
Memo – vertrouwelijk

Bijlage 2 bij het gezamenlijk advies

Aan: Gemeente Oss
T.a.v. De heer P. Noten
Van: mr. C.J.M. Weebers-Vrenken MRE en mr. M. Cune
Inzake: Gem. Oss/Advisering herstructurering zwembad
Referentie: 10414-001
Datum: 17 juli 2020
Verzonden per email

Paradijslaan 159
Postbus 480
5600 AL EINDHOVEN
tel: 040 - 21 20 400
fax: 040 - 21 21 487
mob: 06-22785356
e-mail:
c.weebers@vastgoed-
advocaten.nl

I. Inleiding

1. Op verzoek van de gemeente Oss hebben wij op 21 augustus 2019 een advies uitgebracht inzake de verplaatsing van het huidige zwem- en recreatiecomplex “het Golfbad” naar een andere locatie. Omdat het huidige complex naar tevredenheid wordt geëxploiteerd door Golfbad Exploitatie BV, is het de wens van de gemeente om de samenwerking met deze partij voort te zetten. Aandeelhouder van Golfbad Exploitatie B.V., Is Stichting Golfbad Oss. Deze structuur is opgetuigd specifiek voor de privatisering van de zwembadvoorzieningen binnen de gemeente. De gemeente is niet vertegenwoordigd in het bestuur.
2. Als vervolg op bedoelde eerdere advisering is verzocht om een nadere analyse te maken, waarbij specifiek aansluiting wordt gezocht bij de fiscale aspecten die aan de verplaatsing en bijbehorende nieuwbouw van het Golfbad zijn verbonden.
3. Hierbij is een viertal scenario's onderscheiden:
 - a. Exploitatie van het Golfbad met winst oogmerk en daarmee volledig btw-belast
 - i. Het Golfbad is eigendom van de gemeente
 - ii. Het Golfbad is eigendom van een rechtspersoon
 - b. Exploitatie van het Golfbad zonder winst oogmerk en daarmee volledig BTW vrijgesteld
 - i. Het Golfbad is eigendom van de gemeente
 - ii. Het Golfbad is eigendom van een rechtspersoon.

Ten aanzien van deze scenario's hebben wij getoetst of deze vanuit juridisch perspectief binnen de kader van de Aanbestedingswet, de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, de AVG en de Wet Markt&Overheid haalbaar zijn.

II. Bevindingen

4. De gemeente zal zelf het ontwerp en de bouw van het nieuwe Golfbad realiseren mede gezien de aard en omvang van deze opgave en de specifieke expertise die hiervoor is vereist. De betrokkenheid van Golfbad Exploitatie B.V. hierbij is gewenst vanwege diens kennis, kunde en

ervaring bij de exploitatie van zwembaden. Dit is mogelijk door middel van een beperkte adviesopdracht die kan worden verstrekt binnen de kaders van het inkoopbeleid van de gemeente Oss. Na deze realisatie heeft de gemeente de keuze om het Golfbad te verhuren, te verkopen of in erfpacht uit te geven.

5. Golfbad Exploitatie B.V. exploiteert het huidige Golfbad en heeft dit ook deels in eigendom. Dit betekent dat zij ook vanuit die 'rol' betrokken is bij de realisatie van het nieuwe Golfbad. Als zij geen huurder en/of eigenaar of erfpachter van het nieuwe Golfbad wordt of kan worden, is haar medewerking aan de beëindiging van de huidige exploitatie en een soepele overgang naar de nieuwe exploitatie noodzakelijk. De gemeente zal op korte termijn de realisatie van het nieuwe zwembad in gang zetten onder meer door de start van de daartoe te doorlopen aanbestedingsprocedures. Wij adviseren daarvoor een intentieovereenkomst te sluiten met Golfbad Exploitatie Oss B.V., waarin haar betrokkenheid bij het nieuwe zwembad is vastgelegd. Zij kan als adviseur haar kennis, kunde en ervaring inbrengen, zoals bedoeld in randnummer 4. Zij kan voorts inbreng hebben bij de uitvoering van de hierna in randnummer 6 genoemde acties. Afhankelijk van de uitkomst van deze acties zal worden uitgekomen op een van de vier scenario's als bedoeld in randnummer 3.
6. Op dit moment zijn de financiële contouren van een mogelijke verhuur, verkoop of uitgifte in erfpacht, alsook van de exploitatie nog slechts op hoofdlijnen in beeld. Voor zover ons bekend is nog geen analyse voorhanden van de financiële effecten verbonden aan opheffing van de bestaande situatie, waaronder de mogelijkheden voor Golfbad Exploitatie B.V. om te investeren in het nieuwe zwembad. Deze financiële contouren en effecten dienen nader te worden ingevuld door middel van taxaties en verdere uitwerking van de kosten en opbrengsten. Meer specifiek dient te worden onderzocht of het mogelijk is de verhuur/verkoop/uitgifte in erfpacht en exploitatie zonder (directe) subsidies te realiseren. Als dit niet mogelijk is, heeft dat fiscale consequenties en is de contractering aan strengere wet- en regelgeving verbonden.
7. Dit betreft in hoofdlijnen de volgende wet- en regelgeving¹:
 - a. Aanbestedingswet 2012, afgekort als '**Aw**'.
 - b. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, afgekort als '**VwEU**'
 - c. daaruit voortvloeiende mededelingen en verordeningen, zoals
 - i. de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, afgekort als '**AGVV**'
 - d. Wet Markt en Overheid, afgekort als '**Wet MenO**'.
8. Als de verhuur/verkoop/uitgifte in erfpacht en exploitatie wel mogelijk is zonder subsidies, dan hoeft de gemeente bij de contractering enkel rekening te houden met de Aanbestedingswet. In dat geval moet worden voorkomen dat er sprake is van zodanige overheidsbemoeienis dat er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht voor diensten/werken, levering of concessie. Gezien de huidige financiële structuur is dit alleen mogelijk, ingeval:
 - a. de huurprijs/koopsom/canon op een passend/haalbaar niveau kan worden vastgesteld en/of

¹ Zie ook bijlage 3 Begrippen en afkortingen

- b. een lening voor de aankoop kan worden verstrekt tegen een minimale rente en/of
 - c. de gemeente via de doelgroepen of door inkoop van uren/het sluiten van een afnameovereenkomst exploitatiekosten dekt.
9. De volgende te nemen stappen dienen te worden doorlopen om tot definitieve contractering te komen met een exploitant c.q. Golfbad Exploitatie B.V.:
- a. Keuze voor een huur of koop/erfpacht: dit is primair afhankelijk van de vraag of kostendekkende huur mogelijk is, alsook van de uitkomsten van de taxatie van de koopsom en/of erfpachtcanon;
 - b. Bij de keuze voor koop kan het tevens noodzakelijk zijn dat de gemeente een lening verstrekt aan Golfbad Exploitatie B.V.. Deze aanpak wordt (ook) begrensd door het VwEU.
 - c. Bij een keuze voor erfpacht is het mogelijk om een jaarlijkse erfpachtcanon overeen te komen. Dan is een lening naar verwachting niet nodig.
 - d. Bepalen welke voorwaarden aan de exploitatie van het nieuwe Golfbad kunnen of moeten worden verbonden en deze (eventueel) verwerken in:
 - i. de te sluiten huurovereenkomst / koopovereenkomst / erfpachtovereenkomst.
 - ii. een 'raam'/'samenwerkings'-/'dienstverlenings'²/'afname'-overeenkomst, waarin voorwaarden zijn vertaald als opties, zodat er geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht;
 - iii. een afnameovereenkomst (inkoop van zwembaden);
 - iv. te wijzigen statuten van Golfbad Exploitant B.V. of van een nieuw op te richten vennootschap, waarbij ook de mogelijkheid bestaat om een zetel in het bestuur voor te behouden.
 - v. een aandeelhoudersovereenkomst, hetgeen mogelijk is als de gemeente aandelen neemt in Golfbad Exploitatie Oss B.V. of in een nieuw op te richten vennootschap.
- De huidige contracten en ervaringen kunnen hiervoor mede als leidraad worden genomen.
10. Hierbij zijn onder meer de volgende overwegingen van belang:
- a. Regievoering door de gemeente is binnen wettelijke kaders mogelijk:
 - i. via de verschillende overeenkomsten,
 - ii. via subsidieverlening en/of
 - iii. via zeggenschap in de exploitant.
 - b. Bij een keuze voor verkoop/uitgifte in erfpacht c.q. eigendom bij de exploitant heeft de figuur van de erfpacht vanuit het perspectief van regie de voorkeur vanwege de mogelijkheden om nadere voorwaarden te stellen in de uitgiftevoorwaarden.
 - c. Indien de voorkeur wordt gegeven aan een exploitatie met winstoogmerk (fiscaal) kan er geen sprake kan zijn van subsidieverlening, niet bij de investering door de exploitant c.q. bij koop/uitgifte in erfpacht en niet bij de exploitatie.

²Afgekort als DVO in de fiscale notitie. De term dienstverleningsovereenkomst is ongelukkig, omdat deze appelleert aan een opdracht tot het verlenen van diensten. Dat is niet de bedoeling van deze overeenkomst, als de wens bestaat om Golfbad Exploitatie B.V. verantwoordelijk te maken voor de exploitatie en geen aanbestedingsplichtige opdracht te laten ontstaan.

- d. In dat geval heeft uitgifte in erfpacht naar verwachting ook de voorkeur vanuit de aanname dat het eenvoudiger is om een passende/haalbare marktconforme erfpachtcanon vast te stellen dan een kostendekkende huur of passende/haalbare marktconforme koopsom.
 - e. Indien de uitkomsten van de taxaties en onderzoeken bedoeld in randnummer 6 uitwijzen dat verhuur/verkoop/uitgifte in erfpacht alleen mogelijk is onder kostprijs/tegen een niet kostendekkende/marktconforme prijs, zou in beginsel een Algemeen Belang Besluit kunnen worden genomen, zoals bedoeld in de Wet MenO. Dit besluit is vatbaar voor bezwaar en beroep.
 - f. Indien de verhuur/verkoop/uitgifte in erfpacht c.q. investering in het zwembad door Golfbad Exploitatie B.V. mogelijk is zonder subsidie/onder toepassing van een Algemeen Belang Besluit, is ten aanzien van (specifieke onderdelen van de) exploitatie in beginsel subsidieverlening mogelijk onder toepassing van de Algemene Groepsinstellingsverordening. Ten aanzien van de gesubsidieerde onderdelen geldt voor de exploitant een aanbestedingsplicht. Zie echter fiscaal advies: hiermee komt wel de mogelijkheid van exploitatie met winstoogmerk te vervallen.
 - g. Betrokkenheid van de gemeente bij Golfbad Exploitatie B.V. of een nieuw op te richten vennootschap ligt meer voor de hand, indien er geen sprake is van subsidieverlening.
 - h. Indien subsidieverlening onafwendbaar is, zowel bij de investering als bij de exploitatie kan overwogen worden om te kiezen voor vergaande invloed bij (de entiteit van) de exploitant met als doel om inbesteding mogelijk te maken. Hiermee wordt voorkomen dat er een aanbestedingsprocedure moet worden gevoerd voor het contracteren van de exploitant.
11. Hierna worden de contouren van de toepasselijke wetgeving geschetst, alsook de mogelijke contractsvormen.

III. Algemeen

12. Elk van de vier mogelijke scenario's vraagt om afspraken over de volgende twee te onderscheiden onderdelen:
- a. Gebruik/beheer inclusief onderhoud van het Golfbad op basis van huur, eigendom of een tussenvorm³.
 - b. Exploitatie irt de specifieke eisen/wensen van de gemeente, waaronder onder meer gebruik door doelgroepen, waarvan geen kostendekkende bijdrage wordt of kan worden gevraagd.

Deze kunnen worden vastgelegd in een of meerdere overeenkomsten. Te onderscheiden soorten overeenkomsten zijn:

- i. Huurovereenkomst
- ii. Verkoop en lening met hypotheek
- iii. uitgifte erfpacht op basis van jaarlijkse canon (geen lening)

³ Bij huur kan het jaarlijkse onderhoud en meerjarenonderhoud bij de huurder worden neergelegd. Bij erfpacht kunnen hier voorwaarden aan worden gesteld.

- iv. 'Raam-'/samenwerkings-'/dienstverlenings⁴-overeenkomst
 - v. Afnameovereenkomst
 - vi. En gemengde overeenkomsten, waarin meerdere soorten zijn samengevoegd.
13. Naast de fiscale aandachtspunten gelden voor de hierboven weergegeven overeenkomsten de regels omtrent ongeoorloofde staatssteun in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) en daaruit voortvloeiende mededelingen en verordeningen. Tevens geldt de Aanbestedingswet (Aw) en de Wet Markt en Overheid (Wet MenO) c.q. de Mededingingswet (Mw)⁵. In hoofdzaak moet rekening worden gehouden met de volgende aandachtspunten:
14. **Aanbestedingswet / Aw**
- a. Het sluiten van een koopovereenkomst of uitgifte in erfpacht is niet aanbestedingsplichtig. Ditzelfde geldt voor het aanhuren van vastgoed of de inkoop van toegangsbewijzen. Dit anders indien sprake is van zodanige aanvullende voorwaarden dat deze overeenkomsten moeten worden aangemerkt als gemengde overeenkomsten.
 - b. In de huurovereenkomst kunnen voorwaarden worden opgenomen, waarmee de belangen van de gemeente als eigenaar van het gehuurde worden beschermd. Dit zijn doorgaans voorwaarden in relatie tot het uitvoeren van jaaronderhoud en/of meerjarenonderhoud en eventueel uitvoeren van vernieuwingen. Daarnaast zijn bepalingen die verplichten tot actief gebruik van het gehuurde met inachtneming van een bepaalde (scherp omschreven) bestemming algemeen gebruikelijk. Zolang binnen de gebruikelijke kaders wordt gebleven ontstaat door het opnemen van dergelijke voorwaarden geen impliciete overheidsopdracht en dus aanbestedingsplicht.
 - c. Dat zelfde geldt voor koopovereenkomsten/uitgifte voorwaarden voor erfpacht. Hierbij zijn voorwaarden denkbaar, zoals koopplichten/kooprechten, gebruiksvoorwaarden, voorwaarden omtrent wijziging van het gekochte/het gepachte. Zolang ook hierbij binnen de gebruikelijke kaders wordt gebleven ontstaat er geen impliciete overheidsopdracht en dus aanbestedingsplicht.
 - d. Het sluiten van een 'raam-'/samenwerkings-'/dienstverlenings'-overeenkomst kan wel op het kritieke pad liggen, omdat deze meer vormvrij zijn en hiermee is beoogd om de exploitant nadere voorwaarden op te leggen in relatie tot de exploitatie van het Golfbad. Er dient derhalve te worden voorkomen dat in de te maken afspraken een (impliciete of expliciete) opdracht besloten liggen. Dit is het geval als de gemeente zich blijkens de bedongen voorwaarden gedraagt als opdrachtgever. Aanknopingspunten hiervoor zijn:
 - i. het al dan niet opleggen van een verplichting,
 - ii. het al dan niet hebben van bemoeienis met de uitvoering van de opdracht die verder strekt dat wet- en regelgeving, en/of
 - iii. het al dan niet aanwezig zijn van een direct financieel belang voor de gemeente.Als deels/geheel aan deze voorwaarden wordt voldaan (het betreft communicerende vaten), en er is sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel

⁴ Zie noot 1

⁵ De Wet MenO vervalt per 1-7-2021 en gaat over in de Mededingingswet

ontstaat er een aanbestedingsplichtige opdracht voor een werk of voor een dienst, danwel een aanbestedingsplichtige levering of concessie.

- e. Een aanbestedingsplicht kan ook voortvloeien uit verstrekte subsidies. Zo kan er sprake zijn van een aanbestedingsplicht voor de subsidieverlener of -ontvanger op grond van de AGVV en bij een 'Algemeen Belang Besluit' op grond van de Wet MenO. (zie hierna)
- f. De gemeente kan uit oogpunt van behoud van regie besluiten⁶ het Golfbad geheel/gedeeltelijk over te dragen aan Golfbad Exploitatie B.V. onder de voorwaarde dat de statuten van de vennootschap worden gewijzigd. Denkbaar is het voorbehoud om een bestuurder aan te wijzen. Denkbaar is ook om statuten voor te schrijven omtrent de invulling van de exploitatie. Gebruikelijk is dan om tevens op te leggen dat wijziging van de statuten niet is toegestaan zonder instemming van de gemeente. Denkbaar is ook om het voorbehoud te maken dat de gemeente aandelen verkrijgt in Golfbad Exploitatie B.V.. Alternatief is dat er een nieuwe rechtspersoon wordt opgericht, waarin de gemeente een deel of het geheel van de aandelen houdt en/of bestuurder is. Indien de structuur echter zodanig wijzigt dat wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:
 - i. de rechtspersoon is opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van commerciële of industriële aard;
 - ii. en wordt merendeels door de gemeente gefinancierd;
 - iii. of diens beheer staat onder toezicht van de gemeente (via een beslissende stem in het bestuur);
 - iv. of de gemeente bezit meer dan de helft van de aandelen, kwalificeert de vennootschap als publiekrechtelijke instelling en dient deze evenals de gemeente ook zelf te handelen met inachtneming van de Aanbestedingswet.
- g. De keuze voor de aanpassing van de zeggenschap in Golfbad Exploitatie B.V. of de oprichting van een nieuwe rechtspersoon kan ingegeven zijn door de wens om de figuur van inbesteding toe te passen. Dit houdt kortweg in dat een rechtspersoon wordt ingericht/opgericht, die voldoet aan de voorwaarden om inbesteden mogelijk te maken, waarbij geen aanbestedingsprocedure is voorgeschreven. In casu zou sprake zijn van een zogeheten 'verticale samenwerking'. Hierbij moet worden voldaan aan een drietal criteria:
 - i. De gemeente oefent toezicht uit op de rechtspersoon alsof het een eigen dienst is. Dit is mogelijk door dit in de statuten te verankeren.
 - ii. De rechtspersoon verricht het merendeel (meer dan 80%) van de werkzaamheden ten behoeve van de gemeente. Als dit niet het geval, dan zou de rechtspersoon namelijk meer marktgericht kunnen werken en met andere ondernemingen concurreren.
 - iii. Daarnaast is het van belang dat er geen sprake is van directe participatie van privékapitaal.
- h. Hierbij moet worden opgemerkt dat dergelijke rechtspersonen doorgaans zelf kwalificeren als publiekrechtelijke instelling, zoals hiervoor bedoeld onder f.

⁶ Zie ook sub V Risico's en regie gemeente

15. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie VwEU

- a. De overeengekomen tegenprestaties dienen te beantwoorden aan de opdracht en hierin mag geen ongeoorloofde staatssteun besloten liggen. Het VwEU bepaalt hierover⁷: Behoudens de afwijkingen waarin via Verdragen/Verordeningen wordt voorzien, zijn steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
- b. Een nader toetsingskader voor de hiervoor aangegeven norm is de 'Market Economy Operator' (MEO) norm. Hieraan wordt voldaan, indien een private investeerder, opererend in normale marktomstandigheden tot een zelfde investering zou zijn overgegaan.
- c. Voor het verstrekken van financieringen aan marktpartijen geldt de Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (2008/C 14/02). Hieruit volgt in hoofdlijnen dat de volgende opslagen dienen te worden gehanteerd bovenop het basispercentage dat is gebaseerd op de eenjaars IBOR⁸:

Opslagen voor leningen in basispunten			
Ratingcategorie	Zekerheidstelling		
	Hoog	Normaal	Laag
Zeer goed (AAA-A)	60	75	100
Goed (BBB)	75	100	220
Bevredigend (BB)	100	220	400
Zwak (B)	220	400	650
Slecht/Financiële moeilijkheden (CCC en lager)	400	650	1 000 (!)

- d. Voor het verstrekken van garanties geldt de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties 2008/C155/02). Op grond hiervan moet de ondernemer ook aantoonbaar een deel van de aan de onderliggende financiering verbonden risico's nemen. Mede om die reden mag de garantie niet meer bedragen dan 80% van de uitstaande lening.
- e. Het onderscheid tussen het verlenen van subsidie en het verstrekken van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is soms lastig te maken. Hiervoor geeft de volgende lijst bruikbare handvatten⁹:

⁷ artikel 107 lid 1 VWEU

⁸ Interbank Offered Rates. Deze zullen vervangen worden door Alternative Reference Rates (ARR). Naar verwachting wordt de Mededeling dan ook aangepast.

⁹<https://www.pianoo.nl/nl/metrokaart-sociaal-domein-faq/wat-is-het-verschil-tussen-overheidsopdracht-en-subsidie>

- *Wat is het verband tussen betaling en prestatie (afdwingbaarheid)?*
Geen verband: subsidie.
Wel verband: overheidsopdracht.
- *Van wie is het initiatief uitgegaan?*
Exploitant (ic): subsidie.
Gemeente: overheidsopdracht.
- *Welk belang wordt gediend?*
Algemeen belang: subsidie.
Economisch (eigen) belang: overheidsopdracht.
- *Is er sprake van commerciële activiteiten (winst, kostprijs, onderneming, concurrentie)?*
Nee: subsidie.
Ja: overheidsopdracht.
- *Betreft de vergoeding een tegemoetkoming in de kosten of een marktconforme betaling?*
Ja, tegemoetkoming in de kosten: subsidie.
Nee, marktconforme betaling: overheidsopdracht.

16. Algemene Groepsvrijstellingsverordening / AGVV

- a. Staatssteun voor onder meer sportvoorzieningen ('sportinfrastructuur') is nader gereguleerd in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening, de AGVV. Dit betreft onder meer artikel 55 van de AGVV.
- b. Op grond van de AGVV is het toegestaan om investeringssteun en exploitatiesteun te verstrekken¹⁰. De AGVV bepaalt ook het volgende: *'Iedere concessie of iedere andere vorm van toewijzing aan een derde om de sportinfrastructuur of multifunctionele recreatieve infrastructuur te bouwen, te moderniseren en/of te exploiteren, vindt op open, transparante en niet-discriminerende basis plaats, rekening houdende met de geldende aanbestedingsregels.'*
Aangenomen wordt dat deze verplichting kan worden doorgelegd naar de subsidieontvanger, indien de subsidieverstrekker niet zelf kan aanbesteden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake, indien niet de gehele investering of exploitatie subsidiabel is. De motivering van de keuze voor deze doorlegging dient in het projectdossier van de gemeente voorhanden te zijn, zodat een adequaat antwoord kan worden gegeven op vragen dienaangaande.
- c. Van belang is tevens om te vermelden dat ten aanzien van deze vorm van steun een jaarlijkse rapportageplicht bestaat. Voor steun hoger dan 5 mio bestaat de verplichting om deze te melden op de Europese transparantiewebsite.

17. Wet Markt en Overheid / Wet MenO

¹⁰ Tot in de AGVV genoemde maxima. Voor exploitatiesteun is dit 2 mio per jaar en voor investeringssteun is dit 15 mio.

- a. Als er geen subsidieregeling of subsidiebesluit van toepassing is, dan is een toets op grond van de Wet MenO voorgeschreven en geldt de gedragsregel dat een economische activiteit tegen een kostendekkende prijs moet worden overeengekomen. Zie ook randnummers 20 en verder ten aanzien van de berekeningsmethodiek / taxatie bij verhuur en verkoop.
- b. Als dit niet mogelijk is, kan de gemeente besluiten om een activiteit met een relevant maatschappelijk belang vrij te stellen van de invloedssfeer van de Wet MenO met een 'Algemeen Belang Besluit'. Een dergelijk 'Algemeen Belang Besluit' is vergelijkbaar met de aanwijzing van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van het VwEU.
- c. In het besluit dient te worden vastgesteld dat er sprake is van een algemeen economisch belang en van marktfalen. Dit besluit staat open voor bezwaar en beroep door belanghebbenden. Er wordt door de bestuursrechter (College van Beroep voor het Bedrijfsleven) getoetst aan een drietal criteria:
 - i. Is voldoende onderzoek verricht naar de relevante feiten en de af te wegen belangen (art. 3.2 AWB)?
 - ii. Is er sprake van een algemeen belang dat door de economische activiteit wordt gediend en kan dit niet worden gediend door bestaande marktpartijen?
 - iii. Heeft de belangenafweging tussen het algemeen belang en het belang van betrokken ondernemers zorgvuldig plaats gevonden c.q. zijn deze belangen zorgvuldig beschermd in het besluit?
- d. Algemeen Belang Besluiten worden door gemeenten genomen ten aanzien van bijvoorbeeld de verhuur van maatschappelijk vastgoed. Algemeen Belang Besluiten die betrekking op de exploitatie blijken in de praktijk lastig te motiveren¹¹.

IV. Met of zonder subsidie

- 18. Uit het advies van Zeker Fiscaal volgt dat de keuze voor een exploitatie met of zonder winsttoogmerk van essentieel belang voor de fiscaliteit. Deze keuze kleurt in zekere zin ook de juridische analyse¹².
- 19. Vanuit juridisch perspectief bestaan er de volgende vragen:
 - a. Kan het Golfbad wel / niet worden verhuurd tegen kostendekkende huur?
 - b. Kan het Golfbad (grond en opstallen) wel /niet worden verkocht / in erfpacht uitgegeven tegen een marktconforme prijs (koopsom/canon) en zo nodig tegen lening-/garantievoorwaarden die passen binnen de Mededelingen van Europese Commissie?
 - c. Kan het Golfbad wel/niet worden geëxploiteerd door de exploitant zonder subsidie van de gemeente.

A. Verkoop/uitgifte in erfpacht met of zonder subsidie

¹¹ Zie onder meer (ECLI:NL:CBB:2018:660 en ECLI:NL:CBB:2018:661

¹² Met name de vraag of aannemelijkerwijze sprake is van een algemeen belang tbv een Algemeen Belang Besluit ogv de Wet MenO.

Kostendekkende huur/ marktconforme prijs

20. Voor de beantwoording van de vragen onder a en b is onder meer relevant, hoe de kostendekkende huur en de marktconforme prijs bij verkoop/uitgifte in erfpacht worden bepaald.
21. De methodiek van kostprijsdekkende huur kan op meerdere manieren worden ingevuld. De meest eenvoudige is de optelsom van de operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en de vermogenskosten (omslagrente voor de gemeente). Ingeval het Golfbad op basis van een triple net-huurovereenkomst (verzekeringen, belastingen en onderhoud voor rekening van de huurder) kan in beginsel worden volstaan met berekening van de omslagrente over de gerealiseerde stichtingskosten (excl. bestuurlijke werkzaamheden en excl. onrendabele investeringen, mits zorgvuldig gemotiveerd).
22. Andere methode is de Discounted Cash Flow (DCF) methode. Hierbij wordt een kostprijsdekkende huur bepaald op basis van alle toekomstige in – en uitgaven. Anders gezegd: de contante waarde van de huurkasstroom op basis van de kostprijsdekkende huur is gelijk aan de contante waarde van alle kosten en investeringen minus de contante waarde van de restwaarde. Deze methode geeft ruimte om bepaalde uitgangspunten te kiezen, zoals de hoogte van de aanvangsinvestering en de restwaarde, indexeringen, discontovoet etc. Hierbij moet op verklaarbare worden aangesloten of juist afgeweken van het Besluit Begroting en Verantwoording lagere overheden¹³.
23. De uitkomst van deze rekensom dient aan te sluiten bij de verwachte reële exploitatieopbrengsten van Golfbad. Aanvullend moet worden getoetst aan het principe van de Market Economy Operator. Zou een private investeerder dit huurbedrag hanteren of is een hogere huur aannemelijker. Indien dit laatste geldt, dan dient de hogere huur te worden gehanteerd. Toepassing van het principe van de MEO wordt uiteraard beïnvloed door de (marktconforme) exploitatieopbrengsten. Er kan wel discussie ontstaan over de vraag of de gemeente als MEO de onderhavige investering zou doen, als er geen hogere huur kan worden bedongen van een kostprijsdekkende huur. Om deze discussie te kunnen weerleggen kan eventueel worden overwogen om geen langjarige huurovereenkomst aan te gaan. Alternatief is dat de gemeente het besluit om te verhuren of te verkopen (zorgvuldig gemotiveerd, bijvoorbeeld omdat zoals in casu nader onderzoek nog noodzakelijk is) uitstelt tot na start bouw.
24. De vraag zou eventueel gesteld kunnen worden of in casu tav het Golfbad eventueel sprake is van courant vastgoed. In dat geval kan verdedigbaar zijn om de huurprijs te stellen op de marktconforme huur, ook als deze lager is dan de kostprijsdekkende huur. Er zijn dan immers goedkopere alternatieven, ten gevolge waarvan sprake is van leegstand. Bij een verhuur lager dan de kostprijs zou de gemeente derhalve het gelijke speelveld niet verstoren. In alle gevallen luidt het advies om de kostendekkende/marktconforme huur te laten vaststellen door een objectieve taxateur. Indien deze constateert dat er sprake moet zijn van een huurprijs lager dan de kostprijs kan een Algemeen Belang Besluit worden genomen, zoals bedoeld in randnummer 17 sub b.

¹³ Zie Nota van Toelichting bij het Besluit markt en overheid d.d. 14 juni 2012, Stb 2012, 255

25. Voor de koopsom of de erfpachtcanon geldt dat de marktconforme prijs als kostendekkend wordt aangemerkt¹⁴. Indien er sprake is van een vastgoed met een onrendabele exploitatie, is (doorgaans) sprake een lagere marktwaarde. De prijs dient voor het aangaan van de overeenkomst te worden vastgesteld op basis van een objectieve taxatie. Zonder deze taxatie kan het vermoeden van ongeoorloofde staatssteun ontstaan. In zijn algemeenheid geldt dat het eenvoudiger mogelijk is/gebruikelijk is om bij erfpacht nadere specifieke voorwaarden te stellen die een waardedrukkend effect hebben. Dit leidt tot de aanname dat het eenvoudiger mogelijk zal zijn om een passende/haalbare marktconforme canon te verkrijgen, dan een passende/haalbare marktconforme koopsom. Van een passende/haalbare canon of prijs is in casu dus sprake, indien de koop of uitgifte in erfpacht mogelijk is zonder subsidie.
26. Aandachtspunt is dat de gemeente mogelijk gehouden is om bij verkoop/uitgifte in erfpacht een openbare verkoopprocedure te organiseren. Op grond van rechtspraak is alleen een taxatierapport niet voldoende, als meerdere partijen expliciet hebben aangegeven interesse te hebben in de aankoop. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen met zich mee dat de keuze voor een bepaalde contractspartner na een zorgvuldige belangenafweging tot stand moet komen.¹⁵ In de praktijk wordt dit voorkomen door het moment van communicatie over een voorgenomen verkoop zorgvuldig te kiezen. Alternatief is om toch een openbare verkoopprocedure te organiseren. Dit is geen aanbestedingsprocedure met inachtneming van de Aw. De hieraan verbonden risico's zijn dan ook substantieel kleiner.

Financiering marktconforme prijs

27. Gesteld dat tot een passende/haalbare koopsom en er gekozen wordt voor verkoop zal de exploitant een lening aan moeten gaan, wil hij in staat zijn de koopsom te betalen. Meest voor de hand ligt dan om hiertoe een lening aan te gaan met de gemeente, of met gemeentegarantie een lening bij een bank aan te gaan. In dat geval dient rekening te worden gehouden met de voorwaarden die dienaangaande door de Europese Commissie zijn neergelegd in de twee mededelingen genoemd in randnummers 15 sub c en d. Voor de garantie geldt een beperking tot 80% van de lening. Voor een lening gelden minimale rentepercentages, die redelijk fors kunnen oplopen. Golfbad Exploitatie B.V. is eigenaar van een deel van het huidige zwembad.
28. Teneinde te onderzoeken of, en zo ja in hoeverre een lening noodzakelijk is, dient in overleg te worden getreden met Golfbad Exploitatie B.V. Mogelijk vertegenwoordigt dit opstalrecht nog een waarde. Mogelijk beschikt Golfbad Exploitatie B.V. over andere middelen, waarmee zij in staat is om 20 % van de koopsom te voldoen of een andere investering te doen in het Golfbad.
29. Indien de rentelasten conform de voorwaarden van de Europese Commissie niet kunnen worden opgebracht kan de gemeente overwegen om een investeringssubsidie te verstrekken, zoals bedoeld in de AGVV. Deze is wel in hoogte beperkt¹⁶ en kan – als er samenhang is met een exploitatiesubsidie – leiden tot de verplichting om het gehele project aan te besteden. Alsdan is

¹⁴ Zie Nota van Toelichting, idem Noot 5

¹⁵ Zie rechtspraak: ECLI:nl:CBB:2009:BI6466 met verwijzing naar ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7320 RO 4.1-4.2 en, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2547 RO 4.6.3

¹⁶ 15 mio EU

naar verwachting namelijk niet meer verdedigbaar dat de gemeente als subsidieverstrekker niet zelf kan aanbesteden. Zie ook hierna onder randnummer 35.

Geen kostendekkende huur/marktconforme prijs

30. Als een kostendekkende huur of marktconforme prijs (koopsom/erfpachtcanon) niet is in te passen in een houdbare juridische structuur, bijvoorbeeld omdat een daartoe te verlenen subsidie niet past binnen de AGVV, kan de gemeente overwegen om een Algemeen Belang Besluit te nemen. De route van het Algemeen Belang Besluit is naar verwachting wel begaanbaar bij verhuur of verkoop/uitgifte in erfpacht, mits het algemeen belang goed kan worden onderbouwd en er tot een redelijke belangenafweging kan worden gekomen. Aan deze procedure kleven echter risico's.¹⁷ Naast procedurerisico's moet rekening worden gehouden met een spanningsveld tussen de inhoud van het besluit en de noodzaak om dit zodanig in te kleden dat dit niet kwalificeert als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Omdat verkoop en verhuur in beginsel niet aanbestedingsplichtige activiteiten zijn, is dit spanningsveld wel kleiner bij verkoop/verhuur, dan bij een Algemeen Belang Besluit over de exploitatie.
31. De inhoud van de te sluiten koopovereenkomst of erfpachtovereenkomst is hierbij tevens van belang. Hierbij moet worden weggebleven bij afspraken die raken aan impliciet opdrachtgeverschap van de gemeente. Dit om te voorkomen dat de koop/uitgifte in erfpacht kwalificeert als een gemengde overeenkomst en de hierin besloten impliciete opdracht leidt tot een aanbestedingsplicht. Denk hierbij aan bijkomende dwingende verplichtingen in relatie tot de exploitatie, tot de inrichting van het complex of in relatie tot de samenhang tussen een terugkoopverplichting/de beëindiging van de erfpacht en het einde van de exploitatie. De gemeente kan wel een losstaand kooprecht bedingen of een bepaalde duur van het erfpachtrecht overeenkomen. Deze bedingen zijn gebruikelijk. Hier kleven derhalve geen risico's aan.
32. De WvEU en de Wet MenO liggen op het onderwerp van het marktconform contracteren en voorkomen van ongeoorloofde staatsteun met elkaar in lijn. Het risico van handelen in strijd met het WvEU en de Wet MenO is een deels of geheel nietige koop/huurovereenkomst, alsook een ingebrekestelling van de Europese Commissie (gericht aan de Rijksoverheid) danwel correctieve handhaving door de Autoriteit Consument en Markt. Dit kan voorkomen worden door een sluitend verkoopdossier met de onderbouwing voor de onderhandse verkoop, een objectieve taxatie en zo nodig een Algemeen Belang Besluit.

B. Exploitatie met of zonder subsidie

33. Uit de aangereikte stukken volgt dat er naar verwachting een bijdrage van de gemeente benodigd is om het Golfbad exploitabel te houden. Hoe hoog dit bedrag is, hangt af van de geldende huursom/koopsom/erfpachtcanon, alsook van de verdere exploitatielasten (ook na het treffen van duurzaamheidsmaatregelen) en de te realiseren opbrengsten.
34. Deze gemeentelijke bijdrage kan worden verstrekt in de vorm van een subsidie voor onverplicht uitgevoerde (specifiek geoormerkte/aanvullende) activiteiten, ten gevolge waarvan de

¹⁷ Deze risico's zijn mogelijk groter, indien wordt gekozen voor een fiscale structuur met winsttoogmerk.

exploitatie niet meer dekkend is. Deze subsidie kan in beginsel worden ingepast in de AGVV. Zonder inpassing bestaat een meldingsplicht; hieraan kleven substantiële procesrisico's. De AGVV onderscheidt twee soorten subsidies, te weten bijdragen in de investering, derhalve in een deel of het geheel van de koopsom of canon bij verkoop of uitgifte in erfpacht, of bijdragen in de exploitatie.

35. Een van de voorwaarden voor subsidieverstreking onder de AGVV is, zoals gezegd, dat de gunning van desbetreffende activiteiten op open transparantie en niet-discriminerende wijze plaats vindt. Dat kan betekenen dat er sprake is van een aanbestedingsplicht, zoals bedoeld in hoofdstuk 2 van de Aw. Deze aanbesteding van subsidiabele onderdelen van de exploitatie kan, zoals gezegd, door de exploitant worden verzorgd, tenzij de gemeente kan aanbesteden. Hiervan is sprake, indien de koopsom/canon wordt gesubsidieerd via de exploitatiesubsidie. Met andere woorden, als zowel de investering in het Golfbad c.q. de koop/uitgifte in erfpacht niet mogelijk is zonder subsidie en ook de exploitatie niet mogelijk is zonder subsidie, geldt een aanbestedingsplicht voor de 'gunning' van de exploitatie op grond van de AGVV. Dit past niet binnen de door de gemeente beoogde aanpak en dient derhalve vermeden te worden.
36. Daartoe is het noodzakelijk te onderzoeken welke activiteiten de exploitant zonder subsidie kan realiseren en welke gesubsidieerde activiteiten de exploitant kan aanbesteden. Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat ook het onderhoud van de installaties moet worden aanbesteed. Op dit moment is de installateur die verantwoordelijk is voor het onderhoud vertegenwoordigd in het bestuur van de Stichting Golfbad Oss. Het kan eventueel noodzakelijk zijn om dit te heroverwegen of anderszins in te richten.
37. Het is ook mogelijk dat de gemeente (een deel van) de exploitatiesubsidie vervangt door de inkoop van toegangskarten of exclusieve zwemtijden voor doelgroepen. Dergelijke afspraken dienen los te staan van de huur-/koopovereenkomst. Ze onderscheiden zich van een aanbestedingsplichtige opdracht, doordat de Exploitant (onverplicht) diensten aanbiedt aan de gemeente. De exploitant is daarbij onder meer gerechtigd om diensten stop te zetten of anderszins in te richten c.q. de voorwaarden voor het al dan niet uitvoeren van de deze diensten zelf te bepalen.
38. Dit is in feite ook de grondslag voor de huidige 'budgetsubsidieringsovereenkomst'. Er bestaat vrijheid om activiteiten te ondernemen, waarbij de gemeente beoordeelt of zij hiermee gepaard gaande kosten vergoedt. Nu de huidige structuur zo is vormgegeven dat de Vereniging van Gebruikers in het bestuur van de Stichting Golfbad Oss vertegenwoordigd is, is de kans dat Golfbad Exploitatie B.V. een eigen koers bepaalt ten aanzien van de toegang van bepaalde doelgroepen naar verwachting beperkt. Valkuil bij deze constructie is dat toch sprake is van een impliciete afhankelijkheid van de exploitant, waardoor deze feitelijk geen vrijheid heeft in de keuze om diensten al dan niet/ op een bepaalde wijze aan te bieden. Of hier sprake van is, kan worden vastgesteld aan de hand van het totaal aan geldstromen en subsidies.
39. Ander alternatief is dat de gemeente (een van) de exploitatiesubsidie rechtstreeks verstrekt via de gebruikers van het bad. Voordeel is dat beter geoormerkt is hoe geldstromen lopen. Nadeel van deze aanpak is dat dit vraagt om een betrekkelijk ingrijpende wijziging van de huidige organisatie, ook op politiek/bestuurlijk vlak.

V. RISICO'S EN REGIE GEMEENTE

40. De gemeente heeft bij de inrichting van de huidige contractuele structuur nadrukkelijk gekozen voor een aanpak, waarbij Golf Exploitatie B.V. zoveel mogelijk verantwoordelijk is gemaakt voor de exploitatie van het huidige Golfbad. Deze structuur moet bij de bouw van het nieuwe Golfbad opnieuw vorm worden gegeven in overeenkomsten die aansluiten op actuele wet- en regelgeving. Hierbij kunnen de volgende risico's onderscheiden:
- a. Betalingsonmacht / faillissement exploitant
 - b. Onderhoud van het Golfbad wordt niet deugdelijk uitgevoerd
 - c. Doelgroepen hebben onvoldoende ruimte/toegang tot het Golfbad
 - d. Overdracht van eigendom/de onderneming aan een derde
 - e. Wegvallen kundige bestuurders/wanbeleid.
41. De gemeente zal haar investering in het Golfbad willen veilig stellen, als een van de hiervoor genoemde risico's zich voordoet. Dit is onder meer op de volgende manieren mogelijk:

Golfbad is eigendom van de gemeente

- Ad a.: In de huurovereenkomst kunnen voorwaarden worden opgenomen omtrent de beëindiging van de huur bij betalingsonmacht en faillissement.
- Ad b.: In de huurovereenkomst kunnen voorwaarden opgenomen omtrent het monitoren van het door de exploitant uit te voeren onderhoud. Dergelijke huurovereenkomsten zijn niet ongebruikelijk¹⁸. Omdat op deze kosten door huurders doorgaans als eerste wordt bespaard, is het raadzaam hier ook een beëindigingsmogelijkheid aan te verbinden. Zie ad a.
- Ad c.: De gemeente kan een afnameovereenkomst met de exploitant sluiten en/of subsidie verstrekken aan de doelgroepen, waarmee de exploitant een incentive heeft om de doelgroepen goed te bedienen. Daarnaast is het mogelijk om een 'raam-'/samenwerkings-/dienstverlenings¹⁹-overeenkomst te sluiten, waarin partijen samenwerkingsprincipes vastleggen en waarin bijvoorbeeld ook ruimte is om afspraken te maken omtrent het doorvoeren of monitoren van sportbeleid²⁰.
- Ad d.: In de te sluiten overeenkomsten kunnen 'change of control' bepalingen worden opgenomen, waarmee dit risico wordt uitgesloten, danwel overdracht alleen mogelijk is, als de belangen van de gemeente als verhuurder zijn veilig gesteld.
- Ad e.: In de te sluiten overeenkomsten kunnen sancties worden verbonden aan wanpresteren van de exploitant en kunnen voorts overlegstructuren worden verwerkt, waarmee monitoring van de besluitvorming door de exploitant mogelijk is. Verdergaande bemoeienis bij het reilen en zeilen binnen de exploitant is mogelijk via een bestuurszetel, aandeelhouderschap (inclusief aandeelhoudersovereenkomst) en aanpassing van de statuten. Deze vorm is lastig te combineren met subsidies vanwege mogelijke tegenstrijdige belangen.

¹⁸ Ook wel aangeduid als 'triple net' overeenkomsten, waarbij al het onderhoud, alle verzekeringen en belastingen voor rekening van huurder komen.

¹⁹ Zie noot 1

²⁰ Denk bijvoorbeeld aan een convenant op bestuurlijk niveau

Golfbad is eigendom van de exploitant

- Ad a.: In de koopovereenkomst kunnen verkoopregulerende bedingen worden opgenomen, waaronder het beding dat de gemeente het Golfbad terug kan kopen onder bepaalde omstandigheden. Een dergelijk beding kan in beginsel wel worden doorbroken bij faillissement. Dit is deels te ondervangen door het vestigen van een hypotheek op het zwembad. In de uitgiftevoorwaarden voor erfpacht kunnen voorwaarden worden opgenomen omtrent de beëindiging van de huur bij betalingsonmacht en faillissement. Hierbij gelden wel wettelijke termijnen²¹. Bij beëindiging van erfpacht rust het volle eigendom weer bij de gemeente. Voorts kunnen bepalingen worden opgenomen omtrent verkoop van het erfpachtrecht aan een derde en kan het verbod op ondererfpacht/verhuur worden opgenomen.
- Ad b.: De verplichting tot het uitvoeren van deugdelijk onderhoud is bij een verkoop in beginsel niet (sluitend) vast te leggen. Dit is wel mogelijk (en ook gebruikelijk) via een hypotheekakte en als incentive bij de waardebepaling die geldt bij het terugkooprecht. Deze verplichting kan ook goed worden vastgelegd in de erfpachtvoorwaarden en kan bij schending kwalificeren als ernstige toerekenbare tekortkoming op grond waarvan ontbinding is gerechtvaardigd. Bij een dergelijke beëindiging van erfpacht rust het volle eigendom dus weer bij de gemeente.
- Ad c.: Indien het eigendom van het Golfbad bij de exploitant rust kunnen vergelijkbare overeenkomsten worden gesloten als bij een huursituatie.
- Ad d.: In de erfpachtvoorwaarden is het mogelijk om 'change of control' bepalingen op te nemen. Zie ook onder a omtrent de wijze waarop kan worden voorkomen dat het Golfbad aan een derde wordt verkocht/in gebruik gegeven.
- Ad e.: Indien er wordt besloten tot overdracht van het eigendom of het erfpachtrecht aan de exploitant, ligt het meer voor de hand om zeggenschap voor te behouden via de exploitant dan bij een huursituatie. Dit hangt samen met het feit dat de terugkoop of beëindiging van het erfpachtrecht minder eenvoudig is dan de beëindiging van een huurovereenkomst. Denkbaar is om stemrechten/beslissingsbevoegdheden via een zetel in het bestuur of via aandeelhouderschap te bedingen ten aanzien van specifieke onderwerpen binnen de kaders van de wettelijke regeling omtrent het tegenstrijdig belang.
- =====

²¹ Ontbinding is mogelijk bij achterstallige betaling van canon gedurende twee jaar.