

MEMO

VAN: mr. F.G. Horsting

AAN: Gemeente Haarlem
Mevrouw K. Beckers

CC:

DATUM	DOSSIER	PAGINA
11 oktober 2016	62.697	1/10
ONDERWERP	BETREFT	
Advies Koepelgevangenis	Gemeente Haarlem / Advies aan- en verkoop de Koepel	

Geachte mevrouw Beckers,

In vervolg op de opdracht van 27 september 2016 van de gemeente Haarlem, hierna: ‘**de gemeente**’, met kenmerk 2016/441682 (inkoop-ordernummer 16002863) bericht ik u graag als volgt.

Hierbij stuur ik u mijn advies inzake de aan- en verkoop van de Koepelgevangenis. Ik vat eerst kort de feiten samen, som daarna de gebruikte bronnen op, leg vervolgens de vraagstelling vast, vermeld aansluitend een samenvatting van mijn bevindingen en geef tot slot de juridische uitwerking weer.

Mocht u nog vragen hebben, aarzel dan niet contact met mij op te nemen. Vanzelfsprekend ben ik graag tot nader overleg bereid.

Met vriendelijke groet,

Fabian Horsting

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
2/10

Feiten

De Koepelgevangenis in Haarlem is eigendom van de Staat en komt leeg. In naam van de Staat wenst het Rijksvastgoedbedrijf over te gaan tot verkoop aan een marktpartij met de bedoeling te komen tot herontwikkeling.

De gemeente onderzoekt de mogelijkheid de Koepelgevangenis op basis van de Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006, hierna: ‘**de regeling**’, rechtstreeks van de Staat over te nemen om deze vervolgens over te dragen aan de stichting Panopticon, hierna: ‘**panopticon**’, een marktpartij.

Panopticon beoogt de Koepelgevangenis te ontwikkelen tot universiteit (40%) met bijbehorende campuswoningen (40%), horeca (10%) en flexibele bedrijfshuisvesting (10%).

Bronnen

Bij het opstellen van dit advies heb ik gebruik gemaakt van de volgende documenten en bronnen:

- Ambities en eisen herontwikkeling koepelgevangenis Haarlem, 14 juli 2016;
- Plan van aanpak onderzoek moties de koepel, 18 augustus 2016;
- Nationale ombudsman, klacht 2013/107;
- Voorzieningenrechter rechtbank Midden-Nederland, 14 januari 2016;
- Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006;
- Nota van toelichting Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006;
- Brief wethouder Van Spijk aan de commissie Ontwikkeling, 9 juni 2016;
- Brief ministerie BZK aan Tweede Kamer, 25 juni 2013;
- Uittreksel Handelsregister stichting Panopticon, 6 oktober 2016;
- www.opendekoepel.nl.

Vraagstelling

1. Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?
2. Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?
3. Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan panopticon?
4. Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
3/10

Conclusie/samengevatte beantwoording

1. Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?
 - De Staat is op grond van de regeling niet verplicht een voorkeursrecht aan de gemeente te geven. De Staat is op grond van de regeling niet verplicht de Koepelgevangenis aan de gemeente te verkopen, ongeacht wat de gemeente ermee van plan is en welke functies erin voorzien zijn.
 - De regeling neemt als uitgangspunt dat het over te dragen vastgoed een herbestemming in de publieke sfeer krijgt.
 - Als de Staat het complex overdraagt aan de gemeente, zou de gemeente in strijd met het uitgangspunt van de regeling handelen als zij het complex vervolgens (nagenoeg) direct aan panopticon overdraagt, indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren.
 - Een door de overheid bekostigde onderwijsinstelling kwalificeert als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.
 - Studentenwoningen die onlosmakelijk verbonden zijn met de universitaire functie kwalificeren zeer waarschijnlijk ook als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.
 - Overige (semi-)commerciële functies kwalificeren niet als publieke dienst en of publieke taak in de zin van de regeling.
 - De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies.
 - De plannen van panopticon zien overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

2. Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?
 - De gemeente mag de Koepelgevangenis een-op-een aan panopticon verkopen, mits de koopovereenkomst niet kwalificeert als overheidsopdracht en de transactie geen ontoelaatbare staatssteun oplevert.
 - De koopovereenkomst kwalificeert niet als overheidsopdracht als de gemeente zich beperkt tot de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.
 - Van ontoelaatbare staatssteun zal geen sprake zijn indien de waarde van de Koepelgevangenis op basis van een taxatie en een andere waarderingmethode wordt vastgesteld voordat de onderhandelingen starten.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
4/10

- Zekerheidshalve zou de gemeente publicatie van de (voorgenomen) transactie op TenderNed kunnen overwegen, teneinde transparantie te betrachten en de vernietigingstermijn voor derden te verkorten van zes maanden naar 30 dagen.
3. Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan Panopticon?
- De gemeente mag de taxatie overleggen aan panopticon.
4. Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?
- Ter voorkoming van herhaling verwijs ik graag naar het antwoord op vraag 2.

Beantwoording

1. *Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?*

De zogenaamde reallocatieprocedure is vastgelegd in de regeling. In artikel 9 lid 7 van de regeling is bepaald dat bij verkoop van overtollige vastgoedobjecten door de Staat in het algemeen een voorkeursvolgorde in acht wordt genomen. Op grond daarvan worden overtollige onroerende zaken eerst aangeboden aan ministeries en colleges, daarna aan gemeenten, provincies en waterschappen, en vervolgens pas aan andere rechts- of natuurlijke personen.

Deze voorkeursvolgorde is niet strikt verplichtend.

Dat blijkt uit het gehanteerde begrip ‘*voorkeursvolgorde*’ en de toevoeging ‘*in het algemeen*’ en is ook expliciet overwogen in de nota van toelichting die bij de regeling hoort.¹

Er kan blijkens artikel 9 lid 10 van de regeling om beleidsmatige redenen, waaronder redenen van doelmatigheid, van de voorkeursvolgorde worden afgeweken.

Bovendien kan op de voet van artikel 10 van de regeling worden afgeweken van de bepalingen van de regeling, hetgeen een nog ruimere afwijkingmogelijkheid biedt aan de Staat dan uitsluitend afwijken van de voorkeursvolgorde.

De regeling zelf zegt niets over eventuele voorwaarden waaronder de verkrijgende partijen het vastgoed overnemen. Dat geldt ook voor de toekomstige functie en/of de omvang daarvan. De nota van toelichting bij de regeling maakt wel duidelijk dat

¹ Staatscourant 26 april 2006, nr. 81 / p. 12.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
5/10

de ratio van de regeling, in het bijzonder waar het de voorkeursvolgorde betreft, is om *‘overtollig Rijksvastgoed een optimale herbestemming in de publieke sfeer te geven’*.

Daarbij is volgens de nota van toelichting bij de regeling het uitgangspunt dat het vastgoed via overdracht, koop of huur in eigendom of beheer wordt overgenomen door andere ministeries (rijksdiensten), bepaalde door het Rijk gesubsidieerde instellingen en decentrale overheden. Marktpartijen hebben feitelijk geen voorkeurspositie, omdat zij als restcategorie in (het laatste) sub d van artikel 9 lid 7 staan vermeld.

Ook uit de brief van de minister van BZK van 25 juni 2013 aan de Tweede Kamer² blijkt dat de regeling *‘(...) beoogt het object een optimale herbestemming in de publieke sfeer te geven. Anders gezegd om publieke diensten of taken die met publieke middelen worden bekostigd zo doelmatig mogelijk te realiseren.’*

Er zijn (slechts) twee juridische beslissingen van lagere onafhankelijke geschilbeslechtende instanties bekend ten aanzien van de regeling. Die beslissingen geven een beperkt nader inzicht in de uitleg van de regeling. Het betreft een beslissing van de nationale ombudsman op een klacht uit 2013³ en een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 14 januari 2016.⁴

De nationale ombudsman erkent dat de Staat op grond van de regeling niet verplicht is aan derden (in dit geval 14 particuliere woonbooteigenaren) een voorkeurspositie te geven ter zake de aankoop van percelen grond. Wel meent de ombudsman dat de Staat niet transparant heeft gehandeld door de gronden aan een derde over te dragen, zonder de woonbooteigenaren daarvan in kennis te stellen. De Staat had dus een informatieplicht.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland overweegt in een kort gedingvonnis van 16 januari 2016 – kort gezegd - dat de gemeente Naarden geen aanspraak kan maken op een voorkeursrecht tot koop op basis van de regeling. De rechter overweegt: *‘In tegenstelling tot hetgeen door Gemeente Naarden is aangevoerd, volgt uit artikel 9 van de Regeling niet dat een voorkeursrecht gegeven dient te worden. De Regeling geeft slechts een voorkeursvolgorde, waarvan – zoals uit de toelichting op de Regeling volgt – om beleidsmatige redenen kan worden afgeweken.’* Het ging om de verkoop van een omvangrijk pakket aan monumenten, waaronder de monumentale vestingwerken in Naarden, door de Staat aan een daartoe opgerichte stichting.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 31 490 nr. 109.

³ Nationale ombudsman 2013/107.

⁴ ECLI:NL:RBMNE:2016:167.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
6/10

Op basis van de regeling, de nota van toelichting die daarbij hoort en de zeer summiere en lagere rechtspraak die beschikbaar is, kom ik tot de volgende bevinding. Als de Staat de Koepelgevangenis op basis van de regeling aan de gemeente verkoopt, hetgeen een discretionaire bevoegdheid van de Staat is (d.i. de gemeente heeft er geen recht op), is daarbij uitgangspunt dat de gemeente het complex ten behoeve van een publieke taakvervulling inzet.

Directe of nagenoeg directe overdracht aan panopticon, dan wel het verkrijgen van het complex met het enige doel en oogmerk om dit (op termijn) aan panopticon over te dragen, is in strijd met genoemd uitgangspunt indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren..

Het door panopticon beoogde universitaire onderwijs, zoals mij dat is gebleken op basis van raadplegen van <http://opendekoepel.nl/naar-een-university-college-haarlem/>, gaat uit van bekostiging door het Rijk via de beoogde moederorganisaties van het nieuw op te richten University College Haarlem, te weten de Universiteit van Amsterdam en Hogeschool InHolland. Dergelijk door de overheid bekostigd hoger onderwijs zal hoogstwaarschijnlijk kwalificeren als publieke dienst of taak in de zin van de nota van toelichting bij de regeling.

Een kanttekening verdienen de overige niet-onderwijsgerichte plannen van panopticon. Panopticon is kennelijk niet uitsluitend van plan een onderwijsinstelling te vestigen. Blijkens de korte film op <http://opendekoepel.nl/homepage/> is beoogd tevens woningen, een hotel, horeca, bedrijfsruimten en een popcentrum op het terrein te vestigen. Niet al deze voorzieningen zullen kwalificeren als publieke dienst en of publieke taak.

De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies. De plannen van panopticon zien derhalve overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

Concluderend geldt het volgende.

De Staat is op grond van de regeling niet verplicht een voorkeursrecht aan de gemeente te geven. De Staat is op grond van de regeling niet verplicht de Koepelgevangenis aan de gemeente te verkopen, ongeacht wat de gemeente ermee van plan is en welke functies erin voorzien zijn.

De regeling neemt als uitgangspunt dat het over te dragen vastgoed een herbestemming in de publieke sfeer krijgt.

Als de Staat het complex overdraagt aan de gemeente, zou de gemeente in strijd met het uitgangspunt van de regeling handelen als zij het complex vervolgens

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
7/10

(nagenoeg) direct aan panopticon overdraagt, indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren.

Een door de overheid bekostigde onderwijsinstelling kwalificeert als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.

Studentenwoningen die onlosmakelijk verbonden zijn met de universitaire functie kwalificeren zeer waarschijnlijk ook als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.

Overige (semi-)commerciële functies kwalificeren niet als publieke dienst en of publieke taak in de zin van de regeling.

De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies.

De plannen van panopticon zien overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

2. *Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?*

Bij de beantwoording van deze vraag ga ik uit van een juridisch perfecte A-B-transactie en focus ik mij op de B-C-transactie. Ik laat mijn beantwoording van vraag 1 dus buiten beschouwing en neem als uitgangspunt dat de gemeente eigenaar is geworden van het complex en dat de Staat daar verder vrede mee heeft. Tevens laat ik eventueel inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente buiten beschouwing.

Ook laat ik buiten beschouwing dat een concurrerende onderwijsinstelling (voor wat betreft de nieuw te vestigen onderwijsinstelling) en/of een concurrerende projectontwikkelaar (voor wat betreft de overige semi-commerciële vastgoedfuncties) mogelijk zouden kunnen opwerpen dat de te verlenen omgevingsvergunning in dit geval een zogenaamde schaarse vergunning betreft die om aanbestedingsrechtelijke dan wel mededingingsrechtelijke redenen in concurrentie vergeven zou moeten worden.

Deze vraag kent twee juridische dimensies, het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht. Nederlandse of Europese regels voor de verkoop van overheidseigendommen bestaan in beginsel niet. Het EU Werkingsverdrag bepaalt in art. 345 dat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten door de verdragen onverlet wordt gelaten.

Aanbestedingsrechtelijk is de vraag relevant of de verkoop kwalificeert als overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet. De enkele verkoop van vastgoed en ook de uitgifte van grond in erfpacht zijn in beginsel niet aan te

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
8/10

merken als aanbestedingsplichtige opdrachten in de zin van de Aanbestedingswet. Er is alleen dan sprake van een aanbestedingsplicht indien de koopovereenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet.

Om te kunnen spreken van een overheidsopdracht (voor werken) is op basis van de Aanbestedingswet vereist dat de aanbestedende dienst met een marktpartij (i) een schriftelijke overeenkomst sluit, (ii) die onder bezwarende titel is aangegaan en (iii) waarvan de opdracht betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Telkens zal per geval moeten worden getoetst of aan voornoemde cumulatieve vereisten is voldaan.

Gelet op Europese en Nederlandse rechtspraak wordt niet snel voldaan aan genoemde criteria. De gemeente mag uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, bijvoorbeeld in het kader van de vergunningverlening, eisen stellen aan het te verkopen/verkochte vastgoed, maar die eisen mogen de publiekrechtelijke bevoegdheden niet overschrijden. Zo maakt het opnemen van een contractuele bouwplicht de opdracht aanbestedingsplichtig.

Zekerheidshalve zou de gemeente op de voet van artikel 4.15, lid 2 sub a Aanbestedingswet publicatie van de (voorgenomen) transactie op TenderNed kunnen overwegen, teneinde transparantie te betrachten en de vernietigingstermijn voor derden te verkorten van zes maanden naar 30 dagen.

Naast het aanbestedingsrecht zijn ook andere Europese normen van belang. Staatssteunrechtelijk bevat het EU Werkingsverdrag immers wel degelijk een beperking van de discretionaire ruimte van overheden bij de verkoop van eigendommen van de overheid, via het verbod op staatssteun. Staatssteun is ieder financieel voordeel in welke vorm dan ook. Staatssteunregels zijn gericht op het voorkomen van vervalsing van de mededinging door begunstiging - met staatsmiddelen bekostigd - van bepaalde ondernemingen.

In het algemeen kan worden gezegd dat in gevallen waarin de overheid een transactie met (directe dan wel indirecte) financiële gevolgen aangaat met een onderneming, zal moeten worden getoetst of in overeenstemming met de regels van staatssteunrecht wordt gehandeld. Meer in het bijzonder is relevant art. 107, lid 1 van het EU Werkingsverdrag. In dat artikel wordt beschreven in welke gevallen sprake is van ontoelaatbare staatssteun.

Dit is het geval indien sprake is van (i) overheidsmiddelen (ii) die een voordeel verschaffen (iii) aan bepaalde ondernemingen (iv) waardoor de mededinging wordt

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
9/10

(dreigt te worden) vervalst en (v) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Mede voor gevallen waarin overheidspartijen onroerend goed verkopen, is art. 107 nader uitgewerkt in een mededeling van de Europese Commissie “betreffende het begrip staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU”⁵, laatstelijk in mei 2016 aangepast. Kort gezegd is in deze mededeling bepaald dat een overheid moet handelen als een marktdeelnemer in de markteconomie. Het publieke belang dient daarbij buiten beschouwing te worden gelaten.

Indien een openbare instantie gebouwen of gronden verkoopt, moet zeker gesteld worden dat de prijs die de openbare instantie hanteert, niet zodanig laag is, dat een onderneming daardoor wordt bevoordeeld. De prijs mag om die reden niet lager zijn dan (i) de prijs die het gevolg is van een openbare aanbestedings- of biedprocedure, (ii) de door benchmarking vastgestelde prijs, dan wel (iii) de op basis van een andere waarderingsmethode vastgestelde prijs. Tot de laatste categorie behoort bijvoorbeeld de taxatie en – vooralsnog nog steeds - de residuele grondwaardemethode.

De mededeling lijkt voorts te impliceren dat naast een eventuele initiële taxatie als second opinion tevens een vergelijking met een andere waarderingsmethode moet geschieden. Expliciet staat er dat het zaak is: *“een gevoeligheidsanalyse uit te voeren, waarin verschillende zakelijke scenario’s worden onderzocht, noodplannen worden opgesteld en de uitkomsten worden vergeleken met alternatieve waarderingsmethoden”*.

Concluderend geldt het volgende.

De gemeente mag de Koepelgevangenis een-op-een aan panopticon verkopen, mits de koopovereenkomst niet kwalificeert als overheidsopdracht en de transactie geen ontoelaatbare staatssteun oplevert.

De koopovereenkomst kwalificeert niet als overheidsopdracht als de gemeente zich beperkt tot de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.

Van ontoelaatbare staatssteun zal geen sprake zijn indien de waarde van de Koepelgevangenis op basis van een taxatie en een andere waarderingsmethode wordt vastgesteld voordat de onderhandelingen starten.

⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, (2016/C 262/01).

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
10/10

3. *Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan panopticon?*

Er is geen expliciete regel die beschikbaarstelling van de taxatie door de gemeente aan panopticon verbiedt.

Als optie noem ik in dit kader de mogelijkheid voor de gemeente om de getaxeerde waarde als minimumkoopprijs voor te schrijven aan panopticon, zoals het Rijk bijvoorbeeld bij de verkoop van de Bijlmerbajes doet.

Concluderend geldt het volgende.

De gemeente mag de taxatie overleggen aan panopticon.

4. *Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?*

Ik meen deze vraag al beantwoord te hebben bij vraag 2 en verwijs dan ook graag ter voorkoming van herhaling naar hetgeen ik daar heb gesteld. De functie van het complex is voor de vraag onder welke voorwaarde de gemeente het mag verkopen niet relevant.