Samenvatting en conclusies second opinion t.o.v. “Pels Rijcken”

Om de gemeenteraad in staat te stellen een objectieve weging te maken, hebben wethouder Kasmi en Kurvers bij Pels Rijcken een juridisch haalbaarheidsonderzoek uitgezet ten aanzien van de toekomst van het recreatieoord[1]. Dit onderzoek zou juridisch een 13-tal varianten analyseren, rekening houdend met voorwaarden van alle betrokken partijen.[2]

De rapportage van Pels Rijcken richt zich echter enkel op de aspecten die de belangen en positie van de gemeente aangaan, te weten: aanbesteding, erfpacht, staatssteun, wet M&O en deelnemingen beleid. En hoewel daar expliciet om werd gevraagd in de opdrachtverstrekking is niet ingegaan op de mate waarin de varianten tegemoet komen aan de wensen van de verschillende betrokkenen, met name de kernwaarden van de recreanten.
Wethouder Kasmi en Kurvers stellen in hun aanbiedingsbrief[3] dat voor- en nadelen van de verschillende varianten pas goed afgewogen kunnen als er eerst een keuze gemaakt wordt tussen de varianten. In de in opdracht van de RAR en met instemming van de Gemeente uitgevoerde second opinion zijn door De Haij en Van der Wende Advocaten de kernwaarden van de recreanten meegewogen, en is door Brackmann specifiek gekeken naar de aanbestedingsplicht.

Om tegemoet te komen aan de wens van de raad om tot een weging te komen, hebben wij die weging gemaakt, met steun van onze juristen. Achtereenvolgens zullen we een aantal wensen de revue laten passeren en die zijn gewogen op basis van risico’s die die met zich meebrengen en gerelateerd aan de diverse varianten. Het leidt tot het “afstrepen” van varianten.

Wij kunnen op basis van de uitgebrachte adviezen niet anders concluderen dan dat variant 3b of 3c als eindsituatie voor alle partijen de minste risico’s met zich meebrengen:

De keuze voor variant 3b[4] of 3c[5] als eindsituatie worden zowel door Pels Rijcken als door De Haij en Van der Wende Advocaten geadviseerd als eindsituatie en brengt voor alle partijen de minste risico’s met zich mee. In onze toekomstvisie hebben wij al aangegeven dat variant 3c onze voorkeur geniet. De recreanten wensen niet zelf de exploitatie/beheer uit te voeren doch deze door een professionele organisatie uit laten voeren.

Brackmann stelt daarbij dat de volgorde van handelen bepalend is of er een aanbestedingsplicht geldt. Wordt middels erfpacht eerst de grond over gedragen en vervolgens de overdracht van exploitatie/beheer dan is bij geen van de twee handelingen sprake van een noodzaak of plicht tot aanbesteden.

Deze analyse leidt tot de, wat ons betreft, gewenste eindsituatie. Dat hiervoor een overgangsperiode afgesproken wordt, lijkt ons logisch.

---

[1] Brief aan cie BWB van 23 april 2021 – BS21/00598-21bb5413
[2] Managementsamenvatting Pels & Rijcken, juridische toets varianten Recreatieoord Hoek van Holland, 1 juli 2021 - 21bb009913, pag.3
[3] Aanbiedingsbrief van Pels Rijcken onderzoek aan commissie BWB, dd. 13 juli 2021, BS21/01056 – 21bb009911
[4] 3b. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan Recreantenrechtspersoon en Recreantenrechtspersoon / Erfpachter doet exploitatie/beheer (“onderhands”)
[5] 3c. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan Recreantenrechtspersoon en Recreantenrechtspersoon / Erfpachter laat exploitatie/beheer uitvoeren door een derde (Recreatieonderneming)

Toelichting bij het "afstrepen van de varianten" op grond van risico's en (kern)waarden:

1. <u>De gemeente beschouwt het uitbaten van een recreatieoord niet tot haar kerntaak.</u>
   "De gemeente Rotterdam is één van de laatste gemeenten in Nederland die nog een recreatieoord uitbaat. Dat is geen kerntaak en de wet schrijft voor dat een gemeente deze taak alleen mag uitvoeren als de huuropbrengst de kosten dekt".[6]

   Daarmee moeten de varianten 1a, 2a, 3a en 4a ontraden worden, omdat in die varianten de gemeente de exploitatie blijft doen.

2. <u>De gemeente wil het recreatieoord mag niet opdelen</u>
   Recreatieoord Hoek van Holland mag na de verkoop niet door de nieuwe eigenaar worden opgedeeld of met een andere bestemming worden doorverkocht.[7]

   Daarmee moeten de varianten 2a t/m 2c ontraden worden, omdat in die varianten de erfpacht wordt gegeven aan individuele recreanten.

3. <u>Langdurige verblijfsgarantie</u>
   Wethouder Kasmi en Kurvers stellen dat zij met de RAR in gesprek zijn over de best mogelijke (juridische) constructie om de belangen van de vaste recreanten te beschermen, waardoor langdurig verblijf verzekerd wordt.[8]
   Tot voor kort was er geen sprake van concreet overleg met de RAR over de realisering van langdurige verblijfsgarantie, zoals dat belang in onze Toekomstvisie werd omschreven. Er moet worden vastgesteld dat ingevolge artikel 7:228 lid 2 BW onze huurovereenkomsten door opzegging kunnen worden beëindigd. De wettelijke bijzondere beschermingsregels voor de vaste recreanten zijn niet van toepassing. Het zal niet moeilijk zijn voor een derde partij die de grond in erfpacht verwerft en/of de exploitatie verwerft om vanuit zijn belang voldoende zwaarwegende gronden aan te voeren zijn, om tot huuropzegging over te gaan.[9]

   Daarmee moeten de varianten 4a t/m 4d ontraden worden.

4. <u>Behoud van investeringen</u>
   De huidige huurovereenkomsten voorzien slecht deels in behoud van economische waarde. "Een grootschalige herstructurering van het recreatieoord, omdat er dan meer aan te verdienen zou zijn, willen we niet bij een toekomstige overdracht van beheer en exploitatie."[10]
   Dat is ten dele zo. Vergoeding van de marktwaarde van het economisch eigendomsrecht van de opstallen is er alleen bij opzegging door de verhuurder, als de verhuurder dit doet op grond van dwingende wetgeving of algemeen belang. Dit recht is er niet als de verhuurder dit doet uit het oogpunt van commercieel belang. Dit risico is groot bij de varianten waarbij de grond in erfpacht wordt uitgegeven aan een derde, niet zijnde de recreanten.
   Ook al wil de gemeente geen grootschalige herstructurering, dit beschermt individuele huurders onvoldoende.

   Daarmee moeten de varianten 4a t/m 4d ontraden worden.

---

[6] Brief aan recreanten van 3 november 2020 – BS21/01415 – 21bb012985
[7] Brief aan recreanten van 3 november 2020 – BS21/01415 – 21bb012985
[8] Brief aan recreanten van 3 november 2020 – BS21/01415 – 21bb012985
[9] De Haij en Van der Wende, 9 november 2021
[10] Collegebrief aan de Gemeenteraad van 26 oktober 2021, BS21/01429 – 21bb013195

5. <u>De gemeente neemt de beperking kostenstijging als uitgangspunt</u>

   "Beperking van kostenstijging voor de vaste recreanten is uitgangspunt en wordt nader uitgewerkt om te worden gerealiseerd."[11]
   Bij het in erfpacht geven van de grond aan een derde, niet zijnde de recreanten, zal de rendementseis van die derde leiden tot verhoging van de kosten, hoger dan als de erfpacht gegund wordt aan de recreanten.

   Daarmee moeten de varianten 4a t/m 4d ontraden worden, omdat in die varianten de hoogste kostenstijging voor de recreanten te verwachten is.

6. <u>Het Recreatieoord wordt in zijn stedenbouwkundige opzet behouden voor de toekomst. En in die opzet blijven de cultureel-historische en maatschappelijke waarden tot z'n recht komen.</u>

   Het college onderschrijft dit uitgangspunt. Nader onderzoek zal worden gedaan naar de mogelijkheden om het stedenbouwkundige karakter waar nodig (publiekrechtelijk) sterker te verankeren in het bestemmingsplan. Verder kunnen voorwaarden omtrent het behoud van het stedenbouwkundige, cultuur-historische en natuurlijke karakter (privaatrechtelijk) worden vastgelegd/uitgewerkt in een erfpachtakte en/of exploitatieovereenkomst met de erfpachter/exploitant. Dit zal juridisch nader moeten worden onderzocht en uitgewerkt.[12]
   Zo lang de Gemeente zelf de exploitatie verzorgt is het ook aan de Gemeente om daar invulling aan te geven. Aangezien een concrete planbeschrijving van de gemeente nog ontbreekt, kan nog niet worden vastgesteld of partijen ook daadwerkelijk dezelfde invulling geven aan dit doel.[13]
   Dit risico is het grootste daar waar de gemeente de grond in erfpacht uitgeeft aan een partij niet zijnde de recreanten, en ook de exploitatie gunt aan zo'n partij.

   Daarmee moet variant 4b t/m 4d ontraden worden.

7. <u>Zeggenschap in beheer</u>

   De gemeente wil in overleg met de RAR komen tot een nadere duiding van het begrip 'zeggenschap'. …. De gemeente hecht er in ieder geval belang aan, dat het draagvlak onder, en de vertegenwoordiging van de huurders van het recreatieoord goed wordt geborgd. …. De gemeente kan zich vinden in een vorm van inspraak van de recreanten in het toekomstig beheer, zoals dat nu ook al het geval is in de relatie tussen de gemeente en de RAR. Inspraak en doorlopende participatie van de recreanten ten aanzien van het beheer kan (privaatrechtelijk) worden vastgelegd/uitgewerkt in een erfpachtakte en/of exploitatieovereenkomst met de toekomstig exploitant.[14]

   Wij hebben ons inziens duidelijk in onze Toekomstvisie omschreven dat wij het beheer wensen over te nemen via een recreantenrechtspersoon en daarmee de volledige zeggenschap in beheer opeisen. Los van onze stellingname zal onze zeggenschap in beheer nauwelijks vorm te geven zijn als de grond niet in erfpacht bij de recreanten komt en het beheer evenmin de recreantenrechtspersoon gegund wordt.

   Daarmee worden de varianten 1a, 1c, 2a, 4b en 4d ontraden.

8. <u>Juridische haalbaarheid</u>

---

[11] Collegebrief aan de Gemeenteraad van 26 oktober 2021, BS21/01429 – 21bb013195
[12] Collegebrief aan de Gemeenteraad van 26 oktober 2021, BS21/01429 – 21bb013195
[13] De Haij Van der Wende, 9 november 2021
[14] Collegebrief aan de Gemeenteraad van 26 oktober 2021, BS21/01429 – 21bb013195

De gemeente wilde de varianten getoetst hebben op juridische haalbaarheid. Pels Rijcken ontraadt een aantal varianten vanwege verregaande juridische complicaties.[15]

Daarmee lijken de varianten 1b, 2b, 3a, 4a en 4c te moeten worden uitgesloten omdat Pels & Rijcken hier verregaande juridische complicaties voorziet. Hoewel wel juridische consequenties worden geduid bij deze varianten, is niet onderbouwd waarom dit gecompliceerd is.
Bovendien achten wij het een zware juridische opgave om de veelheid aan risico 's te ondervangen, zoals aan de orde in de variant 4b en 4d.

9. Aanbesteding

Op verzoek van de RAR is onderzocht welke aanbestedingsrechtelijk aspecten samenhangen met de verkoop dan wel exploitatie van het Recreatieoord HvH. In het bijzonder is gevraagd of er een scenario is waarbij de gemeente Rotterdam niet verplicht is om een aanbestedingsprocedure te voeren EN waarbij de kernwaarden van de recreanten geborgd zullen zijn. Hierbij worden een drietal scenario's behandeld en wordt het advies afgesloten met de beschrijving van de Aanbestedingsprocedure.

Een hier relevante conclusie van het advies is dat de volgorde van handelingen bepaalt of er wel of niet sprake kan zijn van een aanbestedingsplicht. De combinatie van eerst de grond-overdracht (middels erfpacht) en vervolgens die van exploitatie/beheer behoeft geen aanbesteding.

Ook wordt opgemerkt dat indien eerst de exploitatie wordt aanbesteed en vervolgens de grond in erfpacht wordt uitgegeven, dit verregaande juridisch complicerende vraagstukken met zich meebrengt.

Bijlage 1:
Schema varianten en risico's

Bijlage 2:
Notitie De Haij Van der Wende Advocaten,
Beoordeling waarborging van kernwaarden in varianten advies Pels Rijcken
RAR/advies II, dossierno. 2021349, d.d. 9 november 2021

Bijlage 3:
Notitie Brackmann Aanbestedingsspecialist
SCB/D102234 Recreanten Adviesraad (RAR) / advies Recreatieoord HvH
12 november 2021 [CONCEPT]

[15] managementsamenvatting Pels Rijcken Advocaten d.d. 1 juli 2021 juridische toets varianten Recreatieoord Hoek van Holland (21bb009913)

Bijlage 1

Onderscheiden varianten:	Varianten worden ontraden omdat: exploitatie niet wordt afgestoten	er sprake is van opdelen	er onvoldoende garanties zijn voor langdurig verblijf	behoud van investeringen onvoldoende is gegarandeerd	grote kostenstijging valt te voorzien	sted.bouwk. opzet en cult. hist. en maatsch. waarden onvoldoende te borgen zijn	zeggenschap in beheer minimaal zal zijn	er verregaande juridische complicaties zijn	aantal negatieve adviezen
1a. Gemeente blijft eigenaar en Gemeente (of aan de gemeente gelieerde partij) doet exploitatie	X						X		2
1b. Gemeente blijft eigenaar en geeft exploitatie "onderhands" aan Recreantenrechtspersoon.								X	1
1c. Gemeente blijft eigenaar en geeft exploitatie in handen van een derde (Recreatieonderneming)							X		1
2a. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan individuele recreanten (exploitatie gemeenschappelijke voorzieningen blijft bij de gemeente) en Gemeente (of aan de gemeente gelieerde partij) doet exploitatie	X	X					X		3
2b. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan individuele recreanten (exploitatie gemeenschappelijke voorzieningen blijft bij de gemeente) en geeft exploitatie "onderhands" in handen van Recreantenrechtspersoon.		X						X	2
2c. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan individuele recreanten en geeft exploitatie in handen van een derde (Recreatieonderneming)		X							1
3a. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan Recreantenrechtspersoon en Gemeente (of een aan de gemeente gelieerde partij) doet exploitatie	X							X	2
3b. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan Recreantenrechtspersoon en Recreantenrechtspersoon / Erfpachter doet exploitatie ("onderhands")									0
3c. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan Recreantenrechtspersoon en Erfpachter geeft exploitatie in handen van een derde (Recreatieonderneming)									0
4a. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan een derde en Gemeente (of een aan de gemeente gelieerde partij) doet exploitatie	X		X	X	X			X	5
4b. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan een derde en Erfpachter doet exploitatie			X	X	X	X	X	X	6
4c. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan een derde en Erfpachter geeft exploitatie in handen van Recreantenrechtspersoon			X	X	X	X		X	5
4d. Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan een derde en Erfpachter geeft exploitatie in handen van een derde (Recreatieonderneming)			X	X	X	X	X	X	6