

Memo

Aan Het algemeen bestuur van Het Utrechts Archief
 T.a.v. mevrouw C. Keijsper

Van Anouk Hofman

Plaats/Datum Eindhoven, 30 mei 2023

Betreft Modelregeling in relatie tot rapportage Berenschot

Geacht bestuur,

Zoals bij u bekend is, is inmiddels voor alle regionale historische centra (hierna: "**RHC's**") een nieuw model voor de gemeenschappelijke regeling opgesteld. In deze modelregeling zijn de volgende ontwikkelingen verwerkt:

- a) de wijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen per 1 juli 2022;
- b) de inwerkingtreding van de Wet elektronische Publicaties per 1 juli 2021;
- c) de nog in werking te treden Archiefwet 2021, en;
- d) de uittreding van het Rijk per januari 2025.

Specifiek voor Het Utrechts Archief (hierna: "**HUA**") geldt dat het adviesbureau Berenschot een advies heeft uitgebracht over de wijze waarop de gemeenschappelijke regeling van HUA kan worden voortgezet na de voorziene uittreding van het Rijk. Met name wordt daarin uitgebreid stilgestaan bij de wijze waarop kan worden geborgd dat er geen aanbestedingsplicht ontstaat. Het memo van Berenschot dateert van 8 september 2022. Naar aanleiding van dit memo heeft Berenschot nog een second opinion uitgebracht. Deze dateert van 22 februari 2023. De vragen die naar aanleiding van de second opinion nog resteerden, heeft Berenschot beantwoord in de eindrapportage van 19 mei 2023. Nu de genoemde rapportages op elkaar voortborduren, worden de rapportages hierna tezamen besproken als "**het Berenschot-rapport**").

Het onderhavige memo gaat uitdrukkelijk in op de wijze waarop in de modelregeling rekening is gehouden met de gesignaleerde aandachtspunten en risico's uit het Berenschot-rapport. Om u daarvan een goed overzicht te schetsen, zet ik echter (i) eerst de hoofdlijnen van de wetswijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen uiteen en ga ik (ii) in op de hoofdlijnen van het Berenschot-rapport.

I. HOOFDLIJNEN VAN DE WETSWIJZIGING VAN DE WET GEMEENSCHAPPELIJKE REGELINGEN

De wetswijziging van de Wet gemeenschappelijke regelingen (hierna: "**Wgr**") heeft tot doel om de gemeenteraden en provinciale staten in een betere informatiepositie te brengen. Om dit doel te bereiken voorziet de wetswijziging in een aantal nieuwe instrumenten die in iedere gemeenschappelijke regeling moeten worden verwerkt. Dit betreffen de volgende instrumenten:

- **Facultatieve zienswijzeprocedure voor besluiten:**
In iedere gemeenschappelijke regeling moet worden opgenomen of, en zo ja, voor welke besluiten er een voorafgaande zienswijze van de raden of van provinciale staten wordt gevraagd. Het is aan het HUA zelf om te bepalen welke besluiten zich voor een zienswijze lenen. In de modelregeling wordt voorgesteld dat deze facultatieve zienswijzeprocedure wordt geïntroduceerd voor (i) het ontwerpmeerjarenbeleidsplan en de ontwerpmeerjarenbegroting en (ii) de opheffing van de regeling. De bevoegdheid tot het geven van zienswijzen op de meerjarenbegroting en het meerjarenbeleidsplan wordt voorgesteld in artikel 18 lid 3 van de gemeenschappelijke regeling van het HUA en de bevoegdheid tot het geven van een zienswijze bij opheffing van de regeling wordt voorgesteld in artikel 38.
- **Participatie van ingezetenen en belanghebbenden:**
In de gemeenschappelijke regelingen moet worden opgenomen of, en zo ja, op welke wijze ingezetenen en belanghebbenden kunnen participeren over de totstandkoming en uitvoering van beleid. In de modelregeling wordt voorgesteld dat de participatie via de deelnemers verloopt. Het HUA zal, met andere woorden, niet zelf in een vorm van participatie gaan voorzien. De reden daarvan is, dat het archiefbeleid wordt vastgesteld door de gemeenteraden en provinciale staten zelf.
- **Actieve informatieplicht:**
In de gemeenschappelijke regeling moet nu worden opgenomen op welke wijze door het bestuur van het HUA actief informatie wordt verschaft aan de raden en provinciale staten. Na artikel 15 wordt daarvoor een nieuw artikel voorgesteld.
- **Begroting:**
De termijnen voor het toezenden van de ontwerpbegroting aan de raden en provinciale staten zijn gewijzigd. Deze gewijzigde termijnen zijn in de modelregeling verwerkt. Daarnaast is voor het dagelijks bestuur de verplichting geïntroduceerd om te reageren op ingediende zienswijzen op de ontwerpbegroting.
- **Evaluatiebepaling:**
In de gemeenschappelijke regeling moet worden opgenomen of er wordt geëvalueerd en zo ja, waar de evaluatie op ziet. De evaluatiebepaling is toegevoegd in artikel 39 en ziet daarop dat er geëvalueerd wordt indien het algemeen bestuur daartoe besluit.
- **Aanscherping uittredingsregeling:**
Tot slot wordt het HUA als gevolg van de wetswijziging verplicht om de uittredingsregeling aan te scherpen. Niet gewijzigd is evenwel dat het algemeen bestuur het uittredingsplan vaststelt.

II. HOOFDLIJNEN VAN HET BERENSCHOT-RAPPORT

In relatie tot de voornoemde wetswijziging zijn de volgende hoofdpunten uit het Berenschot-rapport relevant.

- **Beste optie: taakoverdracht ("delegatie-uitzondering")**

Belangrijk is in de eerste plaats dat het Berenschot-rapport de beste opties ziet om bij het continueren van de gemeenschappelijke regeling HUA gebruik te gaan maken van de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht. Van belang is dan wel, dat er door de deelnemers aan HUA geen sprake mag zijn van concrete inmenging in de uitvoering van de overgedragen taken.

- **Invloed van raad en staten mag niet verder gaan dan noodzakelijk**

Een belangrijke bevinding is voorts, dat de raad, provinciale staten, het college en gedeputeerde staten bij gebruikmaking van de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht, feitelijk niet meer beslissende bevoegdheden mogen gaan uitoefenen of niet meer inlichtingen en verantwoording mogen gaan verlangen dan waartoe zij op grond van de wet en de gemeenschappelijke regeling bevoegd zijn. De politiek-bestuurlijke realiteit zou namelijk anders zijn, omdat het HUA altijd gefunctioneerd heeft vanuit de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van quasi-inbesteding, hetgeen meer controle van de deelnemers vereist. Om een en ander goed in te kunnen bedden, adviseert Berenschot om een striktere scheiding tussen de taken van het algemeen en dagelijks bestuur aan te brengen en om de overgedragen taken in beginsel bij het dagelijks bestuur te beleggen (zie artikel 57 Wgr).

- **Wetswijziging Wgr: raad en staten mag niet meer invloed krijgen op het HUA**

Tot slot adviseert Berenschot dat de gemeenteraad en provinciale staten bij de implementatie van de wetswijziging van de Wgr niet meer invloed mogen krijgen op hetgeen plaatsvindt in de gemeenschappelijke regeling. Met name worde geadviseerd om iedere inmenging "aan de voorkant" van de besluitvorming te vermijden. Berenschot adviseert dan ook om af te zien van de met de wetswijziging geïntroduceerde mogelijkheid tot het verlangen van aanvullende zienswijzen.

III. MODELREGELING IN RELATIE TOT BERENSCHOT-RAPPORT

Hierna wordt uiteengezet op welke wijze in de modelregeling rekening is gehouden met de bevindingen uit het Berenschot-rapport.

- **Behoud aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht ("delegatie-uitzondering")**

In de eerste plaats is bij het opstellen van de wijzigingsvoorstellen in het oog gehouden dat het HUA ook voor de toekomst een beroep kan doen op de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht ("delegatie-uitzondering"). Voor een beroep op deze uitzondering is het noodzakelijk dat de deelnemers aan het HUA hun bevoegdheden delegeren aan het algemeen bestuur van het HUA.¹ Hét uitgangspunt van delegatie is namelijk dat de deelnemers na delegatie van hun bevoegdheden aan het HUA, hun bevoegdheden kwijt zijn en dat zij die bevoegdheden niet meer zelf kunnen uitoefenen.² Zij mogen ook geen instructies meer geven in een individueel geval.

In dit geval is in artikel 2b van de modelregeling in de voornoemde delegatie voorzien. Daaruit volgt namelijk dat de taken en bevoegdheden uit de Archiefwet 2021 worden overgedragen aan het HUA.

- **Bevoegdheden berusten zoveel als mogelijk bij dagelijks bestuur**

In de tweede plaats is geborgd dat de bevoegdheden van het HUA zoveel als mogelijk berusten bij het dagelijks bestuur. Zoals namelijk ook volgt uit het Berenschot-rapport, volgt uit de Wgr dat alle bevoegdheden die door de deelnemers aan het HUA zijn overgedragen in principe berusten bij het algemeen bestuur³, *tenzij* deze bevoegdheden in de gemeenschappelijke regeling zijn overgedragen aan het dagelijks bestuur. Nu het dagelijks bestuur zich moet richten naar het belang van de gemeenschappelijke regeling, verdient het de voorkeur om zoveel mogelijk bevoegdheden bij het dagelijks bestuur te laten landen.

Bij het opstellen van de modelregeling is vervolgens bezien of een aanvullende overdracht van de bevoegdheden van het algemeen bestuur aan het dagelijks bestuur nodig is.

Ter voorkoming van iedere onduidelijkheid en indachtig de Berenschot-rapportage wordt thans voorgesteld om aan artikel 14 toe te voegen dat alle in artikel 2b overgedragen taken en bevoegdheden toekomen aan het dagelijks bestuur. Het concrete tekstvoorstel luidt als volgt:

¹ Zie artikel 10:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: "Awb").

² Zie artikel 10:17 van de Awb.

³ Zie artikel 33b van de Wgr voor enkele uitzonderingen.

Het dagelijks bestuur is in ieder geval belast met:

- *het voeren van het dagelijks bestuur van Het Utrechts Archief;*
- *de taken en bevoegdheden als bedoeld in artikel 2b;*
- *etc.*

- **Duidelijke omschrijving van het toezicht dat op HUA wordt uitgeoefend**

In de derde plaats volgt uit de Berenschot-rapportage het advies om in de gemeenschappelijke regeling van HUA duidelijk uit te schrijven op welke wijze er toezicht kan worden uitgeoefend door het college, de gemeenteraden, gedeputeerde staten en provinciale staten.

Aan die oproep is gehoor te geven middels de introductie van een geheel nieuw hoofdstuk IX. In dit hoofdstuk is de informatie- en verantwoordingsplicht van het AB en DB tegenover de raden, colleges, gedeputeerde en provinciale staten expliciet geregeld. Nu uit de Berenschot-rapportage het advies volgt om niet meer toezicht uit te oefenen dan hetgeen strikt noodzakelijk is, is in hoofdstuk IX volstaan met de minimale wettelijke verplichtingen tot het afleggen van verantwoording en het geven van inlichtingen.

Daarbij wordt nog voor de goede orde opgemerkt dat met het afleggen van verantwoording en het verstrekken van inlichtingen door de colleges, raden, gedeputeerde staten en provinciale staten *niet* gestuurd kan en mag worden op concrete besluiten. De delegatie-uitzondering verbiedt het namelijk dat in concrete gevallen aanwijzingen kunnen worden gegeven. Een inlichtingen- en verantwoordingsplicht kan daar niets aan veranderen.

- **Zienschwizen: borging dat mogelijkheid tot indiening van zienschwizen niet ziet op concrete besluitvorming**

Ten aanzien van de met de wetswijziging geïntroduceerde mogelijkheid tot het indienen van zienschwizen, wordt iets afgeweken van het Berenschot-rapport. De reden daarvoor is als volgt.

Om gebruik te kunnen maken van de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht, volgt uit randnummer 4.3 van het Berenschot-rapport dat aan de volgende eisen moet worden voldaan: de instantie aan wie de bevoegdheden worden overgedragen moet voldoende (financieel) autonoom zijn en onder eigen bevoegdheid handelen. Er mag daarbij maar een beperkte vorm van toezicht zijn die geen inmenging in de concrete uitvoering van overgedragen taken mag betekenen.⁴ Aan deze passage dient echter nog uitdrukkelijk de volgende nuance te worden toegevoegd: op grond van vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie mag er wel sprake zijn van *enig toezicht* op de archiefbeheertaken. Het toezicht mag echter niet zover gaan dat

⁴ Zie ook Conclusie AG Mengozzi, zaak C-51/15 (Remondis) pt. 56.

sprake is van inmenging in de *concrete wijze van uitvoering* van de archiefbeheertaken, of dat concrete beslissingen de *voorafgaande goedkeuring* behoeven.⁵ Deze nuancering maakt Berenschot overigens ook in haar eindrapportage van 19 mei jl.

Juist indachtig de voornoemde nuancering zijn de voorstellen tot het introduceren van een zienswijzemogelijkheid op het concept van het meerjarenbeleidsplan, de meerjarenbegroting en de opheffing van de regeling voorgesteld. Hét kenmerk van een zienswijze is namelijk dat een zienswijze het bestuur geenszins verplicht om die over te nemen. Een zienswijze is namelijk niet bindend, waarbij geldt dat de voorgestelde zienswijze op het meerjarenbeleidsplan en de meerjarenbegroting geenszins betrekking heeft op een concreet besluit of op de concrete wijze van uitvoering van de archiefbeheertaken.

Gelet dus op de constatering dat de voorgestelde zienswijzen er niet toe leiden dat geen beroep meer kan worden gedaan op de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht, maar daarmee wel tegemoet wordt gekomen aan de wens van de wetgever om de raads- en statenleden in een betere informatiepositie te brengen, zijn de zienswijzemogelijkheden voorgesteld.

Bij het voorgaande merk ik op dat uw bestuur uiteraard van de wijzigingsvoorstellen mag afwijken. Indien uw bestuur aldus besluit om het voornoemde voorstel tot introductie van een zienswijzemogelijkheid op het concept meerjarenbeleidsplan, de meerjarenbegroting en de opheffing van de regeling niet over te nemen, dan staat haar dat vrij. Vanuit juridisch oogpunt is er echter geen noodzaak om de voorgestelde zienswijzen niet over te nemen.

IV. TOEKOMSTIGE RELATIE MET HET RIJK

Los van het voorgaande is voor de opgestelde modelregeling nog van belang dat inmiddels het concept convenant tussen de RHC's en het Rijk gereed is (datum: 24 mei 2023). Dit convenant zal de basis vormen voor de toekomstige relatie tussen het Rijk en de RHC's.

Uit de overwegingen bij dit concept-convenant volgt dat het Rijk het voornemen heeft dat een aantal taken ook na haar uittreding per 1 januari 2025 bij de RHC's belegd blijven. Artikel 3.1 van het wetsvoorstel voor de Archiefwet 2021 biedt de wettelijke grondslag voor het overdragen van deze taken en bevoegdheden aan het dagelijks bestuur. Artikel 3.2 voorziet vervolgens in een financiële tegemoetkoming (SPUKS). Deze in de wet opgenomen vorm van overdracht van taken en bevoegdheden wordt "allo-delegatie" genoemd.⁶ Uit de wet volgt dat op een zogenaamde allo-delegatie de "gewone"

⁵ Hvj 18 juni 2020, C-328/18, Porin; Hvj 21 december 2016, C-51/15, Remondis.

⁶ Zie artikel 10:20 Awb en p. 76 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel voor de Archiefwet 2021, raadpleegbaar via: [kst-35968-3.pdf](https://www.officielebekendmakingen.nl/kst-35968-3.pdf) ([officielebekendmakingen.nl](https://www.officielebekendmakingen.nl))

bepalingen omtrent delegatie van overeenkomstige toepassing zijn. Concreet betekent dit dat het dagelijks bestuur van het HUA zich na 1 januari 2025 bij de uitoefening van de door het Rijk overgedragen taken ook op de aanbestedingsrechtelijke uitzondering van taakoverdracht kan en mag beroepen.

V AFSLUITING

Mocht u over het voorgaande nog vragen hebben, dan ben ik vanzelfsprekend bereid om die te beantwoorden.

Met vriendelijke groet,



Anouk Hofman
Advocaat