Poelmann van den Broek
ADVOCATEN

NOTITIE

Van : mr. H.R. Verschuur

Betreft : Burgerinitiatief Dorpsplan Langenboom

Datum : 9 april 2020

1. Het verzoek was of ik naar aanleiding van het geschreven fiscaal advies een quick scan wilde geven op de aspecten:

2. Omni-vereniging Light/rechtspersoonlijkheid.
3. Vastgoedtransacties & Staatssteunaspecten (indien aan de orde, beperkte toetsing).

4. In het navolgende en als besproken de quick scan ter zake. Met name quick scan, om de kosten niet al te zeer op te laten lopen. Uitgangspunt voor het advies is wel dat de Omni-vereniging er is en de benodigde stukken als hierna "gereed liggen ter ondertekening". Voorkomen moet worden dat er tijdelijk allerlei "overgangsregelingen" moeten worden verzonnen en ik neem verder aan dat er een plan is/wordt uitgevoerd hoe de Omni-vereniging tot stand te brengen. Verder ga ik uit van het betalen van marktconforme prijzen aan de bouwpartners.

Omni-vereniging Light

5. Ik leid uit de gesprekken met Arjen af dat ongeveer 27 verenigingen willen gaan samenwerken in de Omni-vereniging Light. Voor de eenvoud ga ik ervan uit dat die verenigingen allen gebruik maken van het nieuwe sporthart. Verder neem ik tot uitgangspunt dat de feitelijke samenwerking twee contractuele niveaus kent;
   A. De Omni-vereniging Light
      1) Dit is het model waarbij een nieuwe vereniging wordt opgericht waarvan alle bestaande sportverenigingen lid zijn. Dat zou ook kunnen gelden voor de Stichting Eigen Kweek. Statutair zou dan kunnen worden geregeld dat het bestuur altijd bestaat uit een bestuurder van Eigen Kweek als voorzitter en nog een aantal andere bestuurders zodat een oneven aantal bestuurders blijft die dan de gebruikmakende verenigingen vertegenwoordigen.
      2) In een bestuursreglement zou kunnen worden vastgelegd hoe men met elkaar tot besluiten komt, aanvullend op de statuten.

      3) In een ledenovereenkomst (een afzonderlijke overeenkomst tussen de respectieve leden van de Omni-vereniging) kan de feitelijke aard van de samenwerking tussen de verenigingen worden vastgelegd.

      4) Ook moet worden beschreven hoe de financiële rekening en verantwoording wordt geregeld.

      5) Er moet een koppeling worden gelegd in de statuten waarbij: gebruik accommodatie= verplicht lid Omni-vereniging.
   B. Het juridische niveau gebruikersovereenkomsten/duurovereenkomsten.
      6) Dit is het niveau waarop met de respectieve verenigingen wordt afgesproken, in afzonderlijke overeenkomsten tussen de Omni-vereniging en de gebruikers, hoe de terbeschikkingstelling van de onderdelen van de sportaccommodatie plaatsvindt. Daarin worden zaken als onderhoud, feitelijk gebruik, kosten en vergoedingen en uiteraard kantine-exploitatie etc. geregeld.

Vastgoedaspecten + Staatssteunaspecten voor zoveel beoordeeld

Grond Sporthal De Wis

6. Ik volg het fiscale advies. Het is verstandig de grond met de sporthal erop te verkopen aan de beoogde ontwikkelaar in de overdrachtsbelastingsfeer en alvorens een bouwvergunning principetoestemming etc. daartoe zijn verleend. Aangezien de grondeigenaar de gemeente is, komt mij voor dat - in uitdrukkelijke tegenstelling tot het fiscale advies - het verstandig is dat de gemeente als eigenaar van De Wis die transactie met de beoogde ontwikkelaar doet. (PPO is de beoogde ontwikkelaar, hierna "PPO").

7. Ik acht het juridisch niet verantwoord dat sporthal De Wis met ondergrond wordt verkocht aan Stichting Eigen Kweek dan wel de Omni-vereniging en deze vervolgens doorverkoopt aan Peters want dan liggen de juridische risico's van die transactie bij de Omni-vereniging. Die is daarvoor niet uitgerust en heeft ook geen weerstandsvermogen. Bovendien wenst de gemeente te verkopen onder uitsluiting van alle risico's. Dat betekent dat, als de Omni vereniging verkoopt, die risico's bij de Omni-vereniging komen te rusten. Die kan de risico's ook wel weer uitsluiten maar ik neem ook aan dat de Omni-vereniging opdrachtgever wordt voor de bouw van de sport- en dorpsaccommodaties. Dan ontstaat er een ongewenste juridische vermenging.

8. De gemeente kan dus het beste zelf verkopen en de prijs incasseren en die inzetten ten behoeve van, bijvoorbeeld, de Omni-vereniging. Dat levert de minste risico's op. Wel moet door Stichting Eigen Kweek met de gemeente worden overeengekomen dat de gemeente De Wis en de grond erbij zal verkopen aan PPO tegen marktconforme voorwaarden met het streven dat er ter plaatse appartementen kunnen worden gebouwd door PPO. De gemeente dient zelf met PPO verdere afspraken te maken.

Staatssteunaspect De Wis, beperkte toetsing ten overvloede

9. Het is wel de bedoeling dat de gemeente aan Peters een marktconforme prijs vraagt. Wat die prijs moet zijn, kan worden vastgesteld door de prijs vast te stellen van de grond met de sporthal erop 'as is' met een nabetaling voor het verschil tussen die marktwaarde en de marktwaarde zijnde de residuele waarde als het project is gebouwd. Van dat verschil dient dan overigens te worden afgetrokken een redelijke marge voor winst ten behoeve van PPO. Het doel van de actie is om in deze transactie geen enkel economisch bijzonder voordeel aan PPO toe te schuiven. De gemeente dient dit zelf vorm te geven. De combinatie van de afspraak gemeente-Eigen Kweek om aan PPO te verkopen en de verkoop zelf, leveren mogelijk een staatsteunaspect op dat nader moet worden getoetst. Alle niet-genoemde aspecten zijn niet getoetst.

Vastgoedaspecten dorpshart/Kerk

10. De Omni-vereniging, waarvan ik aanneem dat het de verhuurder van de accommodaties in zijn algemeenheid wordt, doet er verstandig aan de Kerk en de benodigde grond ten behoeve van de bouw zo spoedig mogelijk aan te kopen. Bij de exploitatie van het dorpscentrum ga ik ervan uit dat sprake is van een marktconforme verhuur van het overwegende gedeelte van die accommodatie aan een commerciële exploitant tegen marktconforme prijzen.

11. Van Arjen begreep ik dat de marktconforme huurprijs wordt verminderd met een kleine afslag voor de niet marktconforme activiteiten. De exacte invulling dient wel nog aan de fiscaal adviseur te worden voorgelegd voor een correcte advisering. Ik volg zijn advies overigens dat het verstandig is om deze verhuur zoveel mogelijk in de btw-sfeer te brengen. Dat betekent dat de bouwkosten voor het dorpscentrum weliswaar met btw zijn belast, maar die btw zou in vooraftrek kunnen worden genomen, waarbij dan de huur wederom met btw wordt belast. Die btw kan de beoogde huurder dan weer in vooraftrek nemen zodat de btw niet drukt. Dat verlaagt de bouwkosten van het geheel met het btw-tarief ad 21%.

12. Dat betekent dat de huur- en verhuuropzet in nauw overleg met de fiscale adviseur tot stand moet worden gebracht. De huurovereenkomst zal een huurovereenkomst bedrijfsruimte dienen te zijn, in dit geval horecaruimte waarvoor een wettelijk, huurder beschermend, huurregime geldt. Als vaststaat wat er wordt verhuurd en hoe dat feitelijk moet, willen wij u

graag van dienst zijn door een concepthuurovereenkomst op te stellen. Ook dat luistert erg nauw omdat deze huurder huurbescherming genieten zal als volgens de wet. Met andere woorden: die huurder kan niet makkelijk ontruimd worden, maar de Omni-vereniging en het dorp willen wel een "functionerende dorpskroeg. Nog te regelen, maar het komt erg precies.

13. Het vorenstaande betekent dat de aankoop van de kerk en de grond eromheen nader moet worden beschouwd. Daar waar levering van grond in de btw-sfeer mogelijk is, dient daarvoor te worden geopteerd in overleg met de fiscalist. Dat vereist dan de levering van een bouwperceel en dat zou de grond kunnen zijn om de Kerk heen, maar de vraag is of dat gaat lukken. Ik stel voor dat de fiscaal adviseur hierover nader adviseert. Voorts moet nader worden beschouwd hoe de hiervoor weergegeven "huurafslag onrendabel" wordt vormgegeven. Zie hierna.

Staatssteunaspecten, beperkte toetsing

14. Als de aankoop van de kerk en de bouwgrond tegen normale – marktconforme - voorwaarden plaatsvindt, zouden daarin geen staatssteunaspecten liggen. Te toetsen als de transacties in beeld komen en prijzen definitief bekend zijn. Mits verhuur van het Dorpshart tegen marktconforme voorwaarden plaatsvindt, liggen daarin, bij wege van quick scan toetsende, geen staatssteunaspecten besloten. Dat is mogelijk anders voor wat betreft de "huurafslag onrendabel". Dat is wel een voordeel dat aan soortgelijke ondernemers niet toekomt. Die afslag kan op allerlei manieren worden vormgegeven. Men zou ook verhuuropbrengsten voor een deel van de accommodatie kunnen garanderen. Nader uit te werken bij verdere advisering staatssteun.

15. Dan de gemeentelijke bijdrage in de bouwkosten Dorpshart. Aannemende dat marktconforme prijzen voor bouw- en ontwerp worden betaald, verhuur marktconform plaatsvindt, zou er theoretisch geen voordeel in de koop-, verkoop- en huurtransacties kunnen worden geconstateerd, met uitzondering van de hiervoor beschreven huurafslag onrendabel. Verdere toetsing laat ik achterwege en niet aangeroerde aspecten zijn niet getoetst.

16. Zoals met Arjen van den Boogaart besproken, kunnen wij dat verder uitzoeken maar dat kost tijd en geld en belast het Stichtingsbudget. Dit aspect laat ik voorshands derhalve rusten en ik herhaal mijn eerdere telefonische advies aan Arjen dat het verstandig is – als de gemeente dit wenst - de vraag aan de gemeente te stellen of zij bereid is de staatssteuntoets door haar eigen advocaat te laten doen. De andere reden voor dit advies is gelegen in de omstandigheid dat er op dit punt een belangentegenstelling tussen de belangen van de gemeente en die van de Stichting Eigen Kweek aan de orde is.

Sporthart

17. Voor het sporthart geldt wederom dat de gemeente eigenaar is van het sportpark, de nu gebruikmakende verenigingen verantwoordelijk zijn voor het onderhoud en exploitatie van het sportpark en de voetbalvereniging middels een erfpachtrecht / opstalrecht eigenaar is van het gebouw + kantine en kleedkamers. Ik heb de inhoud van die erfpacht / opstallen niet bestudeerd en die aspecten zijn dus niet in de advisering betrokken. Het is efficiënter dat te doen als er zicht is op concrete transacties.

18. Om nu de Omni-vereniging te laten functioneren, zou de voetbalvereniging haar opstalrecht met instemming van de gemeente voor 1 euro moeten overdragen aan de Omni-vereniging onder overname van de daarmee samenhangende verplichtingen en bijbehorende regelingen (vergoedingen, etc.). De Omni-vereniging heeft daarnaast nog nodig een nader erfpachtrecht / opstalrecht ten behoeve van de realisatie van de nieuwe sporthal en, later, tennis- en padelbanen. Met de gemeente zou kunnen worden afgesproken dat die opstalrechten worden toegekend op eerste schriftelijke verzoek van de Omni-vereniging.

19. Onderdeel van de afspraken met de gemeente zal echter wel zijn dat de Omni-vereniging verantwoordelijk is voor het integraal onderhoud en beheer van het sportpark. Dat kost geld en de vraag is aan de orde in welke mate de gebruikmakende verenigingen middels huur bereid en in staat zijn om die kosten volledig op te brengen. Ervan uitgaande dat die exploitatie op lange termijn op nul sluit ("'kostendekkend") levert die verplichting dus geen positief of negatief waarde-aspect op.

20. De vraag is wat een opstalrecht waard is. Voor de gedachtenvorming: stel voor dat 1000 m² grond nodig is voor de realisatie van de sporthal en de tennis- en padelbanen. Neem aan dat in een normale markt met die grond 4% rendement moet worden gehaald (zogenaamd bruto aanvangsrendement). Dat levert een som op van € 4.000 per jaar als vergoeding voor de opstal. ("Erfpachtscanon"). Het bedrag wordt dan omgeslagen over de verenigingen, naast een gebruiksvergoeding voor beheer en onderhoud en afschrijving (gebouwen) = huur.

21. In plaats van een erfpachtrecht / opstalrecht zou kunnen worden overwogen dat de gemeente de ondergrond voor de sporthal en de uitbreiding van de kantine-accommodatie met kleedkamers (en later ondergrond ten behoeve van de padelbanen en de tennisbanen) verhuurt tegen een huurprijs die wordt omgeslagen over alle verenigingen. De vergoeding voor het opstalrecht is dan een soort quasi huur. Er zou een jaarlijkse vergoeding kunnen worden afgesproken. Dan nog zal een opstalrecht moeten worden gevestigd, anders zou de gemeente als grondeigenaar eigenaar van de opstallen worden. De huurprijs zou dan ook in orde van grootte van het bruto aanvangsrendement liggen.
22. Het voordeel van een erfpacht- / opstalconstructie lijkt mij dat - uitgaande van het rekenvoorbeeld - de grondkosten overzichtelijk blijven en er wel marktconform wordt betaald voor het gebruik van grond. Voor de niet in erfpacht zijnde gronden moet dan een huurovereenkomst worden gesloten onder de verplichting van instandhouding en onderhoud en dat is wel een uiterst negatieve exploitatie schat ik in.

Staatssteunaspecten Sporthart, beperkte toetsing

23. Als beschreven zou, indien een marktconforme vergoeding voor het gebruik van de ondergrond van gebouwen wordt betaald, daarin geen staatsteun besloten liggen. Voor de gebruiksvergoeding van het sportterrein als zodanig, de nieuwe sporthal zou dat wel zo kunnen zijn. Daarvoor is eerst nodig om na te gaan wat dan een marktconforme vergoeding voor dat gebruik zou zijn, vervolgens dat te vergelijken met de werkelijke vergoeding. Is die werkelijke vergoeding lager (alle omstandigheden "meenemende" zoals beheer en onderhoud en afschrijving die voor eigen rekening blijven) zou daarin een staatssteunaspect besloten kunnen liggen.

24. Dat moet nader worden getoetst, allereerst op de bedragen en dan op de vraag of daarvoor een vrijstelling dan wel bijzondere regeling geldt. Nader uit te werken, door de gemeente voor wat betreft staatssteun. De Omni-vereniging zal een basisexploitatieberekening moeten maken die onderwerp van toetsing moet zijn. Bovendien biedt de exploitatieberekening ook de basis om kosten en opbrengsten zo te alloceren dat statsteun vermeden wordt.

25. In dit kader ga ik ervan uit dat de kantine-exploitatie op marktconforme voorwaarden plaatsvindt. Oftewel marktconforme huur en marktconforme prijzen. Als het goed is, verdient de Omni-vereniging daarmee dan geld. Dat zou dan aan de respectieve leden van de Omni-vereniging kunnen worden "teruggesluisd". Voor een goed beeld moet ook hier een exploitatieberekening worden gemaakt op basis van bekende gegevens en kan dan "allocatie" van opbrengsten worden georganiseerd om staatssteun te voorkomen. Het uitkeren van een exploitatieoverschot aan de leden van de Omni-vereniging, zou "tweedelijns" staatssteun kunnen opleveren en ook dat dient getoetst te worden, idealiter door de gemeente. Ik deel het fiscaal advies dat de kantine-exploitatie (aan de hand van een exploitatiebegroting m.i. fiscaal geoptimaliseerd moet worden (wel btw, geen btw etc.).

Gemeentelijke bijdrage als zodanig

26. De verkrijging van de gemeentelijke bijdrage als afkoop van toekomstige verplichtingen zou staatssteun kunnen opleveren. Dat is niet mijn verwachting, maar dit aspect is geheel buiten beschouwing gebleven. Hiervoor geldt dat aangeraden wordt deze kwestie bij de gemeente neer te leggen, uit te zoeken door de gemeentelijke advocaat, met name vanwege de eigen belangen van Gemeente en Stichting Eigen Kweek.

Samenwerking verenigingen/Omni-vereniging

27. Deze dient te worden opgeschreven in een vaststellingsovereenkomst naar aanleiding van het reeds door de Stichting Eigen Kweek gedane voorwerk. Er dient ook te worden voorzien in een fatsoenlijke vertegenwoordiging van de onderliggende vereniging in de Omni-vereniging. Aanvullend op hetgeen over rechtspersonen is geschreven, zou kunnen worden gedacht aan

een statutair bepaalde Raad van Toezicht waarin elke vereniging zitting heeft en net zoveel stemmen heeft als de vereniging leden heeft. De ledenverhouding is ook een goede sleutel voor de verdeling van de onderhoudskosten van het sporthart en de kantine c.q. verdeling van de kantine-opbrengsten.

Aanbestedingsnotitie

28. Deze volgt maandag aanstaande. Uitgangspunt nu is dus dat de aanleg van tennis- en padelbanen vooralsnog achterwege blijft waarbij, afgerond, de kostenrealisatie sporthart circa € 3.100.000 bedragen en de realisatiekosten van het dorpscentrum circa € 900.000. Het laatstgenoemde bedrag is in ieder geval exclusief openbaar terrein waarbij uitgangspunt is dat dit door de gemeente wordt aangelegd en bekostigd en wel rechtstreeks.

Let op:

29. Het vorenstaande beschrijft slechts de hoofdlijnen. Het is dat met name de inrichting van de Omni-vereniging te veel werk is in het bijzonder de ledenovereenkomst en het tot stand brengen van de juiste statuten en bestuursreglement. Het maken van die statuten is notarieel werk en het advies is om daartoe een plaatselijke notaris in de arm te nemen. Bij het samenstellen van de respectieve overige stukken zijn wij u graag nader van dienst.

Met vriendelijke groet,

Henk (H.R.) Verschuur
advocaat
Poelmann van den Broek N.V.

Poelmann van den Broek
ADVOCATEN

St. Canisiussingel 19f
Postbus 1126
6501 BC Nijmegen
T: +31 (0)24 381 14 60
M: +31 (0)655 76 31 22
pvdb.nl