

Advies

Van : 5.1.2e en 5.1.2e | Nysingh
Aan : 5.1.2e | gemeente Nunspeet
Datum : 13 december 2024
Referentie : 249467

1. Inleiding en vraagstelling

De gemeente Nunspeet is (sinds ons eerdere advies van 30 september 2024) rond de tafel gegaan met Veluvine en Nuborgh. Hierbij is gepoogd om afspraken te maken over het gebruik van de sportzaal door de school en de daarvoor te betalen huurprijs. Deze gesprekken hebben echter (enkel) geleid tot de toezegging van Veluvine dat de sportzaal tot de kerstvakantie gebruikt kan worden.

De gemeente zit maandag 16 december a.s. wederom met partijen rond de tafel en heeft ons enkele vragen gesteld. Deze komen neer op de vraag welke mogelijkheden de gemeente heeft om (dwingend) in te grijpen bij Veluvine en om meer regie naar zich toe te kunnen trekken ten aanzien van het beheer van Veluvine. Daarnaast heeft de gemeente ons gevraagd uiteen te zetten wat haar positie is bij een mogelijk faillissement van Veluvine. In dit advies gaan wij op voornoemde vragen in en geven wij aan 'hoe nu verder'.

2. Welke mogelijkheden heeft de gemeente om (dwingend) in te grijpen bij Veluvine en meer regie naar zich toe te trekken ten aanzien van het beheer van Veluvine?

Contractuele aanspraak

De eerste vraag is of er op basis van de overeenkomst(en) door de gemeente meer regie kan worden gevoerd.

Op grond van art. 19.3 dienden partijen een vereniging van eigenaren (VVE) oprichten. Dat is echter niet gebeurd. Het is de vraag of de gemeente daar nakoming van kan vragen. Daar zijn wel gronden voor nu die afspraak mede een waarborg is voor het deugdelijk beheer van het gebouw dat met de gemeentelijke subsidie is gebouwd. Zoals in ons voorgaande advies reeds overwogen, kan echter aangenomen worden dat de eigenaren ook die kosten ieder voor zich voor het eigen gedeelte van de locatie hebben te dragen, al dan niet op basis van gevormde voorzieningen. De enkele oprichting van de VVE lijkt dan ook niet de uitkomst te bieden, al geeft het wel beter de mogelijkheid om afspraken te maken over de exploitatie en beheer.

Voorts bepaalt de samenwerkingsovereenkomst (art. 19.2) dat Veluvine Nunspeet Beheer C.V. ('C.V.') en Nuborgh een afzonderlijke gebruiksovereenkomst sluiten ten aanzien van het gebruik van de sportzalen, de grote en horecavoorzieningen. Artikel 19.2 beschrijft bovendien dat in die overeenkomst onder meer wordt bepaald dat de sportzalen overdag in eerste instantie beschikbaar gesteld worden voor bewegingsonderwijs. De beide partijen hebben daar wel invulling aan gegeven middels de huurovereenkomst, maar het is wel de vraag of de gemeente – nu partijen

over de nieuwe voorwaarden van de huurovereenkomst geen overeenstemming weten te bereiken – kan afdwingen dat partijen wel die overeenkomst sluiten. Het vragen om nakoming van deze bepaling geeft de gemeente naar ons idee weinig houvast.

Voorts is in artikel 20 nog de afspraak gemaakt dat partijen ten aanzien van het beheer van de gehele locatie nadere afspraken maken in een aparte beheersovereenkomst. Deze overeenkomst ontbreekt, maar lijkt wel van essentieel belang voor de langjarige instandhouding van het gebouw. Naar ons idee heeft de gemeente recht en belang om te vorderen dat alsnog een dergelijke overeenkomst wordt gesloten. De gemeente heeft daar immers ook een belang bij.

Artikel 28 biedt wellicht nog een marsroute om tot een dergelijke beheersovereenkomst te komen, aangezien dit artikel bepaalt dat partijen in onderling overleg proberen om in der minne te schikken bij een geschil, maar dat – indien dat niet lukt – partijen door middel van mediation het geschil moeten proberen op te lossen. Dit artikel zou kunnen worden aangegrepen om door middel van mediation in een gebruiksovereenkomst en/of beheersovereenkomst afspraken te maken om zo de huidige problematiek te verhelpen. Wij begrijpen dat er op dit moment echter al een bemiddelaar op verzoek van partijen actief is. De opdracht van deze bemiddelaar is ons niet bekend. Mogelijk dat die rol echter uitgebreid zou kunnen worden om ook – op de grondslag van de afspraak van alle partijen om een beheersovereenkomst te sluiten – tot afspraken over het beheer te komen. Deze contractuele grondslag is naar ons idee behoorlijk sterk.

Wij laten voor het gemak hierbij nu even in het midden de vraag of Veluvine (C.V./B.V.) aan de samenwerkingsovereenkomst gebonden is. Hoewel partijen zich in art. 2.5 van de samenwerkingsovereenkomst ertoe verplichten om ervoor te zorgen dat de C.V. en B.V. onmiddellijk na oprichting toetreden tot de overeenkomst, heeft de gemeente aangegeven dat daar geen sprake van is. Dat zou betekenen dat de C.V. en B.V. in beginsel niet gebonden zijn aan de samenwerkingsovereenkomst, waaronder de artikelen omtrent de VVE, gebruiksovereenkomst, beheersovereenkomst en mediation. Tegelijkertijd zijn de aandeelhouders (die ook samen het bestuur hebben benoemd) nog steeds verplicht om te bewerkstelligen dat de C.V. en de B.V. tot de overeenkomst toetreden. Praktisch gesproken gaan wij er daarom vanuit dat ook Veluvine zich aan de samenwerkingsovereenkomst gebonden dient te achten.

Claimrecht sportzaal en/of bibliotheek

Wij zien op grond van de wet of regelgeving geen mogelijkheid voor de gemeente om van Veluvine te vorderen de sportzaal open te houden ten behoeve van het bewegingsonderwijs van Nuborgh. Op zichzelf heeft de gemeente aan haar zorgplicht voldaan door dat er voldoende capaciteit aan lokalen voor bewegingsonderwijsbewijs voorhanden is. Nuborgh kan in de behoefte voor gymlokalen voorzien door dictaturen van Veluvine. Mocht Veluvine stoppen met de exploitatie van de gymzaal, dan komt de gemeente op grond van de wet geen vorderingsrecht toe voor een dergelijke particuliere gymzaal. Als de juridisch eigendom toebehoort aan het schoolbestuur en het is gesticht met geld van de gemeente, dan komt het economisch claimrecht toe aan de gemeente, indien het schoolbestuur blijvend zal of heeft opgehouden te bestaan.

Het economisch claimrecht ziet dus niet op de situatie bij Veluvine. Het gaat daar immers niet om een buitengebruikstelling van een gymlokaal als onderdeel van de school, maar om sportzaal van een derde.

Hoewel gemeenten vanaf (de wetwijziging van de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen in) 2025 een wettelijke taak (zorgplicht) hebben voor bibliotheken, is daar geen claimrecht aan gekoppeld waarbij de gemeente bijvoorbeeld een eerste recht van koop heeft. Daar bestaat derhalve geen mogelijkheid voor de gemeente om dwingend op te treden.

Onbehoorlijk bestuur: bestuurdersaansprakelijkheid

Vervolgens hebben wij bekeken of er een mogelijkheid bestaat voor de gemeente om mogelijk meer grip te krijgen op de situatie langs de lijn van de vraag of hier sprake is van onbehoorlijk bestuur van Veluvine.

Het beheer van het gebouw waar de maatschappelijke voorzieningen zich bevinden, is in handen van de C.V. De beherend vennoot van de C.V. is Landstede Molijn Beheer B.V. ('B.V.'). De beherende vennoot is verantwoordelijk voor de handelingen van de C.V. Een bestuurder van een B.V. kan onder omstandigheden bovendien persoonlijk aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 6:162 BW.

De bestuurder kan aansprakelijk zijn wanneer de bestuurder persoonlijk een aan hem toe te rekenen onrechtmatige daad pleegt jegens een derde, waarbij onder meer sprake moet zijn van onrechtmatigheid, causaal verband en schade. Beslissend is of aan de bestuurder *persoonlijk* kan worden *verweten* dat hij jegens de derde, in dit geval de gemeente, de norm van artikel 6:162 BW heeft geschonden. Hierbij dient sprake te zijn van een ernstig verwijt. Het gaat dan ook om een hogere drempel dan een 'gewone' onrechtmatige daad.

Van een dergelijk ernstig verwijt kan bijvoorbeeld sprake zijn indien een bestuurder verplichtingen aangaat namens de vennootschap terwijl hij weet dat de vennootschap deze verplichtingen niet kan nakomen en geen verhaal kan bieden voor de schade die daardoor ontstaat. In de rechtspraak zijn daarnaast voorbeelden te vinden van bestuurders die aansprakelijk zijn omdat zij onvoldoende oog hadden voor de financiële stabiliteit en continuïteit van de vennootschap hadden. De rechter oordeelde in een specifiek geval dat het de bestuurder ontbrak "*aan inzicht en zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een stichtingsbestuurder die voor haar taak is berekend en deze nauwgezet vervult*".¹ In deze zaak werd dus aan de maatstaf van ernstig verwijt gekomen, maar in deze betreffende zaak speelden ook andere (ernstige) aspecten een rol, zoals het aanvragen van grote voorschotten en het bevoordelen van eigen vennootschappen.

Voorts zijn in de rechtspraak voorbeelden te vinden van bestuurdersaansprakelijkheid bij het verkeerd aanwenden van subsidies. Deze rechtspraak ziet echter met name op grove misstanden bij het aanvragen van subsidies (frauderen met gegevens), het (grovelijk) schenden van subsidievoorwaarden (zoals het doel waarvoor een subsidie mag worden gebruikt) of het beperken van verhaalsmogelijkheden terwijl een (voorschot op) subsidie terugbetaald dient te worden.² Deze omstandigheden hangen bovendien vaak samen met andere omstandigheden om uiteindelijk de drempel van 'ernstig verwijt' te halen.

¹ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBDHA:2016:16211.

² Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBOVE:2020:2152 en ECLI:NL:RBROT:2019:604.

In de kwestie met Veluvine is het de vraag of de (oud)bestuurder(s) een ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van diens handelen. Op zichzelf is het zo dat partijen en langjarige samenwerking hebben beoogd en is het duidelijk dat de door de gemeente verleende subsidie het doel had om bij te dragen aan de oprichting van maatschappelijke voorzieningen, inclusief sportzaal, zodat voor de lange termijn in de behoefte aan die voorzieningen kan worden voorzien. In het financieel model (bijlage 7 samenwerkingsovereenkomst) zijn echter geen subsidievoorwaarden afgesproken. Wel lijkt vast te staan dat Veluvine onvoldoende dan wel geen gelden heeft gereserveerd voor groot onderhoud, waardoor deze langjarige instandhouding in gevaar is gekomen. Het is dan de vraag of het jegens de gemeente onrechtmatig is doordat het bestuur wel de verplichting tot langjarige instandhouding op zich heeft genomen, maar daarbij onvoldoende gelden heeft gereserveerd om dat te bewerkstelligen.

Deze situatie lijkt ons op grond van de omstandigheden zoals die uit het dossier blijken, voornamelijk onvoldoende om te komen tot de hoge drempel van bestuurdersaansprakelijkheid. Het is bovendien aan de gemeente om bij een (eventueel) beroep op bestuurdersaansprakelijkheid te bewijzen dat de (oud)bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, onder meer met financiële onderbouwing. Daar lijkt momenteel onvoldoende bewijs voor te bestaan.

Kortom, onder de huidige omstandigheden lijkt niet te worden voldaan aan de hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid (ernstig verwijt). Aangezien er uiteraard nog wel de nodige vragen rijzen hoe deze situatie heeft kunnen ontstaan, zou in de gesprekken met Veluvine op een onderzoek kunnen worden aangedrongen naar het handelen van de (opvolgende) bestuurders in het verleden, waardoor deze situatie is ontstaan. Mogelijk zou dat wat druk kunnen geven om meer bereidheid te vinden aan de zijde van Veluvine om tot een oplossing te komen.

Versterken rol gemeente: huur en/of aankoop

In tegenstelling tot voornoemde opties, zien wij wel andere mogelijkheden voor de gemeente om meer regie te voeren over de beschikbaarheid van het pand, namelijk door het huren van de sportzaal of het aankopen van de sportzaal.

Wij begrijpen dat in de gesprekken die met de bemiddelaar worden gevoerd de aankoop van het pand al wel ter sprake is geweest. Mogelijk zou echter ook de huur van de sportzaal aan de orde kunnen zijn. Dit mede vanwege het feit dat wij eerder van u begrepen dat de huurprijs die Veluvine nu wenst te ontvangen op zichzelf marktconform is voor de terbeschikkingstelling van sportzalen.

Als de gemeente de sportzaal zelf huurt, kan zij de sportzaal onderverhuren aan Nuborgh. Op die manier is de gemeente de contractuele wederpartij van Veluvine en heeft zij het in haar macht om met Nuborgh tot afspraken te komen over de invulling van de behoefte aan de capaciteit van de sportzaal. Dit sluit ook aan bij de gemeentelijke zorgplicht die zij jegens Nuborgh heeft voor de terbeschikkingstelling van lokalen voor bewegingsonderwijs. Doordat Nuborgh dan aan de gemeente weer een vergoeding betaald, kan de gemeente in beginsel budgetneutraal deze positie innemen.

Uiteraard zou ook kunnen worden overwogen de sportzaal te kopen van Veluvine, onder aftrek van zaken als splitsingskosten en onderhoudstekorten. Op die manier trekt de gemeente de volledige regie naar zich toe aangezien zij als eigenaar zelf verantwoordelijk is voor het beheer en de

exploitatie. Hierdoor kan de gemeente bovendien waarborgen dat de sportzaal als gymzaal door Nuborgh en verenigingen kan worden gebruikt.

Ter ondersteuning van de positionering van de gemeente in een dergelijk scenario, wijzen wij op art. 24.6 van de overeenkomst. Dit artikel geeft aan dat bij beëindiging van de overeenkomst het aan de C.V. toebehorende deel van het project inclusief de grond wordt verkocht waarbij de gemeente het eerste recht van koop heeft. Indien partijen unaniem en schriftelijk overeenkomen dat de overeenkomst wordt beëindigd en de gemeente gebruik wenst te maken van haar eerste recht van koop, dienen de gemeente, Molijn en Landstede de prijs in onderling overleg te bepalen op grond van een taxatie. De opbrengst wordt toegerekend aan de gemeente, Molijn en Landstede gerelateerd aan hun historische inbreng.

Hoewel deze bepaling op dit moment niet zonder meer kan worden ingeroepen, geeft het wel een geobjectiveerd kader en marsroute hoe tot een aankoop door de gemeente kan worden gekomen.

3. Wat is de positie van de gemeente in geval van faillissement van Veluvine (C.V./B.V.)?

Tot slot heeft de gemeente ons gevraagd in te gaan op de positie van de gemeente in geval van faillissement van Veluvine (C.V./B.V.). Heeft de gemeente bijvoorbeeld een eerste recht van koop?

Veluvine staat op het perceel kadastraal bekend gemeente Nunspeet A 5490 ('het Perceel'). Dit Perceel staat op naam van de B.V. als beherend vennoot van de C.V. De reden hiervan is dat een C.V. geen rechtspersoonlijkheid heeft en om deze reden geen registergoederen op naam kan hebben staan. Een faillissement van de C.V. betekent in feite ook het faillissement van de B.V. omdat de B.V. als beherend vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de C.V. Mocht het faillissement van de C.V. en de B.V. niet gelijktijdig worden aangevraagd en worden uitgesproken dan zal het faillissement van de B.V. vermoedelijk snel volgen doordat de curator van de C.V. het faillissement van de B.V. aanvraagt.

In geval van faillissement van de C.V. en de B.V. vloeit het Perceel in de boedel van de B.V. en zal het Perceel worden verkocht door de curator voor een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers van de B.V. (en indirect) de C.V.

De curator is in beginsel gehouden de overeenkomsten uit de boedel na te komen. In faillissement is namelijk het uitgangspunt dat een faillissement van één van de contractspartijen in beginsel geen einde maakt aan een lopende overeenkomst en ook de geldigheid daarvan niet aantast. In beginsel zijn partijen dus, ondanks faillissement van één van de partijen, gehouden de verplichtingen uit de overeenkomst na te komen. Uiteraard heeft een faillissement wel gevolgen voor een lopende overeenkomst. Ten eerste kan in de overeenkomst zelf het een en ander zijn bepaald over het geval van faillissement van één van de contractspartijen. Daarnaast heb je te maken met artikel 37 van de Faillissementswet als sprake is van een wederkerige overeenkomst (zoals de samenwerkingsovereenkomst) die door partijen niet, althans niet volledig is nagekomen.

De curator kan een redelijke termijn worden gesteld om de overeenkomst gestand te doen. In dat geval verklaart de curator binnen de gestelde redelijke termijn dat hij de overeenkomst zal nakomen. In dat geval is de curator verplicht om voor de nakoming zekerheid te stellen. Maar wat vaker gebeurd, is (gelet op het beperkte belang van de curator bij de nakoming van een

overeenkomst en het gebrek aan (financiële) middelen om de overeenkomst na te kunnen komen) dat hij de overeenkomst niet gestand doet. In dat geval verliest de curator het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. In dat geval kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden en/of aanspraak maken op (aanvullende of vervangende) schadevergoeding. Deze schadevergoeding is slechts een concurrente vordering die kan worden ingediend in het faillissement. In de praktijk is het vaak zo dat geen uitkering kan plaatsvinden aan de concurrente crediteuren.

Staat de gemeente in het geval van een eventueel faillissement van de C.V. en de B.V. dan echt met lege handen?

Wat de gemeente in geval van een eventueel faillissement kan doen, is zich melden bij de curator van de B.V. voor de overname van het onroerend goed van Veluvine, waarbij de gemeente de curator wijst op het grote maatschappelijk belang bij de verkoop daarvan aan de gemeente. Als norm geldt dat de curator zich primair moet richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar dat hij bij de afwikkeling van een faillissement ook rekening heeft te houden met andere belangen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat curatoren in ieder geval rekening hebben te houden met maatschappelijke belangen, waaronder de belangen van werknemers en werkgelegenheid. Indien een dergelijk faillissement zich onverhoopt voor zou doen, lijkt het dus logisch dat de gemeente zich als gegadigde meldt. Het is daarbij niet zeker dat de gemeente een verkoop van het onroerend goed aan haar kan afdwingen, maar het lijkt wel logisch dat zij een belangrijke gegadigde daarvoor kan zijn en de curator dus ook zal willen onderzoeken of verkoop aan de gemeente mogelijk is.

4. Hoe nu verder?

De mogelijkheden van de gemeente op grond van het vragen van nakoming van de samenwerkingsovereenkomst zijn dus beperkt. Wij zijn bovendien van mening dat de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid (onbehoorlijk bestuur) in dit geval niet eenvoudig behaald wordt.

Tegelijkertijd moet vastgesteld worden dat er in het kader van het beheer van het gebouw, dat mede op basis van de forse gemeentelijke subsidie gesticht is, zaken anders zijn gelopen dan bij aanvang overeenkomstig de overeenkomst is vastgelegd. Dat doet de vraag rijzen naar het handelen van met name het (oud) bestuur van Veluvine. Mogelijk dat het voorkomen van een onderzoek daarnaar enige bereidheid geeft om alsnog tot een oplossing te komen, waarbij de gemeente meer grip krijgt op met name de beschikbaarheid van het pand ten aanzien van de sportzaal en maatschappelijke voorzieningen.

- Zo kan de gemeente de sportzaal huren waarmee zij het zelf in haar macht heeft deze weer ter beschikking te stellen aan Nuborgh en andere maatschappelijke organisaties. Als onderverhuurder kan de gemeente bovendien de huurprijs voor Nuborgh in de hand houden.
- Als de gemeente echter daadwerkelijk een (grote) regierol wenst te voeren, kan zij de optie overwegen om de locatie (geheel dan wel enkel de sportzaal) aan te kopen. Daarvoor is in de samenwerkingsovereenkomst ook wel een grondslag te vinden, aangezien is bepaald dat bij het beëindigen van de samenwerkingsovereenkomst, het gedeelte van Veluvine verkocht moet worden. De aankoop zou wat ons betreft dan wel dienen plaats te vinden

tegen een prijs waarin onder meer splitsingskosten en onderhoudstekorten worden verdisconteerd.

- Gelet op de onzekere positie van de gemeente bij een faillissement van de C.V./B.V., zien wij bij een faillissement niet direct een sterkere positie voor de gemeente, bijvoorbeeld ten aanzien van aankoop van Veluvine. Indien de gemeente tot aankoop over wenst te gaan, kan zij dat beter buiten faillissement bewerkstelligen.

Legenda toegepaste uitzonderingsgrondslagen

In dit document zijn gegevens definitief geanonimiseerd op grond van:

Wet	Artikel	Omschrijving	Pagina's
Wet open overheid	Art. 5.1 lid 2 sub e	De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	1