doortrekkend, betekent dat in de vorm van de gemeenschappelijke regeling dat de personen die zijn afgevaardigd uit het midden van de geledingen die de gemeenschappelijke regeling hebben opgericht, ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor eventueel wanbestuur.
Toezicht 'als ware een eigen dienst'	Via deelname aan het algemeen bestuur en de in de gemeenschappelijke regeling aan het algemeen	Stichting kent vanuit haar aard geen eigenaren, het uitoefenen van invloed is beperkt. Doorgaans	Via deelname aan algemene ledenvergadering en toekenning van goedkeuringsbevoegdheden aan	Via deelname aan algemene ledenvergadering en toekenning van goedkeuringsbevoegdheden aan de	Via deelname aan algemene vergadering van aandeelhouders en toekenning van goedkeuringsbevoeg	De stichting komt in mindere mate in aanmerking als 'gezamenlijke rechtspersoon', door het ledenverbod. Bij de gemeenschappelijke regeling en de BV/NV is toe-

	bestuur toegekende bevoegdheden oefenen de samenwerkende Partijen gezamenlijk toezicht uit op de gemeenschappelijke regeling als ware het een eigen dienst	moelijk(er) verdedigbaar dat sprake is van 'een eigen dienst'.	de algemene ledenvergadering oefenen de samenwerkende Partijen gezamenlijk toezicht uit op de vereniging als ware het een eigen dienst	algemene ledenvergadering oefenen de samenwerkende Partijen gezamenlijk toezicht uit op de coöperatie als ware het een eigen dienst	dheden aan de algemene vergadering van aandeelhouders oefenen de samenwerkende Partijen gezamenlijk toezicht uit op de BV/NV als ware het een eigen dienst	en uittreding minder eenvoudig, waardoor dit doorgaans ook niet als rechtsvorm wordt gebruikt voor de gezamenlijke rechtspersoon, mede vanwege het meer commerciële karakter van de BV/NV. De vereniging en coöperatie zijn rechtsvormen die zich goed lenen voor inrichting als gezamenlijke rechtspersoon, omdat Partijen deelnemen door middel van het lidmaatschap en invloed uitoefenen via de algemene ledenvergadering. De coöperatie heeft vanuit haar wettelijke doelstelling een bedrijfsmatig karakter, gericht op het in stand houden van een bedrijf voor en verlenen van diensten aan Partijen. In combinatie met de wettelijk verplichte ledenovereenkomst, waarin goede afspraken over dienstverlening kunnen worden gemaakt, biedt de coöperatie een goede (aanbestedingsrechtelijke) basis voor samenwerking tussen overheden.
--	--	--	--	---	--	---

BIJLAGE 3 – fiscale aspecten van de verschillende rechtsvormen

1 Vennootschapsbelasting ("Vpb"): stichting, vereniging en publiekrechtelijke rechtspersoon versus coöperatie, BV en NV

Stichting, vereniging en publiekrechtelijke rechtspersoon

1.1 Een stichting, een vereniging en een publiekrechtelijke rechtspersoon is in beginsel slechts Vpb-plichtig voor zover een materiële Vpb-onderneming wordt gedreven. Van het drijven van een materiële Vpb-onderneming is sprake ingeval van:

- a) een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid;
- b) die gericht is op deelname aan het economische verkeer;
- c) met het (fiscaal geobjectiveerde) streven winst te behalen of die in concurrentie treedt.

Ad a) duurzame organisatie van kapitaal en arbeid

1.2 Een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is doorgaans al snel aanwezig, omdat het (enkel) werken met onbetaalde arbeidskrachten (vrijwilligers) al kan leiden tot de aanwezigheid van een arbeidselement. Het vereiste arbeidselement houdt activiteiten die slechts bestaan uit normaal actief vermogensbeheer buiten de heffing van Vpb. Indien er naast arbeid (een minimaal) vermogen aanwezig is en er prestaties (tegen vergoeding) worden verricht, is derhalve doorgaans sprake van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid.

Ad b) deelname economisch verkeer

1.3 Ook van deelname aan het economische verkeer is doorgaans snel sprake. Het begrip deelname aan het economische verkeer is niet wettelijk gedefinieerd. Deelname aan het economische verkeer wordt in ieder geval niet aangenomen indien activiteiten worden verricht binnen een besloten kring die niet of nauwelijks kan wijzigen.

Ad c) fiscaal geobjectiveerd winststreven

1.4 Het vereiste winststreven is fiscaal geobjectiveerd. Indien stelselmatig exploitatie-overschotten worden behaald, wordt namelijk geacht een winststreven aanwezig te zijn. Onder 'stelselmatig' wordt in ieder geval de situatie verstaan dat er gedurende een periode van vijf boekjaren driemaal de boeken met een exploitatie-overschot worden afgesloten. Ook wordt een winststreven aanwezig geacht indien gedurende een periode van drie boekjaren tweemaal de boeken met een exploitatie-overschot worden afgesloten én er een redelijke verwachting is dat in latere boekjaren tevens exploitatie-overschotten zullen worden behaald. Indien een rechtspersoon structureel verlieslatend is, ontbreekt een winststreven.

1.5 Een winststreven ontbreekt indien een stichting, een vereniging of een publiekrechtelijk lichaam met betrekking tot een bepaalde activiteit (i) volledig of voor tenminste 70% afhankelijk is van subsidies en daarnaast slechts eigen bijdragen ontvangt van degenen voor wie de organisatie haar gesubsidieerde activiteiten verricht en (ii) als eventueel behaalde overschotten volgens de statuten en subsidieregels moeten worden aangewend overeenkomstig de subsidievoorwaarden dan wel moeten worden terugbetaald aan de subsidieverstrekker.

- 1.6 Als een stichting, een vereniging of een publiekrechtelijke rechtspersoon geen winststreven heeft zoals hiervoor bedoeld, kan de betreffende rechtspersoon toch Vpb-plichtig zijn indien zij in concurrentie treedt met andere ondernemers (natuurlijke personen of rechtspersonen) waarvan de winst die zij met hun activiteiten behalen, onderworpen is aan de inkomstenbelasting of Vpb. Indien in concurrentie wordt getreden, is het niet relevant of een winststreven aanwezig is, wel moet sprake zijn van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal die deelneemt aan het economisch verkeer. Met (andere) stichtingen, verenigingen, publiekrechtelijke rechtspersonen kan niet in concurrentie worden getreden in de zin van de Vpb.

Coöperatie, BV en NV

- 1.7 Een coöperatie, een BV en een NV worden bij wetsfictie geacht met het gehele vermogen een Vpb-onderneming te drijven, waardoor deze rechtspersonen van rechtswege Vpb-plichtig zijn.

2 Voorlopige Vpb-analyse nieuwe Rechtspersoon

- 2.1 Met het oog op de hiervoor geschetste voorwaarden op grond waarvan een stichting, een vereniging en een publiekrechtelijke rechtspersoon geacht worden een Vpb-onderneming te drijven, verwachten we dat de nieuwe Rechtspersoon in de vorm van een stichting, een vereniging of een publiekrechtelijke rechtspersoon geacht zal worden een Vpb-onderneming te drijven. Hiervan uitgaande zal de nieuwe Rechtspersoon in beginsel Vpb-plichtig zijn, waarbij het in principe geen verschil maakt of de nieuwe Rechtspersoon de rechtsvorm van een stichting, vereniging, publiekrechtelijke rechtspersoon, coöperatie, BV of NV krijgt.
- 2.2 Voor de volledigheid merken we op dat voor een zogenaamde "kleine" stichting of een "kleine" vereniging een Vpb-vrijstelling geldt indien de fiscale winst van een stichting/vereniging in een jaar max. € 15.000,- bedraagt of gedurende vijf jaren tezamen € 75.000,-. Gezien de beoogde inkomsten en uitgaven van de nieuwe Rechtspersoon verwachten we dat deze Vpb-vrijstelling geen soelaas zal bieden als de nieuwe Rechtspersoon de rechtsvorm van een stichting of een vereniging krijgt.
- 2.3 Kortom, vooralsnog zien we vanuit Vpb-perspectief geen argument om voor een bepaalde rechtsvorm juist wel of juist niet te kiezen. Mocht na nader onderzoek toch blijken dat de nieuwe Rechtspersoon in de vorm van een stichting, vereniging of een publiekrechtelijke rechtspersoon niet geacht zal worden een Vpb-onderneming te drijven (bijv. vanwege het ontbreken van een geobjectiveerd winststreven), dan zou de coöperatie eventueel eenvoudig kunnen worden omgevormd naar een gewone vereniging.¹ Echter, een dergelijke omvorming zou enkel nodig zijn als we tot de conclusie komen dat niet kan worden voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de Vpb-samenwerkingsvrijstelling.

3 Vpb-samenwerkingsvrijstelling

- 3.1 Als de nieuwe Rechtspersoon in beginsel Vpb-plichtig is, kan de nieuwe Rechtspersoon onder de volgende voorwaarden alsnog zijn vrijgesteld van Vpb-heffing:

¹ Nadeel van een gewone vereniging ten opzichte van een coöperatie is met name dat een vereniging geen winst kan uitkeren aan haar leden.

- (i) De activiteiten van de nieuwe Rechtspersoon moeten worden verricht voor de (on)middelrijk participerende publiekrechtelijke rechtspersonen;
- (ii) De activiteiten zouden bij de participanten niet tot een Vpb-plicht hebben geleid of zouden daarvan zijn vrijgesteld als zij de activiteiten zouden hebben verricht; en
- (iii) De participanten moeten naar evenredigheid van de afname van de activiteiten van het samenwerkingsverband bijdragen in de kosten van het samenwerkingsverband. Een aanpassing ex post, eventueel in een volgende verslagperiode, is in principe mogelijk.

4 Btw

- 4.1 De btw is een "rechtsvormneutrale" belasting. Dit betekent dat de gevolgen voor de btw hetzelfde zijn, ongeacht of de Rechtspersoon wordt vormgegeven in een coöperatie, vereniging of andere rechtsvorm.
- 4.2 Als hoofdregel geldt dat iedere vorm van dienstverlening tegen vergoeding in beginsel btw-belast is. Dit geldt zowel voor de diensten die door de Rechtspersoon worden verleend als voor de diensten die aan de Rechtspersoon worden verleend. Of btw-heffing op de diensten aan en van de Rechtspersoon kostprijsverhogend werkt hangt – grofweg – van de volgende twee vragen af:
 - a) Heeft de uiteindelijke afnemer van de diensten een recht op aftrek van btw?
 - b) Maakt de Rechtspersoon personeelskosten of andere kosten waarop geen btw drukt?
- 4.3 Deze twee vragen zullen in een later stadium moeten worden beantwoord. Zoals gezegd is relevant voor dit moment dat de btw-analyse van de dienstverlening aan en van de coöperatie hetzelfde is als voor een andere rechtsvorm wordt gekozen.
