

Memorandum

Aan	Gemeenteraad van de gemeente Utrecht	Van	mr. J.J. van de Vijver mr. M.G.J. Maas-Cooymans
	Definitieve versie	Datum	8 november 2007
		Onze ref	
Onderwerp	Second opinion BOO/BPO Radboud/ Koppen OV-T	Cliënt	N/A

1. Inleiding

- 1.1 De gemeenteraad heeft Simmons & Simmons verzocht een second opinion af te geven op de conceptovereenkomst: BOO/BPO Radboud en Koppen OV-T, versie 12 d.d. 15 september 2007.
- 1.2 In het kader van de second opinion heeft de gemeenteraad een aantal vragen geformuleerd die hieronder worden beantwoord. De gemeenteraad wil antwoord op drie hoofdvragen, te weten:
- (A) wat zijn de (financiële) risico's van de partijen;
 - (B) is er sprake van balans tussen de rechten, risico's en plichten van partijen;
 - (C) is deze BOO/BPO een logische en te verwachten volgende stap van de eerder afgesloten contracten in dit kader (met name de BOO/BPO's waarover op 8 november 2005 een door de raad geïnitieerde second opinion is verschenen)?
- 1.3 In het kader van de beantwoording van de drie hoofdvragen wil de gemeenteraad een aantal subvragen zien worden beantwoord. Deze subvragen staan opgenomen *in cursief schrift* in hoofdstuk 2 van dit memorandum. In dit memorandum worden op onderdelen van de BOO/BPO eveneens aanbevelingen gedaan. Teneinde deze aanbevelingen in de tekst te doen opvallen, is ervoor gekozen deze in **vetschrift** op te nemen.
- 1.4 In het kader van deze second opinion zal worden begonnen met een aantal algemene opmerkingen (hoofdstuk 2). Daarna zullen de afzonderlijke subvragen worden behandeld (hoofdstuk 3). De drie hoofdvragen zullen tenslotte worden beantwoord in de vorm van afsluitende conclusies (hoofdstuk 4).

2. Algemene opmerkingen

Opzet en volledigheid BOO/BPO

- 2.1 Er is sprake van een zeer omvangrijke BOO/BPO van maar liefst 112 bladzijden. Toch duidt de omvang niet op een meer complexe opzet dan al bekend was uit de opzet van de overeenkomsten terzake van de andere deelgebieden. De BOO/BPO is in meer opzicht een gecombineerde overeenkomst. Niet alleen is sprake van het in elkaar schuiven van de BOO met de BPO van de deelgebieden Radboud c.a. respectievelijk Koppen OV-T maar ook van het in elkaar schuiven van de BOO/BPO Radboud c.a. met de BOO/BPO

Koppen OV-T.

- 2.2 Deze samenvoeging van type overeenkomst en van verschillende deelprojecten is niet bezwaarlijk vanuit een juridische optiek. Gelet op het feit dat de deelgebieden Radboud c.a. en Koppen OV-T sterk met elkaar samenhangen, maakt dat het zelfs wenselijk is om e.e.a. in één overeenkomst te regelen teneinde er zeker van te zijn dat de samenhang ook goed is gewaarborgd. Het samenvoegen van de BOO met de BPO zal om vergelijkbare redenen zijn gedaan. Vanuit de optiek van de second opinion bestaat daartegen derhalve geen bezwaar.
- 2.3 Voorzover de samenvoeging van de twee deelgebieden en de BOO's met de BPO's terzake van die deelgebieden nog een relatie hebben met de BOO/BPO Vredenburg als ook met raamovereenkomst c.a. van het Leidsche Rijn Centrum (hierna LRC) zal hierop in dit memorandum in onderdeel 3.6 nog nader worden ingegaan. Overigens heeft het advocatenkantoor De Brauw Blackstone en Westbroek op 12 oktober jl. een nader advies verstrekt over de betekenis die moet worden toegekend aan de samenvoeging van de betreffende BOO's en de BPO's voor wat betreft de raamovereenkomst LRC. Wij zullen daar eveneens kort aandacht aan besteden.
- 2.4 Opmerking wordt gemaakt dat niet alle bepalingen uit de BOO/BPO zijn uitgewerkt in concrete bepalingen: de BOO/BPO is daarmee nog niet volledig te beoordelen.

Ontwikkeling

- 2.5 Wat opvalt wanneer de BOO/BPO Vredenburg wordt vergeleken met de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T is dat partijen kennelijk ervoor hebben gekozen om een grotere afstand tot elkaar te behouden wanneer het gaat om de ontwikkelingsfase van de verschillende deelgebieden. Wordt in Hoofdstuk II van de BPO/BOO Vredenburg nog een uitgebreide procedure beschreven hoe partijen ter zake van verschillende deelprojecten binnen het deelgebied Vredenburg van Voorlopig Ontwerp (VO) komen tot concrete Bouwplannen met onderlinge toets- en goedkeuringsmomenten, in de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T komt een dergelijke regeling niet voor. In het kader van de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T wordt alleen gesproken over "coördinatie" en "afstemming" van het ontwerpproces van de verschillende deelprojecten.
- 2.6 Het is niet duidelijk waarom van de contractstructuur zoals die is opgenomen in de BOO/BPO Vredenburg is opgenomen, is afgeweken. Met een duidelijke regeling van de ontwikkelingsfase behouden partijen over en weer beter zicht op de voortgang van verschillende deelprojecten. Dit is in de BPO/BOO Radboud c.a. en Koppen OV-T dus minder het geval. Ook ontbreekt het zicht of een partij bij de ontwikkeling van een deelproject blijft binnen de binnen de randvoorwaarden als opgenomen in artikel 2.2 zoals het Programma, de overeengekomen Voorlopige Ontwerpen van de verschillende deelprojecten etc. Overigens behoudt de gemeente natuurlijk wel de toetsingsmogelijkheden in het kader van de verlening van de bouwvergunning inclusief welstandstoets (die gaat echter minder ver dan een toetsing op grond van een vergelijkbare regeling als opgenomen in de BOO/BPO Vredenburg).

Planning

- 2.7 Ter zake van de start van de uitvoering van de verschillende deelprojecten geeft de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T een wisselend beeld. Voor zover sprake is van bouwactiviteiten ter zake van de verschillende deelprojecten valt op dat niet altijd duidelijk wordt verwezen naar de Planning (feitelijk is dat slechts aan de orde bij deelproject SO Openbaar gebied, zie artikel 17.1 alsook deelproject Nieuwe Stationsstraat, zie artikel 21:

NB twee projecten waarvoor de gemeente verantwoordelijk is). Voor de overige deelprojecten is niet duidelijk afgebakend wanneer daadwerkelijk met de uitvoering van de betreffende deelprojecten dient te worden gestart. **Niet duidelijk is waarom niet bij alle deelprojecten wordt aangegeven dat in beginsel met de uitvoering dient te worden gestart overeenkomstig de Planning: dit zou wel de voorkeur hebben.**

- 2.8 Voorts valt op dat de start van de uitvoering van bouwactiviteiten altijd wordt gekoppeld aan het onherroepelijk worden van de te verkrijgen vergunningen, ontheffingen, vrijstellingen en/of goedkeuringen. In artikel 3.9 wordt ten aanzien van die regel een uitzondering gemaakt door te bepalen dat partijen “*in onderling overleg welwillend (??) zullen beschouwen*” of gestart kan worden op basis van een Bruikbare Bouwvergunning (zie ook onderdelen hierna). Dit is anders dan de regeling in de BOO/BPO Vredenburg waarbij ter zake van twee deelprojecten geldt dat gestart wordt met de bouw zodra een Bruikbare Bouwvergunning beschikbaar is.
- 2.9 Bouwen op basis van een Bruikbare Bouwvergunning kent zeker een risico. Wel geeft een dergelijke regeling meer zekerheid dat binnen de overeengekomen planning met de bouw van deelprojecten wordt begonnen. Het wachten op het onherroepelijk worden van bouwvergunningen kan soms jaren in beslag nemen.
- 2.10 Overigens wordt nergens uitdrukkelijk bepaald dat er op een partij de plicht rust daadwerkelijk met de uitvoering van een deelproject te starten binnen een bepaalde periode nadat is komen vast te staan dat de bouwvergunning onherroepelijk is geworden. **Hoewel dit een gebruikelijke voorwaarde is van een bouwvergunning verdient het aanbeveling een dergelijk plicht ook in de BOO/BPO op te nemen.**

Inspanning- versus resultaatverplichting Gemeente

- 2.11 In het algemeen geldt dat de Gemeente, als publieke belangenbehartiger en – daarmee samenhangend – gelet op de ongrijpbare belangen en acties van derden, nooit kan garanderen, dat de benodigde vergunningen enz. kunnen worden verleend (gelet op mogelijk vereiste goedkeuringen van andere overheidsorganen) en zullen standhouden (gelet op het aanwenden van rechtsmiddelen door derden). Vandaar dat de Gemeente nooit meer kan afspreken dan dat zij haar best zal doen om de vergunningen enz. te verlenen. Daarmee maakt zij een (impliciet) voorbehoud voor eventuele acties van derden.
- 2.12 Keerzijde voor een private partij, die ten opzichte van de Gemeente in een afhankelijke positie verkeert, is dat van de Gemeente geen nakoming kan worden verlangd en dat zij niet toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar (inspannings-) verplichtingen, wanneer als gevolg van de acties van derden de vergunningen enz. niet verleend kunnen worden.
- 2.13 Daarvan zal alleen sprake zijn wanneer de Gemeente, zonder aanleiding (lees: invloed van derden) zelfstandig besluit de vereiste vergunningen enz. niet te verlenen. Politieke meningsverschillen c.q. weerstand komen daarbij voor rekening van de Gemeente, althans deze liggen in haar risicosfeer.
- 2.14 In de BOO/BPO is – in meer en mindere duidelijke bewoordingen - per artikel tot uitdrukking gebracht of sprake is van een inspanning- of resultaatverbintenis aan de zijde van de Gemeente. **Teneinde ieder misverstand uit te sluiten en te voorkomen dat de Gemeente op enigerlei wijze - waar het betreft de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden - een resultaatverbintenis op zich neemt, adviseren wij om een algehele vangnetbepaling op te nemen aan het begin van de BOO/BPO.** In die

bepaling moet tot uitdrukking worden gebracht dat de Gemeente in deze BOO/BPO niet meer op zich neemt dan een inspanningsverplichting.

- 2.15 Een voorbeeldtekst: *de in deze Overeenkomst weergegeven verplichtingen van de Gemeente die zien op de vereiste uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals het nemen van beschikkingen (waaronder begrepen maar niet beperkt tot het verlenen van bouwvergunningen, vrijstellingen, ontheffingen enz.) dienen voor wat betreft het beoogde resultaat aangemerkt te worden als inspanningsverplichtingen. Dienaangaande verstrekt de Gemeente geen garanties.*
- 2.16 Dit ondervangt tevens verwarring die kan ontstaan doordat in sommige artikelen de zinsnede is toegevoegd (na de beschrijving van een inspanningsverplichting) dat de Gemeente dienaangaande geen garantie verstrekt (zie bijvoorbeeld 8.1). Moet dan uit het ontbreken van deze zin bij andere inspanningsverplichtingen worden afgeleid dat wél beoogd is een garantie te verstrekken? Die discussie is onwenselijk.
- 2.17 Daarnaast zien wij bijvoorbeeld in artikel 19.2 opgenomen dat – ingeval de gemeente zich maximaal inspant maar desondanks het beoogde resultaat niet realiseert – géén sprake is van een tekortkoming van de Gemeente. Ook hier geldt, moet uit het ontbreken van deze zinsnede bij de andere geregelde inspanningsverplichtingen worden afgeleid dat zonder meer sprake is van een tekortkoming? Ook die discussie is onwenselijk. Echter dit is al grotendeels ondervangen door de voornoemde vangnetbepaling.
- 2.18 Het zal bovendien zeer lastig zijn om te bewijzen dat de Gemeente tekort schiet in een inspanningsverplichting. **Wij adviseren in dit verband (indien daaraan behoefte bestaat) om alle in de BOO/BPO opgenomen inspanningsverplichtingen te inventariseren en op enigerlei wijze in een procesdocument vast te leggen.** Daaraan gekoppeld kan een apart dossier worden aangelegd waaruit blijkt dat Gemeente daadwerkelijk zich heeft ingespannen. Bijvoorbeeld wanneer een wettelijke beslistermijn niet wordt gehaald, zou in dat dossier terug te vinden moeten zijn dat de reden daarvoor niet daarin is gelegen dat het te lang is blijven liggen op het bureau van een verantwoordelijke ambtenaar, maar dat de reden bijvoorbeeld moet worden gezocht in het uitblijven van benodigde onderzoeken, overleggen, goedkeuringen enz. buiten machte van de gemeente. In dat dossier kan dan tevens worden gedocumenteerd dat de Gemeente wel tijdig om overleg, onderzoek e.d. heeft gevraagd.
- 2.19 Daarnaast heeft overeenkomstig artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek te gelden dat de Gemeente ook haar privaatrechtelijke bevoegdheden niet mag uitoefenen in strijd met de geschreven of ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. De Gemeente verleent Hoog Catharijne BV (hierna te noemen: HC) bijvoorbeeld het recht om als eerste in de gelegenheid te worden gesteld om als belegger op te treden voor het eventuele retail- en leisureprogramma in Gebouw Noord. Er bestaat een theoretische kans dat een andere partij zich op het standpunt stelt ook in de gelegenheid te moeten worden gesteld om als belegger op te treden in de die mogelijkheid die de Gemeente biedt. Wij tekenen hierbij aan dat deze kans zeer klein is en dat de juridische positie van een dergelijke derde partij zwak is. Dit geldt in wezen ook voor de situatie dat de Gemeente hier met HC afspreekt geen gebruik te maken van haar oteigeningsinstrument en het voorkeursrecht (artikel 4).
- 2.20 **Om toch de positie van de Gemeente tegen dit theoretische risico te beschermen adviseren wij aan de hiervoor opgenomen algehele vangnetbepaling (zie punt 2.5) de volgende zinsnede op te nemen: Voorzover het betreft de privaatrechtelijke bevoegdheden van de Gemeente geldt dat deze conform artikel 3:14 BW niet kunnen worden uitgeoefend in strijd met ongeschreven en geschreven beginselen van behoorlijk**

bestuur. Gelet hierop kan de Gemeente alleen dan niet gehouden worden aan de verplichting om de bij deze Overeenkomst verleende rechten te waarborgen, indien haar dit op last van een rechterlijk vonnis dan wel een rechterlijke uitspraak niet is toegestaan.

- 2.21 Gelet op de hieromtrent gestelde vraag, zijn wij van mening dat het voor de Gemeente ondoenlijk is om “in te staan voor” als bedoeld in artikel 13.2.
- 2.22 Wij gaan er overigens van uit dat bij de onderhandelingen rekening is gehouden met de kansen dat de medewerking wordt verleend en dat in het algemeen is onderzocht of de Gemeente aangegeven resultaatverbintenissen kan nakomen. Het is aan de onderhandelaars om hierover verantwoording af te leggen.

Bruikbare Bouwvergunning

- 2.23 Zie ook onderdeel 3.81.
- 2.24 Het is gebruikelijk om met het begrip “bruikbare bouwvergunning” te werken. De voornaamste reden om dat te doen is daarin gelegen, dat het partijen in de regel veel te lang duurt om af te wachten totdat de benodigde vergunningen onherroepelijk zijn alvorens met de realisatie te starten. Daarbij geldt overigens wel dat, conform vaste jurisprudentie, een vergunninghouder die start met de realisatie op grond van een niet-onherroepelijke bouwvergunning in beginsel de geleden schade als gevolg van het achteraf sneuvelen van de bouwvergunning, niet kan verhalen op de gemeente/vergunningverlener.
- 2.25 Een gebruikelijke definitie is: *een bouwvergunning waartegen binnen zes weken na bekendmaking van de vergunning geen bezwaarschrift is ingediend, dan wel een bouwvergunning waartegen tijdig een ontvankelijk bezwaarschrift is ingediend maar binnen tien weken na bekendmaking van de vergunning geen verzoek tot schorsing is ingediend, dan wel een bouwvergunning waartegen tijdig een ontvankelijk bezwaarschrift is ingediend en binnen tien weken na bekendmaking van de vergunning een verzoek tot schorsing van de vergunning is ingediend en dit verzoek is ingetrokken of door een bevoegde rechterlijke instantie is afgewezen. Onder schorsing van een bouwvergunning wordt verstaan een voorlopige voorziening van een bevoegde rechterlijke instantie tot schorsing van de werking van het besluit tot het verlenen van de bouwvergunning.*
- 2.26 In artikel 3.9 is opgenomen dat partijen tegen aanvaardbare risico's starten met de realisatie op basis van een bruikbare vergunning, waarbij de beslissing is voorbehouden aan de partij die het Deelproject uitvoert. Niet lijkt te zijn geregeld wat de gevolgen zijn voor de partij die deze beslissing heeft genomen. Is deze aansprakelijk voor (financiële) schade die daardoor intreedt, bijvoorbeeld wanneer de vergunning toch niet bruikbaar blijkt achteraf? **Wij adviseren dit te regelen.**
- 2.27 Gelet op de complexiteit van de verschillende samenhangende vergunningenprocedures is het verstandig dergelijke risico's vooraf in te schatten. **Wij adviseren derhalve om een dergelijke beslissing niet te nemen dan nadat een juridisch specialist hierover een oordeel heeft geveld.** Wellicht kan dit worden beoordeeld door het juridisch platform als bedoeld in artikel 3.11, mits voldoende expertise aanwezig is.

Overige publiekrechtelijke aspecten

- 2.28 In artikel 3.2 wordt de mogelijkheid opengelaten dat – indien wenselijk – één integrale bouwvergunning wordt aangevraagd. Bij de beoordeling of dat wenselijk is, moet worden betrokken het risico dat ingeval van de toewijzing van een schorsingsverzoek door de Voorzieningenrechter deze schorsing in de regel de gehele bouwvergunning betreft met alle gevolgen (vertraging) van dien. Met door deze bouwvergunning gedekte deelaspecten kan dan immers evenmin worden gestart.
- 2.29 Onder meer in artikel 3.5 is geregeld dat de Gemeente aan haar inspanningsverplichting voldoet door wettelijke beslistermijnen in acht te nemen. Onder "normale" omstandigheden is het al niet eenvoudig om de wettelijke beslistermijnen (voor het nemen van primaire besluiten, maar ook voor het nemen van beslissingen op bezwaar) in acht te nemen, laat staan bij een dermate omvangrijk en complex project als het onderhavige. **Wij adviseren derhalve om de zinsnede “met inachtneming” te vervangen door “waarbij de Gemeente ernaar streeft de benodigde beschikkingen te verlenen binnen de daarvoor gestelde wettelijke beslistermijnen, maar zij verstrekt terzake geen garanties”.**
- 2.30 **Nu naar verwachting bezwaarschriften e.d. zullen worden ingediend en mogelijk in grote getallen adviseren wij voorts om een aparte structuur – al dan niet in de vorm van een projectgroep en/of een (externe) bezwaarschriftenadviescommissie - op te tuigen, om zoveel mogelijk grip te houden op de termijnen.**
- 2.31 In artikel 4.2 is overeengekomen wanneer de Gemeente wél gebruik kan maken van haar bevoegdheden uit hoofde van de Wet voorkeursrecht gemeenten. Daarbij willen wij aantekenen dat HC – dit wetende – hierop kan anticiperen en (uitgaande van een onwelwillende contractpartij) de werking van de Wet voorkeursrecht kan ontduiken. Immers, de optimale werking van het voorkeursrecht wordt eerder bereikt naarmate het “verrassingseffect” groter is. In de BOO/BPO is nu een voor HC bepaalbaar moment overeengekomen.
- 2.32 Onder meer in artikel 11.4 j is ten gunste van de Gemeente opgenomen dat zij onder omstandigheden geen heruitgifte mag wensen. Die voorwaarde is: “dringende reden van algemeen belang”. Dit roept vanzelfsprekend vele discussies op. Het is echter de vraag (en die kunnen wij niet beantwoorden) of dit concreter kan worden gemaakt, om te voorkomen dat een beroep op deze omstandigheid niet zal slagen en dit een dode letter is.
- 2.33 Er zijn vele bepalingen opgenomen terzake te leveren (onder)gronden. Als discussiepunt is genoemd wat moet worden verstaan onder “bouwrijpe staat”? Nu in die bepalingen niets is geregeld terzake van de bodemkwaliteit, interpreteren wij bouwrijp in ieder geval dusdanig dat de bodem dermate “schoon” is dat een bouwvergunning kan worden verleend dan wel het beoogde gebruik niet wordt belemmerd en geen sanerings- dan wel onderzoekskosten gemaakt hoeven te worden. **Indien dit voor de Gemeente niet wenselijk is zal dit in een definitie bepaling tot uitdrukking moeten worden gebracht.** Bovendien constateren wij dat niet in iedere bepaling de feitelijke staat van de ondergrond is geregeld. Integendeel, het is heel wisselend geregeld. In artikel 23.7 is – in tegenstelling tot de andere bepalingen – wel een voorziening ten aanzien van de milieukundige staat opgenomen: **het verdient aanbeveling om voor alle gevallen één eenduidige regeling op te nemen.**
- 2.34 Wat betreft de informatievoorziening dient de Gemeente zich te realiseren dat waar zij zich verplicht aan HC of een andere partij documenten te verstrekken deze documenten daarmee in het openbare domein terechtkomen. Onder de Wet openbaarheid van bestuur

geldt het adagium: “openbaar voor de één, is openbaar voor een ieder”. Bijvoorbeeld onder 43.3 d (iii) spreekt de Gemeente af dat zij verslag zal doen van besprekingen met zittende huurders enz. Naar wij aannemen zal dit schriftelijk – in de vorm van gespreksverslagen – gaan. Het kan ongewenst zijn, gelet op de onderhandelingen, dat die zittende huurders van al die verslagen kennisnemen met een verzoek onder de Wob. **Wij adviseren dat met dit besef de verslaglegging zal plaatsvinden.**

- 2.35 Een wijze waarop dit kan worden omzeild is de Gemeente mondeling verslag te laten doen in een overleg, waarna HC dit vervolgens zelf schriftelijk vastlegt en eventueel vertrouwelijk verstrekt aan de Gemeente. In dat geval is het immers niet zo dat documenten door een bestuursorgaan worden verstrekt/openbaar gemaakt, maar gaat het om documenten die vertrouwelijk aan een bestuursorgaan zijn verstrekt. Langs die weg is de kans het grootst dat die documenten uit de openbaarheid kunnen worden gehouden.
- 2.36 In artikel 36 is geregeld dat HC geen juridisch verzet zal plegen. In het algemeen geldt dat een overheidspartij haar contractpartij niet mag houden aan een dergelijke afspraak. Anders gezegd, wanneer HC besluit toch juridisch verzet te plegen is het niet zonder meer zo dat de rechter HC niet ontvangt vanwege de gemaakte afspraak met de Gemeente. **Derhalve wordt in dit soort gevallen gekozen voor een boeteclausule: wij adviseren dan ook een dergelijke regeling op te nemen.**
- 2.37 Uit onder meer artikel 61 lijken wij op te maken dat een vrijstelling losstaat van de aanvraag daartoe. Voor alle duidelijkheid merken wij op dat een artikel 19 WRO vrijstelling een beschikking is die wordt verleend op een aanvraag. Die aanvraag dient de gewenste uitbreiding te bevatten, zodat daarop kan worden beslist. Ten onrechte kan hierdoor de suggestie worden gewekt als ware de Gemeente (B&W) als vrijstellingverlener verantwoordelijk voor de juiste “dekking” van de vrijstelling. Het is aan de aanvrager om in de aanvraag datgene te omschrijven dat hij wenst te realiseren en ten behoeve waarvan hij vrijstelling wenst.

Planschade

- 2.38 In artikel 72.1 is aangegeven dat eventuele planschade geleden door HC is verdisconteerd in de canonvergoedingen. Wij vragen ons af waarop de omvang van deze eventuele planschade is gebaseerd.
- 2.39 De vraag is gesteld of overdracht van de opstal van de stationstraverse financieel gezien geen open einde regeling is. Verwezen wordt naar planschade. Echter, de mogelijkheid voor derden/burgers om planschade te claimen houdt in wezen geen verband met de eigendomsverhoudingen. Planschade moet vergoed worden indien die schade haar grondslag vindt in een besluit op een verzoek om ten behoeve van de verwezenlijking van een project bepalingen in een bestemmingsplan op te nemen of te wijzigen dan wel om vrijstelling te verlenen.

Nadeelcompensatie (economische schade)

- 2.40 In het algemeen geldt, dat schade als gevolg van (tijdelijke) verminderde bereikbaarheid (wegens afsluiting van toegangswegen middels verkeersbesluiten dan wel door feitelijke afsluiting c.q. blokkades) in beginsel behoort tot het normale maatschappelijk bedrijfsrisico en als zodanig niet voor vergoeding in aanmerking komt. Echter, langdurige onbereikbaarheid zal op een gegeven moment uit de sfeer van normale maatschappelijk bedrijfsrisico kunnen raken, wat gelet op de grootschaligheid van dit project niet ondenkbaar is.

- 2.41 De BOO/BPO bevat geen regeling terzake van eventuele door de Gemeente uit te keren nadeelcompensatie. **Wij bevelen aan, ter beheersing van het (financiële) risico dat de Gemeente in dit verband loopt, om een dergelijke regeling alsnog te treffen bij voorkeur in de vorm van een specifieke nadeelcompensatieregeling.**

Beperking aansprakelijkheid

- 2.42 In de BOO/BPO komen ten aanzien van verschillende Deelprojecten bepalingen voor die de aansprakelijkheid van een partij regelen voor het ontstaan van schade a.g.v. wanprestatie van de andere partij en/of a.g.v. een omstandigheid die voor risico van de andere partij komt. Soms is sprake van een beperking van de aansprakelijkheid in hoogte en/of duur en/of tot een gelimiteerd aantal oorzaken. Bij een aantal 'aansprakelijkheidsbepalingen' wordt deze beperkingen gemist: **het verdient aanbeveling om in die gevallen ook afspraken te maken die de aansprakelijkheid limiteren.**

3. **Beantwoording deelvragen**

BOO en BPO zijn in elkaar geschoven. Wat zijn de voor- en nadelen daarvan? Welke risico's ontstaan hierdoor en/of worden vermeden?

- 3.1 De opstellers van de BOO/BPO laten na om in de BOO/BPO – bijvoorbeeld in overweging F of G – een adequate motivering te geven waarom tot een integrale samenvoeging van de overeenkomsten en de deelgebieden is besloten. Dit had wel voor de hand gelegen.
- 3.2 De reden om de verschillende overeenkomsten terzake van de twee deelgebieden samen te voegen, is waarschijnlijk louter pragmatisch: de twee deelgebieden hangen nauw met elkaar – en met het deelgebied Vredenburg (waar al een BOO/BPO tot stand is gekomen) – samen en daarnaast bestond er kennelijk behoefte om ten aanzien van de BOO/BPO Vredenburg ook voortgang te boeken door de opschortende voorwaarde ter zake van het in werking zijn getreden van de BOO's en BPO's Radboud c.a. en Koppen OV-T in één keer te laten zijn uitgewerkt. Mede in het licht van overweging H van de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T geldt dat met de ondertekening van de BOO/BPO partijen – en vanuit de optiek van de gemeente dus ook HC – de algehele investeringsbeslissing hebben genomen om de herontwikkeling van het Stationsgebied Utrecht daadwerkelijk door te zetten. Dit is dus een belangrijk voordeel te noemen vanuit de optiek dat het project ook daadwerkelijk gaat worden uitgevoerd: de kogel is door de kerk.
- 3.3 Nadelen zijn vanuit een juridische optiek moeilijk in kaart te brengen behoudens dan de observatie dat zeer veel in één overeenkomst wordt geregeld waardoor het zicht op de details wat verloren dreigt te gaan. Tegelijkertijd moet worden gezegd dat het waarschijnlijk niet veel anders kon.
- 3.4 Terzake van de risico's die extra worden gelopen dan wel worden vermeden door de samenvoeging van de deelgebieden en type overeenkomsten in één BOO/BPO is niet veel meer te zeggen dan hiervoor opgemerkt. Een belangrijk risico dat nu wordt vermeden is het risico dat het niet kunnen bereiken van overeenstemming op een onderdeel van een BOO of een BPO de gehele samenhangende keten van afspraken doorbreekt. Anders gezegd ook de uitvoering van de BOO/BPO Vredenburg wordt er positief door beïnvloed.
- 3.5 Een ander punt is in hoeverre het als een risico (of een vóór- of nadeel) moet worden beschouwd dat door de ondertekening van de BOO/BPO Radboud c.a. en Koppen OV-T, Corio een sterkere positie verwerft ten aanzien van het LRC in het kader van de Raamovereenkomst. Vanuit de optiek dat de herontwikkeling van het Stationsgebied Utrecht een gewenste ontwikkeling is en uit de ondertekening van de BOO/BPO Radboud

c.a. en Koppen OV-T volgt dat Hoog Catharijne BV een positieve investeringsbeslissing heeft genomen ten aanzien van het gehele project, is te rechtvaardigen dat Corio ook ten aanzien van LRC ook een sterkere positie verkrijgt. Dit is nu juist de gehele opzet geweest van de raamovereenkomst.

- 3.6 Overigens onderschrijven ondergetekenden de analyse en de conclusies van De Brauw Blackstone en Westbroek in hun advies d.d. 12 oktober jl. aangaande de Raamovereenkomst. Wel wordt opgemerkt dat partijen niet geheel in lijn met de oorspronkelijke planning en opzet van de Raamovereenkomst hebben gewerkt. De prioriteitstelling was kennelijk in de praktijk anders dan oorspronkelijk tot uitgangspunt was genomen. De onduidelijkheid die de adviseur De Brauw onderkent – is nu wel of niet sprake van een intentieovereenkomst in het kader van de Raamovereenkomst – houdt een zeker risico in. Dit is gemakkelijk en pragmatisch door partijen op te lossen door snel overeenstemming te bereiken over alsnog een intentieovereenkomst danwel een projectovereenkomst.

Als één of meerdere van de deelplannen van de BOO/BPO tot stilstand komt, heeft dit dan consequenties voor de overige projecten? Is in de afspraken iets opgenomen over een mogelijke kettingreactie? In welke gevallen kan de gemeente (door derden) aansprakelijk gesteld worden? Zowel door het niet of juist wel nakomen van de contracten?

- 3.7 De verschillende deelprojecten hangen – uiteraard – nauw met elkaar samen. In de BOO/BPO zijn ten aanzien van de deelprojecten die rechtstreeks verband met elkaar houden (omdat bijvoorbeeld de betreffende deelprojecten aan elkaar grenzen of volgtijdelijk afhankelijk van elkaar zijn) wel voorzieningen getroffen wanneer een bepaald deelproject een vertraging ondervindt. Meestal betreffen het dan regelingen met het oog op het creëren van een – andere of tijdelijke – goede bereikbaarheid van één deel van het project naar een ander deel van een project (zie bijvoorbeeld artikel 12.4 sub g en 17.4). Andere – duidelijke – afspraken (bijvoorbeeld of een partij gehouden is om een bepaald deelproject toch uit te voeren ingeval een ander deelproject niet wordt uitgevoerd of bijvoorbeeld het ontstaan van aansprakelijkheid voor eventuele schade en beperking daarvan (behoudens inzake de Stationstraverse: zie artikel 37.1) – zijn in de BOO/BPO niet aangetroffen (zie ook onderdeel 2.42).
- 3.8 Zoals eerder is opgemerkt wordt de realisatie van een deelproject gekoppeld aan het onherroepelijk worden van een bouwvergunning. In de BOO/BPO is geen regeling opgenomen indien definitief komt vast te staan dat een bouwvergunning niet onherroepelijk wordt. Overigens een daadwerkelijke plicht voor partijen om de deelprojecten te gaan ontwikkelen en realiseren is niet expliciet in de BOO/BPO opgenomen. Artikel 3.1 legt op partijen de plicht om ontvankelijke aanvragen voor bouwvergunningen etc. in te dienen doch daaruit volgt niet zonder meer dat de betreffende partij het deelproject ook móét realiseren. **Het verdient de voorkeur dit wel scherper in de BOO/BPO te regelen.**
- 3.9 Hierna wordt deze vraag met het oog op de deelprojecten nog wat nader besproken.

Stationsplein Oost

- 3.10 Er is in de BOO/BPO voorzien in de mogelijkheid dat het Stationsplein Oost Basis niet door de gemeente hoeft te worden gerealiseerd. In artikel 7.1 sub d is als opschortende voorwaarde opgenomen dat het Stationsplein Oost Basis alleen zal worden gebouwd indien de realisatie van OV-T onherroepelijk vaststaat en dat met de bouwwerkzaamheden voor de OV-T is gestart (dit betekent dat alsdan de bouwvergunning voor de OV-T-werkzaamheden onherroepelijk moet zijn geworden). De bouw van de OV-T

is echter afhankelijk van de BOO/BPO die tot stand moet komen / is gekomen tussen de gemeente en het Rijk. Overigens geldt op grond van artikel 60.1 dat de gemeente jegens HC geen enkele verplichting aangaat terzake van de realisatie of afbouw van OV-T. Dit betekent o.i. dat de gemeente evenmin aansprakelijk kan worden gehouden door HC indien het Stationsplein Oost Basis niet wordt gerealiseerd. NB overigens is de mogelijkheid voor de gemeente om beroep te doen op bedoelde opschortende voorwaarde beperkt doordat dat recht komt te vervallen indien is voldaan aan de andere opschortende voorwaarden als opgenomen in artikel 7.1 sub a t/m c en e.

- 3.11 Indien Stationsplein Oost Basis niet wordt gerealiseerd, is niet duidelijk welke gevolgen dit heeft voor de realisatie van de deelprojecten Stationsplein Oost Vastgoed en het Voorzetgebouw (ingevolge de BOO/BPO dient HC voor haar rekening en risico het Stationsplein Oost Vastgoed te ontwikkelen; zie artikel 15.1). **Het verdient aanbeveling om expliciet in de BOO/BPO op te nemen dat in voorkomend geval de gemeente niet jegens HC aansprakelijk is voor enige schade die HC zou kunnen pretenderen indien de SO. Vastgoed en/of het Voorzetgebouw niet kunnen worden gerealiseerd.**
- 3.12 Evenmin is duidelijk of wanneer Stationsplein Oost Basis niet wordt gerealiseerd de gemeente gehouden blijft het SO Openbaar gebied te realiseren.

Gebouw Noord

- 3.13 Terzake van deelgebied Gebouw Noord is niet duidelijk of er op de Gemeente een plicht rust het betreffende gebouw daadwerkelijk te gaan ontwikkelen en realiseren. In artikel 19.2 wordt slechts gesproken over een “voornemen” van de gemeente om terzake van Gebouw Noord een BOO/BPO te sluiten met een projectontwikkelaar. Uit artikel 19.2 lijkt wel te moeten worden afgeleid dat de gemeente zich wel moet inspannen om ter zake van gebouw Noord met een projectontwikkelaar tot overeenstemming te komen. Als de gemeente zich niet maximaal heeft ingespannen – dat zal moeilijk zijn vast te stellen – waardoor een dergelijke BOO/BPO niet tot standkomt – en kennelijk Gebouw Noord niet wordt of niet tijd wordt ontwikkeld – is zij jegens HC aansprakelijk. De vraag is dan wel tot welk beloop de gemeente jegens HC aansprakelijk is omdat voor HC bij realisatie van Gebouw Noord alleen het recht ontstaat om als eerste in de gelegenheid te worden gesteld om met de projectontwikkelaar in onderhandeling te treden over het in belegging nemen van eventueel te ontwikkelen retail/en/of leisure programma.
- 3.14 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid.

Nieuwe Stationsstraat

- 3.15 Uit de BOO/BPO blijkt dat de gemeente de Nieuwe Stationsstraat voor haar rekening en risico moet realiseren. In artikel 21.2 is een regeling getroffen terzake van de afstemming van de oplevering van de Nieuwe Stationstraat in relatie tot de bouwkundige oplevering van het SOV Maaiveld, de plinten Radboud danwel het Voorzetgebouw. Indien er sprake is van een vertraagde oplevering van de nieuwe Stationstraat moet de gemeente zorgdragen voor tijdelijke maatregelen die een goede bereikbaarheid van voornoemde andere deelprojecten garandeert. Indien de gemeente die tijdelijke voorzieningen niet treft of geen adequate tijdelijke voorzieningen treft is zij jegens HC aansprakelijk voor de schade die HC als gevolg daarvan ondervindt. De hoogte van de aansprakelijkheid is niet beperkt in hoogte of tijd.

Deelgebied Radboud c.a.

- 3.16 Uit de BOO/BPO volgt dat HC Radboud c.a. voor haar rekening en risico moet realiseren. Zoals eerder gezegd wordt in artikel 22.1 ter zake van de start van de uitvoering geen dwingende relatie gelegd met de planning doch wel met het onherroepelijk worden van de bouwvergunning. Evenmin is geregeld dat HC gehouden is om de werkzaamheden terzake van Radboud c.a. bijvoorbeeld voortvarend en in één bouwstroom uit te voeren. Deze constatering betreft feitelijk alle onderdelen die voor rekening en risico van HC dienen te worden opgepakt.
- 3.17 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten indien zich een vertraging voordoet ten aanzien van het deelproject Radboud c.a. kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid.

Deelgebied Stationstraverse

- 3.18 Het al dan niet doorgaan van de sloop van de Stationstraverse is afhankelijk van de realisatie van Stationsplein Oost basis (of van de alternatieve bouwkundige voorziening). In geval Stationsplein Oost Basis of de bouwkundige voorziening niet doorgaat, kan HC de verkoop van de Stationstraverse ontbinden en dient de Gemeente aan HC de kosten te vergoeden die deze laatste moet maken om tot wederverhuur van de winkelruimten in de stationstraverse te komen. Ingevolge artikel 37.2 van de BOO/BPO is de gemeente niet aansprakelijk voor andere schade.
- 3.19 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten indien zich een vertraging voordoet ten aanzien van de sloop van de Stationstraverse kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid.

Deelgebied Catharijnehof en Sporthal

- 3.20 Ingeval OV-T niet doorgaat, kan HC de verkoop van erfpachtrechten Catharijnehof en de erfpachtrechten Sporthal ontbinden en dient de Gemeente aan HC alle kosten en schade te vergoeden die deze laatste heeft ondervonden vanaf het moment van overdracht van bedoelde erfpachtrechten tot het moment van terugverkrijging.
- 3.21 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten indien zich een vertraging voordoet ten aanzien van de plannen van de gemeente ten aanzien van het Catharijnehof en/of de sporthal kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid.

Deelgebied Jaarbeurspleingarage en reclamemast

- 3.22 In het kader van de BOO/BPO verwerft de gemeente de erfpachtrechten Jaarbeurspleingarage en het erfpachtrecht Reclamemast. HC kan deze verkoop ontbinden ingeval de gemeente buiten de schuld van HC toerekenbaar te kort schiet in de nakoming van de verplichtingen uit de BOO/BPO. Deze bepaling heeft derhalve het karakter van een sanctie. Een beroep op de ontbindende voorwaarde vervalt indien alle opschortende voorwaarden terzake van de realisatie van de Deelprojecten Stationsplein Oost Vastgoed, Voorzetgebouw, Radboud c.a. en Vredenburg zijn vervuld. Hier is derhalve sprake van een rechtsreeks verband met de BOO/BPO Vredenburg.
- 3.23 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten indien zich een vertraging voordoet ten aanzien van de plannen van de gemeente ten aanzien van het deelgebied Jaarbeursplein en reclame mast kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid.

Deelgebied OV-T

- 3.24 In artikel 60.1 van de BOO/BPO wordt bepaald dat de gemeente geen verplichting tot realisatie of afbouw van OV-T jegens HC aangaat. Indien de realisatie van OV-T geen doorgang vindt staat de gemeente in voor de instandhouding en zonodig realisatie van een vrije loopverbinding tussen de Stationstraverse danwel het Stationsplein Oost en de ontsluiting van het stationsgebouw aan de westzijde.
- 3.25 Gevolgen voor de voortgang van andere deelprojecten indien zich een vertraging voordoet ten aanzien van de plannen van de gemeente ten aanzien van het deelgebied OV-T kunnen uit de BOO/BPO niet worden afgeleid, behoudens dan de gevolgen die hiervoor zijn besproken.

Afsluitend

- 3.26 Terzake van de verschillende deelprojecten is derhalve inderdaad nagedacht over de consequenties van eventuele vertragingen van afzonderlijk deelprojecten op de voortgang van de andere deelprojecten. Voornamelijk gaat het dan om het treffen van tijdelijke – fysieke – maatregelen. Een belangrijk bezwaar is dat de BOO/BPO niet bij elk projectdeel op een eenduidige en duidelijke wijze regelt wat de daadwerkelijke verplichtingen van een verantwoordelijke partij zijn ten aanzien van (a) de start van de werkzaamheden, (b) de opleveringsdatum (derhalve een voortvarend bouwproces) en (c) welke consequenties worden verbonden aan eventuele vertraging van andere deelprojecten in relatie tot een bepaald deelproject onder meer wat betreft van ontstaan van aansprakelijkheid. **Geadviseerd per deelproject e.e.a. duidelijk te regelen.** De BOO/BPO is wat dat betreft een zoekplaatje en de antwoorden op de – terecht gestelde vragen – zijn ook voor de second opinion adviseur moeilijk uit de BOO/BPO af te leiden.
- 3.27 In hoeverre derden de gemeente zouden kunnen aanspreken wanneer de gemeente en HC de BOO/BPO al dan niet correct nakomen is niet uit de BOO/BPO af te leiden. Uiteraard zijn er wel bepalingen opgenomen terzake van eventuele planschade en nadeelcompensatie (zie onze opmerkingen dienaangaande hierboven).

Is er voldoende flexibiliteit ingebouwd om gezamenlijk tot aanpassing te komen indien problematische situaties zich voordoen na tekening van deze contracten (bijvoorbeeld tijdens de nadere uitwerking van de bouwplanning of tijdens de bouw) voordoen. Voorziet het contract in een procedure wanneer een dergelijke situatie zich voordoen?

- 3.28 De BOO/BPO kent een regeling (zie artikel 78.1) dat partijen met elkaar in overleg treden om tot aanpassing van de BOO/BPO te komen indien sprake is van sterk gewijzigde omstandigheden en het in redelijkheid niet van een partij kan worden gevergd dat de BOO/BPO in ongewijzigde vorm wordt uitgevoerd. Dit betreft een vrij gebruikelijke bepaling in type overeenkomst. Een meer gedetailleerde regeling is feitelijk niet mogelijk.
- 3.29 De vraag is natuurlijk altijd wanneer sprake is van “sterk gewijzigde” omstandigheden. Het is aan de partij die een beroep doet op deze clausule dit aannemelijk te maken zonodig in rechte.
- 3.30 Voorts is een uitgebreide regeling in de BOO/BPO opgenomen terzake van een situatie waarbij komt vast te staan dat de overeenkomst dan wel een of meer bepalingen (danwel nadere uit de BOO/BPO voortbouwende overeenkomsten) blijkens een in kracht van gewijsde gegaan vonnis niet rechtsgeldig blijkt te zijn (zie artikel 78). In die situatie rust op partijen de plicht om opnieuw met elkaar in overleg c.q. in onderhandeling te treden om tot aanpassing van de BOO/BPO te komen zodat wel weer een rechtsgeldige situatie

ontstaat. Dit betreft een gebruikelijke bepaling in complexe projecten als de onderhavige.

- 3.31 Het artikel regelt bovendien nog de bijzondere situatie waarbij komt vast te staan dat ook een vervangende regeling niet tot de mogelijkheden behoort (artikel 78.4 e.v.) en HC als gevolg daarvan verplicht is om planaanpassingen door te voeren terzake van de deelprojecten Stationsplein Oost Vastgoed, het deelproject Voorzetgebouw en/of het deelproject Radboud c.a. In sub a t/m d van dit artikel staat limitatief omschreven welke schade die als gevolg daarvan bij HC ontstaat voor rekening van de gemeente komt. Omtrent de hoogte van de uiteindelijk uit te keren schadevergoeding is echter geen limitering oid afgesproken: **zulks wordt wel aanbevolen.**
- 3.32 In artikel 78.5 wordt voorts bepaald dat indien de planaanpassingen leidt tot een wijziging van het aantal door HC te ontwikkelen meters (bedoeld zal zijn vierkante meters) t.o.v. van het oorspronkelijke aantal vierkante meters, partijen de financiële afspraken aangaande dit project zullen aanpassen. Op welke wijze dat zal gebeuren blijkt niet uit de overeenkomst: **een duidelijke regeling hieromtrent zou de voorkeur hebben.**

Welke ontbindende voorwaarden kent het contract en welke risico's horen daarbij?

- 3.33 Ingevolge artikel 75 van de BOO/BPO zien partijen uitdrukkelijk af van ontbinding van de overeenkomst als geheel (zie echter ook onderdeel 3.35 t/m 3.36 hierna) behoudens in geval van een drietal bijzondere omstandigheden (t.w. (a) partijen besluiten er zelf toe, (b) het volgt uit een rechtelijke uitspraak of (c) faillissement, surséance of ontbinding van HC). De reden om de mogelijkheid tot ontbinding (bij wanprestatie) danwel voortijdige beëindiging (bij dwaling of onvoorzien omstandigheden etc) uit te sluiten, motiveren de partijen door te verwijzen naar de zeer sterke verwevenheid van de verschillende deelgebieden, deelprojecten en wat dies meer zij. Deze motivering is zeer te billijken.
- 3.34 In geval zich derhalve een situatie voordoet dat een beroep op ontbinding of voortijdige beëindiging normaliter zou rechtvaardigen, kunnen partijen alleen nakoming en/of schadevergoeding vorderen.
- 3.35 Ten aanzien van de levering van het opstalrecht Stationstraverse voorziet de BOO/BPO in de bevoegdheid van beide partijen om de verkoop van bedoeld opstalrecht te ontbinden ingeval onherroepelijk komt vast te staan dat Stationsplein Oost basis (danwel de alternatieve bouwkundige voorziening) onherroepelijk niet doorgaat (zie artikel 37.1). In de BOO/BPO is nog een voorbehoud van HC opgenomen ten aanzien van het uiterste moment dat op de ontbinding nog een beroep kan worden gedaan: dit punt dient nog nader te worden uitonderhandeld)
- 3.36 Ten aanzien van de levering van de erfpachtrechten Jaarbeurspleingarage en het erfpachtrecht Reclamemast voorziet de overeenkomst in de mogelijkheid dat HC zich ten aanzien van de verkoop van die erfpachtrechten kan beroepen op een ontbindende voorwaarde indien blijkt dat de gemeente wanprestatie pleegt in het kader van de BOO/BPO (zie artikel 54.1).
- 3.37 Ten aanzien van de levering van de erfpachtrechten Catharijnehof en Sporthal voorziet de BOO/BPO in de bevoegdheid van HC om de verkoop van bedoelde erfpachtrechten te ontbinden ingeval onherroepelijk komt vast te staan dat OV-T niet zal worden gerealiseerd.

Welke middelen hebben contractspartijen vastgelegd – in dit contract of anderszins – om de uitvoering van dit contract af te dwingen indien een van de partijen niet in staat blijkt te zijn het contract uit te voeren of bij nader inzien niet wil uitvoeren.

- 3.38 De BOO/BPO kent geen bijzondere regeling die de afdwingbaarheid van de verplichtingen die uit de BOO/BPO voor partijen voortvloeien nader concretiseert. Partijen zullen moeten terugvallen op de wettelijke regelingen zoals inzake toerekenbare tekortkoming of onvoorziene omstandigheden. Hiervoor is al opgemerkt dat de – ultieme – sanctiemogelijkheid om tot ontbinding of tussentijdse beëindiging over te gaan, door partijen – op overigens goede gronden – is uitgesloten.
- 3.39 De opmerking is al eerder gemaakt dat de BOO/BPO de verplichtingen van HC ter zake van de verschillende deelprojecten die voor haar rekening en risico moeten worden ontwikkeld en uitgevoerd niet in voldoende mate concreet beschrijft (zeker voor wat betreft de start van de werkzaamheden, de voortvarende bouw en de oplevering maar ook terzake van het resultaat van het ontwerp- en ontwikkelproces). Een koppeling met de planning wordt bijvoorbeeld niet gemaakt. De gemeente mist daarmee een goed handvat om HC aan te kunnen spreken. Het zal moeilijk zijn om vast te stellen wanneer echt sprake is van wanprestatie van HC om HC daarop te kunnen aanspreken. **Het verdient derhalve de voorkeur e.e.a. duidelijker en concreter in de overeenkomst te regelen.**
- 3.40 Partijen hebben kennelijk besloten om aan bepaalde cruciale ‘mile stone’ opleverdata in de planning geen boeteregeling te koppelen. Een boeteregeling kan goed werken als stok achter de deur om de voortgang in een bouwproject te garanderen. De vraag is wel of een dergelijke regeling in een complex project als het onderhavige, zou kunnen werken. Overigens geldt dat ook de gemeente de nodige deelprojecten moet oppakken: ook voor de gemeente geldt derhalve geen boeteregeling en dat kan als een voordeel worden aangemerkt.
- Indien er ontwikkelingen volgtijdelijk moeten, is dan voldoende uitgesloten dat hiermee gemoeide vertragingen tot aansprakelijkheden kunnen leiden?*
- 3.41 Zie hiervoor de beantwoording in onderdeel 3.1 t/m 3.27.
- Zijn er in deze overeenkomst elementen die tot schade voor derden c.q. onrechtmatigheden voor derden kunnen leiden? Wat is er gedaan om te voorziene en onvoorziene risico's te spreiden over partijen?*
- 3.42 Zie tevens hiervoor de beantwoording in onderdeel 3.26 en 3.27.
- 3.43 De BOO/BPO bevat geen regeling die voorziet in een spreiding van voorziene en onvoorziene risico's over de partijen. De vraag is wat onder het recht wordt verstaan onder voorziene en onvoorziene omstandigheden (en in het verlengde daarvan: hoe wordt omgegaan met de risico's die daaruit voortvloeien). Onvoorziene omstandigheden zijn omstandigheden die zich kunnen voordoen maar waarbij partijen in de overeenkomst geen nadere regeling hebben getroffen. Het gaat dus niet om omstandigheden die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet voorzienbaar waren.
- 3.44 Terzake van het voorziene risico dat bepaalde deelprojecten een zekere vertraging kunnen oplopen die van invloed kunnen zijn op andere deelprojecten voorziet de BOO/BPO voor enkele deelprojecten in een nadere regeling: dit betreffen dan veelal regelingen die een – al dan niet – tijdelijke alternatieve verbindingroute tussen twee delen van het project moeten garanderen. Terzake van het voorzienbare risico dat een bouwvergunning niet onherroepelijk wordt, wordt in de BPO/BOO per deelproject een heldere en eenduidige regeling gemist: **het verdient aanbeveling een dergelijke regeling per deelproject wel op te nemen.**

- 3.45 Doen zich in het kader van de tenuitvoerlegging van de BOO/BPO omstandigheden voor die partijen niet in de overeenkomst hebben geregeld, dienen partijen terug te vallen naar het wettelijk kader terzake van bijvoorbeeld overmacht (6:75 e.v BW) of onvoorziene omstandigheden (6:258 BW). Volgens het wettelijk systeem vindt dan een verdeling van de risico's over de partijen plaats.
- 3.46 Wat wordt gemist is een regeling hoe partijen terzake van de verplichtingen die voortvloeien uit onderhavige BOO/BPO omgaan in relatie tot eventuele wijzigingen (om welke reden dan ook) bij de andere BOO/BPO's met zowel HC als de overeenkomsten die de gemeente sluit met het Rijk, NS Vastgoed en de Jaarbeurs. **het verdient aanbeveling een dergelijke regeling per deelproject wel op te nemen.** Voor de opstellers van deze second opinion is niet bekend of er een inventarisatie is gemaakt van mogelijke risico's (bijv. vertragingen of het niet of niet op de voorziene wijze kunnen door gaan van een deelproject e.d.) die ten aanzien van die overeenkomsten zich zouden kunnen voordoen in relatie tot de deelprojecten in het kader van onderhavige BOO/BPO. Op basis van een dergelijke risicoanalyse zouden dan in de onderhavige BOO/BPO nadere regelingen kunnen worden opgenomen. Voor de second opinion adviseurs is het niet doenlijk een dergelijke risicoanalyse in het kader van deze second opinion te maken **het verdient aanbeveling een dergelijke risicoanalyse per deelproject wel uit te voeren.**

In hoofdstuk VII en IX is geregeld dat HC kosten en schade kunnen afwentelen op de gemeente. Is het juist als geconstateerd wordt dat de gemeente hierop onvoldoende zicht heeft en het lijkt alsof ze afhankelijk is van wat HC met haar wederpartijen afspreekt?

- 3.47 Zie tevens hiervoor de beantwoording onderdeel 3.18 t/m 3.23.
- 3.48 De situatie als beschreven in de vraagstelling ziet niet alleen op hoofdstuk VII en IX maar ook op hoofdstuk VIII (zie artikel 48.2 e.v.).
- 3.49 De vraag of het juist is dat de gemeente hierop onvoldoende zicht heeft en het lijkt of de gemeente afhankelijk is wat HC met haar wederpartijen afspreekt, wordt door de second opinion adviseurs niet goed begrepen. Naar overtuiging van de second opinion adviseurs hebben partijen getracht een regeling te treffen ter zake van een omstandigheid die partijen voorzien. Zo is terzake van het opstalrecht Stationstraverse geregeld dat de Stationstraverse terug kan naar HC indien het Stationsplein Oost Basis onherroepelijk niet doorgaat. Dat is weer afhankelijk van het onherroepelijk niet door gaan van OV-T (waarop de gemeente feitelijk geen invloed heeft). Afspraken van HC met haar wederpartijen dienaangaande spelen derhalve geen rol. E.e.a. geldt ons inziens ook ten aanzien van de regelingen terzake van de eventuele ontbinding van de erfpachtrechten Jaarbeurspleingarage en Reclamemast (alleen bij wanprestatie van gemeente), Cartharijnehof en Sporthal (het niet doorgaan van OV-T).

Zijn de uitkomsten van het Arroux arrest van invloed op deze overeenkomst. En vica versa is er voldoende rekening gehouden met Arroux?

- 3.50 Het arrest van het Europese hof van Justitie inzake Arroux heeft veel stof doen opwaaien in de Nederlandse projectontwikkelingpraktijk en meer in het bijzonder de Nederlandse PPS-praktijk. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de reikwijdte van het arrest. Uit het arrest kan in ieder geval worden afgeleid dat voor de vraag of bepaalde opdrachten door een overheid moeten worden aanbesteed het niet voldoende is uitsluitend te kijken naar de omvang van de opdrachtsom voor wat betreft werken die een algemeen belang gaan dienen (zoals de aanleg van een openbaar gebied) maar dat ook gekeken moet worden naar de omzet die een marktpartij in het kader van een al omvattende overeenkomst kan genereren terzake van de commerciële ontwikkeling. De bedragen

moeten bij elkaar worden opgeteld om te bezien of de drempelbedragen uit de aanbestedingsrichtlijn worden overschreden. Ook is in het arrest uitgemaakt dat het niet zonder meer is toegestaan dat een overheid haar plicht tot het aanbesteden van overheidsopdrachten d.m.v. een volmacht kan doorleggen aan een marktpartij.

- 3.51 Voor onderhavige casus is van belang dat de gemeente zelf alle werken zal – laten – uitvoeren die een openbare bestemming krijgen (zoals de aanleg van openbaar gebied inzake het deelprojecten Nieuwe Stationsstraat, sloop van Stationstraverse, oprichten Stationsplein Oost Basis etc). De gemeente zal deze opdrachten moeten aanbesteden binnen de vigerende gemeentelijke, nationale en Europese aanbestedingswet en regelgeving. Uit de overeenkomst blijkt niet dat de gemeente de aanleg van deze werken overlaat aan HC.
- 3.52 Een vraag die nog wel gesteld kan worden is of het überhaupt de gemeente is toegestaan om met HC een overeenkomst als de BOO/BPO te sluiten? Vanuit het aanbestedingsrecht zou immers kunnen worden gesteld dat de gemeente een aanbesteding had moeten organiseren om een ontwikkelaar c.q. belegger te selecteren die met haar het project Hoog Catharijne zou ontwikkelen. Deze vraag is feitelijk niet te beantwoorden omdat de gemeente niet om HC (en Jaarbeurs en NS Vastgoed terzake van de andere projectonderdelen) heen kan gelet op de eigendomspositie van HC. Deze situatie doet zich bij tal van Nederlandse PPS projecten voor. Totdat de Europese Commissie danwel het Europese Hof van Justitie een duidelijke uitspraak doet hoe in dit soort situatie door overheden zou moeten worden gehandeld, wordt er in de praktijk vanuit gegaan dat overheden overeenkomsten als onderhavige met marktpartijen moeten kunnen sluiten.
- 3.53 Een andere vraag die in dit kader nog moet worden gesteld is of de BOO/BPO niet strijdig is met de Europese regelgeving inzake verboden staatsteun. Deze vraag kan niet in het kader van de second opinion worden beantwoord omdat het uitsluitend aan de Europese Commissie is om daarover een uitspraak te doen. Bovendien zijn de financiële paragrafen geheim. Wat in de BOO/BPO wordt gemist, is een bepaling waarin partijen afspreken dat de voorgenomen constructie zal worden voorgelegd aan de Europese Commissie of de overeenkomst in het kader van ongeoorloofde staatssteun de toets der kritiek zal kunnen doorstaan: **het verdient aanbeveling een dergelijke afspraak wel op te nemen.**
- 3.54 Overigens kan artikel 78 van de BOO/BPO wel worden gezien als een generieke bepaling die een regeling geeft in geval de overeenkomst of delen daarvan in strijd is met – onder meer – Europese wet- en regelgeving.

Zijn er afspraken die een open einde kennen in tijd en in risico? Wanneer kan het contract als beëindigd beschouwd worden?

- 3.55 Er is een beperkt aantal afspraken die het karakter hebben van een open einde. Dit betreffen ondermeer de afspraken waarbij partijen hebben afgesproken dat wanneer zich een situatie voordoet die niet in de BOO/BPO is voorzien, met elkaar in overleg te zullen treden om te bezien of in die nieuwe situatie tot nadere afspraken kan worden gekomen. Hoe die afspraken er dan uit zullen zien is niet duidelijk. Voorbeelden van die bepalingen zijn artikel 3.8 t/m 3.11 (ruimtelijk orderingsvraagstukken), artikel 69.5 (overleg over ondergrondse infrastructuur), artikel 77 (gewijzigde omstandigheden) en artikel 78 (rechtsgevolgen strijd met het recht).
- 3.56 In artikel 74.1 wordt bepaald dat de overeenkomst zolang voortduurt zolang de rechten en verplichtingen uit hoofde van de BOO/BPO niet zijn uitgewerkt. Nu de overeenkomst feitelijk voorziet in concrete activiteiten zoals koop/verkoop van erfpachtrechten of opstalrechten, het ontwikkelen en realiseren van deelprojecten is de overeenkomst voor

die aspecten zeker eindig te noemen zodra de verschillende activiteiten zijn uitgevoerd. Indien als gevolg van de wijze waarop bepaalde activiteiten zijn uitgevoerd een aansprakelijkheid van de ene partij voortvloeit jegens de andere partij gelden de normale verjaringstermijn uit de wet.

- 3.57 Terzake van de te vestigen nieuwe erfpachtrechten zoals tav Stationsplein Oost Vastgoed, Voorzetgebouw en plinten Radboud gelden uiteraard de termijnen die in de betreffende aktes wordt overeengekomen.

De opstal van de stationstraverse wordt van Corio overgedragen naar de gemeente. Is dit financieel gezien (met het oog op planschades) geen open einde regeling?

- 3.58 Zie hiervoor de beantwoording onderdeel 3.18 e.v.

Wat zijn de go/no go momenten. Als no go momenten zich voordoen, wat betekent dit voor de risico's? Vrijwaren partijen elkaar voor aansprakelijkheid?

- 3.59 De BOO/BPO kent feitelijk geen echt go/no go moment. Zodra de BOO/BPO wordt ondertekend ontstaan voor de partijen de verplichtingen zoals deze in de overeenkomst zijn opgenomen. Anders dan de BOO/BPO Vredenburg is geen sprake van opschortende voorwaarden die eerst vervuld moeten zijn alvorens de verplichtingen inwerking treden.

- 3.60 Uiteraard geldt in de BOO/BPO bij ieder deelproject wel de afspraak dat de deelprojecten pas in uitvoering worden gebracht op voorwaarde dat kan worden beschikt over een onherroepelijke bouwvergunning. Zoals eerder is opgemerkt is niet zonder meer duidelijk uit de overeenkomst af te leiden wat de gevolgen zullen zijn wanneer een bouwvergunning wordt vernietigd (en derhalve niet onherroepelijk wordt).

- 3.61 Bij veel deelprojecten wordt wel geregeld wat het gevolg zal zijn wanneer een bepaald onderdeel van het project doorgang vindt (bijvoorbeeld de realisatie van het OV-T: zie bijvoorbeeld artikel 11.4 sub f, g en h) doch er wordt niet geregeld wat nu precies gebeurt wanneer dat bepaalde onderdeel van het project geen doorgang vindt: **het verdient aanbeveling een dergelijke regeling per deelproject wel op te nemen.**

- 3.62 De BOO/BPO is op deze onderdelen niet duidelijk waarmee ook de risico's die de gemeente loopt niet in kaart zijn te brengen.

- 3.63 In de BOO/BPO is nergens een onderlinge vrijwaring van aansprakelijkheid te ontdekken.

Wat heeft deze BOO/BPO Radboud voor gevolgen voor de Raamovereenkomst Leidsche Rijn Centrum en met name voor de terugvaloptie?

- 3.64 Zie hiervoor de beantwoording onderdeel 3.5 e.v.

Is de overeenkomst redelijk te noemen gezet naast vergelijkbare situaties in andere gemeenten?

- 3.65 De BOO/BPO is een zeer uitgebreide en complexe overeenkomst die veel zaken beoogt te regelen. Zoals in het kader van de second opinion van ondermeer de BOO/BPO Vredenburg is betoogd, is de vraag of sprake is van een evenwichtige regeling in sterke mate afhankelijk van de onderhandelingspositie van partijen. Partijen zijn sterk afhankelijk van elkaar en hebben veel parallelle doelen (die overigens niet altijd gelijk hoeven te zijn). Of derhalve sprake is van een evenwichtige en redelijke overeenkomst is een kwestie van appreciatie.

- 3.66 De BOO/BPO heeft een sterk procedureel karakter waarmee wordt bedoeld dat volgtijdelijke processen worden beschreven die toewerken naar nieuw juridische eigendomsstructuren die HC in de gelegenheid stellen Hoog Catharijne weer te kunnen exploiteren. Deze procedurele afspraken zijn niet in termen van redelijkheid of onredelijkheid te waarderen. Zie ook onderdeel 4.5 t/m 4.6

De geplande 24 uursroute gaat over grond van de NS. Is deze 24 uurs bereikbaarheid voldoende afdwingbaar?

- 3.67 De gemeente is gehouden om indien de realisatie van de OV-T doorgang vindt een Interwijkverbinding tot stand te brengen en te houden. Deze Interwijk verbinding is een onderdeel van de OV-T. Dit betekent dat de gemeente daaromtrent tot bindende afspraken moet komen met NS. Indien en voorzover de OV-T geen doorgang vindt, dient de gemeente jegens HC in te staan voor de realisatie c.q. instandhouding van een vrije loopverbinding tussen de Stationstraverse dan wel het Stationsplein oost en de ontsluiting van het stationsgebouw aan de Westzijde (zie artikel 60.3).
- 3.68 Voor zover de 24-uurs route loopt door het Voorzetgebouw is HC gehouden om de 24 uurs route open te houden (zie artikel 14.4 sub h). Deze verplichting is derhalve jegens HC afdwingbaar.

Bij HC Westzijde (parkeergarage) is retail in de plinten opgenomen. Hoe verhoudt zich dat tot de afspraken die zijn vastgelegd in Masterplan en Structuurplan?

- 3.69 Dit vraagstelling betreft een technische vraag die het college dient te beantwoorden.

Is de branchering (van o.a. "patatstraat") voldoende geregeld. Hou verhoudt zich dat tot eerdere besluitvorming hierover?

- 3.70 Terzake van de branchering is in de BOO/BPO geen bijzonder concrete regeling opgenomen. In de artikelen inzake Stationsplein Oost (artikelen 11.4 sub e, 12.4 sub f, 13.6 sub f en 14.4 sub c) wordt in algemene termen een procedure afspraak gegeven hoe partijen zullen omgaan ter zake van de branchering. Een inhoudelijke regeling wordt niet gegeven; dientengevolge is het niet mogelijk om de afspraken te controleren op eerdere besluitvorming hieromtrent.

Is de organisatie en overlegstructuur helder geregeld?

- 3.71 In artikel 69 van de BOO/BPO wordt enkel bepaald dat partijen in gezamenlijk overleg een organisatie en overlegstructuur zullen vaststellen. In het kader van de second opinion is deze overleg en organisatiestructuur derhalve niet beoordeeld. Hierbij kan de kanttekening worden gemaakt dat het beschrijven van een uitgebreide organisatie en overlegstructuur in een overeenkomst niet echt noodzakelijk is. Vaak blijkt dat partijen in de praktijk heel goed in staat zijn een flexibele werk en overlegorganisatie op te tuigen die ook naar de behoeften van het moment kan worden aangepast.
- 3.72 Overigens wordt in dit artikel wel geregeld dat partijen elkaar steeds, tijdige en volledig over alle aspecten die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Ook zijn partijen gehouden de informatie op eigen initiatief te verstrekken en zonodig schriftelijk of mondeling toe te lichten. Dit is op zich zelf een adequate afspraak.

Is helder welke bestaande afspraken komen te vervallen met deze nieuwe afspraken. Kunnen andere blijvend bestaande contracten voor het stationsgebied extra risico's opleveren?

- 3.73 In artikel 2.3 t/m 2.6 van de BOO/BPO wordt een (procedure) regeling gegeven voor de vraag hoe deze overeenkomst moet worden gezien in het licht van eerdere afspraken.
- 3.74 In artikel 2.3 sub a wordt concreet bepaald dat de aan de BOO/BPO voorafgaande overeenkomsten die tussen partijen bestaan terzake van de onderwerpen die in de BOO/BPO zijn geregeld, zoals de BIO en de Drie-partijen overeenkomst, tezamen met de BOO/BPO de algehele overeenstemming van partijen weergeven. Het 'risico' zit in het woordje "zoals". Kennelijk hebben de partijen geen zicht gehad op alle afspraken die in het verleden zijn gemaakt – bijvoorbeeld in nadere briefwisseling oid – en is gepoogd om met deze 'toverformule' de rechtskracht van al die mogelijke afspraken in stand te houden.
- 3.75 In artikel 2.6 is voorts een rangorde regeling opgenomen ingeval sprake zou kunnen zijn van tegenstrijdige bepalingen. In geval van tegenstrijdigheid met eerdere afspraken gaat te allen tijde de BOO/BPO voor.
- 3.76 In het kader van de second opinion is geen onderzoek gedaan naar alle oude afspraken en overeenkomsten ten einde te onderzoeken of sprake is van tegenstrijdige bepalingen. Ook ten aanzien van de second opinion inzake BOO/BPO Vredenburg hebben de adviseurs de aanbeveling gedaan – **welke aanbeveling wordt herhaald** – dat een goede inventarisatie van alle oude afspraken nuttig is waarbij tegelijkertijd kan worden vastgesteld of bepaalde oude afspraken nog wel van kracht moeten blijven (ongeacht of sprake is van een tegenstrijdigheid met de BOO/BPO).
- 3.77 Eerst op basis van een dergelijke inventarisatie kan worden vastgesteld of sprake is van bijzondere risico's.
- 3.78 Overigens is de regeling zoals deze is opgenomen in artikel 2.3 t/m 2.6 gebruikelijk in de vastgoed praktijk omdat het vaak onbegonnen werk is om alle oude afspraken goed in kaart te brengen om vast te stellen of aan voortzetting daarvan nog behoefte bestaat. De rangorde regeling in geval tegenstrijdige afspraken biedt over het algemeen voldoende waarborg dat oude afspraken geen bijzondere risico's opleveren.

Hoe is de bepaling van de grondprijs tot stand gekomen en is de grondprijs, zoals gesteld, marktconform?

- 3.79 In het kader van de second opinion is hiernaar geen onderzoek gedaan omdat dit valt buiten het kader van een second opinion naar de juridische aspecten van de BOO/BPO. Het college zal daarover aan uw raad duidelijkheid dienen te verschaffen.
- 3.80 Overigens is de vraag wel terecht gesteld onder meer in het kader van een eventuele toets of sprake is van ongeoorloofde staatsteun.

In artikel 1.1.e wordt de term bruikbare bouwvergunning gehanteerd. Is dit een gebruikelijke definitie en is het juridisch gezien juist om met deze term te werken?

- 3.81 Zie ook onderdeel 2.23 e.v. Overigens geldt dat een zeer uitgebreide definitie van het begrip bruikbare bouwvergunning is opgenomen in een bijlage bij de BOO/BPO. Deze definitie is gebruikelijk in de projectontwikkeling praktijk.
- 3.82 Overigens geldt in onderhavige overeenkomst de hoofdregel dat deelprojecten pas in uitvoering worden genomen als sprake is van een onherroepelijke bouwvergunning. Pas in hoge uitzondering en uitsluitend ter vrije beslissing van partijen afzonderlijk zou een partij kunnen kiezen om alvast met een deelproject te starten op basis van een bruikbare bouwvergunning.

In artikel 2.2 staat in regel 7 “.. voorzover daarvan in de bepalingen van de Overeenkomst niet wordt afgeweken”. Wordt er van de “genoemde documenten” afgeweken en zo ja wat zijn de consequenties? staat de Raad daarmee buitenspel”?

3.83 In het kader van de second opinion kon niet worden vastgesteld of van de “genoemde documenten” is afgeweken. Overigens is het niet waarschijnlijk dat in de overeenkomst is afgeweken van de betreffende documenten omdat de onderwerpen die in de betreffende documenten aan de orde komen geen feitelijke of nadere uitwerking hebben gekregen in de BOO/BPO.

3.84 De zinsnede : “.. voorzover daarvan in de bepalingen van de Overeenkomst niet wordt afgeweken” is waarschijnlijk niet meer dan een gebruikelijke methode die opstellers van contracten hanteren om te voorkomen dat een tegenstrijdigheid zou kunnen bestaan tussen de tekst van de overeenkomst en de bijlagen. Het is overigens aan het college om uw raad te informeren of inderdaad sprake is van afwijkingen ten opzichte van genoemde documenten om indien dit inderdaad het geval is, uw raad in de gelegenheid te stellen zich over de afwijking een mening te vormen.

in artikel 4.2 onder c en d, staat dat deze uitsluitend zal kunnen worden uitgeoefend tav het Opstalrecht en de erfpachtrechten. Waarom is voor deze beperking gekozen?

3.85 Dit betreft bovenal een vraag die door het college moet worden beantwoord. De second opinion adviseurs achten het waarschijnlijk dat de beperking is opgenomen om dat het in hoofdstuk VII en hoofdstuk VIII juist ook gaat om het Opstalrecht en de Erfpachtrechten en dat HC kennelijk heeft willen voorkomen dat de gemeente haar bevoegdheden inzake WVG en onteigening ruimer zou kunnen inzetten dan uitsluitend voor het doel om de betreffende opstalrecht en erfpachtrechten in eigendom te verwerven. Ons inziens schuilt in deze beperking voor de gemeente geen groot risico.

Artikel 11.4 d: optie b waarom wil je dit opnemen?

3.86 Dit betreft bovenal een vraag die door het college dient te worden beantwoord. De second opinion adviseurs achten het waarschijnlijk dat dit op verzoek van HC in de BOO/BPO is opgenomen. Het belang is natuurlijk voor beide partijen dat de units in SOV Maaiveld niet structureel leeg komen te staan. De regeling is gebruikelijk in dit type overeenkomsten.

Artikel 11.4 h: het aantal m2 ontbreekt. De omschrijving stationsgerelateerde retail is vaag. Is op deze wijze voldoende geregeld hoeveel en welke retail er zal komen?

3.87 Dit betreft een vraag die door het college dient te worden beantwoord. De second opinion adviseurs achten de definitie (die naar artikel 1.1 kan) inderdaad ook niet duidelijk. Dit kan derhalve een conflictbron opleveren. **Het verdient aanbeveling een duidelijkere definitie op te nemen.**

Artikel 11.8: is dat in afwijking van de erfpachtovereenkomst? anders is deze toevoeging overbodig

3.88 Dit betreft een vraag die door het college dient te worden beantwoord.

Artikel 11.9 d : is voldoende duidelijk wat “bouwrijp”is?

3.89 De vraag wordt terecht gesteld omdat in artikel 1.1 een definitie van het begrip “bouwrijp” is opgenomen terwijl uit de opmerking bij artikel 11.9 sub d blijkt dat over de inhoud van dat begrip nog discussie bestaat. De definitie is overigens gebruikelijk.

Artikel 13.2: het is voor de gemeente niet mogelijk hier voor in te staan. Kan dit daarom niet beter als inspanningsverplichting worden opgenomen?

3.90 De vraagstelling en suggestie zijn terecht.

Artikel 17.4 g: waarom is “om niet” uitgewerkt? is toch een duidelijke term?

3.91 Juist.

Artikel 19.4 c en 23.12: waarom alleen de rechtsopvolgers onder bijzondere titel?

3.92 Het gaat er juist om iets te willen regelen voor rechtsopvolgers onder bijzondere titel (bijvoorbeeld een partij die het project van de projectontwikkelaar heeft overgenomen) omdat rechttopvolgers onder algemene titel (bijvoorbeeld als gevolg van een juridische fusie) automatisch in de rechten en plichten van de betreffende projectontwikkelaar treden.

Artikel 21.1: waarom hier niet dezelfde formulering als in 7.3?

3.93 Dit betreft een vraag die door het college dient te worden beantwoord.

Artikel 25.1 c: wordt hier bedoeld binnen 30 dagen nadat deze kosten en schade zijn “vastgesteld en aangetoond” (in plaats van opgetreden)?

3.94 De vraag is terecht. Het is waarschijnlijk de bedoeling van partijen geweest om te bepalen dat de gemeente aansprakelijk is voor alle kosten en schade zodra die bij HC vallen als daadwerkelijk moet worden overgegaan tot de inpassing van de Stationstraverse. Uiteraard moet dan nog wel de tijd worden genomen om het werkelijke beloop van de hoogte van de schade en kosten vast te stellen en zodra dat is gedaan dat dan binnen 30 dagen wordt betaald.

4. Conclusies

4.1 In onderdeel 1.4 is aangegeven dat de conclusies zullen worden getrokken door middel van de beantwoording van de drie hoofdvragen die de gemeenteraad heeft gesteld.

Wat zijn de (financiële) risico's van de partijen?

4.2 In het kader van de second opinion inzake de BOO/BPO is het niet mogelijk om een adequaat beeld te schetsen van de (financiële) risico's die gemeente loopt. Een juridische second opinion op de BOO/BPO is daarvoor niet het meest geschikte instrument omdat veel risico's niet zozeer juridisch zijn maar feitelijk. In het kader van andere grootschalige en complexe projecten wordt gewerkt met uitgebreide risico analyses. Niet bekend is of het college een dergelijke risico analyse heeft vervaardigd. **Zo niet dan wordt geadviseerd dit alsnog te doen.**

4.3 Uiteraard kleven er aan de BOO/BPO ook juridische risico's voor de gemeente. De belangrijkste risico's zijn hiervoor in het kader van de beantwoording van de verschillende vragen aan de orde gekomen. Een van de belangrijkste juridische risico's is uiteraard gelegen in de vraag of de verschillende af te geven bouwvergunningen voor de diverse deelprojecten onherroepelijk danwel tijdig onherroepelijk worden. Zoals in deze notitie is opgemerkt is uit de tekst van de BOO/BPO niet duidelijk op te maken wat gebeurt wanneer een bouwvergunning niet onherroepelijk wordt en welke gevolgen dit heeft voor de andere deelprojecten (zowel binnen het kader van onderhavige overeenkomst als in relatie tot de andere overeenkomsten met de andere spelers zoals NS en Jaarbeurs NV.

Een ander risico is uiteraard de afhankelijkheid van partijen (HC alsook de gemeente) van het komen tot snelle en goede afspraken met de andere 'stakeholders' binnen Hoog Catharijne zoals de huurders van de winkels. Terzake van de huurders van Catharijnehof geldt dat de Gemeente bij brief van 26 april 2007 van HC een volmacht heeft gegeven om namens HC de onthuring te verzorgen. De betreffende afspraken gaan onderdeel uitmaken van de BOO/BPO zodra de overeenkomst wordt ondertekend. Het voordeel van deze laatste regeling is dat de gemeente zelf de regie over het onthuringsproces kan voeren. Tegelijkertijd trekt de gemeente daarmee ook een extra verantwoordelijkheid naar zich toe. Er zal in dit kader door het college een afweging zijn gemaakt.

- 4.4 De vraag is of de gemeente door het aangaan van de onderhavige overeenkomst aan onverantwoorde risico's wordt blootgesteld? Daarop kan het antwoord zijn dat uit de BOO/BPO niet van onverantwoorde risico's is gebleken.

Is er sprake van balans tussen de rechten, risico's en plichten van partijen?

- 4.5 Zoals eerder is opgemerkt, is een overeenkomst het resultaat van een onderhandelingsproces waarbij allerlei aspecten hebben meegespeeld, zoals de wederzijdse afhankelijkheid, de machtspositie van ieder van de partijen, de mate waarin een noodzaak bestaat om tot een overeenkomst te komen etc. Het is goed voorstelbaar dat een overeenkomst die juist veel plichten bij de ene partij legt en veel rechten creëert voor de andere partij, voor de partij die wordt belast met veel plichten, toch een goede overeenkomst is.
- 4.6 De BOO/BPO kent veel procedurele afspraken waarbij in het kader van de verwezenlijking van de verschillende doelstellingen afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld uitruil van eigendomsposities en voorts afspraken worden gemaakt wat ten aanzien van de verschillende deelprojecten/deelgebieden die voor de verantwoordelijkheid komen van een van de partijen.
- 4.7 In het licht van de hiervoor gemaakte kanttekening komt het de second opinion adviseurs voor dat – uiteraard met inachtneming van de kritische opmerkingen op onderdelen als verwoord in dit memorandum – er sprake is van een evenwichtige overeenkomst waarbij beide partijen hun doelstellingen zien verwezenlijkt en kan er in dat kader worden gesproken over een balans tussen de rechten, risico's en plichten.

Is deze BOO/BPO een logische en te verwachten volgende stap van de eerder afgesloten contracten in dit kader (met name de BOO/BPO's waarover op 8 november 2005 een door de raad geïnitieerde second opinion is verschenen)?

- 4.8 De BOO/BPO is een logische en te verwachten volgende stap in het kader van de eerdere overeenkomsten zowel met HC/Corio alsook met de andere partijen als NS en Jaarbeurs NV. Uit de ter beschikking gestelde documentatie en informatie is niet gebleken van omstandigheden die de gemeente ervan zou moeten weerhouden om onderhavige overeenkomst aan te gaan. De BOO/BPO past in de gefaseerde en gelede contractstructuur die vanaf het begin van de herontwikkeling van het stationsgebied partijen voor ogen heeft gestaan.

Rotterdam, 8 november 2007

J.J. van de Vijver

M.G.J. Maas-Cooymans