

Nederlands Arbitrage Instituut
Zaaknummer 4292

Vervolg Preadvies op eerste Preadvies van 5 december 2014, beide uitgebracht door mr. E.H. Swaab, in de bindend advies procedure tussen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **de Gemeente Leusden**,
gevestigd te Leusden

tegen

de Stichting **de Woningstichting Leusden**,
gevestigd te Leusden.

Het preadvies van 5 december 2014 wordt hier als herhaald en ingelast beschouwd; bindend adviseur zet de in dat preadvies gehanteerde nummering hieronder voort.

5. Verloop procedure na 5 december 2014

Beide partijen hebben ieder op 19 december 2014 bij bindend adviseur, per e-mail, hun in punt 4 gevraagde nadere memorie ingediend.

De gemeente met 4 bijlagen genummerd 3 (brief dd. 22 maart 2011), 4 (interne analyse Antares), 5.1. en 5.2 (turnkey koopovereenkomst dd. 2 december 2014 en collegebesluit dd. 2 december 2014; hierna: de TOK). WSL met 8 bijlagen genummerd 1 (besprekingsverslag dd. 12 februari 2009), 2 (memo dd. 19 februari 2012), 3 (memo dd. 28 oktober 2013), 4 (overzicht oude plankosten Atria), 5 (e-mail dd. 9 september 2013), 6 (memo dd. 4 maart 2014), 7 (overzicht oude plankosten Atlas), 8 (memo dd. 21 september 2014).

6. De antwoorden op de door bindend adviseur in 3.2, 3.3 en 3.4 gestelde vragen

- 6.1. De namen van de MFC's : Antares is gelijk aan Tabaksteeg, Atria is gelijk aan Biezenkamp en Atlas aan Alandsbeek. Bindend adviseur hanteert hierna alleen nog de namen Antares, Atria en Atlas, behalve in citaten.
- 6.2. Het in de overeenkomst tot bindend advies genoemde bedrag afgerond ca. € 1,3 miljoen betreft het naar boven afgeronde bedrag van € 1.262.000,-- terug te vinden in Kasstroomoverzicht 21 blz. 3 onder het kopje "incidenteel". Het bedrag is samengesteld uit € 700.000,-- met de vermelding "herontwikkeling oude locaties" en € 562.000,-- met de vermelding "inbreng grondexploitatie Tabaksteeg".

- 6.3. Over de hoogte van het jaarlijks exploitatie tekort van Antares zijn partijen verdeeld.
De gemeente verwijst voor het antwoord op deze vraag naar Kasstroomoverzicht 21 (2013: € 78.000,-) terwijl WSL de vraag beantwoordt met het noemen van een feitelijk jaarlijks tekort van ca. € 500.000,- per jaar en een te verwachten tekort voor 2014 van ca. € 364.000,-.
Aan deze verdeeldheid liggen o.a. ten grondslag de status van het kasstroomoverzicht (WSL: alleen definitief m.b.t. de stichtingskosten van Antares en niet m.b.t. de lasten en opbrengsten van de exploitatie van Antares, de gemeente: zowel definitief m.b.t. de stichtingskosten Antares als m.b.t. de lasten en opbrengsten van Antares).
- 6.4. WSL zet de exploitatie van Antares ook na de ontvlechting voort.
- 6.5. Atria gaat wel ontwikkeld worden echter door de gemeente; WSL heeft zich uit zowel de realisatie als de exploitatie teruggetrokken, de gemeente heeft daarmee ingestemd en dientengevolge speelt WSL noch bij de realisatie noch bij de exploitatie nog enige rol.
De bouw van Atlas is op 11 december 2014 gestart. Partijen hebben t.a.v. Atlas een turnkey koopovereenkomst (de TOK) gesloten die er, voor zover ten deze van belang, op neer komt dat de realisatie van Atlas voor rekening en risico van WSL geschiedt en de exploitatie voor rekening van de gemeente en/of een door haar aan te wijzen derde.
- 6.6. Door beide partijen zijn zowel t.a.v. Atria als t.a.v. Atlas investeringen gedaan. Voor het onderhavige bindend advies is slechts van belang dat in artikel 4.4 van de TOK is opgenomen dat tussen partijen nadere afspraken over een gedeelte van € 806.000,- inclusief BTW van de door de gemeente te betalen koopsom (de door WSL voor Atlas gemaakte voorbereidingskosten) zullen worden gemaakt nadat zij kennis hebben genomen van het bindend advies van bindend adviseur.

7. Vervolg preadvies van bindend adviseur

- 7.1. Blijkens artikel 7 projectovereenkomst zouden partijen gedurende de exploitatieperiode van de MFC's streven naar een kostendekkende en sluitende exploitatie daarvan.
- 7.2. Partijen hebben (artikel 4 projectovereenkomst) voor alle 3 de MFC's een kasstroomoverzicht vastgesteld dat voorziet in een kostendekkende en sluitende exploitatie daarvan. Voor iedere MFC bestaat het kasstroomoverzicht uit een liquiditeitsprognose, een overzicht van de gehanteerde uitgangspunten en een overzicht van geprognostiseerde huren. Voor de 3 MFC's gezamenlijk maken voorts nog een overzicht van geprognostiseerde leegstand en een overzicht kosten en opbrengsten per vierkante meter deel van het kasstroomoverzicht deel uit.

- 7.3. Artikel 4.3 projectovereenkomst luidt
“Het Kasstroomoverzicht is definitief voor wat betreft de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van Antares. Het Kasstroomoverzicht is taakstellend voor wat betreft de ontwikkeling, realisatie en exploitatie MFC Biezenkamp en MFC Alandsbeek.”
- 7.4. Blijkens de considerans van de projectovereenkomst (2^{de} alinea op blz. 1 en 2^{de} alinea op blz.2) behelst de projectovereenkomst en daarmee het bijbehorende kasstroomoverzicht *“randvoorwaarden en uitgangspunten voor een kostendekkende exploitatieopzet”*.
- 7.5. Bindend adviseur leest het verschil tussen het kasstroomoverzicht voor Antares (“definitief”) en dat voor Atlas en Atria (“taakstellend”) aldus dat op het moment van aangaan van de projectovereenkomst wel de randvoorwaarden en uitgangspunten voor de stichtingskosten Antares bekend waren maar nog niet voor Atlas en Atria (zie ook de artt. 4.5 en 4.6 projectovereenkomst).
Het woord “definitief” kan in redelijkheid niet zodanig worden gelezen dat WSL voor de komende 50 jaar verplicht was te exploiteren conform de in het kasstroomoverzicht opgevoerde exploitatiebedragen. Dit niet gezien het hierboven in 7.4. aangehaalde citaat maar ook niet gezien de in artikel 7.6 projectovereenkomst overeengekomen evaluatie en eventuele aanpassingen na 10 jaar en de onmogelijkheid om baten en lasten vast te stellen voor een periode van 50 jaar (zie ook de aan het verzoek om bindend advies gehechte “concept opdracht review commissie” van 15 juli 2008 met name blz. 1 en 2).
- 7.6. Dat Antares WSL een, van het kasstroomoverzicht afwijkend, negatief exploitatie resultaat oplevert doet voor het beantwoorden van de door partijen aan bindend adviseur gestelde vraag niet ter zake en zal tussen partijen pas bij de evaluatie na 10 jaar een rol kunnen spelen (tenzij partijen voordien reeds andersluidende afspraken maken).
- 7.7. Het bedrag waarover bindend adviseur een (pre)advies dient te geven staat vermeld op het bij het kasstroomoverzicht Antares behorende overzicht gehanteerde uitgangspunten. Waar voor ieder der MFC's (zie hierboven 7.2.) een eigen overzicht gehanteerde uitgangspunten is opgesteld en daarin voor iedere MFC andere “incidentele” posten zijn opgevoerd dienen de posten € 700.000,- en € 562.000,- die door de gemeente aan WSL ten behoeve van Antares zijn gestort naar het voorlopig oordeel van bindend adviseur, anders dan de gemeente in haar memorie van 19 december 2014 op blz. 1 stelt, niet te worden beschouwd als bijdrage van de gemeente aan een kostendekkende exploitatie van de 3 MFC's gezamenlijk maar alleen als een bijdrage van de gemeente in de kostendekkende exploitatie van Antares.

Nu WSL de exploitatie van Antares conform overeenkomst(en) voortzet valt niet in te zien waarom WSL (een gedeelte van) deze € 1.262.000,-- aan de gemeente dient (terug) te storten als bijdrage in de exploitatie van Atria en Atlas waaromtrent partijen inmiddels van de oorspronkelijke overeenkomsten afwijkende afspraken hebben gemaakt.

Preadvies bindend adviseur

Het preadvies m.b.t. de door partijen in het verzoek om bindend advies aan bindend adviseur gestelde vraag (zoals hierboven in 3.1. geciteerd) luidt dat bindend adviseur vooralsnog van mening is dat er geen aanleiding is om te bepalen dat WSL de door haar van de gemeente ontvangen incidentele bijdrage van ca. € 1,3 mln beschikbaar dient te stellen als bijdrage in de exploitatie van Atlas en Atria. Conform de overeengekomen procesorde kunnen partijen ieder in een nadere memorie uiteenzetten op welke gronden zij zich wel/niet kunnen verenigen met dit voorlopig advies en zal vervolgens op 16 maart een mondelinge behandeling ten deze plaatsvinden waarna bindend adviseur een definitief bindend advies aan partijen zal doen toekomen.

Leusden, 15 januari 2015



Bindend adviseur

Els H. Swaab