

Memo

Aan: gemeenten Hollands Midden
Van: Sjaak de Gouw
Kopie aan:
Datum: 31 mei 2015
Onderwerp: Vragen en antwoorden oprichting coöperatie
Inclusief samenvatting juridische adviezen

Algemeen

Vanuit enkele gemeenten zijn vragen binnengekomen met betrekking tot het voornemen tot het oprichten van een coöperatie ten behoeve van het digitale GGD-dossier. Onderstaand worden deze vragen beantwoord. Daarnaast is door een enkele gemeente verzocht de onderliggende juridische adviezen te beschikking te stellen. Door de geraadpleegde juristen is echter het nadrukkelijk advies gegeven (enkele van) deze adviezen te beschouwen als 'advies van raadsman aan cliënt', waardoor deze stukken vertrouwelijk zijn en ook in een procedure niet opgevraagd kunnen worden. Dit is bij een aanbestedingstraject een gebruikelijke werkwijze, omdat in een dergelijk advies informatie staat die door eventuele benadeelde partijen in een procedure gebruikt kunnen worden. Aangezien de termijnen voor een mogelijke beroepsprocedure nog niet zijn verlopen, is dit advies nog onverkort van toepassing. Wel is onderstaand een samenvatting van de adviezen met betrekking tot BTW en vennootschapsbelasting opgenomen.

Aanleiding en uitgangspunten voor de oprichting van de coöperatie

Uitgangspunt is de oprichting van een coöperatie (coöperatieve vereniging) ten behoeve van de organisatie van gezamenlijke activiteiten van GGD'en in het kader van het digitale GGD-dossier. Alleen GGD'en kunnen lid worden van de coöperatie.

In concreto is op dit moment het voornemen om het contractbeheer met de leverancier en het penvoerderschap bij de coöperatie neer te leggen. Hierdoor ontstaan financiële voordelen (groter licentievolume leidt tot lagere prijzen), kwaliteitsvoordelen (uniformiteit van dossieropbouw, uitwisselbaarheid van gegevens) en efficiency-voordelen (gezamenlijke onderhandelingen, gezamenlijke besluitvorming over wijzigingen, etc., minder kosten voor technisch en applicatiebeheer). Omdat niet kan worden voorspeld of het op termijn gewenst is andere activiteiten (bijvoorbeeld medewerkers voor technisch beheer) in de coöperatie onder te brengen, zijn in de oprichtingsakte ruimere formuleringen gebruikt. Wat echter nooit kan worden overgedragen zijn bevoegdheden van bestuursorganen van de GGD'en. De directies van de DPG'en werken in de coöperatie uitsluitend samen binnen het mandaat, dat door de eigen besturen is bepaald en meegegeven.

Samenvatting juridische adviezen

In totaal zijn vier juridische adviezen uitgebracht. Twee aparte adviezen over BTW en vennootschapsbelasting en een notitie 'term of references' door Teekens en Karstens te Leiden en een geïntegreerde second opinion door Verder Fiscaal Specialisten te Utrecht.

BTW-vraagstuk

Uiteraard wordt er BTW gerekend door de leverancier en wordt dit ook betaald. Het BTW-vraagstuk spitst zich op twee vragen toe:

1. Is de aan de leverancier(s) betaalde BTW compensabel is, kunnen de afzonderlijke deelnemende GGD'en deze dan terugvorderen van hun gemeenten?
2. Moet er door de GGD'en BTW betaald worden over de diensten die de coöperatie namens haar leden uitvoert.

Ad 1. Door het ministerie van Financiën is een matrix opgesteld, waarin is vastgelegd voor welke activiteiten van GGD'en er recht bestaat op BTW-compensatie. De inrichting van een GGD-dossier valt wel onder deze compensatie, maar activiteiten ten behoeve van de jeugdgezondheidszorg niet. Omdat het GGD-dossier voor meer dan 90% gebruikt zal worden ten behoeve van de jeugdgezondheidszorg, bestaat geen of slechts zeer beperkt recht op compensatie van betaalde BTW.

Ad 2. In beginsel is de coöperatie belastingplichtig voor de BTW voor de diensten die voor de leden worden uitgevoerd. Er bestaat echter ook recht op teruggaaf van BTW voor de coöperatie voor de

door de coöperatie betaalde BTW (saldering, aftrek van voorbelasting), voor zover die uitgaven in verband staan met de diensten die de coöperatie aan haar leden levert. Of een vrijstelling kostenbesparend werkt, hangt derhalve af van de vraag welke diensten de coöperatie voor haar leden levert en hoe die diensten zich verhouden tot de BTW-compensatiemogelijkheden voor de leden. Indien er geen sprake is van volledige saldering en er BTW blijft 'hangen' in de coöperatie, kan vrijstelling nuttig en kostenbesparend zijn, omdat er dan geen 'surplus' van BTW door de leden aan de coöperatie hoeft te worden betaald. Daarvan kan sprake zijn indien niet op alle kosten van de coöperatie BTW zal drukken, terwijl wel alle kosten van de coöperatie in de contributie of anderszins in rekening gebracht zullen worden aan de leden.

Van een dergelijke vrijstelling kan sprake zijn op grond van artikel 11, eerste lid, onderdeel u Wet op de omzetbelasting 1968, een vrijstelling voor diensten van zogenaamde koepelorganisaties. Koepelorganisaties zijn op te vatten als samenwerkingsverbanden van partijen. Er gelden geen specifieke vereisten van rechtsvorm, hoewel vastgesteld kan worden dat de rechtsvorm coöperatie zich bij uitstek leent voor 'koepel-activiteiten'. De vrijstelling geldt voor koepelorganisaties van partijen die zelf voor hun eigen activiteiten ofwel aanspraak kunnen maken op een BTW-vrijstelling, ofwel activiteiten verrichten die buiten het bereik van de BTW vallen (zoals de uitoefening van publieke taken door publiekrechtelijke lichamen). Vereiste is wel dat van de leden (slechts) betaling van hun aandeel in de gemeenschappelijke kosten worden gevraagd en dat toepassing van een BTW-vrijstelling op de diensten van de koepelorganisatie geen ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen oplevert ten opzichte van marktpartijen die (wel) BTW verschuldigd zijn. ICT-diensten zijn echter uitgezonderd van deze vrijstelling, omdat dat concurrentievervalsing zou kunnen werken. Uit wetshistorie en jurisprudentie blijkt echter dat ook in die gevallen toch sprake kan zijn van vrijstelling, omdat de concurrentie zich bevindt in de markt tussen coöperatie en leveranciers en niet in de relatie tussen de coöperatie en haar leden.

Omdat er in dit dossier geen sprake is van een keuze voor wel of geen vrijstelling en er zowel argumenten voor of tegen vrijstelling zijn, zijn adviseurs en initiatiefnemers tot de conclusie gekomen dat dit onderwerp op korte termijn per brief aan de belastingdienst zal worden voorgelegd. De resultaten van dit overleg vereisen echter dat sprake is van een concreet voornemen tot oprichting van een coöperatie en een daadwerkelijke oprichtingsakte, de belastingdienst doet geen uitspraak over theoretische scenario's. Het antwoord (vrijstelling of niet) is dan ook niet zozeer van belang voor het al dan niet oprichten van een coöperatie, maar vooral voor de vraag welke activiteiten op termijn worden ondergebracht in de coöperatie. Vanzelfsprekend worden geen activiteiten in de coöperatie ondergebracht, die kostenverhogend zullen werken. Het vraagstuk BTW-plicht is derhalve geen belemmering om tot oprichting van een coöperatie over te gaan.

Vennootschapsbelasting

Per 1 januari 2016 geldt het vennootschapsregime ook voor bepaalde activiteiten van GGD'en. Het wetsvoorstel is op 26 mei de Eerste Kamer gepasseerd en zal binnenkort in het Staatsblad worden gepubliceerd. Kern van het wetsvoorstel is dat het beoogd *"de vennootschapsbelasting (Vpb) zodanig aan te passen dat overheidsondernemingen die economische activiteiten ontplooiën op een markt waarop ook niet-overheidsondernemingen (private ondernemingen) actief zijn, op dezelfde wijze aan de heffing van vennootschapsbelasting worden onderworpen als die private ondernemingen"*.

Omdat de duiding van deze wetswijziging door de belastingdienst nog niet heeft plaatsgevonden, zal dit onderwerp ook in de genoemde brief aan de belastingdienst worden opgenomen. De verwachting van de adviseurs is dat er om drie redenen sprake zal zijn van vrijstelling van de vennootschapsbelasting :

1. Bij de vormgeving van de vrijstellingen in de nieuwe wet geldt als uitgangspunt dat voor de fiscale behandeling zo min mogelijk onderscheid wordt gemaakt naar de juridische vorm waarin activiteiten worden ontplooid. Daarmee gelden vrijstellingen in beginsel op gelijke wijze voor zowel directe (de onderneming van een gemeente) als indirecte overheidsbedrijven (de onderneming van een gemeenschappelijke regeling of coöperatie in handen van gemeenten). Als er derhalve sprake zou zijn van vrijstelling voor afzonderlijke GGD'en, geldt die vrijstelling ook voor samenwerkingsverbanden, waarin dezelfde activiteit wordt uitgeoefend.
2. De wet kent de mogelijkheid van quasi-inbesteding. Het maakt hiermee niet uit of een ondersteunende activiteit intern (binnen de GGD'en of gemeenten) wordt gehouden of – om wat voor reden dan ook – ondergebracht in een privaatrechtelijke rechtspersoon (zoals de coöperatie). Naar de indruk van de adviseurs *"zou toepassing van deze vrijstelling voor de coöperatie denkbaar moeten zijn wanneer de coöperatie uitsluitend presteert aan haar leden"*.

3. Een vergelijkbare redenering als onder 2 geldt voor samenwerkingsverbanden van gemeenten. Adviseurs stellen hierover: *“De participatie van partijen in de coöperatie en de wijze waarop partijen de kosten voor de diensten door de coöperatie zullen dragen, zal naar onze indruk voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van deze vrijstelling. Hoewel de keuze voor de meest geschikte juridische vorm moet zo min mogelijk worden verstoord door de fiscaliteit, is die van de coöperatie nu juist bij uitstel een illustratie voor de beoogde samenwerking”*.

Los van deze positieve duiding van de zijde van de adviseurs zal – zoals eerder gesteld – ook dit dossier aan de belastingdienst worden voorgelegd. Daarvoor is nodig dat de oprichtingsakte voldoende informatie bevat, op grond waarvan de belastingdienst tot een uitspraak moet kunnen komen. Volgens de adviseurs is dit in de nu voorliggende oprichtingsakte het geval.

Beantwoording overige vragen

In het navolgende schema zijn alle overige, binnengekomen vragen beantwoord.

Nr	Vraag	Antwoord
1.	Moet toestemming worden gevraagd aan de provincie?	Toestemming is niet nodig, de nieuwe WGR stelt in artikel 31a in het volgende: “ <i>“1. Het algemeen bestuur van het openbaar lichaam of het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien de regeling in deze mogelijkheid voorziet en dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.</i> <i>2. Het besluit wordt niet genomen dan nadat de raden van de deelnemende gemeenten een ontwerpbesluit is toegezonden en in de gelegenheid zijn gesteld hun wensen en bedenkingen ter kennis van het algemeen bestuur van het openbaar lichaam of het bestuur van de bedrijfsvoeringsorganisatie te brengen.”</i> Zelfs het aangaan van een GR hoeft alleen maar gemeld te worden bij de provincie, het begrip toestemming kent de WGR in dit kader niet.
2.	Heeft de juridisch adviseur hiernaar gekeken?	Bij het opstellen van het voorstel zijn er uitgebreide juridische adviezen ingewonnen bij Teekens Karstens. Ook de concept oprichtingsakte is door Teekens Karstens opgesteld. Teekens Karstens heeft daarbij ook getoetst op de WGR en het BBV. Fiscale aspecten zijn extra getoetst door Verder Fiscaal Adviseurs (zie samenvatting) en zullen schriftelijk worden voorgelegd aan de belastingdienst.
3.	Doel is heel algemeen. De GGD's zouden hier zomaar de hele Informatisering en Automatisering in kunnen stoppen. Is dit de bedoeling?	Bij het oprichten van een rechtspersoon is het niet ongebruikelijk om een bredere doelstelling op te nemen, zodat geanticipeerd kan worden op latere ontwikkelingen, als de deelnemende organisaties daartoe zouden besluiten. Belangrijker is dat de besluitvorming over wat er in de coöperatie wordt ingebracht, transparant is en dat gemeenten daar via hun portefeuillehouder in het AB bij betrokken zijn. De organisatie wordt door de directeur vertegenwoordigd in de coöperatie. De directeur heeft een mandaat van het Algemeen Bestuur en dient altijd binnen dit mandaat te handelen. De leden van het AB handelen op hun beurt weer binnen het mandaat van hun gemeente. Als de meerderheid van gemeenten vindt dat er sterke beperkingen aan dat mandaat moet worden gegeven, kan daartoe besloten worden. Het is overigens niet de bedoeling om op enig moment de gehele Informatisering en Automatisering hierin te stoppen. In deze fase gaat het uitsluitend over het digitaal GGD-dossier.

4.	De coöperatie kan deel nemen, samenwerken, financiering in andere ondernemingen met soortgelijk doel. Moeten we dit zo vrij laten?	Hiervoor geldt hetzelfde als onder punt 3. Als je dit niet in algemene zin mogelijk zou maken, moet het Algemeen Bestuur voor ieder deelbesluit terug naar alle gemeenteraden om samenwerking of financiering mogelijk te maken. Het zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat bepaalde applicaties of functies bij een andere rechtspersoon zijn ondergebracht (bijvoorbeeld aansluiting bij het Landelijk Schakelpunt) en het zou de reguliere bedrijfsvoering wel erg belemmeren als alle gemeenteraden iedere keer hierover apart hun wensen of bedenkingen zouden moeten formuleren.
5.	De coöperatie kan geldleningen aangaan, is dit de bedoeling?	Dit is ook een standaard onderdeel van een oprichtingsakte. Als bijvoorbeeld een contract wordt ondergebracht bij de coöperatie, zal de coöperatie de leverancier moeten betalen. Soms is er sprake van meerjarige investeringen. In dat geval kan het nodig zijn dat de coöperatie een lening aangaat en jaarlijks een bijdrage van de leden ontvangt.
6.	De oprichtingsakte kent wel heel veel organen, AB, DB en directie en hoe gaan ze dit allemaal invullen?	Ook hiervoor geldt dat gekozen is voor een ruime benadering. Er moet immers rekening mee worden gehouden dat op enig moment 20 of meer GGD'en zouden willen meedoen en voor die situatie moet je iets geregeld hebben. Maar zeker in het begin zal er sprake zijn van slechts twee bestuursleden en geen directie.
7.	Binnen zes maanden een jaarrekening vaststellen? Dit klopt niet met de GR - wetgeving waar de GGD onder valt.	Dit is juridisch getoetst. Voor coöperaties geldt het Burgerlijk Wetboek en daarin is deze termijn opgenomen. In de jaarrekening van de GGD wordt de bijdrage aan de coöperatie opgenomen.
8.	Is een algemene reserve noodzakelijk?	De mogelijkheid wordt open gelaten. Uiteraard wordt er alleen maar een reserve gevormd als dit om bedrijfsmatige reden nodig is (bijvoorbeeld solvabiliteits-eisen) en valt binnen het mandaat dat de besturen van de deelnemende GGD'en hebben vastgesteld.
9.	Kunnen GGD'en die niet opereren onder de naam GGD ook lid worden. Voorstel om andere formulering te gebruiken: <i>"lid van de coöperatie kunnen uitsluitend zijn openbare lichamen waaraan taken zijn toegekend ter uitvoering van de Wet publieke Gezondheid"</i> .	Dank voor deze suggestie. Deze is voorgelegd aan de 'begeleidende juristen' en zal worden meegenomen bij de 'finishing touch' van de oprichtingsakte.
10.	Er bestaat een discrepantie tussen de brief van de RDOG en de oprichtingsakte. Het gaat niet alleen om een aanbestedingstraject, er wordt een nieuwe automatiseringsafdeling (extra afdeling, organisatie) opgericht. Graag toelichting. Zie art. 4 lid 1 en 2.	In artikel 4.1. en 4.2. is geen sprake van het oprichten van een afdeling, maar uitsluitend van het opsommen van mogelijk te verrichten activiteiten. Een dergelijke opsomming is nodig om een toetsing met betrekking tot BTW-plicht en vennootschapsbelasting mogelijk te maken. In de praktijk gaat het vooral over contractbeheer. Waar er sprake is van overleg met leveranciers en dergelijke, zal dat overleg plaats vinden door medewerkers van deelnemende GGD'en, namens de coöperatie.
11.	In verband met recente problemen met ict trajecten bij de overheid: maakt deze coöperatie de controle niet	Uiteraard vindt er binnen de coöperatie ook een accountantscontrole plaats. Artikel 22 lid 5 regelt dat alle relevante stukken ter beschikking staan van alle leden en derhalve ook van alle accountants van alle leden.

	lastiger? Is de controle geborgd?	
12.	Als de statuten van de coöperatie gewijzigd worden, wordt de raden dan weer een zienswijze gevraagd?	Nee, de WGR bepaalt dat wensen en zienswijze van Raden alleen bij oprichting of deelname worden gevraagd. Bij statutenwijzigingen geldt uiteraard wel dat de bestuursleden van de coöperatie hierover hun bestuur zullen raadplegen, als de betreffende wijziging niet binnen hun mandaat valt.
13.	Wat kost het project en hoe wordt het betaald?	De kosten van het project betreffen met name de aanbestedingsprocedure en de aanschaf, implementatie en exploitatie van de applicatie voor het digitaal dossier. Deze worden uit de reguliere middelen binnen de RDOG HM betaald. De kosten van de oprichting van de coöperatie maken maar een zeer klein onderdeel van dit geheel uit.
14.	Is al bekend of er meer GGD'en meedoen?	Verschillende GGD'en hebben al aangegeven te willen aansluiten. Het enthousiasme is groot. Initiatiefnemers hebben echter besloten eerst tot oprichting over te gaan en het contract met de leverancier van het digitaal dossier daadwerkelijk in de coöperatie onder te brengen en daarna pas uitbreiding met andere deelnemers op te pakken. Anders wordt besluitvorming te complex en dreigt vertraging. Uiteraard is wel geregeld dat iedere uitbreiding gepaard gaat met een bijdrage aan de initiële, eenmalige kosten van aanbesteding van de applicatie en oprichting van de coöperatie.

J. de Gouw
Leiden, 31 mei 2015