

MEMO

STRIKT VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE
ADVOCAAT/CLIËNT

AAN Provincie Utrecht
[..]

VAN Harro Coppens & Marc Wintgens
Advocaten
Rutger van Thiel
Notaris

TELEFOON +31 88 253 59 85

FAX +31 88 253 56 30

E-MAIL hcoppens@akd.eu | mwintgens@akd.eu
rvanthiel@akd.eu

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
KOPIE AAN

ONDERWERP Vliegbasis Soesterberg; Projectorganisatie

I. INLEIDING

1. De provincie Utrecht (hierna: “de **Provincie**”) heeft AKD verzocht te adviseren over de wijze waarop uitvoering kan worden gegeven aan de realisatie van het voornemen om circa 20 hectare van de voormalige Vliegbasis Soesterberg te herontwikkelen tot woningbouwlocatie. De woningbouwlocatie is onderdeel van het bredere programma gericht op transformatie en revitalisatie van de voormalige Vliegbasis Soesterberg tot een gebied met een hoogwaardige ruimtelijke kwaliteit, waarin diverse deelprojecten zijn voorzien, deels gericht op natuurontwikkeling (o.a. Park Vliegbasis Soesterberg en Corridor Camp New Amsterdam) en deels op woningbouw, zorg- en recreatieve voorzieningen (Woonwijk Vliegbasis, Kavels Dolderseweg en kavel Amersfoortseweg).
2. Bij de beoogde herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg werkt de Provincie sinds 2009 samen met de gemeenten Zeist en Soest, met wie sinds 2004 ook wordt samengewerkt in het kader van het ruimtelijk programma “Hart van de Heuvelrug”. Hoewel de voormalige Vliegbasis Soesterberg formeel geen onderdeel is van dit programma, is de beoogde herontwikkeling hier wel in fysieke zin nauw mee verbonden.
3. De Provincie, de gemeente Zeist en de gemeente Soest hebben op 14 april 2011 hun afspraken terzake de voormalige Vliegbasis Soesterberg geformaliseerd in een samenwerkingsovereenkomst.
4. In dit kader is vervolgens een “Ruimtelijk plan en een beheer- en inrichtingsplan” opgesteld. Daarnaast heeft de Provincie de eigendommen van de gronden van de voormalige Vliegbasis Soesterberg verworven van het Ministerie van Defensie en zijn in 2013 bestemmingsplannen voor de realisatie van de verschillende deelprojecten onherroepelijk geworden.
5. Omdat de samenwerkingsovereenkomst uit 2011 eindigde met het onherroepelijk worden van de bestemmingsplannen hebben partijen - nadat ook de financiële haalbaarheid van de beoogde herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg was vastgesteld - op 5 juni 2015 een nieuwe

In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op <https://www.akd.eu/>.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 2 van 30

samenwerkingsovereenkomst gesloten gericht op de realisatie van de herontwikkelingsplannen (hierna "SOK 2015", en is tegelijkertijd tussen dezelfde partijen de samenwerkingsovereenkomst Hart van de Heuvelrug tot stand gekomen, gericht op realisatie van het Programma Hart van de Heuvelrug dat nauw verbonden is met de beoogde herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg.

6. Omdat de Provincie in artikel 9 van de SOK 2015 (onder andere) voor wat betreft de herontwikkeling van (een deel van) de voormalige Vliegbasis Soesterberg tot woningbouwlocaties als projectverantwoordelijke is aangewezen, heeft de Provincie zich beraden over de wijze waarop zij invulling wil en kan geven aan deze rol.
7. Mede aan de hand van het advies van Fakton Consultancy d.d. 26 juni 2020 identificeren wij in dit kader en op hoofdlijnen de navolgende drie opties:
 - a. de Provincie richt een vennootschap op en belast deze vennootschap (al dan niet namens de Provincie) met de realisatie van de herontwikkelingsopgave (Externe Variant);
 - b. de Provincie brengt deze opgave onder in een interne ambtelijke projectorganisatie (Interne Variant); danwel
 - c. de Provincie selecteert een marktpartij en geeft deze de opdracht om op basis van een daartoe strekkende inschrijving de herontwikkelingsopgave (al dan niet namens de Provincie) te realiseren.
8. Naar wij hebben begrepen is er binnen de Provincie vooralsnog onvoldoende politiek-bestuurlijk draagvlak voor het onder sub (c) hiervoor genoemde alternatief. In dit advies beperken wij ons derhalve tot een onderzoek naar de haalbaarheid en de voor- en nadelen van de hiervoor sub (a) en (b) genoemde alternatieven opdat op basis daarvan een concrete beleidskeuze kan worden gemaakt en de projectorganisatie kan worden ingericht.
9. Bij de totstandkoming van dit advies hebben wij gebruik gemaakt van de van de Provincie ontvangen documenten en informatie, opgesomd in **Bijlage 1** bij dit advies.

II. LEESWIJZER

10. Na een managementsamenvatting (onder III) waarin de belangrijkste conclusies en adviezen uit dit memorandum verkort zijn weergegeven, volgt een korte beschrijving van de Externe Variant (onder IV) en Interne Variant (onder V). In onderdeel VI gaan wij vervolgens in op de wijze waarop bij gebruikmaking van de Externe Variant, Project B.V. kan worden opgericht. In dit deel beschrijven wij onder andere de oprichtingsvereisten, de organen van de vennootschap, het bestuur en de controle daarop.
11. In onderdeel VII onderzoeken wij vervolgens of er wettelijke belemmeringen bestaan die aan de oprichting van Project B.V. in de weg staan. Omdat dit reeds onderdeel was van de eerdere analyse door Fakton Consultancy, hebben wij hun conclusie dat de oprichting van Project B.V. voldoet aan de voorwaarden ex artikel 158 Provinciewet vooralsnog als uitgangspunt genomen. Vervolgens inventariseren wij welke randvoorwaarden gelden bij de uitvoering van de werkzaamheden door Project B.V. (onder VIII). Te denken

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 3 van 30

valt aan aanbestedingsverplichtingen, staatssteunregelgeving en verplichtingen voortvloeiende uit de Wet markt & overheid. Wij concluderen dat er in dit kader relevante randvoorwaarden gelden, maar dat deze niet in de weg staan aan de beoogde uitvoering door Project B.V. van haar taken uit hoofde van de nog te sluiten overeenkomst van opdracht met de Provincie, gericht op de beoogde herontwikkelingsopgave van (een deel van) de voormalige Vliegbasis Soesterberg. Terzijde merken wij op dat de hiervoor genoemde randvoorwaarden voor een groot deel ook relevant zijn ingeval de Provincie zou besluiten de projectorganisatie in te richten conform de Interne Variant.

12. In onderdeel IX inventariseren wij vervolgens de fiscale gevolgen van beide varianten. Wij concluderen dat er geen relevante fiscale overwegingen zijn die aanleiding geven voor een expliciete voorkeur voor één van beide varianten.
13. In onderdeel X bespreken wij tot slot de aandachtspunten indien voor de Interne Variant zou worden gekozen. De wijze waarop de Provincie de projectorganisatie intern organiseert kent geen relevante juridische consequenties (in termen van randvoorwaarden of belemmeringen) en valt daarmee buitende scope van ons onderzoek. De Provincie zal zich hierbij primair kunnen laten leiden door organisatorische en beleidsmatige overwegingen. Wel relevant is de wijze waarop de mandatering wordt georganiseerd (waarbij ook hier geldt dat dit voor beide varianten relevant is). Wij onderschrijven in overwegende mate de eerder verstrekte ambtelijke adviezen waarin al een mandateringsvoorstel (voor beide varianten) is gedaan.
14. Elk van de hiervoor genoemde onderdelen VI tot en met X sluiten wij af met een korte conclusie. Wij eindigen dit memo met een eindconclusie die er kort gezegd op neerkomt dat wij geen relevante (wettelijke en/of fiscale) belemmeringen hebben vastgesteld die in de weg staan aan de uitvoering van de Externe Variant, noch de Interne Variant. Het tegenovergestelde is echter ook waar, in die zin dat er uit hoofde van relevante wet- en regelgeving geen evidente voorkeur bestaat voor één van beide varianten. Naar wij aannemen zal derhalve de keuze van de Provincie met namen kunnen worden bepaald op basis van organisatorisch en/of beleidsmatige voorkeuren.
15. Wel merken wij op dat het karakter van de Externe Variant het voordeel heeft dat de projectorganisatie kan worden ingebed in een geïnstitutionaliseerd kader. De tussen de verschillende stakeholders bestaande taken en verantwoordelijkheden kunnen daardoor transparant en robuust worden ingericht en het vennootschappelijke kader biedt goede mogelijkheden voor een adequate governance. Tegelijkertijd staat daar tegenover dat het institutionele karakter met zich brengt dat de uitvoering en inrichting hiervan bewerkelijker zal zijn dan bij een louter interne projectorganisatie.

III. MANAGEMENTSAMENVATTING

16. Mede op basis van eerdere advisering identificeren wij twee haalbare varianten om invulling te geven aan de beoogde projectorganisatie:
 - d. de Provincie richt een vennootschap op en belast deze vennootschap (al dan niet namens de Provincie) met de realisatie van de herontwikkelingsopgave (Externe Variant);
 - e. de Provincie brengt deze opgave onder in een interne ambtelijke projectorganisatie (Interne

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 4 van 30

Variant).

Externe Variant

17. In de Externe Variant richt de Provincie een externe projectvennootschap op in de vorm van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: "**Project B.V.**"). De Provincie houdt alle aandelen in het kapitaal van deze vennootschap. Op basis van een daartoe strekkende opdracht verbindt Project B.V. zich jegens de Provincie om de ontwikkelopgave uit hoofde van de SOK 2015 namens de Provincie te realiseren.
18. Project B.V. sluit vervolgens voor eigen rekening adviseurs- en/of aannemingsovereenkomsten af met derden in het kader van haar taakvervulling. In dat kader trekt zij ook personeel aan, deels al dan niet op basis van een daartoe strekkende detacheringsovereenkomst met de Provincie.
19. de Externe Variant is schetsmatig weergegeven in de diagram in randnummer 39.
20. Kenmerken Externe Variant:
 - a. Met een (100%) deelneming kiest de Provincie voor publiek aandeelhouderschap. Deelnemingen hebben daardoor drie belangrijke kenmerken:
 - (i) het zijn ondernemingen;
 - (ii) vormgegeven als vennootschap;
 - (iii) met de Provincie als (al dan niet enig) aandeelhouder.
 - b. Met de keuze voor een deelneming beoogt de Provincie op een doelmatige, zakelijke manier de activiteiten die bijdragen aan de borging van publieke belangen te organiseren.
 - c. Een deelneming voorziet bedrijfsmatig in een product of dienst.
 - d. Deelnemingen krijgen de ruimte om te ondernemen. De prikkel om te streven naar efficiëntie die inherent is aan bedrijfsmatige uitvoering door een vennootschap is een belangrijke reden om te kiezen voor een deelneming.
 - e. Deelnemingen staan op afstand van de overheid en de politiek. De betrokkenheid van de Provincie komt voort uit het bezit van (een deel van) de aandelen. Aan deze aandelen zijn zeggenschapsrechten verbonden. Deze zeggenschap is ingekaderd door het vennootschapsrecht. Dit betekent dat de Provincie als aandeelhouder niet gaat over de dagelijkse bedrijfsvoering en aansturing van de betrokken onderneming. Deelnemingen staan weloverwogen op afstand.
21. Ten aanzien van de gronden kan er voor worden geopteerd om deze in te brengen in Project B.V., Nadat de gronden in opdracht van de Provincie bouwrijp gemaakt zijn. De bouwrijpe kavels kunnen in dit scenario door Project B.V. worden verkocht en geleverd aan derden (levering Provincie – Project B.V. (levering A-B) en levering Project B.V. – derden (levering B-C)).
22. Bij gebruikmaking van de Externe Variant concluderen wij dat naar onze mening - en nog los van de vraag of de overige contractspartijen hieraan zouden willen meewerken - geen noodzaak bestaat om Project B.V. als partij toe te laten treden tot de SOK 2015.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 5 van 30

Interne Variant

23. In de Interne Variant wordt de projectorganisatie intern binnen de Provincie georganiseerd. Dit betekent dat de ambtelijke projectorganisatie er voor zorg draagt dat de op de Provincie rustende verplichtingen uit hoofde van de SOK 2015 tot herontwikkeling van de woningbouwlocaties, onderdeel van de voormalige Vliegbasis Soesterberg door de Provincie tijdig en adequaat kunnen worden nagekomen. De Provincie zal daartoe met derden-adviseurs overeenkomsten sluiten (o.a. projectmanagement overeenkomsten, adviesovereenkomsten en aannemingsovereenkomsten) met als doel dat de Provincie uiteindelijk bouwrijpe kavels kan verkopen aan derden (bijvoorbeeld ontwikkelaars, woningcorporaties en particulieren).
24. de Interne Variant is schetsmatig weergegeven in de diagram in randnummer 47.

Oprichting Project B.V.

25. De Provinciewet vereist dat Gedeputeerde Staten een daartoe strekkend besluit moeten nemen voordat kan worden overgegaan tot de daadwerkelijke oprichting van een dergelijke vennootschap (artikel 158 lid 1 Provinciewet). Dit besluit kan pas worden genomen, nadat Provinciale Staten in de gelegenheid zijn gesteld eventuele wensen en bedenkingen ter kennis van Gedeputeerde Staten te brengen. Uit artikel 158 lid 2 van de Provinciewet volgt voorts dat Gedeputeerde voornoemd besluit slechts nemen: "*indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang*". Of aan deze laatste maatstaf kan worden voldaan valt buiten de scope van onze analyse.
26. Er van uitgaande dat het voornemen om Project B.V. op te richten valt binnen de uit artikel 158 Provinciewet voortvloeiende randvoorwaarde en er geen provinciaal deelnemingenbeleid van kracht is waaruit aanvullende randvoorwaarden voortvloeien, zijn er voor de Provincie geen (wettelijke) belemmeringen die in de weg staan aan de beoogde oprichting van de overheidsdeelneming.

Raad van advies

27. Omdat een eventueel in te stellen Raad van Commissarissen gehouden is bij de uitvoering van haar taken steeds te handelen overeenkomstig het vennootschappelijk belang, bestaat het risico dat hierdoor een belangenconflict ontstaat indien dit vennootschappelijk belang zich onverhoopt niet zou verenigen met het provinciaal belang. Leden van de Raad van Commissarissen die ook een (bestuurlijk) functie binnen de Provincie uitoefenen, zouden daardoor in een ongewenste spagaat terecht kunnen komen. Ter voorkoming hiervan adviseren wij dat door Project B.V. een Raad van advies wordt ingesteld. Een Raad van advies is, in tegenstelling tot een raad van commissarissen, niet wettelijk geregeld als gevolg waarvan aan haar taak zelf invulling kan worden gegeven. De leden van de Raad van advies worden niet inschreven in het handelsregister.

Directiestatuut

28. Ter waarborging van een adequate governance structuur, adviseren wij daarnaast een directiestatuut vast te laten stellen (een geheel aan regels en afspraken die betrekking hebben op de verdeling van werkzaamheden, de besluitvorming en bevoegdheden van het bestuur van een besloten vennootschap).

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 6 van 30

In dit directiestatuut kan o.a. worden geborgd in welke gevallen voorafgaande goedkeuring van de aandeelhouder (Provincie) noodzakelijk is.

Aanbestedingsrecht, verboden staatssteun en de Wet markt en overheid

29. Hoewel de oprichting van Project B.V. door de Provincie naar het zich laat aanzien weinig belemmeringen kent, gelden voor de uitvoering van haar werkzaamheden wel degelijk bijzondere randvoorwaarden waar Project B.V. (als overheidsdeelneming) aan gehouden is. Meer in het bijzonder geldt dat Project B.V. kwalificeert als aanbestedende dienst hetgeen betekent dat de Aanbestedingswet 2012 in volle omvang van toepassing is op Project B.V.¹ De toepassing daarvan op Project B.V. verschilt niet van de toepassing wanneer de betreffende overeenkomsten door de Provincie zelf zouden worden gesloten. Dat geldt overigens niet voor opdrachten van de Provincie aan Project B.V., nu dergelijke opdrachten kwalificeren als 'quasi-inbesteding'. Dientengevolge vallen deze afspraken onder de voorwaarden van artikel 2.24a van de Aanbestedingswet 2012, met als gevolg dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het relevante deel van het Europees aanbestedingsrecht is gecodificeerd, niet van toepassing is op overeenkomsten van opdracht tussen de Provincie aan Project B.V.
30. Indien en voor zover Project B.V. ook belast zal worden met de verkoop en levering van bouwrijpe kavels adviseren wij voorzichtigheidshalve om er vooralsnog vanuit te gaan dat eventuele gronduitgifte door Project B.V. dient plaats te vinden conform het gelijkheidsbeginsel als uitgelegd in het Didam-arrest.
31. Ter voorkoming van het risico dat mogelijk ongeoorloofde staatssteun wordt verleend is verder van belang dat de Provincie waarborgt dat zij handelt als marktdeelnemer in een markteconomie. Dit geldt voor zowel de oprichting en kapitalisatie van Project B.V., eventuele betaling wegens door Project B.V. te leveren diensten, als te vragen compensatie voor eventuele door de Provincie te leveren prestaties in natura. Tot slot wijzen wij op de Wet markt & overheid (WM&O) op grond waarvan de Provincie zich in relatie tot Project B.V. aan verschillende voorwaarden zal hebben te houden teneinde te waarborgen dat er geen inbreuk plaatsvindt op de WM&O. Zo kan de Provincie middelen voor haar overheidsbedrijf inzetten, mits dit marktconform en niet-selectief gebeurt, dient de Provincie voorzichtig om te gaan met het delen van informatie met Project B.V., die de Provincie uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden heeft verkregen en moet actief worden voorkomen dat provinciale medewerkers die betrokken zijn (geweest) bij publiekrechtelijke handelingen en besluiten omtrent de herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg niet zomaar worden ingezet voor economische activiteiten in het kader van de *Externe Variant* en/of bij Project B.V. worden gedetacheerd of anderszins ten dienste van Project B.V. komen.

Fiscaliteit

32. Er van uitgaande dat door de Provincie bedrijfsmatige activiteiten worden verricht (vergelijkbaar met die door private ondernemingen worden verricht) in het kader van de herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg tot (o.a.) woningbouwlocaties, geldt dat zowel de Provincie als Project B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd zijn.

¹ Ingevolge artikel 2.24a lid 2 Aanbestedingswet 2012 ('quasi-inbesteding') geldt dit niet voor overeenkomsten tussen de Project B.V. en de Provincie.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 7 van 30

33. Verkoop van de bouw kavels door de Provincie via de BV aan derden is fiscaal eenvoudiger op het moment dat sprake is van bouwterrein (in fiscale zin), zodat er btw en geen overdrachtsbelasting verschuldigd is. Indien onverhoopt zou moeten worden aangenomen, dat de gronden (of een deel daarvan) niet kwalificeren als bouwterrein, maar in de huidige staat verkocht moeten worden, dan kan er voor worden geopteerd om Project B.V. niet in de transactieketen te betrekken en alleen als bemiddelende makelaar te laten optreden, waardoor niet Project B.V., maar de Provincie de kavels in de markt zal zetten.

Interne Variant

34. Op hoofdlijnen delen wij de provinciale analyse zoals opgenomen in de 'Presentatie organisatievorm' d.d. 17 september 2022. Dit gezegd hebbende, zien wij vanuit een bestuursrechtelijk perspectief de volgende aandachtspunten bij de twee varianten:
35. Het intern instellen van een projectgroep kan er (kort samengevat) toe leiden dat er meer inefficiëntie ontstaat in de manier van werken terwijl deelname aan een vennootschap ertoe kan leiden dat de manier van werken (door het uitwerken van hetgeen in het mandaatbesluit is opgenomen) steeds wordt verbeterd. Een omissie in het mandaatbesluit moet bij deelname aan een vennootschap opgelost worden, terwijl dat bij een interne projectgroep minder voor de hand ligt omdat er al interne procedures bestaan die de omissie invullen. Wij merken hierbij op dat een mandaatbesluit voor een interne projectgroep ook steeds verbeterd kan worden en dat hier procesafspraken over kunnen worden gemaakt. Wij vermoeden evenwel dat dit minder voor de hand ligt.
36. We benadrukken (gelet op de inhoud van de 'Presentatie organisatievorm') dat een mandaatbesluit om een ambtenaar/meerdere ambtenaren te belasten met de vertegenwoordiging van de Provincie ook aan de orde kan zijn bij de keuze voor de Externe Variant. Een mandaatbesluit is niet voorbehouden aan de keuze voor een interne ambtelijke projectorganisatie en kan juist bij deelname aan Project B.V. een belangrijk voordeel zijn om de beslissingen niet steeds te moeten laten nemen door de bestuurders zelf.

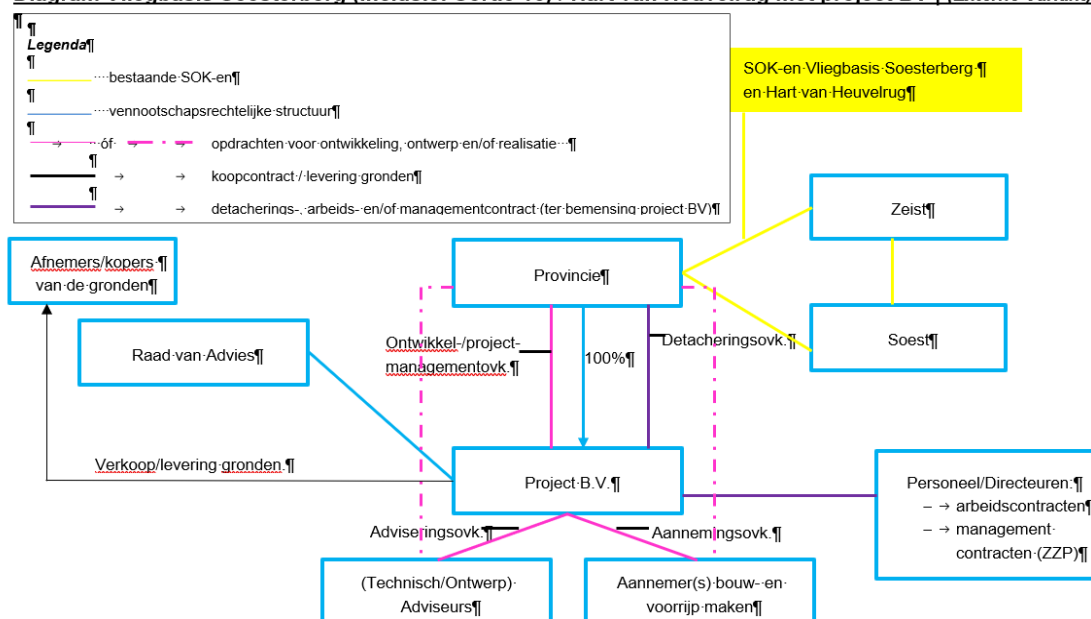
IV. KORTE BESCHRIJVING EXTERNE VARIANT

37. In de Externe Variant richt de Provincie een externe projectvennootschap op in de vorm van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: "**Project B.V.**"). De Provincie houdt alle aandelen in het kapitaal van deze vennootschap. Op basis van een daartoe strekkende ontwikkelopdracht verbindt Project B.V. zich jegens de Provincie om de ontwikkelopgave uit hoofde van de SOK 2015 namens de Provincie te realiseren. De afspraken die tussen de Provincie en Project B.V. in de ontwikkelopdracht zouden moeten worden gemaakt, hebben wij op hoofdlijnen uitgewerkt in de als **Bijlage 2** aangehechte 'Termsheet Ontwikkelopdracht'. Nadat Project B.V. zal zijn opgericht kan reeds een vooropdracht worden verstrekt op basis van deze termsheet, danwel kan deze termsheet als onderlegger worden gebruikt voor de op te stellen ontwikkelopdracht.
38. Project B.V. sluit vervolgens voor eigen rekening adviseurs- en/of aannemingsovereenkomsten af met derden in het kader van haar taakvervulling. In dat kader trekt zij ook personeel aan, deels al dan niet op

basis van een daartoe strekkende detacheringsovereenkomst met de Provincie.

39. Hieronder hebben wij de Externe Variant schetsmatig weergegeven:

Diagram-Vliegbasis-Soesterberg-(inclusief-Sortie-16)-/Hart-van-Heuvelrug-mét-project-BV-/(Externe-Variant)



40. Ten aanzien van de gronden kan er voor worden geopteerd om deze in te brengen in Project B.V., die vervolgens de bouw- en woonrijpwerkzaamheden uitvoert en bouwrijpe kavels vervreemdt aan derden. Tegen deze wijze van grondrouting (met zwarte lijn aangegeven in het diagram) bestaan geen overwegende bezwaren of (fiscale) belemmeringen.

41. Bijzonder aandachtspunt in het kader van de Externe Variant is nog de vraag of Project B.V. als partij zou moeten toetreden tot SOK 2015 (op basis van contractsovername in de zin van artikel 6:159 BW of anderszins). Naar onze mening bestaat hiertoe geen noodzaak. De ontwikkelopgave kan door de Provincie worden georganiseerd op basis van de Externe Variant en daarvoor is het niet noodzakelijk dat Project B.V. op enig moment zal toetreden als partij bij de SOK 2015. De Provincie kan immers de op haar rustende verplichtingen in het kader van de ontwikkelopdracht (voor zover betrekking hebbend op de ontwikkeling van de woningbouwlocaties) 'back-to-back' doorleggen aan Project B.V.

42. Ten overvloede merken wij in dit kader nog op dat wij het voorsnog ook weinig aannemelijk achten dat de overige contractspartijen zonder meer akkoord zouden gaan met een contractsovername of toetreding van Project B.V. tot de SOK 2015, zeker niet ingeval daardoor de Provincie niet langer tot nakoming zou kunnen worden aangesproken.

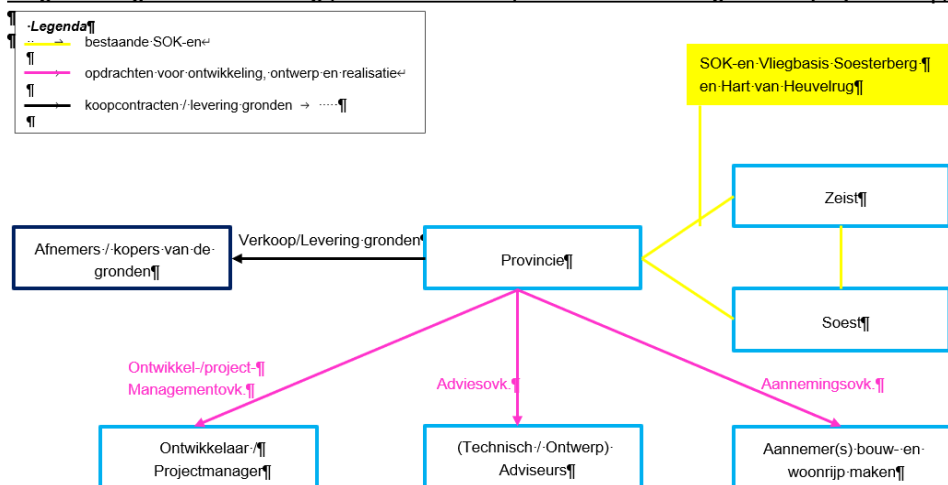
43. Overigens voorziet de SOK 2015 ook in het geval dat de Provincie via de band van de ontwikkelopdracht (een deel van) haar verplichtingen uit hoofde van de SOK 2015 bij wijze van zelfstandige verbintenis opdraagt aan Project B.V. ook in dat geval in een (geclausuleerd) toestemmingsvereiste binnen de stuurgroep (artikel 21). Wij zien hierin echter geen aanleiding te veronderstellen dat deze toestemming op redelijke gronden zou kunnen worden geweigerd ingeval daarmee uitvoering wordt gegeven aan de Externe Variant. Indien aan voormelde toestemming nog additionele voorwaarden zouden worden verbonden kunnen deze aanvullende afspraken desgewenst in een allonge bij de SOK worden vastgelegd.
44. Wij concluderen derhalve dat naar onze mening - en nog los van de vraag of de overige contractspartijen hieraan zouden willen meewerken - geen noodzaak bestaat om Project B.V. als partij toe te laten treden tot de SOK 2015. Indien de Provincie in het kader van de Externe Variant een ontwikkelingsopdracht wenst te geven aan Project B.V. met het oog op de beoogde woningbouwontwikkeling op (een deel van) de voormalige Vliegbasis Soesterberg, dient dit voornemen echter ook op voorhand te worden afgestemd binnen de stuurgroep.
45. Met de beoogde oprichting van Project B.V. ontstaat aldus een overheidsdeelneming. De Provincie houdt immers het volledige aandelenbelang. Niet alleen provincies, maar ook andere overheden kunnen overheidsdeelnemingen hebben en deze deelnemingen kunnen heel diverse doeleinden dienen. Toch kunnen er wel diverse gemeenschappelijke kenmerken worden onderscheiden:
- f. Met een (100%) deelneming kiest de Provincie voor publiek aandeelhouderschap. Deelnemingen hebben daardoor drie belangrijke kenmerken:
 - (iv) het zijn ondernemingen;
 - (v) vormgegeven als vennootschap;
 - (vi) met de Provincie als (al dan niet enig) aandeelhouder.
 - g. Met de keuze voor een deelneming beoogt de Provincie op een doelmatige, zakelijke manier de activiteiten die bijdragen aan de borging van publieke belangen te organiseren.
 - h. Een deelneming voorziet bedrijfsmatig in een product of dienst.
 - i. Deelnemingen krijgen de ruimte om te ondernemen. De prikkel om te streven naar efficiëntie die inherent is aan bedrijfsmatige uitvoering door een vennootschap is een belangrijke reden om te kiezen voor een deelneming.
 - j. Deelnemingen staan op afstand van de overheid en de politiek. De betrokkenheid van de Provincie komt voort uit het bezit van (een deel van) de aandelen. Aan deze aandelen zijn zeggenschapsrechten verbonden. Deze zeggenschap is ingekaderd door het vennootschapsrecht. Dit betekent dat de Provincie als aandeelhouder niet gaat over de dagelijkse bedrijfsvoering en aansturing van de betrokken onderneming. Deelnemingen staan weloverwogen op afstand.

De expertise ligt bij de deelneming en moet ook daar worden benut. Dat betekent dat de aandeelhouder zich moet verhouden tot de vennootschappelijke kaders. Overheidsdeelnemingen hebben een publieke aandeelhouder. De Provincie verschilt met name van private aandeelhouders door de primaire reden voor het aandeelhouderschap; namelijk de bijdrage die dat aandeelhouderschap kan leveren aan de borging van een publiek belang.

V. KORTE BESCHRIJVING INTERNE VARIANT

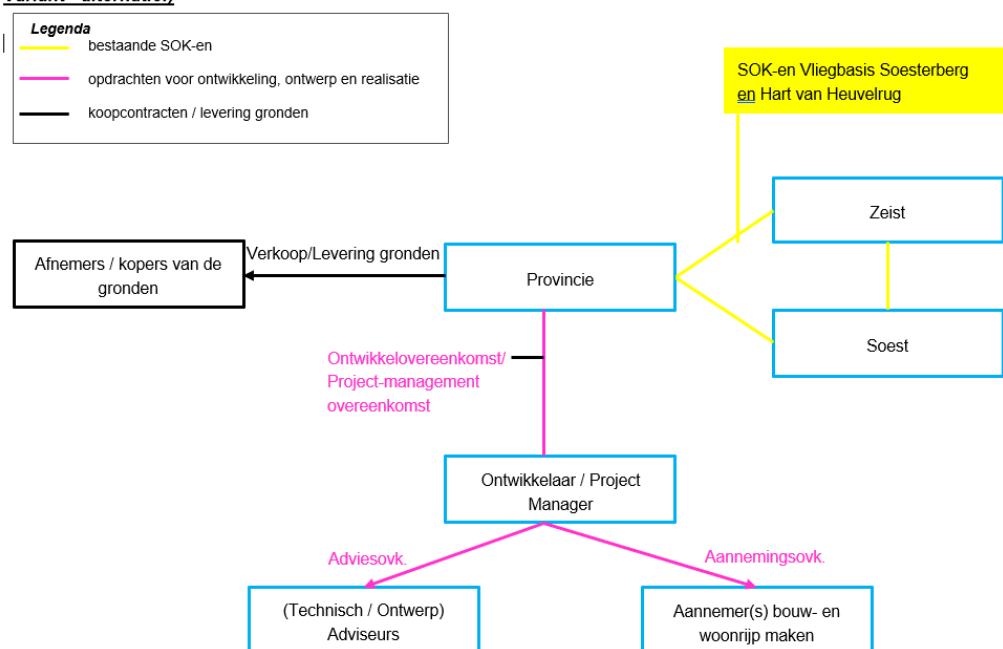
46. In de Interne Variant wordt de projectorganisatie intern binnen de Provincie georganiseerd. Dit betekent dat de ambtelijke projectorganisatie er voor zorg draagt dat de op de Provincie rustende verplichtingen uit hoofde van de SOK 2015 tot herontwikkeling van de woningbouwlocaties, onderdeel van de voormalige Vliegbasis Soesterberg door de Provincie tijdig en adequaat kunnen worden nagekomen. De Provincie zal daartoe met derden-adviseurs overeenkomsten sluiten (o.a. projectmanagement overeenkomsten, adviesovereenkomsten en aannemingsovereenkomsten) met als doel dat de Provincie uiteindelijk bouwrijpe kavels kan verkopen aan derden (bijvoorbeeld ontwikkelaars, woningcorporaties en particulieren).
47. Hieronder hebben wij de Interne Variant schetsmatig weergegeven:

Diagram Vliegbasis Soesterberg (inclusief Sortie 16) / Hart van Heuvelrug: zonder project B.V. / (Interne Variant)



48. Zoals beschreven in randnummer 7c hiervoor, kan de Provincie een marktpartij selecteren en deze de opdracht geven om op basis van een daartoe strekkende inschrijving de herontwikkelingsopgave (al dan niet namens de Provincie) te realiseren. Wij beschouwen dit voornamelijk als een alternatief voor de Interne Variant. Volledigheidshalve is deze onderstaand schetsmatig weergegeven:

Diagram Vliegbasis Soesterberg (inclusief Sortie 16) / Hart van Heuvelrug: zonder project B.V. | (Interne Variant - alternatief)



49. In het hiervoor geschetste alternatief op de Interne Variant wordt de projectorganisatie niet intern binnen de Provincie georganiseerd, maar wordt deze taak aan een te selecteren marktpartij overgelaten (zie variant c onder randnummer 7 hiervoor). De rechtsverhouding tussen de Provincie en deze marktpartij (ontwikkelaar/projectmanager) wordt dan beheerst door een ontwikkelovereenkomst, respectievelijk een projectmanagement overeenkomst op grond waarvan deze marktpartij belast wordt met de deugdelijke nakoming van (een deel van) de voor de Provincie uit de SOK 2015 voortvloeiende verplichtingen. Deze marktpartij sluit vervolgens voor eigen rekening overeenkomsten met derden (adviseurs/aannemers) gelijk als in de Externe Variant.
50. Naar wij hebben begrepen is er binnen de Provincie voornamelijk onvoldoende politiek-bestuurlijk draagvlak voor het onder randnummer 26 hiervoor genoemde alternatief. In dit advies beperken wij ons derhalve tot een onderzoek naar de haalbaarheid en de voor- en nadelen van de hiervoor genoemde Externe en Interne Variant, opdat op basis daarvan een concrete beleidskeuze kan worden gemaakt en de projectorganisatie kan worden ingericht.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 12 van 30

VI. ANALYSE OPRICHTING PROJECT BV., CORPORATE GOVERNANCE EN INRICHTING VENNOOTSCHAP

Oprichting

51. Project B.V. wordt opgericht door het verlijden van een notariële akte van oprichting, welke akte in ieder geval bevat:
- de statuten (de 'statuten') inclusief naam en statutaire zetel;
 - gegevens van de oprichter/eerste aandeelhouder;
 - gegevens van de kapitalisatie van de Project B.V.;
 - de benoeming van de eerste bestuurder(s) en (eventueel) commissaris(sen);
 - de vaststelling van het eerste boekjaar van de Project B.V. (kort eerste boekjaar lopende tot het einde van het lopende kalenderjaar of een verlengd eerste boekjaar).
52. De oprichtingsakte, die in de Nederlandse taal dient te zijn opgesteld, wordt ondertekend door of namens de Provincie (als oprichter) alsmede door de notaris die de oprichtingsakte passeert. De Provincie kan voor de oprichting een volmacht aan de notaris geven. Na het passeren van de akte van oprichting wordt Project B.V. ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.
53. De statuten bevatten de bepalingen op grond waarvan de Project B.V. na oprichting worden bestuurd. De belangrijkste punten waarmee rekening moet worden gehouden bij het opstellen van de statuten zijn de volgende:
- Naam, statutaire plaats en doelomschrijving
 - Aandelen en kapitaal (nominale waarde van de aandelen en aantal aandelen dat bij oprichting zal worden geplaatst)
 - Overdracht van aandelen

In de statuten kan bepaald worden dat aandelen vrij overdraagbaar zijn. Zij kunnen ook voorzien in een beperking van de overdracht van aandelen. Bij een beperking van de overdracht van aandelen wordt veelal gebruik gemaakt van één van de volgende regelingen:

 - Aanbiedingsregeling: Dit systeem voorziet in voorkeursrechten ten gunste van medeaandeelhouders bij overdracht van aandelen.
 - Goedkeuringssysteem: dit systeem houdt in dat voor de overdracht van aandelen de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering, het bestuur of een ander intern orgaan vereist is.

Een combinatie van beide systemen is ook mogelijk. Bepaalde variaties van deze systemen kunnen worden gebruikt in overeenstemming met de specifieke doeleinden van de onderneming, op voorwaarde dat de clause binnen het kader van de wettelijke bepalingen blijft. De levering (en uitgifte) van aandelen op naam in het kapitaal van een B.V. vereist het verleden van een notariële akte waarbij betrokkenen partij zijn.
 - Interne organen
 - Procuratiehouders

Een vennootschap kan naast bestuurders, procuratiehouders (personen of rechtspersonen) met

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 13 van 30

bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vennootschap benoemen door middel van een volmacht die door de vennootschap wordt verleend op grond van een daartoe strekkend besluit van het bestuur. De bevoegdheden van dergelijke gevolmachtigden worden niet beheerst door het Nederlandse vennootschapsrecht, maar door de algemene beginselen van vertegenwoordiging. Dienovereenkomstig kunnen dergelijke bevoegdheden effectief worden beperkt ten opzichte van derden, op voorwaarde dat de naam van de gevolmachtigde en details van de beperkingen worden gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel.

6. Boekjaar

De statuten moeten een bepaling bevatten met betrekking tot de data die het boekjaar van de vennootschap vormen. Een wijziging van het boekjaar vereist een wijziging van de statuten. Het eerste boekjaar van de vennootschap wordt vastgesteld door de oprichters van de vennootschap en wordt vastgelegd in de oprichtingsakte. Het eerste boekjaar kan tot maximaal 24 maanden min één dag na de oprichtingsdatum lang zijn.

54. Een B.V. kan worden opgericht met één aandeel met een bepaalde nominale waarde van bijvoorbeeld EUR 1,00. Indien er meerdere aandeelhouders zijn bij oprichting of er wordt verwacht dat er meerdere aandeelhouders zullen toetreden kan er bij oprichting voor worden gekozen om bijvoorbeeld 100 aandelen uit te geven aan de oprichter/aandeelhouder waarvan een gedeelte die dan op enig moment wanneer er partijen toetreden kunnen worden overgedragen. Ook is het mogelijk om op een later moment aan een toetreders nieuwe aandelen uit te geven.[Aandelen]
55. Gedurende elk boekjaar moet ten minste één algemene vergadering worden gehouden of moet ten minste één schriftelijk besluit buiten vergadering worden genomen door de aandeelhouder(s). Besluiten kunnen buiten vergadering worden genomen, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming instemmen. De leden van het bestuur dienen in de gelegenheid te worden gesteld de algemene vergadering voorafgaand aan de stemming te adviseren over de besluiten. Elke aandeelhouder kan zich op aandeelhoudersvergaderingen laten vertegenwoordigen door een persoon die beschikt over een schriftelijke volmacht, tenzij de statuten daartoe beperkingen bevatten.
56. De jaarlijkse besluitvorming door de algemene vergadering heeft tot doel het jaarverslag te bespreken en tot vaststelling van de jaarrekening te besluiten, decharge te verlenen aan de leden van het bestuur en te beslissen over toekenning en/of uitkering en /of reservering van winst.
57. Het Nederlandse ondernemingsrecht schrijft verplicht ten minste twee interne vennootschapsorganen voor: het bestuur (of de raad van bestuur) en de algemene vergadering. Het bestuur kan zowel uitvoerende als niet-uitvoerende leden bevatten (one tier board). Daarnaast kan een B.V. niet verplichte organen instellen zoals bijvoorbeeld (i) een raad van commissarissen (mits daarin is voorzien in de statuten) en (ii) een raad van advies.

Bestuur en toezicht op het bestuur, raad van advies

Bestuur

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 14 van 30

58. De Project B.V. moet minimaal 1 bestuurder hebben. Er zijn geen wettelijke eisen aan het aantal, nationaliteit, leeftijd of woonplaats van bestuurders. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen bestuurder zijn.
59. Het bestuur van de vennootschap is als zodanig steeds bevoegd de vennootschap jegens derden te vertegenwoordigen. Daarnaast zijn, tenzij de statuten anders bepalen, ook de individuele bestuurders bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. Het is echter ook mogelijk dat de statuten bepalen dat de handtekeningen van een bepaald aantal of klasse van bestuurders, gezamenlijk handelend, vereist zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen. Dergelijke bepalingen zullen, na publicatie bij de Kamer van Koophandel, tegen derden gelden.
60. Beperkingen in de statuten die stellen dat bijvoorbeeld bepaalde specifieke besluiten van het bestuur onderworpen zijn aan de voorafgaande goedkeuring van een ander intern orgaan (bijvoorbeeld de algemene vergadering), hebben in het algemeen alleen interne werking en zijn niet bindend voor derden.

Raad van commissarissen

61. Naast een bestuur kunnen de statuten voorzien in een raad van commissarissen of een one tier board. De raad van commissarissen is over het algemeen geen verplicht intern orgaan.
62. Leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering, met uitzondering van de eerste leden van de raad van commissarissen bij oprichting, die worden benoemd door de oprichters. Commissarissen worden geschorst en ontslagen door de algemene vergadering. Rechtspersonen kunnen niet optreden als commissaris.
63. De hoofdtaken van de raad van commissarissen zijn het toezicht houden op het bestuur en de algemene gang van zaken en de onderneming, en in verband daarmee adviseren. Daarbij dient de raad van commissarissen te allen tijde te handelen in het belang van de vennootschap, haar onderneming en haar stakeholders. De raad van commissarissen heeft in beginsel niet de bevoegdheid de vennootschap jegens derden te vertegenwoordigen of te binden. De statuten kunnen bepalen dat bepaalde specifieke besluiten van het bestuur, zoals hiervoor bedoeld, onderworpen zijn aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen, met dezelfde interne werking als hiervoor bij het bestuur vermeld.

Raad van advies

64. Omdat de Raad van Commissarissen gehouden zijn bij de uitvoering van hun taken steeds te handelen overeenkomstig het vennootschappelijk belang, bestaat het risico dat hierdoor een belangenconflict ontstaat indien dit vennootschappelijk belang zich onverhoopt niet zou verenigen met het provinciaal belang. Leden van de Raad van Commissarissen die ook een (bestuurlijk) functie binnen de Provincie uitoefenen, zouden daardoor in een ongewenste spagaat terecht kunnen komen. Ter voorkoming hiervan adviseren wij dat door Project B.V. een Raad van advies wordt ingesteld. Een Raad van advies is, in tegenstelling tot een raad van commissarissen, niet wettelijk geregeld als gevolg waarvan aan haar taak zelf invulling kan worden gegeven. De leden van de Raad van advies worden niet inschreven in het handelsregister.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 15 van 30

Algemene vergadering

65. De algemene vergadering heeft alle vennootschapsbevoegdheden die niet door de wet of de statuten aan enig ander orgaan van de vennootschap zijn toegekend. Op grond van de wet zijn bepaalde zaken onderworpen aan het besluit of goedkeuring van de algemene vergadering, zoals de benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen (behalve in het geval van een 'grote vennootschap'), een statutenwijziging, de vaststelling van de jaarrekening en de vrijwillige vereffening van de vennootschap. Aandeelhouders richten zich bij de uitoefening van hun bevoegdheden in de algemene vergadering primair (maar niet uitsluitend) op de belangen van de aandeelhouders.
66. In principe worden besluiten van de algemene vergadering genomen met een absolute meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen. De statuten kunnen bijzondere meerderheden en quorumvereisten of zelfs unanieme stemmen van alle aandeelhouders opleggen. Voor besluiten tot ontslag van bestuurders is de maximale meerderheid en het quorum echter een 2/3 meerderheid die ten minste 50% van het uitstaande aandelenkapitaal vertegenwoordigt. Deze meerderheids- en quorumbepalingen zijn alleen van belang in het geval de vennootschap meerdere aandeelhouders zal hebben met eventueel tegenstrijdige belangen.
67. Besluiten van aandeelhouders kunnen ook buiten vergadering schriftelijk worden genomen, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd en de bestuurders (en commissarissen) voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld aanbevelingen doen over de resolutie in kwestie.

Directiestatuut

68. Een directiestatuut is een geheel aan regels en afspraken die betrekking hebben op de verdeling van werkzaamheden, de besluitvorming en bevoegdheden van het bestuur van een besloten vennootschap. Ter waarborging van een adequate governance structuur, adviseren wij een directiestatuut vast te laten stellen. In dit directiestatuut kan o.a. worden geborgd in welke gevallen voorafgaande goedkeuring van de aandeelhouder noodzakelijk is. Met name in verband met de invulling van de informatie- en overlegverplichting en het monitoren van de voortgang en werkwijze binnen de projectorganisatie is dit relevant, maar dit kan bijvoorbeeld ook aan de orde zijn bij de aanwijzing van diverse sleutelfiguren binnen de projectorganisatie, zoals bijvoorbeeld de projectleider(s). In **Bijlage 3** hebben wij een inventarisatie gemaakt van mogelijk besluiten waarvan in het directiestatuut kan worden bepaald dat daarvoor voorafgaande goedkeuring van de aandeelhouder(s) noodzakelijk is. Op deze wijze kan worden geborgd dat – hoewel Project B.V. 'op afstand' staat van de Provincie, er toch voldoende mogelijkheden resteren om de regiefunctie adequaat uit te kunnen oefenen.

VII. WETTELIJKE KADERS BIJ EXTERNE VARIANT (OPRICHTING VENNOOTSCHAP)

69. Alvorens de taak en functie van de Project B.V. inhoudelijk te bespreken, beoordelen wij eerst of er

DATUM 1 november 2022
 ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
 PAGINA 16 van 30

wettelijke of andere beletselen bestaan voor de Provincie die mogelijk in de weg staan aan de oprichting van Project B.V.

70. De Provinciewet vereist dat Gedeputeerde Staten een daartoe strekkend besluit moeten nemen voordat kan worden overgegaan tot de daadwerkelijke oprichting van een dergelijke vennootschap (artikel 158 lid 1 Provinciewet). Dit besluit kan pas worden genomen, nadat Provinciale Staten in de gelegenheid zijn gesteld eventuele wensen en bedenkingen ter kennis van Gedeputeerde Staten te brengen. Uit artikel 158 lid 2 van de Provinciewet volgt voorts dat Gedeputeerde voornoemd besluit slechts nemen: *“indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang”*.
71. Of aan deze laatste maatstaf kan worden voldaan valt buiten de scope van onze analyse. Uit het eerdere advies van Fakton Consultancy d.d. 26 juni 2020 lijkt te volgen dat aan deze voorwaarde kan worden voldaan. Wij nemen dit in ons onderhavige advies als uitgangspunt, zonder hier verder inhoudelijk onderzoek naar te hebben gedaan.
72. Naast de Provinciewet kan de oprichting van een overheidsdeelneming ook worden beheerst door beleidsmatige randvoorwaarden, indien en voor zover er een provinciaal deelnemingenbeleid van kracht is.

CONCLUSIE:

Er van uitgaande dat het voornemen om Project B.V. op te richten valt binnen de uit artikel 158 Provinciewet voortvloeiende randvoorwaarde en er geen provinciaal deelnemingenbeleid van kracht is waaruit aanvullende randvoorwaarden voortvloeien, zijn er voor de Provincie geen (wettelijke) belemmeringen die in de weg staan aan de beoogde oprichting van de overheidsdeelneming.

VIII. ANDERE WETTELIJKE RANDVOORWAARDEN; AANBESTEDINGSRECHT, VERBODEN STAATSSTEUN EN DE WET MARKT EN OVERHEID

73. Het feit dat er geen wettelijke belemmeringen bestaan die in de weg staan aan de oprichting van Project B.V., betekent niet dat er geen bijzondere wettelijke randvoorwaarden gelden in het kader van de uitvoering van de werkzaamheden door Project B.V.

Aanbestedingsrecht

74. In de eerste plaats wijzen wij op de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht op overeenkomsten (i) tussen de Provincie en Project B.V., (ii) de Project B.V. en derden en (iii) met betrekking tot gronduitgifte (indien aan de orde). In dit kader zijn de navolgende punten met name van belang:

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 17 van 30

Overeenkomsten tussen de Provincie en Project B.V.

75. Overeenkomsten tussen de Provincie en Project B.V. hoeven onzes inziens niet Europees te worden aanbesteed, ook niet indien daarin een overheidsopdracht (in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012) met een waarde boven de toepasselijke drempelbedragen besloten zou liggen. Naar wij menen zal de rechtsverhouding tussen de Provincie en Project B.V. in de voorgenomen structuur voldoen aan de voorwaarden van artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012 ('quasi-inbesteding'). Immers de Provincie zal (i) 100% aandeelhouder zijn van Project B.V. (en er zal derhalve geen participatie zijn van privékapitaal in Project B.V.), terwijl (ii) Project B.V. volledig (100%) werkzaam zal zijn in opdracht van de Provincie en de Provincie zal (op afstand) toezicht houden op Project B.V. als op haar eigen diensten. Het gevolg hiervan is dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het relevante deel van het Europees aanbestedingsrecht is gecodificeerd, niet van toepassing is op overeenkomsten tussen de Provincie en Project B.V. Deze mogen bijgevolg zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure worden gesloten.²

Overeenkomsten tussen Project B.V. en derden

76. Ter zake Project B.V. adviseren wij om ervan uit te gaan dat Project B.V. kwalificeert als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. Dit om de volgende redenen:
- a. Volgens artikel 1.1 zijn aanbestedende diensten: de staat, de provincies, de gemeenten en publiekrechtelijke instellingen, alsmede samenwerkingsverbanden van deze organisaties;
 - b. Naar wij inschatten kwalificeert Project B.V. als publiekrechtelijke instelling in voornoemde zin. Project B.V. bezit immers rechtspersoonlijkheid, staat onder beheer en toezicht van de Provincie en zal hoofdzakelijk door de Provincie worden gefinancierd.³ Ook heeft Project B.V. onzes inziens tot doel om activiteiten te verrichten van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, hetgeen wij onder meer afleiden uit de omstandigheden waaronder Project B.V. wordt opgericht en de financiering van haar activiteiten met overheidsmiddelen.⁴ Daarmee voldoet Project B.V. onzes inziens aan alle kenmerken van een publiekrechtelijke instelling, als gevolg waarvan Project B.V. kwalificeert als aanbestedende dienst.
 - c. Ook als Project B.V. niet zou kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling, gaan wij ervan uit dat Project B.V. dan desalniettemin moet worden aangemerkt als aanbestedende dienst. Gezien de reden voor oprichting van Project B.V. en de (structurele) relatie tussen de Provincie en Project B.V., achten wij het waarschijnlijk dat Project B.V. voor toepassing van het aanbestedingsrecht moet worden vereenzelvigd met de Provincie, en bijgevolg geldt als aanbestedende dienst.⁵ In een arrest van 26 oktober 2016 oordeelde het gerechtshof Den Haag hierover:

49. (...) Zou daarover anders worden gedacht, dan zou een aanbestedende

² N.B. Mocht de Provincie op enig moment voornemens zijn de aandelen in Project B.V. te verkopen aan een derde – met welk voornemen wij overigens op heden niet bekend zijn – dan eindigt de mogelijkheid om een beroep te doen op 'quasi-inbesteding' en moet de betreffende overeenkomst alsnog worden aanbesteed (HvJ EU 12 mei 2022, C-719/20 (Commune di Lerici)).

³ De eisen beheer, toezicht en financiering zijn alternatieve eisen, voldoende is dat de Project B.V. aan één van deze criteria voldoet.

⁴ HvJ EU 16 oktober 2003, ECLI:EU:C:2003:544 (SIEPSA-arrest), pt. 81.

⁵ Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169, r.o. 49.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 18 van 30

dienst zich eenvoudig aan de aanbestedingsregels kunnen onttrekken door bepaalde activiteiten in een aparte rechtspersoon onder te brengen. Het hof neemt bij zijn oordeel ook in aanmerking dat tijdens het pleidooi namens RET c.s. is aangegeven dat het louter een kwestie van interne bedrijfsstructuur is die heeft meegebracht dat de taken waarop de overeenkomst met Exterion betrekking heeft, in RET Services zijn ondergebracht. De vraag of er sprake is van een aanbestedingsplicht kan niet van dergelijke min of meer toevallige omstandigheden afhankelijk zijn.

De kwalificatie van Project B.V. als aanbestedende dienst betekent dat de Aanbestedingswet 2012 in volle omvang van toepassing is op Project B.V.⁶ De toepassing daarvan op Project B.V. verschilt niet van de toepassing wanneer de betreffende overeenkomsten door de Provincie zelf zouden worden gesloten.

Aanbestedingsrecht en gronduitgifte

77. Het is vaste rechtspraak dat overeenkomsten tot verkoop van grond in beginsel niet Europees hoeven te worden aanbesteed (onverminderd de gelding van het hierna nog te behandelen Didam-arrest).⁷ Dit wordt pas anders indien de overeenkomst tot gronduitgifte naast afspraken over de verkoop en levering van de grond, ook een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten zou omvatten.⁸ In de praktijk worden dit type overeenkomsten doorgaans zo opgesteld, dat van een dergelijke overheidsopdracht geen sprake is. Voor dit advies gaan wij er dan ook vanuit dat in de door de Provincie c.q. Project B.V. (afhankelijk van de grondrouting) te sluiten koopovereenkomsten geen overheidsopdracht besloten zal liggen. Mochten wij op enig moment signaleren dat dit gezien de eisen of wensen van de Provincie toch anders is of kan zijn, zullen wij de Provincie daar vanzelfsprekend op wijzen en nader over adviseren.
78. In de tweede plaats wijzen wij op de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel uit hoofde van het zogenaamde Didam-arrest⁹ in relatie tot eventueel beoogde grondverkopen.
79. Ter zake de toepassing van het gelijkheidsbeginsel – als door de Hoge Raad uitgelegd in het zogenoemde Didam-arrest – zijn met name de volgende punten van belang:
- Didam-arrest: algemeen
De Hoge Raad oordeelt in het Didam-arrest dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij grondverkoop door een overheidslichaam meebrengen dat het overheidslichaam een mededingingsnorm en een transparantienorm in acht moet nemen. De mededingingsnorm houdt

⁶ Ingevolge artikel 2.24a lid 2 Aanbestedingswet 2012 ('quasi-inbesteding') geldt dit niet voor overeenkomsten tussen de Project B.V. en de Provincie.

⁷ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

⁸ Dat kan bijvoorbeeld ook een opdracht tot bouw- of woonrijp maken zijn.

⁹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 19 van 30

kort gezegd in dat bij verkoop van grond waarvoor meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten valt dat die er zullen zijn, de selectie van de koper moet plaatsvinden via een selectieprocedure en op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. De transparantienorm houdt in dat een passende mate van openbaarheid moet worden gegeven aan de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, de planning daarvan en de te hanteren criteria. Uitzonderingen zijn mogelijk, indien het overheidslichaam op grond van objectieve, redelijke en toetsbare argumenten kan motiveren dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop van het stuk grond, én het voornemen tot verkoop voldoende tijdig en op een voor een ieder kenbare wijze is gepubliceerd.

- Toepassing op Project B.V.

Dat de Provincie kwalificeert als een overheidslichaam – en bijgevolg valt onder de reikwijdte van het Didamarrest – is evident. In hoeverre het begrip ‘overheidslichaam’ zich ook uitstrekt tot overheidsvennootschappen, zoals Project B.V., is op dit moment niet duidelijk (de Hoge Raad laat zich hier niet over uit). Naar onze inschatting valt te verwachten dat het Didam-arrest ook van toepassing zal worden verklaard op overheidsdeelnemingen als Project B.V., bijvoorbeeld middels een soortgelijke vereenzelvigingsleer als door het gerechtshof Den Haag voor aanbestedingsrechtelijke doeleinden is geïntroduceerd in zijn arrest van 25 oktober 2016 (citaat hiervoor opgenomen).¹⁰ Vanuit het voorzichtigheidsprincipe adviseren de Provincie dan ook om er vooralsnog vanuit te gaan dat eventuele gronduitgifte door Project B.V. dient plaats te vinden conform het gelijkheidsbeginsel als uitgelegd in het Didam-arrest.

EU-staatssteunrecht en de Wet markt en overheid

EU-staatssteunrecht

80. In de kern ziet staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) op de selectieve bevoordeling van ondernemingen door de overheid.¹¹ Op grond van artikel 108 lid 3 VWEU dient de Europese Commissie in beginsel van elk voornemen tot het verlenen van staatssteun op de hoogte te worden gebracht (*de aanmeldingsverplichting*). Bovendien mag de lidstaat de voorgenomen staatssteun niet tot uitvoering brengen voordat de Europese Commissie daarover heeft geoordeeld (*de standstill-verplichting*).
81. Voor het bestaan van staatssteun moet dus onder meer sprake zijn van een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden (dat wil zeggen: zonder overheidsingrijpen) niet had

¹⁰ Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169, r.o. 49.

¹¹ Ten behoeve van de leesbaarheid is hier gekozen voor een vereenvoudigde weergave. Volledigheidshalve wijzen wij erop dat sprake is van staatssteun wanneer een maatregel, in welke vorm ook, aan de volgende cumulatieve criteria voldoet: (1) de maatregel komt ten goede aan een onderneming; (2) de maatregel is (a) toerekenbaar aan de staat en (b) met staatsmiddelen bekostigd; (3) de maatregel verleent een voordeel; (4) de maatregel is selectief; (5) de maatregel kan leiden tot (a) vervalsing van de mededinging en (b) ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 20 van 30

- kunnen verkrijgen.¹² Telkens wanneer de financiële situatie van een onderneming verbetert ten gevolge van overheidsingrijpen op voorwaarden die afwijken van normale marktvoorwaarden, is er sprake van een voordeel. Wanneer de overheid marktconform handelt (dat wil zeggen: handelt op een manier zoals “de marktdeelnemer in een markteconomie” ook zou hebben gedaan), is in beginsel geen sprake van een voordeel en, derhalve, geen sprake van staatssteun.
82. In de hierboven beschreven *Externe Variant* (Project B.V.), zien wij in ieder geval drie verschillende transacties waarbij staatssteun op voorhand een rol kan spelen: (1) de oprichting en kapitalisatie van Project B.V. door de Provincie, (2) de betaling voor diensten van Project B.V. door de Provincie, en (3) het ter beschikking stellen van personeel door de Provincie aan Project B.V.
83. Ad (1). De oprichting van Project B.V. houdt geen staatssteun in voor zover de Provincie, ongeacht het bedrag van haar investering, de criteria van een investeerder in een markteconomie toepast.¹³ In dergelijke gevallen kan doorslaggevend worden geacht of het geïnvesteerde kapitaal een waarde heeft die overeenkomt met die van de aandelen die de Provincie als tegenprestatie ontvangt.¹⁴ Bij nieuw op te richten vennootschappen kan men er in het algemeen van uitgaan dat het gestorte kapitaal overeenkomt met de nominale waarde van de uitgegeven aandelen.¹⁵
84. Ad (2). Project B.V. wordt (al dan niet namens de Provincie) belast met de realisatie van de herontwikkelingsopgave. Indien en voor zover Project B.V. voor de geleverde diensten een betaling ontvangt van de Provincie, zal dit niet resulteren in staatssteun zolang deze betaling onder marktconforme voorwaarden plaatsvindt.
85. Ad (3). Indien en voor zover de Provincie (al dan niet ten behoeve van de realisatie van de herontwikkelingsopgave) prestaties in natura levert aan Project B.V., zal daarbij geen sprake zijn van staatssteun zolang Project B.V. daarvoor een marktconforme vergoeding betaalt. In dit verband is van belang dat ook het verlichten van economische lasten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, een economisch voordeel kan opleveren.
86. Het EU-staatssteunrecht zal in de *Externe Variant* geen beletsel vormen, indien de Provincie waarborgt dat zij handelt als de marktdeelnemer in een markteconomie. Dit geldt voor zowel de oprichting en kapitalisatie van Project B.V., eventuele betaling wegens door Project B.V. te leveren diensten, als te vragen compensatie voor eventuele door de Provincie te leveren prestaties in natura.

Wet markt & Overheid

¹² HvJ 11 juli 1996, zaak C-39/94 (SFEI), ECLI:EU:C:1996:285, punt 60.

¹³ Europese Commissie, ‘Public authorities’ holdings in company capital’, *Bulletin of the European Communities* No. 9 - 1984, punt 3.2; C. Leibenath, ‘Chapter 2. The Concept of State Aid’ in M. Heidenhain, *European State Aid Law* (C.H. Beck 2010), p.78; *Handreiking Wet Markt en Overheid*, p. 37.

¹⁴ C. Leibenath, ‘Chapter 2. The Concept of State Aid’ in M. Heidenhain, *European State Aid Law* (C.H. Beck 2010), p.78

¹⁵ C. Leibenath, ‘Chapter 2. The Concept of State Aid’ in M. Heidenhain, *European State Aid Law* (C.H. Beck 2010), p.78

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 21 van 30

87. Indien bestuursorganen ervoor kiezen om via overheidsbedrijven economische activiteiten uit te voeren, voorziet de Wet Markt en Overheid (hierna: “**WM&O**”), verankerd in Hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (hierna: “**Mw**”), in gedragsregels die moeten voorkomen dat concurrentievervalsing met andere ondernemingen ontstaat via het gebruik van publieke middelen.¹⁶ Een centraal uitgangspunt van de WM&O is dat overheden verplicht zijn tot integrale kostendoorberekening in geval van commerciële transacties, waaronder de levering van diensten of producten. Door te berekenen integrale kosten zijn in ieder geval operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten. Kosten van beleidsvoorbereiding en inspraak, toezicht en handhaving en bezwaar en beroep hoeven niet te worden doorberekend.¹⁷
88. Het uitgangspunt van ‘marktconformiteit’ (van transacties) wordt door de WM&O zelf niet gebruikt, maar het zorgt er doorgaans voor dat overheden ook wat betreft de WM&O ‘*on the safe side*’ zitten. Vandaar dat wij het begrip marktconformiteit ook in het kader van de toepassing van de WM&O gebruiken. Het sluit bovendien mooi aan op andere onderdelen van het onderhavige advies, waar marktconformiteit óók een centraal uitgangspunt vormt.
89. De vraag rijst of er rondom het oprichten van en samenwerken met Project B.V. door de Provincie, mogelijke conflicten kunnen ontstaan met de WM&O. Hieronder beantwoorden wij die vraag aan de hand van drie aandachtspunten.
- Valt het oprichten en kapitaliseren van Project B.V. onder de werking van de WM&O?
90. Bij het kapitaliseren van een vennootschap worden geldelijke middelen ingebracht zonder duidelijke marktconforme tegenprestatie. Het is echter niet de bedoeling geweest van de wetgever om het oprichten van vennootschappen door (decentrale) overheden te bemoeilijken of blokkeren. Indien een overheid een overheidsbedrijf opricht en daar aandelen in neemt en in dat kader middelen beschikbaar stelt, kan het criterium van integrale kostendoorberekening niet goed worden gebruikt en moet worden teruggevallen op de algemene norm dat de overheid niet het overheidsbedrijf mag bevoordelen boven private bedrijven.¹⁸
91. Bij deelneming van de Provincie in Project B.V. is sprake van een investering waarmee de Provincie aandelen verwerft en daarmee een belang in Project B.V.. De Provincie verkrijgt niet alleen een evenredig aandeel in de winst, maar loopt tegelijkertijd het risico haar investering kwijt te raken. Dan is geen sprake van wettelijk verboden bevoordeling, zolang de Provincie hierbij handelt als ware zij een private ondernemer (het zogenoemde ‘*market economy investor principle*’).¹⁹
92. Sinds 2012 is het minimumkapitaalvereiste voor de BV vervallen. Met het oog op de WM&O raden wij aan

¹⁶ Handreiking Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 1 juli 2012, p. 4.

¹⁷ Besluit van 6 juni 2012, houdende regels voor overheden over de doorberekening van kosten en de toepassing van het bevoordelingsverbod, artikel 5.

¹⁸ Idem, p. 40.

¹⁹ Idem, p. 37.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 22 van 30

om de initiële kapitalisering van Project B.V. zo beperkt mogelijk te houden (= niet meer kapitaliseren dan redelijkerwijs nodig is voor het uitvoeren van de doelstellingen van de Project B.V.). Op deze manier denken wij dat de Provincie in lijn blijft met het *market economy investor principle* en dat het risico op frictie met de gedragsregels uit de WM&O minimaal is. Project B.V. zal zich verder zelf moeten bedruipen met marktconforme vergoedingen die zij ontvangt voor door haar verleende diensten en/of de verkoop van goederen. Daarbij komt dat bij een relatief lage initiële kapitalisatie, Project B.V. eerder genoodzaakt zal zijn om reële, marktconforme tarieven te rekenen aan de Provincie en eventuele andere handelspartners, wat het risico op overtreding van de WM&O verkleint.

- Bestaat er een mogelijkheid op strijdigheid met de WM&O bij de uitvoering van de Externe Variant?
93. Ja, deze mogelijkheid bestaat. De Provincie zal zich daarom aan een aantal voorwaarden moeten houden in haar relatie tot Project B.V. teneinde te waarborgen dat er geen inbreuk plaatsvindt op de WM&O. Hieronder geven wij de belangrijkste uitgangspunten op hoofdlijnen weer. Wij wijzen er op dat het in de uitwerking van afspraken tussen partijen noodzakelijk kan zijn om meer gedetailleerd advies te vragen.
- Welke nadere voorwaarden moeten er in de uitvoering van de Externe Variant (Project B.V.) in acht worden genomen om een eventuele inbreuk op de WM&O te voorkomen?
94. Wij zullen deze vraag beantwoorden aan de hand van nadere gedragsregels die in de WM&O zijn neergelegd.

Gedragsregels inz. integrale kostendoorberekening en bevoordelingsverbod van overheidsbedrijven (artikelen 25i en 25j Mw)

95. In beginsel mag een overheidsorganisatie middelen voor haar overheidsbedrijf inzetten, mits dit marktconform en niet-selectief gebeurt.²⁰ In dat kader moet in het bijzonder aandacht worden besteed aan de wens van GS om betrokken te blijven bij Project B.V. Zo wil GS kunnen sturen op majeure besluiten.²¹ Bij een vergaande betrokkenheid tussen bestuursorgaan en overheidsbedrijf neemt de kans op ongerechtvaardigde bevoordeling van het overheidsbedrijf toe. Daarom is het met het oog op het naleven van de WM&O-regels van essentieel belang dat elke schijn van bevoordeling tussen beide partijen wordt tegengegaan.
96. Dit komt tot uiting op twee onderdelen van de relatie van de Provincie tot Project B.V.:
- (i) In het rapport van Fakton Consultancy wordt meermaals aangeraden om enkele provinciale medewerkers op te nemen in of aan te haken bij Project B.V., die de ondersteuning van Project B.V. vanuit de provinciale organisatie verzorgen.²² Indien de Provincie er voor kiest om provinciale

²⁰ Handreiking Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 1 juli 2012, p. 37-38.

²¹ Presentatie BBOT Uitvoeringsorganisatie Woningbouwprojecten d.d. 6 september 2022, 'Organisatievorm Vliegbasis Soesterberg', slide 21.

²² Rapport van Fakton Consultancy 'Hoe gaan de woonwijken Vliegbasis Soesterberg en Sortie 16 vliegen?' d.d. 26 juni 2020, p. 18, 20.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 23 van 30

medewerkers in te brengen (al dan niet op basis van detachering) in Project B.V. of anderszins bij te dragen aan Project B.V., dient de Provincie ervoor zorg te dragen dat zij minimaal de integrale kosten van deze bijdragen in rekening brengt bij Project B.V. Behalve aan de beschikbaarstelling van personeel kan in het kader van provinciale bijdragen ook worden gedacht aan het beschikbaar stellen van ruimten of (computer)systemen.

- (ii) Voor de spiegelbeeldsituatie geldt een zelfde soort uitgangspunt. Betalingen die de Provincie zal doen aan Project B.V. op grond van de ontwikkelingsovereenkomst of op basis van een andere grondslag voor Project B.V.'s dienstverlening en/of goederenverkoop, dienen marktconform te zijn en mogen dus géén overcompensatie bevatten. Het verdient dan ook aanbeveling om alvorens wordt overgegaan tot betalingen aan Project B.V., marktonderzoek te doen naar marktstandaarden voor de te betalen tarieven voor de geleverde diensten en/of goederen. Wij adviseren de Provincie te borgen dat deze uitgangspunten ook gedurende de handelsrelatie met Project B.V. worden nageleefd en bijgehouden.

Gedragsregel gegevensgebruik (artikel 25k Mw)

97. Een bestuursorgaan mag gegevens die zij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van haar publiekrechtelijke bevoegdheden alleen gebruiken voor economische activiteiten indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld onder dezelfde voorwaarden die gelden voor het eigen gebruik.²³ Artikel 25k Mw vormt een aanvulling op het non-discriminatieverbod uit de Wet openbaarheid van bestuur.²⁴
98. Praktisch gezien houdt dit in dat de Provincie voorzichtig moet omgaan met informatie die zij uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden heeft verkregen, en deze in beginsel dus niet mag inzetten voor de beoogde herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg (tenzij deze informatie ook beschikbaar is voor derden-partijen). De gedragsregel gegevensgebruik strekt zich bijvoorbeeld uit tot de provincieadministratie, registers en informatie uit databases die betrekking hebben op handhavingstaken.
99. Wij wijzen er op dat de gedragsregel gegevensgebruik kan nopen tot het hanteren van bepaalde scheidslijnen over welke provinciale informatie wél en wel welke niet gedeeld mag worden met Project B.V. Met name wanneer ook provinciaal personeel in Project B.V. actief zal zijn, is het belangrijk om duidelijke voorlichting te bieden over de verantwoordelijkheid van personeelsleden omtrent het delen en aanwenden van 'publiekrechtelijke' informatie. Bepaalde uitgangspunten op dit onderwerp zouden wellicht ook in de ontwikkelingsovereenkomst kunnen worden vastgelegd (al schrijft de WM&O niet voor in welke vorm of type overeenkomsten dit zou moeten gebeuren).

Gedragsregel functiescheiding (artikel 25l Mw)

100. De verplichting tot functiescheiding heeft betrekking op de situatie waarin een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die ook door diezelfde

²³ Art. 25k Mw en Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 354, nr. 3, p. 14-15

²⁴ Artikelen 11e t/m 11h Wob.

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 24 van 30

overheidsorganisatie worden verricht. In een zodanige situatie is de overheidsorganisatie verplicht te voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.²⁵

101. Dit betekent voor de Provincie met name dat zij goed moet opletten dat provinciale medewerkers die zijn betrokken (geweest) bij publiekrechtelijke handelingen en besluiten omtrent de herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg niet zomaar worden ingezet voor economische activiteiten in het kader van de *Externe Variant* en/of bij Project B.V. worden gedetacheerd.

CONCLUSIE:

Hoewel de oprichting van Project B.V. door de Provincie naar het zich laat aanzien weinig belemmeringen kent, gelden voor de uitvoering van haar werkzaamheden wel degelijk bijzondere randvoorwaarden waar Project B.V. (als overheidsdeelneming) aan gehouden is. Meer in het bijzonder geldt dat Project B.V. kwalificeert als aanbestedende dienst hetgeen betekent dat de Aanbestedingswet 2012 in volle omvang van toepassing is op Project B.V.²⁶ De toepassing daarvan op Project B.V. verschilt niet van de toepassing wanneer de betreffende overeenkomsten door de Provincie zelf zouden worden gesloten. Dat geldt overigens niet voor overeenkomsten tussen de Provincie en Project B.V., nu deze afspraken kwalificeren als 'quasi-inbesteding'. Dientengevolge vallen deze afspraken onder de voorwaarden van artikel 2.24a van de Aanbestedingswet 2012, met als gevolg dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012, waarin het relevante deel van het Europees aanbestedingsrecht is gecodificeerd, niet van toepassing is op overeenkomsten tussen de Provincie en Project B.V..

Indien en voor zover Project B.V. ook belast zal worden met de verkoop en levering van bouwrijpe kavels adviseren wij voorzichtigheidshalve om er vooralsnog vanuit te gaan dat eventuele gronduitgifte door Project B.V. dient plaats te vinden conform het gelijkheidsbeginsel als uitgelegd in het Didam-arrest.

Ter voorkoming van het risico dat mogelijk ongeoorloofde staatssteun wordt verleend is verder van belang dat de Provincie waarborgt dat zij handelt als marktdeelnemer in een markteconomie. Dit geldt voor zowel de oprichting en kapitalisatie van Project B.V., eventuele betaling wegens door Project B.V. te leveren diensten, als te vragen compensatie voor eventuele door de Provincie te leveren prestaties in natura.

Tot slot wijzen wij op de Wet markt & overheid (WM&O) op grond waarvan de Provincie zich in relatie tot Project B.V. aan verschillende voorwaarden zal hebben te houden teneinde te waarborgen dat er geen inbreuk plaatsvindt op de WM&O. Zo kan de Provincie middelen voor haar overheidsbedrijf inzetten, mits dit marktconform en niet-selectief gebeurt, dient de Provincie voorzichtig om te gaan met het delen van informatie met Project B.V., die de Provincie uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden heeft verkregen en moet actief worden voorkomen dat provinciale

²⁵ Handreiking Wet Markt en Overheid van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 1 juli 2012, p. 39.

²⁶ Ingevolge artikel 2.24a lid 2 Aanbestedingswet 2012 ('quasi-inbesteding') geldt dit niet voor overeenkomsten tussen de Project B.V. en de Provincie.

medewerkers die betrokken zijn (geweest) bij publiekrechtelijke handelingen en besluiten omtrent de herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg niet zomaar worden ingezet voor economische activiteiten in het kader van de *Externe Variant* en/of bij Project B.V. worden gedetacheerd of anderszins ten dienste van Project B.V. komen.

IX. FISCALITEIT

102. Project B.V. zal de ontwikkeling van de bouwterreinen uit hoofde van de Ontwikkelovereenkomst in opdracht van de Provincie ter hand nemen en daarbij – naar wij vooralsnog aannemen - met eigen personeel, ingehuurd personeel en ingekochte diensten van deskundigen(architecten e.d.) en aannemers de werkzaamheden uitvoeren. De ontstane bouwterreinen worden door de Provincie aan Project B.V. geleverd, die deze vervolgens kan uitponden en aan derden (particulieren, woningcorporaties en anderen) kan verkopen en leveren.

- Vennootschapsbelasting

Provincie

De Provincie is als overheidsorgaan in beginsel niet vennootschapsbelastingplichtig. Echter ingeval bedrijfsmatige activiteiten worden verricht (vergelijkbaar met die door private ondernemingen worden verricht) dan kan ook een overheidsorgaan voor die activiteiten een bedrijf uitoefenen en over de daarmee behaalde winsten onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting. Omdat de Provincie als grondexploitant zal gaan optreden is het aan te raden in overleg met de Belastingdienst de omvang van de belastingplicht (niet overheidshandelen) vast te stellen en ook de beginwaarde van het terrein dat voor woningbouw ontwikkelt gaat worden vast te stellen, zodat de omvang van de ontwikkelingswinst (na realisatie van het project) kan worden berekend. Daarbij kunnen uiteraard alle kosten (ook de vergoeding die Project B.V. in rekening brengt voor haar activiteiten) in mindering worden gebracht op de (verkoop)winst.

Project B.V.

Project B.V. is als zodanig vennootschapsbelastingplichtig gezien de rechtsvorm en de te verrichten activiteiten. Project B.V. zal een redelijke opslag op de kosten (eigen personeel, ingeleend personeel uitbestede werkzaamheden) dienen te berekenen en daarmee een marktconforme prijs dienen te berekenen aan de opdrachtgever (de Provincie). Er van uitgaande dat Project B.V. de gronden zal verkopen en leveren tegen dezelfde marktconforme prijs als waarvoor deze door de Provincie aan Project B.V. is geleverd, heeft dit geen gevolgen voor de vennootschapsbelasting. Dit kan echter anders zijn, indien er bijvoorbeeld langere tijd zit tussen de aan- en verkoop door Project B.V. en in de tussentijd de marktwaarde is gestegen of er door Project B.V. zelf nog werkzaamheden zijn verricht waardoor een waardeverhoging aan Project B.V. toegerekend moet worden voor de vennootschapsbelasting.

Voor de Provincie en Project B.V. geldt dat de jaarwinst belast wordt en er het tarief van toepassing is dat afhankelijk is van de hoogte van de winst. In 2022 15% over de eerste € 395.000 en 25,8% over het meerdere. In 2023 gaat het lage tarief naar 19% en geldt voor de eerste € 200.000. De

verwachting is dat de jaren daarna de tarieven hoger zullen worden.

- BTW en overdrachtsbelasting

Provincie

De Provincie kent voor de uitvoering van overheidshandeling de mogelijkheid betaalde btw te laten terugbetalen uit het BTW-compensatiefonds. Voor taken die de Provincie als ondernemer verricht geldt dat betaalde btw aftrekbaar is voor zover de ingekochte goederen en diensten gebruikt worden voor btw-belaste prestaties. Bij het (laten) realiseren van bouwkavels die als bouwterrein (onbebouwd terrein bestemd om te worden bebouwd met gebouwen) worden verkocht, geldt dat de Provincie over de verkoop en levering van de bouwterreinen btw verschuldigd is (en zal factureren aan Project B.V.) en dan ook de btw op de kosten die toerekenbaar zijn aan de te verkopen bouwterreinen in aftrek kan brengen. Ook de eventuele levering van infrastructurele werken (straten e.d.) tegen vergoeding aan een gemeente (eventueel beperkt tot € 1,- excl. btw) is een belaste activiteit en de btw op de kosten daarvan is ook aftrekbaar (ook al is de vergoeding ervoor laag, leidt dat niet tot aftrekbeperking en strafheffing overdrachtsbelasting bij de betreffende gemeente omdat de btw bij die gemeente ook compensabel is uit het BTW compensatiefonds).

Bij verkoop van (ongebruikte) bouwterreinen belast met btw geldt voor Project B.V. (verkrijger) de vrijstelling voor de overdrachtsbelasting (samenloop met btw) (levering A-B). Zolang de grond als bouwrijpe grond (bestemd voor bebouwing) blijft kwalificeren, blijft de status btw-bouwterrein van kracht en kan ook later door Project B.V. in de btw en vrijgesteld van overdrachtsbelasting aan marktpartijen worden geleverd (levering B-C).

Wellicht worden ook bestaande gedeelten of gebouwen btw-vrijgesteld geleverd aan derden. Daarvoor geldt dan dat de btw toerekenbaar aan die zaken niet aftrekbaar is vanwege de vrijgestelde levering ervan. De verkrijger is dan overdrachtsbelasting verschuldigd (tenzij voor de verkrijger zelf een vrijstelling geldt zoals bij overheidslichamen het geval is).

Project B.V.

Project B.V. is voor haar activiteiten btw-plichtig en zal btw dienen te berekenen over de vergoeding voor de verrichte ontwikkeling- en managementdiensten die ze aan de Provincie levert uit hoofde van de Ontwikkelovereenkomst. De btw die Project B.V. betaalt op kosten en uitbestede diensten is daartegenover aftrekbaar.

Zolang Project B.V. (en haar directeur) handelt op basis van een opdracht van de Provincie als eigenaar/opdrachtgever zoals ook een gedelegeerd ontwikkelaar/aannemer werkt zal Project B.V. geen economisch eigenaar worden. Na de uitvoering van gedelegeerde (ontwikkel)werkzaamheden door Project B.V. in opdracht van de Provincie levert de Provincie (besluit en handtekening van provinciaal bestuur en niet de directeur van Project B.V.) de koopovereenkomst en overdrachtsakte voor levering aan Project B.V. en dan pas gaat de juridische en economische eigendom van de bouwrijpe gronden over van Provincie naar de entiteit.

Fiscale eenheid

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 27 van 30

Vanwege de nauwe economische en financiële verwevenheid tussen Provincie en Project B.V. is denkbaar dat beiden een fiscale eenheid voor de btw kunnen vormen. De vraag is of er ook een nauwe organisatorische verwevenheid bestaat tussen Provincie en Project B.V., gegeven de meer complexe organisatiestructuur van een overheidsorgaan (anders dan bij een private vennootschap waarbij de leiding/bestuur van meerdere vennootschappen dezelfde is). De aanwezigheid van een fiscale eenheid voor de btw zou dan ook afgestemd kunnen worden met de Belastingdienst. Overigens heeft een dergelijke fiscale eenheid in dit geval weinig voordeel omdat de btw die Project B.V. aan de Provincie in rekening brengt in aftrek kan worden gebracht door de Provincie (behoudens op kosten die zien op eventuele btw-vrijgestelde verkopen). De bij beschikking vastgestelde fiscale eenheid houdt in dat beide deelnemers van die fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elkaars btw-schulden.

Alternatief

Zou Project B.V. de bouwterreinen in de markt zetten en daarbij niet bemiddelen (de Provincie levert dan en Project B.V. verricht makelaarsdiensten) maar de bouwterreinen van de Provincie kopen en doorverkopen, dan is van belang welke status die terreinen hebben op het moment van aan- en doorverkoop door Project B.V.. Vindt die aankoop en doorverkoop plaats nadat de terreinen zijn ontdaan van opstallen en bestrating (start- en landingsbanen, opstallen e.d.) en bestemd zijn voor bebouwing, dan is de levering ervan door de Provincie belast met btw en vrijgesteld van overdrachtsbelasting, hetgeen dan ook geldt voor de doorverkoop door Project B.V. aan derden. Zou echter gedacht worden aan overdracht van het terrein in huidige staat (bebouwd en bestraat) dan is er bij verkrijging door Project B.V. overdrachtsbelasting verschuldigd. Een beroep op interne reorganisatievrijstelling binnen concern is met een overheidslichaam als moeder van Project B.V. op zichzelf niet mogelijk, tenzij dit met de Belastingdienst geruled zou kunnen worden. Overigens ligt er bij toepassing van die vrijstelling een klem van drie jaar op de aandelen van Project B.V.. Worden die boven een bepaald percentage binnen drie jaar na inbreng van onroerend goed in Project B.V. vervreemd dan wordt het concern verbroken en is er alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd.

CONCLUSIE

Er van uitgaande dat door de Provincie bedrijfsmatige activiteiten worden verricht (vergelijkbaar met die door private ondernemingen worden verricht) in het kader van de herontwikkeling van de voormalige Vliegbasis Soesterberg tot (o.a.) woningbouwlocaties, geldt dat zowel de Provincie als Project B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd zijn.

Verkoop van de bouw kavels door de Provincie aan c.q. via de BV aan derden is fiscaal eenvoudiger op het moment dat sprake is van bouwterrein (in fiscale zin), zodat er btw en geen overdrachtsbelasting verschuldigd is. Indien onverhoopt moet worden aangenomen, dat de gronden (of een deel daarvan) niet kwalificeren als bouwterrein, maar in de huidige staat verkocht moeten worden, dan kan er voor worden gopteerd om Project B.V. niet in de transactieketen te betrekken en alleen als bemiddelende makelaar te laten optreden, waardoor niet Project B.V., maar de Provincie de kavels in de markt zal zetten.

DATUM 1 november 2022
 ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
 PAGINA 28 van 30

X. BESTUURSRECHTELIJKE AANDACHTSPUNTEN (VERGELIJING EXTERNE EN INTERNE VARIANT)

103. U heeft ons tevens gevraagd om de keuze voor een interne ambtelijke projectorganisatie (interne variant) of voor provinciale deelname aan een op te richten vennootschap (als special purpose vehicle) (externe variant) bestuursrechtelijk te toetsen. In dit kader informeren wij u dat wij de provinciale analyse zoals opgenomen in de 'Presentatie organisatievorm' d.d. 17 september 2022 op hoofdlijnen delen. Dit gezegd hebbende, zien wij vanuit een bestuursrechtelijk perspectief de volgende aandachtspunten bij de twee varianten:

Deelname aan een vennootschap (externe variant)

- De bevoegdheden van de Provincie als aandeelhouder kunnen bij één of meerdere ambtenaren neergelegd worden door middel van een mandaatbesluit waarmee de ambtenaren in wezen beschikken over een volmacht om de Provincie als aandeelhouder te vertegenwoordigen.
- In het mandaatbesluit kan bepaald worden tot welke rechtshandelingen namens de Provincie de ambtenaren bevoegd zijn en onder welke omstandigheden afstemming met het provinciebestuur (gedeputeerde staten en wellicht zelfs provinciale staten) moet plaatsvinden. Ook kan bepaald worden wanneer en hoe vaak de voortgang van de beoogde ontwikkeling gerapporteerd moet worden aan de betrokken bestuurders (dan wel aan provinciale staten). Eerder ontvingen wij in dit kader een door de provincie opgesteld 'Overzicht van het mandaat'. De hierin weergegeven opzet lijkt goed bruikbaar om de aansturing intern te borgen met inachtneming van het in dit advies voorts gestelde.
- Een belangrijk kenmerk van de beschreven aanpak is dat in een enkel document (het mandaatbesluit) terug is te vinden hoe de vertegenwoordiging van de Provincie (dan wel de provinciale bestuursorganen) is geregeld. De grondexploitatie wordt hiermee op bestuurlijke afstand geplaatst; een toegewijde groep ambtenaren beschermt de belangen van de Provincie binnen de vennootschap; bij belangrijke beslissingen worden de bestuurders betrokken; de provinciale bestuursorganen bepalen zelf in het mandaatbesluit wanneer dat aan de orde is. Het mandaatbesluit zal derhalve belangrijke raakvlakken hebben met het hiervoor besproken directiestatuut, waarin tussen de directie en aandeelhouders zal zijn vastgelegd voor welke besluiten van de directie een voorafgaande goedkeuring nodig is van de aandeelhouder(s). Net als het mandaatbesluit beoogt derhalve ook het directiestatuut adequate governance te borgen.
- Dit kan volgens ons een efficiënte manier van werken opleveren.

Instellen van een interne ambtelijke projectorganisatie

- Ook bij de keuze voor een provinciale ambtelijke projectgroep kan ervoor worden gekozen om met een mandaatbesluit te bepalen welke bevoegdheden uitgeoefend kunnen worden door de ambtenaren in de projectgroep en welke beslissingen alsnog moeten worden afgestemd met het provinciebestuur. In zoverre is er amper een relevant verschil met de hiervoor beschreven externe

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 29 van 30

variant 'Deelname aan een vennootschap'. Het zal met name afhangen van de mate van duidelijkheid en gedetailleerdheid van het mandaatbesluit of dit leidt tot een efficiënte manier van werken.

- Wel kunnen wij ons voorstellen (hoewel dit strikt genomen niet een bestuursrechtelijke conclusie inhoudt) dat een interne projectgroep eerder geneigd zal zijn om de reguliere interne manier van werken te volgen als hierover niets is geregeld in het mandaatbesluit. Bij een omissie in het mandaatbesluit zal er bij de interne variant wellicht eerder worden 'teruggevallen' op de normale gang van zaken (hetgeen kan inhouden dat de betrokken bestuurder alsnog een beslissing moet nemen in plaats van de projectgroep).
- Het is goed denkbaar dat er bij een omissie in het mandaatbesluit in geval van deelname aan een vennootschap afstemming plaatsvindt met de mandaatgever (de bestuurder) met als doel om te bepalen of het mandaatbesluit niet aangepast moet worden (met een verruiming van de gemandateerde bevoegdheden of een verduidelijking hiervan). Dit kan er vervolgens toe leiden dat het mandaatbesluit wordt aangepast omdat de mandaatgever (de bestuurder) meent dat er meer bevoegdheden bij de gemandateerde kunnen worden neergelegd (en de bestuurder in de toekomst ook niet alsnog belast wordt met het nemen van de beslissingen waarvoor de projectgroep is ingesteld). In plaats van het terugvallen op interne procedures wordt er (meer organisch en meer proactief) gewerkt aan een verbetering van het mandaatbesluit (met het oog op het verbeteren van de efficiëntie). Dit lijkt ons een voordeel van de externe variant.

CONCLUSIE:

Het intern instellen van een projectgroep kan er (kort samengevat) toe leiden dat er meer inefficiëntie ontstaat in de manier van werken terwijl deelname aan een vennootschap ertoe kan leiden dat de manier van werken (door het uitwerken van hetgeen in het mandaatbesluit is opgenomen) steeds wordt verbeterd. Een omissie in het mandaatbesluit moet bij deelname aan een vennootschap opgelost worden, terwijl dat bij een interne projectgroep minder voor de hand ligt omdat er al interne procedures bestaan die de omissie invullen. Wij merken hierbij op dat een mandaatbesluit voor een interne projectgroep ook steeds verbeterd kan worden en dat hier procesafspraken over kunnen worden gemaakt. Wij vermoeden evenwel dat dit minder voor de hand ligt.

We benadrukken (gelet op de inhoud van de 'Presentatie organisatievorm') dat een mandaatbesluit om een ambtenaar/meerdere ambtenaren te belasten met de vertegenwoordiging van de Provincie ook aan de orde kan zijn bij de keuze voor een vennootschap. Een mandaatbesluit is niet voorbehouden aan de keuze voor een interne ambtelijke projectorganisatie en kan juist bij deelname aan een vennootschap een belangrijk voordeel zijn om de beslissingen niet steeds te moeten laten nemen door de bestuurders zelf.

AKD

DATUM 1 november 2022
ONS KENMERK 1009429/VBS/HC/MW
PAGINA 30 van 30

- Bijlagen
1. Overzicht geraadpleegde documenten;
 2. Termsheet Overeenkomst van Opdracht Provincie – Project B.V.;