

HEKKELMAN & ADVOCATEN NOTARISSEN

Gemeente Laarbeek
t.a.v. de heer B.G.A.M. van Liempd
Postbus 190
5740 AD BEEK EN DONK

HEKKELMAN ADVOCATEN N.V.
PRINS BERNHARDSTRAAT 1
(HOEK ORANJESINGEL 51)
POSTBUS 1094
6501 BB NIJMEGEN
WWW.HEKKELMAN.NL

Per e-mail **boudewijn.v.liempd@laarbeek.nl**

Nijmegen, 18 september 2015

Ons kenmerk : 20151266 - 981198/2 - KH/ch
Inzake : Gemeente Laarbeek/Advies erfpacht
Betreft : Advies
Doorkiesnummer : 024-38 28 434
Direct faxnummer : 024-38 28 388
E-mail : k.heesakkers@hekkelman.nl

Geachte heer Van Liempd,

U heeft mij gevraagd de gemeente Laarbeek (hierna: 'de Gemeente') te adviseren over de (on)mogelijkheden van een erfpacht(financierings)constructie. Dit advies treft u hieronder aan.

1. Feiten en omstandigheden

De Gemeente overweegt percelen grond op een bedrijventerrein in erfpacht uit te geven om de ontwikkeling van dat bedrijventerrein te stimuleren. De Gemeente overweegt daarbij de volgende erfpachtconstructie toe te passen. De erfpachters verkrijgen de onroerende zaak voor 20 jaar in erfpacht. Na het verstrijken van de erfpachtperiode van 20 jaar verkrijgt de erfpachter van rechtswege (mijns inziens is hiervoor overigens een notariële akte vereist) de volledige eigendom van de onroerende zaak. De erfpachters betalen een periodieke canon. Die canon is opgebouwd uit twee componenten, een aflossingscomponent en een rentecomponent (over het resterende deel van de koopsom). Voorts heeft de erfpachter de mogelijkheid om de onroerende zaak voor het verstrijken van de erfpachtperiode volledig in eigendom te verkrijgen door de aflossingscomponenten over de resterende erfpachtperiode ineens te voldoen. Een vergelijkbare constructie is volgens de heer Engelvaart toegepast door de gemeente Someren.

U heeft mij gevraagd de hiervoor beschreven erfpachtconstructie te beoordelen en met name aan te geven of de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken (hierna: 'TWHOZ') daarop van toepassing zal zijn en of een dergelijke constructie strijd oplevert met de Wet fido. Wij spraken af dat ik de vraag wat de gevolgen zullen zijn van eventuele strijdigheid met de Wet fido in dit advies buiten beschouwing zal laten, omdat de Gemeente dat voldoende inzichtelijk heeft. Wel

zal ik zoals besproken ingaan op de gevolgen van de toepasselijkheid van de TWHOZ en mogelijke oplossingen of alternatieven. Vervolgens zal ik ingaan op de staatssteunrechtelijke aspecten van de constructies. Tot slot zal ik de resterende vragen uit uw memo van 12 augustus 2015 beantwoorden voor zover die dan nog niet beantwoord zijn.

2. TWHOZ

De TWHOZ is van toepassing op alle overeenkomsten, onder welke benaming ook aangegaan, die de strekking hebben van huurkoop in de zin van die wet. Onder huurkoop in de zin van de TWHOZ wordt verstaan *“de koop en verkoop van een onroerende zaak (...) waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, en dat de overdracht eerst zal plaatsvinden na voldoening van twee of meer termijnen die verschijnen nadat de koper in het genot van het goed is gesteld”*.

De door de Gemeente voorgestelde erfpachtconstructie valt onder de omschrijving van huurkoop in de zin van de TWHOZ. Feitelijk wordt er immers een koopovereenkomst gesloten op grond waarvan na (maximaal) 20 jaar levering plaatsvindt, de koper voorafgaand aan de levering (krachtens erfpacht) in het genot van de onroerende zaak is gesteld en levering eerst plaatsvindt nadat alle termijnen (dus twee of meer) zijn voldaan.

Een belangrijke vervolgvraag is wat de toepasselijkheid van de TWHOZ voor de Gemeente betekent.

Allereerst gelden er diverse formele voorschriften. De huurkoop moet worden aangegaan bij notariële akte en in die akte dient te worden vermeld:

- dat de TWHOZ van toepassing is;
- dat de akte kan worden ingeschreven in de openbare registers;
- dat de huurkoper een beroep op de rechter kan doen tot wijziging van de overeenkomst indien er een wanverhouding bestaat tussen de verplichtingen en de rechten welke voor de huurkoper uit de overeenkomst voortvloeien;
- welk deel van de te betalen termijnen tot aflossing strekt en tot rente;
- de betalingsdata;
- daarnaast moet er een taxatie van een door een door partijen in onderlinge overeenstemming aangewezen taxateur aan de akte worden gehecht waarin een beschrijving en beoordeling van de onderhoudstoestand is opgenomen (de kosten van deze taxatie komen voor rekening van de Gemeente).

Vastlegging

Indien de huurkoop niet in een notariële akte is opgenomen, kan de huurkoper schriftelijke vastlegging van de overeenkomst door de rechter vorderen. De rechter brengt bij die vastlegging nietige bedingen in overeenstemming met de wet. Voorts toetst de rechter of er een wanverhouding bestaat tussen de verplichtingen en de rechten welke voor de huurkoper uit de overeenkomst voortvloeien en kan de rechter die wanverhouding opheffen door de overeenkomst te wijzigen.

Vernietiging

Indien de huurkoop niet in een notariële akte is opgenomen en er geen onherroepelijk vonnis is als hiervoor beschreven, is de huurkoper bevoegd vernietiging van de overeenkomst te vorderen. De Gemeente is dan gehouden de reeds door de huurkoper voldane afbetalingstermijnen terug te betalen. De Gemeente kan in dat geval geen vergoeding voor het gebruik tot dat moment te vorderen. De rechter kan echter wel een vergoeding aan de Gemeente toekennen indien 'de billijkheid dit vergt'.

Ontbinding

Indien de huurkoop niet in een notariële akte is vastgelegd en de huurkoper geen vastlegging of vernietiging in voormelde zin heeft gevorderd, kan de Gemeente ontbinding van de overeenkomst vorderen. (De vraag is overigens waarom de Gemeente ontbinding van de overeenkomst zou willen vorderen.) De Gemeente heeft dan geen recht op schadevergoeding en is gehouden de reeds door de huurkoper voldane afbetalingstermijnen terug te betalen. De Gemeente kan in dat geval geen vergoeding voor het gebruik tot dat moment te vorderen. De rechter kan echter wel een vergoeding aan de Gemeente toekennen indien 'de billijkheid dit vergt'. Totdat de door de Gemeente gestarte procedure in staat van wijzen verkeert, kan de huurkoper alsnog vastlegging van de huurkoopovereenkomst vorderen.

Gelet op het voorgaande heeft de Gemeente er belang bij dat in de notariële akte waarbij het erfpachtrecht wordt gevestigd de hiervoor gemelde punten omtrent de TWHOZ worden vermeld. De situaties zoals hiervoor geschetst zijn dan uitgesloten, waardoor veel onzekerheid wordt voorkomen.

Verder vloeien uit de TWHOZ een aantal beperkingen voort:

- zo kan de rechter de overeenkomst wijzigen als er sprake is van een wanverhouding tussen de rechten en verplichtingen van de huurkoper uit hoofde van de overeenkomst;¹
- in de overeenkomst kan niet worden bepaald dat gedurende de contractperiode een hogere koopprijs kan worden vastgesteld;
- ontbinding van de overeenkomst op de grond dat de huurkoper tekortschiet in zijn verplichtingen kan slechts door de rechter plaatsvinden;
- een vordering tot ontbinding in geval van niet tijdige nakoming door de huurkoper is slechts mogelijk indien de huurkoper ook na in gebreke te zijn, in de nakoming van zijn verplichtingen tekort blijft schieten;

¹ Er is geen jurisprudentie over de vraag wanneer sprake is van een dergelijke wanverhouding. De parlementaire geschiedenis (TK 1972, 11277, nr. 6, p. 2 en 3) biedt wel enige aanknopingspunten waaruit volgt dat ook matiging van de koopprijs in dat kader mogelijk is. Daarbij lijkt overigens het moment van aangaan van de overeenkomst bepalend te zijn, maar dat volgt niet expliciet uit de parlementaire geschiedenis.

- wordt de huurkoop ontbonden, dan heeft de huurkoper recht op terugbetaling van de door hem in mindering op de koopsom betaalde aflossingen, maar is hij wel gehouden de schade van de Gemeente te vergoeden;
- de huurkoper is altijd gerechtigd vervroegd één of meerdere termijnen te betalen of de koopsom ineens te betalen;
- in geval van vervroegde betaling van het nog verschuldigde bedrag, heeft huurkoper recht op een aftrek berekend naar de wettelijke rente of, indien deze lager is, de bedongen rentevoet, over elke daarbij vervroegd betaalde termijn;
- zodra de gehele koopsom met de daarover verschuldigde rente aan de Gemeente is voldaan, is de Gemeente verplicht medewerking te verlenen aan het tot stand komen van een notariële akte tot levering.

Indien wordt gekozen voor een erfpachtconstructie waarop de TWHOZ van toepassing is, dan zijn zowel de wettelijke bepalingen omtrent erfpacht als de wettelijke bepalingen uit de TWHOZ naast elkaar op de overeenkomst van toepassing (artikel 6:215 BW). Dit is slechts anders als de bepalingen niet met elkaar verenigbaar zijn of de strekking daarvan zich in verband met de aard van de overeenkomst daartegen verzet. Per situatie zullen de overeenkomst/akte, de wettelijke bepalingen omtrent erfpacht en de TWHOZ dus moeten worden geraadpleegd teneinde te kunnen vaststellen welke rechten en verplichtingen op beide partijen rusten. In de praktijk zullen zich ook 'strijdigheden' voordoen waarvan op voorhand niet kan worden voorspeld hoe een rechter daarover oordeelt.

Denk bijvoorbeeld aan de samenloop van artikel 5:87 lid 2 BW en artikel 11 TWHOZ. Op grond van het eerste artikel kan de eigenaar het erfpachtrecht opzeggen in geval van wanbetaling gedurende minimaal twee jaar of ernstig tekortschieten in de overige verplichtingen uit het erfpachtrecht. Indien de Gemeente op deze grondslag opzegt, is zij verplicht de waarde van het erfpachtrecht aan de erfpachter te vergoeden (onder aftrek van hetgeen de Gemeente nog van de erfpachter te vorderen heeft). Op grond van artikel 11 lid 1 TWHOZ kan ontbinding in verband met wanprestatie slechts door de rechter geschieden. Ik verwacht dat een rechter derhalve zal oordelen dat opzegging door middel van deurwaardersexploot niet mogelijk is en beëindiging/ontbinding in geval van wanbetaling of ernstig tekortschieten enkel door de rechter kan plaatsvinden. Daar staat tegenover dat op grond van artikel 5:87 lid 2 BW een betalingsachterstand van minimaal twee jaar moet bestaan, de TWHOZ stelt die voorwaarde niet, de rechter zal een verzoek tot ontbinding in verband met wanbetaling gelet op de erfpachtbepalingen waarschijnlijk pas toewijzen als de achterstand minimaal twee jaar is. Een vraag die lastiger te beantwoorden is, is hoe de financiële afwikkeling plaatsvindt indien het erfpachtrecht tussentijds eindigt op grond van wanprestatie. Op grond van artikel 11 TWHOZ heeft de erfpachter recht op terugbetaling van de reeds betaalde aflossingen, maar is hij wel verplicht de schade van de Gemeente te vergoeden. Op grond van het BW dient de Gemeente echter de waarde van het erfpachtrecht aan de erfpachter te vergoeden. Welke vergoedingen partijen over en weer per saldo verschuldigd zullen zijn laat zich op voorhand lastig voorspellen.

3. Wet fido

Op grond van artikel 2 lid 1 van de Wet fido kan de Gemeente uitsluitend ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak leningen aangaan, middelen uitzetten of garanties verlenen.

Je kunt de vraag stellen of 'koop op afbetaling' kan worden aangemerkt als het aangaan van een lening of het uitzetten van middelen. Blijkens de parlementaire geschiedenis² kunnen openbare lichamen ten behoeve van de uitoefening van hun publieke taak een beroep doen op de *"de kapitaalmarkt en middelen uitzetten (in de vorm van het verstrekken van leningen en het nemen van deelnemingen) of garanties verlenen. Het in- en doorlenen van middelen met als doel hiermee inkomsten te genereren (near-banking) wordt in elk geval niet tot de publieke taak van openbare lichamen gerekend."* Van een lening is in de beoogde opzet geen sprake, aangezien de Gemeente geen geld verstrekt. Van het uitzetten van middelen in de zin van de parlementaire geschiedenis lijkt evenmin sprake te zijn. De strekking van de constructie is echter wel vergelijkbaar met het verstrekken van een lening. Het betreft immers een financieringsconstructie voor de aankoop van de gronden, die is ingegeven doordat de kopers geen financiering bij de bank kunnen verkrijgen. Ik verwacht dat de beoogde constructie niet in strijd met de Wet fido is, maar kan op dit punt geen garanties geven, aangezien er geen rechtspraak is over de vraag wanneer sprake is van 'het uitzetten van middelen'.

Voor zover de financieringsconstructie wel onder het aangaan van leningen of uitzetten van middelen in de zin van artikel 2 lid 1 van de Wet fido valt, is dat alleen toegestaan voor zover dat gebeurt in het kader van de uitoefening van een publieke taak van de Gemeente. Wanneer sprake is van een publieke taak is niet in de Wet fido omschreven. Blijkens de parlementaire geschiedenis³ is de afbakening van de publieke taak en de wettelijke taakomschrijving die zij op grond van de op hun van toepassing zijnde wetten bezitten, de eigen verantwoordelijkheid van de Gemeente. Voor zover de Gemeente dit deugdelijk onderbouwt, kan mijns inziens worden betoogd dat sprake is van een publieke taak, bijvoorbeeld indien de constructie gericht is op het vergroten van werkgelegenheid, de ontwikkeling van het bedrijventerrein in het algemeen belang is en/of de gemeente de gronden al bezit en zonder uitgifte door middel van de beoogde constructie alleen maar kosten maakt ten aanzien van die gronden. Of dat standpunt door de toezichthouder vervolgens ook gevolgd zal worden, is de vraag en is mede afhankelijk van de door de Gemeente te formuleren onderbouwing.

Eventuele strijd met de Wet fido tast de rechtsgeldigheid van de gesloten overeenkomsten met derden en gevestigde zakelijke rechten in beginsel niet aan. In de literatuur wordt echter wel verdedigd dat de niet-inachtneming van de voorschriften uit de Wet fido vernietigbaarheid van de overeenkomst (op grond van artikel 3:40 lid 2 BW) met zich mee zou kunnen brengen. Alleen de Gemeente zou daar echter een beroep op kunnen doen.⁴

² TK 1999-2000, 26906, nr. 3, p. 22.

³ TK 1999-2000, 26906, nr. 3, p. 22.

⁴ Van der Veen, *GS Verbintenissenrecht*, Boek 6 BW, aant. 170.2.

4. Alternatief

Als alternatief voor de voorgestelde erfpachtconstructie, zou kunnen worden gekozen voor de volgende constructies.

4.1 Verkoop en hypothecaire geldlening

De Gemeente kan ervoor kiezen de gronden gewoon te verkopen en ter financiering van die aankoop een hypothecaire lening te verstrekken. In dat geval is wel sprake van een lening in de zin van de Wet fido, maar dat is toelaatbaar indien de Gemeente die leningen verstrekt in het kader van haar publieke taak. Het voordeel van deze constructies is dat het voor alle partijen duidelijk is waar zij aan toe zij en welke wettelijke bepalingen daarop van toepassing zijn. Komt de koper zijn verplichtingen uit hoofde van de hypothecaire geldlening niet na, dan kan de Gemeente haar hypotheekrecht uitwinnen en tot executie van de onroerende zaak overgaan. Deze constructie sluit het meeste aan bij de feitelijke opzet van de voorgestelde constructie.

4.2 Erfpacht met kooprecht

Een alternatief is het volgende. Er wordt een erfpachtrecht gevestigd voor 20 jaar, waarbij ten behoeve van de erfpachter een (tussentijds) kooprecht wordt opgenomen. De canon die gedurende het erfpachtrecht wordt betaald, vormt een vergoeding voor het gebruik. Wanneer de erfpachter gebruik maakt van zijn kooprecht, betaalt hij voor de waarde van de (gehele) onroerende zaak (onder aftrek van de waarde van het erfpachtrecht). Partijen kunnen afspraken maken over de verschuldigde koopsom. Zo kan de koopsom te zijner tijd door taxateurs worden bepaald, kan op voorhand een vaste koopsom worden afgesproken of kan bijvoorbeeld een staffel gehanteerd worden. Een en ander kan in overleg met een taxateur worden afgestemd.

Het voordeel van deze constructie is dat er voor de Gemeente veel minder onzekerheid bestaat dan bij de voorgestelde erfpachtconstructie. De Gemeente loopt bijvoorbeeld niet het risico dat de rechter de overeenkomst wijzigt omdat er zijns inziens sprake is van een wanverhouding tussen de rechten en verplichtingen van de huurkoper uit hoofde van de overeenkomst. Evenmin ontstaan er situaties waarvan op voorhand onduidelijk is hoe de bepalingen omtrent erfpacht en de TWHOZ zich tot elkaar verhouden.

Een nadeel van het alternatief is dat de Gemeente tot het moment dat de erfpachter gebruik maakt van zijn kooprecht, slechts een vergoeding voor het gebruik ontvangt en niet tevens een periodieke aflossing op de koopsom. Bovendien kan de erfpachter besluiten zijn kooprecht niet te gebruiken. Daar staat uiteraard tegenover dat de Gemeente ook niet het risico loopt reeds betaalde aflossingen terug te moeten betalen.

Indien de erfpachter zijn betalingsverplichtingen niet nakomt, kan de Gemeente het erfpachtrecht (bij een achterstand van minimaal twee jaar) opzeggen. De Gemeente is dan verplicht de waarde van het erfpachtrecht aan de erfpachter te vergoeden. Daarnaast kan in de erfpachtakte worden vastgelegd of de Gemeente wel of niet verplicht is de waarde van eventuele gebouwen, werken en beplantingen te vergoeden. Indien een erfpachter failliet gaat

en de opstellen een negatieve waarde vertegenwoordigen, zal de Gemeente de kosten van verwijdering daarvan in beginsel zelf moeten dragen.

5. Staatssteunrechtelijke aspecten

5.1 Algemeen

Van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU is sprake wanneer een maatregel (in casu de erfpachtconstructie die de gemeente voor ogen heeft) voldoet aan de volgende vijf cumulatieve criteria:

- 1) bij de maatregel zijn staatsmiddelen betrokken;
- 2) door middel van de maatregel wordt een (niet-marktconform) voordeel verschaft;
- 3) dit voordeel wordt verschaft aan bepaalde ondernemingen;
- 4) hierdoor wordt de mededinging vervalst;
- 5) hierdoor wordt de tussenstaatse handel beïnvloed.

Wanneer aan deze criteria voldaan wordt, is het staatssteunrecht van toepassing. Essentiële onderdelen van het staatssteunrecht zijn de aanmeldingsplicht en de opschortingsplicht. In beginsel moet ieder voornemen tot invoering van steunmaatregelen bij de Europese Commissie (hierna: "de Commissie") worden gemeld, tenzij gebruik gemaakt kan worden van een uitzonderingsregeling. Zolang de Commissie na een melding geen beslissing heeft genomen over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt, moet het voornemen om steun te verlenen worden opgeschort. Steun die voldoet aan de hiervoor genoemde vijf criteria en zonder melding wordt uitgekeerd, althans zonder dat de Commissie heeft beslist dat het gaat om verenigbare steun, wordt aangemerkt als "onrechtmatige steun". Steun die door de Commissie wordt afgekeurd, betreft met de interne markt "onverenigbare steun". In het geval de steun al is verleend en de Commissie achteraf vaststelt dat de steun niet verenigbaar is, neemt zij een terugvorderingsbeschikking.

De Nederlandse rechter is verplicht alle consequenties te verbinden aan een schending van artikel 107 VWEU, zowel wat betreft de geldigheid van de handeling als wat betreft de terugvordering van de toegekende steun.⁵ Aangezien de onrechtmatig verleende steun door de begunstigde onderneming terugbetaald moet worden aan de gemeente, loopt de gemeente zelf geen financieel risico wat betreft staatssteun.

Wordt in dit geval voldaan aan de vijf criteria van artikel 107 VWEU?

Bij de erfpachtconstructie zijn staatsmiddelen betrokken, waardoor aan het eerste criterium voldaan wordt. Elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij gefinancierd wordt, is een onderneming in de zin van artikel 107 VWEU.⁶ Aangezien het gaat om kavels op een bedrijventerrein, zijn de ontvangers van de mogelijke staatssteun ondernemingen, waardoor vast staat dat in dit geval ook aan het tweede criterium voldaan wordt. Of er bij de erfpachtconstructie een niet-marktconform voordeel gegund wordt, is

⁵ HvJ EG 8 december 2011, C-275/10 (Residex).

⁶ HvJ EG 23 april 1991, C-41/90 (Höfner).

niet op voorhand duidelijk. Op dit punt zal ik hierna ingaan. Aan de laatste twee criteria, de (dreigende) vervalsing van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, wordt in geval van vastgoedtransacties eenvoudig voldaan. Met andere woorden, er is al snel sprake van invloed op de tussenstaatse handel. Uitgangspunt is daarom dat aan de voorwaarden 1, 2, 4 en 5 wordt voldaan. In het navolgende zal ik daarom ingaan op de derde voorwaarde, marktconformiteit.

5.2 Marktconformiteit

Voor de toetsing aan dit criterium is relevant of een onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. Het gaat niet alleen om financiële voordelen, maar om “alle maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken”. Als de ondernemer geen directe tegenprestatie hoeft te verlenen die opweegt tegen de prestatie van de overheid, kan er sprake zijn van een dergelijk voordeel. De door de Europese Commissie uitgevoerde toets wordt meestal aangeduid met ‘market economy investor principle’ (MEIP). De Commissie vergelijkt het handelen van de staat met die van een private investeerder en onderzoekt of deze een vergelijkbare investering onder normale markteconomische voorwaarden aanvaardbaar zou vinden. Met behulp van deze test wordt dus niet alleen beoordeeld of er sprake is van steun, maar ook hoeveel die steun dan bedraagt.

5.2.1 Marktconformiteit bij erfpachtconstructie

Voor grondtransacties is voorts de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteun bij de verkoop van grond en gebouwen (10 juli 1997, C-209) van belang. Met deze Mededeling vult de Commissie namelijk de “market economy investor”-toets nader in voor de verkoop van vastgoed. Op grond van de Mededeling zijn er in beginsel twee manieren om een marktconforme grondprijs vast te stellen. In de eerste plaats kan dit via een onafhankelijke biedprocedure. In de tweede plaats bestaat de mogelijkheid de grond, in beginsel voorafgaand aan de verkoop, door een onafhankelijke deskundige te laten taxeren. De taxatie dient in ieder geval te zien op de waarde van de grond voorafgaand aan de verkoop. Een eventuele latere waardedaling of -stijging is dus in beginsel niet van belang. Uit de recente beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat inmiddels ook andere methoden dan de in de Mededeling genoemde kunnen volstaan om de marktconformiteit van een transactie aan te tonen. In het verleden werd wel aangenomen dat de Mededeling ook van toepassing was op andere vastgoedtransacties dan verkoop, zoals aankoop van gronden en erfpachtconstructies.

Recentelijk wordt in deze beschikkingspraktijk, maar ook in nationale jurisprudentie, echter aangenomen dat de Mededeling strikt genomen alleen van toepassing is op verkoop van vastgoed. Een en ander neemt niet weg dat naar mijn oordeel - in navolging van de Mededeling - de enige bruikbare methode om in een geval als het onderhavige zekerheid te verkrijgen over de marktconformiteit van een erfpachtconstructie, het laten verrichten van een taxatie door een onafhankelijke taxateur is.

Kortom, om staatssteun te voorkomen adviseer ik de gemeente de overeen te komen canon en de overige voorwaarden te baseren op een taxatie.

In de taxatie moet worden getoetst of de voorwaarden waaronder de transactie wordt aangegaan voldoen aan "MEIP", met andere woorden of een investeerder handelend in een markteconomie, die ten minste op lange termijn rendement op zijn investering nastreeft, op dezelfde wijze zou hebben gehandeld als de gemeente. In de taxatie moet rekening gehouden worden met alle elementen van de erfpacht, waaronder de marktwaarde van de gronden en de daarop gebaseerde canon (wellicht onderverdeeld in een rentecomponent en een aflossingscomponent).

Een kortere looptijd van de erfpacht is als zodanig geen aanleiding om te veronderstellen dat sprake is van staatssteun. Wel zal de looptijd, zo neem ik aan, van invloed zijn op de hoogte van de canon, zodat in de taxatie ook rekening met de looptijd van de erfpacht dient te worden gehouden.

5.2.2 Marktconformiteit bij financieringsconstructie (lening)

Indien de overeenkomst niet zozeer als een grondtransactie maar als een financieringsconstructie (lening) moet worden beschouwd, bijvoorbeeld als deze kwalificeert als huurkoop, dan geldt onverminderd dat de overeengekomen voorwaarden marktconform moeten zijn. In dit geval betekent dit in ieder geval dat er een marktconforme rente moet worden gehanteerd.

Uit de Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (2008/C 14/02) kan worden afgeleid op welke wijze een marktconforme rente kan worden vastgesteld. Uitgegaan dient te worden van een basispercentage, dat voor iedere Europese lidstaat afzonderlijk wordt vastgesteld door de Europese Commissie, zie

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

Bovenop dit basispercentage dient een opslag te worden gehanteerd. Deze opslag is afhankelijk van de kredietwaardigheid van de leningnemer en de door de leningnemer gestelde zakelijke zekerheden. De kredietwaardigheid van de leningnemer wordt bepaald aan de hand van de ratingcategorie, die door een bank kan worden bepaald.

In het algemeen kan dus worden gesteld dat indien de gemeente een marktconforme rente hanteert, die op bovenstaande mededelingen is gebaseerd, en ook de overige voorwaarden van de overeenkomst marktconform zijn, de verstrekte lening/financieringsconstructie marktconform zal zijn.

6. Uw overige vragen

Canon

U heeft gevraagd of de Gemeente vrij is in het bepalen van de canon, in die zin dat daarin een rentecomponent en een aflossingscomponent wordt opgenomen. Op grond van het BW zijn

partijen vrij om al dan niet een canon overeen te komen. Over de hoogte daarvan bepaalt het BW niets. Uiteraard is de Gemeente wel aan andere regels gebonden zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, staatssteun en de Wet Markt en Overheid.

In het algemeen kan gesteld worden dat, mits de gemeente ervoor zorgdraagt dat er wordt gecontracteerd op marktconforme voorwaarden, eveneens aan de eisen van de Wet Markt en Overheid wordt voldaan. De belangrijkste uit deze wet voortvloeiende voorwaarde is dat de gemeente in haar prijzen (in dit geval de erfpachtcanon dan wel het te hanteren rentepercentage) tenminste de integrale kosten dient te verdisconteren. Met andere woorden: de gemeente mag geen economische activiteiten onder de kostprijs verrichten. Een marktconforme prijs zal doorgaans boven de kostprijs liggen, zodat ik veronderstel dat er niet snel sprake zal zijn van strijd met de Wet Markt en Overheid. Ten aanzien van de hoogte van de canon geldt voor het overige hetgeen hier boven onder punt 5.2.2 is opgenomen.

Algemene voorwaarden

U heeft een set algemene erfpachtvoorwaarden toegevoegd. Deze zijn gebaseerd op de voorwaarden van de gemeente Waalwijk die u op internet heeft gevonden. Zoals ik tijdens onze bespreking reeds aangaf, bevatten die voorwaarden diverse bepalingen die mijns inziens anders geformuleerd dienen te worden of aanvulling behoeven. Daarnaast zal in de akte (en de algemene voorwaarden) stil moeten worden gestaan bij de toepasselijkheid van de TWHOZ en de gevolgen daarvan voor de inhoud van het erfpachtrecht. Het is mijns inziens wenselijk waar mogelijk op voorhand aan te sluiten bij de toepasselijkheid van beide regelingen (erfpacht en TWHOZ). Het opstellen van de overeenkomsten, akten en algemene voorwaarden zal dan ook maatwerk zijn.

Zoals besproken heb ik de akten en overeenkomsten met betrekking tot de gemeente Someren die de heer Engeltaart mij toezond nog niet doorgenomen. Wij spraken af dat ik dit pas doe als de Gemeente een besluit heeft genomen omtrent het al dan niet toepassen van de beoogde erfpachtconstructie.

7. Tot slot

Ik stel voor dat u na bestudering van dit advies contact met mij opneemt om het verdere vervolg te bespreken. Voor zover u vragen heeft over de staatssteunrechtelijke aspecten van dit advies, stel ik voor dat u hierover rechtstreeks contact opneemt met mijn collega, Anita Serra.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



K.G.J. Heesakkers
advocaat