

Juridische toets uitvoeringsplan

Utrechtse kindcentra

Memo

Vastgoedorganisatie Utrecht / 16 maart 2021

Er is tijdens het opstellen van het raadsvoorstel *Uitvoeringsplan Utrechtse kindcentra* op meerdere momenten juridisch advies ingewonnen. Dit heeft voornamelijk via e-mailuitwisselingen plaatsgevonden. Om de relevante adviezen voor de gemeenteraad overzichtelijk aan te bieden, is hieronder een overzicht gemaakt van de adviezen en is per juridisch advies aangegeven welke maatregelen al dan niet zijn genomen.

Opmerking	Maatregel
Verhouding tussen verordening en raadsvoorstel	
Punt van aandacht is de verhouding tussen de Nadere regel schoolgebouwen volgens gemeentelijk beleid bij de Verordening huisvesting scholen en het UK-beleid. In de nadere regel is nu in artikel 2 lid 3 opgenomen dat de regels van vastgesteld gemeentelijk beleid bij tegenstrijdige regels voorgaan op de nadere regel. Dit geeft op zich voldoende duidelijkheid. Voor UK's gaat de uitvoeringsregel voor op de nadere regel. Denk dat het daarom goed is om in het uitvoeringsplan op te nemen op welke punten de nadere regel van toepassing is (volgens mij alleen het aanvragen proces) en voor de rest de regels van het uitvoeringsplan.	Dit is tekstueel verduidelijkt in het raadsvoorstel.
Planning van de aanvraag	
Er moet een huisvestingsaanvraag worden ingediend. Deze loopt via het huisvestingsprogramma en dus ook via de vastgestelde momenten. In de planning (pagina 18) staat dat de aanvraag wordt ingediend bij de tweede voorbereidingsfase. De planning en momenten van het huisvestingsprogramma moet echter worden aangehouden, dus aanvragen moeten voor 1 maart. Dit moet duidelijk terugkomen in de uitvoeringsregeling. Het is volgens mij niet de bedoeling dat als de tweede uitvoeringsfase later is dat dan de spoedprocedure wordt gebruikt.	Geen aanpassing noodzakelijk. In het raadsvoorstel staat dat uiterlijk bij de aanvraag voorafgaand aan de tweede uitvoeringsfase extra ruimte kan worden aangevraagd. Dat betekent dus dat er een besluit wordt genomen en dat dan pas de tweede uitvoeringsfase wordt gestart.

Daarmee verband houdende zou ik graag nog ergens terugzien dat alle contracten pas worden gesloten als de aanvraag wordt goedgekeurd. Nu valt alles samen in de tweede voorbereidingsfase. Risico in de nu gehanteerde planning is dat het huisvestingsprogramma relatief laat is. Bij de tweede voorbereidingsfase wordt de aanvraag ingediend. Maar er staat ook dat in de tweede voorbereidingsfase van een bouwproject al overeenkomsten moeten worden afgesloten met adviseurs en aannemer en dat voor opdrachtverlening van de bouw van het gebouw aan een aannemer, een beheer- en organisatieplan wordt opgesteld en ondertekend door alle kindpartners en de school, de huurovereenkomst(en) zijn voor het contracteren van de aannemer getekend en de gemeente en het schoolbestuur sluiten voor verstrekking van een opdracht aan een aannemer een financieringsovereenkomst waarin de huursom die de kindpartner betaalt (deels) wordt overgedragen aan de gemeente, na aftrek van een vast bedrag voor onderhoudskosten. Wil voorkomen dat we eigenlijk niet afwijzen omdat er al zoveel werk is verricht en de contracten al zijn gesloten.	Geen aanpassing nodig, zie bovenstaande uitleg. Daarmee bestaat het risico niet dat er al bindende investerings- en huurovereenkomsten worden opgesteld. Er wordt immers eerst een besluit genomen, vervolgens start de tweede uitvoeringsfase.
Staatssteun	
Staatssteun: Risico speelt bij variant 3A, waar de school eigenaar wordt van het gehele gebouw terwijl deze door gemeente is gefinancierd. Het is van belang dat wordt vastgelegd dat de school geen voordeel mag hebben door het hebben van het volledige eigendom van het gebouw. Ze moeten het dus niet kunnen verkopen en ze moeten ook niet aan kunnen verdienen dat ze de ruimtes verhuren. Dit zou kunnen worden voorkomen door in de subsidievoorwaarden vast te leggen dat ze het voordeel moeten afdragen. Dit vraagt wel dat de school dit inzichtelijk kan maken. Er zal dus soort gescheiden boeking wordt bijgehouden. Maar ik kan dus niet garanderen dat dit voldoende is om ongeoorloofde staatssteun te voorkomen. Voorstel is daarom om op te nemen dat bij verzoek om optie 3A er altijd voorafgaand een staatssteuntoets plaatsvinden voor die specifieke casus en de aanvraag aan de hand daarvan mag	In het raadsvoorstel is toegevoegd dat er een staatssteuntoets plaatsvindt bij deze variant.

worden afgewezen of er aanvullende eisen kunnen worden gesteld.	
Economisch claimrecht	
Hoe komt de eigendom bij variant 3A terug naar de gemeente. Het blijft onzeker of het claimrecht wel geldt. Om zekerheid te krijgen kan een hypotheekrecht op het hele perceel gevestigd worden. De constructie voor de hypotheek zou de volgende moeten zijn: In de overeenkomst moet staan dat de school het gehele pand terug moeten leveren op een bepaald moment. In ieder geval bij het einde van het gebruik van de school en bij faillissement. Doen ze dat niet, dan zijn ze in verzuim en is een boete verschuldigd. Tot zekerheid van de terugbetaling van de boete wordt de hypotheek gevestigd. De hypotheek wordt voor het hele pand gevestigd, omdat splitsing niet mogelijk is. In dat geval kan de gemeente het pand onderhands op de veiling kopen. Daarvoor moet ze wel de marktprijs betalen. Maar deze koopprijs kan ze verrekenen met het bedrag dat de school aan de gemeente verschuldigd is. Dat is dan de boete. Daarom moet de hoogte van de boete gelijk zijn aan de waarde van het gehele pand. Dan hoeft je als gemeente feitelijk niks te betalen voor het KDV. Risico is altijd dat de boete gematigd wordt door de rechter en dat je dan dus toch iets moet betalen als gemeente om het KDV naar je toe te kunnen trekken. Zoals gezegd: de kans dat je van de hypotheek gebruik moet maken is klein. Ten eerste moet de school of de curator weigeren het gebouw terug te geven. En een curator komt pas om de hoek kijken bij een faillissement. Dat gebeurt niet vaak, maar nu ze meer “neven” taken gaan doen zoals de verhuur van een KDV, wordt de kans wel groter. En daarbij moet het claimrecht geen standhouden. Dat is ook onzeker. Maar vanwege het feit dat de schade aanzienlijk kan zijn als we het pand “kwijtraken”, biedt een hypotheekrecht de oplossing.	Dit is toegevoegd aan het raadsvoorstel. Op het niet-onderwijsdeel wordt hypotheek gevestigd ten gunste van de gemeente, met een boetebeding ter hoogte van de waarde van het niet-onderwijsdeel als de gemeente het niet-onderwijsdeel niet om niet terugkrijgt bij vertrek door de school.
Huurprijs	

Welke huurprijs hanteren we voor het KDV bij varianten 2B en 3B (beleidsondersteunend dus kostprijsdekkend of marktconform) en 3A (marktconform i.v.m. staatssteun).	Naar aanleiding van dit advies in het stadium van beleidsontwikkeling het verhuurbeleid in het raadsvoorstel reeds aangepast. Er wordt verwezen naar het reguliere vastgoedbeleid in de <u>Kaderbrief vastgoed 2017</u>. De kaders in de kaderbrief zijn eerder al getoetst en voldoen aan de wettelijk gestelde eisen. Kinderopvang is een commerciële functie, daarmee is er altijd sprake van een marktconforme huur.
Risico Huurinkomsten bij aflopen afbetaling bij eigendom schoolbestuur	
Wanneer het schoolbestuur eigenaar wordt van extra niet-onderwijsruimtes, loopt in principe de afdracht van de huurpenningen naar de gemeente (als financier) af wanneer de kapitaallasten zijn vergoed. De financiering is terugbetaald. De gemeente hanteert in dit voorstel als uitgangspunt dat de afdracht van de huurpenningen blijft plaatsvinden. Er bestaat echter jurisprudentie waarin de rechter in specifieke gevallen anders heeft besloten. Eerder is aangegeven dat het maar de vraag is of doorbetalen van de huur nadat de lening is terugbetaald standhoudt. Hierover is advies gevraagd aan AKD (bij de totstandkoming van de <i>Verordening huisvesting scholen</i>) en het punt is onduidelijk. Je hebt aangegeven bekend te zijn met het gegeven dat AKD risico's ziet m.b.t. of het wel standhoudt, maar dat dit niet leidt tot aanpassing. Jullie durven het aan om het risico te lopen om een keer naar de rechter te gaan met dit punt. Dit is dus een potentieel risico. Of doorbetalen van de huur nadat de lening is terugbetaald stand houdt, is de vraag. Hoe gaan we hiermee om? In dat kader ook: is duidelijk wat we met die "extra spaarpot" gaan doen en hoe die wordt verdeeld.	Deze tekst is eerder in het proces van beleidsontwikkeling al aangepast en verwerkt op basis van juridisch advies. We vinden inderdaad als gemeente dat we, wanneer we de risico's dragen en tegelijkertijd het schoolbestuur eigenaar wordt van de extra ruimtes ook na terugbetaling van de kapitaallasten, de huurinkomsten mogen innen. We willen deze inkomsten – op lange termijn – inzetten voor het realiseren van nieuwe kindcentra. Het juridische risico beperkt zich vooral tot het al dan niet genereren van extra inkomsten na afbetaling van de investering, en heeft geen betrekking op de terugbetaling van de kapitaallasten en/of locaties waar de gemeente zelf als eigenaar optreedt en/of de gemeente niet optreedt als financier. Het juridische risico is naar aanleiding van dit advies expliciet opgenomen in het raadsvoorstel.
Selectie kinderopvangorganisatie	
Aan wie verhuren we het KDV. De vraag is of er een tenderplicht bestaat en of – als die plicht niet bestaat – we vrijwillig willen tenderen. Bij de varianten 2B en 3B verhuurt de gemeente. Er is nog geen harde jurisprudentie op dit punt, maar op dit moment zou gesteld kunnen worden dat het zo belangrijk is dat er een goede samenwerking komt met de school, dat je	Bij het indienen van een aanvraag heeft de school daarbij in de meeste gevallen vanuit de inhoud een passende partner daarbij gevonden. Vanuit vastgoedperspectief heeft het meestal de voorkeur om te kiezen voor een tender met keuze uit meerdere partijen voordelen. Echter, vanuit inhoudelijk onderwijsperspectief is een tender minder wenselijk voor een kindcentrum omdat dat

aansluit bij de partij die de school selecteert. Argument/rechtvaardiging voor het niet tenderen is er dan in gelegen dat de partij die de school kiest zich niet in een gelijke positie bevindt dan de andere KDV-en die de school niet kiest. Maar ik kan hier geen garantie over geven. De jurisprudentie is in ontwikkeling en het kan zo zijn dat binnen een half jaar een verplichting ontstaat al dit soort contracten te tenderen (aan de markt aan te bieden). Tenderen is dus – vooralsnog – geen juridische harde eis, maar is mogelijk wel wenselijk als gemeente. Bij de variant 2A verkopen wij. Daarvoor geldt hetzelfde. Ook al moet daarvoor wel gekeken worden naar het beleid van Ruimte bij verkoop. Bij variant 3A geldt eigenlijk ook hetzelfde, maar daar is de gemeente geen partij bij. Daardoor denk ik dat de verplichting tot tenderen minder aanwezig is dan bij de varianten waarbij de gemeente verhuurt.	de keuze voor een passende partner in de weg kan staan. Het delen van één visie op de ontwikkeling is essentieel voor een goede samenwerking in een UK. De keuze is daarom gemaakt om tenderen van kinderopvangpartner niet verplicht te stellen. Omdat tenderen op dit moment niet verplicht is bij huur en verkoop leidt dit nu nog niet tot een juridisch risico, kan in de toekomst wel wijzigen waardoor uitvoeringsplan zou moeten worden aangepast. De gemeente wil graag verder praten met de schoolbesturen over hoe we er voor zorgen dat alle kinderopvangorganisatie kans maken op samenwerking in een UK, en hoe de scholen de keuze voor een partner aanpakken en welke criteria daarvoor gelden. Kortom, hoe we een goede balans vinden tussen een tender en een onderhandse partnerkeuze. Wanneer wet- en regelgeving verandert, moet dat uiteraard ook in het beleid worden doorgevoerd. Dat is echter nu niet aan de orde.
---	---