

Een nieuw (tijdelijk) reisadvies voor aanbesteding en gebiedsontwikkeling

De gemeentelijke praktijk afgezet tegen de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011

83

1 Inleiding

Een gemiddelde *lonely planet* of *The Rough Guide* zal waarschijnlijk minder vaak worden geactualiseerd dan de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling*. De eerste versie van deze reisgids verscheen begin 2007.² In de herfst van 2009 verscheen, met de nodige vertraging, een nieuwe versie.³ De 2009-versie werd (gedeeltelijk) geactualiseerd in de zomer van 2010.⁴ Eind maart zag de (voorlopig) laatste versie het levenslicht; de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011*.⁵

In dit artikel wordt, net als eerder bij de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009*, ingegaan op enkele praktische gevolgen die de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011* (hierna: *Reiswijzer 2011*) met zich brengt voor de gemeentelijke praktijk van gebiedsontwikkeling.⁶ Allereerst wordt kort stil gestaan bij de hoofdlijn, althans een van de hoofdlijnen, van de *Reiswijzer 2011*. Daarna komen de status en houdbaarheid van de *Reiswijzer 2011* aan de orde, mede aan de hand van (komende) verwickelingen op het gebied van (op dit moment) lopende inbreukprocedures en gewezen gerechtelijke uitspraken. Vervolgens worden enkele praktische gevolgen van de *Reiswijzer 2001* geschetst. Het artikel wordt afgerond met een conclusie.

2. Hoofdlijn(en)

In feite zijn in de *Reiswijzer 2011* twee reisroutes opgenomen. De eerste route is die van het doorlopen van een aanbesteding of selectie bij gebiedsontwikkeling.⁷ De Reiswij-

zer 2011 stelt dat, vanuit het oogpunt van concurrentie en gelijke behandeling van marktpartijen, ook wanneer daartoe op grond van het aanbestedingsrecht geen verplichting bestaat, een transparante procedure als vertrekpunt zou moeten gelden voor het benaderen van marktpartijen.⁸

De tweede route is die waarin een Europese aanbestedingsplicht, voor zover mogelijk, wordt vermeden. Gemeenten en marktpartijen voelen in de praktijk vaak de behoefte om het doorlopen van een aanbestedingsprocedure te vermijden. Beseft moet worden dat het vermijden van een aanbesteding echter beperkingen met zich meebrengt voor de (contractuele) manier waarop partijen met elkaar kunnen samenwerken. Veel van deze negatieve reisadviezen, die verderop aan bod komen, zijn niet aan de orde indien er door de gemeentelijke overheid voor wordt gekozen om een gebiedsontwikkeling te realiseren met voorafgaande aanbesteding. Zeker daar waar sprake is van versnipperd grondeigendom of door marktpartijen ingenomen grondposities kan een voorafgaande aanbesteding van de gebiedsontwikkeling echter op praktische bezwaren stuiten. Dit artikel concentreert zich op het reisadvies dat bedoeld is om een aanbesteding, zo veel als mogelijk, te vermijden.⁹ De hoofdlijn van het (tweede) reisadvies luidt in de *Reiswijzer 2011* als volgt:

'Voor woningbouw en commercieel vastgoed die niet Europees worden aanbesteed is van wezenlijk belang dat wordt vermeden dat cumulatief aan drie voorwaarden wordt voldaan: 1. er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, 2. er wordt een bouwplicht opgelegd; en 3. er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.'¹⁰

2.1 Hoe 'cumulatief' te interpreteren

Op zich is de hiervoor geciteerde hoofdlijn helder verwoord. Wel zou de gedachte kunnen ontstaan dat gemeenten er voor moeten zorgen dat aan geen van de drie voorwaarden wordt voldaan. Beseft moet echter worden dat pas sprake kan zijn van een overheidsopdracht voor werken als aan alle drie de voorwaarden is voldaan.¹¹ Zo kan er wel

1 Mr. M. Fokkema is senior-adviseur bij PurpleBlue te Deventer. Dit artikel is afgesloten op 22 april 2011.
 2 *Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling*, afkomstig het Ministerie van VROM, in samenwerking met het Ministerie van Financiën, VNG, IPO en de NEPROM, december 2006.
 3 *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009*, afkomstig van de Ministeries van VROM en BZK, de NEPROM, IPO en VNG, september 2009. Zie ook Fokkema, 'Ingebrekestelling van tafel, maar er blijven ook inbreukprocedures liggen', *BR* 2009/, p. 662-663.
 4 Bregman, 'Arrest Europese Hof leidt tot update Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009', juni 2010.
 5 *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011*, publicatie van de Ministeries van BZK en IM, VNG, IPO in samenwerking met de NEPROM, maart 2011.
 6 Fokkema, 'De gemeentelijke praktijk afgezet tegen de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009', *BR* 2009/183, p. 867-874.
 7 Hfdst. 7 vanaf par. 7.12, p. 81 e.v.
 8 *Reiswijzer*, p. 25 en 65. Zie in vergelijkbare zin Fokkema & Hijmans, 'De gemeentelijke praktijk afgezet tegen de brief "selectie van marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling"?' van VROM, VNG en NEPROM', *BR* 2008/, p. 391-392. Zie ook Manunza, in: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Vereniging voor Bouwrecht, nr. 38, p. 105. Zie tot slot Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, LJN BO2080 (*Rederijersplein Noordwijk*).

9 Hfdst. 7, in het bijzonder vanaf par. 7.8, p. 71 e.v.

10 *Reiswijzer*, p. 10.

11 Zie nogmaals *Reiswijzer*, p. 10: 'Indien de overheid zich ten aanzien van woningbouw beperkt tot generieke, publiekrechtelijke eisen en geen bouwplicht oplegt, is geen sprake van een bezwarende titel en evenmin van projectspecifieke eisen als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn. Beide kenmerken moeten aanwezig zijn, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht.'

degelijk, en dit is mijns inziens dan ook als een 'veilige' reisroute te beschouwen, een contractuele bouwplicht overeengekomen worden, als daarbij minimaal aan één van de overige voorwaarden niet wordt voldaan.¹² Overigens zal het in verband met de huidige crisis al vrij snel voor de hand liggen om juist een contractuele bouwplicht te vermijden en daarvoor in de plaats een (overigens qua resultaat onvergelijkbaar)¹³ alternatief in de vorm van een (te rug)leverbeding te hanteren.¹⁴ Partijen die risico's geheel willen uitsluiten, doen er uiteraard verstandig aan om er voor te zorgen dat aan meerdere of aan geen van de voorwaarden wordt voldaan.¹⁵ Gemeenten die zich qua contractvorming echter niet op een dergelijke wijze willen laten beperken, zullen – mits uiteraard mogelijk in verband met (ingenomen) grondposities¹⁶ en passend binnen de voorgenomen (her)ontwikkeling – juist moeten overwegen om wel over te gaan tot een Europese aanbesteding.

3. Houdbaarheid en status

Verbazing hoeft de korte actualiteitswaarde van de verschillende Reiswijzers niet te wekken. De jurisprudentie blijft gestaag komen en de Europese Commissie zit nog steeds niet stil.

3.1 Verwikkelingen sinds Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009

Sinds het verschijnen van de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009 (hierna: Reiswijzer 2009):

- heeft het HvJ EG in maart 2010 het Müller-arrest gewezen;¹⁷
- heeft de Europese Commissie begin december 2010 besloten om de Nederlandse Staat voor de rechter te dagen met betrekking tot de gebiedsontwikkeling Doornakkers te Eindhoven;¹⁸
- heeft de Europese Commissie Nederland eind september 2010 gevraagd om de EU-regelgeving na te leven bij het project Het Nieuwe Landgoed te Ede;¹⁹

12. Zie in dezelfde zin, maar dan juist door een bouwplicht te vermijden, 't Hart & Albers, 'Van Atroux/Roanne naar Müller/Wildeshausen: waar ligt de grens van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling?', *NtEr* oktober 2010, p. 277.

13. Zie Bidó, 'Gemeentelijk aanbesteden bij gebiedsontwikkeling: overwegingen uit de praktijk', *BR* 2010/161, p. 868.

14. Zie bijv. Rb. Arnhem 10 november 2010, nr. 201875/KG ZA 10-405, *LJN* BO4451, *BR* 2011/28 m.nt. Dijkman-Lubbers en *Reiswijzer*, p. 74.

15. Zie Fokkema, 'De gevolgen van het Müller-arrest op het reisadvies uit de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009', *BR* 2010/105, p. 588.

16. Het Europese aanbestedingsrecht trekt zich in principe (weinig tot) niets aan van ingenomen grondposities.

17. Fokkema, *BR* 2010/105, p. 582-588. Zie ook nog HvJ EU 15 juli 2010, nr. C-271/08, r.o. 76 e.v.

18. Beroep ingesteld op 9 december 2010, nr. C-576/10.

19. Persbericht Europese Commissie 30 september 2010, IP/10/1233.

20. Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032 (*Bangert en Oosterpolder/Hoorn*) en gewezen na verschijning van de *Reiswijzer 2011*, Rb. Alkmaar (vzr.) 26 november 2010, *LJN* BO5112 (*Bangert en Oosterpolder/Hoorn*); Rb. Arnhem (vzr.) 10 november 2010, *BR* 2011/28 m.nt. J.M. Dijkman-Uulders (Nova Gelraie Ede); Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* BO2080 (*Rederijersplein Noordwijk*). Zie over deze laatste (opmerkelijke) uitspraak ook Bregman, 'Aanneming van werk maar geen overheidsopdracht?', *Actualiteiten Bouwrecht* 22 december 2010.

- is een aantal aanbestedingszaken geweest door nationale gerechtelijke instanties, waaronder in de 'beruchte' kwestie Rederijersplein te Noordwijk;²⁰
- is er in september 2010 een belangwekkende conclusie van advocaat-generaal (A-G) N. Jääskinen van het Europese Hof verschenen, welke betrekking heeft op een Spaanse gebiedsontwikkeling.²¹

De *Reiswijzer 2011* is, ten opzichte van de vorige versie uit 2009, vooral gericht op een uitwerking van de gevolgen van het Müller-arrest. De kwestie Doornakkers te Eindhoven komt in een voetnoot als mededeling aan de orde.²² De kwestie Het Nieuwe Landgoed in de gemeente Ede wordt niet genoemd. Geen van de, sinds de verschijning van de *Reiswijzer 2009*, gewezen aanbestedingsuitspraken van Nederlandse gerechtelijke instanties komt aan bod, de kwestie Rederijersplein uitgezonderd. Begrijpelijkerwijs wordt geen aandacht besteed aan de conclusie van de A-G inzake laatstgenoemde Spaanse gebiedsontwikkeling. Vanwege het belang van beide Europese zaken wordt hierna uitgebreider stilgestaan bij het Müller-arrest en de conclusie van A-G N. Jääskinen. De overige kwesties zijn, voor zover relevant, integraal verwerkt in het vervolg van het artikel en komen niet separaat aan bod.

3.2 Begrip overheidsopdracht voor werken

Om de strekking van de *Reiswijzer 2011* en de jurisprudentie goed te kunnen plaatsen is het belangrijk om kennis te hebben van en te redeneren vanuit de definitie voor 'overheidsopdracht voor werken'.²³ De *Reiswijzer 2011* en het HvJ EU concentreren zich op verschillende onderdelen van deze definitie.

Een overheidsopdracht voor werken is – voor zover hier relevant – een: Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) en betrekking heeft op:

1. (...)
2. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

3.3 Müller-arrest

Het Müller-arrest heeft betrekking op een verkoop van een kazerneterrein, door de Duitse federale instelling voor het beheer van het openbaar onroerend erfgoed, in de Duitse gemeente Wildeshausen. Let wel, de gemeente verkoopt dus geen gronden, maar geeft alleen uitvoering aan haar regulerende bevoegdheden op het vlak van stedenbouw.

21. Zaak C-306/08, waarin op 16 september 2010 door A-G N. Jääskinen is geconcludeerd.

22. *Reiswijzer*, p. 65.

23. De concessieovereenkomst voor openbare werken laat ik verder onbesproken nu in het Müller-arrest een concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd wordt geacht met de Unierechtsorde. Ook kan geen sprake zijn van een concessieovereenkomst voor openbare werken indien het exploitatierecht zijn grond vindt in het eigendomsrecht van de marktpartij. Zie ook *Reiswijzer 2011*, p. 73.

3.3.1 Rechtstreeks economisch belang (overeenkomst onder bezwarende titel)

Het HvJ EU wijst erop dat een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het kader ervan een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Deze prestatie bestaat in de uitvoering van werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken. Het HvJ EU overweegt dat deze prestatie voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang moet inhouden. Het rechtstreeks economisch belang is volgens het HvJ EU duidelijk aanwezig als de gemeente eigenaar wordt van de werken of het werk. Vaststelling is ook mogelijk indien de gemeente krachtens rechtstittel zal kunnen beschikken over de werken met het oog op hun openbare bestemming. Ook kan het belang liggen in de economische voordeelen die de aanbestedende dienst kan halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk. Het belang kan volgens het HvJ EU ook liggen in het feit dat er financieel is bijgedragen of risico's zijn gelopen bij economische mislukking. Het HvJ EU bevestigt dat wanneer er sprake is van een rechtstreeks economisch belang, het niet noodzakelijk is dat de gemeente materieel of fysiek over het werk of de werken gaat beschikken.

Vervolgens is de vraag of er (al) sprake is van een rechtstreeks economisch belang indien de gemeente handelt vanuit openbare doelen van algemeen belang, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling of coherentie van een wijk. Het HvJ EU wijst erop dat het gewoonlijk is dat gemeenten bij bouwwerken van een bepaalde omvang regulerend moeten optreden om te beoordelen of de uitvoering strookt met het openbaar belang. Tot die gewone uitoefening behoort evenwel niet het ontvangen van een contractuele prestatie of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang (zoals hiervoor uiteengezet). Het HvJ EU concludeert uiteindelijk dat het uitoefenen van regulerende bevoegdheden niet volstaat om aan de voorwaarde van een rechtstreeks economisch belang te voldoen.²⁴

3.3.2 Bouwplicht (overeenkomst onder bezwarende titel)

Om te kunnen spreken van een overeenkomst onder bezwarende titel, moet er volgens het HvJ EU sprake zijn van een directe of indirecte verbintenis tot uitvoering van de werken (hierna korthedshalve ook wel bouwplicht genoemd) en moet deze uitvoering afgedwongen kunnen worden naar nationaal recht.²⁵ Dit oordeel is ook terug te vinden in de uitspraken van de Rechtbank Alkmaar over de ontwikkeling Bangert-Oosterpolder binnen de gemeente Hoorn en in de uitspraak van de Rechtbank Arnhem over de kwestie Nova Gelraie te Ede.²⁶

24. Zie voor een uitgebreide toelichting Fokkema, *BR* 2010/105, p. 583 e.v.

25. Zie voor een uitgebreide toelichting Fokkema, *BR* 2010/105, p. 585-586.

26. Rb. Alkmaar (vzr.) 26 november 2010, *LJN* BO5112 en Rb. (vzr.) Arnhem 10 november 2010, *BR* 2011/28.

3.3.3 Door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen

Voor wat betreft het criterium 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' wordt door het HvJ EU gesteld dat deze niet kunnen bestaan in het enkele feit dat een gemeente voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van de regulerende bevoegdheden. Volgens het HvJ EU is namelijk eerst sprake van 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' als de gemeente maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan heeft uitgeoefend.²⁷ Voor de goede orde zij hier herhaald dat van een (contractuele) gronduitgifte door de gemeente Wildeshausen geen sprake was, maar slechts van een besluit in de uitoefening van regulerende bevoegdheden.²⁸ In de recente kwestie Bangert-Oosterpolder was wel degelijk sprake van een gronduitgifte (via een bouwclaim-contractie) door de gemeente Hoorn, maar de wederpartij van de gemeente (...) heeft tegenover de stelling van de Gemeente dat zij slechts publiekrechtelijk toelaatbaar kaderstellend is opgetreden niet concreet aangegeven op welke punten in het Beeldkwaliteitsplan eisen zijn gesteld die niet langs publiekrechtelijke weg (bijvoorbeeld door middel van opname in de Welstandsnota) te stellen waren.²⁹

3.4 Commissie/Spaanje

Deze kwestie heeft betrekking op een Spaanse gebiedsontwikkeling en zal binnenkort uitmonden in een nieuw arrest van het HvJ EU. Hierdoor zal een noodzakelijke actualisatie van de *Reiswijzer 2011* snel aan de orde kunnen zijn.³⁰ Aan de hand van de conclusie van de A-G, wordt hierna getracht de mogelijke gevolgen voor de praktijk van gebiedsontwikkeling te schetsen.

3.4.1 Economisch nadeel (overeenkomst onder bezwarende titel)

Naar verwachting zal een verdere nuancering plaatsvinden op het criterium 'overeenkomst onder bezwarende titel'. Volgens de A-G is hiervoor vereist dat de aanbestedende dienst de economische nadelen draagt, ofwel positief in de vorm van een betalingsverplichting jegens de ondernemer, ofwel negatief als een verlies van inkomsten of op een andere wijze verschuldigde middelen.³¹ De voorwaarde van een bezwarende titel betekent volgens de A-G dat de aanbestedende dienst ofwel rechtstreeks ofwel indirect zijn eigen middelen moet gebruiken. Er is sprake van directe financiering wanneer de aanbestedende dienst overheidsgeld gebruikt om de betrokken werken of diensten te betalen. Er is sprake van indirecte financiering wanneer de aanbestedende dienst economische schade lijdt ten gevolge

27. Zie voor een uitgebreide toelichting M. Fokkema, *BR* 2010/105, p. 586 e.v.

28. Zie ook *Reiswijzer*, p. 73.

29. Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032.

30. Zie voor een uitgebreide toelichting op de bewuste gebiedsontwikkeling, Van Wijk, *VGR* 2010, p. 146-147.

31. R.o. 86.

van de methode van financiering van de werken of diensten.³²

(economisch nadeel), waaraan in aanvulling op de drie in de Reiswijzer 2011 genoemde voorwaarden getoetst zal moeten worden in het kader van de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht voor werken.

3.4.2 Mogelijk gevolgen gemeentelijke praktijk

De conclusie van de A-G maakt duidelijk, net als de Reiswijzer 2011 dat overigens ook doet in het kader van het rechtstreeks economisch belang, dat het van groot belang is om bij gronduitgifte een marktconforme grondprijs te hanteeren.³³ In het bijzonder dient men waakzaam te zijn bij het bepalen van een marktconforme grondprijs ingeval de gemeente (toch) aanvullende voorwaarden overeenkomt met betrekking tot de te realiseren gebouwen, zoals bijvoorbeeld een lagere EPC (dan volgend uit het Bouwbesluit).

Indien men namelijk de grondprijs residueel berekent, dan kan dit al snel tot gevolg hebben dat de gemeente genoegen moet nemen met een lagere (zij het wel marktconforme) grondprijs. Het stellen van een EPC-voorwaarde brengt hogere bouwkosten met zich mee, die niet altijd (geheel) vertaling kunnen krijgen in een hogere (vrij op naam) verkoopprijs van het vastgoed. Gevolg hiervan is een lagere grondprijs voor de gemeente, want het residu hiervoor neemt af. Of anders gezegd: de EPC-voorwaarde kost de gemeente geld. Dit gegeven kan mijns inziens beschouwd worden als 'verlies van inkomsten' en dus als een 'economisch nadeel'. In feite is hier sprake van een indirecte betaling (financiering in de woorden van de A-G) aan de ontwikkelende partij. Het niet stellen van de voorwaarde leidt feitelijk zelfs tot een hogere marktconforme grondprijs.

Hetzelfde geldt als met een zelfrealisator een anterieure (exploitatie)overeenkomst wordt gesloten. De gemeente moet er in een dergelijk geval voor waken dat zij niet optreedt als (indirecte) bron van financiering, doordat zij een te lage exploitatiebijdrage (of te lage verkoopprijs voor eventueel ook nog te verkopen gronden) opneemt in de overeenkomst vanwege de voorwaarden die worden gesteld aan het te realiseren vastgoed.³⁴ Door het stellen van de voorwaarden leidt de gemeente een 'economisch nadeel' in de vorm van een lagere exploitatiebijdrage.

3.4.3 Duidelijkheid over 'inkomsten van derden'

Vooralsnog zal moeten worden afgewacht welke (aanvullende) uitspraak het HvJ EU precies zal doen. Vanwege het in het Müller-arrest geïntroduceerde criterium van het 'rechtstreeks economisch belang', doen gemeenten (en marktpartijen), getuige ook de Reiswijzer 2011, er echter al zeer verstandig aan om zich bewust te zijn van mogelijke indirecte financiering van vastgoedprojecten ten gevolge van het stellen van eisen.

In ieder geval zal de uitspraak van het HvJ EU naar verwachting meer duidelijkheid, en wellicht zelfs definitieve, duidelijkheid scheppen over de vraag of de enkele aanwezigheid van 'inkomsten van derden' voldoende is om van een 'overeenkomst onder bezwarende titel' te kunnen spreken.³⁵ Als de conclusie van de A-G over het 'economisch nadeel' gevolgd gaat worden, is dat – en mijns inziens terecht – in principe niet het geval.³⁶

3.5 Genuanceerde in- en uitzichten

Vorengaande levert (telkens) nieuwe en meer genuanceerde in- en uitzichten op. Bepaalde routes (b) lijken ineens niet meer, of juist wel, dood te lopen of er blijken ineens geheel andere wegen mogelijk. In het kader van het plannen van de juiste route kan de Reiswijzer 2011 zeer zeker behulpzaam zijn, al is het niet meer dan een tijdelijk reisadvies, dat gaandeweg de reis wellicht aangepast moet worden. Dat laatste kan overigens grote gevolgen hebben voor partijen die op grond van de Reiswijzer 2011, wellicht zelfs al in een ver gevorderd stadium, aan het onderhandelen zijn over een te sluiten overeenkomst. Het kan zelfs betekenen dat een al gesloten overeenkomst achteraf moet worden aangepast of een nieuwe overeenkomst moet worden gesloten (en de oude overeenkomst ontbonden).³⁷ Partijen moeten er daarbij rekening mee houden dat een dergelijke koerswijziging niet altijd zonder risico's is. Een en ander kan worden gezien als een kunstmatige constructie die erop gericht lijkt te zijn de aanbestedingsregels te omzeilen.³⁸ De gemeenten Hoorn en Ede hebben beide een dergelijk verwijt overigens met succes af kunnen wimpelen. De inhoud van de Reiswijzer 2009 is destijds nadrukkelijk met de Europese Commissie afgestemd. Naar verluidt geldt dit ook voor de Reiswijzer 2011. Gemeenten en marktpartijen moeten bij lezing en toepassing van de Reiswijzer 2011 hoe dan ook in het achterhoofd houden dat de Europese waakhond noch de opstellers van de Reiswijzer 2011 (of de auteur van dit artikel) de precieze grenzen van het aanbestedingsrecht kunnen bepalen. Het trekken van de juridische grenzen vindt plaats door de wetgever en door gerechtelijke instanties, zoals het HvJ EU. Het volgen van één van de reisadviezen uit de Reiswijzer 2011 geeft dan ook geen garantie op het zonder pech of oponthoud bereiken van de eindbestemming bij een gebiedsontwikkeling.³⁹

35 Zie r.o. 45, *Auroux*-arrest.

36 Zie ook Rb. Alkmaar 20 april 2011, Van Wijk, 'Aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling (nog) ver(der) weg', *VGR* 2010, 6, p. 147, Van 't Hoff, 'Samenwerking in gebiedsontwikkeling: naschrift', *BR* 2008/ , p. 786, Haverkort, 'De verjaardag van Roanne', *BR* 2008/ , p. 234-235. Zie ook HvJ EG 13 oktober 2005, nr. C-458/03, maar ook HvJ EU 15 juli 2010, nr. C-271/08, r.o. 79 en HvJ EG 29 oktober 2009, nr. C-536/07.

37 Zie nogmaals Rb. Alkmaar (vzr.) 25 november 2010.

38 Aldus een kritische Dijkman-Uulders in de annotatie bij Rb. Arnhem (vzr.) 10 november 2010.

39 Zie ook Reiswijzer, p. 10, laatste alinea.

32 R.o. 89.

33 Reiswijzer, p. 74 en 80.

34 Zie uitgebreid hierover Fokkema & De Haan, 'Anderszins verzekerd: zijn verschillen in premies toegestaan?', *BR* 2010/86, p. 499 e.v.

4 Enkele gevolgen voor de praktijk

De Reiswijzer 2011 concentreert zich voor wat betreft het in dit artikel centraal staande reisadvies op de volgende aspecten:

- het rechtstreeks economisch belang;
- de bouwplicht; en
- verdergaande eisen dan het publiekrechtelijk kader.

Hierna zal nader op deze aspecten worden ingegaan en worden enkele praktische gevolgen geschetst.

4.1 Rechtstreeks economisch belang

In de Reiswijzer 2011 wordt gesteld dat ter voorkoming van een rechtstreeks economisch belang het van wezenlijk belang is dat door de marktpartij een marktconforme grondprijs wordt betaald en dat de ontwikkeling werkelijk voor rekening en risico plaatsvindt. In dit verband moet voor twee gevaren worden gewaakt:

- 1 een te lage grondprijs;
- 2 participatie door de gemeente in de vastgoedexploitatie.⁴⁰

4.1.1 Economische voordelen

Vorenstaand reisadvies met betrekking tot het vermijden van een rechtstreeks economisch belang is te kort door de bocht. Uit het Müller-arrest blijkt dat een rechtstreeks economisch belang ook kan liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst kan halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk.⁴¹ In een dergelijk geval, althans dat hoeft niet het geval te zijn, is geen sprake van een (indirecte) betaling of participatie, maar alleen sprake van een opbrengst voor de gemeente. Dat in de Reiswijzer 2011 genoemde 'afroomregelingen' (bij hogere vastgoedopbrengsten is de gemeente gerechtigd tot een deel daarvan) worden gekoppeld aan de 'participatie in de vastgoedexploitatie', is mijn inziens dan ook niet een juiste benadering.⁴² Het gaat bij afroomregelingen – in het algemeen – niet om het delen van risico's. Pas wanneer er financiële risico's worden gedeeld kan, in lijn met het Müller-arrest, gesproken worden over 'participatie in de vastgoedexploitatie'.

Welke benadering men hier ook kiest, een 'afroomregeling' als zodanig leidt al snel tot een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente. Ter vermindering hiervan wordt in de Reiswijzer 2011 gewezen op de mogelijkheid om bij hogere vastgoedopbrengsten de grondprijs te laten herberekenen. De grondprijs moet immers marktconform zijn. In aanvulling op de Reiswijzer 2011 kan zelfs gesteld worden dat het niet opnemen van een dergelijke herberekeningsclausule juist kan resulteren in een rechtstreeks economisch belang.⁴³ Wanneer er sprake is van een hogere vastgoedop-

40 Reiswijzer, p. 74.

41 Zie uitgebreid hierover Fokkema, *BR* 2010/105, p. 583.

42 Zie ook Bregman, 'Gebiedsontwikkeling en het aanbestedingsrecht na het arrest Müller', *TBR* 2010/108, p. 605, waarin afroomregelingen worden gekoppeld aan het criterium 'economische voordelen uit toekomstig gebruik of overdracht'.

43 Zie in dit verband ook HvJ EU 16 december 2010, nr. C-239/09.

brengt die niet leidt tot een herberekening van de grondprijs hanteert de gemeente in feite een te lage grondprijs. Of anders gezegd: de gemeente leidt op dat moment een 'economisch nadeel'. Vanuit het oogpunt van marktpartijen beredeneerd zou een dergelijke clausule overigens wel zodanig geformuleerd moeten zijn dat in geval van een lagere vastgoedopbrengst dan voorzien, er ook een verrekking van de grondprijs zal plaatsvinden.

4.1.2 Andere (contractuele) omstandigheden

Terug naar het Müller-arrest. Deze uitspraak laat ruimte om te veronderstellen dat er contractuele omstandigheden zijn, buiten de door het HvJ EU genoemde omstandigheden, waarin óók geconcludeerd moet worden tot een rechtstreeks economisch belang.⁴⁴ Zo heeft het HvJ EU namelijk geoordeeld dat het uitgesloten is dat een gronduitgifte 'op zich' een overheidsopdracht voor werken kan vormen, maar heeft het HvJ EU ook overwogen dat de uitoefening van regulerende bevoegdheden 'niet volstaat' om aan de voorwaarde van een rechtstreeks economisch belang te voldoen.⁴⁵ Gesteld kan worden dat het enkel stellen van eisen die verdergaan dan de regulerende bevoegdheden al leidt tot een rechtstreeks economisch belang.⁴⁶ In een dergelijk geval treedt de gemeente niet louter op als verkoper, maar ook als koper (inkoper).⁴⁷ Ook zou een rechtstreeks economisch belang aangenomen kunnen worden indien de gemeente het initiatief heeft genomen tot een bepaalde ontwikkeling.⁴⁸ Dit laatste is een van de redenen waarom de Europese Commissie met betrekking tot de gebiedsontwikkeling Doornakkers te Eindhoven van mening is dat er sprake is van een aanbestedingsplicht.

4.2 Bouwplicht en (terug)leverplicht

Met een bouwplicht verbindt een marktpartij zich tot uitvoering (van werken). Daarmee wordt aan één van de in het Müller-arrest geïntroduceerde criteria voor de aanneming van een 'overeenkomst onder bezwarende titel' voldaan. Als alternatief voor de bouwplicht wordt in de Reiswijzer 2011 een (terug)leverplicht gepresenteerd.⁴⁹ Wordt niet tijdig met de bouw gestart, dan moet de grond aan de gemeente worden (terug)geleverd. Een dergelijke constructie is recentelijk goedgekeurd door de Rechtbank Alkmaar in de eerdergenoemde kwestie Bangert-Oosterpolder. Teruglevering in geval van gronduitgifte door de gemeente ligt eerder voor de hand dan een leverplicht wanneer een zelfrealisator niet overgaat tot bouwen. De vraag is immers,

44 Zie in vergelijkbare zin Kuypers & Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: Het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', *BR* 2010/104, p. 575. Zij wijzen ook op de situaties waarin de gemeente zich garant stelt en een subsidie verleent, p. 576.

45 De gemeente Wildeshausen zette alleen haar publiekrechtelijke bevoegdheden in en was bovendien niet de overheidsinstantie die grond verkocht.

46 Zie ook Ter Mors & Haverkort, 'Gemengde opdrachten: hoofdvraagwerp bepalend (overheidsopdracht of niet)?', *BR* 2010/162, p. 873 (voetnoot 18).

47 Zie uitgebreid hierover Fokkema, *BR* 2010/105, p. 584-585.

48 Vergelijk de kwesties *Roanna/Auroux*, *Doornakkers te Eindhoven* en *Het Nieuwe Landgoed te Ede*.

49 Reiswijzer, p. 74.

al zal dat in de huidige crisistijd wellicht genuanceerd liggen, of een zelfrealisator wel zal willen instemmen met een leverplicht van zijn grondeigendom aan de gemeente. Het ligt nogal voor de hand dat een zelfrealisator hier niet mee in zal willen stemmen, tenzij in ruil voor een (latere) bouwclaim. In geval van weigering zal een onteigening, al dan niet na vaststelling van een exploitatieplan, wel eens onontkoombaar kunnen blijken te zijn.

Terecht waarschuwt de Reiswijzer 2011 ervoor, zij het zonder toelichting, dat bij teruglevering de grondprijvaststelling zodanig moet worden ingericht dat niet impliciet een boete wordt betaald. In de eerste plaats duidt dit op de gedachte dat er wel degelijk een plicht tot realisatie bestond, welke niet-nakoming via de grondprijvaststelling (bijvoorbeeld lager dan waarvoor gekocht) bestraft wordt met een boete. Daarnaast kan gesteld worden dat een boetebeding weer leidt tot het moeten aannemen van een rechtstreeks economisch belang, nu de gemeente een economisch voordeel geniet doordat zij een boete kan innen. Beseft moet worden dat een dergelijke voordeel echter niet voortvloeit uit 'het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk', maar een uitvloeisel is van het feit dat er niet wordt gebouwd.⁵⁰

4.3 Verdergaande eisen dan publiekrechtelijk kader

In de Reiswijzer 2011 wordt onderscheid gemaakt tussen eisen die de gemeente stelt als publieke regisseur en eisen die worden gesteld vanuit een rol als opdrachtgever. Het komt er samengevat op neer dat sprake is van een publieke regisseursfunctie als de gemeente, al dan niet in een overeenkomst, gebruik maakt van aan haar door de wetgever toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden. Dit gebeurt, aldus de Reiswijzer 2011, bij vaststelling van het bestemmingsplan, het vaststellen van een welstandsnota en beeldkwaliteitsplan en bij het vaststellen van woningbouw-categorieën in een bestemmingsplan of exploitatieplan.⁵¹ Gaat de gemeente contractueel gezien verder dan dat, dan draagt de gemeente zich feitelijk als opdrachtgever.⁵² De Reiswijzer 2011 stelt dat van een feitelijke rol als opdrachtgever sprake is bij het stellen van randvoorwaarden aan bouwhoogtes en bouwvolumes, terwijl het (komende) bestemmingsplan daarvoor minder of minder strenge normen stelt, of door zelfs een voorlopig ontwerp voor te schrijven. Idem bij het voorschrijven van (een lijst van) bepaalde architecten, adviseurs, merken en normen.

De vraag is of de soep zo heet gegeten moet worden als de Reiswijzer 2011 deze op het vlak van de eisen opdiend. Uit het Müller-arrest blijkt immers dat eerst sprake is van 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' als de gemeente maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan heeft uitgeoefend.⁵³ Zo is het de vraag of

met het voorschrijven van bijvoorbeeld een bepaalde architect al sprake is van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen. Als de gemeente de desbetreffende architect geheel vrijlaat voor wat betreft het ontwerp van het vastgoed, kan in de eerste plaats moeilijk volgehouden worden dat de kenmerken van het werk zijn gedefinieerd.⁵⁴ Van een invloed op het ontwerp lijkt bovendien alleen sprake te zijn in die zin dat de gemeente heeft voorgeschreven wie (welk bureau) het ontwerp zal opstellen. Over de inhoud en verschijningsvorm van het ontwerp als zodanig heeft de gemeente echter (nog) geen beslissende zeggenschap. Van een beslissende invloed op het ontwerp kan mijns inziens pas gesproken worden als de gemeente het recht heeft om het ontwerp al dan niet goed te keuren. Het betreft hier, dat moge duidelijk zijn, een juridisch schemergebied. Gemeenten moet zich dan ook afvragen of zij dat wel wensen te betreden.

4.3.1 Andere argumenten

Er is een aantal andere argumenten dat betrokken moet worden in de afweging om verdergaande eisen/voorwaarden (dan het publiekrechtelijke kader) te hanteren. In de eerste plaats is hiervoor al verdedigd dat het stellen van verdergaande eisen (mogelijkerwijs) ook resulteert in het moeten aannemen van een rechtstreeks economisch belang. Ook moet gewezen worden op de grenzen van art. 122 Wonw. Dit artikel luidt als volgt: 'De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2 is voorzien of die met betrekking tot het bouwen bij of krachtens de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht zijn geregeld'.

Het is gemeenten dus niet toegestaan, tenzij overigens sprake is van een zogenoemd 'excellent gebied'⁵⁵ of een 'innovatief experiment' ex. art. 2.4 Crisis- en herstelwet, om contractuele randvoorwaarden op te nemen die te maken hebben met eisen van het Bouwbesluit (bijvoorbeeld een lagere EPC) of het stelsel van omgevingsvergunningen. Terecht wordt in de Reiswijzer dan ook gesteld dat aanvullende contractuele eisen inzake het Politiekeurmerk Veilig Wonen, duurzaam bouwen en EPC in strijd zijn met art. 122 Wonw.⁵⁶ In de Reiswijzer 2011 wordt er nog wel op gewezen dat art. 122 Wonw er niet aan de weg zou staan om langs privaatrechtelijke weg, mits op basis van gelijkwaardigheid en in onderling overleg, meer af te spreken dan in de bouwregelgeving vastgesteld.⁵⁷ Hoewel dit verdedigd wordt door te verwijzen naar twee gerechtelijke uitspraken

54 De eventuele bouwrechtelijke risico's van een dergelijk voorschrijven laat ik hier buiten beschouwing.

55 Zie uitgebreid De Wit, 'Duurzaamheidseisen bij (projectontwikkel)overeenkomsten', TO 2010, afl. 4, p. 129-132.

56 Reiswijzer, p. 77. Zie eerder al in die zin Fokkema & Hijmans, BR 2008/83, p. 393-394.

57 Reiswijzer, p. 77. Zie ook Fokkema & Hijmans, *Recht rond grondbeleid*, Deventer: Tauw bv 2007 (tweede druk), p. 207.

50 Een dergelijke stelling is ingenomen in de kwestie Bangert-Oosterpolder, maar op dit specifieke punt gaat de Rb. Alkmaar in de uitspraak van 20 april 2011 niet expliciet in.

51 Reiswijzer, p. 75 en zie Rb. Alkmaar 20 april 2011.

52 Reiswijzer, p. 76.

53 Zie voor een uitgebreide toelichting Fokkema, BR 2010/105, p. 586 e.v.

op dit vlak, kunnen gemeenten zich maar beter terughoudend opstellen.⁵⁸ Art. 122 Wonw stelt nu eenmaal dat een gemeente geen rechtshandelingen (het aangaan van een overeenkomst) kan verrichten op dit terrein. De wetgever heeft willen voorkomen dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg nog diverse bouwtechnische voorschriften zouden formuleren, die zij niet buiten het Bouwbesluit om langs een andere publiekrechtelijke weg konden stellen. Hetzelfde geldt voor de omgevingsvergunning (voorheen bouwvergunning).⁵⁹ De crux ligt er waarschijnlijk in dat in voorkomend geval (bij de rechter, als er niet wordt nagekomen) aangetoond zal moeten worden dat de betrokken marktpartij er zelf, in overleg met de gemeente, voor heeft gekozen om een dergelijke afspraak te maken.⁶⁰ In het kader van de verlening van de benodigde omgevingsvergunning(en) is een dergelijke afspraak in ieder geval zonder waarde, want bij de vergunningverlening mag niet worden niet getoetst aan de inhoud van de overeenkomst.⁶¹ Dat er in de contractvorming vrijwillig (op basis van gelijkwaardigheid en in onderling overleg) van de regels wordt afgeveken, doet ook niets af aan de (mogelijke) aanwezigheid van een 'rechtstreeks economisch belang' en het aanwezig zijn van 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen'. Deze laatste zijn dan weliswaar niet als 'eis', maar als afdwingbare afspraak vastgelegd.⁶² Een dergelijke contractuele voorwaarde valt, in lijn met het Müller-arrest, te beschouwen als het nemen van maatregelen om de kenmerken van het werk te definiëren.

Tot slot bestaat nog het risico dat een dergelijke afspraak, op grond van het Müller-arrest, beschouwd moet worden als een '(in)directe verbintenis tot uitvoering van de werken' (bouwplicht). Als dit zo zou worden beschouwd, dan heeft het stellen van een dergelijke voorwaarde zelfs tot gevolg dat (mogelijkerwijs) aan de drie cumulatieve voorwaarden uit de Reiswijzer 2011 is voldaan. Het valt overigens te bezien of een rechter in voorkomend geval zal concluderen dat er sprake is van een overheidsopdracht. Een contractuele afspraak om 'strengere' bouwregels te hanteren, betekent niet per definitie dat er ook daadwerkelijk gerealiseerd moet worden (binnen een bepaalde termijn).⁶³

5. Conclusie

De Reiswijzer 2011 is bij de presentatie op 31 maart 2011 in Utrecht (tijdens de landelijke bijeenkomst Crisis- en herstelwet; één jaar later) gepresenteerd als een blijde boodschap. Het Müller-arrest heeft niet geleid tot een negatief reisadvies voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwik-

keling, zoals verwoord in de Reiswijzer 2009. Sterker nog, anno 2011 is er zonder voorafgaande aanbesteding contractueel gezien meer mogelijk, dan waar de opstellers anno 2009 van uitgingen. Dat alles valt beslist te beschouwen als goed nieuws voor de praktijk van gebiedsontwikkeling. De juridische ontdekkingsreis op het vlak van aanbesteden en gebiedsontwikkeling is echter nog niet ten einde. In ieder geval zal afgewacht moeten worden welke oordelen er zullen volgen door het HvJ EU inzake de kwesties Europese Commissie/Spanje en Europese Commissie/Nederland (*Doormakkers-Eindhoven*). Naar het zich laat aanzien, zullen deze zaken kunnen uitmonden in meer definitieve kaders. Wellicht wordt hierdoor de actualiteitswaarde van de volgende editie van de reisgids aanmerkelijk langer.

58 Rb. Arnhem 7 april 2010, BR 2010/127, p. 674 m.nt. M.Y.C.L. de Wit (*stietgeldregeling Buren*) en Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, NJF 2010/145 (*GW-garantie Breda*).

59 Zie Van der Veen in zijn annotatie bij HR 4 april 2003, AB 2004/60 en Scholten & Van de Leur, 'Gemeenten niet bevoegd om eigen brandveiligheidsvoorschriften te hanteren', BR 2007/, p. 105.

60 Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 28 325, nr. 63, p. 6.

61 Zie in dit kader bijvoorbeeld het besluit uitvoering Crisis- en herstelwet, tweede tranche, Stb. 2011, 165, p. 11.

62 Tenzij sprake zou zijn van een inspanningsverplichting

63 Zie 't Hart & Albers, *NtEr* 2010, p. 278 en Fokkema, BR 2010/105, p. 587.