

## Prijsvragen of overvragen?



**In de praktijk worden ontwikkelingsopdrachten door gemeenten veelal gegund in de vorm van een prijsvraag, waarbij de grondbieding en plan of visie in de regel de (meest) relevante gunningscriteria zijn. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de contractering tussen de gemeente en de (winnende) ontwikkelaar. Feit is namelijk, zo blijkt in de praktijk, dat wat betreft de inhoud van de betreffende overeenkomst hevige discussies regelmatig aan de orde zijn ten aanzien van verplichtingen en risico's. Vooral de – soms zeer ver – doorgeslagen eenzijdigheid (ten gunste van de gemeente) waarbij wordt afgeweken van hetgeen gebruikelijk en redelijk is, is een doorn in het oog van menig ontwikkelaar.**

### 1. Inleiding

De problematiek omtrent de eenzijdigheid van door de aanbestede opgestelde contractvoorwaarden is uiteraard niet beperkt tot het onderwerp projectontwikkeling. Ook in andere sectoren is dit onderwerp aan de orde.<sup>1</sup> Aan dit onderwerp – aanbesteding en onevenwichtige contracten – is in meer algemene zin ook al aandacht besteed door Jansen en Manunza.<sup>2</sup>

Ondanks het feit dat uiteraard sprake is van contractsvrijheid<sup>3</sup>, illustreren twee recente voorbeelden – weliswaar uit de bouw – dat de overheid daarbij inderdaad kan 'doorslaan' – met alle gevolgen van dien. De RGD besteedde de nieuwbouw van het Ministerie van BiZa en Justitie aan in de zomer van 2007. De RGD had bedongen dat de winnende inschrijvers (die elkaar op voorhand niet kenden) gedwongen werden in de vorm van een besloten vennootschap samen te werken op basis van nog niet bekende condities.<sup>4</sup> De voorzieningenrechter heeft hier een forse streep doorgehaald. Vervolgens werd een nieuwe

aanbesteding uitgeschreven maar wist geen der inschrijvers zich te kwalificeren. Ook de aanbesteding van het Provinciehuis te Leeuwarden – november 2007 – diende te worden gestaakt omdat geen bouwbedrijf de opdracht meer wilde hebben. Gevolg: vertraging, oplopende kosten en, doorgaans ook, politieke gevolgen.<sup>5</sup>

In dit artikel gaan wij dieper in op de door gemeenten gehanteerde (gronduitgifte-)overeenkomsten voor woningbouwlocaties die door gemeenten in het kader van prijsvragen worden gehanteerd. Wij constateren in de praktijk met (grote) regelmaat (te) eenzijdige contracten die niet of nauwelijks recht doen aan de situatie, doorslaan, ongebruikelijk zijn, somtijds apert onredelijk en soms ook zodanig zijn dat een gemeente zich in haar eigen voet schiet.

In dit artikel hebben wij gepoogd de in dit verband meest prangende aangelegenheden te catalogiseren. Onze slotconclusie is dat een evenwichtig(er) contract bepaald niet met zich hoeft te brengen dat de positie van een gemeente in het gedrang komt; sterker nog: het werkt waarschijnlijk voornamelijk productief in plaats van contraproductief.

#### 1.1. *Uitgangspunt: gemeentelijke gronduitgifte voor woningbouw*

In dit artikel wordt tot uitgangspunt genomen de situatie waarbij de gemeente eigenaar is van gronden die ontwikkeld dienen te worden. In de praktijk wordt de ontwikkelaar veelal geselecteerd na enige vorm van openbare en transparante selectie. De selectie wordt onder diverse noemers gevoerd, zoals prijsvraag, grondbieding, ontwikkelingscompetitie, selectie of anderszins. De selectie wordt in sommige gevallen ook uitgevoerd als een volwaardige Europese aanbesteding, zulks conform de Algemene (aanbestedings)Richtlijn 2004/18 althans naar Nederlandse pendant in de vorm van het BAO. De benaming is doorgaans betrekkelijk willekeurig. We zullen in dit artikel steeds de term 'prijsvraag' hanteren.

De prijsvraag heeft steeds tot doel een – ervaren en financieel solvabele – ontwikkelaar te selecteren, doorgaans

\* Mr. R.D. Luteijn is werkzaam als interim-jurist en adviseur onder de naam 'Lexecon' <www.lexecon.nl>. Hij adviseert voornamelijk projectontwikkelaars, bouwbedrijven en woningcorporaties.

\*\* Drs. W. Hoven is beleidsmedewerker commercieel vastgoed Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen, gevestigd te Voorburg <www.neprom.nl>.

1. Men denke hierbij onder andere aan de in de jaren negentig door het Ministerie van BiZa gehanteerde modelcontracten voor de verwerving van ICT-producten en diensten. Deze waren uitermate eenzijdig en volstrekt niet in lijn met de gangbare praktijk en stuitten keer op keer op hevig verzet vanuit de ICT-branche.
2. C.E.C. Jansen & E.R. Manunza, '(On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?', *NJB* 2006, p. 1038 e.v. Hun conclusie luidt dat nader onderzoek op dit vlak noodzakelijk is, maar dat het er op voorhand alle schijn van heeft dat het toepassen van onevenwichtige contractvoorwaarden waarschijnlijk ook zijn 'prijs' heeft.
3. Vgl. o.a. Vzr. Rb. Utrecht 21 maart 2007, *LJN* BA2053. Betoogd werd dat de rechter een onbeperkte aansprakelijkheid van de opdrachtnemer als disproportioneel en verregaand onredelijk buiten werking moest stellen. De voorzieningenrechter oordeelde echter dat het beginsel van contractsvrijheid voorop stond.
4. Vzr. Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2007, *LJN* BB2297, <www.rechtspraak.nl>.
5. Zie over een en ander het artikel op de voorpagina van de *Cobouw* d.d. 20 november 2007 'Aanbesteding mislukt vaak'.

op basis van een grondbieding en een plan of visie. Na selectie van de winnaar dienen gemeente en ontwikkelaar een overeenkomst te sluiten. Voor wat betreft de inhoud van deze overeenkomst doen zich in de praktijk de nodige, soms hevige, discussies voor, met name indien blijkt dat de gemeente onredelijke of ongebruikelijke eisen stelt die tot gevolg hebben dat niet-bekende, niet-calculerbare of anderszins ongebruikelijke of onredelijke risico's (te) eenzijdig aan de ontwikkelaar worden opgelegd. In dit artikel worden de in de praktijk meest voorkomende discussiepunten aan de orde gesteld. Tevens wordt gepoogd om uitgangspunten te formuleren voor een evenwichtige overeenkomst die voor zowel gemeente als ontwikkelaar passend is.

De betreffende overeenkomst voorziet doorgaans in een verkoop en levering van de grond door de gemeente aan de ontwikkelaar met de verplichting voor de ontwikkelaar om daarop voor eigen rekening en risico een bepaald woningbouwprogramma te realiseren. Uiteraard kan ook sprake zijn van andere of bijkomende functies als commerciële voorzieningen, kantoren, winkelruimte, leisure e.d. Omwille van de overzichtelijkheid zal in dit artikel steeds over woningbouw worden gesproken.

In het navolgende zal voorts steeds worden uitgegaan van een overeenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar. Uiteraard is een en ander van overeenkomstige toepassing op andere partijen met grondposities, zoals instellingen in de gezondheidszorg, nutsbedrijven en andere overheden, maar – eventueel – ook private partijen. In dit artikel wordt met name aandacht besteed aan het perspectief vanuit de ontwikkelaar, omdat de ontwikkelaar nu eenmaal geen 'stem' heeft op het moment dat de gemeente de concept-overeenkomst formuleert voorafgaand aan de prijsvraag.

### 1.2. Geen aandacht voor regelgeving en procedures

In dit artikel wordt geen aandacht besteed aan de vraag welke 'spelregels' gelden voor dergelijke prijsvragen. Immers, ten aanzien van de vraag of gemeenten dergelijke prijsvragen al dan niet Europees dienen aan te besteden overeenkomstig de Algemene Richtlijn 2004/18 (althans het BAO) is al veel geschreven (en zal nog veel geschreven worden), o.a. naar aanleiding van de kwestie *Vathorst*<sup>6</sup> en de uitspraak van het Hof van Justitie EG inzake *Roanne/Auroux*<sup>7</sup>, terwijl in dit verband recentelijk een belangrijke brief van NEPROM, VROM en VNG is verschenen.<sup>8</sup>

In dit artikel wordt evenmin aandacht besteed aan de vraag welke selectieprocedure of welk proces het meest wenselijk of passend is. De door de Ministeries van VROM en Financiën, de NEPROM, VNG en IPO uitgegeven Reiswijzer '*Marktpartijen en Gebiedsontwikkeling*' bevat een uitgebreide beschrijving van de mogelijkheden die er terzake bestaan, inclusief een opsomming van de voor- en nadelen van de diverse proceduremogelijkheden. Ook over dit onderwerp (en de in de praktijk gemaakte

fouten) valt veel te zeggen en te schrijven. Dat aspect is in dit artikel evenmin aan de orde.

Evenmin wordt aandacht besteed aan allerhande zaken die in dergelijke procedures (kunnen) 'misgaan'. Dat is een onderwerp dat een artikel op zich rechtvaardigt. Men denke daarbij bijvoorbeeld aan prijsvragen waarbij op voorhand niet of onvoldoende is nagedacht over hetgeen een gemeente eigenlijk wenst te bereiken met als gevolg dat de procedure wordt gestaakt (nadat aan alle zijden aanzienlijke kosten zijn gemaakt) of gaandeweg de 'spelregels' worden bijgesteld (met alle gevolgen van dien).

Ook het stellen van (te) hoge selectie-eisen waardoor alleen een (te) select groepje bedrijven kan inschrijven, het niet toekennen van (passende) vergoedingen voor deelname, het uitnodigen van (veel) teveel partijen om (kostbare) ontwerpen in te dienen, inconsequenties in de besluitvorming gedurende een prijsvraag- of ander traject, het niet goed doordenken van de gunningssystematiek, onduidelijkheid over de vraag welke zaken wel of niet als minimumeisen (dienen te) gelden; het zijn allemaal voorbeelden – uit het leven gegrepen – van procedurele aangelegenheden waar zaken 'mis (kunnen) gaan' en die, als gezegd, een artikel op zich rechtvaardigen. De meergenoemde Reiswijzer en het eerder verschenen Kompas bij ontwikkelingscompetities dragen bij aan een verbetering van deze competitities. In deze documenten wordt uitgebreid aandacht besteed aan de hierboven beschreven problematiek. In dit artikel zal daarom hierover niet worden geschreven. Tot dusverre is in deze context echter nog weinig aandacht besteed aan het onderwerp 'onevenwichtige of eenzijdige' contracten; reden derhalve om daarthans nadrukkelijk aandacht aan te besteden.

## 2. Algemene beschouwingen

### 2.1. Wantrouwen?

Wie de in dit artikel benoemde overeenkomsten in de praktijk onder ogen krijgt zal zich met regelmaat niet aan de indruk kunnen onttrekken dat deze overeenkomsten (zeer) eenzijdig zijn en – daarmee – (vanuit oogpunt van de ontwikkelaar) wantrouwen uitstralen: een combinatie van ongebruikelijk en onredelijk ver gaande verplichtingen en risico's voor de ontwikkelaar, afgezekerd met een openstapeling van zekerheden, bankgaranties en boetebepalingen. Men krijgt met regelmaat de indruk dat zodanige overeenkomsten 'in een ivoren toren' zijn geschreven. Doorgaans al niet de juiste toonzetting om samen – gemeente en ontwikkelaar – aan een project te beginnen. Daarbij dient een gemeente zich te realiseren dat een eventueel wantrouwen (zo daarvan natuurlijk sprake is) in de praktijk eigenlijk nauwelijks aan de orde hoeft te zijn. Zoals ook hierna gesteld zal worden, leert de ervaring dat bij een project van enige omvang de uiteindelijk overblijvende partijen (waaronder de winnaar) doorgaans behoren tot een select groepje landelijk opererende ontwikkelaars en bouwbedrijven die hun strepen verdiend hebben. Van voldoende deskundigheid, ervaring en finan-

6. Ingebrekestelling Europese Commissie maart 2005.

7. HvJ EG 18 januari 2007 (C-220/05).

8. Een brief van VROM, NEPROM en VNG d.d. 10 januari 2008, o.a. te vinden op <www.neprom.nl> waarbij, kortweg, is aangegeven dat in hun optiek Roanne niet van toepassing is op de gangbare Nederlandse projectontwikkelingspraktijk. Zie voorts o.a. R.D. Luteijn, 'Roanne: één jaar later', *VGR* 2008-1.

ciële gegoedheid is bij al deze partijen sprake. Bovendien hebben al deze partijen een (merk)naam hoog te houden waardoor men zich alleen al om die reden geen (letterlijke en figuurlijke) wanprestatie kan veroorloven. Een partij die niet aan deze basale voorwaarden voldoet zal veelal ook niet door de selectie komen.

Daar komt bovendien bij dat het meedoen aan een prijsvraag en het sluiten van de uiteindelijke overeenkomst bepaald geen vrijblijvende aangelegenheid is voor de ontwikkelaar, hetgeen klaarblijkelijk nog al eens wordt of lijkt te worden verondersteld. Nog afgezien van het feit dat de reputatie van de ontwikkelaar aan de orde is, maakt een ontwikkelaar aanzienlijke kosten en gaat, naast de gemeente, met tal van andere partijen (architecten, adviseurs, aannemers, constructeurs e.d.) verplichtingen aan.

De idee van gemeenten dat ontwikkelaars een overeenkomst die niet volledig is 'dichtgespijkerd' als een vrijblijvende aangelegenheid (zouden kunnen) beschouwen is dan ook buiten de realiteit. Ook zonder een 'dichtgespijkerde' overeenkomst heeft een ontwikkelaar er alle belang bij om zo voortvarend mogelijk tot ontwikkeling en realisatie over te kunnen gaan. Immers, naast de hiervoor genoemde redenen, is het zo dat de ontwikkelaar eerst bij verkoop van de woningen in staat zal zijn kosten en investeringen terug te verdienen. Naarmate dit langer duurt lopen de kosten alleen maar op.

## 2.2. *Risico's in relatie tot de grondbieding*

Voorts in meer algemene zin het volgende: indien niet-inzichtelijke of (redelijkerwijs) niet-calculerbare risico's op de ontwikkelaar worden afgewenteld zal de ontwikkelaar hiervoor een voorziening moeten treffen. Deze voorziening – zijnde een mogelijke kostenpost – zal uiteraard in negatieve zin van invloed zijn op de grondbieding. De gedachte van een gemeente om risico's af te schuiven klinkt in eerste instantie dan ook mogelijk aanlokkelijk, maar uiteindelijk betaalt de gemeente deze kosten – indirect – toch in de vorm van een (verhoudingsgewijs lagere) grondbieding.

Daar komt bovendien bij dat indien het risico zich niet materialiseert, de ontwikkelaar een meevaller heeft maar de gemeente deze meevaller niet incasseert. Indien daarentegen de gemeente dit risico niet op de ontwikkelaar had afgeschoven maar dit risico zelf had genomen, had de gemeente deze meevaller wél kunnen 'incasseren'.

Uiteraard geldt ook het tegenovergestelde: dat wil zeggen dat indien het risico zich wel materialiseert en hoger uitvalt, de gemeente feitelijk wel een 'meevaller' heeft en de ontwikkelaar extra kosten. Vanuit dit gezichtspunt is het voor een gemeente natuurlijk weer wél aantrekkelijk om risico's door te schuiven.

Feit is echter wel dat het in te vérgaande mate doorschuiven van risico's kan leiden tot een situatie waarbij een of meer ontwikkelaars zich terugtrekken. Met als gevolg dat er óf in het geheel geen project kan worden gegund óf dat het aantal overblijvende ontwikkelaars zodanig beperkt is dat van een gezonde concurrentie geen sprake meer is.

Reeds vanuit dit opzicht zal een gemeente passend moeten omgaan met het doorschuiven van risico's.

## 2.3. *Concept-overeenkomst*

In de meerderheid der gevallen sluit een gemeente bij een prijsvraag al op voorhand een overeenkomst bij de aanbestedingsdocumentatie. Het bijsluiten hiervan is wenselijk omdat de ontwikkelaar zich op voorhand een voorstelling kan maken van de verplichtingen en risico's die voor zijn rekening komen. Dat inzicht biedt hem de mogelijkheid om een gefundeerde keuze te maken om al dan niet aan de prijsvraag mee te doen en, zo wordt besloten mee te dingen, de hiermee gemoeide kosten en risico's te verdisconteren in zijn bieding.

Het is naar onze mening echter niet wenselijk om de bijgesloten concept-overeenkomst reeds op voorhand als 'niet-onderhandelbaar' te beschouwen (hetgeen in de praktijk overigens zeker niet ongebruikelijk is). De gedachte aan de zijde van de gemeente is daarbij doorgaans namelijk dat het langdurige onderhandelingen voorkomt en de ontwikkelaar na gunning 'op het contract kan worden vastgeprikt'. Feitelijk impliceert de gunning door de gemeente de aanvaarding van het aanbod (de bieding) van de ontwikkelaar en komt er op dat moment een overeenkomst tussen gemeente en ontwikkelaar tot stand. We menen dat die benadering te beperkt is om de volgende redenen:

- indien de op voorhand niet-onderhandelbare overeenkomst té eenzijdig is opgesteld ten gunste van de gemeente, kan dit met zich brengen dat een, overigens kundige en solvabele, ontwikkelaar afhaakt of, nog erger, geen enkele ontwikkelaar heil ziet in een project waarbij de risico's onevenredig op hem worden afgewenteld. Gevolg kan zijn dat er geen geïnteresseerde partijen zijn of slechts een zodanig beperkt aantal dat geen sprake meer is van gezonde concurrentie. Of, nog sterker: de overblijvende partijen zijn de partijen die een gemeente mogelijk juist niet wenst te hebben. Deze partijen gaan met het mes tussen de tanden onderhandelingen aan, maken van iedere zaak een wettelijke discussie en bezuinigen op kwaliteit. Men heeft nu eenmaal té scherp ingeschreven en dat moet ergens worden 'teruggehaald';
- het ontnemt de gemeente de mogelijkheid om door de ontwikkelaar aangereikte voorstellen die voor de gemeente of beide partijen aantrekkelijk of wenselijk zijn in de overeenkomst te verdisconteren. In dit verband wordt opgemerkt dat het wijzigen door de gemeente van een overeenkomst waarvan op voorhand is aangegeven dat deze niet voor wijziging vatbaar is vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek zeer problematisch kan zijn. Voorstellen van de ontwikkelaar moeten dan eigenlijk terzijde geschoven worden, ook al zijn deze aantrekkelijk en gunstig voor de gemeente.<sup>9</sup> Aldus schiet een gemeente zich in eigen voet, met name als de gemeente vervolgens als argument moet hanteren dat vanuit aanbestedingsrechtelijk

9. Denk hierbij aan voorstellen om de grondrouting anders te structureren dan aanvankelijk voorzien waardoor financiële (belasting)voordelen kunnen worden gerealiseerd. Hierover meer in de volgende paragrafen.

- oogpunt wijziging van de overeenkomst niet mogelijk is<sup>10</sup>;
- de ontwikkeling en realisatie van een project neemt in de regel jaren in beslag. Contractuele flexibiliteit is om die reden alleszins gewenst. De markt kan zich neerwaarts ontwikkelen, er blijkt behoefte ontstaan aan bepaalde (anders dan aanvankelijk voorziene) woningtypen, wetgeving kan wijzigen, in de ruimtelijke-ordeningsprocedures kunnen zich onvoorziene zaken voordoen enz.

Het vorenstaande brengt ons dan ook tot de conclusie dat het alleszins wenselijk is een concept-overeenkomst bij te sluiten, maar dat het zeker niet wenselijk is op voorhand te stellen dat deze in geen geval onderhandelbaar of bespreekbaar is.

### 3. Contractuele bepalingen

#### 3.1. Grondrouting: grondafname & fiscaliteit

Het komt regelmatig voor dat een ontwikkelaar de gronden moet afnemen in de staat waarin zij zich bij het aangaan van de prijsvraag bevinden. Dat wil zeggen: met opstallen of, indien deze ontbreken, in de oorspronkelijke staat. Een dergelijke overdracht is belast met overdrachtsbelasting. Dit impliceert reeds een (aanzienlijke) kostenpost van 6% van de waarde. Omdat de ontwikkelaar deze kostenpost – anders dan BTW – niet kan terugvragen dan wel verrekenen met door hem ontvangen BTW, zal hij deze in zijn grondbieding (moeten) verdisconteren. Bijgevolg zal de grondbieding normaliter 6% lager uitvallen dan in het geval waarbij de grond in (tenminste fiscaal) bouwrijpe staat wordt geleverd. Feitelijk betekent dit dat de gemeente een aanzienlijk lager bedrag krijgt voor de grond dan zij had kunnen krijgen.

In het merendeel der gevallen zal de ontwikkelaar de grond derhalve in fiscaal bouwrijpe staat wensen te verkrijgen, opdat de overdracht met BTW is belast en een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting kan worden toegepast.

Het is voor een gemeente eigenlijk ook niet bezwaarlijk om aan een dergelijke grondrouting mee te werken. Zij realiseert feitelijk een voordeel van 6%, terwijl de werkzaamheden die gemoeid zijn met het fiscaal bouwrijp maken van de grond (kunnen) worden doorbelast aan de ontwikkelaar in de vorm van een verhoging van de koopsom. Ook de werkzaamheden zelve hebben normaliter niet al teveel om het lijf: de eventueel aanwezige opstallen dienen te worden gesloopt, terwijl aan de grond enige bewerkingen dienen te worden uitgevoerd. Naast het doorrekenen van de kosten aan de ontwikkelaar zal het in de praktijk bovendien vaak zo zijn dat de ontwikkelaar namens de gemeente de ‘handling’ en organisatie

hiervan voor zijn rekening neemt en het ‘prijrisico’ van deze werkzaamheden draagt.

Het is naar onze mening dan ook wenselijk dat gemeenten de grondrouting zodanig structureren in de overeenkomst – althans daartoe in de overeenkomst expliciet de mogelijkheid bieden – dat tenminste fiscaal bouwrijp, eventueel volledig bouwrijp in civieltechnische zin, wordt geleverd.<sup>11</sup>

#### 3.2. Grondafname & planologie

Het gebeurt regelmatig dat gemeenten de ontwikkelaar verplichten gronden af te nemen waarop nog geen (woning)bouwbestemming rust, evenwel onder de toezegging van de gemeente dat zij zich zal inspannen om de nodige ruimtelijke ordeningsprocedures te entameren om de gewenste (woning)bouwbestemming te realiseren. Het gevolg is dat de ontwikkelaar gronden moet afnemen tegen, uiteraard, substantiële koopprijzen terwijl op dat moment nog niet zeker is of de gewenste (woning)bouwbestemming gerealiseerd wordt alsmede wanneer deze bestemming wordt gerealiseerd. Het hoeft geen betoog dat het doorlopen van ruimtelijke ordeningsprocedures een langdurig proces kan zijn, terwijl het ook immer de vraag is of de gewenste bestemming (volledig) kan worden gerealiseerd.

Aldus wordt het planologische risico – zowel ten aanzien van de vraag ‘of’ als de vraag ‘wanneer’ – naar de ontwikkelaar doorgeschoven. Dat is naar het oordeel van menig ontwikkelaar teveel gevraagd. Ten eerste omdat dit een niet overzienbaar risico is. Ten tweede omdat de ontwikkelaar zelf geen enkele invloed heeft op een en ander. Ten derde omdat de grondbieding van de ontwikkelaar uiteraard gebaseerd is geweest op het (tijdig) realiseren van de noodzakelijke (woning)bouwbestemming. Ten vierde omdat planologie en het zogenaamde planologisch risico ‘natuurlijk’ gezien een zaak is van de overheid, lees: gemeente.

Naar onze mening is het dan ook zaak dat gemeenten tot uitgangspunt nemen dat de grond aan de ontwikkelaar eerst wordt geleverd indien en nádat sprake is van een (onherroepelijk) bestemmingsplan dat de realisatie van het bouwplan van de ontwikkelaar mogelijk maakt.<sup>12</sup>

Het voordeel van deze ‘koppeling’ voor de gemeente is bovendien dat men de grond eerst overdraagt na bestemmingswijziging en aldus zekerheid bestaat dat de gronden bebouwd kunnen gaan worden. Indien men reeds vóór bestemmingswijziging gronden overdraagt en nadien zou blijken dat de gewenste bestemming niet, niet volledig of pas zeer laat gerealiseerd kan worden, kan het alleszins gewenst zijn de gehele opzet van het project te herzien en de grond weer in bezit te krijgen. Echter, het terug moeten verwerven van reeds overgedragen grond is

10. Of dat laatste juist is, is natuurlijk weer een andere vraag. Het Europese aanbestedingsrecht verbiedt niet categorisch iedere onderhandeling of aanpassing van een overeenkomst. Ter andere zijde is ook evident dat het in belangrijke mate openbreken van een overeenkomst waarvan in de Europese of ander type aanbestedingsprocedure al op voorhand is aangegeven dat ze niet voor onderhandeling vatbaar tenminste problematisch en waarschijnlijk strijdig is met het Europese aanbestedingsrecht. Vgl. o.a. E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU 2004, p. 404 e.v.

11. Onder omstandigheden kan het voor de ontwikkelaar overigens gewenst zijn juist wél gronden te verwerven met overdrachtsbelasting. Het betreft hier echter uitzonderingssituaties. Zolang de overeenkomst de ontwikkelaar die mogelijkheid biedt, kan ook dit aspect eenvoudig worden ‘getackeld’.

12. En, conform de vorige paragraaf, nádat de grond tenminste fiscaal bouwrijp is gemaakt. Vanzelfsprekend kan men ook ‘verder gaan’ door een koppeling te maken tussen grondafname en het door de ontwikkelaar beschikken over een zogenaamde bruikbare dan wel onherroepelijke bouwvergunning. Een kwestie van gradatie.

complicerend, temeer indien in een onverhoopt geval de ontwikkelaar niet meewerkt, zou failleren of anderszins onvoldoende verhaal zou bieden, zij het dat dit laatste aspect, zoals ook hierna zal blijken, in de praktijk tamelijk theoretisch is.

### 3.3. *Grond: milieukundige aspecten*

Het is – in eerste instantie – een logische wens om het milieurisico – dat wil zeggen het risico van verontreiniging van de grond – door te schuiven naar de ontwikkelaar. Zolang de ontwikkelaar terzake volledige informatie ter beschikking heeft en aldus tot een deugdelijke inschatting kan komen van de saneringskosten (die uiteindelijk toch weer in de grondbieding worden verdisconteerd) is dat ‘tot daar aan toe’. Ook hier wreekt zich echter – mogelijk – het punt dat procedures binnen de overheid (provincie) moeten worden doorlopen waarvan op voorhand niet is te voorspellen welk tijdspad daarmee is gemoeid.

Het komt in de praktijk echter bovendien voor dat ontwikkelaars het volledige milieurisico op zich afgewenteld weten, terwijl de onderzoeksrapportages niet volledig zijn, althans (teveel) ruimte laten voor de mogelijkheid dat er nog andere, niet benoemde, verontreinigingen aanwezig zijn. Het moge voor zich spreken dat van een ontwikkelaar niet kan worden verwacht een zodanig – niet bekend, niet-calculerbaar en mogelijk aanzienlijk – risico op zich te nemen.

Het gevolg daarvan zal zijn dat de ontwikkelaar in zijn grondbieding een mogelijk aanzienlijke post ‘onvoorzien’ zal moeten verdisconteren, leidend tot een verhoudingsgewijs lagere bieding. Indien vervolgens achteraf blijkt dat de rapportages wel sluitend waren en derhalve geen andere verontreinigingen zijn aangetroffen, realiseert de ontwikkelaar natuurlijk een voordeel. De gemeente lijdt echter een nadeel omdat dit risico heeft geleid tot een – verhoudingsgewijs – lagere grondbieding, welk voordeel zij niet kan incasseren.

Gelet op het voorgaande is het naar onze mening dan ook wenselijk dat het saneringsrisico door de gemeente wordt gedragen en de grond in milieutechnisch geschikte zin aan de ontwikkelaar overdraagt. Dit klemt temeer nu de ontwikkelaar doorgaans de grond niet op voorhand zelfstandig mag onderzoeken en uit de aard der zaak van een verkoper (de gemeente) ook mag worden verwacht dat deze zijn eigendom c.q. grond overdraagt in ‘schone’ staat. Immers: ‘*de vervuiler betaalt*’ is het terzake toepasselijke adagium.

Indien sprake is van zeer verdachte locaties met aanzienlijke risico’s dan zou dit zelfs tot gevolg kunnen hebben dat ontwikkelaars afzien van inschrijving indien dit risico op hen wordt afgewenteld.

Hierbij dient ook bedacht te worden dat de gemeente dit risico hoe dan ook betaalt. Ofwel draagt zij zelf zorg voor de sanering en betaalt ze aldus in directe zin de kosten, ofwel verdisconteert de ontwikkelaar deze kosten in een

– per saldo lagere – grondbieding bijgevolg waarvan de gemeente uiteindelijk ook de kosten, zij het indirect, voor haar rekening neemt.

### 3.4. *Grond: archeologie, explosieven en overige ‘grondzaken’*

Hetgeen ten aanzien van de milieukundige gesteldheid van de grond is gesteld, geldt natuurlijk ook voor andere zaken die zich in de grond bevinden, zoals archeologische vondsten en schatten, explosieven en eventuele andere obstakels. De ontwikkelaar zal hier vaak geen weet van hebben – het is zijn grond immers niet en kan geen onderzoek doen – en zal, zo dit risico op hem wordt afgewenteld, hier normaliter een voorziening voor (moeten) opnemen, aldus leidend tot een verhoudingsgewijs lagere grondbieding of, mogelijk, zelfs afzien van inschrijving. Ook ten aanzien van dergelijke zaken zou de gemeente derhalve het risico op zich moeten nemen en, overeenkomstig het hiervoor gestelde, er voor moeten instaan dat de grond bij levering is ontdaan van dergelijke zaken, dan wel, indien deze onverhoopt na levering aanwezig blijken te zijn, de daarmee gemoeide (opruim)kosten voor haar rekening moeten nemen.

### 3.5. *Bouwplicht*

Het gebeurt met regelmaat dat gemeenten ontwikkelaars verplichten om binnen een zekere termijn met de bouw (van de woningen) te starten en deze binnen een zekere termijn te voltooiën, veelal ook nog gesanctioneerd met substantiële boetes.

Een dergelijke bouwplicht stuit per definitie op ernstig verzet omdat het er toe kan leiden dat een ontwikkelaar tot realisatie dient over te gaan op een moment dat nog geen of onvoldoende woningen zijn verkocht. Het gevolg kan zijn dat iets wordt gerealiseerd wat grotendeels leegstaat bij gereedkomen. De financiële impact voor een ontwikkelaar hiervan is zeer aanzienlijk en onevenredig belastend. Ook voor de gemeente is de uitstraling die hiervan uitgaat zeer ongewenst. Vandaar dat ontwikkelaars doorgaans eerst met de bouw wensen aan te vangen als een zeker percentage van het aantal te realiseren woningen is (voor)verkocht. De percentages variëren in de praktijk van minimaal 50 tot maximaal 70%. Dit betekent dat niet met bouw wordt gestart indien niet op voorhand een voldoende aantal woningen is (voor)verkocht.<sup>13</sup>

Het voorgaande brengt dan ook met zich mee dat een ongeclausuleerde bouwplicht – dat wil zeggen zonder enige relatie met voorverkoopresultaten – bepaald afgevoerd moet worden.

### 3.6. *Planning*

Een overeenkomst bevat als bijlage veelal een planning. Zolang deze indicatief is, zal dit niet tot discussie leiden. Het wordt eerst problematisch indien de planning data bevat die niet louter indicatief zijn maar ‘hard’ – in juridi-

13. De oorzaak van een en ander kan van diverse aard zijn. Een substantiële ontwrichting van de woningmarkt kan aan de orde zijn. Dergelijke omstandigheden zijn echter zeer uitzonderlijk en zouden in de overeenkomst gedekt moeten worden onder een passende onvoorziene-omstandigheden-bepaling.

Feitelijk zal het er doorgaans op neerkomen dat het verkeerde ‘product’ (de woning) ontwikkeld is, althans dat het oorspronkelijke ‘product’ vanwege wijziging in consumentenbehoeften en vraag, niet langer voldoet. Dat is uiteraard primair het risico van en voor de ontwikkelaar. Maar door de ontwikkelaar te dwingen om in die omstandigheden tegen beter weten in tot realisatie over te gaan is vragen om ongelukken. Herontwikkeling ligt dan in de rede.

sche termen ‘fatale termijnen’ – met daaraan gekoppeld hoge boetes in geval van overschrijding.

Een ontwikkelaar zal daar waar hij zelf volledig de hand heeft in bepaalde zaken, een dergelijke aanpak wellicht nog kunnen billijken. Feit is echter dat het ontwikkelen en realiseren van een project een langdurig proces is waarbij vele partijen – waaronder de gemeente zelf – zijn betrokken die voor wat betreft de voortgang afhankelijk zijn van elkaar.

Om een planning te kunnen naleven is het tenminste noodzakelijk dat ook de gemeente zich aan termijnen houdt (en daar wil het om allerlei redenen nog wel eens aan schorten) en zekerheid bestaat dat de nodige ruimtelijke ordeningsprocedures tijdig zijn afgerond (en in deze trajecten wordt bijna per definitie vertraging opgelopen). Het is dan ook bepaald onwenselijk om plannings ‘hard’ te doen zijn. Dat neemt niet weg dat van de ontwikkelaar best ten aanzien van bepaalde taken en verplichtingen verwacht mag worden dat deze op een bepaald moment zijn afgerond. Het is daarbij echter zaak om nadrukkelijk te bezien of de ontwikkelaar daarbij afhankelijk is van derden (en de overheid in het bijzonder), terwijl het voorts van belang is deze momenten te koppelen aan een ander ‘variabel’ moment en niet aan kalenderdata. Als namelijk een onderdeel in de planning gaat ‘schuiven’ in de tijd heeft dit immers onmiskenbaar gevolgen voor hetgeen daarna komt.<sup>14</sup>

### 3.7. Zekerheden (algemeen), betaling en bankgaranties

Het komt regelmatig voor dat ontwikkelaars worden overvraagd in het stellen van zekerheden. Een ‘opeenstapeling’ van hypotheek, bank- en concerngaranties en voorschotbetalingen, ten gunste van de gemeente, is niet ongewoon.

#### 3.7.1. Hypotheek

Zo komt het voor dat de ontwikkelaar ná grondafname op de grond – die dus zijn eigendom is en waarvoor hij heeft betaald – vervolgens een hypotheek moet vestigen ten gunste van de gemeente, tot meerdere zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst. Een dergelijke zekerheid gaat extreem ver. Ze is zeer ongebruikelijk en belet de ontwikkelaar om een hypothecaire financiering te verkrijgen. Een dergelijke voorwaarde is voor een ontwikkelaar niet aanvaardbaar.

#### 3.7.2. Vooruitbetaling koopsom

Ook komt het regelmatig voor dat een wezenlijk deel van de koopsom reeds in een vroegtijdig stadium – bij ondertekening van de overeenkomst – moet worden betaald aan de gemeente, terwijl op dat moment de sanering, het bouwrijp maken en het doorlopen van de ruimtelijke

orderingsprocedures nog moeten plaatsvinden. Dit is ongebruikelijk en nauwelijks acceptabel.<sup>15</sup>

#### 3.7.3. Concerngarantie

Ontwikkelaars worden ook regelmatig verplicht tot het stellen van concerngaranties. Dit is in de praktijk doorgaans niet onoverkomelijk. Daarbij dient echter wel bedacht te worden dat indien een concern met een bepaalde (dochter)vennootschap inschrijft, dit wel op voorhand – dat wil zeggen in de prijsvraag – dient te worden aangegeven. Immers, van een (dochter)vennootschap kan niet worden verwacht dat zij er voor instaat dat de (moeder)vennootschap een garantie afgeeft.

#### 3.7.4. Bankgarantie

Meest voorkomende en gevraagde zekerheid betreft de (onvoorwaardelijke, abstracte of afroep)bankgarantie die door de gemeente inroepbaar is bij een (vermeende) tekortkoming. Alhoewel het (moeten) stellen van bankgaranties doorgaans zeker niet de voorkeur heeft, zijn bankgaranties, mits deze in verhouding staan tot de risico’s en mits de garantie ‘afbouwt’ naarmate de risico’s voor de gemeente, gebruikelijk en acceptabel.

In de praktijk worden echter soms onevenredig en daarmee onacceptabel hoge bankgaranties gevraagd die het praktisch risico voor de gemeente vaak vele malen te boven gaan, bijvoorbeeld door een bankgarantie te vragen die gelijk is aan de waarde van alle door de ontwikkelaar uit te voeren werkzaamheden. Dat is eigenlijk onnodig.<sup>16</sup> Al met al kan worden gesteld dat het stellen van bankgaranties niet als onredelijk wordt ervaren, maar dat deze wel in verhouding tot het project en de risico’s dienen te staan. Bankgaranties in de orde van 5 à 10%, gerelateerd aan de uit te voeren werkzaamheden, worden in de regel passend geacht, temeer indien deze bankgaranties afbouwen naarmate de werkzaamheden vorderen. Normaliter moeten dergelijke percentages, mede gelet op het overige gestelde, de gemeente adequate zekerheid bieden. Temeer indien men bedenkt dat naast deze garantie vanzelfsprekend alle rechten behouden blijven uit de overeenkomst en wet, zoals mogelijkheden tot het vorderen van nakoming, opschorting of ontbinding, al dan niet gecombineerd met een vordering tot schadevergoeding.

#### 3.7.5. Relativering

In dit verband dient te worden bedacht dat bij een project van enige omvang de winnende ontwikkelaar doorgaans een zekere omvang, solvabiliteit en financiële geëigendheid zal hebben. Immers, voordat een ontwikkelaar wordt ‘doorgelaten’ tot de gunningsfase, zal er eerst een selectie plaatsvinden van ontwikkelaars die uit oogpunt van solvabiliteit, financiële geëigendheid en deskundigheid aan bepaalde minimumeisen voldoen. Doorgaans ziet men

14. Om twee voorbeelden te noemen: men mag bijv. van een ontwikkelaar verwachten dat deze tijdig een geldige bouwaanvraag indient; hij kan echter niet instaan voor tijdige verlening of onherroepelijkheid omdat hij daarbij afhankelijk is van overheid en bezwaarmakers. Voorts kan men de ontwikkelaar wel verplichten tot start bouw, doch dit dient gekoppeld te worden aan het behalen van een bepaald voorverkooppercentage en niet aan, bijv., de datum van grondafname, het verkrijgen van een bouwvergunning of een kalenderdatum.

15. Bovendien kan dit een aanwijzing zijn voor een – doorgaans ongewenste – economische eigendomsoverdracht, tot gevolg hebbend dat 6% overdrachtsbelasting verschuldigd wordt.

16. Daarbij wordt ook uit het oog verloren dat het moeten stellen van een (hoge) bankgarantie een wezenlijke financiële impact heeft voor de ontwikkelaar omdat de zich garant stellende bank op voorhand het bedrag van de garantie zal separeren op een aparte rekening zodat de ontwikkelaar die gelden geruime tijd niet kan gebruiken. Bovendien moet de ontwikkelaar op voorhand gelden uitgeven om die werkzaamheden te realiseren. In zekere zin is sprake van een (tijdelijke) ‘dubbel-op’-situatie die natuurlijk extra belastend is.

dat er drie of vijf ontwikkelaars na selectie overblijven om een bieding en plan in te dienen. Indien de selectiecriteria voor wat betreft deskundigheid en solvabiliteit passend worden gehanteerd, zal de uiteindelijke winnende ontwikkelaar derhalve per definitie over een voldoende financiële gegoedheid beschikken om het project en de daarmee verbonden risico's te kunnen dragen. Anders gezegd: door de juiste selectiecriteria toe te passen creëert een gemeente op voorhand de zekerheid dat men met een (financieel en overigens) geschikte partij zal contracteren. De praktijk leert dit ook. Indien sprake is van een project van enige omvang zijn de uiteindelijke overblijvende partijen (drie dan wel vijf) doorgaans steeds dezelfde, landelijk opererende, projectontwikkelaars en/of bouwbedrijven. Uitzondering komen natuurlijk voor, maar het gaat in de regel om een selecte groep ontwikkelaars die de deskundigheid en financiële gegoedheid bezitten om het betreffende project te kunnen voltooien. Het vervolgens bedingen van deze partij van hoge bankgaranties is in zekere zin dan ook overvragen.

### 3.8. Boetebepalingen

Menige overeenkomst bevat een veelheid van (extreem) hoge, zich 'opstapelende' boetes, die zonder ingebrekestelling worden verbeurd op iedere overtreding van enige bepaling uit de overeenkomst, zonder dat deze voor matiging vatbaar zijn (onverlet latend de strijdigheid met de wettelijke bepalingen).

De ervaring leert weliswaar dat deze soep in de praktijk niet altijd zo heet gegeten wordt als zij wordt opgediend, maar belastend is het wel en bovendien onnodig. Het levert per definitie op voorhand hevige discussies op omdat geen enkele ontwikkelaar een veelheid van ongeclausuleerde en forse boetebepalingen zal willen en kunnen accepteren.

Het is dan ook raadzaam om alleen boetes te bedingen op een beperkt aantal verplichtingen die als wezenlijk beschouwd worden en ten aanzien van verplichtingen die de ontwikkelaar ook zelf in de hand heeft.

Zoals hiervoor al werd betoogd heeft een ontwikkelaar deze boete overigens bepaald niet nodig als extra 'prikkel'. De ontwikkelaar zal er normaliter alles aan gelegen zijn dat het project snel tot ontwikkeling en realisatie komt om aldus de investeringen zo snel mogelijk terug te kunnen verdienen.

Tot slot mag niet worden vergeten dat de gemeente natuurlijk te allen tijde haar wettelijke rechtsmiddelen behoudt, zoals het recht tot nakoming, opschorting en ontbinding, al dan niet gecombineerd met een vordering tot schadevergoeding.

### 3.9. Afroomregeling

Gemeenten willen graag nog wat 'meesnoepen' van de 'over'winst indien de woningen uiteindelijk verkocht blijken te kunnen worden voor hogere Vrij-Op-Naamprijzen dan aanvankelijk door de ontwikkelaar was voorgesteld. Dat hoeft niet bezwaarlijk te zijn vanwege de ontwikkelaar, mits het afroompercentage redelijk is en wordt voorzien in een aantal correcties.

Met name dit laatste aspect wordt nog wel eens vergeten of leidt tot discussies. Vanuit de ontwikkelaar zal namelijk het uitgangspunt steeds zijn dat bij de definitie van

'over'winst of meeropbrengst ten minste rekening wordt gehouden met de volgende omstandigheden:

- een inflatiecorrectie (VON-prijzen zijn niet vast maar dienen met het verstrijken van de tijd te worden geïndexeerd);
- wijzigingen in BTW-tarief (VON-prijzen zijn prijzen inclusief BTW en een wijziging in het BTW-tarief heeft gevolgen voor de netto-opbrengsten van de ontwikkelaar; men denke aan de wijziging per 1 januari 2009 waarbij het BTW-tarief van 19 naar 20% wordt verhoogd);
- meer-/minderwerk (door kopers gewenst meer-/minderwerk dient niet als meeropbrengst te worden beschouwd).

Indien hiermee rekening wordt gehouden zal een afroomregeling normaliter acceptabel zijn.

### 3.10. Doorverkoop

Het komt met regelmaat voor dat het ontwikkelaars categorisch wordt verboden de van de gemeente verworven grond door te verkopen zolang de bouw nog niet is voltooid. Een dergelijk onbeperkt verbod is niet realistisch en is onwenselijk. Doorgaans komen gemeente en ontwikkelaar hier ook wel uit, doch het zou veel discussie schelen indien op voorhand wordt bepaald dat dit verbod niet geldt indien doorverkoop althans doorlevering van de grond geschiedt aan een woningcorporatie, particuliere koper (eindgebruiker) of (gerenommeerde) belegger. Het doel van deze bepaling is immers doorgaans niet anders dan het tegengaan van speculatie. Door toevoeging van deze (gebruikelijke) uitzonderingsbepalingen wordt dit voldoende ondervangen.

### 3.11. Bouwvergunning

Naast het behalen van een zeker voorverkooppercentage zal een ontwikkelaar eerst met de bouw kunnen starten nadat hij over een bouwvergunning beschikt. Doorgaans zal het de voorkeur hebben om over een onherroepelijke bouwvergunning te beschikken, zij het dat menig ontwikkelaar ook genoeg neemt met een bruikbare bouwvergunning. Voorwaarde daarbij is wel dat de bruikbare bouwvergunning zodanig is gedefinieerd dat de ontwikkelaar niet met de bouw hoeft te starten zolang er een gerede kans is dat de bouwvergunning aan vernietiging onderhevig is.

### 3.12. Projectvennootschap

Het overdragen van de overeenkomst, althans de daarin vervatte rechten en verplichtingen, wordt doorgaans verboden door de gemeente. Zulks is conform de wettelijke regeling terzake contractoverneming en ook redelijk vanuit gemeentelijk gezichtspunt. Het op voorhand bepalen dat de ontwikkelaar of ontwikkelaars (indien in combinatie wordt ingeschreven) de overeenkomst aan een projectvennootschap mogen overdragen zou veel discussie voorkomen, uiteraard onder voorwaarde dat de ontwikkelaars garant blijven staan indien de projectvennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen. Hetgeen ontwikkelaar(s) met oprichting van een projectvennootschap doorgaans beogen is om risico's en administratie af te scheiden alsmede het faciliteren van projectfinancieringen.

### 3.13. Overige bepalingen

Indien de hiervoor genoemde onderwerpen op evenwichtige wijze in een overeenkomst worden geïncorporeerd zal wat menig ontwikkelaar betreft de onderhandeling over de overeenkomst een kortdurende exercitie kunnen zijn.

Uiteraard dient de overeenkomst nog de nodige andere onderwerpen te bevatten (partijen, definities, woningbouwprogramma, bijlagen, communicatie, overlegstructuur, forumkeuze, duur, beëindiging en ontbinding, etcetera), doch deze leveren in de praktijk doorgaans weinig discussie op.

## 4. Conclusie

We hebben in het voorgaande gepoogd de meest voorkomende discussiepunten te benoemen en daarbij aan te geven wat vanuit gemeentelijke respectievelijk ontwikkelaarsoptiek de relevante overwegingen zijn. Zoals bij iedere aanbesteding en prijsvraag geldt is het zaak op voorhand zorgvuldig af te wegen wat men als gemeente wil bereiken.

Het is naar onze mening alleszins gewenst om op voorhand een concept-overeenkomst (dan wel de basale uitgangspunten te formuleren in een document) bij te sluiten, maar tegelijkertijd ruimte te laten voor aanpassingen en besprekingen, uiteraard zonder dat dit het wezen van de aanbesteding of prijsvraag mag aantasten.

We menen evenzeer dat indien de in dit artikel genoemde uitgangspunten worden gehanteerd, de overeenkomst bij de gemiddelde ontwikkelaar op geen of weinig bezwaren zal stuiten. Het voordeel daarvan is dat de besprekingen over de overeenkomst spoedig afgerond kunnen worden, partijen spoedig 'aan de slag' kunnen en de eerste gesprekken niet plaatsvinden in een sfeer van wantrouwen, onbegrip en stekeligheid. Partijen moeten immers nog geruime tijd met elkaar verder; projectontwikkeling is nu eenmaal geen eendimensionale aangelegenheid, maar een proces waarin gemeente en ontwikkelaar gedurende een aantal jaren intensief met elkaar moeten samenwerken.

Met name het leveren door de gemeente van gronden in (tenminste fiscaal) bouwrijpe staat, op een moment dat sprake is van een planologisch onherroepelijk status, alsmede het (eerst) moeten starten met de (woning)bouw na het hebben behaald van een passend voorverkooppercentage zijn twee (zeer) wezenlijke uitgangspunten voor menig ontwikkelaar.

Indien vervolgens ook voor wat betreft milieu en andere grondzaken alsmede zekerheden, boetes en planning tot evenwichtige bepalingen kan worden gekomen haalt men op voorhand de angel uit mogelijkerwijs netelige en vervelende discussies.

Alhoewel er een inherente neiging is van partijen in het algemeen – en waaronder dus ook gemeenten – om risico's en verantwoordelijkheden af te schuiven (in casu naar de ontwikkelaar), blijkt bij nadere bestudering hiervan dat dit, indien dit verder gaat dan gebruikelijk althans redelijk is, vooral contraproductief te (kunnen) werken, hetgeen noch in het belang van de gemeente noch in het belang van de ontwikkelaar is. De kosten en risico's worden uiteindelijk toch in de grondbieding verdisconteerd of worden anderszins 'teruggehaald', het legt een hypotheek op de (lange termijn) samenwerking en vertragingen zijn alleszins denkbaar.

Een overeenkomst die niet louter eenzijdig is ten gunste van de gemeente maar evenwicht uitstraalt, betekent bovendien bepaald niet dat de gemeente haar (juridische) positie ondergraaft. Ook met een evenwichtige formulering van de overeenkomst zijn er voldoende waarborgen voor de gemeente die haar de zekerheid biedt dat als het onverhoopt spaak loopt, de ontwikkelaar kan worden aangesproken en de gemeente voldoende middelen achter de hand heeft om haar eigen positie te secureren.

Projectontwikkeling is met name het overzien, beheersen en managen van risico's. De ontwikkelaar staat daar ook voor. Maar van hem kan niet worden verwacht niet-beheersbare of niet-overzienbare risico's tot zich te nemen. Het formuleren van een overeenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar is hoofdzakelijk een kwestie van het analyseren, beschrijven en verdelen van risico's. De risico's dienen te worden gedragen door de partij die daar het meest voor in aanmerking komt. Grondzaken en planologische risico's zijn naar hun aard des gemeentes; markt-, afzet- en bouwrisico's zijn des ontwikkelaars.

We menen dat indien met deze uitgangspunten overeenkomsten worden opgesteld op passende wijze recht wordt gedaan aan de wederzijdse belangen en noden.