

MEMO

Datum	28 april 2021
Referentie	21042801Bic
Project	Uitwerking COO BIC Eindhoven
Onderwerp	Resultaten werkgroep juridische vormgeving
Van	Jeroen Tamsma
Aan	Regiegroep BIC Vervolgfases
Kopie	Werkgroep Juridische Vormgeving
Bijlagen	3

1 Inleiding

Sinds november 2020 heeft de werkgroep Juridische Vormgeving onder de Regiegroep Vervolgfases BIC gewerkt aan uitwerking van de Campus OntwikkelingsOrganisatie. In deze werkgroep werd de interne juridische expertise van provincie, gemeente en VOF BIC samengebracht. Straatman Koster heeft de rol vervuld van penvoerder in deze uitwerking.

Via diverse tussenproducten is er input geleverd voor de centrale eindrapportage “Rapportage Uitwerking Campus OntwikkelingsOrganisatie (COO)” van 2 april 2021.

Ter ondersteuning van de eindrapportage waren er vier juridische notities voorzien die vanuit deze specifieke expertise verschillende aspecten van uitgewerkte COO samenvatten. Met betrekking tot het thema fiscaliteit is het gebleven bij het formuleren van een aantal vragen en daarmee aandachtspunten voor verdere stappen in het proces. Straatman Koster heeft drie notities aangeleverd. Die zijn opgenomen in de bijlagen.

Deze notities leidden in een afsluitende werkgroepbijeenkomst tot vervolgvragen en aandachtspunten die in deze memo onder 3 op een rij zijn gezet.

Met deze memo en de geleverde notities is, in samenhang met de centrale eindrapportage, een startpunt vastgelegd voor het oprichtingstraject met de kwartiermakers van de COO.

2 Definitieve notities Straatman Koster

De notitie “keuze voor rechtsvorm van de COO, zeggenschap en controle, toe- en uittreding” van 12 april vervangt eerdere tussenproducten aan de hand waarvan in werksessies de gedachten zijn gevormd. De tussenproducten hadden op verschillende onderdelen een hoger detailniveau. In de eindnotitie zijn de uitkomsten op een abstractieniveau hoger beschreven om aan te sluiten op de centrale eindrapportage.

De insteek van de stichting zoals die in de notitie “keuze voor rechtsvorm van de COO, zeggenschap en controle, toe- en uittreding” is beschreven is op twee specifieke thema’s getoetst op haalbaarheid. In de notitie “Aanbestedingsadvies opdrachtverlening aan de COO” van 12 april is geanalyseerd hoe de opdracht van

publieke partijen aan de stichting zich verhoudt tot het aanbestedingsrecht. Daarnaast is er in de notitie “Staatssteunadvies COO” van 9 april beschreven hoe om te gaan met wettelijke beperkingen rondom publiek-private samenwerking.

In beide notities worden oplossingen geboden die de juridische haalbaarheid van de gewenste samenwerkingsvorm ondersteunen. Uiteraard zal er in de aanloop naar oprichting van de COO extra aandacht moeten uitgaan naar deze aspecten. Dat geldt ook voor het aspect fiscaliteit.

3 Aandachtspunten en vervolgvragen

Hieronder volgt een overzicht van vragen en opmerkingen die zijn gemaakt naar aanleiding van de notities van Straatman Koster.

3.1 Aandachtspunten en vragen m.b.t. de opdracht aan de COO

- De eventuele verplichting van de COO om als aanbestedende dienst in te kopen moet zodanig worden ingevuld dat het de slagvaardigheid van de COO niet beperkt. Een inkoopbeleid onder goed bestuur voor de basisactiviteiten van de COO zal overigens vrij snel in lijn zijn met de verplichtingen van een aanbestedende dienst.
- Vastgoed- en grondactiviteiten specifiek buiten de opdracht van COO plaatsen ter voorkoming van aanbestedingsplicht op dit soort onderdelen
- Marktconformiteit van opdrachten die onder de COO uitgevoerd worden, moet goed geborgd zijn.
- Voor de goede orde: het opknippen van de opdracht van oprichtende partijen aan de stichting is niet voorzien. De aanbestedingsrechtelijke toetsing ziet op de omvang en aard van de opdrachten die de stichting zelf verstrekt aan derden.
- De provincie benadrukt dat opdrachtverlening binnen haar eigen organisatie nadrukkelijk gekoppeld moet worden aan een concrete levering. Om die reden heeft de provincie onlangs de voorkeur uitgesproken voor financiering in de vorm van subsidie. Dat is nog niet onderzocht. In eerste instantie lijken de voorwaarden die gebruikelijk zijn bij subsidieverstreking ook beperkingen met zich mee te brengen. Bijvoorbeeld het recht om subsidie terug te vorderen. Iets wat bij de gezamenlijke funding van een COO niet eenvoudig overeen te komen is. De provincie zal voorafgaand aan de volgende stap in de oprichting van de COO meer duidelijkheid verschaffen aan haar partners op BIC.

3.2 Aandachtspunten en vragen m.b.t. de organisatiestructuur

- Er rijzen vragen over de omvang van de organisatie binnen de stichting en de slagvaardigheid ervan. Het hart van de organisatie met één bestuurder en drie toezichthouders is compact te noemen gezien de verantwoordelijkheid die de COO krijgt.
- De provincie be vraagt de rol van politieke bestuurders in de Raad van Toezicht. Toezichthouders van de COO vervullen in principe een statutair zuivere toezichtrol. In eerste instantie was die toebedeeld aan professionele toezichthouders die aangedragen worden (dat is niet gelijk aan ‘benoemd worden’) door de partijen die funding voor hun rekening nemen. Op aangeven van het Bestuurlijk Overleg is er voorzien in de mogelijkheid om deze toezichtrol in eerste instantie te laten vervullen door de bestuurders van oprichtende partijen. Elk van deze bestuurders zal dan zelf moeten zorgen dat conflicterende belangen geen rol spelen in de uitvoering van de toezichttaak. Anders kan er beter teruggeregpen worden op het oorspronkelijk voorstel.

3.3 Eerste beantwoording vragen m.b.t. fiscaliteit

Vennootschapsbelasting:

Wordt de Stichting belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting?

Ja, dat ligt voor de hand. Er is echter geen winstoogmerk dus heel veel invloed zal het niet hebben op de financiële huishouding.

Overigens heeft de Stichting bij voorkeur een robuuste mogelijkheid om een incidentele (jaar)winst te reserveren voor latere bekostiging van conceptwaarde-verhogende activiteiten.

Wat is een at arms's length beloning voor de activiteiten van de Stichting?

De activiteiten van de stichting zijn budgetgedreven. De funding is dus per definitie precies "at arm's length" voor de meest nuttige activiteiten die de COO kan en dus zal ontplooiën.

Omzetbelasting

Is de stichting ondernemer voor de omzetbelasting?

Ja, dat ligt voor de hand. Het btw-compensatiefonds zou moeten helpen om de negatieve effecten daarvan op de bijdrage van publieke partijen te dempen.

Zo ja, zijn haar prestaties belast met btw?

Ja, dat ligt voor de hand en is zelfs wenselijk. Bijvoorbeeld vanwege de huisvesting op BIC waar een beperking geldt (maximaal 10 %) van de hoeveelheid huurders die geen btw verrekenen.

Loonbelasting

Komen de fte in dienst van de Stichting en wordt de Stichting daarmee inhoudingsplichtige voor de loonheffingen?

In eerste instantie uitgaan van inzet van flexibele mensen. Direct werkgeverschap waaruit bijvoorbeeld pensioenverplichtingen voortvloeien vermijden.

Worden alle fte zzp'er? Is er dan nog steeds een risico op een fiscale arbeidsrelatie waarvoor loonheffing ingehouden dienen te worden.

Een directe fiscale arbeidsrelatie is niet wenselijk, maar er zijn mogelijkheden om loonheffingen op een correcte manier te regelen. Er moet vooral voorkomen worden dat het achteraf en met terugwerkende kracht geregeld moet worden. Een en ander nog afhankelijk van de positie en wensen van de beoogde, geschikte kandidaten voor in te vullen functies.

De partijen die deelnemen in de COO zullen een fiscaal adviseur moeten vragen om de fiscale aspecten van de voorgenomen activiteiten van de Stichting te duiden, zodat de Stichting vanaf dag 1 kan voldoen aan haar fiscale verplichtingen.

Vanzelfsprekend een goede suggestie in de aanloop naar oprichting.

4 Overzicht bijlagen

1. Notitie "Keuze voor rechtsvorm van de COO, zeggenschap en controle, toe- en uittreding", Straatman Koster, 12 april 2021
2. Notitie "Aanbestedingsadvies opdrachtverlening aan de COO", Straatman Koster, 12 april 2021
3. Notitie "Staatssteunadvies COO", Straatman Koster, 9 april 2021

Bijlage 1

**Notitie “Keuze voor rechtsvorm van de COO,
zeggenschap en controle, toe- en uittreding”,
Straatman Koster, 12 april 2021**

NOTITIE

datum	:	12 april 2021
aan	:	De gemeente Eindhoven De provincie Noord-Brabant VOF BIC
van	:	W.J.H. Koster, advocaat
onze ref.	:	01-1124
betreft	:	keuze voor rechtsvorm van de COO zeggenschap en controle toe- en uittreding

Inleiding

1. Het project Eindhoven Brainport Industries Campus ("BIC") heeft betrekking op de langjarige en complexe ontwikkeling – in opvolgende clusters – van een campus ten behoeve van vestiging van bedrijven uit de *hightech maak-industrie*.
2. Het concept dat ten grondslag ligt aan de BIC, houdt in – kort gezegd – dat de campus functioneert als een bakermat van open innovatie, waarbij bedrijven uit de hightech maak-industrie kunnen profiteren van elkaars aanwezigheid en hoogwaardige faciliteiten met elkaar kunnen delen. Deze faciliteiten zijn flexibel en kunnen worden aangepast aan de veranderende eisen van de gebruikers. De onderlinge samenwerking tussen de gebruikers en het vormen van een "community" zal worden gestimuleerd door de (gebouwde) omgeving. Daarbij kan worden gedacht aan een atrium dat de gebouwen onderling verbindt en waarin bijvoorbeeld horeca en paviljoens voor onderwijs en projecten zijn gevestigd. Tevens zullen de gebouwen (en de ruimte daaromheen) één geheel vormen met het omliggende Brainport Park. Dankzij deze conceptwaarde onderscheidt BIC zich van een 'regulier' bedrijventerrein, waarop slechts huisvesting en standaard-diensten worden geboden.
3. Teneinde deze conceptwaarde van de BIC te creëren en te onderhouden, zal gebruik worden gemaakt van de zogenoemde Campus Ontwikkelings Organisatie ("COO"). De COO heeft daarbij onder andere als taak om zorg te dragen voor marketing en communicatie en om bepaalde activiteiten ondersteunen en ten behoeve van de BIC. Tevens zal de COO de onderliggende innovatiestrategie (verder) ontwikkelen en zal de COO externe betrekkingen aanknopen en onderhouden met derden. Het doel daarvan is om veel mogelijk "leads" te genereren met bedrijven (uit de hightech maak industrie) die zich zouden kunnen vestigen op de BIC. Ik verwijs voor een nadere

Straatman Koster advocaten

beschrijving naar de “*rapportage uitwerking campus ontwikkelingsorganisatie*” d.d. 2 april 2021 (hierna: de “Rapportage”).

4. Bij het opzetten van de COO is de vraag aan de orde gekomen of de COO zou moeten worden vervat in een separate juridische entiteit en – zo ja – welke rechtsvorm daarvoor het meest geschikt is. Dit zijn vraag (1) en vraag (2) van deze notitie.
5. Voorts is aan de orde gekomen op welke wijze de controle en zeggenschap op de COO kan plaatsvinden. Dat is vraag (3) van de notitie.
6. Tenslotte wordt in de notitie ingegaan op de eventuele toetreding van anderen dan de huidige drie partners (Provincie, Gemeente en VOF BIC) tot de COO, alsmede de eventuele uittreding uit de COO. Dit betreft vraag (4) van de notitie.

VRAAG (1):

Is het raadzaam om de COO te vervatten in een separate juridische entiteit?

7. De behoefte van moederpartijen om hun onderlinge samenwerking te vervatten in een separate juridische entiteit, is onder andere afhankelijk van het risicoprofiel dat met die samenwerking is gemoeid. Indien het risicoprofiel *hoog* is, kan worden gekozen voor een separate juridische entiteit. Als gevolg daarvan fungeert de entiteit in beginsel als het “verzamelpunt” van alle juridische aanspraken op het moment dat een risico zich verwezenlijkt, zodat de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen kan worden beperkt. Indien daarentegen het risicoprofiel *laag* is, zou kunnen worden volstaan met een “*samenwerking light*” zonder entiteit, waarbij de moederpartijen onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn indien een risico zich verwezenlijkt.

[nota bene: hoofdelijke aansprakelijkheid houdt volgens de wet in, dat een schuldeiser jegens *ieder* van de schuldenaars het recht heeft op nakoming *voor het geheel*. Wel hebben de schuldenaars in dat geval onderling regres.

Bijvoorbeeld: indien de COO een schuld is aangegaan van 1.000 euro bij een derde, dan kan die derde het bedrag volledig verhalen op de gemeente. Het is vervolgens aan de gemeente om voor 1/3 deel van dat bedrag regres te nemen op VOF BIC en de Provincie Noord-Brabant.

De hoofdelijke aansprakelijkheid betekent dat de schuldenaars in feite onbeperkt voor elkaar instaan jegens derden. Daarom wordt ingeval van een hoog risicoprofiel een “samenwerking light” als weinig aantrekkelijk ervaren]

8. Het risicoprofiel van de COO hangt samen met de deelname van de COO aan het economisch verkeer ter uitvoering van haar taken en de (rechts)handelingen die de COO in dat kader zal verrichten. Daarbij kan gedacht worden aan de verstrekking van een opdracht door de COO aan een derde, zoals het inschakelen van een extern bureau voor marketing en communicatie. Bij de totstandkoming en uitvoering van zo’n opdracht kan “van alles mis gaan”. Bijvoorbeeld indien een derde de COO aansprakelijk stelt omdat hij meent dat de COO ten onrechte een opdracht niet aan hem heeft gegund. Of omdat hij meent dat de COO ten onrechte een gegunde opdracht tussentijds beëindigt. Of indien de COO en de desbetreffende derde een geschil hebben over (vermeende) tekortkomingen bij de uitvoering van een opdracht, enz. enz.
9. Uit de Rapportage leid ik af dat de COO gedurende een lange periode (van vele jaren) zal deelnemen aan het economisch verkeer. De COO zal dan ook vele (rechts)handelingen verrichten. Bovendien blijkt daaruit dat de COO gedurende die periode zeer aanzienlijke financiële verplichtingen zou kunnen aangaan jegens derden. Onder dergelijke omstandigheden is sprake van een hoog risicoprofiel en is het raadzaam om de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen te beperken.

10. Afgezien van de behoefte om de aansprakelijkheid te beperken van de achterliggende moederpartijen, zijn er tevens een groot aantal praktische argumenten te geven om de COO vorm te geven met behulp van een separate juridische entiteit.
- a. Dankzij de juridische entiteit kan de COO functioneren als een “eigen onderneming” – op afstand van de moederpartijen – met eigen taken en verantwoordelijkheden en bijbehorende budgetten, enz..
 - b. Dankzij de juridische entiteit kan de (aan)sturing van – en controle op – de COO verlopen via de organen, die daarvoor in de wet en in de statuten zijn aangewezen (zoals het “bestuur”, de “raad van toezicht” enz.) Daardoor kunnen de moederpartijen – ondanks het feit dat zij “op afstand staan” – hun goedkeurende en controlerende taken en bevoegdheden (blijven) uitoefenen.
 - c. Dankzij de juridische entiteit kan de eventuele toe- en uittreding van (nieuwe) moederpartijen in de COO verlopen via de in dat verband vooraf gemaakte afspraken (waarbij kan worden aangesloten bij de wettelijke en/of statutaire regels die voor toe- en uittreding bij een bepaalde rechtsvorm gelden).
 - d. Dankzij de juridische entiteit is het voor partijen mogelijk om gezamenlijk en onder één naam “naar buiten op te treden”, waardoor helder en eenduidig kan worden gecommuniceerd met derden, zoals beleggers, (kandidaat-)huurders en overige stakeholders.
 - e. Dankzij de juridische entiteit kan voor wat betreft het vraagstuk van de rechtsgeldige vertegenwoordiging van de COO gebruik worden gemaakt van de toepasselijke wettelijke (en statutaire) bepalingen.

ANTWOORD OP VRAAG (1):

11. Het antwoord op de vraag of het verstandig is om de COO te vorm te geven in een separate juridische entiteit waarmee de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen kan worden beperkt, luidt: “**JA**”.

[nota bene: wellicht ten overvloede merk ik nog op dat de deelneming aan het economisch verkeer met behulp van een separate juridische entiteit waarmee de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen is beperkt, eerder de regel is dan de uitzondering, óók voor publieke partijen.

Ter illustratie: de Provincie Noord-Brabant is blijkens het handelsregister bestuurder en enig aandeelhouder van 35 vennootschappen waarmee zij (onder beperking van haar eigen aansprakelijkheid) deelneemt aan het economisch verkeer. De gemeente Eindhoven participeert in 7 vennootschappen, terwijl de activiteiten van de Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. zijn verspreid over 769 separate juridische entiteiten]

VRAAG (2):

Welke rechtsvorm is het meest geschikt voor de COO?

12. Zoals aangegeven, is het verstandig om de COO te vervatten in een separate juridische entiteit waarmee de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen kan worden beperkt. Het vereiste dat de aansprakelijkheid moet kunnen worden beperkt, betekent dat rechtsvormen die een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking niet kennen, zoals de “vennootschap onder firma”, op voorhand afvallen.
13. Rechtsvormen die een aansprakelijkheidsbeperking kennen, betreffen:
- a. de coöperatie,
 - b. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (“BV”),
 - c. de naamloze vennootschap (“NV”),
 - d. de vereniging (met volledige rechtsbevoegdheid) en
 - e. de stichting.

Ten aanzien van deze rechtsvormen heeft de wetgever bepaald dat de aansprakelijkheid van de achterliggende moederpartijen – in de wet aangeduid “*lid*”, “*aandeelhouder*”, “*bestuur*”, enz., (afhankelijk van de gekozen rechtsvorm) – in beginsel kan worden beperkt.

14. Tevens geldt voor de genoemde rechtsvormen dat de in alinea 8 onder a. tot en met e. van deze notitie genoemde “praktische argumenten” daarop van toepassing zijn. In zoverre kwalificeren alle in alinea 11 onder a. tot en met e. genoemde rechtsvormen.

Bijvoorbeeld: de COO kan – ongeacht de keuze voor een coöperatie, BV, NV, vereniging of stichting – functioneren als een “zelfstandige” onderneming met eigen taken en verantwoordelijkheden, die op “afstand staat” van de achterliggende moederpartijen, die desondanks hun goedkeurende en controlerende taken en bevoegdheden kunnen uitoefenen, enz.

15. Aangezien alle genoemde rechtsvormen voldoen, kunnen bij de keuze voor één van deze rechtsvormen andere argumenten de doorslag geven, bijvoorbeeld staatssteunrechtelijke afwegingen.
16. In dat verband is van belang dat in de Rapportage een vijfjarige begroting is gegeven ten behoeve van het werkapparaat van de COO en de uitoefening van diens taken. In de begroting zijn aanzienlijke bedragen zijn opgenomen. De daarvoor benodigde financiële middelen (de “*funding*”) zullen grotendeels afkomstig zijn van overheden,

namelijk (vooralsnog) voor 1/3 deel van de Provincie Noord-Brabant en voor 1/3 deel van de gemeente Eindhoven. Het resterende 1/3 deel van de benodigde financiële middelen is afkomstig van VOF BIC. Dat betekent dat de COO in overwegende mate “publiek geld” zal gaan spenderen. Indien dat “publieke geld” wordt gebruikt om een selectief voordeel toe te kennen aan bepaalde ondernemingen, kan al snel sprake zijn van staatssteun. Te denken valt aan de situatie, dat de COO winst maakt en vanwege de gekozen rechtsvorm de participanten in de COO op grond van de wet recht hebben op een deel van de door COO gemaakte winst. Met andere woorden: “*winstrechten*”.

17. Het feit dat de wetgever heeft bepaald de participanten in bepaalde rechtsvormen “*winstrechten*” hebben, heeft tot gevolg dat sommige van de in alinea 11 genoemde rechtsvormen – vanuit de optiek om (mogelijke discussies over) staatssteun te voorkomen – minder geschikt zijn. Het gaat daarbij om de coöperatie, de BV en de NV. Ten aanzien van deze rechtsvormen hebben de participanten op grond van de wet “*winstrechten*”. Daarom vallen deze rechtsvormen af als mogelijke entiteit voor de COO.

Ten aanzien van de coöperatie heeft wetgever in artikel 2:53 BW bepaald, dat de coöperatie zich ten doel moet stellen om te voorzien in de “*stoffelijke behoeften*” van haar leden. Dat houdt in, dat op het moment dat de activiteiten en werkzaamheden van de COO leiden tot een positief resultaat, dat resultaat moet worden uitgekeerd aan de leden van de coöperatie, waaronder VOF BIC. Dat kan er toe leiden dat in feite “publiek geld” ten goede komt aan een “private partij” – namelijk: VOF BIC – die daarmee selectief wordt bevoordeeld, zodat er in beginsel sprake zou kunnen van staatssteun.

Een dergelijk “winstrecht” is in de wet niet alleen opgenomen voor de leden van een coöperatie, maar ook voor de aandeelhouders van een BV (zie artikel 2:216 BW) en van een NV (zie artikel 2:105 lid 1 BW, waarin staat dat “*de winst de aandeelhouders ten goede [komt].*”).

18. De vereniging (met volledige rechtsbevoegdheid) en de stichting kennen niet het ‘probleem’ van de “*winstrechten*”, integendeel. Ten aanzien van de vereniging is in de wet bepaald dat die geen winst onder haar leden mag verdelen, aldus artikel 2:26 lid 3 BW. Voor de Stichting geldt een vergelijkbaar verbod in artikel 2:285 lid 3 BW.
19. Zowel de stichting als de vereniging kunnen in hun statuten opnemen dat een eventueel positief resultaat (c.q. de winst) als gevolg van de activiteiten en werkzaamheden van de COO uitsluitend mag worden aangewend voor bijvoorbeeld het realiseren van voorzieningen van algemeen nut of voor het realiseren van openbaar toegankelijke infrastructuur. Op die manier zal in beginsel geen sprake zijn van een selectief voordeel voor een bepaalde onderneming. Tevens behoeft op die manier “*het minst te worden uitgelegd*”, indien de COO een positief resultaat behaalt naar aanleiding van haar activiteiten.
20. De tussenconclusie luidt dan ook, dat zowel de stichting als de vereniging een geschikte rechtsvorm voor de COO voor wat betreft staatssteunrechtelijke afwegingen.

Daarbij teken ik nadrukkelijk aan, dat de keuze voor een bepaalde rechtsvorm van de COO niet op voorhand de risico's op (ongeoorloofde) staatssteun kan wegnemen. Wel zou de keuze voor een stichting of een vereniging – en de statutaire bepaling dat eventuele winst uitsluitend mag worden aangewend voor bijvoorbeeld het realiseren van voorzieningen van algemeen nut of voor het realiseren van openbaar toegankelijke infrastructuur – behulpzaam kunnen zijn in het voorkomen van (ongeoorloofde) staatssteun en het voorkomen van een bepaalde (ongewenste) beeldvorming ten aanzien van de COO en de achterliggende moederpartijen (in bijvoorbeeld de media en in de “politieke arena”).

21. Hoewel in zoverre de keuze voor een stichting of een vereniging “om het even” lijkt te zijn, kan de vereniging uiteindelijk toch als ‘minder passend’ worden ervaren, dan een stichting. Daarbij wordt bijvoorbeeld gewezen op de omvang van de bevoegdheden van de ledenvergadering van de vereniging. In de wet is onder andere opgenomen, dat de ledenvergadering niet alleen de bestuurders van de vereniging benoemt en ontstaat, maar ook het beleid van de vereniging bepaalt. Aan de ledenvergadering komen in beginsel ook alle ‘restbevoegdheden’ toe, die niet aan het bestuur zijn toebedeeld. De ledenvergadering is daardoor een belangrijk orgaan met relatief veel macht. De ledenvergadering is in feite ‘het hoogste orgaan’ van de vereniging. Dat kan – zeker bij een vereniging met veel leden – leiden tot een moeizaam proces van besluitvorming.
22. De stichting kent daarentegen volgens de wet geen leden en derhalve ook geen ledenvergadering. De zeggenschap binnen de stichting berust in beginsel bij het bestuur. Dat neemt overigens niet weg dat er controle kan – en zal – plaatsvinden op het bestuur. Ik verwijs daarvoor naar vraag (3) in deze notitie.

ANTWOORD OP VRAAG (2):

23. De meest geschikte rechtsvorm voor de COO is een stichting.

VRAAG (3):

Hoe verloopt de zeggenschap en controle bij de Stichting COO?

24. Het bestuur van een stichting is belast met het besturen daarvan, aldus artikel 2:291 lid 1 BW. In zoverre berust de *zeggenschap* over een stichting in beginsel bij het bestuur. Dat geldt dan ook voor de Stichting COO.
25. Niettemin kunnen de bevoegdheden – en daarmee de zeggenschap – van het bestuur worden beperkt, bijvoorbeeld door statutaire bepalingen. Zo bepaalt lid 2 van artikel 2:291 BW, dat het bestuur slechts bevoegd is tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging en vervreemding van registergoederen, indien dit uit de statuten voortvloeit.
26. Naast eventuele beperkingen van de zeggenschap van het bestuur is van belang om voldoende en adequate *controle* te kunnen uitoefenen op het bestuur. Een dergelijke controle kan geschieden door middel van het instellen van een raad van toezicht, waaraan bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, zoals:
- a. de bevoegdheid om het bestuur te benoemen en te ontslaan,
 - b. de bevoegdheid om de jaarrekening al dan niet goed te keuren
(afgezien van de eventuele toepassing van titel 9 van Boek 2 BW (inzake jaarrekening en het bestuursverslag), indien de stichting daartoe op grond van artikel 2:360 lid 3 is verplicht)
 - c. de bevoegdheid om al dan niet decharge te verlenen aan het bestuur,
 - d. de bevoegdheid om bepaalde (voorgenomen) besluiten van het bestuur te onderwerpen aan haar (voorafgaande) goedkeuring (hetgeen in de praktijk wel wordt aangeduid als zogenoemde “*reserved matters*”), enz.

De wet spreekt dan ook nadrukkelijk over de mogelijkheid dat binnen een stichting “*toezichthoudende organen*” functioneren (zie bijvoorbeeld artikel 2:300 lid 3 BW).

27. Hierbij is van belang om zich te realiseren, dat de wetgever aan de oprichters van een stichting een grote mate van contractuele vrijheid toekent om (in de statuten van een stichting) de controle op het bestuur vorm te geven op een wijze, die de oprichters passend achten. In dat kader kan door de oprichters invulling worden gegeven aan de bovenbedoelde “*reserved matters*”, bijvoorbeeld doordat bepaalde *soorten* rechtshandelingen de goedkeuring van de raad van toezicht behoeven – bijvoorbeeld: het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het entameren van een juridische procedure – alsmede rechtshandelingen waarvan het financieel belang een *bepaald*

maximum bedrag te boven gaat. Ook kan worden gedacht aan het opleggen van de verplichting van het bestuur om een *meerjarenbeleid* te formuleren en op basis daarvan een concreet *meerjarenplan* op te stellen, dat periodiek moet worden geactualiseerd. Daarbij kan in de statuten zijn bepaald, dat al deze documenten de goedkeuring van de raad van toezicht behoeven.

28. Voorts kan via de met de Stichting COO te sluiten *overeenkomst van opdracht* controle worden uitgevoerd op diens activiteiten. Immers, de Stichting COO zal een opdracht verkrijgen om de conceptwaarde van BIC te creëren en te behouden. Het ligt dan ook voor de hand dat de controle op de Stichting COO zal plaatsvinden door middel van periodieke evaluaties van de wijze waarop de Stichting COO deze opdracht uitvoert. In de overeenkomst van opdracht aan de Stichting COO kunnen daarover (aanvullende) afspraken worden gemaakt.
29. Kortom, de rechtsvorm van een stichting biedt voldoende en adequate mogelijkheden voor de achterliggende moederpartijen om zeggenschap en controle uit te oefenen op het “reilen en zeilen” van de COO.
30. Naast de raad van toezicht kan binnen de stichting een raad van advies functioneren. Deze raad van advies heeft weliswaar geen formele controle- en goedkeuringsrechten, maar zij is wel bevoegd om ten aanzien van bepaalde onderwerpen haar standpunt kenbaar te maken en voorstellen te doen. Er kan zelfs worden bepaald dat het bestuur ten aanzien van bepaalde onderwerpen een advies *moet* vragen aan de raad van advies, bijvoorbeeld bij het formuleren van het meerjarenbeleid. De verplichting om advies te vragen zal niet zo ver gaan, dat het bestuur het afgegeven advies moet opvolgen – het besturen van de stichting is immers voorbehouden aan het bestuur – maar wel kan worden bepaald dat het bestuur schriftelijk en inhoudelijk gemotiveerd dient aan te geven waarom zij het advies (geheel of gedeeltelijk) naast zich neer heeft gelegd of heeft opgevolgd. Daarmee kan in de praktijk toch een behoorlijk “gewicht” aan het advies van de raad van advies worden toegekend.

ANTWOORD OP VRAAG (3):

31. De zeggenschap en controle kan verlopen via (1) statutaire beperkingen op de bevoegdheden en zeggenschap van het bestuur, (2) het instellen van een raad van toezicht die bepaalde controlebevoegdheden heeft, (3) het hanteren van “reserved matters”, (4) de inhoud van de overeenkomst van opdracht aan de Stichting COO en (5) het instellen van een raad van advies.

VRAAG (4):

Hoe kan de toe- en uittreding verlopen bij de Stichting COO?

32. Allereerst is van belang om vast te stellen, dat een stichting geen leden kent, aldus artikel 2:285 lid 1 BW. De eventuele toe- en uittreding tot de Stichting COO kan derhalve niet plaatsvinden via een lidmaatschap van de Stichting COO of de beëindiging of roeyement daarvan.
33. Wel kunnen anderen dan de oprichters zich bij de Stichting COO aansluiten door middel van het aangaan van een (participatie)overeenkomst met de Stichting. Zij worden hieronder aangeduid als de “Aangeslotenen”.
34. De Aangeslotenen behoeven niet allemaal “over één kam te worden geschoren”. Er kan ten aanzien van de Aangeslotenen onderscheid worden gemaakt naar hun verschillende hoedanigheden, waarbij aan die hoedanigheid bepaalde rechten (en plichten) worden gekoppeld. Een onderscheid kan zijn, of de Aangeslotene bijdraagt aan de bekostiging van de Stichting COO of niet. Daarbij kan in de statuten van de Stichting COO bijvoorbeeld worden bepaald:
- a. dat indien een Aangeslotene in een bepaalde mate bijdraagt in de kosten van de Stichting COO, de desbetreffende Aangeslotene dan ook het recht (en de verplichting) krijgt om een lid in de raad van toezicht te benoemen; en
 - b. dat indien een Aangesloten niet (of in beperkte mate) bijdraagt aan de kosten van de Stichting COO, de desbetreffende Aangeslotene het recht (en de verplichting) heeft om deel te nemen aan de raad van advies.

In de (participatie)overeenkomst die wordt aangegaan tussen de Aangeslotene en de Stichting COO, kan tevens worden afgesproken dat indien de Aangeslotene zijn hoedanigheid verliest, de overeenkomst wordt beëindigd en in zoverre “*uittreding*” van de desbetreffende Aangeslotene plaatsvindt. Bijvoorbeeld: een huurder beëindigt de huur van bedrijfsruimte op BIC en zal dan ook uit de raad van advies moeten terugtreden. Bijvoorbeeld: een ontwikkelaar heeft een bouwwerk op BIC ontwikkeld, gerealiseerd en overgedragen aan een belegger en draagt niet meer bij aan de bekostiging van de Stichting COO en zal derhalve moeten terugtreden uit de raad van toezicht.

35. Uiteraard kunnen in de participatieovereenkomst eveneens de gebruikelijke beëindigingsregelingen worden opgenomen, zoals ingeval van een toerekenbare tekortkoming (c.q. “wanprestatie”), surseance, faillissement, enz.

ANTWOORD OP VRAAG (4):

36. De toe- en uittreding van anderen dan de Provincie, de Gemeente en VOF BIC tot de Stichting COO kan verlopen via een met de Stichting te sluiten participatieovereenkomst.

--- /// ---

Bijlage 2

**Notitie “Aanbestedingsadvies opdrachtverlening
aan de COO”, Straatman Koster, 12 april 2021**

NOTITIE

datum : 12 april 2021

aan : De gemeente Eindhoven
De provincie Noord-Brabant
VOF BIC

van : P. Heijnsbroek, advocaat
Mobiel: +31 (0)6 43 55 01 16
E-mail: p.heijnsbroek@straatmankoster.nl

onze ref. : 01-1193

betreft : Aanbestedingsadvies opdrachtverlening aan de COO

1. Inleiding

- 1.1. Het project Eindhoven Brainport Industries Campus ("BIC") heeft betrekking op een langjarige en complexe campus-ontwikkeling in opvolgende clusters ten behoeve van de hightech maakindustrie. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de zogenoemde Campus Ontwikkelings Organisatie ("COO").
- 1.2. Kort gezegd, heeft de COO als taken om een conceptwaarde voor BIC te creëren en te borgen, alsmede bepaalde ondersteuning te bieden ten behoeve van de totstandkoming van BIC. In dat kader voert de COO ten behoeve van BIC een veelheid aan taken uit, waaronder het verzorgen van de marketing en communicatie, het aanknopen en onderhouden van externe betrekkingen, het ontwikkelen van een innovatiestrategie, enz. enz. Daarbij is van belang om te onderkennen, dat (mede) gezien de lange tijdspanne en complexiteit van de campus-ontwikkeling de taakstelling van de COO niet "in steen gehouwen" zal zijn, maar ruimte moet bieden voor voortschrijdende inzichten en ervaringen.
- 1.3. De "achterliggende moederpartijen" (d.w.z. de VOF BIC, gemeente en provincie) overwegen om de COO voornoemde activiteiten te laten uitvoeren op basis van opdrachtverlening. Voor de gemeente en provincie is daarbij van belang dat die opdrachtverlening past binnen de kaders van het aanbestedingsrecht. In deze notitie ga ik daarop in.
- 1.4. In een afzonderlijk advies wordt nader ingegaan op de keuze voor de rechtsvorm van de COO. Voor deze notitie neem ik als uitgangspunt dat de COO een stichting is,

waarop de moederpartijen invloed uitoefenen door middel van een raad van toezicht. Derden, bijvoorbeeld de toekomstige ontwikkelaars van de andere clusters van BIC, kunnen zich bij de COO “aansluiten” en zitting krijgen in één van de “COO-organen”.

2. Aanbestedingsrechtelijk kader

- 2.1. De gemeente en provincie zijn ieder een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 ('Aw'). Zij zijn daarom gehouden om een Europese aanbestedingsprocedure te doorlopen voor overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde meer bedraagt dan de toepasselijke drempelwaarde. Die drempelwaarde is momenteel € 214.000 (excl. btw) voor opdrachten voor diensten.
- 2.2. Naar ik begrijp zou de opdrachtverlening aan de COO bestaan uit dienstverlening met in totaal een geraamde waarde van € 500.000 tot € 800.000 per jaar (excl. btw). Als dat gelijk wordt verdeeld over de drie moederpartijen, komt dat per partij neer op een geraamde waarde van circa € 167.000 tot € 267.000. Aangezien de opdrachten naar alle waarschijnlijkheid voor meerdere jaren zouden worden verstrekt of zouden worden herhaald, moet worden aangenomen dat de drempelwaarde wordt overschreden. Uitgangspunt is in dat geval dat de provincie en de gemeente de opdrachten aan de COO Europees moeten aanbesteden.
- 2.3. Het voorgaande zou onverminderd gelden indien de opdrachtverlening zou worden vormgegeven als een combinatie van een subsidie en een uitvoeringsovereenkomst, op basis waarvan de COO verplicht is de gesubsidieerde activiteiten te verrichten. Een dergelijke combinatie kwalificeert eveneens als overheidsopdracht aan de COO.
- 2.4. De Aanbestedingswet 2012 kent evenwel diverse uitzonderingsmogelijkheden, die het mogelijk maken om van Europese aanbesteding af te zien. Twee daarvan zijn hier relevant, te weten:
 - (a) quasi-inbesteding aan de COO;
 - (b) opdrachtverlening op basis van een uitsluitend recht van de COO.
- 2.5. Deze twee opties worden hierna achtereenvolgens besproken.

3. Quasi-inbesteding aan de COO

- 3.1. Er geldt geen Europese aanbestedingsplicht voor opdrachten die de provincie of de gemeente met een beroep op 'quasi-inbesteden' verlenen aan een gecontroleerde rechtspersoon.¹ De gedachte daarachter is kort gezegd dat de gecontroleerde rechtspersoon weliswaar een aparte entiteit is, maar dat deze zodanig nauw is

¹ Art. 2.24a-2.24b Aw.

verbonden met de achterliggende overheid dat de entiteit daar in feite deel van uitmaakt.

- 3.2. Voor quasi-inbesteding gelden kort gezegd drie voorwaarden:²
- (a) de gemeente en provincie moeten (gezamenlijk) toezicht uitoefenen op de COO;
 - (b) de COO moet meer dan 80% van haar activiteiten uitoefenen in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de gemeente en de provincie, of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen;
 - (c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de COO.
- 3.3. Op voorhand is goed denkbaar dat aan de eerste en derde voorwaarde wordt voldaan. De tweede voorwaarde is echter problematischer. Indien de drie moederpartijen ieder een even groot aandeel hebben in de opdrachtverlening, zal de COO slechts 67% van haar activiteiten uitoefenen ten behoeve van de aanbestedende diensten (de gemeente en provincie). Als in de toekomst bovendien nog marktpartijen aansluiten bij de COO en ook opdracht verlenen aan de COO, zal dat percentage bovendien dalen.
- 3.4. Zelfs als nu wel de 80% zou worden gehaald (omdat de provincie en/of de gemeente een groter deel van de opdrachtverlening voor hun rekening nemen), geldt dat in de toekomst alsnog de situatie kan ontstaan dat niet langer aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding wordt voldaan. Ook lopende opdrachten moeten in dat geval mogelijk alsnog worden aanbesteed, omdat dan sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging.³
- 3.5. Gelet op het voorgaande, vormt quasi-inbesteding mijns inziens geen aantrekkelijke optie voor de opdrachtverlening aan de COO.

4. Opdrachtverlening op basis van een uitsluitend recht van de COO

- 4.1. De tweede optie betreft de uitzondering voor opdrachtverlening aan een andere aanbestedende dienst op basis van een uitsluitend recht. De achterliggende gedachte van die uitzondering is dat als een andere aanbestedende dienst over een uitsluitend recht (alleenrecht) beschikt om bepaalde diensten te verrichten, het zinloos is om een aanbestedingsprocedure te organiseren voor een opdracht voor dergelijke diensten en het dus is toegestaan om die opdracht onderhands te gunnen.
- 4.2. Voor deze uitzondering gelden kort gezegd de volgende drie voorwaarden:⁴

² Art. 2.24a-2.24b Aw.

³ HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07 (*Sea*), pt. 53.

⁴ Art. 2.24 sub a Aw.

- (a) de COO kwalificeert als aanbestedende dienst;
- (b) de gemeente en/of de provincie verlenen aan de COO een uitsluitend recht, dat verenigbaar is met het VWEU;
- (c) de gemeente en de provincie verlenen opdrachten aan de COO op basis van het uitsluitend recht.

4.3. Beoordeeld moet worden of aan elk van deze voorwaarden kan worden voldaan.

Ad (a) De COO kwalificeert als aanbestedende dienst

- 4.4. De eerste voorwaarde houdt in dat de COO zelf (ook) als aanbestedende dienst kan worden aangemerkt. De COO moet daarvoor voldoen aan de criteria van een 'publiekrechtelijke instelling' zoals bedoeld in de Aanbestedingswet 2012.⁵
- 4.5. In de eerste plaats moet de COO specifiek ten doel hebben om te voorzien in behoeften van algemeen belang. Uit de jurisprudentie blijkt dat daar betrekkelijk snel aan is voldoen.⁶ Ook hier lijkt mij dat het geval, aangezien de COO een veelheid aan taken zal uitvoeren die vermoedelijk niet alleen in het belang van de rechtstreeks bij BIC betrokken ondernemingen zijn maar ook in het belang van de gemeente en de provincie.
- 4.6. In de tweede plaats moeten de behoeften van algemeen belang waarin de COO voorziet "*anders dan van industriële of commerciële aard*" zijn. Het is nog niet uitgekristalliseerd in de wet of de jurisprudentie wanneer dat al dan niet het geval is. Een sterke aanwijzing dat aan deze voorwaarde wordt voldaan is dat concurrentie (nagenoeg) geheel afwezig is, zoals bij een (vrijwel) monopoliepositie.⁷ Indien de COO een uitsluitend recht heeft om de desbetreffende activiteiten te verrichten (zie hierna), duidt dat erop dat de COO voldoet aan deze voorwaarde. Bovendien heeft de COO naar ik begrijp geen winstoogmerk, hetgeen eveneens een aanwijzing vormt dat aan de voorwaarde wordt voldaan.⁸
- 4.7. In de derde plaats moet er voldoende verbondenheid zijn tussen de COO en een of meer aanbestedende diensten. Daarvan is sprake als of (i) meer dan de helft van de activiteiten van de COO worden gefinancierd door aanbestedende diensten, of (ii) het beheer van de COO is onderworpen aan toezicht door aanbestedende diensten, of (iii) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer

⁵ Art. 1.1 Aw.

⁶ Zie bijv. HvJ EG 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99 (*Agora*). Daarin oordeelt het Hof dat activiteiten die verband houden met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten in behoeften van algemeen belang voorzien.

⁷ Zie bijv. HvJ EG 10 april 2008, zaak C-393/06 (*Aigner*).

⁸ Zie overweging 10 Richtlijn 2014/24/EU.

dan de helft door aanbestedende diensten zijn aangewezen. In de huidige opzet zal de COO mijns inziens aan deze voorwaarde voldoen.

- 4.8. In het licht van het voorgaande, kan mijns inziens worden aangenomen dat de COO kwalificeert als aanbestedende dienst. Die kwalificatie van de COO brengt overigens mee dat de COO eventuele opdrachten aan derden zelf zal moeten aanbesteden, voor zover die opdrachten de toepasselijke drempelwaarde overschrijden. Dit geldt onder meer voor de inhuur van personeel (zoals zzp'ers). Personeel in loondienst is uitgezonderd van de Aanbestedingswet 2012.⁹

Ad (b) Verlening van uitsluitend recht aan COO

- 4.9. De tweede voorwaarde betreft dat de gemeente en/of de provincie aan de COO een uitsluitend recht verleent, dat verenigbaar is met het VWEU. De verlening van het uitsluitend recht is een afzonderlijke handeling, die los staat van de (latere) opdrachtverlening.
- 4.10. Een uitsluitend recht is in de Aanbestedingswet 2012 gedefinieerd als:
- “een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen;”*
- 4.11. Uit de definitie volgt dat het uitsluitend recht bij besluit van een bestuursorgaan kan worden verleend. De provincie en de gemeente kunnen derhalve een uitsluitend recht aan de COO verlenen, mits daarvoor als zodanig een juridische grondslag bestaat. In de praktijk wordt door gemeenten bijvoorbeeld voorzien in een dergelijke grondslag door middel van de algemene bevoegdheid van de raad om verordeningen vast te stellen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt (art. 149 Gemeentewet).¹⁰ Op basis van een dergelijke verordening kan het college dan vervolgens een uitsluitend recht toekennen. De verlening van het uitsluitend recht moet kenbaar zijn, waaronder het feit wie over dat recht beschikt en waarop dat recht betrekking heeft.¹¹ Dit brengt mee dat de verlening van het uitsluitend recht (en de daarop volgende onderhandse opdrachtverlening) op zichzelf transparant verloopt.
- 4.12. Strikt genomen is niet vereist dat zowel de provincie als de gemeente een uitsluitend recht aan de COO verlenen. Zodra één van de twee een uitsluitend recht aan de COO heeft verleend, kan de ander eveneens opdrachten onderhands aan de COO verlenen, mits die opdrachten vallen onder de reikwijdte van het uitsluitend recht (zie

⁹ Art. 2.24 sub f Aw.

¹⁰ Art. 145 Provinciewet bevat een vergelijkbare bepaling.

¹¹ Kamerstukken II 2009/10 32 440, nr. 3, p. 62.

de derde voorwaarde hierna). Bij de eventuele nadere uitwerking van deze wijze van opdrachtverlening kan aldus nog worden onderzocht wie het beste het alleenrecht zou(den) kunnen verlenen en op welke grondslag.

- 4.13. Daarnaast is vereist dat het uitsluitend recht¹² en de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarop de verlening van dat recht is gebaseerd¹³ verenigbaar zijn met het VWEU. Wanneer dat het geval is, blijkt echter niet uit de wet en is tot op heden nog nauwelijks aan de orde gekomen in de jurisprudentie. De Europese Commissie heeft in dit verband een tamelijk streng standpunt ingenomen.¹⁴ Zo is volgens de Commissie doorgaans vereist dat de verlening van het uitsluitend recht wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast. Ook geldt volgens de Commissie in het algemeen dat door de verlening van het uitsluitend recht geen enkele private entiteit een voordeligere positie zou mogen krijgen dan haar concurrenten.
- 4.14. Nog los van de vraag of een rechter in voorkomend geval het standpunt van de Commissie zou volgen, is denkbaar dat de verlening van het uitsluitend recht aan de COO nodig is vanwege dwingende redenen van algemeen belang. Aanwijzingen hiervoor zouden met name zijn als (i) de COO ook voorziet in het algemeen belang (zie de eerste voorwaarde hiervoor), (ii) de COO zonder het uitsluitend recht naar alle waarschijnlijkheid niet van de grond zou komen, en (iii) de betrokkenheid van de moederpartijen logisch is in het licht van de doelstellingen en activiteiten van de COO.
- 4.15. Verder is mijns inziens relevant dat de positie van de VOF BIC – thans de enige betrokken private partij – direct gerelateerd is aan diens substantiële grondpositie in het cluster BIC 2, dat in ontwikkeling zal worden gebracht. Naar ik begrip, zullen ontwikkelaars van de overige clusters (die dan over vergelijkbare grondposities beschikken) eveneens in de gelegenheid worden gesteld om aan te sluiten bij de COO. Dit duidt erop dat de VOF BIC geen voordeligere positie verkrijgt dan haar concurrenten die in vergelijkbare omstandigheden verkeren. Daarbij is mijns inziens tevens relevant dat bij de COO geen sprake is van een directe participatie van privékapitaal (d.w.z. door de VOF BIC of toekomstige ontwikkelaars).¹⁵ Betalingen op

¹² Art. 2.24 sub a Aw.

¹³ Art. 11 Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁴ Werkdocument van de Europese Commissie ten aanzien van publiek-publieke samenwerking, SEC (2011) 1169, para. 4.3.

¹⁵ Zie het Werkdocument van de Commissie, p. 24. Vgl. art. 2.24a lid 1 sub c Aw.

grond van opdrachtverlening door private partijen aan de COO zijn mijns inziens niet gelijk te stellen aan een dergelijke participatie van privékapitaal.¹⁶

- 4.16. In het licht van het voorgaande is het mijns inziens mogelijk dat de provincie en/of de gemeente een uitsluitend recht verlenen aan de COO. De daarvoor vereiste grondslag zou bijvoorbeeld kunnen worden gecreëerd met een provinciale en/of gemeentelijke verordening, die kan worden “meegenomen” met de thans voorziene besluitvorming over de COO binnen de provincie c.q. gemeente. Ik acht het bovendien goed mogelijk dat een dergelijk uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU. Bij de verlening van het alleenrecht kan nader worden onderbouwd dat het uitsluitend recht (en de daaropvolgende opdrachtverlening) nodig is om de gewenste ontwikkeling van BIC mogelijk te maken.

Ad (c) Opdrachtverlening op basis van het uitsluitend recht

- 4.17. De derde voorwaarde houdt in dat de gemeente en de provincie – na verlening van het uitsluitend recht aan de COO – op basis van het uitsluitend recht opdrachten verlenen aan de COO. Met andere woorden, de opdrachtverlening moet passen binnen de kaders van het uitsluitend recht. Om dat alvast zoveel mogelijk te waarborgen verdient het aanbeveling om de verordening en het uitsluitend recht zodanig te formuleren dat deze alle voorzienbare activiteiten dekken waarvoor de provincie en de gemeente opdracht (zullen) willen verlenen aan de COO.

Rechtsbescherming en ex ante bekendmaking

- 4.18. Niet uitgesloten kan worden dat een derde bezwaren zou kunnen hebben tegen de verlening van een uitsluitend recht aan de COO en de daaropvolgende onderhandse opdrachtverlening aan de COO. Zo zou een marktpartij geïnteresseerd kunnen zijn in het uitvoeren van activiteiten van de COO en daarom graag een kans willen krijgen op de opdrachten van de provincie en de gemeente.
- 4.19. Een dergelijke partij zou zijn bezwaren kenbaar kunnen maken naar aanleiding van de (voorgenomen) besluitvorming over de verlening van het uitsluitend recht aan de COO. Formeel juridisch is nog maar de vraag of dat mogelijk is, aangezien een provinciale of gemeentelijke verordening waarschijnlijk slechts algemeen verbindende voorschriften zal bevatten. Maar zelfs als dat wel zou kunnen, moet worden aangenomen dat een derde ook de mogelijkheid heeft om (pas) tegen de concrete opdrachtverlening op te komen.¹⁷

¹⁶ Vgl. de uitzondering voor quasi-inbesteding, waarbij 20% van de activiteiten in opdracht van private partijen mag worden verricht, maar er geen participatie van privékapitaal mag zijn (art. 2.24a Aw).

¹⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675, r.o. 4.2-4.4.

- 4.20. In dat verband is van belang dat de eenmaal verleende opdracht gedurende zes maanden na het sluiten van de bijbehorende overeenkomst in rechte kan worden aangetast wegens schending van de Aanbestedingswet 2012.¹⁸ Na afloop van die termijn is de overeenkomst niet langer aantastbaar vanwege strijd met de aanbestedingsregels.¹⁹ De termijn van zes maanden kan desgewenst sterk worden verkort door gebruik te maken van een zogenoemde *ex ante* bekendmaking.²⁰ Dat houdt in dat de gemeente en de provincie ieder vooraf op TenderNed publiceert dat zij voornemens is een opdracht aan de COO te verlenen en motiveert dat daarvoor geen aanbestedingsplicht geldt omdat de opdracht buiten het toepassingsgebied van de Aanbestedingswet 2012 valt (vanwege het alleenrecht van de COO). Indien er dan binnen 20 dagen na publicatie geen kort geding aanhangig wordt gemaakt door een derde, kan de opdracht aan COO worden verleend en later niet meer in rechte worden vernietigd wegens strijd met de Aanbestedingswet 2012. Daarvoor is vereist dat de motivering in de bekendmaking voldoende uitgebreid is en belanghebbenden in de gelegenheid stelt om te bepalen of zij al dan niet een kort geding aanhangig willen maken.²¹ Ook moeten de provincie en de gemeente zorgvuldig handelen en moeten zij van mening kunnen zijn dat het verlenen van de opdracht daadwerkelijk is toegelaten (oftewel, zij moeten “te goeder trouw” zijn).²² Zekerheid hoeven zij daar evenwel niet over te hebben

5. Conclusies / management summary

- 5.1. De moederpartijen (de provincie, de gemeente en de VOF BIC) wensen opdrachten te verlenen aan de COO. Voor de provincie en de gemeente geldt daarbij de Aanbestedingswet 2012, die voor deze opdrachtverlening in beginsel verplicht tot Europese aanbesteding. Europese aanbesteding kan echter achterwege blijven als de provincie en de gemeente een beroep kunnen doen op een wettelijke uitzondering, zoals quasi-inbesteding of opdrachtverlening op basis van een uitsluitend recht.
- 5.2. Quasi-inbesteding vormt mijns inziens geen aantrekkelijke optie voor de opdrachtverlening aan de COO. Voor deze uitzondering is onder andere vereist dat de COO meer dan 80% van haar activiteiten uitoefent in de vorm van taken die haar zijn toegewezen door de gemeente en de provincie. Dat percentage wordt in de huidige opzet niet gehaald en zal in de toekomst bovendien dalen indien de COO ook voor derden actief wordt.

¹⁸ Art. 4.15 Aw.

¹⁹ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*).

²⁰ Art. 4.16 Aw.

²¹ HvJ EU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb*), pt. 48.

²² HvJ EU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb*), pt. 50.

- 5.3. Opdrachtverlening op basis van een uitsluitend recht lijkt daarentegen wél een haalbare route. Over deze wettelijke mogelijkheid bestaat maar weinig toelichting. Ook is er vrijwel geen jurisprudentie beschikbaar, zodat er ter zake enerzijds de nodige ruimte bestaat en anderzijds ook enige onzekerheid resteert over de grenzen van deze uitzondering.
- 5.4. Voor de route van het uitsluitend recht is ten eerste vereist dat de COO kwalificeert als aanbestedende dienst, hetgeen mijns inziens aannemelijk is. De COO dient dan eventuele opdrachten aan derden zelf aan te besteden, voor zover die opdrachten de toepasselijke drempelwaarde overschrijden. Dit geldt onder meer voor de inhuur van (extern) personeel.
- 5.5. Ten tweede is vereist dat de provincie en/of de gemeente een uitsluitend recht verlenen aan de COO om haar activiteiten uit te voeren in het kader van BIC. De daarvoor vereiste grondslag zou met name kunnen worden gecreëerd met een provinciale en/of gemeentelijke verordening. Strikt genomen is niet vereist dat zowel de provincie als de gemeente een uitsluitend recht aan de COO verlenen. Zodra één van de twee een uitsluitend recht aan de COO heeft verleend, kan de ander eveneens opdrachten onderhands aan de COO verlenen.
- 5.6. De verlening van het uitsluitend recht moet bovendien verenigbaar zijn met het VWEU. Ik acht dat in het onderhavige geval goed mogelijk. Bij de verlening van het alleenrecht kan nader worden onderbouwd dat het uitsluitend recht (en de daaropvolgende opdrachtverlening) nodig is om de gewenste ontwikkeling van BIC mogelijk te maken. Ook kan daarbij worden beargumenteerd dat het uitsluitend recht niet ertoe leidt dat een private entiteit een voordeligere positie krijgt dan haar concurrenten. Daartoe is van belang (i) dat de positie van de VOF BIC gerelateerd is aan haar grondpositie, (ii) dat toekomstige ontwikkelaars evenzeer kunnen aansluiten bij de COO en (iii) dat geen sprake is van een directe participatie van privékapitaal in de COO (door de VOF BIC of toekomstige ontwikkelaars).
- 5.7. Ten derde is vereist dat de uiteindelijke opdrachtverlening van de provincie en de gemeente aan de COO past binnen de kaders van het verleende uitsluitend recht. Om dat alvast zoveel mogelijk te waarborgen verdient het aanbeveling om de verordening en het uitsluitend recht zodanig te formuleren dat deze alle voorzienbare activiteiten dekken waarvoor de provincie en de gemeente opdracht (zullen) willen verlenen aan de COO.
- 5.8. De route van het alleenrecht biedt als voordeel dat de provincie en de gemeente daar transparant over zijn. De verlening van het alleenrecht moet kenbaar zijn en kan wellicht worden meegenomen met de besluitvorming over de COO die reeds voorzien is. Derden hebben de gelegenheid om hun eventuele bezwaren reeds gedurende dat

besluitvormingstraject kenbaar te maken. Bovendien kunnen de provincie en de gemeente bij de opdrachtverlening desgewenst gebruik maken van een zogenoemde *ex ante* bekendmaking om meer zekerheid te krijgen.

* * *

Bijlage 3

**Notitie “Staatssteunadvies COO”, Straatman Koster,
9 april 2021**

NOTITIE

datum : 9 april 2021

aan : De gemeente Eindhoven
De provincie Noord-Brabant
VOF BIC

van : P. Heijnsbroek, advocaat
Mobiel: +31 (0)6 43 55 01 16
E-mail: p.heijnsbroek@straatmankoster.nl

onze ref. : 01-1193

betreft : Staatssteunadvies COO

1. Inleiding

- 1.1. Het project Eindhoven Brainport Industries Campus (“**BIC**”) heeft betrekking op een langjarige en complexe campus-ontwikkeling in opvolgende clusters ten behoeve van de hightech maakindustrie. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de zogenoemde Campus Ontwikkelings Organisatie (“**COO**”).
- 1.2. De COO heeft daarbij onder andere als taak om zorg te dragen voor marketing en communicatie en om bepaalde activiteiten ondersteunen en ten behoeve van de BIC. Tevens zal de COO de onderliggende innovatiestrategie (verder) ontwikkelen en zal de COO externe betrekkingen aanknopen en onderhouden met derden. Het doel daarvan is om veel mogelijk “leads” te genereren met bedrijven (uit de hightech maak industrie) die zich zouden kunnen vestigen op de BIC.
- 1.3. De voor de activiteiten van de COO benodigde financiële middelen (de “*funding*”) zullen (vooralsnog) voor 1/3 deel afkomstig zijn van de provincie Noord-Brabant, voor 1/3 deel van de gemeente Eindhoven en voor 1/3 deel van de VOF BIC. Ik ga ervan uit dat die financiering (uitsluitend) zal worden vormgegeven door middel van opdrachtverlening aan de COO.
- 1.4. Bij het opzetten van de COO is de vraag aan de orde gekomen in hoeverre die opzet past binnen de staatssteunrechtelijke kaders. In deze notitie ga ik daarop in.

2. Staatssteunrechtelijk kader

- 2.1. Steunmaatregelen dienen op grond van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") in beginsel ter goedkeuring te worden voorgelegd aan de Europese Commissie (notificatieplicht) en mogen dan niet worden uitgevoerd voordat de Commissie hierover een eindbeslissing heeft genomen (*standstill*-verplichting).¹ De Commissie beschikt over de exclusieve bevoegdheid om te oordelen over de verenigbaarheid van een steunmaatregel met het VWEU. Aanmelding is niet nodig als de steunmaatregel op grond van een vrijstelling reeds verenigbaar met het VWEU wordt geacht, zoals bijvoorbeeld op grond van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).²
- 2.2. Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU is – kort samengevat – sprake van staatssteun wanneer wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:
- (a) er wordt een economisch voordeel verstrekt aan één of meer bepaalde ondernemingen dat zij niet langs normale commerciële weg zouden hebben verkregen;
 - (b) het voordeel wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
 - (c) het voordeel leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging; en
 - (d) het voordeel kan invloed hebben op de handel tussen de lidstaten van de EU.
- 2.3. Van een economisch voordeel als bedoeld in de voorwaarde onder (a) is sprake als een niet-marktconform voordeel aan een onderneming wordt verstrekt. Wat marktconform is, kan worden bepaald aan de hand van het zogenoemde *market economy operator* beginsel (MEO-beginsel). Dat houdt in dat wordt gekeken of een private partij in vergelijkbare omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. Bovendien moet het een *selectief* voordeel betreffen, aangezien het voordeel ten goede moet komen aan één of meer bepaalde ondernemingen. Elke entiteit die een economische activiteit uitoefent op een markt, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, wordt in dit verband als "onderneming" aangemerkt.
- 2.4. Bij de voorwaarde onder (b) gaat het in feite om twee aspecten, die beide betrekking hebben op de publieke herkomst van de desbetreffende maatregel. Vereist is dat (i) de maatregel aan de overheid kan worden toegerekend en dat (ii) sprake is van

¹ Art. 108 lid 3 VWEU.

² Verordening 651/2014 van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, zoals gewijzigd bij Verordening 2017/1084.

overheidsmiddelen. Aan deze voorwaarden wordt voldaan als het gaat om bijvoorbeeld betalingen door een provincie of gemeente. Maar ook een voordeel dat wordt toegekend door een overheidsbedrijf (met eigen rechtspersoonlijkheid) kan onder omstandigheden worden toegerekend aan de overheid.³ Bovendien kunnen middelen van een overheidsbedrijf eveneens kwalificeren als overheidsmiddelen.⁴ Of in een concreet geval wordt voldaan aan deze voorwaarden moet worden beoordeeld op basis van een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het geval en uit de context waarin de desbetreffende maatregel is genomen. Dit kan derhalve om een complexe beoordeling gaan.

- 2.5. De voorwaarde onder (c) betreft een (dreigende) verstoring van de mededinging. Dat wordt door de Commissie al snel aangenomen wanneer een niet-marktconform voordeel wordt verstrekt aan een onderneming. Ondernemingen zijn immers op een markt – in concurrentie – actief. Daarbij komt dat voor de Commissie een dreigende (potentiële) vervalsing van de mededinging reeds voldoende is.
- 2.6. De laatste voorwaarde, onder (d), is dat het verkregen voordeel invloed moet hebben op de tussenstaatse handel. Beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer wordt in de regel eveneens snel aangenomen. Dit begrip wordt door de Commissie en ook door het Europees Hof van Justitie namelijk ruim uitgelegd. Er valt echter niet in zijn algemeenheid te zeggen wanneer hieraan wordt voldaan. Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld. Ook bij deze voorwaarde geldt dat potentiële beïnvloeding reeds voldoende is. Met name indien een maatregel slechts een zuiver lokaal karakter heeft, is het mogelijk dat het handelsverkeer tussen de lidstaten *niet* wordt beïnvloed.⁵

3. Beoordeling

- 3.1. In het onderhavige geval zou in theorie op twee niveaus sprake kunnen zijn van staatssteun. In de eerste plaats bij de financiering van de COO door de provincie en de gemeente. In de tweede plaats zou de COO mogelijk staatssteun kunnen verlenen, met name aan de VOF BIC als achterliggende moederpartij.

Financiering van de COO door de provincie en de gemeente

- 3.2. In de huidige opzet zou de COO van de provincie en de gemeente enkel financiering ontvangen in de vorm van een betaling voor het verrichten van opdrachten. Die betaling zal doorgaans geen economisch voordeel opleveren voor de COO, zoals bedoeld bij de voorwaarde onder (a). In dat geval kan om die reden reeds geen sprake zijn van staatssteun aan de COO. Dit zou anders zijn indien de provincie en/of de

³ Zie bijv. HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-425/19 P (*Commissie/Italië*).

⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PB 2016, C-262/1 (“Mededeling staatssteun”), rnr. 49.

⁵ Mededeling staatssteun, rnr. 196.

gemeente een meer dan marktconforme prijs zouden betalen aan de COO. Een sterke aanwijzing van marktconformiteit zou mijns inziens zijn dat de COO tegen dezelfde tarieven werkzaamheden verricht in opdracht van de VOF BIC (als *market economy operator*).

Winstuitkering COO aan VOF BIC

- 3.3. Op voorhand kan niet worden uitgesloten dat de COO staatssteun zou kunnen verlenen aan ondernemingen (waaronder ook de VOF BIC). Vanwege de nauwe banden van de COO met de provincie en de gemeente is niet ondenkbaar dat de COO als “overheidsbedrijf” moet worden aangemerkt en dat een maatregel die de COO neemt kan worden toegerekend aan de provincie en/of de gemeente. Evenmin is ondenkbaar dat daarbij sprake kan zijn van overheidsmiddelen (namelijk van de provincie en/of de gemeente). Daarmee is uiteraard nog niet gezegd dat zonder meer aan de voorwaarde voor staatssteun onder (c) is voldaan (toerekenbaarheid en overheidsmiddelen). Ook is daarmee nog niet gezegd dat aan de overige voorwaarden voor staatssteun is voldaan, waaronder de aanwezigheid van een economisch voordeel (de voorwaarde onder (a)). Een toets aan die voorwaarden zal steeds per geval moeten worden uitgevoerd, rekening houdend met alle specifieke omstandigheden van het geval.
- 3.4. Aanleiding voor een discussie over mogelijke steunverlening door de COO zou kunnen zijn als de COO op basis van de opdrachten van (onder meer) de provincie en de gemeente winst maakt en een deel van die winst vervolgens uitkeert (of anderszins ten goede laat komen) aan de VOF BIC. Een dergelijke – potentieel complexe – discussie kan bij voorbaat worden vermeden indien de COO vanwege haar rechtsvorm en statuten niet tot een dergelijke “winstuitkering” kan overgaan.
- 3.5. Meer in algemene zin is het in het licht van het voorgaande raadzaam dat de COO bij eventuele opdrachten aan derden een niet meer dan marktconforme prijs betaald. Een manier om dat te bewerkstelligen is om die opdrachten openbaar aan te besteden conform de Aanbestedingswet 2012.⁶

⁶ Mededeling staatssteun, rnr. 93.

4. Conclusie

- 4.1. Staatssteun zou in de eerste plaats aan de orde kunnen zijn bij de financiering van de COO door de provincie en de gemeente. Dat is echter niet het geval indien die financiering slechts in de vorm van opdrachtverlening geschiedt en de provincie en de gemeente daarbij een niet meer dan marktconforme prijs betalen aan de COO.
- 4.2. In de tweede plaats kan niet op voorhand worden uitgesloten dat de COO staatssteun zou kunnen verlenen aan andere ondernemingen. Bijvoorbeeld aan de VOF BIC, in het geval dat de COO eventuele winsten (deels) zou uitkeren aan de VOF BIC. Een discussie over een dergelijke mogelijke steunverlening kan bij voorbaat worden vermeden indien de COO vanwege haar rechtsvorm en statuten niet tot een dergelijke “winstuitkering” aan de VOF BIC kan overgaan. Het risico op steunverlening geldt daarnaast ook ten aanzien van derden waaraan de COO opdrachten verleent. Dat risico kan worden uitgesloten als de COO daarbij telkens een niet meer dan marktconforme prijs betaalt, hetgeen bijvoorbeeld kan worden gewaarborgd door de opdrachten openbaar aan te besteden.

* * *