

---

## Ontwikkelen en marktwerking



30 April 2007

Thesis  
MSRE Ontwikkeling  
Amsterdam School of Real Estate.

Auteur: mr D.C. Holties

---

## **Synopsis:**

*Het profijtelijk mogen ontwikkelen op overheidsgrond vormt een economische transactie die als een 'ontwikkelrecht' kan worden betiteld. Een ontwikkelrecht bestaat uit een door een grondtransactie van een overheid verkregen exclusieve mogelijkheid (rechten en plichten) tot vastgoedproject-ontwikkeling. Het gunnen van een ontwikkelrecht geldt thans als zijnde een uitgifte van grond met een bouwplicht, welke niet via georganiseerde mededinging hoeft te worden vergeven.*

*In die huidige praktijk van het kiezen van en gunnen van een ontwikkelrecht aan een ontwikkelaar passeert en benadeelt een overheid vaak andere potentieel geïnteresseerden, en daarmee ook zichzelf. Andere mogelijke geïnteresseerden krijgen vaak weinig of geen gelegenheid een om aanbod uitbrengen op de bouwgrond en de wensen van de grond overdragende overheid.*

*Deze thesis toetst en bewijst de hypothese die luidt dat het praktijk is dat er ontwikkelrechten op overheidsgrond zonder effectieve mededinging worden gegund. Dit is strijdig met de altijd geldende rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en rechtszekerheid en daarmee onrechtmatig. Deze situatie staat dan ook in de weg aan de gewenste vrije interne communautaire markt. Onnodig onthoudt een overheid zich van het creëren van een keuzemogelijkheid en daarmee van betere projectuitkomsten. Eenvoudige mogelijkheden om mededinging te bevorderen worden vaak niet benut.*

*Onderzochte casuïstiek alsmede een enquête-onderzoek tonen aan dat ontwikkelrechten zonder georganiseerde mededinging onderhands worden gegund aan projectontwikkelaars waaronder corporaties.*

*Mededinging bij het gunnen van ontwikkelrechten wordt wellicht verplicht in de toekomst.. Het gunnen van een ontwikkelrecht wordt mogelijk in bepaalde gevallen aangemerkt als overheidsopdracht en niet meer alleen als grondoverdracht ten behoeve van bebouwing, waarmee direct van een aanbestedings-plicht sprake wordt.*

*Sinds het Scala-arrest van het Hof van Justitie uit 2001 dienen opstallen met publieke functie te worden aanbesteed, en wel ongeacht of de opstal voor rekening en risico van een private partij werden ontwikkeld, én ongeacht of een overheid de beschikking krijgt over de opstal. De actuele vraag is of de Europese Commissie na de ingebrekestelling inzake 'Vathorst' vast zal houden aan haar standpunt dat ontwikkelrechten inzake de realisering van opstallen in veel situaties moeten worden aanbesteed, omdat ze onder de noemer 'overheidsopdracht' zouden vallen. Niet alleen opdrachten tot bouw- en woonrijpmaken zijn wat haar betreft aanbestedingsplichtig, maar ook private ontwikkelingen van de opstallen, waaronder woningen, winkels en kantoren.*

*Het in Nederland geldende zelfrealisatiebeginsel en het daaruit voortkomende bouwclaim-model komen met reden onder druk te staan.*

## **Voorwoord**

Deze thesis vormt het slot van de tweejarige opleiding *Master in the Science of Real Estate* aan de Amsterdam School of Real Estate (Universiteit van Amsterdam, Faculteit Economie). Waar ik het profiel '*Ontwikkeling*' volg. De opleiding bestaat verder uit de drie deelopleidingen *Investeringsanalyse*, *Ontwikkeling* en *Marktanalyse*. Het onderzoek werd uitgevoerd in 2006. De afronding vond plaats in april 2007

David C. Holties

## Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1</b>	<b>Introductie.....</b>	<b>1</b>
1.1	Aanleiding.....	1
1.2	Doel en probleemsituatie.....	1
1.2.1	Doel .....	1
1.2.2	Probleemsituatie .....	1
1.3	Centrale vraagstelling.....	2
1.4	Plan van aanpak.....	2
1.5	Leeswijzer .....	2
<b>Hoofdstuk 2</b>	<b>Geldend recht en theorie bij ontwikkelrechten.....</b>	<b>4</b>
2.1	Inleiding en definitie .....	4
2.2	Mededingingsrecht .....	7
2.2.1	Introductie: Europese dimensie.....	7
2.2.2	Eerlijk speelveld .....	7
2.2.3	Wetgeving van het mededingingsrecht .....	8
2.2.4	Aanbesteden ontwikkelrechten? De theorie.....	10
2.2.5	Aanbesteden? De praktijk .....	13
2.3	Eigendomsrecht: <i>grondeigendom</i> .....	15
2.3.1	Inleiding.....	15
2.3.2	Grondbezit: een vermogensrecht ex art. 3:6 Burgerlijk wetboek.....	15
2.3.3	Het zelfrealisatierecht .....	16
2.4	Ruimtelijke Ordening .....	18
2.5	Verdieping: Aanbestedingsrecht / staatssteunrecht en ontwikkelrechten .....	19
2.5.1	Inleiding.....	19
2.5.2	Aanbestedingsrecht: de grondtransactie zelf .....	20
2.5.3	Aanbestedingsrecht: subsidie bij grondtransactie .....	20
2.5.4	Corporaties en subsidie .....	21
2.5.5	Staatssteunrecht .....	21
2.6	Conclusies hoofdstuk 2 .....	26
<b>Hoofdstuk 3</b>	<b>Ontwikkelmodellen, PPS / de zaak Vathorst .....</b>	<b>27</b>
3.1	Vijf modellen bij projectontwikkeling.....	27
3.2	PPS (publiek/private samenwerking).....	29
3.2.1	Wat is een PPS?.....	29
3.2.2	PPS en aanbesteding .....	30
3.2.4	Een voorbeeld ten positieve: Harderwijk.....	31
3.3	De zaak 'Vathorst': ingebrekestelling door de Europese Commissie.....	33
3.4	Conclusies bij hoofdstuk 3.....	37
<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>Ontwikkelingsrechten: Casuïstiek .....</b>	<b>38</b>
4.1	Inleiding .....	38
4.2	Acquisitie .....	38
4.3	Toetsing van de hypothese .....	40
4.3.1	Enquête.....	40
4.3.2	Onderzochte projecten.....	42
4.3.3	Conclusies bij paragraaf 4.3 Toetsing hypothese .....	48
<b>Hoofdstuk 5</b>	<b>Volkshuisvesting en behoudzucht .....</b>	<b>50</b>
5.1.	Inleiding .....	50
5.2	Volkshuisvesting.....	50
5.3	Corporaties en marktwerking.....	52
5.4	De huidige gunstige voorwaarden voor corporaties.....	54
5.5	Behoudzucht.....	55
5.6	Conclusie hoofdstuk 5 .....	56
<b>Hoofdstuk 6</b>	<b>Resultaten, oplossingsrichtingen en aanbevelingen.....</b>	<b>57</b>
6.1	Inleiding .....	57
6.2	Resultaten .....	57
6.3	Aanbevelingen.....	61
<b>Hoofdstuk 7</b>	<b>Conclusies .....</b>	<b>62</b>
	Bronnen en literatuur .....	64
	Jurisprudentie .....	65
	Bijlage 1 Enquêtebrief met toelichting en invulformulier .....	66
	Bijlage 2 (Vertrouwelijk) .....	68

# Hoofdstuk 1      Introductie

## 1.1      Aanleiding

De feitelijke *uitvoering* van de bouwwerken (opdrachten, geldstromen) is in de Parlementaire Enquête Bouwfraude (2002) aan de orde geweest. In deze markt bleken, zoals bekend, ongewenste prijsafspraken, manipulatie bij aanbestedingen en overige afstemmingen tussen marktpartijen te bestaan. Hiermee werd de markt verstoord en vaak werd in betreffende gevallen de overheid benadeeld. Het proces van zuiver aanbesteden bleek welbewust te worden gefrustreerd, waardoor de overheid niet steeds de hoogste prijs/kwaliteit kreeg voor de (publieke) gelden die het spendeerde. Het accent bij de Parlementaire Enquête lag vooral bij de realiseringsfase van het vastgoedontwikkelp proces, oftewel de (onder-) aannemerij.

Deze thesis gaat niet over mededinging bij *uitvoeringswerken* met publiek geld, maar over mededinging bij het verkrijgen van rechten om vastgoed te mogen *ontwikkelen*.

Ik behandel de wijze waarop de overheid in haar hoedanigheid van grondeigenaar ontwikkelrechten aan vastgoedontwikkelaars doet toekomen. In het verlengde hiervan bespreek ik de wijze waarop een projectontwikkelaar zijn acquisitie realiseert.

Een ontwikkelrecht omschrijf ik als een bij overeenkomst verkregen exclusieve aanspraak op overheidsgrond met toestemming tot bouwen. Deze aanspraak wordt bekrachtigd met een eigendomsoverdracht van grond (of zakelijk recht van erfpacht). Het leidt tot realisering van door de overheid gewenste ruimtelijke en functionele ontwikkeling.

Het ontwikkelrecht bestaat dus uit een exclusief complex aan verbintenisrechtelijke rechten en plichten tussen een ontwikkelende partij en een overheid, dat bekrachtigd wordt door een eigendomsoverdracht of een vestiging van een beperkt zakelijk recht, dan wel door alleen het aangaan van een ontwikkelovereenkomst (definitie in 2.1). Deze juridische bezitsverschaffing door een overheid aan een private organisatie wordt vaak eenvoudig 'gronduitgifte' genoemd maar is dus een transactie, een juridische overdracht van een zakelijk recht.

Het is naar mijn mening voor de vastgoedsector (overheid én ontwikkelaars) van belang om een beeld te krijgen van de huidige praktijk van gronduitgiftes en de wijze waarop deze zich verhoudt tot het nationale en internationale recht. Deze scriptie onderzoekt de hypothese dat de huidige praktijk van gunning van ontwikkelrechten en gronduitgifte meer op pragmatische principes is gebaseerd en minder overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht en het principe van de vrije markt geschiedt.

Voor het voortbestaan van een vastgoedontwikkelaar zijn ontwikkelrechten essentieel. Het verschaft vooruitzichten op omzet en continuïteit van de onderneming. Dit ontwikkelrecht moet, naar mijn oordeel, in een open economie voor vastgoedondernemers object van concurrentie zijn, maar dit is in de praktijk lang niet altijd het geval.

Idealiter dient de besteding van publieke middelen door een overheid doelmatig en rechtmatig te verlopen. Als voorbeeld noem ik het terugverdienen van een publieke ruimtelijke investering (in

geld of in kwaliteit) door middel van een grondtransactie aan een ontwikkelaar. Door het gunnen van een ontwikkelrecht (grondoverdracht met ontwikkelplicht), na een voorafgaande selectie, aan die ontwikkelaar die de hoogste prijs/kwaliteit levert, bereikt een overheid in ieder geval een weloverwogen en transparante besteding van publieke middelen.

In de praktijk echter neigt de overheid op het niveau van projectontwikkeling naar het vermijden van marktwerking. Vooral in de stedelijke vernieuwingsprojecten van middelgrote of kleine schaal lijkt een mechanisme te bestaan die het organiseren van mededinging in de weg staat, zelfs in die gevallen waarbij de omstandigheden zich goed lenen voor het organiseren van mededinging. Bij het verschaffen van ontwikkelrechten vindt derhalve regelmatig weinig of geen echte concurrentie plaats. Dat geldt zelfs voor gemeenten met een actieve grondpolitiek en met een monopolie op de grond zoals de gemeente Amsterdam. Uitzonderingen vormen wellicht de grote publiek/private samenwerkingsprojecten.

In deze thesis komen de motieven voor- en tegen aan de orde om ontwikkelrechten om redenen van doelmatigheid en rechtmatigheid na een voorafgaande transparante meervoudige selectieprocedure te gunnen aan de partij met het beste plan voor de locatie (hoogste prijs/kwaliteit verhouding). Het voortouw hiertoe zal echter door de overheid genomen moeten worden. Ontwikkende partijen voelen zich als een vis in het water in de huidige vaak niet-transparante praktijk van gronduitgiftes. Corporaties noemen het organiseren van mededinging bij het uitgeven van ontwikkelrechten zelfs een “volstrekt achterhaalde werkwijze”<sup>1</sup>.

## **1.2 Doel en probleemsituatie**

### **1.2.1 Doel**

Het doel van deze thesis is om de processen rond het ontstaan en toedelen van ontwikkelrechten te duiden.

### **1.2.2 Probleemsituatie**

Hypothese:

Het is praktijk dat ontwikkelrechten op overheidsgrond zonder effectieve mededinging worden gegund. Dit is strijdig met de altijd geldende rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en rechtszekerheid en daarmee is deze praktijk onrechtmatig. Deze situatie staat in de weg aan de gewenste vrije interne communautaire markt en valt relatief eenvoudig te voorkomen.

De huidige praktijk is ook bestuurlijk onwenselijk omdat een overheid een grotere prijs/kwaliteit bij ontwikkelprojecten zou kunnen halen en ook zelf hoe dan ook transparant en non-discriminatoire moet (willen) zijn. Verder is de praktijk riskant omdat benadeelden zich kunnen gaan beklagen bij de Europese Commissie. Tevens kan Brussel zelf in actie komen.

De Rijksoverheid heeft in 2001<sup>2</sup> onderkend zelf de bestaande mechanismen rond het vergeven van ontwikkelrechten onvolledig in beeld te hebben. Wel was haar duidelijk dat grondposities bij particulieren en het recht op zelfrealisatie bij veel ontwikkellocaties mededinging in de weg staat. Dat was een belangrijk en vergaand inzicht. Het impliceert immers dat waar er geen private grondposities zijn, niets het organiseren van echte mededinging in de weg staat.

---

<sup>1</sup> NEPROM, Nederlandse vereniging van projectontwikkelaars, persbericht d.d. 20 september 2005, [www.neprom.nl](http://www.neprom.nl).

<sup>2</sup> Nota Grondbeleid, Ministerie van V.R.O.M., januari 2001.

De Rijksoverheid werd in 2005 geconfronteerd met de onduidelijkheden die de markt voor ontwikkelrechten kent. Zij werd in gebreke gesteld door de Europese Commissie (E.C.) omdat een gemeente bij het creëren van ontwikkelrechten (PPS) inbreuk zou hebben gemaakt op Europese regelgeving. Deze kwestie staat bekend als de 'Vathorst'-zaak. In paragraaf 3.3 wordt hier verder op ingegaan.

Het zou logisch en in ieder geval nuttig zijn indien in de toekomst nieuwe regelgeving komt die, indien de omstandigheden zich daartoe zouden lenen, het actief organiseren van mededinging bij het vergeven van ontwikkelrechten door grondtransacties (selectie) zou verplichten.

### **1.3 Centrale vraagstelling**

De centrale vraagstelling die in de navolgende hoofdstukken wordt behandeld, luidt als volgt:

*Hoe verhoudt de praktijk van het gunnen van een ontwikkelrecht door de lokale overheid zich met de beginselen van het mededingingsrecht en de principes van de vrije markt?*

### **1.4 Plan van aanpak**

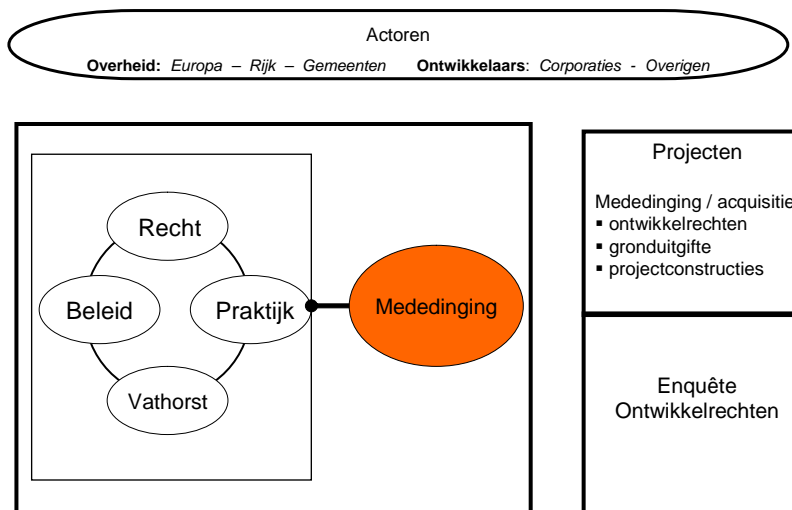
- (a) Het fenomeen ontwikkelrecht wordt allereerst verklaard.
- (b) Verder wordt een kritische beschouwing geleverd over recht en praktijk met betrekking tot het ontstaan van een 'ontwikkelrecht'.
- (c) De basisanalyse behandelt de relevante theoretische problematiek met betrekking tot het fenomeen 'ontwikkelrechten' in relatie tot mededinging. Verleden en heden bij de wijzen van verkrijgen van ontwikkelmogelijkheden door de marktsector zullen worden geanalyseerd en getoetst aan het recht. Vooral woningbouwprojecten worden uitgelicht. Imperfecties van het huidige stelsel van projectontwikkeling worden gesignaleerd en oplossingsrichtingen worden aangegeven. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de thema's recht, praktijk en beleid.

De betekenis van de recente ingebrekestelling van de Nederlandse Staat door de Europese Commissie in de kwestie Vathorst voor de markt voor ontwikkelrechten wordt daar ruimschoots bij betrokken.

- (d) Mede aan de hand van bestaande *casuïstiek* en een *enquête-onderzoek* zal de hypothese getoetst en de centrale vraagstelling beantwoord worden.
- (e) Aansluitend wordt de bijzondere positie van de corporaties op de markt voor ontwikkelrechten geanalyseerd en van commentaar voorzien. Mogelijkheden tot verandering worden behandeld.

### **1.5 Leeswijzer**

In het vervolg wordt onderstaand schema een aantal malen herhaald met telkens het onderwerp uitgelicht waar het betreffende deel in het bijzonder over gaat.



Hoofdstuk 2 behandelt een theoretische analyse over 'Geldend recht en achtergronden bij ontwikkelrechten'. In hoofdstuk 3 worden achtereenvolgens vijf modellen voor projectontwikkeling behandeld. Daarna wordt aandacht geschonken aan Publiek-Private-samenwerkingsprojecten (PPS) en de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in de zaak 'Vathorst'.

Hoofdstuk 3 behandelt achtereenvolgens: 5 modellen voor projectontwikkeling, publiek/private samenwerking, en de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in de zaak 'Vathorst'.

In Hoofdstuk 4 *Praktijk en beleid: ontstaan van ontstaan van ontwikkelrechten op overheidsgrond* wordt de problematiek van de centrale vraagstelling zichtbaar gemaakt door middel van analyse de praktijk van gunning van ontwikkelrechten en vaste beleid daarbij. In deze paragraaf wordt een voor deze thesis gehouden enquête onder gemeenten behandeld.

Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 een vijftal bestaande casusposities behandeld die een gemeentelijke praktijk illustreren, maar waaruit ook nieuwe mogelijkheden worden gedestilleerd. Naar de mate van relevantie voor een betreffende casus wordt korter of langer bij de centrale vraagstelling stilgestaan.

In Hoofdstuk 5 *Volkshuisvesting en behoudzucht* wordt de hypothese nader getoetst en de centrale vraagstelling verder beantwoord door behandeling van de bijzondere positie van de corporaties op de markt voor ontwikkelrechten.

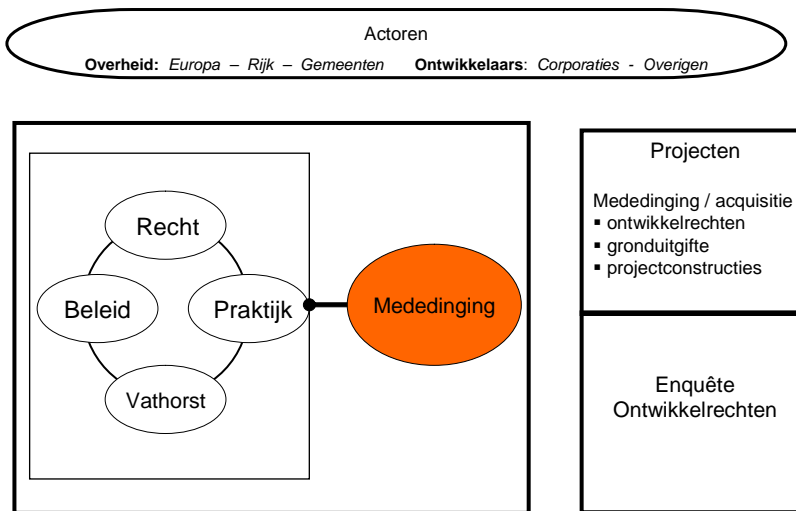
In Hoofdstuk 6 *Resultaten, oplossingsrichtingen en aanbevelingen* wordt de balans opgemaakt.

In Hoofdstuk 7 *Conclusies* worden objectieve conclusies getrokken met kort de gronden die tot de conclusies hebben geleid

---



## Hoofdstuk 2 Geldend recht en theorie bij ontwikkelrechten



### 2.1 Inleiding en definitie

In dit hoofdstuk volgt een theoretische basisanalyse over mededinging in relatie tot ontwikkelrechten zoals aldaar gedefinieerd. Achtergronden bij het vergeven van ontwikkelrechten komen uitgebreid aan de orde. Het mededingingsrecht wordt behandeld, alsmede aanverwante rechtsgebieden als staatssteunrecht, aanbestedingsrecht en eigendomsrecht.

Leeswijzer hoofdstuk 2:

In paragraaf 2.1 *Inleiding en definitie* wordt 'ontwikkelrecht' als fenomeen gedefinieerd, verklaard en gerelateerd aan het beginsel van vrije marktwerking. In paragraaf 2.2 *Mededingingsrecht* wordt met betrekking tot de centrale vraagstelling het nu geldende mededingingsrecht behandeld en de ontwikkelingen die daarin denkbaar zijn.

Paragraaf 2.3 behandelt het *Eigendomsrecht*, paragraaf 2.4 het *Ruimtelijk ordeningsrecht (R.O.)*, en paragraaf 2.5 het *Aanbestedingsrecht / staatssteunrecht*.

Het begrip 'ontwikkelrecht' komt noch in het Burgerlijk Wetboek (BW) noch in het woordenboek der Nederlandse taal voor. Niettemin wordt het veel gebezigd in de vastgoedsector. Niet voor ieder is geheel duidelijk wat sprekers en schrijvers daarmee bedoelen en of ze hetzelfde bedoelen, wat weinig bevorderlijk is voor werk en kennisoverdracht.

Aangezien in het woord 'ontwikkelrecht' het woord 'recht' voorkomt en rechten bij wet en jurisprudentie geregeld worden, roept het begrip vragen op. Is wel sprake van een concreet aanwijsbaar recht? Nee, anders zou de wetgever het hebben geregeld. Een 'ontwikkelrecht' kan ook niet worden gekwalificeerd als een vermogensrecht, zoals dat wordt geformuleerd in het

Burgerlijk Wetboek. Een ontwikkelrecht is dus geen recht dat door de wetgever is geregeld. Een ontwikkelrecht is geen 'bouwrecht'. Een 'bouwrecht' betreft het beschikken over een vereiste onherroepelijke bouwvergunning om tot uitvoering van een vastgoedproject over te gaan: het bouwen zelf. Een bouwrecht is een wettelijk, publiekrechtelijk recht om uit te voeren conform een overheidsbeschikking op basis van de Woningwet.

Een ontwikkelrecht is van privaatrechtelijke aard. Het privaatrechtelijke bevat twee elementen.

(1) Het bestaat uit overeengekomen rechten en verplichtingen op basis van het verbintenissenrecht. Het recht om bij afspraak bijvoorbeeld honderd woningen te mogen ontwikkelen gaat doorgaans ook gepaard met een plicht om dat te doen, alsook een plicht om daartoe grond juridisch af te nemen, daarvoor te betalen en bijvoorbeeld plichten om een milieuprobleem op te lossen, infrastructuur aan te leggen en openbare ruimte in te richten. Dat zijn bij de rechter afdwingbare contractuele afspraken.

(2) Het ontwikkelrecht krijgt daarnaast ook zakenrechtelijk vorm. Op basis van de afspraken volgt een grondtransactie van overheid naar particulier (vol eigendom of recht van erfpacht).

Wat zou een passende omschrijving van een 'ontwikkelrecht' kunnen zijn?

Definitie:

*Een ontwikkelrecht laat zich omschrijven als een door een particuliere organisatie van een overheid bij overeenkomst verkregen exclusieve aanspraak op overheidsgrond met ontwikkelmogelijkheden. Deze aanspraak wordt bekrachtigd met een eigendomsoverdracht van grond of vestiging van een beperkt zakelijk recht op het bloot eigendom. Het ontwikkelrecht bestaat uit een exclusief complex aan verbintenisrechtelijke rechten en plichten tussen een ontwikkelende partij en een overheid, waarbij door die overheid grondbezit wordt overgedragen, en waarbij de ontwikkelaar uitzicht verkrijgt op benodigde vergunningen en op het gewenste planologische kader (wet Ruimtelijke Ordening). Het leidt tot realisering van door de overheid gewenste ruimtelijke en functionele ontwikkeling.*

Verklaring: In deze thesis wordt steeds hetzelfde overheidshandelen bedoeld als wordt gesproken van 'gunnen van een ontwikkelrecht', 'grondtransactie', 'gronduitgifte'.

Een gerechtigde tot een ontwikkelrecht heeft in juridische zin dus mogelijkheden verworven om een feitelijke bestemming te realiseren en daartoe te investeren en een rendement te behalen. Het ontwikkelrecht wordt gevormd door toestemmingen van een overheid in civielrechtelijke en publiekrechtelijke zin om onder voorwaarden bestemmingen te wijzigen en datgene te realiseren wat overheid en gerechtigde zich voorstellen dat gewenst is. Zowel een ondernemer als een particulier kan het subject zijn.

Met een projectontwikkelingsovereenkomst tussen overheid en ontwikkelaar is meestal publiek geld gemoeid, soms direct met een financiële bijdrage, soms in indirecte zin. Doorgaans ontwikkelt de private partij opstellen en draagt daarvoor het risico, en ontwikkelt de overheid op risico alleen de grond tot bouwrijpe grond (verwerving, sanering, bouwrijp prepareren). Bijna altijd worden bij gebieds- of vastgoedontwikkeling dus ook publieke middelen geïnvesteerd: in het proces voorafgaande aan de bouwrijpe levering van de grond en in de aanleg van openbare ruimte en infrastructuur.

*Actief en passief grondbeleid.*

Er bestaat onderscheid tussen overheden die een 'passief grondbeleid' voeren en overheden die een 'actief grondbeleid' voeren. Overheden die een actief grondbeleid voeren sturen de inrichting van de ruimtelijke ordening onder andere met het verwerven van grond. Hierdoor heeft die

overheid invloed op de bestemming en de opstal van de grond. Meestal verwerft de overheid de grond met het doel er een vooraf bepaald stedenbouwkundig programma van eisen realiseren. Dit doel wil zij bereiken door een contractuele verbintenis met grondoverdracht met een partij aan te gaan. Daartoe verwerft de overheid vaak eerst zelf actief grond en voegt waarde toe door het op eigen risico bouwrijp te maken. Naast het willen realiseren van (1) ruimtelijke en functionele wensen, heeft een overheid die actief grondbeleid voert het doel om (2) geld te verdienen met de overdracht van bouwrijp gemaakte kavels.

Overheden die een passief grondbeleid voeren, meestal gemeenten, sturen de ruimtelijke ordening en haar grondpolitiek alleen door middel van het opstellen van bestemmingsplannen (wet op de Ruimtelijke Ordening). Een gemeente met een passief grondbeleid verwerft dus geen eigen gronden.

Een overheid die een actief grondbeleid voert, moet investeren om de grond te verwerven en bouwrijp te maken. De genomen financiële risico's die zij loopt tot aan de gronduitgifte, dienen dan ook zo veel mogelijk te worden terugverdiend, bij voorkeur met enig (grond-)ontwikkelrendement en zonder dat gaande het proces de stedenbouwkundige en programmatische doelstellingen voor de locatie moeten worden losgelaten.

Overheden die een actief grondbeleid voeren, zouden vanuit de gedachte van de vrije markt en het uitgangspunt van mededinging een eerlijke keuze moeten maken welke partij het ontwikkelrecht en dus de grond mag afnemen. Dit logische en algemene idee van eerlijk overheidshandelen geldt temeer bij actief grondbeleid omdat daarbij de overheid het project vaak tot in detail bepaalt wat betreft de te leveren prestaties door de afnemer van de grond: functies, typen, eenheden, volumes, huurprijsniveaus, voorzieningen bij de opstellen etc. Er worden actief ontwikkelrechten gecreëerd door achtereenvolgens de verwerving en het contractueel vastleggen van stedenbouwkundige en projectvoorwaarden en de grondoverdracht.

Het kiezen voor actief grondbeleid maar nalaten van het toepassen/organiseren van concurrentie, gaat vanuit mededingingsrechtelijke principes niet goed samen. Vrije mededinging krijgt dan geen ruimte. Het verdienen door een gemeente van geld met actief grondbeleid dient daartegen te worden afgewogen. Een gemeente met passief grondbeleid die haar ruimtelijke/functionele behoeften ook wel met het bestemmingsplan kan bereiken, en een liberalere vrije markt-houding kiest, heeft daar geen last van.

Marktwerking wordt in algemene zin wenselijk gevonden in het maatschappelijk verkeer en het vormt een uitgangspunt voor en een peiler onder een westerse democratische rechtsstaat.

Er zijn ook argumenten denkbaar tegen meer marktwerking. De corporaties koesteren hun opgebouwde praktijk en samenwerking met lokale overheden: ze hebben niet zozeer belang bij concurrentie, alswel bij voortzetting van de goede historische samenwerking met lokale overheden.

De minister van V.R.O.M. heeft onderzocht<sup>3</sup> of meer concurrentie bijvoorbeeld woningen van hogere *kwaliteit* oplevert. Dat blijkt wel het geval, maar die extra kwaliteit wordt te gering gevonden om concurrentie echt te gaan organiseren en bestaande structuren te veranderen. Aantasting van het zelfrealisatiebeginsel (zie paragraaf 2.3.3) zou inderdaad veel overhoop halen, maar zelfs bij in stand laten ervan is het organiseren van meer concurrentie goed mogelijk. De minister negeert daarbij het principiële punt dat aanbrengen van (meer) marktwerking gezond is voor de sector zelf. Ook negeert de de minister het andere voordeel bij meer concurrentie:

---

<sup>3</sup> persbericht Ministerie van V.R.O.M., 16 juni 2006.

scherpere prijzen<sup>4</sup>. Koudwatervrees en druk van conservatieve krachten spelen wellicht een rol bij het in stand houden van de huidige praktijk.

In het vervolg van deze thesis zullen verleden en heden bij de wijzen van verkrijgen van ontwikkelmogelijkheden door de marktsector worden geanalyseerd en getoetst aan het recht. Vooral woningbouwprojecten worden uitgelicht. Imperfecties in het huidige stelsel van projectontwikkeling worden gesignaleerd en oplossingsrichtingen worden aangegeven.

Mede aan de hand van bestaande casuïstiek zal de spanning worden aangetoond tussen de praktijk van alle dag enerzijds, en de ontwikkeling van het recht anderzijds.

## 2.2 Mededingingsrecht

### 2.2.1 Introductie: Europese dimensie

De rechtsgebieden die betrekking hebben op het onderwerp ontwikkelrechten overlappen elkaar gedeeltelijk. Het mededingingsrecht omvat bijvoorbeeld (gedeeltelijk) het eigendomsrecht, het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht.

Het Nederlands recht wordt voor een groot deel bepaald door verdragen en richtlijnen van de Europese Unie, echter niet alles wordt centraal vanuit Brussel geregeld. Bij ruimtelijke ordening en projectontwikkeling ligt de bevoegdheid primair bij de lidstaat (subsidiariteitsbeginsel). Anders dan bij handel, industrie, financiën en tal van andere sectoren is het zorgdragen voor voldoende passende huisvesting voor de eigen inwoners een aangelegenheid die Europa heeft overgelaten aan de lidstaat zelf. Een vergaande autonomie dus<sup>5</sup>.

De nationale of lokale overheid bepaalt dus geheel zelf in ruimtelijke en economische zin hoe, wat, waar en wanneer gebouwd gaat worden, en hoe zij ruimte (grond) daarvoor inzet: de ruimtelijke ordening. Zij heeft daarbij vele hoedanigheden: regelgever, handhaver, toezichthouder, eigenaar, ontwikkelaar. De autonomie moet echter niet worden overschat. Hoewel er geen Europese regels zijn over specifiek de *ontwikkeling* van bijvoorbeeld woningen, zijn er wel Europese regels die doorwerken op dit terrein. Met name de regels ter instandhouding en bevordering van de *interne markt* zijn van grote invloed: het mededingingsrecht.

### 2.2.2 Eerlijk speelveld

Er bestaat geen gecodificeerde regel die de overheid verplicht om bij het toedelen van een perceel overheidsgrond met ontwikkelrecht aan een private partij mededinging te organiseren. Noch bestaat er een wet die stelt dat een aanbod van grond met ontwikkelrecht aan meer dan één kandidaat kenbaar gemaakt dient te worden. Op de woningmarkt heeft de Nederlandse overheid nooit gepoogd de onduidelijke praktijk van gunnen van ontwikkelrechten met 'wonen'<sup>6</sup> te wijzigen, en heeft zelf aan deze onduidelijke praktijken bijgedragen (doorgaans ten behoeve van corporaties, vergelijk het 'primaat' van de corporaties).

---

<sup>4</sup> Ook andere argumenten overtuigen niet: (1) strijd met EVRM staat niet vast, (2) ook overige wetgeving bevordert weliswaar kwaliteit, maar meer kwaliteit is de moeite waard.

<sup>5</sup> Subsidiariteitsbeginsel: Het beginsel houdt in, dat de Europese Unie bevoegd is op te treden en regels te stellen "indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en vanwege de omvang of gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden verwezenlijkt" (artikel 5 EG-Verdrag).

<sup>6</sup> Zie voor de nadelige effecten van het overheidingrijpen op de woningproductie- en exploitatiemarkt: Raad van Economisch Adviseurs (R.E.A.), *Over goede intenties en de harde wetten van de woningmarkt*, rapport aan Regering d.d. 28 maart 2006, p.5-10.

Een plicht tot het zoeken van de marktwaarde geldt wél indien die overheid de gewone vastgoedmarkt betreedt en een eigen bestaande opstal (gebouw) verkoopt en er dus geen complicerend project aan verbonden is. Als er wel een complicerend vastgoedproject aan een gebouw is verbonden, is de overheid niet verplicht om op dezelfde wijze marktwaarde te zoeken, want wordt geen gebouw 'van de hand gedaan' maar een project / ontwikkelrecht. Het verkopen (uitgeven) van *ontwikkelgrond* krijgt dus een andere juridische behandeling dan als aan een gebouw of perceel grond geen project is verbonden.

In juli 2005 heeft Eurocommissaris N. Kroes in een vertrouwelijke niet gepubliceerde brief aan de minister naar verluidt vragen gesteld over eventuele oneerlijke concurrentie tussen woningcorporaties en 'gewone' projectontwikkelaars.

Volgens het Europees Verdrag (E.V.)<sup>7</sup>, de nationale Mededingingswet en de daarin geïmplementeerde Europese Transparantierichtlijn moet er tussen private partijen onderling en jegens de overheid zoveel mogelijk een 'eerlijk speelveld' (level playing field) worden gecreëerd. Daartoe dienen onvermijdelijk rechtsbeginselen in acht te worden genomen als het gebod van transparantie en het non-discriminatiebeginsel. Ook het bevorderen van mededinging is een voorwaarde.

Het mededingingsrecht omvat verscheidene rechtsgebieden waaronder het aanbestedingsrecht en staatssteunrecht en vormt de juridische uitwerking van de Europese afspraken die sinds de oprichting van de Europese Unie zijn gemaakt over het bevorderen van de interne markt. De kern van de regels bestaat eruit dat alle besluiten, overeenkomsten of feitelijke gedragingen die de interne markt verstoren (mededingingsbeperkend zijn) van rechtswege nietig zijn, uitzonderingen daargelaten (artikel 81, 82, 86, 87 en 88 E.V.). Het belang van de Europese Unie mag niet geschaad worden door een bepaalde ontwikkeling of een bepaald fenomeen binnen het handelsverkeer. Ook overheden zelf zijn aan deze norm onderworpen. Selectieve bevoordeling (staatssteun) van een marktpartij door een overheid is in geval van een commercieel werk dan ook niet toegestaan (art. 87 E.V.).

Het *bevorderen* van mededinging is niet als expliciete norm opgenomen in de nationale Mededingingswet. Die kent expliciete verboden (verbodsstelsel) over concentratievorming van partijen en over prijs- en gedragsafstemmingen door partijen op elkaar, welke vrije mededinging kunnen vervalsen. De plicht om mededinging te *bevorderen* ligt wel besloten in het verbod op overheidshandelen om mededinging te hinderen, zoals in geval van de verboden concurrentie versturende steunmaatregelen (art. 81, 82 en 86 E.V.)

### 2.2.3 Wetgeving van het mededingingsrecht

De Mededingingswet (verder: 'Mw') kent alleen regels voor ondernemingen, maar dus ook voor gemeenten die optreden als 'onderneming'. De Mw volgt het Europese begrip van 'onderneming': "...*elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop ze wordt gefinancierd*"<sup>8</sup>.

Gemeenten realiseren zich onvoldoende dat ook zij als 'onderneming' optreden en met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) te maken kunnen krijgen. De Nederlandse Mededingingswet uit 1998 kent een verbodsstelsel en vormt een afgeleide van het Europese mededingingsrecht (artikelen 81, 82 en 86 E.V.). De Europese regels zien er op toe dat de interne markt tussen de lidstaten niet negatief wordt beïnvloed. Veel sectoren worden gezien als een

---

<sup>7</sup> Oprichtingsverdrag 1957, Rome.

<sup>8</sup> Zie Europees arrest Hof van Justitie, HvJEG, zaak C-41/90, Höfner, Jur.1991.

geheel internationale en dus gemeenschappelijke (communautaire) markt, zo ook de gehele vastgoedsector. Benadeling van de mededinging in die sector wordt dus door het Europese recht beheerst.

*Nationaal/Europees<sup>9</sup>:*

Het Europese recht moet worden toegepast door een nationale mededingingsautoriteit indien een gedraging past in de werkingssfeer van art. 81 lid 1 en 82 E.V.<sup>10</sup>

De corresponderende Nederlandse mededingingsregels zijn gevat in de artikelen 6 en 24 Mw<sup>11</sup>.

Art. 81 E.V. en 6 Mw bevatten verbodsbepalingen ten aanzien van alle *afspraken* en *gedragingen* die de mededinging op de Nederlandse markt beperken.

*Misbruik van machtspositie:*

Art. 82 E.V. en 24 Mw<sup>12</sup> bevatten het verbod op misbruik van een *economische machtspositie*. De 'onderneming' die misbruik maakt van haar *economische machtspositie* kan worden aangepakt via artikel 82 E.V. in geval van een private organisatie, en via artikel 86 E.V. in geval van een publiekrechtelijke rechtspersoon. In artikel 24 Mw is het nationale verbod op misbruik van een economische machtspositie door 'ondernemingen' geregeld. Van een machtspositie kan sprake zijn in geval van een overheid die een monopolie heeft op de grondeigendom en alle bestemmingen en prijzen bepaalt, zoals de gemeente Amsterdam.

Bij het handelen met die grond moet een overheid met zo een positie er dus voor waken dat het benutten van die machtspositie 'misbruik' oplevert.

De NMa hanteert inmiddels als uitgangspunt dat een overheid niet als onderneming handelt, indien het uitvoering geeft aan een overheidsprerogatief (een voorrecht).

Een gemeente handelt niet als onderneming bij huisvuilinzameling, subsidieverstrekking, of bij het houden van toezicht, maar wel bij het verwerken van bedrijfsafval, in hoedanigheid van eigenares van grond (verkoop/erfpachtuitgifte/verhuur), bij contacten met architecten en notarissen en bij afspraken met corporaties/woningbouwverenigingen<sup>13</sup>. De gemeente in hoedanigheid van uitgever in erfpacht / verkoper van grond is herhaaldelijk door de NMa expliciet als handelend als 'onderneming' betiteld.

Bij grondtransacties (= 'gronduitgiftes': verkoop van het absolute recht van vol eigendom of het bijna absolute recht van erfpacht) is doorgaans dus sprake van een overheid die handelt als onderneming. Een overheid die met de transactie een ontwikkelrecht gunt kan dus ook getroffen worden door het principiële verwijt van een belanghebbende derde dat er door een gemeente als

---

<sup>9</sup> Pijnacker Hordijk, Mr E.H., Van der Bend, Mr G.W., Van Nouhuys, Mr J.F., *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Nederlandse en Europese Aanbestedingsrecht*, SDU Den Haag, 2004, p. 556 e.v.

<sup>10</sup> Zie artikel 3 lid 1 van de verordening ( EG) Nr. 1/2003

<sup>11</sup> Art. 6 Mw 1. *Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*

2. *De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtsweg nietig.*

3. *Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten, en onderling afgestemde gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruitvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.*

<sup>12</sup> Art. 24 lid 1 Mw: 'Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie'.

<sup>13</sup> Zie Hessel, Prof.dr. B. en Gerbrandy, Mr A., *Wanneer kunnen gemeenten met het mededingingsrecht te maken krijgen?*, Gemeentestem 2005, 7221, p. 1-11.

'onderneming' misbruik is gemaakt van een machtspositie. De NMa ontvangt hierover steeds vaker klachten<sup>14</sup>.

Om te bepalen of er sprake is van misbruik van macht, dient te worden vastgesteld of de gemeente als *onderneming* handelt doordat sprake is van een *economische activiteit*<sup>15</sup>, dan wel dat er sprake is van handelen als *overheid* omdat het een *overheidsprerogatief* betreft.

Ook één enkele contractsbepaling in een erfpachtovereenkomst kan een overheidsprerogatief betreffen, waardoor de gemeente op dat punt niet handelt als 'onderneming' maar als 'overheid' en op dat punt dus geen sprake is van machtsmisbruik als onderneming. Zo beoordeelde de NMa dat er in een geval van een gemeentelijk contractsartikel waarin bewust lage, niet-marktconforme grondprijzen ten behoeve van een corporatie werden aangeboden, geen sprake was van misbruik van macht ex artikel 24 Mw, omdat, zo redeneerde de NMa, de gemeente bij dergelijke transacties een publieke taak uitoefent (overheidsprerogatief)<sup>16</sup>.

De zaak *Boontje c.s. / NMa*.<sup>17</sup> handelt over een gemeente die, tot ongenoegen van een concurrent, aan twee tennisverenigingen de grond waarop de tennisparken gelegen waren voor NLG 1,- had verkocht. De symbolische vergoeding van 1 gulden voor het ontwikkelrecht /de grondtransactie diende volgens de gemeente gezien te worden als een steunverlening /subsidiëring aan de tennisverenigingen, hetgeen een overheidsprerogatief is. Er was, aldus de gemeente, dan ook geen sprake van een handelen als onderneming, maar als overheid. De Mededingingswet (alleen van toepassing op 'ondernemingen') was volgens de NMa dan ook niet van toepassing. Omdat toetsing aan de Mededingingswet hierdoor niet mogelijk was, kon niet worden bepaald of er sprake was van misbruik van macht. De rechtbank Rotterdam maakte korte metten met deze redenering. Volgens de rechtbank was de NMa veel te makkelijk tot haar conclusie gekomen dat de gemeente handelde als overheidslichaam en niet als onderneming.

De 'staatssteun' (het overdragen van de grond voor 1 gulden) had de vorm van een om-niet verkregen ontwikkelrecht. Indien de redenering van de NMa over machtsmisbruik en toepasselijkheid van de Mededingingswet gevolgd zou worden, zou dus ook het gunnen van het gehele ontwikkelrecht zelf (de keuze voor een afnemer en de overdracht) zónder enige vorm van mededinging en zónder toetsing aan de Mw worden gerechtvaardigd, namelijk door te stellen dat het gunnen van ontwikkelrechten een overheidsprerogatief is. Dat is onwenselijk. De rechtbank Rotterdam heeft terecht de makkelijke benadering van de NMa gecorrigeerd. Bij het gunnen van ontwikkelrechten zonder een vorm van mededinging kan een overheid dus niet volstaan met het argument dat dit een 'overheidsprerogatief' is.

Een overheid is nooit vrijgesteld van het in acht nemen van het transparantiebeginsel en het non-discriminatiebeginsel. De Europese Unie heeft zichzelf een stelsel opgelegd waarin het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen bevorderd moet worden, ook Nederland is gehouden aan deze regels. Dat betekent dat, waar mogelijk, mededinging dient plaats te vinden.

## **2.2.4 Aanbesteden ontwikkelrechten? De theorie.**

Veel gebieds- en projectontwikkeling met gedetailleerde project- en gronduitgifte-contracten zijn het product van samenwerking. In welke gevallen zou gronduitgifte en een projectsamenwerking

<sup>14</sup> Zie ook NMa, zaak 101, 23 juli 1999, inzake *Bloemenmarkt gemeente Amsterdam*.

<sup>15</sup> arrest, HvJEG, zaak C-41/90, Höfner, Jur.1991.

<sup>16</sup> NMa, besluit van 12 september 2002, zaak 2493.

<sup>17</sup> *Boontje c.s. / NMa*, 22 december 2005, MEDED 05/396, LJN: AV 7339

vanwege de daarbij gekozen structuur aanbestedingsplichtig kunnen zijn? Wil de Commissie werkelijk ook het ontwikkelen van de opstallen zelf en dus 'ontwikkelrechten' in bepaalde gevallen aanbestedingsplichtig maken? De tekst van de ingebrekestelling lijkt daar zeker op te wijzen.

Sommige selectieve bevoordeling, zoals zonder enige mededinging van ontwikkelrechten zou kunnen worden beschouwd, is van overheidswege toegestaan. De steun dient dan *verenigbaar te zijn met de interne markt*. Dit wordt door de Europese Commissie getoetst en niet door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), die immers een orgaan vormt van die overheid die de steun of bevoordeling wenst.

In paragraaf 2.5.5 wordt uitgebreid ingegaan op het staatssteunrecht. Wetgeving verbiedt een overheid om steun te verlenen die de vrije mededinging kan bedreigen / vervalsen. Een standaard gronduitgifte tegen marktvergoeding is staatssteunrechtelijk dus geen probleem. Maar het valt niet te ontkennen dat het verschil maakt of het een bedrijf betreft die voor zijn eigen bedrijfsvestiging grond van de gemeente afneemt, of wanneer het een professionele vastgoedontwikkelaar betreft voor wie het afnemen van de grond het *acquireren* van de eigen kernactiviteit zelf betekent, namelijk het toevoegen van meerwaarde om vervolgens aan een belegger te verkopen? Dan immers fungeert de grondverkoop door de gemeente in feite als de vuller van de 'pijplijn' of 'orderportefeuille' van de ondernemer.

De Rijksoverheid heeft in 2001<sup>18</sup> onderkend dat ze zelf de toen bestaande mechanismen van het gunnen van ontwikkelrechten onvolledig in beeld had. Wel was haar duidelijk dat grondposities bij particulieren en het recht op zelfrealisatie bij veel ontwikkellocaties mededinging in de weg staat. Dat was een belangrijk en vergaand inzicht. Het suggereert terecht dat wanneer private grondposities niet in de weg staat, er geen reden is om af te zien van het organiseren van heuse mededinging.

Overheid, publiek en private sector hebben belang bij daadwerkelijke mededinging. Grotere zekerheid op maximale kwaliteit en maximale inkomsten kan echter worden verkregen, indien de overheid een keuze- en vergelijkingsmogelijkheid voor zichzelf creëert, dan wanneer een dergelijke mogelijkheid achterwege blijft. Structureel aanwezige concurrentiemechanismen bevorderen dan ook dat marktpartijen het beste van zichzelf zullen geven en het meeste uit de eigen mogelijkheden zullen halen. Dat is uiteindelijk ook goed voor henzelf. Het hoogste wat de markt te bieden heeft, kan worden bereikt en voor de eindgebruiker worden binnengehaald, mits dat dus ook nagestreefd wordt. Dit laatste is zeker wat de belastingbetaler als uitgangspunt van bestuurders, raadsleden en ambtenaren verwacht.

De besteding van publiek *geld* in de private sector door middel van een overheids*opdracht* is in het aanbestedingsrecht uitvoerig geregeld in wetten en is afgebakend in jurisprudentie. De omgang met andersoortige publieke middelen, zoals bijvoorbeeld (ontwikkel-)grond al dan niet met oude opstallen, is niet als zodanig geregeld. De besteding van publieke middelen anders dan geld, wordt door lokaal bestuur geregeld zonder dat zij daarbij gebonden zijn aan een wettelijk voorgeschreven prijs/kwaliteitsmechanisme.

De Europese aanbestedingsrichtlijnen beogen Europese ondernemingen een eerlijke kans te geven mee te dingen naar overheidsopdrachten. Aanbesteden leidt tot meer transparantie, grotere doelmatigheid en kostenbesparingen. Het biedt bescherming tegen nepotisme. De aanbestedingsrichtlijnen gaan er van uit dat door een eerlijk speelveld grotere concurrentie

---

<sup>18</sup> Nota Grondbeleid, Ministerie van V.R.O.M., januari 2001



ontstaat waardoor een betere dienstverlening en meer 'value for money' behaald kan worden en dus een hogere economische groei.

In de (Europese) Richtlijn Werken<sup>19</sup> is bepaald dat *opdrachten* die door de overheid worden uitgezet aanbestedingsplichtig zijn. Opdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, hetgeen betekent dat er door de opdrachtgever een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd. Een grondtransactie betreft een verkoop van een vermogensrecht ('overdracht' in de zin van het Burgerlijk Wetboek) en valt buiten het huidige aanbestedingsrecht.

Ook de grondtransacties met (veel voorkomende) uitgebreide contractueel verplicht te leveren projectprestaties worden dus gezien als louter *afspraken* tussen de gemeente en een andere partij om te kunnen realiseren wat ruimtelijk/planologisch en sociaal- maatschappelijk gewenst is.

Om deze gewenste plannen te realiseren verkoopt de overheid een zakelijk recht van vol eigendom of een recht van erfpacht aan een ondernemer (meestal een woningcorporatie). De voorwaarden waaronder dit recht wordt verkocht zijn talrijk. De prijs is gebaseerd op het precieze aantal gewenst m<sup>2</sup> per functie, per type, bestemmingen, wijzen van gebruik, soorten etc. Het zijn contractsafspraken op maat; er wordt precies bepaald wat de grondverkopende gemeente wenst. In feite wordt aan een ondernemer een kans op ontwikkelwinst geboden in ruil voor het neerzetten van bebouwing die de gemeente wenst, vaak ten behoeve woningen voor haar ingezetenen. Dat is mogelijk omdat gemeenten vaak het bezitsmonopolie over de grond hebben en daarmee een ijzersterke onderhandelingspositie genieten. Zelfs het overeengekomen formele ontwikkelrendement van de ondernemer, waar de grondprijs mede op wordt gebaseerd, wordt door grote gemeente bepaald. Een monopolist/overheid doet een volledig uitgewerkt aanbod aan een ondernemer. Waarom zou daar geen mededinging bevorderende regeling voor hoeven bestaan?

Waarom wordt de werking van de Europese Richtlijnen niet uitgebreid tot (delen van) de markt van ontwikkelrechten/grondtransacties? Bij complexe stadsvernieuwingsprojecten gaat aan het vestigen van een eigendomsrecht (of erfpachtrecht) een overeenkomst vooraf die elementen bevat van een opdrachtgever/opdrachtnemer-relatie. Zo zijn de te leveren prestaties tot in detail vastgelegd door contractsvoorwaarden. En waarom precies zou de levering aan de corporatie/ontwikkelaar van bouwrijp gemaakte grond door de gemeente waartoe de gemeente zich contractueel verplicht niet als een 'op geld waardeerbare tegen prestatie' worden aangemerkt? Daarmee zou dan ook van de 'bezwarende titel' sprake zijn uit de definitie 'opdracht', en het aanbestedingsrecht van toepassing zijn.

In de praktijk wordt het recht van eigendom/recht van erfpacht aan één van de woningcorporaties gegund. In dat verband is het een vraag of het primaat van de corporaties bij het gunnen van ontwikkelrechten niet onnodig mededingingsbeperkend is, mede gelet op hun veel bredere operationele werkterrein vergeleken bij vroeger (zie paragraaf 2.5.4 en hoofdstuk 5). En of de meerwaarde van dat primaat - gebaseerd op het idee beter/goedkoper huisvesting kunnen ontwikkelen dan anderen- nog wel actueel is. Het primaat zou mijn inziens kunnen worden beperkt tot de exploitatie van woningen, zodat de ontwikkelrechten in concurrentie verworven moeten worden. Voorwaarde is dan dat de grondverkopende overheid projectvoorwaarden creëert die een redelijk ontwikkel- of beleggingsrendement mogelijk maken.

---

<sup>19</sup> Richtlijn Werken (93/37 EEG)

### *Transparantiebeginsel*

Dat mededinging voor een interne markt gewenst is staat vast. De Mededingingswet, het Europese Verdrag en de Transparantierichtlijn *verbieden* beperking van mededinging (afspraken/gedragingen) maar *gebieden* niets. Er is geen regel die lokale overheden expliciet gebiedt zoveel mogelijk mededinging te organiseren.

Recente jurisprudentie die handelt over het aanbestedingsrecht, het Europese Verdrag zelf en recent beleid biedt basis voor het standpunt dat bij het vergeven van ontwikkelrechten door gemeenten de basisbeginselen van 'transparantie' en 'non-discriminatie', horend bij de communautaire markt, te weinig in acht worden genomen:

- *Wetgeving*: Een overheid dient altijd helder en navolgbaar te handelen: doorzichtig/transparant. Nationaal is dat geregeld in de Algemene Wet Bestuursrecht. De daarin voorkomende algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn ook van toepassing op al het civielrechtelijk (privaatrechtelijk) handelen van een overheid. Europees gezien herbergt artikel 49 E.V. over de interne vrije markt het transparantiebeginsel. Er mogen geen 'beperkingen' zijn: "In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht (...)".
- *Beleid*: De interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de werking van de Richtlijnen inzake overheidsopdrachten van 2006<sup>20</sup> belicht hoe zij de rechtspraak interpreteert en wijst op de goede praktijken om de lidstaten te helpen optimaal profijt van de interne markt te trekken. Zo vindt zij dat open en concurrentie gerichte procedures ertoe bijdragen dat een breder scala van potentiële inschrijvers wordt aangetrokken en aldus voordeliger offertes zullen worden ontvangen.
- *Jurisprudentie*: Het Europese Hof van Justitie beroept zich recent in de arresten *Telaustria*, *Bent Mousten*, *Vestergaard*, *Coname vs. Cingia de Botti*, en *ParkingBrixen*<sup>21</sup> mede op het transparantiebeginsel.

### **2.2.5 Aanbesteden? De praktijk**

In het arrest *ParkingBrixen* heeft het Hof bepaald dat de verplichting tot transparantie inhoudt dat "aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd"

En in het arrest *Vestergaard* stelt het Hof expliciet: 'Ook indien bepaalde overeenkomsten van de werkingssfeer van de communautaire richtlijnen op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten zijn uitgesloten, zijn de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin gehouden de fundamentele rechtsregels van het Verdrag in acht te nemen".

Volgens het Europese Hof van Justitie en volgens de Europese Commissie dient de mogelijkheid tot het verkrijgen van het (ontwikkeling)recht dus voldoende bekend te worden gemaakt. De beginselen van gelijke behandeling, rechtszekerheid en non-discriminatie impliceren een *verplichting* (een *gebod*) tot transparantie die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend.

In hoofdstuk 4 wordt op verschillende wijzen aangetoond dat de verplichting tot transparantie en het bieden van gelijke kansen (non-discriminatie) vaak wordt niet gevolgd bij het gunnen van

<sup>20</sup> Europese Commissie, Interpretatieve mededeling over gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 1 augustus 2006, (2006/ 179/02).

<sup>21</sup> HvJ EG, zaak C-324/98, *Telaustria* en HvJ EG, zaak C-231/03, *Coname vs. Cingia de Botti*, HvJ EG, C-458/03 *ParkingBrixen*.

ontwikkelrechten, zonder dat gemeenten van dit verbod zijn vrijgesteld. Bij het één-op-één kiezen van een projectontwikkelaar door een gemeente wisten andere goede gegadigden vaak niet eens van het naderende project af. De norm van het verplicht en voldoende *kenbaar maken* uit het aanbestedingsrecht (van een opdracht) raakt het gunnen van ontwikkelrechten dus momenteel niet en wordt ook niet vrijwillig in acht genomen door gemeenten.

Ook het primaat van woningbouwcorporaties bij het verkrijgen van ontwikkelrechten voldoet niet aan de eisen van transparantie en non-discriminatie. Bij projecten waar sociale huurwoningen gebouwd moeten worden verkrijgen de corporaties steeds het ontwikkelrecht, terwijl er vele andere projectontwikkelaars zijn die projecten met sociale huurwoningen kunnen en willen bouwen. Deze problematiek wordt in *hoofdstuk 5 Volkshuisvesting en behoudzucht* verder uiteengezet.

Het handelen van lokale overheden bij het op het vergeven van ontwikkelrechten zonder *eerlijk speelveld*, levert dus strijd op met het Verdrag, de jurisprudentie en het Europees beleid. De Europese Commissie doet in het in de casus *Vathorst*<sup>22</sup> een belangrijk besluit op het gebied van ontwikkelrechten. De gemeente Amersfoort participeert in deze zaak bij de herontwikkeling van de wijk Vathorst. Volgens de Commissie had de ontwikkeling van de grond (het bouw- en woonrijp maken), alsmede de ontwikkeling van de *opstallen* moeten worden aanbesteed. De Commissie stelt dat op sommige ontwikkelconstructies het aanbestedingsrecht wél van toepassing is en dat bepaalde afspraken binnen die constructie onder de noemer 'overheidsopdracht' vallen. Niet alleen opdrachten tot bouw- en woonrijpmaken zijn wat haar betreft aanbestedingsplichtig, maar ook private ontwikkelingen van de opstallen, waaronder woningen, winkels en kantoren.

Ten aanzien van de realisatie van openbare voorzieningen en infrastructuur was het standpunt van Nederland tot omstreeks de eeuwwisseling, dat indien de aanleg ten laste van bijvoorbeeld de geheel privaat gefinancierde grondexploitatie plaatsvond en de openbare functies en infra weer 'om niet' terug gingen naar publieke partijen, er geen Europese aanbestedingsplicht bestond. Reden hiervoor was gelegen in het ontbreken van een bezwarende titel en het feit dat de grond zelf al was ingekocht door private partijen.

De eerste kentering op dit uitgangspunt heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de uitspraak *Scala* (2001)<sup>23</sup>, waarmee vast kwam te staan dat bouwkundige werken met een *publieke functie* aanbestedingsplichtig zijn, ook al was er sprake van zelfrealisatie voor eigen rekening en risico en op eigen grond. De Europese aanbestedingsplicht kan dus doorgelegd worden aan de private partij of het PPS verband dat het gebied ontwikkelt (de grondexploitant) voor diens eigen risico.

Het besluit van de Commissie over de casus *Vathorst* gaat dus over de vraag of het gunnen van ontwikkelrechten aanbestedingsplichtig is omdat het gelijkenis kan tonen met een overheidsopdracht. Het besluit vormt geen geldend recht / jurisprudentie, omdat de Commissie een besturende en geen rechtsprekende macht is. Wel geeft de uitspraak de richting aan waarin de Commissie denkt. Lidstaat Nederland is door de Europese Commissie in deze zaak formeel in gebreke gesteld vanwege het onvoldoende naleven van de Europese aanbestedingregels, te weten een overtreding van de Richtlijn Werken. In paragraaf 3.3 wordt uitgebreider stil gestaan bij de casus Vathorst.

---

<sup>22</sup> Ingebrekestelling, 16 maart 2005.

<sup>23</sup> HvJ EG 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., zaak C-399/98, Jur.2001, pag. I-5409.

De Europese Commissie heeft Nederland om opheldering over de praktijk van gronduitgiften gevraagd. Er geldt ten aanzien van het realiseren van volkshuisvesting voor de lidstaten ruime autonomie, maar dat betreft echter vooral het 'hoe' en het 'waar' van ruimte en functies. Voor wat betreft de wijze waarop de markt georganiseerd is, zijn de lidstaten minder autonoom. De ingebrekestelling bij Vathorst is een signaal van importantie. De betreffende rechtsvragen zijn nog niet bij het Hof van Justitie aan de orde gesteld. Een zorgvuldig gekozen beleidslijn van de Commissie is doorgaans niet iets dat het Hof van Justitie makkelijk terzijde schuift.

## **2.3 Eigendomsrecht: grondeigendom**

### **2.3.1 Inleiding**

Ontwikkelrechten (vastgoedprojectontwikkeling) houden in Nederland nauw verband met de eigendom van de grond. Om de markt voor ontwikkelrechten te begrijpen en wellicht bij te sturen, is het nodig om eerst begrip te hebben van de eigendomssituatie bij grond.

Overheden zijn in ons land de grootste grondeigenaren. Overheden zijn drager van dezelfde burgerrechten en -plichten als u en ik. Zij hebben naast hun wettelijke taken ten aanzien van ruimtelijke ordening en volkshuisvesting in hun hoedanigheid van grondeigenaar ook het zogeheten zelfrealisatierecht<sup>24</sup> (paragraaf 2.3.3), maar laten bijna alle opstalontwikkeling aan de markt over. Overwegingen daarbij zijn: de voordelen van een kleiner overheidsapparaat, een beter ontwikkeld gevoel bij marktpartijen waar eindafnemers precies het meest behoefte aan hebben, en de grotere efficiëntie van de private partijen. Marktpartijen kennen de precieze stand van zaken in de betreffende markten beter dan de overheid. Daarnaast wenst de overheid de risico's van opstalontwikkeling niet te dragen en neemt het genoegen met de winst of het verlies bij de overdracht van bouwrijpe grond. Bij gunning van een ontwikkelrecht zoals in deze thesis gedefinieerd wordt de grond in vol eigendom verkocht, dan wel wordt er een recht van erfpacht of het recht van opstal gevestigd, waarmee in grote mate dezelfde eigendomspositie wordt gecreëerd als wanneer de grond in vol eigendom zou worden verkocht.

De overheid draagt in ontwikkelprocessen dus een driedubbele pet;

- a) grondbezitter en gerechtigde om met haar grond maximaal geld te verdienen en om te ondernemen (civielrechtelijke positie);
- b) regelgever, de publiekrechtelijke positie, waarmee ze bepaalt wat wel en niet mag (Woningwet, Wet Ruimtelijke Ordening, milieurecht);
- c) handhaver en bewaker van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

### **2.3.2 Grondbezit: een vermogensrecht ex art. 3:6 Burgerlijk wetboek**

In deze thesis wordt met een 'ontwikkelrecht' de privaatrechtelijke toestemming van een overheid bedoeld om op bepaalde percelen te mogen bouwen. Een ontwikkelrecht betreft zoals gezegd geen juridisch begrip. Het verwijst naar een stelsel van rechten en plichten en vormt vaak het sluitstuk van een onderhandeling tussen overheid en marktpartij. Indien overeenstemming wordt bereikt over het ontwikkelprogramma en de voorwaarden, wordt dit meestal geconcretiseerd met een grondtransactie.

---

<sup>24</sup> Artikel 5:1 lid 2 BW stelt: *Het staat de eigenaar vrij om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met de rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.*

De grondoverdracht is de vermogensrechtelijke bevestiging van het verkregen ontwikkelrecht. Het overeengekomen recht om bepaalde aantallen bestemmingen te mogen (en moeten) realiseren wordt contractueel bekrachtigd, inclusief bepalingen over bestemmingen, prijs en andere financiële voorwaarden.

Met de gronduitgifte worden afspraken bezegeld die een private partij een mogelijkheid en een recht verschaffen om een ondernemingsactiviteit te verrichten en daar geld mee te verdienen: een 'stoffelijk voordeel'. Dergelijke rechten van ofwel volle eigendom ofwel rechten van erfpacht of opstal zijn vermogensrechten in de zin van artikel 3:6 BW<sup>25</sup>. Dit betreffen overdraagbare of te belasten rechten die op de zaak zelf rusten (te onderscheiden van een persoonlijk recht als bijvoorbeeld een huurrecht, die niet zijn verbonden aan een zaak, maar aan een individu). Het ontwikkelrecht kan daarmee gezien worden als familie van een vermogensrecht. Het krijgt door het verlijden van een notariële koop- of vestigingsakte zakenrechtelijk vorm in een nieuw eigendom- erfpacht of opstalrecht .

### 2.3.3 Het zelfrealisatierecht

Het recht van eigendom is in Nederland het meest absolute vermogensrecht. Een absoluut recht geeft de rechthebbende een alle andere rechtssubjecten uitsluitende zeggenschap over het object van het recht. Eigendomsrechten gaan verder en zijn onbeprekter dan alle andere vermogensrechten. Op een ieder rust de verplichting om inbreuken op absoluut recht achterwege te laten. Uitzonderingen op dit absolute karakter zijn bijvoorbeeld de wettelijk gecreëerde inbreuken op het eigendomsrecht in de Onteigeningswet (Ow) en de Wet Voorkeursrecht Gemeenten (WVG).

In het Nederlandse rechtstelsel is verder aan de positie van grond- en/of opstaleigenaar het recht toegekend om zelf te realiseren wat ter plaatse in publiekrechtelijke zin is toegestaan (rekening houdend met andermans burgerrechten zoals de burenrchten van boek 5 Titel 4 BW). Dit recht is het 'zelfrealisatierecht'. Het volgt uit artikel 5:1 lid 2 BW:

*“Het staat de eigenaar vrij om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met de rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.”*

Het door de grond- of opstaleigenaar/erfpachter zelf realiseren van de krachtens het bestemmingsplan vigerende bestemming, valt door een overheid niet tegen te houden ten faveure van een andere belangstellende. Haar belang ligt dan ook bij de realisering en de investering zelf en niet bij de identiteit van de (bonafide) ontwikkelaar.

In 2004 heeft de minister van V.R.O.M. een standpunt ingenomen over de nadelen van vooraf ingenomen grondposities voor het bevorderen van concurrentie bij ontwikkellocaties. Zij heeft gesteld dat een tweetal ingrepen de concurrentie bij het verwerven van ontwikkelrechten zou kunnen bevorderen<sup>26</sup>. Ten eerste zou vergroting van het aanbod aan bouwrijpe ontwikkellocaties verschil gaan maken en daar moesten gemeenten en provincies voor gaan zorgen. Ten tweede

---

<sup>25</sup> Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.”, art.3:6 BW.

<sup>26</sup> Brief 25 oktober 2004 aan de Tweede Kamer, kamerstukken II 2004/05, 27 581, nr 19.

zou het vergroten van de mogelijkheden tot particulier opdrachtgeverschap professionele partijen ook tot meer competitie dwingen.

Het aantasten van het zelfrealisatierecht ging en gaat de minister te ver. Dit zou een te grote inbreuk op het eigendomsrecht betekenen en de Ontheiligingswet en de Wet Ruimtelijke Ordening overhoop halen<sup>27</sup>. De Ontheiligingswet regelt het geheel ontnemen van eigendom, doch alleen in relatie met een ontheiligingsplan van een overheid. Europees gezien is aantasting van het zelfrealisatiebeginsel *algemeen* bij verdrag geregeld. Inperking van het eigendomsrecht kan rechtmatig zijn indien nodig in het algemeen belang<sup>28</sup>.

Naar mijn mening is verdere inperking van het zelfrealisatiebeginsel op zijn plaats, omdat dan makkelijker kan worden onteigend (met uiteraard voldoende schadeloosstelling zoals nu al in de Ontheiligingswet is geregeld). Daardoor zouden ontwikkelrechten vaker kunnen worden aanbesteed. Daarmee verhoogt de kans op een lagere kostprijs en/of een hogere kwaliteit. Aanbesteding bevordert een gezonde competitieve vastgoedsector met aantrekkelijke uitvraag van overheid naar de markt, met scherpe spelers strijdend om hun portefeuille gevuld te krijgen met ontwikkelrechten.

Het zelfrealisatierecht staat politiek en juridisch enigszins onder druk. Ten aanzien van de realisatie van openbare voorzieningen en infrastructuur was het standpunt van de lidstaat Nederland tot omstreeks de eeuwwisseling, dat indien de aanleg ten laste van bijvoorbeeld de geheel privaat gefinancierde grondexploitatie plaatsvond en de openbare functies en infrastructuur weer 'om niet' terug gingen naar publieke partijen, er geen Europese aanbestedingsplicht bestond. Reden hiervoor was gelegen in het ontbreken van een bezwarende titel en het feit dat de grond zelf al was ingekocht door private partijen. Sinds het *Scala-arrest*<sup>29</sup> geldt er echter een aanbestedingsplicht ten aanzien van het *realiseren* door private partijen (opdracht tot daadwerkelijk bouwen) van *publieke* bouwwerken en infrastructuur. Dat er in deze casus sprake was van privaat bezit van grond en het oudbouw betrof, had geen invloed op de uitspraak van het Hof. Het Hof van Justitie holde het zelfrealisatierecht dus verder uit. Ondanks dat er sprake was van zelfrealisatie, was er *de iure* ook sprake van een overheidsopdracht tot de uitvoering van een werk. De (Europese) Richtlijn Werken was daarom van toepassing en de opdracht had derhalve aanbesteed moeten worden. De grondpositie van de ontwikkelaar deed daar voor het Hof niets aan af.

De Europese Commissie gaat nog verder en vindt dat alle bouwprojecten met de bestemming 'wonen' een publiek karakter hebben. Daarnaast stelt de Commissie dat corporaties als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt en dat al snel van een bezwarende titel in de zin van de Richtlijn kan worden gesproken (zie kwestie 'Vathorst' hoofdstuk 3.3). Het lijkt erop dat dit wat haar betreft geldt voor alle *opstal*ontwikkeling bij integrale aanpak waarin een onderdeel met een *openbaar karakter* voorkomt en dus ook voor overwegend winkel- en kantorenprojecten, die voorheen als commercieel en als zonder algemeen belang werden bestempeld.

Het betreft vooral gebrek aan politieke wil en draagvlak om ten aanzien van het zelfrealisatierecht nationaal een nadere inperking van het eigendomsrecht voor te stellen<sup>30</sup>. Aantasting van het zelfrealisatierecht zou herziening van de Ontheiligingswet impliceren. De Ontheiligingswet kent

<sup>27</sup> Vergelijk pleitbezorger afschaffing zelfrealisatierecht: Vereniging Eigen Huis, NOS-journaal 12/8/06 n.a.v. hoge Vinex-winsten ontwikkelaars door ingenomen grondposities.

<sup>28</sup> Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), artikel 1, eerste Protocol.

<sup>29</sup> HvJ EG 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., zaak C-399/98, Jur.2001, pag. I-5409.

<sup>30</sup> *Een alternatief systeem: Valenciaans model*

In de Spaanse regio Valencia heeft een nieuwe wet (genaamd LRAU) ertoe geleid dat gebieden soms jaren sneller worden ontwikkeld. Het eigendomsrecht en zelfrealisatierecht zijn beperkter. Een aantal zaken zijn anders dan in Nederland. Zie [www.kei-centrum.nl](http://www.kei-centrum.nl).

als peiler het recht op zelfrealisatie van bestemmingen die een overheid planologisch mogelijk heeft gemaakt. De Tweede Kamer vindt die huidige houding van de minister te mager en dwong nader onderzoek naar de mogelijkheden van inperking af<sup>31</sup>.

## 2.4 Ruimtelijke Ordening

Enig inzicht in het ruimtelijke ordeningsrecht is nodig om beseft te hebben binnen welk bestuursrechtelijk kader vastgoedontwikkeling in Nederland plaatsvindt.

De Woningwet van 1901 was oorspronkelijk bedoeld om de volkshuisvesting te regelen. De wet regelde maar heel weinig over de bestemming van gronden. Het doel was eerst om vooral bouwverboden te kunnen opleggen. De wet bevatte vooral de mogelijkheid om aan gemeenten de plicht op te leggen om een uitbreidingsplan op te stellen. Daarin zouden dan gronden moeten worden aangewezen die pleinen, straten en grachten moesten worden. Veel gemeenten wilden echter graag ook aan de ruimten er tussen bestemmingen geven. Dat werd in 1921 door de wetgever mogelijk gemaakt.

In 1965 werd de Wet op de Ruimtelijke Ordening<sup>32</sup> van kracht en werden alle planologische maatregelen teruggebracht tot één instrument; het bestemmingsplan. Daarin konden ten aanzien van bestemde gronden voorschriften worden gegeven over het gebruik van de grond en de te realiseren of te handhaven opstallen. Ook voorzag de wet in de mogelijkheid om op lokaal niveau te regelen dat het voor het oprichten van opstallen of andere werken noodzakelijk werd een daarvoor verleende vergunning van Burgemeester en Wethouders te verkrijgen.

Lokaal bestuur kon voortaan met het bestemmingsplan op basis van een uitgewerkte visie de eigen stedenbouwkundige inzichten omzetten in een dwingend publiekrechtelijk kader. In het bestemmingsplan mochten geen regels worden opgenomen die de vrijheid van belanghebbenden onnodig zouden inperken. De beperkingen dienden bovendien altijd een ruimtelijk (stedenbouwkundig) karakter te hebben. Ook vandaag nog dient het bestemmingsplan er bijvoorbeeld niet voor om *wijzen* van gebruik van toegestane functies te reguleren.

Gebiedsontwikkeling vormt een rode draad door het ruimtelijk beleid van het Rijk en de provincies. Binnenstedelijk zijn daarentegen de gemeenten aan zet.. Bij gebiedsontwikkeling staat het bouwen van een wijk, het aanleggen van een weg of het beschermen van natuur tegenwoordig gelukkig nooit op zichzelf; de belangen worden bij elkaar gebracht om tot een totaalresultaat te komen.

De Nota Ruimte (februari 2006) steunt expliciet betrokkenheid van alle partijen bij een gebiedsontwikkeling. Het accent ligt daarin meer op ontwikkelingsplanologie dan op toelatingsplanologie. Overheden worden gestimuleerd om meer samen te werken met private partijen, met burgers en maatschappelijke organisaties, en om zich op te stellen als *partner* van ondernemende burgers en bedrijven. De regering wenst een uitvoeringsgerichte aanpak en zal daarvoor dynamiek bevorderen en ontwikkeling niet tegengaan met hoeveelheden regels.

Grondbeleid ziet toe op een verstandige verdeling van een voor ruimtelijke ontwikkelingen benodigd schaars goed: grond. De overheid kan bevorderen dat gewenste ontwikkelingen/bestemmingen ofwel zelf worden gerealiseerd, ofwel dat een particulier dat zal doen. Grondbeleid ziet toe op ontwikkeling, exploitatie en transacties van grond. Privaat en zelfs particulier opdrachtgeverschap wordt steeds meer gewenst. De Nota Grondbeleid van 2001 signaleerde een noodzaak aan nieuwe regelgeving. Het leidde onder andere tot de

---

<sup>31</sup> Zie ook: A. Duijvesteyn (PvdA), 'Concurrentie is voorwaarde voor nieuwbouw', de Volkskrant, 28 februari 2005.

<sup>32</sup> In 1985 kwam het 'Bro', (Besluit Ruimtelijke Ordening).

Grondexploitatiewet die in september 2006 door de Eerste Kamer werd behandeld<sup>33</sup>. Ook de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) werd onlangs gemoderniseerd. (Behandeling daarvan zou het kader van deze thesis te buiten gaan.)

Voor gebiedsontwikkeling en binnenstedelijke herontwikkeling van vastgoed zijn drie wegen te bewandelen: ofwel samenwerking met eigenaren, ofwel minnelijke verwerving, of de inzet van juridisch instrumentarium als de Ontheingingswet bij het uitblijven van overeenstemming en de Wet Voorkeursrecht Gemeenten. Het bestemmingsplan dient dan als juridische titel voor de ontheingingsprocedure, dan wel voor het vestigen of bestendigen van een voorkeursrecht.

## **2.5 Verdieping: Aanbestedingsrecht / staatssteunrecht en ontwikkelrechten**

### **2.5.1 Inleiding**

Een verdieping is nodig omdat de relevante rechtsgebieden sterk in ontwikkeling zijn, en veel betrokkenen in de vastgoedsector niet goed weten waar ze aan toe zijn en wat ze kunnen verwachten van beleidsmakers en rechters. Is de huidige praktijk van woningbouwontwikkeling gericht op productieverhoging waarbij subsidies worden ingezet en ontwikkelrechten worden gegund nu toelaatbaar en wenselijk of niet?

Op nagenoeg al het economisch handelen zijn de uitgangspunten en regels van de Mededingingswet van toepassing. In die wet is de Europese Transparantierichtlijn geïmplementeerd. Daaruit volgt dat een overheid gehouden is aan de algemene rechtsbeginselen van non-discriminatie, het verbod op willekeur, en dient zorgvuldig en zo transparant mogelijk op te treden. Dit is bij de oprichting van de E.U. bij verdrag overeengekomen (1957) en vormt vaste jurisprudentie. Deze plicht geldt dus ook bij het medewerking verlenen aan het ontstaan van ontwikkelrechten.

De traditionele uitgifte van grond die marktconform geschiedt, hoeft niet te worden aanbesteed en levert ook geen staatssteun op. De Richtlijn Werken is hier (vooralsnog?) niet van toepassing. Uitzondering kunnen gevallen zijn van compensatie door de overheid aan de marktpartij voor het doen uitvoeren van een publieke kerntaak zoals het inrichten openbare ruimte (uitspraak: Middelburg<sup>34</sup>). Het zou wenselijk zijn -want juridisch zuiverder- als ontwikkelrechten op enige wijze wél zouden worden aanbesteed.

Maar het opleggen van bouwverplichtingen in het kader van perceelsontwikkeling of het verschaffen van een ontwikkelrecht voor de opstallen is volgens huidig recht niet aanbestedingsplichtig, mits er geen openbare infrastructuur wordt aangelegd of een publiek gebouw wordt gebouwd. Dit behelst, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, ook geen staatssteun. De rechtszekerheid bij de staatssteunvraag is wel groter indien de ontwikkelaar een woningbouwcorporatie is. Het Hof van Justitie heeft over de Nederlandse corporatie / toegelaten instelling nog geen oordeel gegeven, maar de Franse corporaties wél als aanbestedende diensten aangemerkt.

Onderstaand volgt een uiteenzetting over het al dan niet aanwezig zijn van een aanbestedingsplicht en het al dan niet sprake zijn van staatssteun naar huidig geldend recht.

---

<sup>33</sup> Deze wet is minder specifiek relevant voor deze thesis. Hij biedt (a) duidelijker mogelijkheden voor een overheid tot kostenverhaal bij de ontwikkelaar voor publieke kosten als infrastructuur, en (b) betere mogelijkheden voor gemeenten om kwaliteitseisen op te leggen waaraan een locatie moet voldoen.

<sup>34</sup> Hof Den Haag, 31 januari 2001, rolnummer 00/297. Cassatieberoep werd ingetrokken na bereikte minnelijke regeling.



## 2.5.2 Aanbestedingsrecht: de grondtransactie zelf

Grondtransacties van de overheid vallen buiten de reikwijdte van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen. Immers, de verkoop van grond noch de uitvoering behelst volgens huidig recht een werk, dienst of levering in de zin van de nieuwe Richtlijn Aanbesteding (Richtlijn 93/37/EEG). Naar huidig recht is dus voor een grondtransactie geen aanbestedingsprocedure vereist. De Europese Commissie lijkt echter met haar ingebrekestelling van Nederland ten aanzien van de oude Richtlijn Werken in de zaak Vathorst een heel andere houding over vastgoedontwikkeling te hebben. Dit kan zoals gezegd heel ander recht gaan opleveren, het definitieve standpunt van de E.C. is nog niet bekend.

## 2.5.3 Aanbestedingsrecht: subsidie bij grondtransactie

Bij projectontwikkeling door overheden wordt doorgaans bouwrijpe grond met of zonder opstallen en zo veel mogelijk onbelast met rechten of feitelijke problemen (milieutechnisch, of bouwtechnisch) verkocht of in erfpacht uitgegeven, met daaraan verbonden voorschriften voor een overeengekomen bouwprogramma. Overheden zonder actieve grondpolitiek ontwikkelen de grond zelf ook niet en leveren in de staat waarin het zich bevindt.

Aangezien in het ontwikkelprogramma ook niet-rendabele functies voorkomen, en het verevenen met profijtelijke functies het totaaltekort vaak niet oplost, wordt door de overheid vaak aan het project een subsidie verschaft ('objectsubsidie' of 'locatiegebonden subsidie').

In feite komt die subsidie de afnemer/ontwikkelaar ten goede want door de subsidie kan hij van start en zijn rendement (op risico) gaan realiseren. Met de subsidie is als het ware de start van het project gegarandeerd en wordt de door de ontwikkelaar gewenste winstmarge mogelijk gemaakt. Bij een gemiddeld stadsvernieuwings- of uitbreidingsproject worden de te ontwikkelen gebouwen na oplevering niet door de grondverkoper/uitgever (gemeente) gebruikt of geëxploiteerd. Ook is meestal geen sprake van een toekomstige overgang van de ontwikkelde opstallen naar de gemeente, dan wel een verhuring aan die gemeente die de grond uitgaf. In al die gevallen is er geen sprake van *overheidsconsumptie*, en daarom ook niet van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken.

Vervolgens dient gekeken te worden naar eventuele werken van *openbare infrastructuur*. Indien de te contracteren ontwikkelaar dergelijke infrastructuur moet aanleggen, dan is het feit dat hij al grondposities heeft geen rechtvaardiging om de aanleg van de infrastructuur onderhands te gunnen. In het *Scala-arrest* heeft het Hof van Justitie immers bepaald dat een aanbestedende dienst in een dergelijke situatie zijn aanbestedingsplicht kan 'doorleggen' naar de projectontwikkelaar.

Hieruit vloeit voort dat het opleggen van verplichtingen over de aanleg van openbare infrastructuur door de ontwikkelaar, gepaard moet gaan met een eveneens opleggen van de plicht om de daadwerkelijke aanleg van die betrokken werken Europees aan te besteden, mits de waarde boven de drempels van de aanbestedingsrichtlijn uitstijgt. Dit geldt evenzo indien de ontwikkelaar zelf tevens aannemer is en een dochteronderneming de aannemerij zou kunnen laten doen.

De conclusie is daarom dat een overheid bij de verkoop van grond of uitgifte in erfpacht gedetailleerde bouwverplichtingen kan opleggen, mits die overheid zelf geen gebruik zal maken van de betrokken gebouwen en mits zij aan de ontwikkelaar in geval van onderdeel uitmakende

openbare infrastructurele werken (waarvan de waarde boven de drempels van de aanbestedingsrichtlijn uitkomt) opdraagt om openbaar aan te besteden.

De bestuurder van Europa (Europese Commissie) ging echter vervolgens met haar besluit inzake Vathorst verder dan het Hof van Justitie oordeelde in het Scala-arrest. De gemeente Amersfoort had de ontwikkeling van de grond (het bouw- en woonrijp maken), alsmede de ontwikkeling van de *opstallen* moeten aanbesteden. De Commissie stelt dat op sommige ontwikkelconstructies het aanbestedingsrecht wél van toepassing is en dat bepaalde afspraken binnen die constructie onder de noemer 'overheidsopdracht' vallen. Niet alleen opdrachten tot bouw- en woonrijpmaken zijn wat haar betreft aanbestedingsplichtig, maar ook private ontwikkelingen van de opstallen, waaronder woningen, winkels en kantoren.

#### **2.5.4 Corporaties en subsidie**

De regering voelt de druk van Brussel en wenst mede ook ter verhoging van de prestaties een eerlijk speelveld tussen corporaties en andere marktpartijen. Financiële steun mag in dat verband alleen ten goede komen aan activiteiten die betrekking hebben op de gereguleerde voorraad aan huurwoningen en maatschappelijk vastgoed<sup>35</sup>. Daarom dient er een scheiding bij de corporaties te worden aangebracht tussen de ontwikkeling en beheer van genoemde categorieën enerzijds en dure koop en huurwoningen (en bedrijfsruimten) anderzijds. Zowel een administratieve als ook juridische scheiding. Het alleen op kantoor apart zetten van een paar medewerkers met een eigen administratie met eigen logo en briefpapier -zoals voorkomt-, volstaat daarvoor niet. In paragraaf 2.5.4 en hoofdstuk 5 worden de corporaties en hun projecten verder besproken.

#### **2.5.5 Staatssteunrecht**

Deze juridisch-technische paragraaf over ontwikkelingen in het staatssteunrecht beslaat de fase in het vastgoed-ontwikkelp proces waarin de toewijzing van een ontwikkelrecht aan een ontwikkelaar of het voornemen daartoe al heeft plaatsgevonden (onder voorbehoud dat partijen er financieel uitkomen), en de financiële haalbaarheid verder wordt onderzocht.

Het betreft hier de wijze waarop geregeld is hoe negatieve invloed op de mededinging wordt tegengegaan wanneer publiek geld wordt besteed om bijvoorbeeld de aan een grondtransactie ten grondslag liggende financiële projectexploitatie sluitend te krijgen

Door een overheid aangegeven grondtransacties kunnen een selectieve begunstiging inhouden die de mededinging vervalst en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed. Verdragsartikel 87 E.V. verbiedt dit. Van een dergelijke begunstiging kan sprake zijn indien een vergoeding wordt gevraagd die onder de marktprijs ligt.

Van staatssteun is sprake indien een maatregel:

- met staatsmiddelen wordt betaald, én
- een bepaalde onderneming begunstigd, én
- de concurrentie (mededinging) kan vervalsen<sup>36</sup>, én
- negatieve invloed heeft op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

---

<sup>35</sup> Brief Minister V.R.O.M. aan Tweede Kamer, d.d. 12 december 2005, pag.3.

<sup>36</sup> Absoluut verboden is het meegeven van een niet marktconforme bruidsschat aan een te verzelfstandigen overheidsonderdeel. Geld voor een kantoorinrichting om te kunnen starten kan nog wel, maar veel meer moet het niet worden. Verboden is ook kruissubsidiëring van commerciële en publieke taken. En ook het uitgeven van een bedrijventerrein aan een organisatie voor een vergoeding onder de marktwaarde is verboden. Wél verenigbaar kan zijn: steun aan zwakke regio's of zwakke sector, of t.b.v. werkgelegenheid.

Gewezen zij op het essentiële feit dat de Commissie vindt dat de gehele vastgoedmarkt een internationale markt vormt<sup>37</sup>.

De Europese Commissie heeft een bekendmaking gepubliceerd waarin geregeld wordt op welke wijze overheden hun grond kunnen verkopen zonder dat sprake zal zijn van staatssteun. Daarin geeft zij twee methodes die waarborgen dat er een marktprijs voor de grond wordt betaald, zodat er geen sprake is van staatssteun<sup>38</sup>. De reikwijdte van dit beleid gaat verder dan alleen verkoop; ook uitgifte in erfpacht, huur/verhuur en leaseconstructies vallen hieronder. Er valt uit af te leiden dat de Commissie zich op het standpunt stelt dat elke transactie die niet via een openbare biedprocedure of op basis van een onafhankelijke taxatie tot stand komt, een vermoeden van steun oplevert die dient te worden aangemeld<sup>39</sup>.

De eerste methode die de Commissie geschikt acht, is de verkoop van grond via een correct gepubliceerde en open veiling zonder voorwaarden. De prijs die op de veiling wordt betaald is per definitie de marktprijs.

De tweede methode die geschikt wordt gevonden, is de verkoop van de grond die vooraf door een onafhankelijke en gekwalificeerde taxateur is bepaald als zijnde de marktprijs voor de grond, met een marge van 5 % neerwaarts als de getaxeerde waarde zelf niet haalbaar blijkt.

Geconcludeerd kan worden dat een overheid de garantie heeft dat de grondtransactie geen staatssteun vormt, indien een onafhankelijk en gekwalificeerd taxateur voorafgaand de marktprijs van de transactie heeft vastgesteld. Het betreft dan zowel de waarde van de grond, alsook de waarde van eventuele opstallen. Bij grote gemeenten wordt een uitgebalanceerd systeem van grondprijsbepaling gehanteerd. Dat betekent niet dat er niet van selectieve bevoordeling sprake kan zijn. Ook bij het ontvangen van de juiste marktwaarde kan er strijd zijn met het verbod op non-transparantie en non-discriminatie bij het maken van de keuze met wie je contracteert.

De waardevaststelling van de opstallen is bovendien per definitie puur casuïstisch en vormt een instrument voor een te bereiken doel. Terwijl aan de eigen grondwaarde en grondprijsbepaling wordt vastgehouden, permitteert een gemeente zich met de waardebepaling van de opstallen in de praktijk wel speelruimte. Wordt aan de grondprijzen liever niet getornd, de haalbaarheid van een project (afgezien van de 'objectsubsidies') wordt niet zelden bevorderd door het opnemen van een opstal in een transactie tegen een lage waarde. Zo gaan bij herontwikkeling van locaties aanwezige oudere opstallen met technische problemen niet zelden *om niet* met de gronduitgifte in eigendom mee over naar de nieuwe grondeigenaar of erfpachter. Wat is immers de reële waarde als het toch wordt gesloopt of gestript? Uitgangspunt is om te waarderen op basis van de nieuwe vervangende bestemmingen en functies, maar dat houdt geen stand als het project financieel lastig sluit. Er rolt dan een lagere waarde van een opstal uit, bijvoorbeeld als residu van een kosten- en opbrengstenberekening. Ook worden door de overheid uitgespaarde maar al begrootte sloopkosten aangereikt als subsidie.

Het houden van een veiling is vanwege bestaande private grondposities niet altijd denkbaar. In dergelijke gevallen zou in ieder geval een rapport van een onafhankelijk taxateur moeten worden verkregen, voordat de betrokken transactie wordt aangegaan.

---

<sup>37</sup> Zie haar standpunt in de door haar gestarte procedure bij het Nederlandse Gerechtshof ex art. 88 lid 2 jo. 3, betreffende gemeentelijk handelen bij de bouw van het AZ-stadion + andere opstallen te Alkmaar.

<sup>38</sup> PbEG, 1997 C 209, blz. 3.

<sup>39</sup> [www.cms-dsb.com/content/nl](http://www.cms-dsb.com/content/nl)H, Ondernemersbrief 2006 nr 5, mrs T.O.E. Pekelharing en R.J. Lucassen.

### Begunstiging:

Zoals al opgemerkt, kan er pas sprake zijn van staatssteun indien een overheid een onderneming begunstigt, dat wil zeggen economisch voordeel verschaft. Daarom dient beoordeeld te worden of het verschaffen van een subsidie aan een projectontwikkelaar voor de bouw van bepaalde werken als verboden staatssteun is aan te merken.

### Subsidie:

Het is allereerst irrelevant of de subsidie (juridisch) wordt toegekend aan een bepaalde onderneming, of gekoppeld is aan een bepaald project (object- of subjectsubsidie). In beide gevallen is in economische zin sprake van bevoordeling/begunstiging van één specifieke onderneming ten opzichte van andere ondernemingen.

Het op zich nemen van de (her-)ontwikkeling van een locatie (met of zonder opstallen), welke ontwikkeling niet rendabel zou zijn zonder subsidie, kan worden aangemerkt als het op zich nemen van een dienst van algemeen belang. De betrokken onderneming ontwikkelt het gebied dan mede in het algemeen belang, en krijgt daar in wezen een vergoeding voor van de initiërende overheid.

Na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Altmark<sup>40</sup> zijn er twee manieren waarop dergelijke vergoedingen kunnen worden beoordeeld vanuit het staatssteunverbod:

- Er is sprake van een marktconforme vergoeding, waardoor er geen sprake is van begunstiging, en dus ook niet van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 E.V. Aanmelding van de maatregel kan dan dus achterwege blijven.
- Er is weliswaar geen sprake van een volledig marktconforme vergoeding, maar die maatregel kan als vergoeding voor het verrichten van diensten van algemeen belang worden goedgekeurd krachtens artikel 86 lid 2 E.V.

Bij het beantwoorden van de vraag of bij een grondtransactie de vergoeding met subsidie omlaag kan worden gebracht, is het meest praktisch om direct te kijken naar de vrijstellingsmogelijkheid ex artikel 86 lid 2, en de eerste stap ('begunstiging' of niet) in eerste instantie over te slaan.

De Europese Commissie heeft bij beschikking een 'groepsvrijstelling' vastgesteld<sup>41</sup> waarbij de uitzondering van artikel 86 lid 2 E.V. van toepassing wordt verklaard op vergoedingsstructuren met bepaalde kenmerken, en deze ook worden vrijgesteld van artikel 88 lid 3 E.V.

Deze bepaling stelt dat een voornemen, een invoering of een wijziging van een steunmaatregel tijdig aan de Commissie wordt meegedeeld, zodat deze opmerkingen kan plaatsen en eventueel doen opheffen of wijzigen (artikel 88 lid 2 E.V. eerste alinea).

Voorwaarde voor toepassing van die vrijstellingsbeschikking is ten eerste dat er sprake moet zijn van een handeling waarop een verplichting wordt opgelegd tot het verlenen van *diensten van algemeen belang*. Welke diensten nu als verplichtingen tot het verlenen van diensten in het algemeen belang kunnen worden aangemerkt, is in wet- en regelgeving niet eenduidig omschreven. Ook de jurisprudentie laat ruimte over voor interpretatie.

De Europese Commissie heeft een openbare dienstverplichting omschreven als een "verplichting(..) die de (..)onderneming, indien zij haar eigen commercieel belang in aanmerking

<sup>40</sup> HvJ EG 24 juli 2003, Altmark Trans/nahverkehrsgesellschaft Altmark, zaak C-280/00, Jur.2003, pag. I-1483

<sup>41</sup> Beschikking van de Europese Commissie d.d. 15 juli 2005.

zou nemen, niet of niet in dezelfde mate noch onder dezelfde voorwaarden, op zich zou nemen<sup>42</sup>. Het ontwikkelen en opknappen van steden en dorpen kan zeker als een dergelijke verplichting worden aangemerkt omdat dat van oudsher een overheidstaak betreft. Het ontwikkelen van kantoren en winkelcentra niet.

Voorwaarde voor de toepasbaarheid van de groepsvrijstellingsbeschikking is voorts dat de betrokken ontvangende onderneming een jaarlijkse omzet heeft van minder dan 100 miljoen Euro en een jaarlijkse compensatie verkrijgt van minder dan 30 miljoen Euro (artikel 2 lid 1 sub a. van de in noot 20 genoemd besluit). De compensatie zelf mag ook niet vormvrij plaatsvinden:

- Het verrichten van een dienst van algemeen belang moet worden opgedragen door middel van een civiel of publiekrechtelijke handeling, waarin de precieze kenmerken van die dienst worden beschreven.
- Er moet voorzien zijn in een systeem om de vergoeding op basis van kostprijs te berekenen, met inbegrip van een redelijke winstmarge.
- Er moet zijn voorzien in een mechanisme om eventuele overcompensatie terug te vorderen.

Problematisch is het dus voor ontwikkelaars die geen aanspraak kunnen maken op de vrijstellingsbeschikking. Dergelijke bedrijven zouden moeten terugvallen op het eerder genoemde Altmark-arrest, dat naast de hiervoor genoemde vereisten eist dat de dienstverlening op kostenefficiënte wijze plaatsvindt, wat hetzij een aanbesteding hetzij een 'benchmarking' veronderstelt. Voor dergelijke bedrijven zou een ontwikkelingssubsidie dus alleen aan het verbod van artikel 87 lid 1 E.V. kunnen ontsnappen indien het geraamde exploitatietekort van tevoren wordt 'gebenchmarked' en indien de uitgekeerde subsidie uitsluitend aan die benchmark wordt gerelateerd, met een voorziening voor het terugvorderen van een eventuele overcompensatie.

Geconcludeerd kan worden dat de gangbare 'locatiegebonden subsidie' of 'objectsubsidie' in het kader van gebiedsontwikkeling of stedelijke vernieuwing onder voorwaarden kan worden vrijgesteld van het verbod op mededingingvervalsende begunstiging van een onderneming.

Nationale rechter:

Een constructie kan ook al op nationaal niveau door de bestuursrechter worden geblokkeerd, indien deze zich ter beoordeling heeft ingelaten met een klacht van belanghebbenden bij het niet doorgaan van de deal.

Over een goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten (G.S.) over een bestemmingsplan in de gemeente Haaksbergen oordeelde de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat onzeker was of realisering van het bestemmingsplan niet ook op andere financiële wijze zou kunnen, dan door het gratis weggeven van de grond en het verder meebetalen van ruim een derde van de totale kosten, indien zou komen vast te staan dat er strijd is met artikel 87 E.V., welke laatste vraag overigens niet werd beantwoord. Dat leverde strijd op met het zorgvuldigheidsbeginsel, waardoor de Afdeling het goedkeuringsbesluit van G.S. vernietigde<sup>43</sup>.

Begunstiging kan zoals blijkt uit de aangehaalde zaken dus ook plaatsvinden op andere wijze dan met het weg subsidiëren van een projecttekort en daarmee van een exploitatieprobleem. Korting op grond, gratis grond, of gratis oude opstallen zijn ook vormen van begunstiging. Dit soort bijdragen kunnen wenselijk zijn om een algemeen belang bij de realisering van een project te dienen.

<sup>42</sup> vergelijk artikel 2 Verordening 1191/69 van 26/6/69.

<sup>43</sup> ABRvS 6 mei 2004, nr. 200303711, Tijdschrift voor Bouwrecht 2004, pag. 955.

Hoe nu te weten wat de marktwaarde is van oude opstallen in de context van de gehele projectopzet. De waarde is wat iemand bereid is te betalen, indien hij ook het (her-) ontwikkelrecht krijgt.

Een methode -die tevens het transparant toedelen van ontwikkelrechten dient- is het organiseren van een selectieprocedure voor de ontwikkelaarkeuze en het laten bieden op het ontwikkelrecht, de grond en de opstallen. Indien op basis van het te vergeven ontwikkelrecht met goedkope grond of met goedkope oude opstallen wordt ingeschreven en geselecteerd, dan vertegenwoordigt het financiële bod (met plan) dat de winnaar inzendt per definitie de marktwaarde van het 'object'.

Indien de keuze voor een beheerder van sociaal maatschappelijke functies (zoals corporaties) niet via een openbare aanbesteding is verlopen, kan dat reden zijn om te twijfelen of de opgegeven kosten wel een weerspiegeling van de marktprijs is<sup>44</sup>.

Exploitatie:

Behalve het uitzoeken van de toelaatbaarheid van subsidie ten aanzien van de ontwikkeling, is er de vraag of een deel van de uit te keren subsidie niet eigenlijk ook het beheer/de exploitatie ten goede komt. Steun van ontwikkeling of exploitatie van commerciële projecten is niet toelaatbaar en zal bij mededeling aan de Commissie niet worden goedgekeurd. Is 'niet commercieel' gelijk aan 'niet rendabel'? De met de exploitatie behaalde rendementen zijn zeker bedrijfseconomisch verantwoord. Bij hoeveel rendement begint dan 'commercie'? Winst uit het ontwikkelen zelf kan wellicht laag zijn, maar voor een corporatie telt natuurlijk het rendement op de exploitatie, oftewel de gecreëerde beleggingswaarde, inclusief bijvoorbeeld afspraken over het later mogen uitpenden tegen vrije marktwaarde.

Vooralsnog lijken de overheidsbijdragen aan de haalbaarheid van sociale projecten (of onderdelen) verenigbaar met de eisen van de interne markt indien die verschillende soorten projecten ook door afzonderlijke organisatieonderdelen worden gedaan zodat publiek geld niet de commercie ten goede komt (althans niet direct).

Uitsplitsing van kosten bij een integraal project met verschillende functies om transparant te maken wat wel en niet wordt gesubsidieerd is hoe dan ook noodzaak voor een overheid om zich veilig te kunnen wanen met betrekking tot staatssteunregels.

Hoe dan ook: Indien geen enkele mededinging plaats heeft gevonden noch onafhankelijke toetsing van de waarde aan de marktsituatie, dan loopt de betrokken overheid en het project risico op afbreuk, vertraging en schade.

Deze paragraaf 2.5.5 over staatssteunrecht vormde onderdeel van Hoofdstuk 2 *Geldend recht en theorie bij ontwikkelrechten*. Deze paragraaf ging vooral over steun aan corporaties bij concrete ontwikkellocaties.

Voordat in hoofdstuk 4 zal worden teruggekeerd naar de praktische kern van centrale vraagstelling -de wijze van verkrijging / toedeling van het recht om überhaupt ergens op overheidsgrond te mogen ontwikkelen- worden eerst in hoofdstuk 3 verschillende constructies bij projectontwikkeling behandeld, alsmede de spraakmakende actie van de Europese Commissie inzake 'Vathorst'.

---

<sup>44</sup> Ministerie van V.R.O.M., Handreiking staatssteun en stedelijke vernieuwing, hoofdstuk 2, pag. 32.

## 2.6 Conclusies hoofdstuk 2

*Ontwikkelrechten* worden vaak onnodig zonder wezenlijke mededinging aan de man gebracht. Het betreft door grondoverdracht van de overheid aan een ontwikkelende partij bekrachtigde exclusieve rechten om een bouwprogramma te mogen ontwikkelen. Het betreft geen juridisch begrip. Het betreft steeds een complex aan *afspraken*. De keus voor een ontwikkelaar en de daaropvolgende grondtransactie valt niet onder het begrip 'opdracht'. Ontwikkelrechten of grondtransacties worden door de Nederlandse overheid niet als overheidsopdracht beschouwd, ook al wordt er een bouwplicht en tal van projectinhoudelijke zaken opgelegd.

De Europese Unie heeft zich gecommitteerd aan bewerkstelligen van een vrije interne markt. Dat betekent dat er voor vragers en aanbieders zoveel mogelijk een eerlijk speelveld dient te zijn. Voor inbreuken op de vrije mededinging is voldoende legitimatie nodig. De basisbeginselen 'transparantie' en 'non-discriminatie' horend bij de communautaire markt moeten bij projectontwikkeling krachtens Europees recht en Europees beleid in acht worden genomen.

De beginselen van gelijke behandeling, rechtszekerheid en non-discriminatie impliceren volgens gelden recht een *verplichting* (een *gebod*) tot transparantie die inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend.

Van een echt eerlijk speelveld voor de verwerving van een ontwikkelrecht is in Nederland vaak geen sprake, maar een expliciete regeling hiervoor bestaat nog niet. Het zelfrealisatie-beginsel in Nederland, de autonomie van de lidstaat bij de ruimtelijke ordening in het algemeen, en het traditionele primaat van de corporaties staan daar vooralsnog aan in de weg. Het zonder kenbare motivatie afzien van voorafgaande mededinging werkt concurrentievervalsend en is daarmee niet verenigbaar met principes van de interne markt.

Het vrijstellen van mededinging bij het vergeven van ontwikkelrechten is bovendien niet nodig. Mededinging is in geval van veel te gunnen ontwikkelrechten eenvoudig te organiseren<sup>45</sup>.

Openbare werken of infrastructuur boven de Europese drempelwaarden moeten worden aanbesteed, ook al geschieden ze 'om niet'. De Europese aanbestedingsplicht kan ook doorgelegd worden aan de private partij of het PPS-vehikel dat het gebied ontwikkelt voor diens eigen risico.

Staatssteun:

Begunstiging (staatssteun): De vrijstellingsmogelijkheid van artikel 86 lid 2 E.V. en het Altmark-arrest voor niet marktconforme begunstiging heeft Nederland nog niet bewogen tot het bieden van volledige duidelijkheid aan Brussel over de Nederlandse praktijk van gunning en betaling van ontwikkelrechten. Brussel krijgt tot op heden geen transparante informatie over de extra kosten van *diensten van algemeen belang, noch van de totale waarde van steunmaatregelen*. Zolang Nederland dat niet verschaft hoeft het geen goedkeuring te verwachten en lopen corporaties en projecten een onbekend risico. Mogelijk zal onverenigbare overcompensatie worden teruggevorderd.

---

<sup>45</sup> aangetoond in casus 'Harderwijk' in paragraaf 3.2.4, en paragraaf 4.3.2 'locatie B'.

## Hoofdstuk 3      Ontwikkelmodellen, PPS / de zaak Vathorst

### Inleiding

In paragraaf 3.1 worden vijf bestaande en gangbare vastgoed-ontwikkelmodellen toegelicht.

In paragraaf 3.2 ga ik in op vormen van publiek/private samenwerking (PPS) in relatie tot ontwikkelrechten. Tot slot van deze paragraaf volgt de bespreking van een groot project in Harderwijk, waar gemeente en marktpartijen een geslaagde wijze van samenwerking vonden en de gemeente met succes scherp met de juridische tijdgeest meegang en gaat.

In paragraaf 3.3 wordt de beruchte zaak Vathorst besproken in relatie tot ontwikkelrechten en mededinging. Het betreft geen rechterlijke uitspraak, maar een beleidsactie van de Europese Commissie.

### 3.1 Vijf modellen bij projectontwikkeling

Een ontwikkelrecht bestaat in deze context uit afspraken om door de overheid planologisch mogelijk gemaakte en gewenste bestemmingen te realiseren, inclusief een afspraak om dat zakenrechtelijk te doen realiseren door middel van eigendomsoverdracht van grond, of door de vestiging van een recht van erfpacht of opstal. Een ontwikkelrecht betreft een contractuele relatie (verbintenis) bestaande uit rechten en plichten om op basis van een door een overheid op naam van een private partij te vestigen zakelijk recht (voorheen de volle eigendom van die overheid) ruimtelijke en bestemmingstechnische transformatie te realiseren.

In de bespreking van het fenomeen ontwikkelrechten is behandeling van het contracteren van belang. De reden daarvan is dat het contract de vorm is waarin het fenomeen ontwikkelrecht zich openbaart of voorkomt. De keuzes die bij het contracteren worden gemaakt zijn waarde- en rolbepalend en bepalen hoofdzakelijk wat het ontwikkelrecht precies omvat.

Er zijn vijf bestaande en gangbare modellen van contracteren<sup>46</sup>:

- a) Traditioneel: Hierbij is er een gemeentelijke grondexploitatie met eigen verantwoordelijkheid van de gemeente voor het resultaat. Een komt gronduitgifte op *bouwplanniveau* met strikte voorwaarden. Dit betekent een maximale invloed van de gemeente. De gemeente verwerft dus eerst alle gronden binnen een plangebied, maakt deze bouwrijp en geeft ze vervolgens uit aan geïnteresseerden die binnen de grenzen van het bestemmingsplan tot ontwikkeling overgaan. Met de uitgifteprijs beïnvloedt de gemeente het grondexploitatie resultaat, maar draagt ook alle risico's die daarmee samenhangen, met name die van het eventueel niet voldoende terugverdienen van de vooraf gemaakte kosten van verwerving en bouwrijp maken.
- b) Joint Venture: Deze samenwerking ontstaat door het sluiten van alleen een overeenkomst, danwel door het samen oprichten van een rechtspersoon. Deze laatste optie staat bekend als een Gezamenlijke Exploitatiemaatschappij (GEM). In een dergelijke constructie ontstaat er een gezamenlijke grondexploitatie door gemeente en ontwikkelaar(s) met inbreng van grondposities door private partijen en door de gemeente. Het bouwrijp maken en soms ook de verwerving geschiedt gezamenlijk met gelijke verdeling van risico's en zeggenschap. Dat kan voor de gemeente aantrekkelijk zijn wanneer de grondexploitatie negatief uitvalt. Ze behoudt uiteraard haar publiekrechtelijke bevoegdheden, maar deelt de regierol met de private partij.

---

<sup>46</sup> Zie o.a. PPS 2000+, *De praktijk achter de theorie*, Akro Consult, geactualiseerd in 2004, [www.akroconsult.nl](http://www.akroconsult.nl)



Een goede projectorganisatie en goede overige afspraken zijn extra belangrijk mede vanwege de twee petten-situatie van de participant, die als ontwikkelaar tevens kavels zal afnemen van de GEM. Als participant wil hij een sluitende grondexploitatie met hoge grondopbrengsten, als afnemer wil hij zo min mogelijk betalen voor de bouwrijpe grond<sup>47</sup>. De politiek heeft vanwege de participatie van de gemeente een behoorlijke invloed op de joint venture. Bijstellingen tijdens het proces zijn dus mogelijk.

- c) Concessiemodel: De gemeente kan bij de ontwikkeling van een plangebied kiezen voor het enkel stellen van randvoorwaarden. Binnen die voorwaarden wordt dan zowel de grondexploitatie als de opstalexploitatie overgelaten aan een private partij. Ook verevening van deelwinsten en deelverliezen zijn dan zaak van de private partij (concessiehouder). In deze constructie heeft de overheid een beperkte rol, die bestaat uit: het stellen van randvoorwaarden, het opstellen van een stedenbouwkundig programma van eisen (SPvE), een beeldkwaliteitplan, publiekrechtelijke medewerking verlenen tot het starten van procedures, toetsing van de prestatie achteraf. Bijsturing door de politiek is gedurende het proces niet mogelijk. Hierom is het concessiemodel vooral geschikt voor kleine projecten die minder kans lopen op onvoorziene ontwikkelingen.
- d) Zelfrealisatie: Bij zelfrealisatie vindt geen gronduitgifte plaats, de overheid stuurt middels het bestemmingsplan. Elk initiatief dat past in het vigerende bestemmingsplan kan gerealiseerd worden en moet door de overheid vergund worden (zie uitgebreider over 'zelfrealisatie' paragraaf 2.3.3).
- e) Bouwclaim: De gemeente verwerft, met korting, grond van een private partij in ruil voor een te geven ontwikkelrecht (gronduitgifte) aan die private partij.. Een soort van sale/leaseback-constructie. Er is dus eerst een door een private partij ingenomen grondpositie welke positie aan de gemeente wordt verkocht, in ruil voor het pro rato terug ontvangen van rechten om opstallen te mogen ontwikkelen na gronduitgifte. Er vinden dus twee transacties plaats. Beide partijen zijn afhankelijk van elkaar waardoor er geen vrije mededinging is en het de vraag is of er bij beide transacties wel de noodzakelijke marktwaarde wordt betaald. Zo is bekend dat ontwikkelaars essentiële stukken grond opkopen in gebieden waar de overheid VINEX-locaties wil realiseren. Hierdoor wordt de overheid gedwongen om tegen enorme bedragen de medewerking van de ontwikkelaars te kopen. Dikwijls betalen de ontwikkelaars speculatief veel voor de grond. Het gaat dan om bedragen die de overheid zelf niet voor de grond betaald zou hebben. Om de VINEX-locatie te kunnen ontwikkelen is de overheid alsnog veroordeeld tot het hoge prijsniveau, en betaald vaak zelfs nog meer omdat de ontwikkelaars winst willen maken bij de grondverkoop. Ook loopt een gemeente risico bij het genoeg nemen met minder grondopbrengsten of het in onderhandeling gedeeltelijk afzien van doorgaans gevraagd kostenverhaal.

In de Richtlijn 2004/18/EG werd een nieuwe variant geïntroduceerd: De *concurrentiegerichtte dialoog*, bedoeld voor complexe projecten. Deze variant gaat er vanuit dat de aanbestedende dienst nog niet zeker is over hoe het zijn doel wil bereiken. Daarom spreekt zij vóór de inschrijving op vertrouwelijke basis met marktpartijen over mogelijke oplossingen/constructies om uit te vinden welke middelen het meest geschikt zijn. Zij verplicht zich tot niets, weet vervolgens wel wat er te bereiken valt en maakt dan een keuze met wie ze exclusieve gesprekken over een ontwikkelrecht zal starten..

---

<sup>47</sup> Een oplossing kan zijn om de grondprijzen zo hoog mogelijk te maken zodat de grondexploitatie tenminste winst maakt, en die winst te verdelen.

De keuze voor één van bovenstaande modellen is zeer afhankelijk van de betreffende grondposities ter plaatse en van de overige private en publieke aanwezige belangen. Welke eventuele particuliere gronden zijn bijvoorbeeld nodig voor de te bereiken doelen? Ook is van invloed dat vaak verevening van planonderdelen binnen een grondexploitatie wenselijk is. Er zijn immers minder profijtelijke onderdelen die wel gewenst zijn.

Gemeenten met een actieve grondpolitiek ontwikkelen zelf op risico bouwrijpe grond, en gaan ten aanzien van opstalontwikkeling vaak een vorm van samenwerking aan. Die publiek/private samenwerking wordt soms PPS genoemd, maar in overzichtelijke gevallen geschiedt (vooral binnenstedelijke) samenwerking eenvoudig onder de noemer 'gronduitgifte bij stedelijke vernieuwing' zijnde een andere aanduiding voor de grondtransactie (verkoop of erfpachtuitgifte). Er worden tal van afspraken gemaakt en verhoudingen bedacht die 'eenvoudig' in een gronduitgifte-contract worden geregeld (vol eigendom of erfpacht). In de volgende paragraaf wordt het fenomeen PPS toegelicht.

## **3.2 PPS (publiek/private samenwerking)**

### **3.2.1 Wat is een PPS?**

Publiek-private Samenwerking (PPS) is een containerbegrip. Het omvat vele vormen van samenwerking tussen private en publieke partijen. Het Rijk verstaat onder publiek-private Samenwerking (PPS) een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven met behoud van identiteit en verantwoordelijkheid gezamenlijk een project realiseren op basis van heldere taak- en risicoverdeling<sup>48</sup>. Het doel van PPS is het verkrijgen van grotere meerwaarde: een kwalitatief beter eindproduct voor hetzelfde geld, of hetzelfde product voor minder geld. Beiden zijden brengen hun expertise in ten behoeve van een win/win situatie.

Over de manier waarop samenwerking plaatsvindt in PPS projecten bestaan geen vastgelegde wetten of regels. Hoewel er enkele kenmerken van PPS te noemen zijn (zoals gedeelde winst en gedeeld risico) is het in de vele vormen van samenwerking tussen overheid en private partijen niet duidelijk wanneer een project wordt bestempeld als PPS en wanneer niet. PPS lijkt dat ook meer een 'werkbegrip' te zijn, een begrip om wat voor een vorm van samenwerking dan ook tussen overheid en private partijen weer te geven, dan een vastomlijnd begrip.

De algemene trend laat zien dat bij complexe langlopende stedelijke vernieuwingsprojecten en gebiedsontwikkeling steeds vaker een op gedeelde risico's gebaseerde samenwerking tussen markt en overheid ontstaat. Het betreft samenwerking bij het opstellen van een plan voor een locatie (versus het in detail uitwerken door een overheid alleen) en/of het samenwerken bij grondexploitatie. In PPS-projecten op het gebied van vastgoed nemen de private partijen behalve ontwerp, ontwikkeling en financiering ook (delen van) beheer en exploitatie op zich. De overheid levert grond en spant zich ten aanzien van planologie en vergunningen. Eventueel privaats ontwikkelde openbare ruimte en infrastructuur vallen na oplevering meestal weer toe aan de publieke partijen. Soms nemen de publieke partijen daarbij meer risico's op zich (bijvoorbeeld bij opstalontwikkeling dan traditioneel gewoon was (grondontwikkeling)).

Bij een samenwerkingsvorm (PPS of een andere vorm) is het van belang dat de keuze van de overheid voor een samenwerkingspartner transparant en niet-discriminatoir is. Het valt echter op dat bij het gunnen van ontwikkelrechten in kleinere projecten van niettemin vele jaren waarbij begrippen als 'PPS', 'samenwerking' en 'partners' niet worden gebruikt helemaal weinig wordt

---

<sup>48</sup> Zie [www.min.fin.nl](http://www.min.fin.nl)

gedacht aan het zoeken van mededinging waar dat wel mogelijk is, dan wanneer een project tot PPS is benoemd en van samenwerking wordt gesproken. Dan wordt meer beleef dat een partner moet worden gezocht en dat dat eerlijk moet gebeuren. Bij eenvoudiger ontwikkelrechten wordt het partnerschap niet gevoeld. Maar waar het begrip 'samenwerking' of partnerschap' begint of eindigt wordt door gemeenten niet helder en consistent ingevuld.

Maar het feit dat een project tot PPS bestempeld is, moet niet de reden om aan het organiseren van mededinging te denken. De wens om mededinging te organiseren dient bij het vergeven van elk ontwikkelrecht bij overheden aanwezig te zijn.

Maar zelfs indien van een groot PPS-project sprake is, is mededinging voor sommige kenners geen uitgangspunt. Zo meldt bijvoorbeeld het *Compleet Receptenboek voor PPS*<sup>49</sup> van een gerenommeerd adviesbureau uit 2004: "Als er nog geen private partij is met bijvoorbeeld een grondpositie, is de overheid vrij [bedoeld is: zonder aanbesteding, toevoeging auteur] om een partij te kiezen en te gunnen".

#### *Doelmatigheid:*

De te kiezen samenwerkingsvorm (bijvoorbeeld alleen een samenwerkingsovereenkomst, of juist het oprichten van een gezamenlijke onderneming, of een 'design-build-finance-maintain'-constructie) wordt bij voorkeur bepaald door de mate waarin meerwaarde kan worden gecreëerd. De 'scope' (bereik) van het project en de samenwerking dienen helder te zijn en de structuur moet werkbaar zijn. Ook dienen partijen, in het bijzonder de overheden, zich af te vragen in welke mate in geval van een langlopend traject inhoudelijke zekerheid in het contract moet worden ingebouwd. De gewenste meerwaarde, alsook de waarde van het contract zelf, zal minder blijken te zijn als alles in de beginfase juridisch inhoudelijk is dichtgetimmerd en er niet geanticipeerd wordt op mogelijke ontwikkelingen in de tijd (bijvoorbeeld: marktwijzigingen en technische innovaties). Flexibiliteit ten aanzien van de projectinhoud en projectverhoudingen verhoogt duidelijk de kans op een vruchtbare samenwerking.

### **3.2.2 PPS en aanbesteding**

Rechtspraak over samenwerking tussen publieke en private partijen wordt tot nu toe beheerst door het Scala-arrest. Omdat het Hof van Justitie nog geen uitspraak heeft gedaan in de zaak 'Vathorst' is dit (nog?) geen geldend recht. In het Scala-arrest huldigt het Hof van Justitie het standpunt dat voor de vraag of voor realisering er een aanbestedingsplicht geldt, niet leidend is welk vehikel of welke instantie formeel opdracht geeft tot een werk of dienst, maar of het werk een openbaar karakter draagt. En of er sprake is van enigerlei wijze van vergoeding of tegenprestatie.

In tegenstelling tot wat velen dachten vervalt de plicht tot aanbesteden niet indien de aanbestedende instantie zelf geen rechtspersoon is, noch wanneer een PPS in een aparte rechtspersoon is gevat (de 'grondexploitatie maatschappij'), ongeacht of in die rechtspersoon nu een project zit met een laag of hoog percentage 'openbaar karakter'. En volgens de Europese Commissie vervalt de aanbestedingsplicht zelfs niet indien van private grond sprake is. Zie daarover paragraaf 2.3 en 2.4. 3.2.3 Ontwikkelrechten als lange termijn-prestatiecontracten

Het regelen van het hele complex aan rechten en plichten bij een locatieontwikkeling in de praktijk gebeurt niet altijd zo doelmatig als partijen wilden. De keuzes die worden gemaakt zijn waarde- en rolbepalend en bepalen dus hoofdzakelijk waar het ontwikkelrecht precies uit bestaat. De

---

<sup>49</sup> Akro Consult: juni 2004, 'Compleet receptenboek voor PPS', pag.4.

praktijk leert dat het resultaat (het contract) vaak niet voor langere duur optimaal werkbaar is omdat er te weinig flexibiliteit wordt ingebouwd, terwijl bij een langdurig vastgoedontwikkelproces de inzichten en overige omstandigheden zich per definitie steeds blijven ontwikkelen. Zie hierna de casus 'Harderwijk'. Deze neiging staat in de weg aan een lange bruikbaarheidsduur van de overeenkomst. Het is dan ook beter om afspraken overeen te komen die bepalen hoe partijen zich zullen opstellen als zich nieuwe omstandigheden voordoen. Dit geldt des te meer wanneer samenwerking een doel van de overeenkomst is.

Het theoretisch kader met betrekking tot de contractering is binnen de kaders van deze thesis overzichtelijk. De contractsvetoverhouding tussen partijen wordt door de partijen zelfgeregeld: de contractsvrijheid. Het Burgerlijk Wetboek regelt de basis (het contractenrecht) en er zijn geen bestuursrechtelijke regels of beleidsregels die de werking van afspraken jegens elkaar onmogelijk of nietig maken. Een contract wordt beheerst door de wils- en vertrouwensleer, en wordt uitgelegd aan de hand van de begrippen redelijkheid en billijkheid.

### 3.2.4 Een voorbeeld ten positieve: Harderwijk

De gemeente Harderwijk krijgt een geheel nieuwe kustlijn. Vanaf 1996 werkt deze gemeente, met drie miljoen bezoekers per jaar, aan het grote plan *Waterfront*. De ooit fraaie ligging van de stad aan het water was verworven tot een weinig aantrekkelijke situatie met een groot afstotend bedrijventerrein aan het water dat niet kan groeien, terwijl de binnenstad werd afgesneden en een enorme hoeveelheid geparkeerde auto's de beleving van het water verstoort. Ondanks het succes van het Dolfinarium werd de beleving van de stad aan het water geheel verstoord, er was veel scheefgegroeid. Harderwijk heeft met een historische binnenstad, de randmeren en de dolfijnen echter sterke 'unique selling points'.

Voor het plan *Waterfront* besloot de gemeente tot Europese aanbesteding van de ontwikkelrechten en de uitvoeringsrechten. De aanbesteding leverde een winnend consortium op<sup>50</sup>. Deze zal een nieuwe binnenhaven aanleggen, een strandeiland, een watersportboulevard plus ruimten voor vrije tijdsvoorzieningen, een jachthaven verplaatsen, drie parkeergarages bouwen en 700 woningen realiseren.

Project *Waterfront* is als geslaagd voorbeeldproject van de herontwikkeling van een verouderd stadsgebied genoemd in de Nota Ruimte<sup>51</sup>. Wat zijn de succesfactoren van de gekozen procesgang en structuur bij deze vastgoedontwikkelingen?

De gemeenteraad van Harderwijk stelde twee eisen:

1. Een sluitende exploitatie met een beheersbaar risicoprofiel ('nader te bepalen risicopremie').
2. Flexibiliteit in het programma vanwege het woningbouwprogramma, natuur- en watercompensatie, asbestsanering, parkeerproblematiek en de noodzakelijke samenwerking met marktpartijen.

Het masterplan van 2003 werd opgesteld met behulp van *adviezen* van met een *beautycontest* (selectie op basis van *trackrecord* / staat van dienst) geselecteerde ontwikkelaars, die op verzoek van de gemeente een consortium vormden. De gemeente bleef bewust ver van mogelijke verbintenis in de precontractuele fase. De door het consortium berekende tekorten bleken veel groter dan de berekening van de gemeente. Vanwege dit verschil van inzichten hierover en over

---

<sup>50</sup> Johan Matser / TBI / Boskalis

<sup>51</sup> Nota Ruimte 'Ruimte voor ontwikkeling', instemming Eerste Kamer 17 januari 2006.

de essentie van het plan bedankte de gemeente na betaling voor verdere adviezen van deze ontwikkelaars.

De gemeente besloot om het project in drieën te knippen en de financiële en bestuurlijke risico's te verkleinen. Ook werd besloten om zelf alle verwerving van gronden te doen, zelf de bodemproblematiek op te lossen en zelf natuur te compenseren en bovenal om zelf een stedenbouwkundig plan (SP) te maken met de verkregen marktinzichten uit de adviesfase en zelf 'best-' en 'worst'-scenario's te maken. Het SP werd een gedetailleerd, uitgewerkt programma met omschreven kwaliteiten en uitgewerkte planningen. Het was een keuze voor behoud van regie, eigen verantwoordelijkheid en flexibiliteit, zonder complicerende en vertragende samenwerkconstructies.

Uit de casus Harderwijk valt veel te leren:

Het aangaan van intentie- en samenwerkingsovereenkomsten met een groep private partijen kost veel energie, discussie en tijd, met kans op compromissen, lacunes, of later onhaalbaar blijkende afspraken. Het contractueel voorzien in flexibele effectieve procedures die bruikbaar zijn voor alle mogelijke ontwikkelingen is lastig en biedt geen zekerheid (zie o.a. IJburg). en het kiezen voor het steken van eigen energie in zelf te uit te voeren klussen of te maken producten, Met de strategie van Harderwijk bleek het als gemeente effectief en doelmatig om eerst zelf hard te werken en energie te steken in het zelf maken van een uitgewerkt plan (maken van SP), en om na de gunning van het ontwikkelrechten (na aanbesteding) ook volledig te vertrouwen in ontwikkelende partijen en de zelf gemaakte keuzen.

*Marktkennis zoeken maar verantwoordelijkheden behouden; zelf doen.*

Wanneer een overheid bepaalde onderdelen zelf verricht kan zij meerwaarde van de grond creëren. Hierdoor worden de financiële onzekerheden kleiner en daardoor wordt de kans op grote risicopremies - van te selecteren partijen bij de grondafname ten laste van de gemeentegeringer.

Een vergelijking met de Amsterdam Waterfrontmaatschappij is snel gemaakt. Dit betrof een vroeg gestorven PPS-onderneming die halverwege de jaren negentig de gehele IJ-oever van Amsterdam integraal als één project moest zien te realiseren, waarbij het accent op kantoorontwikkeling lag. Het samengestelde consortium moest zich vooraf verplichten tot ontwikkeling van het geheel. De geprognosticeerde beleggingswaarden kende teveel onzekerheden. Het consortium zag teveel risico trokken uiteindelijk de stekker eruit, Amsterdam likte haar wonden en vroeg zich af waarom het mis was gegaan. De IJ-oever worden nu met succes *per deelgebied* ontwikkelt. (Ook trok de concurrerende zuidkant van de stad, alwaar nu wel een grote PPS met gezamenlijke grondexploitatie mogelijk blijkt, de N.V.-Zuid-As).

In Amsterdam koos men voor afhankelijkheid van de beleggersmarkt in kantoren. Hoewel in Harderwijk na ontwikkeling de jachthaven, de woningen en de parkeergarages ook aan beleggers worden verkocht, koos Harderwijk voor separate ontwikkelingen vanuit uitgewerkte overzichtelijke situaties. De risico's voor de ontwikkelaars werden eerst inzichtelijk gemaakt. In Amsterdam moesten de private partners in de PPS conform de toen geldende lokale grondpolitiek zich vooraf verbinden om gedurende veel jaren voor miljarden aan grond af te nemen en investeringen te doen.

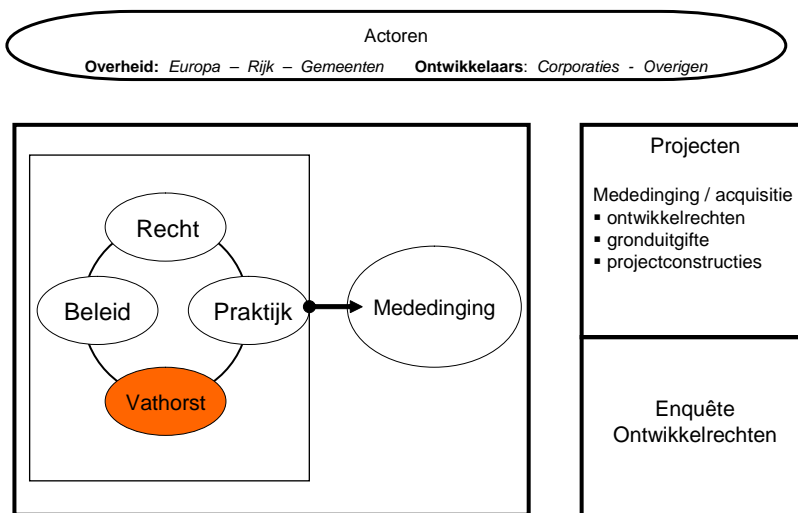
Samenvattend zijn in Harderwijk de succesfactoren:

- marktconsultatie;
- in late fase committeren aan ontwikkelaars;

- zelf verantwoordelijkheid nemen voor verwerving, bodem en uitgewerkt SP (hoge risico-premies voorkomen);
- ontwikkelrechten aanbesteden;
- weinig contractering-momenten, geen intentieovereenkomst, geen (gewijzigde) samenwerkingsovereenkomsten; wel kennis van de markt benutten, grote mate van traditionele procesgang, geen (volwaardige) PPS.

Met deze casus is aangetoond dat de wijze van contracteren erg bepalend is voor een positief projectverloop. Het veiligheidshalve in één keer ‘dichttimmeren’ van een projectcontract dekt wel risico’s af, maar herbergt een ander risico, namelijk de negatieve invloed op de bruikbaarheid van dat projectcontract voor het totale planproces.

### 3.3 De zaak ‘Vathorst’: ingebrekestelling door de Europese Commissie



#### Het project Vathorst

*In de gemeente Amersfoort is de regie van een plan voor het realiseren van ca. 11.000 woningen, 40 ha bedrijventerrein en 20 ha kantoren in de periode 1999 tot 2012, in handen van het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst. Dit is een samenwerkingsverband tussen de gemeente en een vijf ontwikkelaars. Voor de ontwikkeling van de wijk Vathorst heeft Amersfoort het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst B.V. (OBV) opgericht met OBV Beheer BV als beherend vennoot. OBV is een Publiek Private Samenwerking (pps), waarin de gemeente Amersfoort en private partijen elk voor 50% participeren. Die vijf private partijen zijn Bouwfonds Ontwikkeling BV, Heijmans IBC Vastgoedontwikkeling BV, Dura Vermeer Bouw Hengelo BV, De Alliantie en AM Grondbedrijf BV.*

*De missie van OBV is een aangenaam woon- en werkklimaat creëren voor zo'n 30.000 inwoners en circa 5.000 werknemers. De PPS vindt de gemeente een logisch vervolg op de landelijke en Amersfoortse ontwikkelingen, waarbij de overheid meer uitvoeringstaken aan de markt overlaat en zelf de regierol op zich neemt. Met deze werkwijze wordt de kennis die de markt heeft benut, worden risico's gedeeld en wordt de slagvaardigheid vergroot.*

De Europese Commissie heeft in maart 2005 Nederland in gebreke gesteld bij de naleving van de Richtlijn Werken. De ingebrekestelling betreft boven beschreven PPS-constructie (joint venture-

model) waarin de gemeente Amersfoort participeert bij de herontwikkeling van de wijk Vathorst. Volgens de Commissie had de ontwikkeling van de grond (het bouw- en woonrijp maken), alsmede de ontwikkeling van de opstallen moeten worden aanbesteed. De ontwikkelrechten waren gegund aan het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst B.V (OVV), een zelfstandige rechtspersoon waarin de gemeente participeerde. De Commissie stelt dat het OVV mede is opgericht *om te voorzien in behoeften van algemeen belang*, zoals bijvoorbeeld wonen. Om die reden dient OVV dan ook als ‘aanbestedende dienst’ te worden aangemerkt. Een andere reden waarom de Europese Commissie redeneert dat er sprake moet zijn van aanbesteding is gelegen in het feit dat er, in de huidige PPS-constructie, sprake is van een vorm van toezicht door de participerende gemeente.

### ***De samenwerkingsconstructie in het project Vathorst***

De drempelwaarden noch de vraag of er wel een aanbestedingsplichtige dienst in de zin van de Richtlijn was, vormde bij Vathorst het probleem. Immers de bedragen waren hoog genoeg, en de gemeente had een grote invloed op het ontwikkelvehikel waarin het participeerde. De Commissie beschouwt de opgerichte PPS-vennootschap zelfs als een publiekrechtelijke instelling, omdat het (1) was opgericht met het doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang en niet van industriële of commerciële aard is, verder ook toezicht heeft op het beheer, én (2) voor de helft de keuze van de directieleden kan bepalen en grotendeels zelf de benodigde financiële middelen ophoest.

Gemeente en private partners hadden vennootschappen (CV/BV-constructie) opgericht op basis van een samenwerkings- en een realiseringsovereenkomst. Deze rechtspersoon zou voor eigen rekening en risico gronden bouwrijp maken, de openbare ruimte inrichten en de opstallen ontwikkelen. De onderneming stelde volgens afspraak tussen de partners een grondexploitatie op voor de ingebrachte en verworven gronden en verkocht vervolgens de projectkavels aan de participanten, onder wie de gemeente. De openbare ruimte werd om niet aan de gemeente geleverd.

Er was sprake van een bezwarende titel, een op geld waardeerbare tegenprestatie door de ‘aanbestedende’ dienst. Er werd niet *om niet* gepresteerd. De aanwezigheid van een bezwarende titel in de overeenkomst is één van de vereisten om van ‘opdracht’, in de zin van de Europese Richtlijn, te kunnen spreken. Het openbaar gebied werd weliswaar om niet teruggelieferd aan de gemeente, maar de bouwrijp gemaakte bouwkavels werden deels verkocht aan de gemeente op basis van de grondexploitatie van de opgerichte onderneming, waarin partijen de gronden hadden ingebracht. Met het betalen voor de kavels werd in feite voor het bouw- en woonrijp maken betaald met publiek geld. De door de private partners ontvangen betalingen dekten op deze wijze de kosten van het aanleggen van de openbare infrastructuur, zodat in feite de gemeente kosten betaalde voor het ontvangen van ingerichte openbare ruimte.

Er was indirect door een aanbestedende dienst, zoals de onderneming vanwege de grote gemeente-invloed moet worden beschouwd in de zin van de Richtlijn, betaald voor een werk boven de aanbestedingsdrempel.

Ergo: deze werken ‘op het gebied van algemene bouwnijverheid en/of weg en waterbouw’ vormen -al dan niet gepaard met andere taken- overheidsopdrachten en hadden moeten worden aanbesteed. Dit deel van de beschikking betrof bestaande jurisprudentie: de uitspraak van het Hof over het Scala-theater in Milaan.

Sinds het Scala-arrest van het Hof van Justitie uit 2001 diende namelijk opstellen met *publieke functie* te worden aanbesteed, en wel ongeacht of de opstal voor rekening en risico van een private partij werden ontwikkeld, én ongeacht of een overheid de beschikking krijgt over de opstal.

De zaak Vathorst ligt nog 'onder de Europese Commissie'. Daarom is nog niet alle informatie openbaar en beschikbaar en is er vooralsnog alleen mededeling te doen. Met het standpunt van de Europese Commissie in de zaak Vathorst inneemt, heeft zij wel een steen in de vijver gegooid omdat de huidige praktijk niet meer zal zijn toegestaan. In de huidige praktijk is het voor overheden mogelijk om één op één met ontwikkelaars woningbouwprojecten overeenkomen (ontwikkelrechten creëren) zonder echte marktwerking te zoeken. Dit geldt voor de uitgifte van grond voor de realisering van 'publieke' werken in algemeen belang, zoals de ontwikkeling van sociale huurwoningen. Voor 'niet openbare werken', zoals winkels, kantoren en bedrijfsruimten zijn overheden hier minder vrij in, maar kan in de huidige praktijk vooralsnog worden volgehouden dat gronduitgifte met een bouwplicht en al dan niet in PPS-verband, sinds jaar en dag niet aanbestedingsplichtig is. Maar ook niet voor de overheid bestemde gebouwen zouden dus aanbestedingsplichtig kunnen worden.

De vraag of de opgerichte CV/BV in Amersfoort -die de meeste door de Europese Commissie betwiste opdrachten verstrekke- een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling) in de zin van de aanbestedingsrichtlijn is, wordt door lidstaat Nederland ontkennend beantwoord. De CV/BV is niet opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang (niet zijnde van industriële/commerciële aard). Daarnaast waren de aandelen/ de stemverhouding ook niet merendeels in handen van de gemeente.

#### *Opdracht?*

Gezien de uitspraken van de Europese Commissie, is het mogelijk dat in de toekomst ontwikkelrechten aanbestedingsplichtig worden en onder de aanbestedingsrichtlijn gaan vallen als zijnde 'opdrachten' van een overheid. In juli 2005 heeft de Nederlandse regering haar reactie op de ingebrekestelling door de EC gegeven, nu zal de Commissie een definitief standpunt innemen. Uiteindelijk zal een en ander als iemand een zaak aanspant en volhoudt naar aanleiding van de zaak Vathorst bepaald worden door het Europese Hof van Justitie. Het Hof wijkt overigens niet vaak van de beleidslijn van de Commissie af.

Afspraken met ontwikkelaars zouden dus aanbestedingsplichtig kunnen worden ongeacht of het corporaties of andere ontwikkelaars betreft en ongeacht of het werken betreft die als 'publiek' of als in het algemeen belang, namelijk 'wonen', gelden, dan wel gelden als 'niet-publiek, of niet in het algemeen belang (lees: winkels, kantoren en bedrijfsruimten)<sup>52</sup>.

Indien de Commissie bij haar standpunt blijft en na behandeling van een formele klacht niet op de vingers wordt getikt door het Hof, dan zal elke overheid dienen te beseffen dat bij gebiedsontwikkeling en herstructurering een keuze gemaakt dient te worden tussen ofwel het aanbesteden van het ontwikkelrecht indien een uitgewerkt programma is bedacht ongeacht eigen participatie (PPS), ofwel dat het kiest om één op één de grond uit te geven, en zich dan te beperken tot slechts het meegeven van een kader waarbinnen de ontwikkelaar vrijheid heeft. (Vergelijk: bouwveloppe-methode<sup>53</sup>), tenzij de Europese Commissie dus in de toekomst ook in de laatste vorm te weinig mededinging ziet en altijd aanbesteding wenst (zie hierna bij 'Vathorst').

---

<sup>52</sup> De E.C. onderscheidt met terminologie 'openbaar' / 'niet openbaar', en niet met 'commercieel' / 'niet commercieel'.

<sup>53</sup> Vergelijk ook de Amsterdamse operatie: 'Grote Vereenvoudiging'



Aanbestedingsrichtlijn 93/37 EEG luidt: *Het voorwerp van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan bestaan uit het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.*

Bij de beoordeling of deze richtlijn van toepassing is dient dus gevraagd te worden of er sprake is van een aanbestedende dienst, of er sprake is van een bezwarende titel (geen 'om niet'-verzekering) en of er sprake is van opgelegde eisen ten aanzien van de ontwikkeling.

*Voorlopige conclusie Vathorst en ontwikkelrechten:*

De uitspraak in het Scala-arrest vormde een eerste aantasting van het eigendomsrecht en zelfrealisatierecht (zie paragraaf 2.3.3) van grondeigenaren. Een particuliere eigenaar kan immers minder vrij over zijn eigendom beschikken. Gezien de uitspraak van de Europese Commissie kan gesteld worden dat de ontwikkelingen rond de aanbesteding van ontwikkelrechten snel verder gaan. Zo wordt in Nederland weliswaar nagedacht over de vraag of meer marktwerking gewenst is, en zo ja, hoe dit gerealiseerd moet worden. De impact van de uitspraak van de Europese Commissie in de zaak Vathorst ten aanzien van ontwikkelrechten met een vergaande beleidslijn en interpretatie van wetgeving (Aanbestedingsrichtlijn, 97/37) is vele malen groter. De uitspraak van de Commissie heeft dan ook fundamentele discussie tewege gebracht.

De gemeente Amersfoort is bij Vathorst zelf in de opstalontwikkeling gestapt. Het delen van risico vormt één van de kenmerken van PPS. Ze participeerde in de samenwerkingsvennootschap, maar ze kreeg volgens plan uiteindelijk geen opstallen in bezit, noch kreeg een opstal een publieke functie. Niettemin vindt de Commissie dat ook bij de opstalontwikkeling sprake is van een opdracht voor een werk in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn. De gemeente heeft één op één aan het samenwerkingsverband ontwikkelrechten verschaft, voor projecten die ze zelf in detail had uitgedacht, om vervolgens ook nog een deel van het resultaat af te nemen. Er loopt geen scherpe lijn (meer) tussen de ontwikkelactiviteit en de uitvoering (aannemerij). Bepalend is of van een (overheids-) opdracht met tegenprestatie kan worden gesproken, of niet.

De Commissie meent dat de PPS-vennootschap opgericht is om werken van algemeen belang (zie: Scala-criterium) te ontwikkelen. Milieuzorg, ruimtelijke ordening en huisvesting dienen altijd het algemeen belang als bedoeld in de tekst van de Richtlijn, aldus de Commissie. Dat suggereert dat als het aan de Commissie ligt alle opstalontwikkeling uitgezonderd winkels, kantoren en bedrijfsruimten voor niet publieke functies, zou dienen worden aanbesteed, ongeacht of de opstallen voor de overheid bedoeld zijn of niet.

De Commissie maakt geen onderscheid tussen 'sociale woningen' en 'niet-sociale/commerciële' woningontwikkeling, zoals de Nederlandse regering steeds wel aanhoudt. Alle woonhuisvesting wordt door de Commissie geacht werken van algemeen belang te zijn. Het separaat doen ontwikkelen van de sociale en luxe woningen haalt dus niets uit. Nederland lijkt dus op het verkeerde spoor te zitten.

Over het ontwikkelrecht voor het contingent sociale woningen in Vathorst, gegund aan een lokale corporatie, was de Commissie helder en vooral kort: *aanbestedingsplichtig*, Richtlijn van toepassing. Deze niet onbegrijpelijke houding heeft de corporaties, ambtenaren en flink beroerd.

*Doorwerking rechtsbeginselen:*

Hoe kort de Commissie was over woon-ontwikkelrechten voor corporaties (eerst na aanbesteding gunnen), zo veel woorden gebruikte zij om te benadrukken, dat indien een werk onder de drempel uitkomt en de Richtlijn zodoende toepassing mist, het communautaire recht op een dergelijke opdracht onverminderd van kracht is, niet in de laatste plaats de algemene rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling. Deze beginselen dienen dus bij het

vergeven van grote en kleine ontwikkelrechten onverkort in acht te worden genomen. Dit vormt vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie<sup>54</sup>.

### 3.4 Conclusies bij hoofdstuk 3

1. PPS. / Vathorst: Met name bij het gunnen van ontwikkelrechten bij de ontwikkelvorm PPS. is niet duidelijk of de verhouding tussen overheid en private partijen mededingingsrechtelijk gezien aanvaardbaar is. Begrijpelijk heeft de Europese Commissie (E.C.) in de zaak Vathorst het vergrootglas gelegd op de *opstal*ontwikkeling in PPS-verband. Zij vindt dat niet alleen *grondontwikkeling* en *opstalontwikkeling* van 'publieke' functies aanbestedingsplichtig zijn, maar onder omstandigheden ook elke *opstal*ontwikkeling, ook al komt die voor rekening risico en gebruik van een private partner. Wat de E.C. betreft is dan toch sprake van een *overheidsopdracht* in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Maar de uitwerking van haar beleid laat nog op zich wachten.
2. Dit betekent een aantasting van het zelfrealisatiebeginsel. Den Haag zal zich echter, ten behoeve van behoud van het goede van de bestaande volkshuisvestingspraktijk, niet zo snel gewonnen geven. Zij biedt weerstand tegen de E.C. onder druk van de corporatiewereld en onder verwijzing naar de functionerende en bijzondere Nederlandse volkshuisvestingspraktijk van samenwerking en afwezigheid van concurrentie.  
Sociale woningbouw in naoorlogs Nederland is wellicht een succes geweest, de tijden zijn in veel opzichten veranderd. Brussel wacht momenteel op nadere uitleg van het kabinet over de manier waarop ontwikkelrechten en gronduitgiften in Nederland worden gegund. Het Hof van Justitie heeft de standpunten bij de ingebrekestelling Vathorst nog niet vertaald in geldend recht. Eerst zal Brussel haar definitieve standpunten opmaken en deze in aanvullend beleid concretiseren.

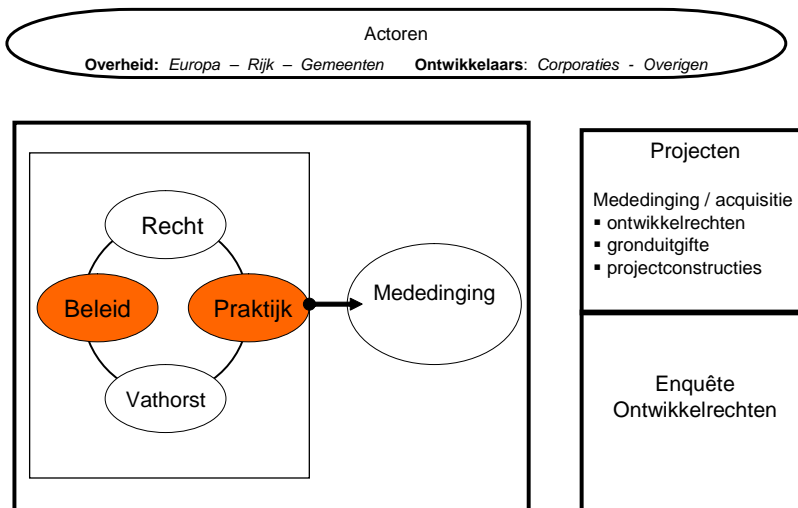
En daarmee ook ten aanzien van het in Nederland ingeburgerde en van het zelfrealisatiebeginsel afgeleide bouwclaimmodel. Bij het bouwclaimmodel zijn beide partijen afhankelijk van elkaar waardoor er geen geheel vrije mededinging mogelijk is en het de vraag is of er bij de twee transacties tussen gemeente en ontwikkelaar wel de noodzakelijke marktwaarde wordt betaald.

3. Eventuele vermeende aantrekkelijkheid van het één op één gunnen van een ontwikkelrecht bij PPS zonder (wezenlijke) mededinging is zeer betrekkelijk. Het PPS-project voor de herontwikkeling van de kust van Harderwijk toont aan dat afgezien van de slimme projectopzet het de moeite ruimschoots loont om de ontwikkelrechten aan te besteden. Met als te halen resultaat: kwalitatief goede partners, een goede projectkwaliteit en de basis voor een geslaagde samenwerking. Met de juiste voorbereiding levert georganiseerde mededinging bij het gunnen van ontwikkelrechten dan ook voor alle belanghebbenden positieve resultaten op, en voor de verliezende ontwikkelaar anders dan bij één op één gunning aan de winnaar, een aanvaardbare uitkomst. Ook betekent het een belangrijke risicoreductie (klachten, procedures) voor de overheid die het ontwikkelrecht gunde.

---

<sup>54</sup> o.a. HvJ 3 december 2001, Vestergaard, zaak C-59/00.

## Hoofdstuk 4 Ontwikkelingsrechten: Casuïstiek



### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden verschillende praktijkvoorbeelden van het ontstaan van ontwikkelrechten op overheidsgrond geanalyseerd. Daarmee wordt de gestelde hypothese, die luidt dat bij het gunnen van ontwikkelrechten onnodig vaak en onterecht geen of gebrekkige mededinging plaatsvindt, getoetst.

De Europese Commissie vindt dat alle projecten met 'wonen' een publiek karakter hebben, dat corporaties als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt en dat al snel van een bezwarende titel in de zin van de Richtlijn Werken kan worden gesproken (zie kwestie 'Vathorst' paragraaf 3.3). Uitgaande van de zaak Vathorst kan gesteld worden dat dit, wat de Commissie betreft, geldt voor alle *opstaal*/ontwikkeling bij integrale aanpak waarin een onderdeel met een openbaar karakter voorkomt. Dit geldt dus ook voor overwegend winkel- en kantorenprojecten, die voorheen als commercieel en als zonder algemeen belang werden bestempeld.

### 4.2 Acquisitie

Ontwikkelrechten op overheidsgrond worden in de praktijk regelmatig gegund vanwege ad hoc-omstandigheden of naar aanleiding van een ander gemeentelijk dossier, of omdat de persoonlijke relatie tussen gemeentebestuurder of ambtenaar met de directeur van de ontwikkelende partij goed is<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> De Kam, Prof.Dr.Ir. G., Radboud Universiteit Nijmegen, in *Compact aanpakken op de grondmarkt*, ISBN 90-50009-262-4, en tijdschrift 'Aedes', sept. '06: p. 67-69, 'Persoonlijke relaties zijn zeer belangrijk voor grondverwerving van overheid.', door I. Diekerhof, J. Kamminga en G. de Kam.

Een ontwikkelaar zal in zijn strijd met de concurrentie soms proberen om een grondpositie in te nemen door verwerving op de vrije markt. Bij gemeenten met (veel) eigen grond handelen ontwikkelaars en corporaties vaak anders. Zij proberen dikwijls te acquireren op grond van een persoonlijke relatie met een wethouder. Zo gaan zij bijvoorbeeld op de koffie bij de wethouder, of zoeken een subtielere vorm van contact, door bij gelegenheden te verschijnen. De ontwikkelaar/niet-corporatie wordt als 'gevaarlijke commerciële' partij nog wel eens de deur gewezen met mededeling dat de gemeente zelf wel gaat bedenken wat ze wil en met wie ze dat wil doen. Een corporatie wordt echter beschouwd als een betrouwbare gesprekspartner die direct kan gaan zitten en zijn ideeën op tafel kan leggen.

Het acquireren van ontwikkelrechten is een subtiel spel. Bestuurders en ambtenaren hebben vaak niet door dat zij zich in een acquisitie-proces bevinden en de pre-contractuele fase reeds is gestart. Deze fase leidt in feite tot het exclusief gunnen van rechten aan een ondernemer en/of stelt de ondernemer in staat om rechten op te bouwen.

Vaak ook worden lopende projecten als springplank naar een volgend ontwikkelrecht gebruikt. Zo kan het zijn dat tekorten bij een lopend project problematisch worden. De ontwikkelende corporatie biedt een bijdrage in het financiële tekort aan, maar vraagt in ruil hiervoor om 'noodzakelijke' en 'compenserende' ontwikkelrechten elders. Deze compensatie-eis is niet altijd terecht. Een financiële bijdrage van een corporatie mag vanzelfsprekend gevonden worden vanwege de inkomsten uit het grote (maatschappelijke) exploitatiebezit dat de corporatie in de toekomst genereert. Indien er sprake is van een aantoonbaar, bedrijfseconomisch onredelijk laag, totaalrendement is compensatie gerechtvaardigd. Die concrete cijfers worden in de praktijk dikwijls niet gekregen noch gevraagd. De beschreven corporatie-projecten op locaties A en D (zie paragraaf 4.4) zijn hier een voorbeeld van. Zonder onderbouwing met concrete cijfers zou een gemeente geen compensatie-projecten aan een corporatie moeten verlenen wanneer een locatie extra ingewikkeld of minder renderend blijkt te zijn.

Een situatie waarin compensatie wél begrijpelijk is en wat betreft mededingingsregels eerder gerechtvaardigd zou zijn, is indien een corporatie een sociaal blok woningen zou willen herontwikkelen maar door een door de gemeente opgelegd lagere dichtheid in het bouwprogramma er een lagere beleggingswaarde zou resulteren dan de corporatie bezat voor het project.

Weer een andere variant van creatief acquireren is wanneer een corporatie op eigen initiatief een studie indient voor een nieuw te ontwikkelen locatie die nog niet in een werkprogramma van een gemeente voorkomt. De inzending blijft vervolgens vaak op de plank blijft liggen. Na verloop van tijd meldt de indiener zich en creëert een gesprekssituatie. Door een deze situatie te creëren brengt de corporatie zichzelf in een exclusieve beginpositie, vaak zonder expliciete afweging door de overheid over de ontwikkellocatie. Komt de inzending echter van een traditioneel commerciële ontwikkelaar, dan volgt in een reflex ook wel een gemeentelijke voorlopige afwijzingsbrief dat zij al haar rechten wenst voor te behouden.

Een laatste scenario dat tot exclusieve rechten leidt, is wanneer corporaties en andere ontwikkelaars *actief* door een gemeentelijke bestuurder worden opgebeld/benaderd/gepolst, en vervolgens zonder concurrentie en ambtelijke bemoeienis ontwikkelrechten worden gegeven (zie paragraaf 4.4. casus locatie C).

### 4.3 Toetsing van de hypothese

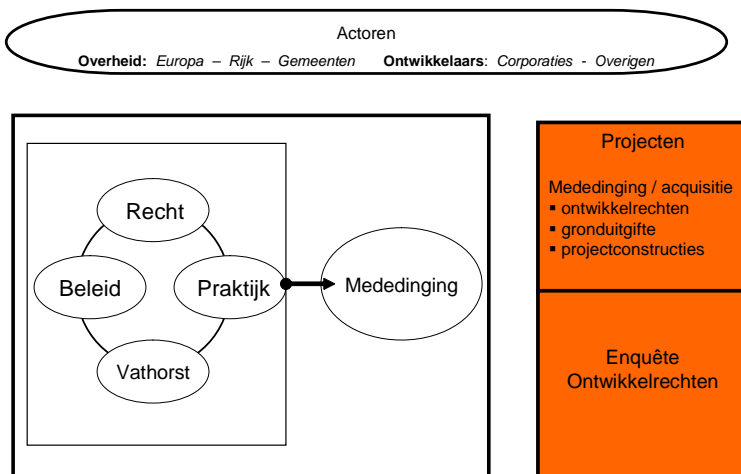
Het doel van deze thesis, zoals verwoord in hoofdstuk 1, is om de ongeregelde processen rond het ontstaan en toedelen van ontwikkelrechten te duiden.

Deze thesis toetst de hypothese die luidt dat het praktijk is dat er ontwikkelrechten op overheidsgrond zonder effectieve mededinging worden gegund. Dit is strijdig met de altijd geldende rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en rechtszekerheid en daarmee onrechtmatig. Deze situatie staat in de weg aan de gewenste vrije interne communautaire markt, en valt in veel gevallen relatief eenvoudig te voorkomen.

Met de casuïstiek van paragraaf 4.4 en een onder steden en deelgemeenten gehouden enquête, wordt getoetst of op lokaal niveau, met betrekking tot de markt van ontwikkelrechten, in strijd met rechtsbeginselen en nieuw Europees beleid gehandeld wordt.

De casuïstiek legde auteur telefonisch voor aan het hoofd van de juridische afdeling van het ministerie van V.R.O.M., waarop de reactie volgde dat dergelijke situaties onbekend waren en hogelijk verbaasden.

#### 4.3.1 Enquête



Onderstaand volgt de uitkomst van een schriftelijke en telefonische enquête, gehouden onder een aantal grote steden, provinciesteden en deelgemeenten met autonome bevoegdheden ten aanzien van het gunnen van ontwikkelrechten. Aansluitend volgen enkele conclusies.

De enquête is gehouden als steekproef bij een willekeurige verzameling grotere en kleinere (deel) gemeenten. De resultaten van de enquête geven een indicatie een van de lokale praktijk van marktwerking bij het gunnen van ontwikkelrechten en/of de keuze voor een ontwikkelende partij.

Methode:

1. Schriftelijk: zie bijlage, enquêtebrief met invulformulier
2. Telefonisch: De volgende vragen zijn gesteld aan hen die de brief niet beantwoordden:
  - A. *Kunt u een enkele gemeentelijke projecten noemen waarbij alle grond gemeentebesit betrof (dus niet corporaties/particulieren), en waarbij tot gronduitgifte/overdracht is overgegaan?*
  - B. *Is daarbij voornamelijk met één kandidaat gesproken?  
Is een meervoudige selectieprocedure georganiseerd?*

Er zijn 22 organisaties benaderd: Den Haag, Utrecht, Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam, Alkmaar, Roermond, Zwolle, Hoorn, Houten, Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf, stadsdelen Centrum, Slotervaart, Zuid-Oost, Noord, Westerpark, Oud-West, Oud-Zuid, Geuzeveld/Slotermeer, de Baarsjes, Bos & Lommer, Osdorp, Zeeburg, Zuideramstel.

Negen antwoorden geheel niet, drie reacties waren onbruikbaar, twee ondervraagden weigerden medewerking.

Bruikbare reacties werden verkregen van de gemeenten Den Haag, Hoorn, Houten en de Amsterdamse stadsdelen ZuidOost, Westerpark, Centrum, Bos en Lommer en Slotervaart.

Uit de telefonische gesprekken ontstond het volgende beeld, tevens weergegeven in onderstaande tabel 1. Bij allen blijkt dat corporaties niet hoeven mee te dingen naar nieuwe ontwikkelrechten. Andere ontwikkelaars worden vaak wel in een meervoudige selectie betrokken, maar het onderhands gunnen komt voor en is nergens beleidsmatig uitgesloten. Het komt vaker voor bij middelgrote en kleinere locaties. Dat volgens (recent) Europees beleid alle potentieel geïnteresseerden een passende mate van openbaarheid over het te gunnen recht moet worden geboden bleek niet bekend.

Een grote stad als Den Haag meldde bijvoorbeeld tenminste 4 grotere<sup>56</sup> projecten te hebben waarbij het ontwikkelrecht onderhands gegund is aan een ontwikkelaar niet zijnde een corporatie zonder georganiseerde mededinging. Ook had de gemeente niet de door het Hof van Justitie passende mate van openbaarheid jegens mogelijke andere geïnteresseerden in acht genomen.

Tabel 1: Uitkomsten enquête ten aanzien van gunnen van ontwikkelrechten.

		Onderhands gunnen aan corporaties?	Onderhands gunnen aan andere ontwikkelaar uitgesloten?	Wordt het te gunnen ontwikkelrecht bewust kenbaar gemaakt aan mogelijk geïnteresseerden?
1	Hoorn	Ja	Nee	Nee
2	Houten	Ja	Nee	Nee
3	Den Haag	Ja	Nee	Nee
4	Bos en Lommer	Ja	Nee	Nee
5	Westerpark	Ja	Nee	Nee
6	Centrum	Ja	Nee	Nee
7	ZuidOost	Ja	Nee	Nee
8	Slotervaart	Ja	Nee	Nee

<sup>56</sup> Projecten: (1) 75 woningen, (2) 80 appartementen, (3) 61 woningen, (4) 1200 m2 detailhandel + 8 woningen.

Conclusies op basis van deze steekproef: Het primaat van de corporaties staat recht overeind. Niettemin kunnen ook andere ontwikkelaars vooral bij kleine locaties ontwikkelrechten onderhands gegund krijgen. Allen bevestigden dat dat niet uitgesloten is, mits iemand bijtijds met een goed projectvoorstel komt. Mogelijk geïnteresseerden zijn vaak niet op de hoogte gebracht. Het gunnen van een ontwikkelrecht is daarmee geen transparant proces met voor ieder gelijke kansen met rechtsonzekerheid als gevolg.

De uitkomst van deze steekproef heeft een indicatief karakter.

### **4.3.2 Onderzochte projecten**

Allereerst wordt Vinex-locatie IJburg in Amsterdam behandeld. Het betreft een ontwikkelproces dat door de initiatiefnemers PPS wordt genoemd en waar een lang samenwerkingstraject tot ontwikkelrechten en vervolgens projectrealisering heeft geleid. Bij projecten met een dergelijke schaal, is een vorm van een selectie gebruikelijk. Vervolgens worden enkele projecten van kleinere schaal en met een kortere looptijd besproken. Het betreft enkele dossiers van Amsterdamse stadsdelen, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan de mate waarin de ontwikkelrechten met naleving van rechtsbeginselen en rechtsregels tot stand kwamen.

#### *IJburg, Marktontwikkeling alles bepalend*

IJburg-1 (onder andere 6000 woningen) is halverwege de realisatie (medio 2006).

Voor de tweede fase van Vinex-locatie IJburg moet het selecteren van marktpartijen voor een PPS tot ontwikkeling en realisatie nog plaatsvinden (en het land nog worden gemaakt). Op IJburg-2 zal minder dicht worden gebouwd met meer grond-gebonden woningen, omdat het verder van de stad is gelegen. In IJburg-2, op de grens met IJburg-1, wordt het Centrumeiland gebouwd met een groot winkelhart en met grote publieksvoorzieningen, zoals een theater. Voor het ontwikkelen van een passende stedenbouwkundige visie voor dit moment, wordt de markt geconsulteerd in een aparte procedure waaraan deelnemers geen aanspraak op (ontwikkel-) rechten kunnen ontlenuen.

Voor de ontwikkeling en realisatie van IJburg-1 koos de gemeente Amsterdam voor een PPS-constructie. In 1996 werden hiervoor drie consortia van marktpartijen geselecteerd. Via een PPS-constructie wenste de gemeente de kwaliteit van IJburg-1 te verhogen en het afzetrisico van de grond waarop de woningen en andere voorzieningen gebouwd worden, af te dekken.

De selectie van de consortia geschiedde zonder geregisseerde aanbesteding.

De PPS-samenwerkingspartners streefden naar samenwerking gebaseerd op een gemeenschappelijke visie die uitging van een optimaal resultaat in zowel stedenbouwkundig en wat volkshuisvesting betreft, als ook in markteconomisch (commercieel) opzicht. Partijen streefden ernaar om gaandeweg steeds meer verbondenheid met de locatie en vooral met elkaar te hebben. Contractueel kreeg IJburg-1 achtereenvolgens vorm als: (1) intentie-overeenkomst; (2) samenwerkingsovereenkomst en (3) gewijzigde samenwerkingsovereenkomst.

Het wijzigen van de samenwerkingsovereenkomst bleek niet eenvoudig, maar was noodzaak omdat het bestaande contract onvoldoende voorzag in procedures hoe partijen zouden moeten handelen bij wijzigende marktomstandigheden.

Casus: deelproject IJburg-1 met sociale woningbouw door niet-‘toegelaten instelling’:

Tabel 2: Kerngegevens project IJburg-1

Project		Procedure	
Nieuwbouw: Wonen: 48 'sociaal' 69 dure huur. 110 parkeerplaatsen 2800 m2 BVO commerciële ruimte	Nieuw land, geen bestaande private grondpositie	Ontwikkerecht gegund na onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking  Mededinging: niet/nauwelijks	Geen primaat voor een corporatie. "Experiment"
		Grondtransactie: ja	

Een voorbeeld van creativiteit bij zowel ontwikkelaar als overheid met betrekking tot het verkrijgen en gunnen van een ontwikkelrecht is het volgende bestaande project: De gemeente Amsterdam heeft bij wijze van proef voor een uit te geven perceel grond op IJburg-1 twee niet-corporaties een ontwikkelrecht verschaft voor het bouwen van 48 sociale huurwoningen én de exploitatie. In hetzelfde blok worden door een andere ontwikkelaar nog 452 vrije sector-woningen ontwikkeld.

Met het gunnen van dit ontwikkelrecht voor sociale huurwoningen doet de Projectgroep IJburg van de centrale stad een proef en stelt een voorbeeld. Indien de corporaties commercieel mogen ontwikkelen, dan mogen anderen dan corporaties ook de aanbiedingen ontvangen die eerst alleen de corporaties toekwamen, en, na oplevering, gaan exploiteren binnen de kaders van de huurprijsbescherming. Echte gelijkheid is er in dit project niet gecreëerd, want de ontwikkelaar betaalt 15 % meer voor de grond dan de corporatie zou hebben moeten betalen (€11.500,- per sociale huurwoning in plaats van €10.000,-). Indien meerlaags wordt gebouwd zakt de grondprijs voor een commerciële ontwikkelaar naar €8.150,- per woning versus €7.000,- voor een corporatie. Normaal betaalt een ontwikkelaar een veelvoud voor het ontwikkelen van een vrije sectorwoning. Uitpoding van de sociale huurwoningen is, volgens de huidige regels, pas na verloop van een decennium toegestaan.

Een ander verschil tussen de positie van een corporatie en een commerciële ontwikkelaar is het feit dat de overheid goedkope leningen enkel aan corporaties aanbiedt. Vanwege de grote cashflow door de exploitatie van tienduizenden woningen, het grote bezit en de garantstelling door Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw, welk instrument ook de niet 'sociale' projectonderdelen ondersteunt, geniet een corporatie een triple A-status met gunstige leenmogelijkheden tot gevolg. Dit voordeel heeft een grote invloed op het financiële resultaat. Met relatief lagere kapitaalslasten, veel vreemd vermogen en een hoge leverage komt het intern vereiste rendement (IRR) makkelijker in zicht. (zie ook paragraaf 2.8.) Inzage in projectrendementen wordt echter niet verschaft.

Mijns inziens dient de wetgever te regelen dat bij een dergelijk ontwikkelinitiatief waarbij de ontwikkelaar een deel van de volkshuisvestingstaak van de corporaties op zich neemt, vanwege het gelijkheidsbeginsel ook hem het recht en de faciliteit van het goedkoper lenen wordt aangereikt. Gelijkheid en non-discriminatie zijn in het geding. Als de corporaties commercieel mogen gaan, dan komen anderen die sociaal willen gaan ook dezelfde sociale voorwaarden toe.

De gemeente Amsterdam levert met deze proef een positieve bijdrage aan het vergroten van de marktwerking tussen partijen die woningen ontwikkelen, in het bijzonder tussen corporaties



enerzijds en overige ontwikkelaars anderzijds. Het speelveld wordt hierdoor een beetje eerlijker. Maar het Rijk

Binnenstedelijk: Amsterdam:

*Locatie A<sup>57</sup>, tekorten dichten en compensatie-ontwikkelrechten*

Tabel 3: Kerngegevens project locatie A

Project		Procedure	
147 huur- en koop eenheden, vrije sector en sociaal: wonen en werken	Samenwerking met verenigde oud-krakers.	Ontwikkelrecht één op één gegund aan corporatie. Mededinging: geen	Voorrang ('primaat') van de corporatie ja
Geen private grondpositie bij aanvang:	Vanwege contractuele verplichtingen t.a.v. behoud van het sociale karakter veel publiek geld naar steeds hogere onrendabele top.	Grondtransactie: ja	

Begin jaren '80 kocht de gemeente 60% van een historisch bouwblok en startte een sloop/renovatie/nieuwbouwproject. De gemeente besloot niet te onteigenen. Met allerlei gebruikers (voorheen: krakers) werd in 1994 een raamovereenkomst gesloten met als doel sociale herontwikkeling en zoveel mogelijk terugkeer van alle gebruikers.

De oplevering van de laatste fase staat gepland voor 2009. Dan is een kwart eeuw besteed aan de aanpak van één bouwblok. Begin jaren negentig bleek een corporatie interesse te hebben om mee te ontwikkelen, om het resultaat in de toekomst te gaan exploiteren. Corporaties concurreerden niet, anderen meldden zich niet, dus er werd geen keuzemogelijkheid gecreëerd. Wie ging ontwikkelen stond vast. Het gefaseerde project is vervolgens vele keren aangepast aan nieuwe omstandigheden want steeds werden de financiële tekorten groter. De betrokken marktpartij (corporatie) stelt tot heden *telkens nieuwe voorwaarden* vanwege gewijzigde prijzen, overige marktomstandigheden, technische tegenvallers en vanwege een sterke politieke positie. De gemeente was gaande het proces veroordeeld tot samenwerking met deze partij; afscheid nemen was om doelmatige redenen niet meer mogelijk, maar de tekorten liepen op. Die samenwerking werd een een veroordeling tot elkaar die twee decennia aan non-stop planvorming opleverde. Het sociale karakter van het project kalfde af, de corporatie acht zich de reddende engel en wenst (en krijgt) voor zoveel ongemak compensatie-ontwikkelrechten elders.

Het primaat van de corporatie was de reden van gunning. Het moeilijke project was zoals te doen gebruikelijk zonder enige mededinging aangeboden. Vanwege het primaat wordt er met de immers betrouwbare corporatie relatief laat gecontracteerd. Dan heb je echter lang ook geen exit-regeling voor het geval dat de samenwerking stopt. Veelal wordt een dergelijke regeling met een corporatie niet overwogen, met moet er samen uitkomen al duurt het lang.

<sup>57</sup> Bronnen worden gevormd door auteur zelf en anderen werkzaam voor deze gemeente. Zie bijlage 2 (vertrouwelijk voor precieze locatie en identiteit ontwikkelaar).

## Locatie B:

Tabel 4. Kerngegevens project locatie B

Project		Procedure		
Nieuwbouw: 12 woningen (waarvan 4 'sociaal')	Renovatie oudbouw: Ca. 1250 m2 bvo goedkope bedrijfsruimte	Geen private grondpositie	Gunning ontwikkelrecht na meervoudige niet- openbare aanbesteding met voorafgaande selectie Mededinging: ja	Geen voorrang (‘primaat’) corporatie.
14 x parkeren			Grondtransactie: ja	

Op gewilde grond in Amsterdam bezat een stadsdeel de volle en onbelaste eigendom van een perceel grond met voldoende grootte voor een op zichzelf staande ontwikkeling van nieuwbouw vrije sectorwoningen en bedrijfsruimten (herontwikkeling bestaand gebouw). Totale projectomvang ca. € 5 miljoen. Bijna automatisch werd gedacht dat welk proces ook gevolgd zou worden (selectie of niet), een corporatie de meest geëigende en juiste partij zou zijn om deze locatie te ontwikkelen. De eerste gedachte was om een bekende corporatie te bellen met het verzoek om een plan te bedenken en voor te stellen, zoals te doen gebruikelijk. Er hadden zich daarvoor weliswaar private ontwikkelaars formeel aangeboden, maar daar zaten niet de bekende relaties (corporaties) bij en deze initiatieven werden genegeerd.

Het project betrof een exclusieve plek met gewenste functiemenging. Het stadsdeel besloot om het potentieel aan aanbod te benutten en als pilot-project meervoudige selectie te organiseren, om tot de keuze voor een ontwikkelaar en afnemer van de grond te komen. Doel was om het best denkbare plan en de beste grondopbrengst (laagste tekort) binnen te halen. Met de daarbij te leren lessen zou ook een protocol kunnen worden opgesteld hoe in het (autonome) stadsdeel in het vervolg met ‘ontwikkelaarskeuzen’ om te gaan.

De verantwoordelijk stadsdeelwethouder was niet zo enthousiast. ‘Woningen worden toch door corporaties gebouwd? Laten we toch de corporatie bellen.’ De desondanks gevolgde selectieprocedure nam enige tijd in beslag nu het de eerste keer was dat een ontwikkelrecht op deze wijze aan de man werd gebracht. De inzenders waren meervoudig onderhands uitgenodigd en hun plannen werden aan de hand van selectiecriteria getoetst. De ingezonden plannen werden vervolgens aan vooraf bepaalde gunningcriteria getoetst middels een matrix van wegingsfactoren. De uitkomst verraste ambtenaren en wethouder.

Zekerheidshalve was een bevriende corporatie door het stadsdeel zelf uitgenodigd om mee te dingen ‘zodat tenminste één inzending kwaliteit zou hebben’. Inzender en ambtenaren meenden dat de corporatie met gemak zou winnen. De corporatie verloor echter op punten. Bij de beoordeling bleek het voor juryleden lastig om de vooringenomen positie te verlaten. De bestaande reflexen waren sterk en weken pas na stevige discussie. Het selectieproces werd immers niet gehouden voor de vorm, om vervolgens gewoon naar een vooraf verwachte uitkomst toe te werken. Dat zou ook juridische risico’s opleveren wanneer een verliezer een klacht indient en een rechtszaak aanspant (of arbitrage), vervolgens mogelijk wint en alsnog het ontwikkelrecht dient te krijgen (dan wel schadeloosstelling krijgt), waarna mogelijk een claim volgt van de partij aan wie in eerste instantie was gegund. Naast dit financiële risico is er het afbreukrisico dat een gemeente bij een dergelijke handelswijze loopt.

De winst ging naar een kleine/middelgrote ontwikkelaar: deze bood meer kwaliteit en meer grondopbrengst dan de corporatie. Het resultaat was een goed project en een gekwetste corporatie, die met brieven en telefoontjes stelde dat die ander toch niet echt de winnaar kon zijn en expliciet verzocht of de hele procedure of anders de uitslag niet alsnog geschrapt kon worden. Het bereikte resultaat was een goed plan en een lager tekort waar de gemeente dekking voor zou moeten zoeken. Desondanks bleek de wethouder toch gevoelig voor de frustratie van de corporatie en vroeg haar ambtenaren of de corporatie niet alsnog het project kon krijgen door niet te gunnen aan de winnaar. Geadviseerd werd om de uitkomst van de zelf georganiseerde wedstrijd te respecteren en er tevreden mee te zijn. De hoogste kwaliteit won en de winnaar realiseert momenteel het project. De krappe binnenstedelijke locatie bleek niet te moeilijk, een doordacht mooi plan bleek mogelijk, en zonder het grote vermogen (en de overhead) van een corporatie kwam de winnaar met een beter financieel resultaat. Maar het had niet veel gescheeld of een minder plan was gerealiseerd.

Het verloop en de uitkomst maakten ambtenaren en bestuurder onzeker. Zouden de soepele werkrelaties met bevriende ontwikkelaars (corporaties) nu vaker op de proef moeten worden gesteld? Dat zou voor de sfeer niet fijn zijn en wellicht ook niet goed voor het werk en lopende zaken. Tot sommige corporatie lijkt thans te zijn doorgedrongen dat er moet worden meegedongen naar nieuwe locaties met volkshuisvesting en dat initiatiefplannen op risico worden ingediend.

Het primaat van de corporatie betreft immers geen *recht op* projecten, en in dit geval kreeg de corporatie een uitnodiging om mee te dingen. De casus toont de ongemakkelijke weg van het kiezen voor vernieuwing, en maakt inzichtelijk hoe de oude reflexen werken, en dat het volgen van een keus voor mededinging voor velen wennen is en zal zijn.

Dit is een positief geval. Omdat er geen private grondpositie was, werd de mogelijkheid om mededinging te organiseren benut.

#### Locatie C:

Tabel 5: Kerngegevens project locatie C

Project		Procedure	
Nieuwbouw: 69 woningen, waarvan 12 'sociaal'. + commerciële plint van winkel/ horeca ruimte + 203 parkeerplaatsen	Geen private grondpositie	Eèn op èèn gunning van het ontwikkelrecht aan ontwikkelaar niet zijnde corporatie. Mededinging: nee	Vanaf aanvang geen voorrang van corporatie.
		Grondtransactie: ja	

Het betreft sinds de jaren '60 braakliggende *gemeentegrond* op een aansprekende locatie in de stad. In 1992 is een Stedenbouwkundig programma van Eisen opgesteld op basis van een initiatief van een vastgoedontwikkelaar en een bioscopenexploitant. De keuze voor deze partij geschiedde omdat het het enige serieuze plan was dat de markt uit zichzelf naar voren bracht. De markt was door de gemeente echter niet actief geconsulteerd.

Het bestemmingsplan strandt bij de Raad van State omdat er geen Milieu Effectrapportage (M.E.R) was gemaakt. In 2001 laat de ontwikkelaar, die geen grondpositie, heeft weten dat het bioscoopplan niet meer haalbaar is en trekt de stekker uit het door hem ingediende plan.

De mogelijkheid om de herkegen vrijheid te benutten na de gefaalde en te weinig rendabele missie van de ontwikkelaar (eventueel met vrijwillige vergoeding van een deel van plankosten) werd door de gemeente niet benut. De ontwikkelaar meende dat de tegenvaller vooral was ontstaan door externe factoren, maar had voor eigen risico het plan ingediend. De ontwikkelaar wenste een vergoeding of een nieuw ontwikkelrecht.

De verantwoordelijk wethouder zegde op verzoek van de ontwikkelaar -naar verluidt tijdens of na een bezoek aan diens skybox voor een voetbalwedstrijd- de mogelijkheid toe tot ontwikkeling en realisering van een nieuw, nog te bedenken rendabel plan. De ontwikkelaar verkreeg vervolgens bij bestuurlijk besluit wederom een ontwikkelrecht voor deze locatie: circa 60 woningen, 1500 m<sup>2</sup> bedrijfsruimte, ruim 200 parkeerplaatsen.

Vijf jaar later is de grondaanbieding nog niet geaccepteerd. Wachten en steeds verder markt-risico's verminderen lijkt het parool. Met de exclusiviteit op zak, lijkt ook een gestelde termijn om het gronduitgifte-aanbod te aanvaarden weinig om het lijf te hebben. Ondertekening van een afnameplicht van de grond wordt vooruitgeschoven. Voor de gemeente is afscheid nemen echter niet aantrekkelijk, als het niet snel en zonder problemen kan.

Wat zich ook hier wreekte is dat er in het traject van totstandkoming van ontwikkelrechten vaak geen of onvoldoende exit-regelingen worden overeengekomen. Indien definitieve overeenstemming uitblijft om welke reden dan ook, heeft de gemeente op enig moment het legitieme belang om de relatie te beëindigen en het ontwikkelrecht aan een ander te gunnen. Dat recht kan een overheid zich helder en expliciet voorbehouden, ook jegens een winnaar van een meervoudige selectie.

Indien exit-regelingen niet vooraf worden afgesproken voelt een overheid zich eindeloos gehouden om de relatie en de niet optimale onderhandelingspositie met corporatie of andere ontwikkelaar in stand te houden. De ontwikkelaar beseft en benut dat ten volle.

Dit forse project op een bijzondere plek is de meest opvallende directe gunning zonder mededinging uit de hand van een wethouder en later bekrachtigd door de gemeenteraad. Het betreft een commercieel project waardoor het niet onderhands gegund had mogen worden. Verboden gemeentelijk handelen dus. Geen corporatie, geen primaat, gewoon een ontwikkelaar met op het juiste moment de juiste contacten.

*Locatie D:*

*Tabel 6: kerngegevens project locatie D*

Project		Procedure	
Renovatie/nieuwbouw: 17 vrije sector-koop 7 sociale huur winkelruimte op de beg. Grond	Geen bestaande private grondpositie ontwikkelaar	Eén op één gunning ontwikkelrecht aan corporatie.  Mededinging: nee	Voorrang ('primaat') corporatie: ja
		Grondtransactie; ja	

Een moeilijke locatie met renovatieblok met lastige zittende gebruikers, gelegen in een wijk die exclusief terrein is van corporatie y. Y heeft oorspronkelijk geen grondpositie, maar maakt wel aanspraak op alle ontwikkelrechten in de hele wijk. Stadswijken zijn vaak 'opgedeeld' naar het idee dat gemakshalve alle ontwikkelrechten voor (volks-)huisvesting in een wijk aan één bepaalde corporatie worden gegund. Dat is makkelijk bij de exploitatie. Y hoefde dan ook geen inspanning te verrichten om het exclusieve uitzicht te krijgen voor deze locatie.

Een inmiddels 15 jaar durend spel (deels ook door politieke/gemeentelijke oorzaken) met de gemeente kon beginnen; planvorming zonder snelheid. Plan maken, haalbaarheid onderzoeken, tekorten voorleggen aan de gemeente, sleutelen aan het programma, gestegen kosten melden, wijzen naar andere verdragende omstandigheden en brokje voor brokje naar binnen hengelen. Het mondde uit in het eens worden over een deelonderwerp en een nieuw probleem naar voren schuiven, wetende dat de oplossing toch van de overheid moet komen (geld of hoogwaardiger programma) omdat er anders op de locatie maar niets gebeurt.

Een corporatie is wellicht minder dan een andere ontwikkelaar, met jaarlijks hard rendement eisende aandeelhouders, gebrand op het snel starten met uitvoeren en het jaarlijks genereren van omzet(groei). De minister en wethouders jagen op meer productie ('prestatieafspraken'), maar zien over het hoofd dat het niet vlot presteren inherent lijkt te zijn aan de structuur van een corporatie en de positie die het inneemt: zowel politiek, wettelijk en qua grondbezit.

De benodigde cash flow wordt verzorgd door de grote kasstromen uit de exploitatie van het bezit, die een pure ontwikkelaar niet heeft. Het spel met de gemeente is voor de corporaties aantrekkelijk, want de politiek heeft meer haast dan zij. De realiteit is bovendien dat tekorten altijd met publiek geld worden bijgelegd. Ook dat vormt geen uitdaging om als corporatie selectief en ingewikkeld te acquireren. Er ontstaan bovendien, door tijdsverloop, vanzelf eigen herontwikkelingsprojecten (waar de overheid moet bijspringen) doordat het corporatiebezit verouderd. Strenge aandeelhouders zijn er voorts niet, het toezicht rapporteert hooguit een wat lage productie van een corporatie.

Matige corporatieprestaties (uitzonderingen daargelaten!) door matig management en/of weinig ambitie wordt nogal eens verklaard door het hebben van lastig verouderd bezit. Het onderwerp van te lage productie valt echter buiten het kader van deze thesis. Het zou in ieder geval geen juiste oplossing zijn om de corporaties dan maar eenvoudiger en sneller één op één ontwikkelrechten te doen toekomen.

Herhaaldelijk valt in Den Haag te horen dat luiere corporaties juist geen ontwikkelrechten meer zouden moeten 'krijgen'. Het is de vraag of ze dat allemaal heel erg zouden.

### **4.3.3 Conclusies bij paragraaf 4.3 Toetsing hypothese**

Het blijkt dat er in de publiek/private-relatie rond locatie A in strijd met de beginselen van transparantie en non-discriminatie is gehandeld. Het ontwikkelrecht wordt in een onduidelijk proces één op één aan een corporatie gegund, zonder dat de gemeente actief een kans bood aan potentieel andere geïnteresseerden. Of de gegeven staatssteun de toets van artikel 86 E.V. kon doorstaan valt te betwijfelen en is nimmer onderzocht. Zie hiervoor hoofdstuk 2.5.4 tot en met 2.5.6.

Vanwege de verkregen gespreks- en contractpositie van de corporatie stelde deze de realisering van het project afhankelijk van het verkrijgen van nieuwe ontwikkellocaties elders met, behalve volkshuisvesting (sociale huur), ook commerciële bestemmingen (dure huur, goedkope en dure

koopwoningen). Dit levert strijd op met het staatssteunrecht en de regels die transparantie en non-discriminatie eisen.

De onderzochte locatie B levert de meeste leermomenten op. Bij deze locatie werd na rijp beraad, na eerdere neiging om direct te gunnen aan een corporatie, een selectieprocedure georganiseerd. Maar zelfs tijdens die procedure bleek het lastig om niet naar een verwachte winnaar (de corporatie) toe te selecteren. Het bleef lastig voor de ambtenaren om reflexen van vooringegenomenheid uit te schakelen, lastig om objectief de zelf ingerichte procedure met beoordelingscriteria en puntentoekenning uit te voeren. Vervolgens bleek het lastig voor ambtenaar en bestuurder om, zelfs met het recht (de procedure) aan hun zijde, de protesten van verliezende corporatie te trotseren die immers een bekende partner in de stadsvernieuwing was. Content zijn met het onverwacht winnende beste plan en de onverwacht winnende beste ontwikkelaar ging dus niet vanzelf. Aanbesteding van het ontwikkelrecht loonde en opende de ogen.

Bij locatie C had de gemeente, na een mislukte projectopzet, met een enkele mededeling de handen vrij kunnen maken om deze, deels commerciële bestemmingen, in concurrentie tot ontwikkeling te doen brengen. Het project was commercieel qua invulling. Het werd daarentegen één op één gegund aan één van de twee ontwikkelaars van de mislukte opzet. Dit levert dezelfde juridische bezwaren op als bij locatie A. En omdat het commercieel van aard was, had er mededinging plaats moeten vinden.

Het ontwikkelrecht van locatie D, met deels commerciële bestemmingen (dure huur, goedkope en dure koopwoningen en winkel/bedrijfsruimten) belandde één op één bij een corporatie omdat deze *in de omgeving* grondposities had en het project overwegend de functie 'wonen' betrof. Dit levert dezelfde juridische bezwaren op als bij locaties A en C. De lijn tussen het primaat en een commercieel project is dun.

## Hoofdstuk 5 Volkshuisvesting en behoudzucht

### 5.1. Inleiding

De ontwikkelpraktijk van de Nederlandse volkshuisvesting heeft verscheidene mooie kanten, doch het grondig ingrijpen door de overheid in de woningmarkt kent zeker ook een keerzijde van de medaille. In deze paragraaf worden enkele keerzijden nader uitgewerkt en verklaard vanuit van de naoorlogse massale ontwikkeling en exploitatie van huurwoningen tegen niet- marktconforme waarden.

Het feitelijke beleid bij lokale overheden ten aanzien van het gunnen van ontwikkelrechten bestaat deels uit het vasthouden aan oude gewoonten. Er is dan ook weinig echte structuur. De processen die leiden tot het gunnen van een ontwikkelrecht door middel van het overdragen van grond zijn niet eenduidig, vaag, niet omschreven en verlopen onregelmatig. Bij de locaties waar sprake is van volledige gemeentegrond worden kansen gemist om als overheid meer transparant en rechtszekerder te opereren. Zeker in de bijzondere relatie overheid / corporatie wordt de problematiek van ontwikkelrechten en marktwerking goed zichtbaar.

Tabel 7: *Schaalomvang en aantal woningbouwcorporaties*<sup>58</sup>

	1995	2000	2004
Aantal woningcorporaties	855	693	508
Woningen per corporatie	2701	3405	4748
Totaal aantal woningen (x 1000)	2309	2360	2412

Bron: Raad van Economisch Adviseurs (2006)

### 5.2 Volkshuisvesting

De overheid ziet al een eeuw lang een grote taak voor het ontwikkelen van volkshuisvesting een hoofdrol weggelegd voor de corporaties ('toegelaten instellingen'<sup>59</sup>). Onder 'volkshuisvesting' of 'sociale woningbouw' worden de huurwoningen met huren tot de zo geheten liberalisatiegrens verstaan (tot € 615,= per maand) alsook gesubsidieerde koopwoningen. Met de term 'woningbouw' worden ook de overige duurdere huur- en koopwoningen bedoeld.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw werd de aanzet gegeven voor de *Bruteringsoperatie*, ingezet door staatssecretaris E. Heerma. Daarmee eindigde de geldstroom van Den Haag naar de corporatieprojecten en kregen de corporaties in ruil het recht om ook commerciële functies (alles behalve sociale woningbouw) te ontwikkelen, mits de opbrengsten weer voor volkshuisvestingsdoelen zouden worden ingezet. In feite was dit een gelijkschakeling met de andere ontwikkelaars, behalve dan dat de opbrengsten niet aan aandeelhouders zouden worden uitgekeerd, maar wettelijk verplicht werden aangewend voor wederom de bouw van woningen.

<sup>58</sup> Raad van Economisch Adviseurs (R.E.A), *Over goede intenties en de harde wetten van de woningmarkt*, rapport aan Regering d.d. 28 maart 2006.

<sup>59</sup> 'Toegelaten instellingen' zijn corporaties en woningbouwverenigingen die exclusief gerechtigd zijn tot het exploiteren van sociale huurwoningen.

Inmiddels kregen corporaties ook een niet concreet omschreven taak erbij die neerkomt op het verbeteren van “leefbaarheid” en “omgeving”<sup>60</sup>.

Het commerciële werk van de corporaties zou wel gescheiden moeten blijven van het ontwikkelen van het sociale werk (de eigenlijke wettelijke taak). Het is tot vandaag de dag vaag gebleven hoe die scheiding precies vorm zou moeten krijgen. Het is denkbaar dat aparte vennootschappen en een holdingstructuur verplicht worden gesteld. De opbrengsten uit het commerciële werk moeten dan dus terugvloeien via de holding naar de andere dochter die het sociale werk uitvoert. Pas sinds afgelopen januari is over de commerciële inkomsten vennootschapsbelasting (Vpb) verschuldigd.

Bij een echte financiële scheiding van beide typen activiteiten mag het vermogen van de ‘sociale’ dochter (geld en tienduizenden woningen), niet de zekerheid vormen onder de financieringen voor de ‘commerciële’ dochter, anders wordt het doel een eerlijk speelveld te creëren, niet bereikt. De minister heeft dat recent ook zo gesteld: “De afgescheiden entiteit moet immers geheel op eigen kracht haar financiële continuïteit kunnen handhaven”<sup>61</sup>.

De minister ‘pakt’ echter niet ‘door’. De afgescheiden entiteit hoeft momenteel volgens haar slechts bij voorkeur juridisch afgescheiden te zijn. Dat betekent dat die entiteit ook een afdeling van medewerkers kan zijn, met alleen een eigen logo en een eigen bankrekening. Een kapitaalverschaffer kan dan alsnog de hele vermogenspositie in aanmerking nemen voor zijn kredietbeoordeling. Faillissementsrisico is er met de moeder op de achtergrond dan nauwelijks.

Slechts een minderheid van de corporaties lijkt de ambitie te hebben om van alles te gaan veranderen en ook ‘commercieel te gaan’. Ook de gemeenten zijn nog niet geheel ingesteld op deze scheiding binnen corporaties en de betekenis daarvan voor de mededinging en de markt voor ontwikkelrechten.

De overheid wenst dat corporaties meer produceren. Daartoe worden er prestatieafspraken gemaakt<sup>62</sup> en worden ‘in ruil’ hiervoor aan de corporaties andere rechten verschaft zoals het zeer lucratief mogen verkopen van eigen ‘sociaal’ bezit op de vrije markt. Met zulke prestatieafspraken verbindt de overheid echter ook zichzelf. In de onderhandeling, of parallel daaraan, claimen de corporaties tegenwoordig ook commerciële ontwikkelprojecten.

De Nederlandse overheid intervenueert al met al met haar volkshuisvestingsbeleid (o.a. huur- en huurprijbsbescherming, huursubsidie en gunstige voorwaarden voor corporaties) vol goede bedoelingen diep in de woningmarkt en daarmee ook in de markt voor ontwikkelrechten. Dit heeft echter een onbedoelde contraproductieve uitwerking op die woningmarkt ten nadele van iedereen, aldus een studie voor de regering van de Adviesraad van Economische Adviseurs (REA<sup>63</sup>). Iedereen heeft bijvoorbeeld weet van de te krappe woningmarkt, trage doorstroming, het ‘scheefwonen’ (te hoog inkomen voor een sociale huurwoning), en het misbruik van de sociale huurwoningen.

---

<sup>60</sup> De regering ziet de rol van de corporaties als tweeledig: naast het “huisvesten van een grote bevolkingsgroep” is er “het spelen van een actieve rol in de wijk”, antwoord op Kamervragen nr. 6. vastgesteld op 19 juni 2006.

<sup>61</sup> Zie antwoord 15 van Minister d.d. 19 juni 2006.

<sup>62</sup> De corporatie moet van de “een concreet investeringsbod uitbrengen op de gemeentelijke woonvisie”.

<sup>63</sup> Zie Raad van Economisch Adviseurs (R.E.A), *Over goede intenties en de harde wetten van de woningmarkt*, rapport aan Regering d.d. 28 maart 2006.



### 5.3 Corporaties en marktwerking

Vanwaar wordt anno 2007 nog steeds de voorrang aan corporaties gegeven als het gaat om het ontwikkelen van sociale woningbouw? Nemen corporaties genoegen met rendementen waar een capabele niet-toegelaten instelling onder dezelfde voorwaarden het ontwikkelrecht niet zou willen verwerven? Kan een toegelaten instelling beter volkshuisvesting ontwikkelen dan een andere ontwikkelaar? Kan een toegelaten instelling echt beter of meer verantwoord beheren en exploiteren, gelet ook op de goede huurrechtelijke bescherming? Dit zijn vragen die van belang zijn bij het thema over eerlijke concurrentie op de markt van projectontwikkeling.

Corporaties zijn dé grote speler op de huurmarkt en zouden volgens sommigen uitgezonderd moeten blijven van concurrentie om de ontwikkelrechten voor 'woningbouw' te verkrijgen. De bouwproductie is momenteel immers te laag, en van alle kanten wordt onderzocht hoe die productie weer op niveau kan worden gekregen. "Nu is niet het moment om de corporaties lastig te vallen, het opkrikken van de bouwproductie heeft prioriteit".

Voor velen is het huidige niet-gelijke speelveld bovendien niet slecht, want het is 'werkbaar', maar dat sluit andere 'werkbare' systemen niet uit, en van gelijke kansen voor gelijke spelers is nu geen sprake. Zolang iedereen aan het werk is, lijkt dat geen probleem. De vermoedelijke reden dat ontwikkelaars niet hard aan de bel trekken, door het indienen van een formele klacht bij de NMA of in Brussel, is omdat ze hun relatie met de overheid niet willen bederven.

Volgens sommige ontwikkelaars zou vergroting van het aantal ontwikkellocaties en stimulering van particulier opdrachtgeverschap al voor de juiste mate van mededinging zorgen. Dat is onjuist. Er komen wellicht meer woningen door, maar mededinging wordt er niet door georganiseerd. De taart wordt wel groter en diverser, maar hij wordt nog altijd onder dezelfde speler verdeeld (de biedingen op een stukje daardoor niet ook beter).

Corporaties vormen een aparte groep. Het zijn ondernemers gericht op rendement, met een statutaire verplichting om goedkope woningen te bouwen en met een machtige *stakeholder*, het Rijk. Ze worden geacht om winst te maken ten behoeve van mens en maatschappij. Daartoe zijn andere partijen echter ook bereid. Marktpartijen/corporaties zullen nooit op voorhand bekend zijnde grote verliezen accepteren. Het zijn ondernemingen gericht op verantwoorde bedrijfsvoering, groei en dus op het maken van voldoende rendement. De interne rendementseis zal bij corporaties verschillen van traditioneel commerciële ontwikkelaars, en er is wellicht meer bereidheid tot verevening van projectresultaten, maar er moet voldoende *winst* worden gemaakt om groei te kunnen realiseren, of tenminste de schoorsteen te laten blijven roken.

Menig traditioneel commerciële ontwikkelaar draait tegenwoordig zijn hand niet om voor het 'maatschappelijk' ondernemen wat van corporaties wordt verwacht, inclusief het investeren in 'leefbaarheid'. Er zijn ook meestal compenserende functies opgenomen in een ontwikkelprogramma, zodat winsten en verliezen binnen het project kunnen worden verevend. Voor dekking van een tekort onder de streep klopt hoe dan ook iedereen aan bij de gemeente. De corporaties hebben en realiseren aan het eind van de rit meestal gewoon een intern vereist rendement waar andere capabele ontwikkelaars, die er immers in alle soorten en maten zijn, zich niet voor zouden schamen.

Het staatssteunrecht alsook de genoemde recente beleidsontwikkeling van de minister<sup>64</sup> (onder druk van Brussel) verlangt thans dat alle ontwikkelrechten zonder sociale huurwoningen in concurrentie op de markt worden gebracht.

---

<sup>64</sup> Antwoord d.d. 19 juni '06 op vragen Tweede Kamer (vrg 7), vindpl: vergaderjaar '05/'06, 29 453, nr. 48

Het zonder enige mededinging één op één gunnen van een commercieel ontwikkelrecht aan een projectontwikkelaar is in beginsel dus verboden. Alles, behalve sociale *huurwoningen*, wordt beschouwd als 'commercieel'. De bouw van *alle* koopwoningen waaronder dus gesubsidieerde koopwoningen, dient als commercieel beschouwd te worden en moet in concurrentie ontwikkeld worden<sup>65</sup>. Een dergelijk ontwikkelrecht kan gewonnen worden door de commerciële poot van een corporatie, maar ook door enig andere projectontwikkelaar.

Een nadeel is het functioneel integrale karakter van een toekomstig bouwwerk. Projecten zijn steeds vaker een mix van duur wonen, goedkoop wonen, bedrijfsruimten, parkeren en winkels. Deze functies zijn vaak ook bouwkundig geïntegreerd. Dan wordt het lastig indien je als lokale overheid vanwege bijvoorbeeld prestatieafspraken wil dat in een geïntegreerd project met verschillende functies en woningsoorten per se een corporatie de sociale woningen zal gaan ontwikkelen. Immers, ofwel moet dus de sociale huur enerzijds en alle koop en dure huur anderzijds in twee aparte projecten worden ontwikkeld zoals voorheen, ofwel wordt binnen één ontwikkelblok een moeilijke fysieke scheiding aangebracht tussen 'rijk' en 'arm'. Immers menging heeft voordelen voor de sociale structuur van het gebied zodat ook niet alleen 'rijk' aan het water respectievelijk aan de zonzijde eindigt.

De oplossing voor bovengenoemde situatie is om geen prestatieafspraken te maken waarmee corporaties ontwikkelrechten kunnen claimen, de huidige afspraken te herzien en om een integrale ontwikkeling inclusief sociale huurwoningen aan te besteden. In de aanbestedingsvoorwaarden wordt dan opgenomen dat een eventuele winnaar niet-zijnde corporatie, de woningen na realisatie verplicht zal afstoten aan een corporatie ten behoeve van de exploitatie, en daarover met een corporatie vóór de inschrijving voor de aanbesteding overeenstemming over de koopvoorwaarden zal bereiken. (Zoals ook gebeurde bij de casus Locatie B in paragraaf 4.4.) Diens bereidheid tot medewerken kan de minister aan de corporaties opleggen.

Dat alleen een *corporatie* sociale huurwoningen zou mogen ontwikkelen staat bovendien nergens geschreven. Slechts de exploitatie na oplevering dient door een corporatie te geschieden (Woningwet, BBSH). Corporaties hebben een wettelijke taak om sociale huurwoningen te bouwen, maar daarmee niet het *recht* om alle ontwikkelrechten/projectdelen met sociale huurwoningen te ontvangen. Met de ontwikkeling van en belegging in sociale huurwoningen wordt met een lange beleggingshorizon bovendien een bedrijfseconomisch aanvaardbaar en dus bedrijfseconomisch gezien commercieel (zij het wellicht wat lager) rendement behaald. Dit maakt de ontwikkeling ervan ook aantrekkelijk voor commerciële ontwikkelaars.

Overigens valt niet in te zien waarom de *sociale* 'poot' van een corporatie niet tenminste met de andere corporaties zou hoeven concurreren om de ontwikkelrechten voor sociale huurwoningen. Die garantie op ontwikkelrechten komt hun scherpte niet ten goede.

Een conclusie van het bovenstaande is dat de overheid zich met het maken van prestatieafspraken met de corporaties in het nauw brengt zolang zij geen voorwaarden formuleert die stellen dat een corporatie altijd moet meedingen om ontwikkelrechten te verkrijgen. Dit kan anders zijn indien het om eigen grondposities gaat of om puur 'sociale huur'-projecten (die daarvoor dus uit geïntegreerde projectopzettingen geheveld moeten worden), mits Brussel dat toelaat.

Een ontwikkelrecht kan zonder probleem openbaar of meervoudig onderhands (zie paragraaf 4.4.) worden aangeboden op de vrije markt, zodat in een vlot proces na concurrentie de beste

---

<sup>65</sup> Zie antwoord 7 van Minister d.d. 19 juni 2006.

prijs/kwaliteit en/of het beste partnerschap wordt gevonden. In dat selectieproces kan een ruimtelijk en functioneel kader worden meegegeven en kan worden geconcurrereerd op de nadere creatieve invulling en op de prijs (grondbod).

#### 5.4 De huidige gunstige voorwaarden voor corporaties

De inzet van de bruteringsoperatie was dat corporaties zouden gaan concurreren met andere ontwikkelaars. Dat gebeurde en gebeurt nagenoeg niet of erg weinig. Onderling concurreren doen de leden van belangenvereniging *Aedes* hoe dan ook niet. Bij de gang naar de markt door de bruteringsoperatie bleven bovendien de volgende voordelen voor corporaties<sup>66</sup> in stand:

- a) Geen vennootschapsbelasting (Vpb); en
- b) goedkoop lenen vanwege grote cashflow, groot bezit en vooral vanwege aflosgaranties van Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw. Gevolg: makkelijker, meer en goedkoper vreemd vermogen en zo doende een hogere *leverage*.

De corporatie begint geen enkel project zonder minstens een redelijk beleggingsrendement, dan wel met een compensatie-project op zak. Maar wat is eigenlijk 'redelijk' als ze behaalde rendement weigeren te laten zien? Daar zit in de praktijk het probleem. Corporaties wensen volwaardige ontwikkelaars te zijn met bedrijfsgeheimen waar ze zich ook op beroepen bij hun sociale werk, maar wensen deze privileges ook te behouden bij het realiseren van commerciële projectonderdelen, zoals hun *triple A*-status vanwege de garanties van het Waarborgfonds. Dit eten van twee walletjes wordt door de overheid niet aangepakt.

Met de condities die de corporaties hebben en krijgen, zijn ook andere ontwikkelaars geïnteresseerd in (een verplichting tot bouwen van) sociale woningbouw. Een voorkeursbehandeling van een corporatie (het *primaat*) zelfs zonder dat deze een grondpositie heeft (zie hoofdstuk 3), is dan ook niet begrijpelijk. Dat corporaties als enige onrendabele projecten zouden accepteren is een te simpele gedachte. Menig ontwikkelaar/belegger aanvaardt een ontwikkelwinst van nul, mits er een beleggingsrendement ontstaat. Een juist beeld van het mogelijke aanbod ontstaat pas als een project onder gelijke voorwaarden en omstandigheden zou worden voorgelegd aan verscheidene aanbieders (aanbesteding).

Dat financiële voorwaarden voor alle ontwikkelende partijen geharmoniseerd zouden worden is denkbaar. Maar de omstandigheid van het voordeel van het enorme eigen vermogen van de corporaties (ten voordele van ook het commerciële werk) is lastiger te compenseren of te neutraliseren. Volgens de corporaties zou bijvoorbeeld een vermogensrendementsheffing op de corporaties van effectief 1,2 %, zoals de VVD voorstelde in haar verkiezingsprogramma, het einde van de betaalbare huurwoning betekenen<sup>67</sup>. Anderzijds zouden dat de dan te verkrijgen 3,5 miljard extra rijksbaten aan extra huursubsidie worden besteed, waardoor er wel een eerlijker speelveld ontstaat. Ook zou kunnen worden gestudeerd op het in dat scenario overschakelen naar alleen marktconforme huurprijzen.

De grootste doorn in het oog van collega-ontwikkelaars is de mogelijkheid voor corporaties om goedkoop te lenen. Dit voordeel voor corporaties werkt ook door bij de niet-sociale projectonderdelen. Het stuwt het rendement omhoog, dan wel laat het de corporatie de

---

<sup>66</sup> Voor haar eigen handelingen geldt de corporatie vermoedelijk -ondanks de bruteringsoperatie- boven de drempels als een 'publiekrechtelijke instelling' die moet aanbesteden volgens de Richtlijn 2004/18/EG, omdat (1) het opgericht is met specifiek het dienen van het algemeen belang als doel, (2) het een rechtspersoon betreft, en (3) de activiteiten worden in hoofdzaak door van overheidswege gefinancierd (het bijbetalen van de onrendabele top) en (4) omdat zij onder toezicht staat. De Europese Commissie heeft zoals blijkt uit haar standpunt bij 'Vathorst' deze lijn vastgehouden.

<sup>67</sup> tijdschrift 'Aedes', sept. '06: p. 3.

mogelijkheid om eigenlijk een mindere performance te leveren dan andere ontwikkelaars moeten leveren die van de gewone kapitaalmarkt afhankelijk zijn. De *triple A*-status betreft de hele organisatie/holding en komt de kredietbehoefte van alle projecten en projectonderdelen ten goede.

Samengevat is de onvrede van marktpartijen tweërlei: ten eerste is er onvrede over onduidelijkheden over de acquisitie mogelijkheden bij de collega's (paragraaf 4.2), ten tweede over de comfortabele positie van corporaties qua financieringsmogelijkheden. Deze genieten een '*triple A*-status' als gevolg van de historisch opgebouwde sterke balans van publiek geld en vastgoedbezit én de garantstelling voor de nakoming van leningen door de WSW (Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw). Hierdoor komen ontwikkelende corporaties goedkoper aan vreemd kapitaal, hebben zij een hogere *leverage* en bereiken zij gemakkelijker hun intern vereiste (onbekende) rendement.

## 5.5 Behoudzucht

Gemeenten en corporaties vinden dat onderlinge afspraken over projecten (inclusief de zogeheten 'prestatie-afspraken') niet onder de Europese aanbestedingsnormen vallen, zolang de gemeente niet expliciet optreedt als 'opdrachtgever' die aan de corporatie opdracht verstrekt om op een bepaalde locatie huurwoningen te bouwen. Ook het ministerie van V.R.O.M. denkt langs die lijn. En of die afspraken tot en met de te maken vensterbanken zijn uitgewerkt doet er volgens hen niet toe; het blijven 'afspraken' en geen 'opdrachten'. De praktijk hoeft volgens hen niet te veranderen, hoewel VNG en V.R.O.M. wél dringend adviseren om telkens expliciet op te nemen dat het gunnen van een ontwikkelrecht 'afspraken/overeenkomsten' betreffen en geen 'opdrachten'. De ingebrekestelling bij Vathorst zou volgens hen een specifieke constructie betreffen die niet tot de conclusie hoeft te leiden dat in alle gevallen sprake is van een verplichting tot aanbesteding<sup>68</sup>.

Behoudzuchtigen zullen zeggen dat het organiseren van marktwerking de bouwproductie zal vertragen, en dat het eisen van marktwerking in de vorm van competitie dus ongunstig is. Zij menen dat het risico van veel mededinging zou zijn dat er niet voldoende passende woningen worden gebouwd en dat de economie wordt benadeeld. Ook wijzen tegenstanders van veel marktwerking er op dat bij complexe grotere projecten de projectinhoud gaandeweg wijzigt en dus selectie van een ontwikkelaar met een door hem gemaakt plan minder zin heeft omdat het plan toch weer moet wijzigen naar de laatste inzichten. Maar vooral wijzen zij erop dat er in Nederland een unieke te behouden cultuur van samenwerking bestaat tussen publieke en private partijen die marktwerking als het ware overbodig maakt.

Echter, het na mededinging gunnen van ontwikkelrechten staat geheel niet in de weg aan een flexibele projectopzet, noch aan het na gunning effectief samenwerken van overheid met de private winnaar. Selectie/aanbesteding kan best vlot uitgevoerd kan worden, bijvoorbeeld niet integraal maar per deelplan.

Flexibiliteit in een project wordt eerder gehinderd door een gekozen rigide project- en contractstructuur. Daar vormt zich vaak een obstakel tegen flexibiliteit en het reëel kunnen halen van doelstellingen, zie casus Harderwijk.

Er is ook sprake van onbewuste behoudzucht. Met de uitvoering van de bruteringsoperatie wijzigen de ideeën en reflexen van (lokale) politici en ambtenaren niet automatisch mee. Dit terwijl

---

<sup>68</sup> zie VNG-net, [Hwww.vng.nl/smartsite.dwsH](http://www.vng.nl/smartsite.dwsH), p. 4.

zij de macht hebben om ontwikkelrechten te verschaffen en contacten te leggen. Sommigen van hen ervaren de corporaties anno 2007 als semi-overheid aan wie gerust één op één ontwikkelrechten gegeven kunnen worden zonder ook maar enige voorafgaande selectie of transparantie te overwegen. Hier spelen dezelfde publieke reflexen als bij het tot wasdom komen van het nationale aanbestedingsrecht: Mededinging is maar lastig voor het werk.

## 5.6 Conclusie hoofdstuk 5

Vaak hoeven toegelaten instellingen (corporaties) zich weinig in te spannen voor het verkrijgen van kansen in de woningbouwontwikkeling. Mededinging-, non-discriminatie- en transparantiebeginselen worden niet gehanteerd bij het vergeven van ontwikkelrechten. Dit is een ongezonde en onnodige situatie voor de woningbouwsector.

Inachtneming van mededinging-, non-discriminatie- en transparantie-beginselen is mogelijk bij alle ontwikkeling, inclusief sociale woningbouw. Het resultaat is een eerlijker speelveld, het beter voldoen aan vraag van overheid en publiek en daarmee een gezondere vastgoedsector. Een bestaande complexe oude praktijk is echter niet snel getransformeerd. Een goed begin zou zijn als aan de zijde van ontwikkelende partijen de echte overtuiging zou ontstaan dat het beter kan en moet. Er is nooit aangetoond dat meer marktwerking funest zou zijn voor de volkshuisvesting. De waarde, noodzaak en legitimiteit van vaste coalitievorming tussen overheid en corporaties (versus de voordelen van wezenlijke mededinging) met betrekking tot het gunnen van ontwikkelrechten zal dan ook moeten worden aangetoond om bestaansrecht te behouden.

Den Haag pleit voor een nieuw 'arrangement' met de corporaties. Het nieuwe BBSH<sup>69</sup> zal daarop ingaan, maar in welke mate de corporaties zichzelf iets gaan opleggen is de vraag. Snijden in eigen vlees is niet aantrekkelijk.

In de volkshuisvesting is weinig tot geen concurrentie voor corporaties dus. De pijplijn wordt gevuld met projecten op gemeentegrond volgens dezelfde mechanismen van voor de financiële verzelfstandiging (bruteringsoperatie) die hun 20 jaar geleden een plek op een echte markt moest geven. Het primaat van de corporaties bestaat nog steeds, en prestatieafspraken doen de rest. Amicale relaties bepalen veel van het werk. Het geheel vormt vermijdbare selectieve bevoordeling boven de andere ontwikkelaars. Het 'primaat' kan beter worden beperkt tot de exploitatie. Prestatieafspraken moeten vooral neerkomen op het verplicht meedingen naar ontwikkelrechten. Amicale relaties tussen ambtenaren en medewerkers van corporaties dienen te eindigen.

Dat de mogelijkheid van meer echte mededinging in ieder geval vandaag geen prioriteit van de corporaties is, blijkt uit recent gehoorde corporatie-uitspraken: "Ingezakte nationale productie? Aan ons ligt het niet. Geef ons de grond, dan bouwen wij wel".

Overheden zijn echter gericht op het *aanvangen* van projecten en slaan minder acht op de voordelen van het organiseren van echte mededinging (selectieprocedures van ontwikkelaar en plan) zoals de potentieel hogere prijs/kwaliteit<sup>70</sup>. Daarbij worden juridische beginselen vaak makkelijk (soms onbewust) genegeerd.

---

<sup>69</sup> BBSH: Besluit Beheer Sociale Huisvesting.

<sup>70</sup> Nota Grondbeleid, ie V.R.O.M., januari 2001.

# Hoofdstuk 6 Resultaten, oplossingsrichtingen en aanbevelingen

## 6.1 Inleiding

Het doel van deze thesis is (paragraaf 1.2.1) om de ongeregelde processen rond het ontstaan en toedelen van ontwikkelrechten te duiden.

De hypothese luidt (paragraaf 1.2.2):

Het is praktijk dat ontwikkelrechten op overheidsgrond zonder effectieve mededinging worden gegund. Dit is strijdig met de altijd geldende rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en rechtszekerheid en daarmee is deze praktijk onrechtmatig. Deze situatie staat in de weg aan de gewenste vrije interne communautaire markt en valt relatief eenvoudig te voorkomen.

De centrale vraagstelling is (paragraaf 1.3):

Hoe verhoudt de praktijk van het gunnen van een ontwikkelrecht door de lokale overheid zich met de beginselen van het mededingingsrecht en de principes van de vrije markt?

Onderstaand volgen de resultaten, oplossingsrichtingen en enkele aanbevelingen.

## 6.2 Resultaten

**Wat is een ontwikkelrecht (H 2):**

Een ontwikkelrecht bestaat uit het complex aan verbintenisrechtelijke rechten en plichten tussen een ontwikkelaar en een overheid, te samen met verkregen (uitzichten op) een grondtransactie, benodigde vergunningen en het gewenste planologische kader, om datgene te realiseren waarmee door de overheid gewenst ruimtelijke en functionele ontwikkeling wordt bereikt, en zo in behoeften wordt voorzien.

**Gunning ontwikkelrechten zonder marktwerking**

Uit de hoofdstukken 4 en 5 blijkt dat lokale overheden primair gericht zijn op het aanvangen van projecten. Hierdoor slaan zij bij het gunnen van ontwikkelrechten minder acht op de voordelen van het organiseren van echte mededinging (selectieprocedures van ontwikkelaar en plan), zoals de potentieel hogere prijs/kwaliteit verhouding. De praktijk toont tal van onoverzichtelijke niet gestructureerde wijzen van overheidshandelen die leiden tot exclusiviteit van een marktpartij en het gunnen van een ontwikkelrecht,

Bij omvangrijke ontwikkelrechten waarbij door de betrokken overheid begrippen als 'PPS', 'samenwerking' en 'partners' wordt gebruikt, wordt wèl aan mededinging en selectie gedacht, maar bij minder omvangrijke stedelijke vernieuwingsprojecten met traditionele rolverdelingen wordt selectie niet of weinig georganiseerd, terwijl dat daar wel mogelijk is.

*Oplossingsrichting:* Het gunnen van een ontwikkelrecht door een overheid dient doelmatig en rechtmatig te verlopen. Een eerlijker speelveld moet worden gecreëerd ten behoeve van een gezonde sector, betere resultaten en een geloofwaardige overheid. Het zou zinvol zijn als aan de zijde van *alle* bij het ontwikkelproces betrokken partijen de echte overtuiging zou ontstaan dat mededinging uiteindelijk voor iedereen beter is, en dat dit zonder veel moeite en zonder schade te bereiken is. Hiertoe dienen er geen privileges en onthouding van marktwerking aan corporaties te worden geboden.

Overheden dienen beleid te ontwikkelen ten aanzien van gunning van ontwikkelrechten en met vaste protocols te werken. Modellen zijn relatief eenvoudig te ontwikkelen en al beschikbaar. Voordelen van het werken met vast beleid en volgens protocol zijn helderheid en transparantie voor markt en burger, hogere prijs/kwaliteit verhouding, meer rechtszekerheid en minder risico's voor de overheid. Daarvoor is een verdere omslag nodig bij corporaties, andere ontwikkelaars, lokale bestuurders en ambtenaren. Ontwikkelrelaties met gegroeide structuren moeten worden afgebouwd en worden omgezet in inspanningen om mededinging op een eerlijk speelveld te bevorderen. Afbreukrisico's door het indienen van een klacht door een gepasseerde ontwikkelaar of door een burger blijven anders aanwezig.

### **Wettelijk kader**

Bij boven bedoelde praktijk worden juridische beginselen en normen vaak geschonden. Het betreft de hierna te noemen normen die zijn geborgd in de navolgende wetgeving (H 2):

Het wettelijk kader bij de markt voor ontwikkelrechten en het rechtsgebied mededinging wordt gevormd door de art. 81, 82 en 86 van het Europees Verdrag (E.V.) en de daarin opgenomen algemeen geldende rechtsbeginselen van transparant overheidshandelen, non-discriminatie en rechtszekerheid. Nationaal regelt de Mededingingswet het handelen van ondernemingen en daarmee dat van een overheid als die als onderneming handelt, waarvan sprake is als zij een ontwikkelrecht gunt.

Artikel 82 E.V. en 24 Mw kennen voorts het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

Artikel 87 E.V. bevat het verbod op selectieve begunstiging van een onderneming door een overheid indien die de mededinging vervalst en het handelsverkeer nadelig beïnvloed (ontoelaatbare staatssteun).

Het gunnen van een ontwikkelrecht met grondtransactie is geen 'opdracht' in de zin van de wet en wordt dan ook vaak zonder aanbesteding aan de man gebracht. Maar er wordt wel degelijk bezit (grond) meteen bouwplicht verkocht. De afnemer verplicht zich jegens de overheid om door de overheid geformuleerde functionele en ruimtelijke wensen te realiseren.

*Oplossingsrichting:* De regelgeving en principes die volgens de huidige regelgeving gelden voor de gunning van een overheidsopdracht dienen in beginsel tevens te gaan gelden voor het gunnen van ontwikkelrechten. Anders gesteld: het gunnen van ontwikkelrechten met bouwplicht dient gezien te worden als het gunnen van een overheidsopdracht conform de Europese Richtlijn werken.

### **Jurisprudentie (H 2)**

De rechtsbeginselen uit het Europees Verdrag gelden wat het Hof van Justitie betreft altijd, en daarmee ook op de markt voor ontwikkelrechten<sup>71</sup>. Overheidshandelen dat in strijd is met deze rechtsbeginselen is onrechtmatig. Een passende mate van openbaarheid bij het voornemen tot gunning van ontwikkelrechten opdat mogelijk geïnteresseerden kunnen meedingen.

Met Altmark-arrest is duidelijker geworden dat staatssteun, die mededingingsverstoring is, wél toelaatbaar kan zijn indien er sprake is van een *dienst van algemeen belang*, die met normale marktvoorwaarden niemand op zich zou nemen.

Of er sprake is van staatssteun, gegeven via een ontwikkelrecht, is (zaak *Boontje c.s. / NMa*) wel

---

<sup>71</sup> (Zie arresten *Telaustria*, *Bent Mousten*, *Vestergaard*, *Coname vs. Cingia de Botti*, en *ParkingBrixen*)

nationaal toetsbaar aan de Mededingingswet. Het argument dat het gunnen van een ontwikkelrecht door een overheid een *overheidsprerogatief* zou zijn en daarom niet per se aan mededinging onderhevig hoeft te zijn of worden, zal geen stand houden.

### **Beleid (H 3)**

De minister meent dat corporaties kunnen volstaan met het concurreren om alle ontwikkelrechten, uitgezonderd de ontwikkelrechten voor het bouwen van sociale huurwoningen. Het argument dat het doen bouwen van sociale huurwoningen een prerogatief (voorrecht) van de overheid zou zijn acht ik niet langer houdbaar.

De Europese Commissie maakt bij opstalontwikkeling en gunning van ontwikkelrechten geen onderscheid tussen 'sociaal' en 'commercieel'. De Commissie toetst de mededingingsregels en de eis van transparantie volgens de communautaire regels en zal naar aanleiding van de ingebrekestelling 'Vathorst' tot definitief beleid komen. Zelfs de eigen grondpositie levert wat haar betreft niet vanzelfsprekend een ontwikkelrecht op.

Europa wenst een eerlijk speelveld tussen alle ontwikkelende partijen en de overheid. Als er in een projectconstructie op enige wijze van opdracht en overheidsconsumptie kan worden gesproken, ziet zij reden tot aanbesteden.

Waarom niet ook bij traditionele gronduitgiftes/ontwikkelrechten waarbij vooral wensen van de overheid worden gerealiseerd? De grens van wat 'overheidsconsumptie' is kan gaan verschuiven. Gronduitgiftes kunnen in de toekomst mogelijk niet meer één op één aan een ontwikkelaar worden gegund. De Europese Commissie vindt dat alle projecten met 'wonen' een publiek karakter hebben, dat corporaties als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt en dat al snel van een bezwarende titel in de zin van de Richtlijn kan worden gesproken. Het lijkt er op dat de Commissie dit vindt ten aanzien van alle *opstal*ontwikkeling.

*Oplossingsrichting:* Indien het standpunt Vathorst overeind blijft en ook bij de hoogste rechter (HvJ) niet onderuit gaat, dan zal elke overheid dienen te beseffen dat bij gebiedsontwikkeling en herstructurering een keuze gemaakt dient te worden ofwel het aanbesteden van het ontwikkelrecht indien een uitgewerkt programma is bedacht ongeacht eigen participatie (PPS), ofwel dat het kiest om één op één de grond uit te geven, maar zich dan te beperken tot slechts het meegeven van een kader waarbinnen de ontwikkelaar vrijheid heeft. Nader beleid en jurisprudentie uit Europa is gewenst.

### **Zelfrealisatiebeginsel en gemeenten met actief grondbeleid**

Een gezonde markt voor ontwikkelrechten wordt tegengehouden door het zelfrealisatiebeginsel, zoals thans vastgelegd in de Onteigeningswet. Grondeigenaren die ambitie hebben om te ontwikkelen kunnen niet worden gepasseerd, de voordelen van mededinging kunnen momenteel dan niet worden bereikt.

*Oplossingsrichting:* Ten behoeve van een gezondere markt en vlottere projectvoering zou inperking van het zelfrealisatiebeginsel (met compensatie) en daarmee van het eigendomsrecht veel effect hebben voor de corporaties. Het bouwclaim-model is dan niet nodig meer.

Gemeenten met actief grondbeleid die door middel van ontwikkelrechten tot in kleinste detail bepalen wat de fysieke en functionele invulling van de opstallen moet zijn, zijn bijna met overheidsopdrachten bezig, en zullen eerder met aanbestedingsrecht te maken gaan krijgen dan gemeenten met passief grondbeleid.

*Oplossingsrichting:* Ofwel de voordelen van aanbesteding van ontwikkelrechten worden ingezien



en daartoe in alle mogelijke gevallen overgegaan, ofwel gemeenten beperken tot alleen het contractueel opleggen van een ruimtelijke bouwenvelop, zolang als het nog kan. Aangezien nationaal voorlopig een gunning van een ontwikkelrecht mededingingsrechtelijk niet als een *opdracht* maar als *overdracht* van grond geldt.

### **Casuïstiek**

- In twee onderzochte gevallen prevaleerde het primaat van de corporaties
- De casus Locatie B en casus Harderwijk bewijzen: aanbesteding van ontwikkelrechten loont, levert betere resultaten op, en tevreden partijen.
- Procesgang gunning ontwikkelrechten verliep in alle overige gevallen in strijd met rechtsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en zorgvuldigheid: strijd met het E.V., en in meeste gevallen met huidige gedachtelijn van de Europese Commissie.
- Locatie C had moeten worden aanbesteed.

### **Enquête (H 4)**

- (1) Onderhandse gunning van ontwikkelrechten zonder georganiseerde mededinging komt regelmatig voor, zowel aan corporaties als aan andere ontwikkelaars.
- (2) Het primaat van de corporaties duurt onverminderd voort.

### **Corporaties en ontwikkelrechten (H 4 en H 5)**

Er is traditioneel enorme overheidsregulering ten aanzien van volkshuisvesting, de sector en de woningmarkt zijn daardoor niet gezond. De historische cultuur tussen overheid en corporaties bij de gunning van ontwikkelrechten is verouderd en niet meer nodig. De financiële voorrechten van de corporaties zijn marktvervalsand. De behoudzucht van de corporatiesector is groot. Zij bewaken de naoorlogse methode versus het beleid van de E.C. die de vrije markt bewaakt. Nader beleid en jurisprudentie is dringend nodig.

In de ontwikkeling van volkshuisvesting vindt geen concurrentie plaats. De pijlpijn wordt gevuld met projecten op gemeentegrond volgens dezelfde mechanismen van vóór de financiële verzelfstandiging (bruteringsoperatie) die hun 20 jaar geleden een plek op een echte markt moest geven. Het primaat van de corporaties bestaat nog steeds en prestatieafspraken doen de rest. Amicale relaties bepalen veel van het werk. Het geheel vormt vermijdbare selectieve bevoordeling van corporaties boven de andere ontwikkelaars.

Niemand heeft overtuigend aangetoond dat meer marktwerking funest zou zijn voor de volkshuisvesting. Corporaties verzetten zich tegen het moeten meedingen om ontwikkelrechten/projecten met woningbouw, maar nimmer is aangetoond dat meer concurrentie om ontwikkelrechten per saldo te weinig positieve effecten zou hebben.

Tegenstanders van marktwerking wijzen er op dat selectie van een ontwikkelaar met een door hem gemaakt plan minder zin heeft, omdat het plan toch weer moet wijzigen naar de laatste inzichten. Vooral wijzen tegenstanders er op dat er in Nederland een unieke te behouden cultuur van samenwerking bestaat tussen publieke en private partijen die marktwerking als het ware overbodig maakt. Echter, het na mededinging gunnen van ontwikkelrechten staat geheel niet in de weg aan een flexibele projectopzet, noch aan het na gunning effectief samenwerken van publieke en private partijen.

Een volwaardige markt voor ontwikkelrechten en een gezonde vastgoedsector worden tegengehouden door het overheidsingrijpen, het 'primaat' van de corporaties, de prestatieafspraken met gemeenten, en de gunstige voorwaarden die corporaties structureel krijgen.

De meerwaarde van de voorrang van corporaties bij het gunnen van ontwikkelrechten boven het creëren van een echt eerlijk speelveld staat niet vast. De voorrang van corporaties zou ook kunnen worden beperkt tot de *exploitatie* van woningen, zodat de ontwikkelrechten voortaan in concurrentie verworven moeten worden. De wettelijke plicht om te bouwen wordt een plicht om mee te dingen naar ontwikkelrechten, mogelijk ook in geval van herontwikkeling van eigen complexen. Daarvoor moet wel het zelfrealisatiebeginsel worden ingeperkt.

*Oplossingsrichting:* De oplossing is om geen prestatieafspraken te maken die gemeenteverplichtingen jegens corporaties opleveren, maar om het gehele ontwikkelrecht, inclusief sociale huurwoningen, aan te besteden. In de aanbestedingsvoorwaarden wordt dan opgenomen dat een eventuele winnaar, niet-zijnde corporatie, de woningen na realisatie verplicht afstoot aan een corporatie (toegelaten instelling) ten behoeve van de exploitatie, en met een corporatie vóór de inschrijving voor de aanbesteding overeenstemming over de koopvoorwaarden bereikt. Diens principiële bereidheid daartoe kan de minister opleggen.

### **6.3 Aanbevelingen**

Rechtsbeginselen van transparantie en non-discriminatie moeten door lokale overheden bij de toedeling van ontwikkelrechten beter en onverkort in acht worden genomen.

De overheid moet, indien vanwege de grondposities redelijkerwijs mogelijk, kiezen voor aanbesteding van ontwikkelrechten, meervoudig onderhands of openbaar. Bij projecten vanaf een bepaalde omvang of investeringsvolume vindt een zo kort mogelijk helder meervoudig selectieproces plaats. Publiek geld en grond voor ontwikkeling zijn bestemd voor het beste bod. Selectie en gunning in één instantie. De verliezers krijgen een begrote plankostenvergoeding.

Exclusiviteit van de corporaties dient beperkt te worden tot de *exploitatie* van sociale huurwoningen. Prestatieafspraken wijzigen in het verplicht meedingen naar ontwikkelrechten.

De corporaties worden verplicht om de door niet-corporaties ontwikkelde sociale huurwoningen af te nemen ten behoeve van exploitatie tegen koopsommen vastgesteld in de gemeentelijk projectopzet.

Het recht op zelfrealisatie door een grondeigenaar wordt beperkt. Dit levert meer en betere mededinging op alsook een vlottere procesgang bij projectvorming. In het buitenland bestaan positieve ervaringen met een beperkter zelfrealisatierecht.

Gemeenten worden verplicht aanbestedingsprotocollen op te stellen. De Vereniging Nederlandse Gemeenten levert modellen.

Gemeenten met actief grondbeleid herijken dit beleid op basis te vernemen strenger Europees beleid, en organiseren het standaard aanbesteden van ontwikkelrechten vanaf een bepaalde omvang.

## Hoofdstuk 7 Conclusies

Centrale vraagstelling:

*Hoe verhoudt de praktijk van het gunnen van een ontwikkelrecht door de lokale overheid zich met de beginselen van het mededingingsrecht en de principes van de vrije markt?*

1. Primaire antwoord: Geheel onnodig geschiedt het gunnen van een ontwikkelrecht onnodig vaak in strijd met algemene rechtsbeginselen. In bredere zin resulteert het geïnstitutionaliseerde overheidsingrijpen in de ontwikkelmarkt en in de woningmarkt in een deels ongezone vastgoedsector.
2. De keus voor een interne markt (bevorderen mededinging) en juridische geboden van transparantie en non-discriminatie zullen in de toekomst dieper doorgrijpen in de markt van ontwikkelrechten, waar lokale cultuur zijn eigen weg had gevonden. Deze beginselen gelden altijd, ook bij het gunnen van ontwikkelrechten die niet aanbesteed zou hoeven worden, en zonder onderscheid tussen grond- of opstal-ontwikkeling, publieke functies of niet, en zowel onder als boven de drempelbedragen uit de Richtlijnen. Het Europese recht kent de *verplichting* (een gebod) tot transparantie, hetgeen ondermeer inhoudt dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor mededinging wordt geopend. Hiervan is in bij het voornemen om een ontwikkelrecht te gunnen vaak geen sprake. Indien Den Haag het Nederlandse stelsel niet moderniseert, zal Brussel het vermoedelijk niet laten.
3. Sinds het Scala-arrest van het Hof van Justitie uit 2001 dienen opstallen met *publieke functie* te worden aanbesteed, en wel ongeacht of de opstal voor rekening en risico van een private partij werden ontwikkeld, én ongeacht of een overheid de beschikking krijgt over de opstal. De actuele vraag is of de Europese Commissie na de ingebrekestelling inzake 'Vathorst' vast zal houden aan haar standpunt dat ontwikkelrechten inzake de realisering van *opstallen* in veel situaties moeten worden aanbesteed, omdat ze onder de noemer 'overheidsopdracht' zouden vallen. Niet alleen opdrachten tot bouw- en woonrijpmaken zijn wat haar betreft aanbestedingsplichtig, maar ook private ontwikkelingen van de opstallen, waaronder woningen, winkels en kantoren.
4. Voor actief grondbeleid kiezen, maar geen mededinging toepassen/organiseren gaat vanuit mededingingsrechtelijke principes niet goed samen. Het verdienen door een gemeente van geld met actief grondbeleid dient daartegen te worden afgewogen. Een gemeente met passief (of 'facaliterend') grondbeleid, en een liberalere vrije markthouding heeft daar geen last van.

Het zelfrealisatiebeginsel kan worden ingeperkt. Het houdt thans in geval van (deels) particulier grondbezit het bouwclaim-model in stand, waardoor vaak geen wezenlijke mededinging kán worden georganiseerd.

5. De pragmatisch getinte bezwaren van lagere overheden en ontwikkelaars tegen het organiseren van meer mededinging in de markt voor ontwikkelrechten wegen niet op tegen de voordelen van hogere prijs/kwaliteit en het hebben van een principiële en rechtvaardige stelsel van gunning van vastgoedontwikkelprojecten. Door vaker meervoudige selecties voor het vergeven van een ontwikkelrecht te houden, krijgen overheden en ambtenaren deze processen beter in de vingers.

6. Als de voordelen van concurrentie en aanbesteding door de lokale overheden worden onderkend en niet wordt teruggedeinsd voor het zich permanent bevinden in (meervoudige) selectieprocessen, dan vermindert de weerstand tegen de procedure aan beide zijden en kunnen selecties ook steeds makkelijker en succesvoller worden georganiseerd en uitgevoerd.
7. De waarde, noodzaak en legitimiteit van vaste coalitievorming tussen overheid en corporaties (versus de voordelen van wezenlijke mededinging) met betrekking tot het gunnen van ontwikkelrechten zal moeten blijven worden aangetoond om bestaansrecht te behouden.

=====

Amsterdam, 30 april 2007

## Bronnen en literatuur

- AkroConsult (2004), *PPS 2000+*, *De praktijk achter de theorie*, Akro Consult [www.akroconsult.nl](http://www.akroconsult.nl).
- Berg, B. van den, (2006) De gemeente als onderneming in het kader van de Mededingingswet, In: *Gemeentestem* 7194 (Kluwer, Deventer)
- Boer, H. de, (2005), 17 mei 2005, *Centraal wat kan, decentraal wat moet*, rapport 'Commissie De Boer'.
- Bregman, dr.ir. A.G., (2005), Staatssteun bij locatieontwikkeling. In: *Tijdschrift voor Bouwrecht* nr. 6, juni 2005, p. 470-475, Instituut voor Bouwrecht, (Den Haag), ISSN 0165-1528.
- Burgerlijk Wetboek, Kluwer, 2002.
- Conijn, J.B.S., (2005), *Woningbouwcorporaties: naar een duidelijke taakafbakening en een heldere sturing*, RIGO rapport, nr.88.850, Amsterdam,
- Conijn, J.B.S., P.M.A. Eichholtz, J Hakfoort, C.G. Koedijk, (2002), Transparantie en concurrentie nodig. In: *ESB-Dossier, Toekomst van woningbouwcorporaties*, 87 jrg., nr 4363, D5-D8.
- Jong, prof. mr. J. de, (2005) Eigendom, bouwrecht en concurrentiebevordering op ontwikkelingslocaties, in: *Tijdschrift voor Bouwrecht*, nr 6 juni 2005, p 499-504, Instituut voor Bouwrecht (Den Haag), ISSN 0165-1528.
- Dekker, S., V.R.O.M., 31 mei 2005, voordracht: '10 jaar na de brutering'. Ministerie van V.R.O.M., Den Haag.
- Europese Commissie, brief aan regering d.d.16 maart 2005, Ingebrekestelling Nederland inzake 'Vathorst'.
- Europese Commissie (2006) *Interpretatieve mededeling over gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen*, 1 augustus 2006, (2006/ 179/02), Brussel.
- Europees Verdrag, Rome, Titel VI, 1957.
- Geurtsen, mr. W.W., Annotatie bij NMa-uitspraak Boontje c.s. / NMa. In: *Markt en Mededinging* 2006 / nr. 4 p. 122 e.v. (Elsevier/juridisch).
- Graaf, D. de, J.M. de Winter en P.G.H. Berkhout, (2001), *Effectiviteit en efficiëntie van woningbouwcorporaties*, SEO-rapport no. 576, Amsterdam.
- Hakvoort, J., M. van Leuvesteijn en G. Renes (2002), *Woningcorporaties: prikkels voor effectiviteit en efficiëntie*, C.P.B.-document, Den Haag.
- Hessel, prof. dr. B., en Gerbrandy, A. (2004) *Mededingingsrecht voor decentrale overheden in hun rollen als onderneming en als overheid*, deel 4 serie Europees recht voor decentrale overheden, Kluwer, Deventer.
- Hessel, prof. dr. B., (2006) Het standpunt van Brussel over de Nederlandse woningcorporaties is niet echt verrassend maar het antwoord van Dekker blijkt niet Europa-proof. In: vakblad *Bouwrecht*, augustus 2006, p.697-709, Instituut voor Bouwrecht, Den Haag, ISSN 0165-1528.
- Ministerie van Financiën (2004), 'Selectie van private partijen bij Publiek Private Samenwerking bij gebiedsontwikkeling' In: *Handleiding PPS*. Ministerie van Financiën, Den Haag
- Nota Ruimte 'Ruimte voor ontwikkeling', instemming Eerste Kamer 17 januari 2006
- Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam (2005), *Selectie van marktpartijen voor het ontwikkelen van vastgoed*. Gemeente Amsterdam. Amsterdam
- Pijnacker Hordijk, mr E.H., Van der Bend, mr G.W., Van Nouhuys, mr J.F. (2004), *Aanbestedingsrecht, Handboek van het Nederlandse en Europese Aanbestedingsrecht*, SDU Den Haag.
- Raad van Economisch Adviseurs (R.E.A) (2006), *Over goede intenties en de harde wetten van de woningmarkt*. Rapport aan Regering d.d. 28 maart 2006, Den Haag.
- Romburgh, H.D. van, (2004), Realisatie van werken van openbare infrastructuur door grondeigenaren, In: *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2004, pag. 497, Instituut voor Bouwrecht, Den Haag, ISSN 0165-1528.
- VNG-net, [www.vng.nl/smartsite.dws](http://www.vng.nl/smartsite.dws).
- Zoethout, R. (2003), gemeentelijke publicatie, *Selectie van Ontwikkelaars*. Gemeente Rotterdam, Rotterdam.

## Jurisprudentie

- HvJ EG, zaak C-41/90, *Höfner*, Jur.1991.
- HvJ EG, Zaak C-399/98, 12 juli 2001.
- HvJ EG, zaak C-324/98, *Telaustria*
- HvJ EG, zaak C-231/03, *Coname vs. Cingia de Botti*.
- HvJ EG, zaak C-458/03, 13 oktober 2005, *Parking Brixen*
- NMa, *Boontje c.s. / NMa*, 22 december 2005, MEDED 05/396, LJN: AV 7339
- NMa, zaak 101, 23 juli 1999 inzake *Bloemenmarkt gemeente Amsterdam*.
- NMa, zaak 2493, besluit van 12 september 2002,.

## Bijlage 1 Enquêtebrief met toelichting en invulformulier

D.C. Holties  
Lijnbaansgracht  
Amsterdam

[dholties@centrum.amsterdam.nl](mailto:dholties@centrum.amsterdam.nl)

Betreft: Projectontwikkeling: globale steekproef ontwikkelaarskeuzen gemeenten

Amsterdam, maart 2007

Geachte gemeente(-onderdeel),  
Geachte heer/mevrouw,

Graag vraag ik uw aandacht en medewerking voor het volgende.

Ik ben werkzaam voor het stadsdeel Amsterdam-Centrum als vastgoed-adviseur en volg een studie vastgoedkunde om mijn werkzaamheden verder te verbeteren.

Ten behoeve van deze studie houd ik met een invulformulier een kort onderzoek naar de wijzen waarop bij bouwlocaties gemeentekeringen voor een bepaalde ontwikkelende partij tot stand komen.

Onder andere uw gemeente is gekozen voor deze steekproef. Ik vraag u vriendelijk om bijgaand formulier in te vullen aan de hand van zo mogelijk 6 projecten die in uw gemeente zijn of worden gerealiseerd. Uitdrukkelijk mogen daar ook (gedeeltelijke) woonprojecten bijzitten met corporaties als ontwikkelende partij.

Het gaat om locaties waarvan (1) de gemeente de grond bezit en de zeggenschap heeft over de vraag wie mag gaan ontwikkelen, en (2) waarvoor geen aanbestedingsplicht geldt. De keuze wordt bijvoorbeeld gemaakt na een meervoudige selectie, of bijvoorbeeld door onderhandse keuze voor een bij de betreffende gemeente bekende capabele ontwikkelaar/corporatie met wie goede ervaringen zijn één op één-keuze maken voor een ontwikkelaar, of graag kiezen uit meer partijen op basis van een vooraf bepaalde selectieprocedure. Aangeschreven zijn alle stadsdelen van de gemeente Amsterdam, het centrale ontwikkelingsbedrijf van Amsterdam, als ook de gemeenten Den Haag, Rotterdam, Utrecht, Zwolle, Alkmaar, Hengelo en Roermond.

Indien u bijgaand formulier invult levert u een bijdrage aan een onderzoek naar gemeentelijke keuzen voor ontwikkelaars/corporaties. Dit is nuttig om gemeentebestuur verder te ontwikkelen en voor bewuste bestuurlijke besluitvorming, meer in het bijzonder de keuze voor een bepaalde ontwikkelende partij.

Op voorhand dank ik u zeer voor genomen moeite. Indien u het aankruis-formulier (apart meegezonden Word-bestand) **vóór 20 april** a.s. ingevuld retourneert naar bovenstaand mailadres (danwel per fax) ben ik u zeer erkentelijk en wordt de uitkomst van de steekproef u toegezonden.

Hieronder treft u een nadere korte Toelichting aan. Ook voor eventuele vragen kunt u met de in het briefhoofd vermelde contactgegevens contact opnemen.

Met vriendelijke groet,  
David C. Holties

---

### TOELICHTING BIJ INVULFORMULIER

Bij het invullen van de enquête dienen de volgende aanwijzingen te worden gevolgd:

1. De bedoelde projecten betreffen opstalontwikkeling (woningen, bedrijfsruimten in de ruimste zin des woords). Bedoeld is om inzicht te krijgen in:
  - (a) het proces van kiezen voor een ontwikkelende partij door een gemeente in geval deze de betreffende grond in eigendom heeft, en er geen aanbestedingsplicht geldt. Opdrachten voor het bouwrijp maken, infra-aanleg of inrichting van openbare ruimte dienen buiten beschouwing te blijven.
  - (b) in hoe frequent met een vooraf bepaalde procedure aan meer dan één ontwikkelende partij om een aanbieding voor de ontwikkeling van opstallen wordt gevraagd.





## Bijlage 2

Informatie Amsterdamse projecten behandeld in hoofdstuk 3.2.

1. **Vinex,deelproject IJburg-1:** Ontwikkelaar: samenwerking van Lingotto Vastgoed BV Amvest B.V.
2. **Binnenstedelijk Amsterdam<sup>72</sup>:**

### **Locatie A:**

'Blaauwlabenblok' (Warmoesstraat/St. Jansstraat/Oudezijds Voorburgwal, ('tekorten dichten en compensatie-ontwikkelen')). Ontwikkelaar: corporatie De Key / De Principaal.

(Nadere informatie: In de jaren '80 is ca. 60% van het blok door de Gemeente Amsterdam aangekocht ten behoeve van stadsvernieuwing. Tot 1988 is door het Bouwfonds Nederlandse Gemeenten (BNG), in opdracht van en in overleg met de Gemeente, gewerkt aan een herstelplan voor het blok. De basis van het overleg was een gebruikersovereenkomst tussen het BNG en de bewoners (1984), waarin onder meer afspraken over het opstellen van een programma van eisen waren opgenomen. Over de inhoud van het programma van eisen, dat ter vaststelling voorgelegd zou worden aan de gemeenteraad, hebben de verschillende partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

Vervolgens is in januari 1989 het beheer van het bouwblok overgedragen aan het Gemeentelijk grondbedrijf. Omdat de ontwikkelingen niet van de grond kwamen stelde de heer Stadig (destijds in de hoedanigheid van secretaris van de Amsterdamse Federatie van Woningcorporaties) voor te bemiddelen tussen de gemeente en de bewoners. In augustus 1991 lag er een eindvoorstel waarin zowel de bewoners als de gemeente zich kon vinden.

Op 4 december 1991 heeft de Commissie voor Stadsvernieuwing, Volkshuisvesting, Grondzaken, Herhuisvesting, Monumentenzorg en Sport (SVG) met dit voorstel ingestemd, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat er overeenstemming bereikt zou worden over de uitgangspunten voor het stedenbouwkundig plan.

In maart 1994 is door de Dienst Ruimtelijke Ordening een aanzet tot een stedenbouwkundig plan opgesteld waarin de randvoorwaarden en de uitgangspunten voor de verbetering van het blok beschreven staan. Het behoud van de typische middeleeuwse stedelijke structuur van stegen en straten en het unieke karakter, met veel woon- en werkruimten voor kunstenaars is een van de belangrijkste uitgangspunten.

Op 25 september 1997 is de raamovereenkomst in werking getreden. Deze bevat de afspraken over de herontwikkeling van het Blaauwlabenblok die met de oorspronkelijke bewoners zijn gemaakt (bron: [www.blaauwlabenblok.nl](http://www.blaauwlabenblok.nl)).

### **Locatie B:**

Elandsstraat 44. Ontwikkelaar: Cautio B.V.i.o. / Kennemerland Beheer B.V.

### **Locatie C:**

Haarlemmerplein. Ontwikkelaar: Heijmans Vastgoed B.V.

### **Locatie D:**

Rozengracht / Rozenstraat, Cluster Schievinck. Ontwikkelaar: Woningbouwvereniging Eigen Haard / Olympus Wonen

---

<sup>72</sup> Bronnen worden gevormd door auteur zelf en anderen werkzaam voor deze gemeente.