

Gemeenteraadsfractie SP Den Haag  
[Lesley.arp@denhaag.nl](mailto:Lesley.arp@denhaag.nl)  
Gemeenteraadsfractie Partij voor de Dieren  
[Robert.Barker@denhaag.nl](mailto:Robert.Barker@denhaag.nl)  
Gemeenteraadsfractie Haagse Stadspartij  
[hsp@denhaag.nl](mailto:hsp@denhaag.nl)  
'S-GRAVENHAGE

Datum: 31 januari 2022  
Van: prof. mr. E. Steyger, advocaat  
Onderwerp: Advies betreffende Dreven, Zichten en Gaarden  
Uw kenmerk:  
Kenmerk: 20220192/22-00000628

Mijne dames, heren,

U heeft mij advies gevraagd omtrent een aantal mogelijke, vooral juridische, risico's die kleven aan het projectdocument 'Herstructurering Dreven, Gaarden en Zichten' en de mogelijke gevolgen die met deze risico's gepaard kunnen gaan als ze zich verwezenlijken. Daarbij gaat het om zowel financiële en juridische gevolgen, als gevolgen voor de in het projectdocument neergelegde planning. Ik heb met mw. Arp van de SP gecorrespondeerd over welke risico's ik zal adresseren, omdat niet alle gevolgen die deze risico's kunnen hebben, binnen mijn expertise liggen. Ik heb ook gemeld dat een volledig sluitende analyse op alle punten niet mogelijk is. Dit komt ten dele doordat ik niet kan beschikken over de integrale cijfers die aan het projectdocument ten grondslag liggen en ten dele omdat op bepaalde punten de jurisprudentie nog zodanig vers is dat er geen zekerheden te geven zijn over welke gevolgen deze zal hebben. Hieronder geef ik een inventarisatie van de risico's en de mogelijke gevolgen daarvan.

De punten die door u zijn geadresseerd in uw advies aanvraag zijn de volgende

1. Moet de gronduitgifte aan Heijmans niet in concurrentie geschieden, gezien het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 ECLI:NL:HR:2021:1778;
2. Bestaat het risico dat er staatssteun verstrekt wordt en zo ja, wat zijn dan de gevolgen.

Daarnaast vroeg ik mij op eigen initiatief af of de stellige bewering van de wethouder dat het project Herstructurering Dreven, Gaarden en Zichten, geen aanbestedingsplichtige opdracht is, wel juist is. Daar hier ook een risico voor de voortgang van het project bestaat, zal ik deze vraag als subvraag van vraag 1 behandelen.

In het onderstaande zal ik bovenstaande vragen bespreken.

### 1. Gronduitgifte

Handelt de gemeente in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 (hierna: het Didamarrest).

Het Didamarrest introduceert een nieuwe rechtsnorm voor de verkoop van onroerend goed, namelijk het mededingingsbeginsel. Het gaat in deze zaak om een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een aan hem toebehorende onroerende zaak verkoopt. Het gaat daarbij niet om een aanbestedingsplichtige opdracht.

De Hoge Raad redeneert dat op grond van art. 3:14 BW een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen. Dit geldt ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het overheidslichaam een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

Uit het gelijkheidsbeginsel – hier uitgelegd als het beginsel tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak *of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn (cursivering ES)*. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Deze mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve,

toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

In casu gaat het hier niet, zoals in het arrest, om de verkoop van grond of een onroerende zaak, maar om het uitgeven van grond in (langjarige) erfpacht. Erfpacht is, evenals het eigendomsrecht, waar het ook van is afgeleid, een zakelijk recht en daarom kan er na uitgifte daaraan, niet zomaar worden getornd, bijvoorbeeld wegens wanprestatie van de verkrijgende partij. Daarmee vertoont het erfpachtrecht grote overeenkomsten met het eigendomsrecht dat ter discussie stond in het Didamarrest. Daaruit kan al worden afgeleid dat ook bij het uitgeven van gronden in erfpacht, voldaan moet zijn aan het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is het, gezien de ruime formulering die de Hoge Raad in haar arrest gebruikt (bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen), dan ook niet vergezocht dat het uitgeven van gronden in erfpacht eveneens aan het door de Hoge Raad geïntroduceerde mededingingsbeginsel moet voldoen.

Gronduitgiften waren tot 26 november 2021 niet aanbestedingsplichtig, en het was, gezien ook de Conclusie van P-G Langemeijer van 12 maart 2021 (gepubliceerd op 7 april 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:243)) die tot een tegenovergestelde uitkomst als de Hoge Raad kwam, niet verrassend dat de gemeente heeft aangenomen dat haar samenwerkingsconstructie met Staedion en Heijmans niet aan een concurrentiële toets zou worden onderworpen. Echter, gezien de datering van het projectdocument (21 december 2021, dus na het Didamarrest) kan de gemeente zich daarop niet beroepen, zeker niet nu de gronduitgifte nog moet plaatsvinden. Dit betekent dat het niet starten van een, kort gezegd, procedure in concurrentie een risico vormt.

De wethouder beroept zich nu in het projectdocument op de uitzondering die de Hoge Raad nog openlaat namelijk wanneer er op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Om dit (overigens nog erg kort) te onderbouwen hanteert de gemeente de volgende redenering. Nagenoeg alle gronden die nodig zijn voor de herstructurering van het plangebied (met uitzondering van de openbare ruimte) heeft de gemeente in eeuwigdurende erfpacht uitgegeven aan Staedion. Voor de herstructurering zal Staedion tegen een kostenvergoeding voor de boekwaarde en de uitplaatsings- en sloopkosten afstand doen van haar erfpachtrechten. Vervolgens worden, na het bouwrijp maken van de kavel (door de gemeente) worden de gronden deels uitgegeven aan Staedion voor de ontwikkeling van hun nieuwe grondportefeuille (sociale woningbouw en betaalbare huurwoningen voor de middeninkomens alsmede betaalbare koopwoningen). Voor het overige deel (het marktprogramma) worden de gronden in erfpacht uitgegeven aan Heijmans. Heijmans treedt op als gedelegeerd ontwikkelaar voor het Staedion programma en voor eigen rekening en risico als ontwikkelaar van het marktprogramma.

Het projectdocument gaat er nu van uit dat, nu Staedion op dit moment beschikt over de gronden/huidige erfpachtrechten, en zelf niet gebonden is aan het bestuursrechtelijk gelijkheidsbeginsel, én zelf Heijmans heeft gekozen als ontwikkelingspartner, de door de Hoge Raad opengelaten uitzondering, dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de uitgifte, van toepassing is.

Dit is een risicovolle redenering. Primair is al overeengekomen dat Staedion afstand zal doen van de erfpachtrechten en deze met een (kosten)vergoeding terug zal geven aan de gemeente. Het is vervolgens **de gemeente** die er voor kiest om een deel van de gronden, zonder procedure in concurrentie, naast Staedion, uit te geven aan Heijmans. Het enkele feit dat Staedion aan deze constructie meewerkt, betekent dat zij haar invloed op het uitgeven van gronden heeft opgegeven en deze bij de gemeente heeft neergelegd, die uiteraard wel is gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. Dat Staedion in een eerdere fase Heijmans als ontwikkelingspartner heeft uitgekozen impliceert in zichzelf niet dat er geen andere commerciële ontwikkelaar geïnteresseerd zou zijn of kunnen zijn in de ontwikkeling van het marktprogramma. Dit spreekt temeer nu de gemeente (en BZK) een bijdrage bieden voor in elk geval de herinrichting van de openbare ruimte, hetgeen het aantrekkelijker kan maken voor commerciële partners om in het project te stappen.

Het bovenstaande betekent mijns inziens dat de gemeente niet, met handhaving van deze redenering, kan volstaan met een enkele publicatie waarin het voornemen tot uitgifte aan één kandidaat zonder procedure in mededinging geschiedt. Immers de motivering waarom naar het oordeel op grond van de door haar gehanteerde criteria bij voorbaat vaststaat dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt, deugt niet nu de gemeente zelf de grond uitgeeft maar zich beroept op een eerdere constructie met Staedion, die zij zelf ongedaan maakt. Om duidelijk te maken dat Heijmans de enige serieuze gegadigde aan wie de gronden kunnen worden uitgegeven, zal de gemeente met inhoudelijke criteria moeten komen waarom dit het geval is (bijvoorbeeld dat vaststaat dat Heijmans de enige partij is die de gewenste kwaliteit kan brengen en ervaring heeft met dit soort projecten). De enkele mededeling dat Staedion Heijmans als ontwikkelingspartner had aangezocht en vrijwillig meewerkt aan de constructie volstaat niet. Houdt de gemeente vol dat bovenstaande redenering voldoende is voor een enkele publicatie over de uitgifte, dan is er een reëel risico op juridische procedures.

Wat zijn nu de risico's als de gemeente met bovenstaande redenering in de publiciteit komt? Primair is er de kans dat een andere commerciële partij een procedure aanspant. Dit zal in eerste instantie vermoedelijk een kort geding zijn (om de uitgifte van de gronden te stoppen) maar kan uitlopen in een bodemprocedure tegen de gemeente om de principiële vraag (en het vorderen van eventuele schadevergoedingsvraag) aan de orde te stellen.

Afhankelijk van hoe krap of hoe ruim de planning van het project is, is een kort geding procedure een onzekere factor voor de planning maar ook voor de ook voor de financiële kant. Weliswaar vinden deze procedures plaats op een termijn van weken tot hooguit enkele maanden en ook nadat het verloren zou worden door de gemeente kan deze via een spoedappel (kort gezegd: een hoger beroep waarbij een aanvraag voor versnelde behandeling wordt gedaan), een redelijk snelle uitkomst bewerkstelligen. Maar het is mogelijk dat de gemeente de procedure verliest. Mocht de gemeente de procedure verliezen, dan bestaat de kans dat zij alsnog een procedure in concurrentie zou moeten

starten, hetgeen uiteraard invloed zou hebben op de planning en tevens financiële consequenties zou kunnen hebben. Ook hierom is het van belang dat in de initiële publicatie, waarin wordt aangegeven dat Heijmans als enige serieuze kandidaat voor de verwerving van de gronden in erfpacht in aanmerking komt, inhoudelijke criteria zijn opgenomen, omdat dan voor eventuele concurrenten al duidelijk is of zij na winst in een kort geding procedure een kans zouden maken om in aanmerking te komen voor het verwerven van de gronden. In dat geval heeft de gemeente al haar verlangens kenbaar gemaakt, en kunnen concurrenten nog vóór te gaan procederen afwegen of de gemeente met hen in zee zou willen gaan.

Een bodemprocedure is risicovoller, zowel financieel als voor de planning. Weliswaar schort een bodemprocedure het ontwikkelen van het project niet op (dat doet een kort geding ook niet maar meestal wordt gedurende de vrij korte periode dat een kort geding loopt even en pas op de plaats gemaakt), mocht een bodemprocedure tot verlies voor de gemeente leiden, dat is het mogelijk dat er achteraf het nodige gerepareerd moet worden, hetgeen tot vertraging of zelfs stilstand van het project kan leiden. Een bodemprocedure duurt gemakkelijk één tot enkele jaren. Om even een indruk te geven van de lengte van een procedure zelfs in kort geding: de eerste uitspraak in de Didamzaak was op 8 januari 2019, het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in het spoedappel op 19 november 2019, maar de Hoge Raad besliste pas op 26 november 2021. En dan is dit een behoorlijk snelle procedure geweest.

Een aan deze concurrentiële vraag gekoppelde vraag in uw email is of het een goede zaak is dat de gemeente over een periode van 10 jaar en potentieel voor 20 jaar gaat samenwerken met één marktpartij. Daar kan ik alleen voor u de juridische risico's aangeven, de wenselijkheid van een zo lange samenwerking is een politieke zaak.

Ook hier wijs ik er op dat de jurisprudentie te nieuw is om een volledige risico analyse te geven. Tot voor kort bestond er eigenlijk geen opvatting over de duur van uitgifte van gronden in erfpacht, anders dan wat het voor de hoogte van de canon moest betekenen. Daar ziet dit advies niet op.

Wel valt te verdedigen dat het door de Hoge Raad geïntroduceerde mededingingsbeginsel gevolgen kan hebben voor de duur van de uitgifte van de gronden, en daarmee voor een langdurig partnerschap met één marktpartij. Dit leid ik af uit de jurisprudentie in het aanbestedingsrecht over met name concessies en de regelingen die in het publiekrecht gelden voor vergunningen. In het aanbestedingsrecht is het gebruikelijk dat aanbestedingen en daarmee ook concessies (waarmee de gronduitgifte ten aanzien van Heijmans in elk geval en ten aanzien van Staedion mogelijk vergelijkbaar is) gebruikelijk is dat het mededingingsbeginsel de duur van de concessie beperkt is, zodat op enig moment de markt weer opengesteld wordt voor andere partijen. Dit betekent dat de concessie niet eindeloos verlengd mag worden zonder dat een nieuwe aanbesteding heeft plaatsgevonden (zie zaak C-526/17, 8 september 2019, ECLI:EU:C:2019:756 (Commissie tegen Italiaanse republiek)).

Als voorbeeld kan dienen: in de Europese verordening Personenvervoer (op basis waarvan vervoersconcessies voor het openbaar vervoer worden aanbesteed), is expliciet geregeld dat de uitgegeven concessies van beperkte duur moeten zijn. De bedoeling is dan wel dat de concessies lang genoeg lopen om de concessiehouder zijn investeringen te laten terug verdienen. Dit betekent dat in

Nederland voor concessies voor regionaal busvervoer na aanbesteding een tijd van acht tot twaalf jaar wordt aangehouden, waarna er weer een nieuwe aanbesteding moet komen.

Eenzelfde tijdelijkheid geldt voor schaarse vergunningen. De Dienstenrichtlijn, die voor vergunningen ook het mededingingsbeginsel hanteert, eist dat voor vergunningen waarvan er maar een beperkt aantal beschikbaar is, een beperkte uitgifteduur is. In de Vlaardingenuitspraak (ABRS 2 november 2016 ECLI:NL:RVS:2016:2927), waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een algemeen kader voor het uitgeven van schaarse vergunningen volgens het mededingingsbeginsel neerlegt, en waarnaar de Hoge Raad in het Didamarrest verwijst, wordt geen eis gesteld aan de vergunningsduur, maar dat kan komen, doordat de uit te geven vergunning al een beperkte duur van vijf jaar had en daar geen meningsverschil over was.

Kan nu op basis van het door de Hoge Raad geïntroduceerde mededingingsbeginsel betoogd worden dat ook de gronduitgifte in erfpacht in de onderhavige zaak een beperkte looptijd moet hebben. Voor de casus in het Didamarrest geldt dit niet. Daar ging het alleen om verkoop van een onroerende zaak, en daarbij kan moeilijk bedongen worden dat er na een aantal jaren een plicht tot (publieke) verkoop is voor de koper, of dat er een terug leverplicht aan de gemeente zou moeten zijn, zodat de onroerende zaak opnieuw op de markt kan komen. Verkoop is een absolute eigendomsoverdracht. Voor erfpacht zou dat anders kunnen liggen omdat het daarbij veel vaker gebruikelijk is dat dergelijke (van het eigendomsrecht afgeleide) zakelijke rechten voor een beperkte tijd ter beschikking worden gesteld. Het is dus mogelijk dat naar analogie van het concessierecht zoals hierboven beschreven, een beperkte duur voor erfpachtcontracten een vereiste zou kunnen zijn.

Als dit het geval is (en ik zeg met nadruk àls, want de Hoge Raad heeft zich hier uiteraard niet over uitgelaten) dan is de volgende vraag hoe lang zo'n eenmaal uitgegeven erfpachtrecht zou mogen duren. Afgaande op de in het aanbestedingsrecht gebruikelijke norm dat de investeringen zouden moeten worden terugverdiend, lijkt mij, gezien de planning zoals opgenomen op pagina 11 van document ES-156 een periode van 10 jaar realistisch, nu in beginsel de planning van de bouw tot 2031 loopt. Of een verlenging van de erfpacht na die tien jaar met nog tien jaar voor de hand ligt, zal mijn inziens afhangen van de vraag in hoeverre de planning zoals voorgenomen in 2021 gehaald is, en in hoeverre de investeringen dan terugverdiend zijn. Het valt buiten mijn deskundigheid om daarover een oordeel te geven.

### *1.1 Aanbestedingsplicht*

Een ander risico dat bij mij opkwam is de stelligheid waarmee in het projectdocument is gesteld dat het niet gaat om een overheidsopdracht voor een concessie, maar om een niet aanbestedingsplichtige gronduitgifte.

Ik ben daar niet zeker van. Als een project als het onderhavige niet aanbestedingsplichtig wil zijn dan moet er sprake voor de gronduitgifte zijn van de vervulling van drie voorwaarden ( HvJEU 25 maart 2010, C-451/08 (Müller) ECLI:EU:C:2010:168).

Een aanbestedingsplicht bij gronduitgifte ontstaat als er i) een rechtstreeks economisch belang van de gemeente bij het project is, ii) er een bouwplicht is opgelegd, en iii) wanneer er eisen gesteld worden die boven de eisen die de gemeente op basis van haar publiekrechtelijke bevoegdheden uitgaan. Als aan één van die drie voorwaarden niet is voldaan is er geen aanbestedingsplicht.

Zoals ik het projectdocument inschat heeft de gemeente zeer zeker een economisch belang bij de renovatie van de drie wijken. Een economisch belang ontstaat volgens het Hof van Justitie van de EU al als de gemeente economische voordelen zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk (zaak C-220/05, Auroux e.a., ECLI:EU:C:2007:31). Dat is, gezien de samenwerking met de twee ontwikkelaars, hier mijns inziens het geval. Ook leid ik uit het projectdocument af dat de gemeente eisen aan de ontwikkelaars stelt die boven de eisen die zij op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheden mag stellen, uitgaan. Volgens het projectdocument drukt de gemeente een zwaar stempel op de wijze waarop en hetgeen dat er zal worden gebouwd. Of er een bouwplicht is opgelegd aan Staedion en Heijmans, is mij niet bekend aangezien ik geen inzicht heb in de concept samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente, Staedion en Heijmans.

Een bouwplicht kan vervangen worden door andere voorwaarden een afnameplicht, een verbod op doorverkoop, een reserveringsvergoeding en/of een terugkooprecht dan wel inname van het recht op erfpacht, waardoor er geen aanbestedingsplicht zou hoeven te ontstaan. Gezien het feit dat de gronden voor zover ik heb kunnen zien onvoorwaardelijk aan Heijmans in erfpacht worden uitgegeven en niet zijn vervangen door alternatieven voor een bouwplicht, zoals hierboven opgesomd, sluit ik niet uit dat hier wel degelijk sprake is van het voldoen aan de bovengenoemde drie voorwaarden en daarmee van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

Aan de aanneming dat dit niet het geval is zijn twee juridische risico's verbonden. Primair kan ook hier een concurrent een kort geding aanspannen om alsnog een aanbesteding af te dwingen. Dit kan tot vertraging leiden, zij het dat deze, zoals hierboven beschreven beperkt zal zijn, als de gemeente het kort geding wint, en het daarbij blijft. Ook hier kan de gemeente bij verlies proberen een spoedappel in te stellen hetgeen eveneens betekent dat de vertraging beperkt zou zijn. Mocht de gemeente door een eventuele rechtszaak gedwongen worden alsnog aan te besteden dan leidt dit uiteraard tot een aanmerkelijk grotere vertraging.

Een tweede risico is dat de Europese Commissie een infractieprocedure aanspant, nu het aanbestedingsrecht is vastgelegd in Europese richtlijnen. Zo'n infractieprocedure wordt aangespannen tegen de lidstaat en kan, afhankelijk van de positie die de Nederlandse overheid (vermoedelijk vertegenwoordigd door het ministerie van BZK), zou innemen een behoorlijke tijd duren. Of dat het geval zou zijn kan niets stelligs gezegd worden, maar is wel een risico.

### 1. Staatssteun

Voorafgaand aan mijn analyse wijs ik op het volgende. Aangezien ik maar beperkte informatie heb (namelijk alleen de openbare) kan ik niet in absolute termen aangeven of hier sprake is van verboden

staatssteun. Om dat definitief te constateren zou ik moeten beschikken over alle cijfers zodat ik compenserende baten en lasten zou kunnen afwegen. Wel zie ik een aantal risico's die ik zal adresseren, zowel ten aanzien van de subsidie aan Staedion als aan de melding die er over het marktprogramma wordt gedaan.

Het gaat om de volgende compensatie. Staedion wordt gecompenseerd voor het exploitatietekort uit woningbouw impuls gelden van BZK. Die worden voor 50% gematcht door de gemeente. Deze ondersteuning is nodig vanwege een tekort op de exploitatiebegroting van 26,7 mln. Om dit tekort aan te vullen worden de gemeentelijke middelen (de 50 % dus) aangewend.

Volgens de wethouder vormen de gelden die verstrekt zijn aan Staedion geen staatssteun, althans zijn zij vrijgesteld van aanmelding bij de Commissie, voor zover het niet het marktprogramma betreft. Voor dit laatste wilde gemeente een melding doen. Staedion beperkt zich tot sociale woningbouw en huurwoningen voor de middeninkomens en betaalbare koopwoningen met een zelfbewoningsplicht en een anti-speculatiebeding. Voort staat er in document DSO/10228032 opgenomen dat er vrije sector woningen en duurdere koopwoningen komen. Die laatste worden gerealiseerd door Heijmans.

Het tekort op grondexploitatie bedraagt ruim 52 mln, waarvan BZK 26,8 mln bijdraagt uit de woningbouw impuls gelden. Het is mij niet helemaal duidelijk of deze gelden rechtstreeks door BZK worden verstrekt of via het centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV). De gemeente financiert de andere 26 mln. Dit geld is deels bestemd voor de herinrichting van de openbare ruimte. Op zichzelf staat de Europese Commissie grondkostensubsidies als deze worden gebruikt voor het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang (hierna: DAEB) toe: grond kan dan onder de marktprijs verkocht worden, hetgeen normaal niet zou mogen (zaak T-274/01 Valmont, ECLI:EU:T:2004:266). Dit kan mogelijk de lagere dan minimaal m2 prijzen voor parkeerplaatsen en bepaalde woningtypes en daarmee de afwijking van het gemeentelijk grondbeleid dekken. De besteding van deze gelden zou wel nader onderzocht moeten worden, omdat niet duidelijk is of dit het geval is.

Belangrijker is de vraag of de bijdrage aan Staedion inderdaad niet gemeld hoeft te worden bij de Europese Commissie, zoals gemeld op pagina 37 van het projectdocument. Op zichzelf wordt het huisvesten van huurders in sociale woningbouw, alsmede het voorzien in woningen voor achterstandsgroepen met een bepaald inkomen, of sociaal kansarme groepen die, door solvabiliteitsbeperkingen, geen huisvesting tegen marktvoorwaarden kunnen vinden, door de Europese Commissie beschouwd als een DAEB, maar om als zodanig aangemerkt te worden moet wel duidelijk zijn wie daarvoor in aanmerking komen. Dat is voor de eerste categorie van de in aanmerking komende huurders een, wettelijk vastgelegde, inkomensgrens, maar voor een tweede categorie, namelijk degenen die om andere redenen als sociaal kansarm worden aangemerkt, is dit minder duidelijk. Dit betekent enerzijds dat, i.c. de gemeente in combinatie met Staedion, wat ruimte heeft om te bepalen wie tot die tweede categorie behoort, maar tevens dat die tweede categorie die in aanmerking komt voor een woning op die grond duidelijk dient te worden afgebakend, zodat helder is dat voor de DAEB vrijstelling in aanmerking wordt gekomen. Er kan gesteld worden dat het financiële aspect (solvabiliteitsbeperkingen) een cruciaal element in die afbakening, maar er moet wel duidelijkheid verschaft worden over de omvang van de doelgroep en de oorzaak van de solvabiliteitsbeperkingen (zie artikel 36 BTiV). Juist hiervoor is het belangrijk dat



enerzijds de doelgroep niet te diffuus wordt, om aan het DAEB criterium te blijven voldoen. Die DAEB vrijstelling is er immers alleen voor de activiteiten die expliciet als zodanig benoemd kunnen worden en mag alleen bestaan uit compensatie voor de DAEB.

Het documenten die ik gezien heb, benoemen wel dat er gebouwd wordt voor doelgroepen maar omschrijft deze doelgroepen niet echt. Dit kan een probleem gaan worden betreffende de vraag of de bijdrage aan Staedion daadwerkelijk is vrijgesteld van melding.

In dit verband zijn gevoegde zaken T-202/10 RENV II en T-203/10 RENV II (ECLI:EU:T:2018:795) van belang. Daarin overwoog het Gerecht van de EU over de bijdrage aan woningcorporaties het volgende:

‘Opdat staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst verenigbaar kan worden geacht met de interne markt, wordt in artikel 5, lid 1, van beschikking 2005/842 immers in herinnering gebracht dat het compensatiebedrag niet hoger is dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdende met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit het eigen kapitaal dat nodig is voor de uitvoering van die verplichtingen (zie ook punt 14 van kaderregeling 2005). *(Ter toelichting de beschikking (inmiddels vervangen door beschikking 2012/21) en de kaderregeling zijn documenten die omschrijven waar een DAEB aan moet voldoen, ES).*

Artikel 5, lid 2, van beschikking 2005/842 geeft aan dat de in aanmerking te nemen kosten alle kosten omvatten die voor het beheer van de DAEB worden gemaakt, en dat, wanneer de onderneming ook buiten de DAEB werkzaam is, enkel de kosten die met de dienst van algemeen economisch belang verband houden, in aanmerking kunnen worden genomen (zie ook punt 16 van kaderregeling 2005).

In de artikel 17-brief heeft de Commissie er met name op gewezen dat de staatssteun, om aan de evenredigheidstest te voldoen, de nettokosten van de publieke taak niet mag overschrijden, waarbij tevens rekening wordt gehouden met andere rechtstreekse of indirecte inkomsten die uit deze taak voortvloeien. De Commissie merkte op dat zij in casu eerst moest beoordelen of de kosten en inkomsten in verband met de openbare dienst en met niet-openbardienstactiviteiten naar behoren konden worden vastgesteld, en ten tweede of de financiering evenredig was met de nettokosten.

Derhalve is een duidelijke definitie van de DAEB noodzakelijk om de naleving van de voorwaarde van evenredigheid van de steun te waarborgen, en met name om te waarborgen dat de toegekende compensatie niet verder gaat dan nodig is om de publieke taak te vervullen (onderstreping ES).

Daarom heeft de Commissie, door de Nederlandse autoriteiten te verzoeken de DAEB van sociale huisvesting te definiëren in relatie tot een doelgroep van sociaal achtergestelde huishoudens, hun gevraagd duidelijk te bepalen voor welke openbardiensttaken de compensatie werd toegekend. Deze precieze definitie maakte het dus mogelijk om de kosten te bepalen die werden gemaakt bij de uitvoering van de DAEB alsook om, enerzijds, overcompensatie te voorkomen en, anderzijds, te voorkomen dat de activiteiten van de woningcorporaties buiten de DAEB staatssteun genieten, teneinde kruissubsidiëring te voorkomen.

Bovendien hebben verzoeksters, evenals de Commissie, in het verzoekschrift zelf aangegeven dat de definitie van de DAEB relevant was om na te gaan of er sprake was van overcompensatie die zou kunnen leiden tot kruissubsidie.’

Dit betekent dat de gemeente, binnen de door de lidstaat Nederland gestelde kaders, haar doelgroep specifiek zal moeten definiëren om een eventuele toets naar overcompensatie en het risico op kruissubsidiëring tussen de diverse huizentypen (en daarmee tussen het sociale woningbouw- en het marktprogramma) te voorkomen.

Met betrekking tot de bijdrage aan het marktprogramma geldt deze vrijstelling van melding überhaupt niet. Terecht heeft de gemeente dan ook gesteld dat daarvoor een melding bij de Europese Commissie zal moeten worden gedaan, zodat bezien kan worden of de bijdrage verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

Ik heb twijfels bij de splitsing tussen de melding van de bijdragen aan respectievelijk Stadion en Heijmans. Weliswaar is de bedoeling dat de taken gescheiden blijven maar dat komt niet goed tot uiting in het projectdocument. Daarnaast is de doelgroep omschrijving zodanig dat niet kan worden vastgesteld of aan de voorwaarden van de DAEB vrijstelling is voldaan. Dit kan opgelost worden bij een beschikking van de gemeente, waarin de doelgroep duidelijker wordt omschreven zodat deze getoetst kan worden aan de DAEB criteria zoals omschreven in het bovenstaande arrest van het HvJEU, maar het is niet aangegeven in de mij bekende documentatie, of deze er is of komt.

Voor wat betreft de juridische risico's en de risico's op vertraging het volgende. Het gevolg van een melding is primair dat de bijdrage niet mag worden verstrekt voor de Europese Commissie haar goedkeuring heeft gegeven. Dit betekent dat er in elk geval een standstillperiode intreedt van twee maanden, of tot wanneer de Commissie de steun goedkeurt zonder nader onderzoek, of binnen die periode geen besluit neemt. Start de Commissie een formeel onderzoek dan treedt een standstillperiode in gedurende de periode dat de Commissie dat onderzoek uitvoert. Hoe lang die periode duurt, is niet te voorspellen, maar in een complexe zaak als deze is het niet realistisch te verwachten dat dit enkele maanden zal zijn. De schatting zoals opgenomen in technische vraag 30 van de PvdD lijkt mij dan ook nogal optimistisch. De Commissie onderzoekt in deze procedure of de voordelen die partijen krijgen van de overheid, voordelen zijn die zij onder normale marktomstandigheden ook zouden hebben ontvangen. Daarbij wordt niet alleen het verstrekte voordeel betrokken, maar ook de investeringen die de partijen doen, bijvoorbeeld ook investeringen in een onrendable top, die marktpartijen onder normale omstandigheden niet zouden doen. Alle aspecten van de zaak worden erbij betrokken. De Commissie kan gedurende deze periode aan alle betrokkenen informatie opvragen om deze bij haar onderzoek te betrekken. Dit kan ook weer tijd kosten. Het loont dan ook om zo volledig mogelijke informatie te verstrekken. De gehele procedure is beschreven in Vo. 2015/1589.

Een ander risico is dat een derde partij over de verleende bijdragen gaat procederen. Dit kan tegen de steun als zodanig zijn, maar bijvoorbeeld ook een partij die meent dat er een aanbesteding van het project, of een procedure in concurrentie over de gronduitgifte had moeten plaatsvinden en daar de steunaspecten bij betreft. Qua vertraging verwijs ik naar de in paragraaf 1 en 1.1 genoemde passages over de juridische procedures door concurrenten die in dat geval gevoerd kunnen worden. Deze kunnen wat langduriger worden wanneer het staatssteunelement in de procedure wordt meegenomen (gewoon omdat dat de zaak wat compliceert).

Tenslotte is het mogelijk dat er een staatssteunklacht door een particulier of een concurrent wordt ingediend bij de Europese Commissie. De Commissie is niet verplicht daarop te reageren, maar als het wel gebeurt kan het zijn dat de gemeente in het ongelijk wordt gesteld en de gehele overheidsbijdrage moet worden teruggevorderd. Het is, zoals hierboven al gesteld niet aan te geven hoe groot de kans is dat de Commissie daarbij de gemeente in het ongelijk stelt, maar als de

bovengenoemde risico's, zoals bijvoorbeeld het niet goed definiëren van de doelgroep, of het risico van kruissubsidiëring niet worden geadresseerd, is die kans niet denkbeeldig. Het moge duidelijk zijn dat in dat geval er niet alleen aanmerkelijke financiële schade optreedt, maar tevens een enorme vertraging het gevolg zal zijn.

## 2. Conclusie

Samenvattend zie ik in de mij toegezonden documentatie een drietal risico's in het project die betrekking hebben op de gronduitgifte zonder concurrentie, een eventuele aanbestedingsplicht en het niet gezamenlijk melden van de bijdragen aan Staedion en Heijmans. Deze risico's kunnen tot procedure leiden die tot geringe tot aanmerkelijk vertraging van het project kunnen leiden.

Uit het bovenstaande blijkt dat in elk geval de volgende risico's moeten worden geadresseerd:

- De gronduitgifte zonder procedure in concurrentie aan Heijmans is risicovol, omdat er geen inhoudelijke motivering aan ten grondslag ligt maar alleen procesbeschrijving van hoe de gemeente via Staedion bij Heijmans is uitgekomen. Dit biedt geen enkele garantie dat er geen andere potentiële gegadigden voor de verwerving van de grond in erfpacht (en daarmee deelname aan het project zouden zijn).
- Het zonder meer aannemen dat het project niet aanbestedingsplichtig is, is risicovol, omdat de gemeente zowel een economisch voordeel heeft bij het project én er eisen worden gesteld die boven de wettelijke eisen uitgaan. Of aan de derde eis, namelijk een bouwplicht opgelegd door de gemeente is voldaan is mij, zoals hierboven gesteld, niet bekend, maar dat lijkt mij wel aannemelijk. In dat geval is er sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht.
- Voor wat betreft het staatssteunrisico merk ik op dat zolang de doelgroep voor de sociale woningbouw (en dus voor de DAEB) niet helder omschreven is, er voor het gehele project (dus ook voor het marktprogramma) een risico bestaat, dat de Commissie geen goedkeuring zal geven. Daarnaast is het zaak dat de melding van de bijdrage aan Heijmans goedgekeurd wordt. Het moeilijk om te voorspellen hoe lang een eventueel onderzoek gaat duren, en tevens of deze goedkeuring daadwerkelijk zal plaatsvinden.

Tot zover mijn advies. Tot een nadere toelichting ben ik uiteraard bereid.

Met vriendelijke groeten,

Elies Steyger

