

# 10. Didam-proof in beleid en praktijk

TEKST: KEES HAGENDIJK

Het arrest dat de Hoge Raad een jaar geleden uitvaardigde over een grond- en vastgoedtransactie in Didam leidde tot veel onzekerheid over de vraag of en hoe gemeenten buiten openbare selectieprocedures om nog zaken kunnen doen met marktpartijen. Mede aan de hand van jurisprudentie is er sindsdien meer duidelijkheid gekomen. Dit is vertaald in een praktische Handreiking waarmee partijen zich tamelijk veilig door het juridische mijnenveld kunnen begeven. Bij de presentatie ervan op 22 november 2022 deden ontwikkelaars de oproep aan overheden om ook lef te tonen en niet in risicomijdend gedrag te vervallen.

Over het rechtsbeginsel van het Didam-arrest van de Hoge Raad bestaat geen enkele twijfel. “De uitspraak is zo helder en vanzelfsprekend dat we ons moeten afvragen waarom dit niet honderd jaar geleden al is vastgelegd”, aldus hoogleraar Bouwrecht Arjan Bregman tijdens de presentatie van de door hem geschreven Handreiking implementatie van het arrest Didam<sup>1</sup> in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de Vereniging van Grondbedrijven (VvG) en de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (NEPROM). Het gelijkheidsbeginsel waar het arrest op wijst komt nota bene rechtstreeks uit het Burgerlijk Wetboek. Concreet betekent dit dat de overheid bij vastgoedtransacties als verkoop (vervreemding) van grond en/of vastgoed gelijke kansen op verwerving moet bieden aan alle (potentiële) gegadigden en niet zomaar met een voorkeurspartij in zee mag gaan. Een private partij mag verkopen aan wie zij wil, een overheid is gehouden alle potentiële gegadigden een gelijke kans op verwerving te bieden.

Toch ontnemt dit overheden niet de mogelijkheid om het aantal gegadigden te beperken of zelfs rechtstreeks voor een bepaalde partij te kiezen, aldus Bregman. In het arrest refereert de Hoge Raad aan de aan overheden toekomende beleidsruimte. Een gemeente kan een bepaalde bestemming opleggen of andere ruimtelijke eisen stellen aan de betreffende kavel. Van groot belang is dat de eisen of beoordelingscriteria objectief, toetsbaar en redelijk zijn, zoals het arrest het letterlijk verwoordt. Verder dient er openbare bekendmaking plaats te vinden, in concreto publicatie op in elk geval de gemeentelijke website. Met als kanttekening dat criteria niet naar een bepaalde voorkeurspartij toegeschreven mogen worden en dat eisen ruimte-

lijke relevant moeten zijn (een bepaald merk materiaal voor de opstal eisen is dat bijvoorbeeld niet).

## Openbare selectie

Het beperken van en kiezen uit het aantal gegadigden moet gebeuren door een vorm van openbare selectie. Hiervoor dienen de genoemde objectieve, toetsbare en redelijke criteria te worden opgesteld. Over de aangeboden kavel, de selectiecriteria en de procedure dient een bekendmaking uit te gaan. Afhankelijk van de complexiteit van een grond- en/of vastgoedtransactie – een solitaire grondpositie of een integrale gebiedsontwikkeling – kan een gemeente kiezen voor een eenvoudige openbare selectie op prijs of een getrapte procedure. In het tweede geval zou de procedure kunnen bestaan uit een eerste ronde met selectie op ervaring en competentie en een tweede ronde op prijs.

## Klacht

Analoog aan het aanbestedingsrecht adviseert Bregman een termijn van twintig dagen aan te houden waarbinnen andere gegadigden (die wakker zijn geworden) tegen een voorgenomen overeenkomst kunnen appelleren. Hij spreekt over het indienen van een klacht bij het college van B en W. Dit scherp onderscheiden van ‘bezwaar’, de juridische term uit het publiekrecht. Dit voorkomt overigens niet dat een partij die zich benadeeld voelt altijd naar de rechter kan stappen indien deze het niet eens is met de afwijzing van de klacht en de termijn van twintig dagen nog niet is verstreken.

## Beleid zwart op wit

Bij het opstellen van selectiecriteria en het motiveren van de keuze voor een bepaalde partij wordt aan de vereiste van objectiviteit, toetsbaarheid en redelijkheid het beste

voldaan wanneer verwezen kan worden naar passages in officiële beleidsstukken. Omgekeerd kan dit voor gemeenten aanleiding zijn om dergelijke eisen en criteria expliciet in beleidsstukken op te nemen. Er is beleidsvrijheid, maar dat beleid moet dan wel zwart op wit aan te wijzen zijn. Dat betreft niet alleen duidelijkheid over wanneer welke procedures kunnen worden gekozen, maar vooral ook welke doelstellingen de gemeente nastreeft in het ruimtelijk domein. De Handreiking voorziet in een stappenplan voor het inrichten van een openbare selectieprocedure.

Duidelijk is verder dat het Didam-arrest niet alleen geldt voor overheden, maar ook voor publiekrechtelijke instellingen, zoals ziekenhuizen en het spoorbedrijf (ProRail). Daarnaast is het arrest van toepassing op stallingsconstructies waarbij gemeenten hun grond of vastgoed in een besloten vennootschap onderbrengen. Formeel is dat dan een marktpartij, maar in de jurisprudentie van het aanbestedingsrecht is dat reeds doorgeprikt.

### Grondverkoop bepalend moment

Bregman trekt de uitleg van het arrest heel strak. Hij wijst erop dat het Didam-arrest specifiek ziet op *het voornemen tot het sluiten van de verkoopovereenkomst*, niet op een eerdere intentieovereenkomst of een andere vorm van officiële onderhandeling of samenwerking. Een voorafgaand traject is op zich geen toereikende motivering om de verkoop aan een bepaalde partij te gunnen. “De grondvervreemding is bepalend, daarop dient te worden geselecteerd.” En dit is precies het pijnpunt bij private ontwikkelaars. Want waarom zou je nog investeren in een voortraject van samen met de gemeente verkennen en onderhandelen als uiteindelijk over de grondverkoop weer een openbare selectie moet plaatsvinden? Is partnerselectie, zoals dit nog wordt aanbevolen in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019, dan nog wel mogelijk? Partnerselectie is vooral een oplossing voor langjarige gebiedsontwikkelingen waarbij niet wordt aanbesteed op een uitgewerkt plan met prijs, maar op de “ervaring, visie, commitment en competenties” van de ontwikkelaar, waarmee vervolgens in een traject van rekenen en tekenen gezamenlijk een plan wordt uitgewerkt. Bedoeling is tot betere plannen met meer creativiteit en maatwerk te komen.

Bregman meent dat dit geen begaanbare weg meer is, omdat – als gezegd – de Didam-regels het moment van de grondverkoop raken, niet wat daar allemaal aan vooraf mocht gaan. Over deze interpretatie van partnerselectie ontstaat later tijdens de bijeenkomst discussie – en blijkt er mogelijk toch perspectief voor deze selectiemethode over te blijven, namelijk wanneer deze van meet af aan als een selectie voor grondverkoop wordt ingericht.

### Een-op-een

Bregman leest in het arrest dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, maar dat omgekeerd ongelijke gevallen ongelijk behandeld mogen worden. Vanuit dat beginsel is een-op-een verkoop zonder voorafgaande

openbare selectie nog steeds mogelijk. Voorwaarde is dat de transactie deugdelijk gemotiveerd moet kunnen worden langs de argumentatielijnen dat alleen de betreffende partij kan voorzien in aan de verkoop verbonden eisen of belangen van de gemeente (of provincie). Deze partij neemt daarin een unieke positie in tegenover andere (potentiële) gegadigden. Van belang hierbij is wel dat – ter voorkoming van staatssteun – een onafhankelijke taxateur de grond- en/of vastgoedwaarde bepaalt. Tenslotte zal de gemeente de voorgenomen verkoop aan deze partij bekend moeten maken, voorzien van de motivatie.

De Handreiking geeft een overzicht van specifieke uitzonderingsgevallen waarin een-op-een vervreemding legitiem is. Zo is een marktpartij met een bestaande grondpositie naast de door de gemeente te verkopen grond ongelijk aan een marktpartij zonder grondpositie. Weliswaar zou de gemeente het speelveld gelijk kunnen trekken door onteigening, maar dat kost tijd. En urgentie van een ontwikkeling (woningbouwopgave!) is een prima beleidsargument. Een duidelijke uitzondering is bijvoorbeeld ook het bezit van een bouwclaim, dit maakt de ene marktpartij mét ongelijk aan mogelijk eveneens geïnteresseerde marktpartijen zonder.

### Geen kruimelregeling

De vraag of het mogelijk is met een drempelwaarde te werken, dus bijvoorbeeld gronden met een waarde minder dan 50.000 euro niet via openbare selectie te laten plaatsvinden, wordt door Bregman ontkennend beantwoord. Het Didam-arrest biedt geen basis voor een kruimelregeling. Ook de een-op-een verkoop van snippergronden zal gepaard moeten gaan met een deugdelijke motivering (objectief, toetsbaar en redelijk) en bekendmaking.

### Jurisprudentie

Manfred Fokkema, advocaat bij Infense advocaten, heeft sinds het Didam-arrest van de Hoge Raad op 26 november 2021 de jurisprudentie op de voet gevolgd en daarover gepubliceerd. Hij wijst om te beginnen op een niet onbelangrijk detail in de complexe rechtsgang in deze zaak, namelijk dat de Rechtbank Gelderland de betreffende koopovereenkomst in de bodemprocedure niet nietig heeft verklaard en geen verbod tot levering heeft uitgevaardigd. Tegen deze uitspraak loopt nu een beroep bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Wat tot op heden nauwelijks aandacht krijgt: de klagende partij heeft ook het argument van staatssteun ingebracht. De gemeente zou geen marktconforme koopsom hebben bedongen. Staatssteun in de vorm van een te lage koopsom kan leiden tot een nietige overeenkomst. Dit blijkt uit de uitspraken Spaansen Harlingen en Maankwartier Heerlen. Fokkema denkt dat de bodemprocedure uiteindelijk tot een Didam-II-arrest kan leiden, waarin naast de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, het staatssteunargument meer aandacht zal krijgen. Overigens is de voetangel van staatssteun al door Bregman voor nieuwe een-op-een-overeenkomsten geadresseerd

met het advies tot een onafhankelijke taxatie. Fokkema ontdekt in het vonnis van de Rechtbank Gelderland verder dat ten voordele van de verweerder is aangemerkt dat de ontwikkelaar aan wie de grond en het vastgoed is verkocht met andere partijen met een grondpositie in het gebied afspraken had gemaakt. De ontwikkelaar was daarin een unieke partij, zodat geen sprake was van willekeur van de kant van de gemeente. In het nadeel van de eiser sprak ook dat deze geen bod had uitgebracht. Het valt daarom te bezien of in het vervolg van de Didam-kwestie geconcludeerd zal worden dat de gemeente Montferland niet een-op-een had mogen verkopen.

## Conclusies

Uit de jurisprudentie van ruim dertig zaken na Didam kan een aantal conclusies worden getrokken. Om te beginnen aangaande het toepassingsbereik. Naast verkoop vallen ook erfpacht, grondruil, verhuur en (natuur)beheer onder het arrest. Verder is gebleken dat een gemeenschappelijke regeling tussen overheidslichamen (Wgr) opgevat moet worden als een overheidslichaam en dus evenzeer aan het Didam-arrest onderhevig is.

Ook een belangrijke conclusie is dat het Didam-arrest niet ingezet kan worden om bestemmingsplannen of verleende omgevingsvergunningen aan te vechten bij de bestuursrechter. Het gaat daarin immers niet om *wie* iets mag uitvoeren, maar alleen *hoe* dat moet gebeuren. De Raad van State heeft de deur naar het publiekrechtelijke traject dichtgegooid voor Didam-zaken.

Wat koopovereenkomsten betreft die nog voor Didam zijn gesloten, blijken rechters een afweging te maken tussen het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Dat kan ver gaan, leert de casus Oldambt. Daar is een oude toezegging van de gemeente aan een bewoner om een stukje grond als eerste aan hem aan te bieden door de rechter als deugdelijk argument voor de verkoop aan deze particulier beoordeeld. In de casus Nieuwegein is de gemeente verplicht om een overeenkomst met Shell alsnog gemotiveerd te publiceren. De gemeente zal daarbij duidelijk moeten maken dat Shell de enige serieuze koopgegadigde is omdat die zorgt voor de opheffing van twee vulpunten elders waardoor woningbouw mogelijk wordt. Andere gegadigden kunnen de gemeente dat specifieke voordeel niet bieden.

Wat de selectieprocedure betreft is duidelijk geworden dat de hoogste bieder een legitiem (objectief, toetsbaar en redelijk) criterium is. Hetzelfde geldt voor het principe wie het eerst komt, wie het eerst maalt (First in, First out). Ook loting is een optie. Maar in de gemeente Brunssum is over een loting juist een zaak aangespannen. De notaris zou niet diep genoeg in de kom hebben gegravid.

Specifiek vastgoed zoals sociale huurwoningen vormt een uitzonderingsgrond om een-op-een te gaan. Uit de jurisprudentie is gebleken dat de prestatieafspraken die gemeenten met corporaties maken een deugdelijke grondslag

vormen. Hoewel marktpartijen ook sociale huurwoningen kunnen realiseren, ontbreekt het bij hen aan zo'n prestatieafpraak.

Wat betreft bouwclaims wijst Fokkema op opmerkelijke jurisprudentie. In een zaak met een bouwclaim heeft de rechter een grondruil in dat kader goedgekeurd waarbij de marktpartij veel meer grond ontving dan ze inleverde. Een ongelijke grondruil kan dus ongeschonden door de Didam-toets komen.

## Grijs gebied

In de afsluitende paneldiscussie komen, in de woorden van moderator Jan Fokkema (directeur NEPROM), na de juristen ook de praktijkmensen aan het woord. Reint-Jan Auwema, projectontwikkelaar bij Van Wijnen, zegt dat de rechtsregels na het arrest wel tamelijk duidelijk zijn geworden, maar dat er toch een grijs gebied is gebleven tussen tenderen en het kiezen voor een samenwerkingspartner. Vooral bij postzegelontwikkelingen in de dorpen zou een-op-een-samenwerking mogelijk moeten blijven. Daarbij hangt het af van lef bij de gemeente.

Martine Bos, adjunct-directeur Grond en Ontwikkeling bij de gemeente Amsterdam, vertelt dat de hoofdstad als uitgangspunt een openbare selectieprocedure toepast en daar positieve ervaringen mee heeft. De procedure biedt een eerlijk speelveld voor partijen en heeft ook als voordeel dat ze duidelijke kaders biedt voor het vervolgproces. Bovendien leiden de tenders tot heel mooie resultaten omdat partijen uitgedaagd worden op ambities. Amsterdam kende tot voor Didam een hardheidsclausule op basis waarvan wel eens een-op-een grond werd gegund, met name in transformatiegebieden. Na het arrest wordt dit criterium niet meer toegepast en is de werkwijze aangescherpt. Rachel van Houwelingen, afdelingshoofd Ontwikkelen en realiseren, directie Woningbouw, BZK, noemt het een lichtpuntje in de jurisprudentie dat aan de voorkeurspositie van woningcorporaties geen afbreuk is gedaan. Op het ministerie leven geen ideeën om de gevolgen van het Didam-arrest met nieuwe wetgeving op te vangen. Aan het gelijkheidsbeginsel valt nu eenmaal niet te tornen.

## Partnerselectie

Het model van partnerselectie is eerder door Bregman als "vrijwel onmogelijk" afgeserveerd. Tijdens de discussie reikt hij de suggestie aan van een openbare selectie in twee fasen. Auwema merkt op dat een ontwikkelaar daar in de praktijk niet mee uit de voeten kan. Helen Amerika, commercieel manager Vastgoed en Stadsontwikkeling bij Arcadis, destijds namens Akro Consult een van de auteurs van de Reiswijzer 2019, wijst erop dat bij partnerselectie ook een minimum grondbieding wordt gevraagd. Je kunt dat zo zien dat de grondverkoop dan direct gekoppeld is aan de partnerselectie. Bregman ziet alsnog betere kansen voor partnerselectie op voorwaarde dat deze inderdaad expliciet gekoppeld is aan de grondverkoop. Auwema



hoopt dat er een modus gevonden wordt om partnerselectie in stand te houden. En daar komt ook weer dat beetje lef bij kijken: "Nog niet alles is in beton gegoten, laat er maar jurisprudentie ontstaan." Bregman valt dat punt bij: "Gebiedsontwikkeling is uiteindelijk mensenwerk. En dan geldt ook nog het adagium: Waar geen klager is, is geen beul." Bos geeft daarbij aan dat van de gemeente wel mag worden verwacht dat er een goede en objectieve onderbouwing voor een een-op-een-transactie wordt gegeven. In Amsterdam is dat ook nodig omdat er veel vraag is naar grondposities en de gemeente een goede uitleg moet kunnen geven aan andere marktpartijen.

### Unsolicited proposal

Tot slot spitst de discussie zich toe op de al of niet nog resterende ruimte voor het unsolicited proposal. Auwema weet dat "een beetje uniek" niet meer genoeg is om bij de gemeente aan te kloppen. "Maar gun marktpartijen nog wel wat ruimte voor de stukjes vergeten grond. Kleine pareltjes blijven de uitdaging. Als dat niet meer kan, zou dat doodzonde zijn." Amsterdam echter doet sowieso niets met unsolicited proposals, zegt Bos. De hoofdstad kiest voor een incidentele kavel dan eerder voor een prijsvraag. Rotterdam daarentegen nodigde marktpartijen tot voor kort zelfs uit tot het indienen van unsolicited proposals. Opgemerkt wordt dat vanwege de nijpende personeelscapaciteit bij gemeenten het juist welkom zou moeten zijn als een ontwikkelaar met een vergeten locatie aan de slag gaat. Hij kan de gemeente heel veel werk uit handen nemen en zal daarbij wel zo verstandig zijn om zijn plan te enten op de gemeentelijke beleidslijnen, verzekert Auwema. Bos geeft

aan dat het overnemen van werkzaamheden of het betalen van proceskosten geen goed objectief criterium is. Het moet niet zo zijn dat partijen die willen of kunnen betalen, daarvoor een voorrangpositie krijgen.

Als gemeenten nog door willen gaan met unsolicited proposals dient de procedure in ieder geval beschreven te worden in het gronduitgiftebeleid. Vervolgens kan de procedure voor specifieke locaties opengesteld worden. Manfred Fokkema meent dat de procedure uitstekend ingericht kan worden met het First in, First out-principe: het eerst ingediende plan wordt meteen inhoudelijk beoordeeld en als het plan goed genoeg is, worden er zaken gedaan. Bregman kan zich in die gang van zaken vinden op voorwaarde dat er ook een tijdschema meegegeven wordt voor het indienen van unsolicited proposals, zeg van 1 maart tot 1 juni.

Tot slot klinkt vanuit de zaal de hartenkreet dat overheden niet in de angstmodus moeten schieten en veiligheidshalve elke creatieve samenwerking uit de weg moeten gaan. Als je als gemeente een-op-een met een marktpartij tot een goed plan bent gekomen, toon dan lef! Vooral wanneer het gaat om het realiseren van een hoge, gezamenlijke woningbouwambitie.

1 Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling, prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman (IBR). Uitgave van BZK, NEPROM, VNG, VvG, november 2022.

