



**Handreiking implementatie
van het arrest Didam in het
gemeentelijke grond(uitgifte)
beleid ten behoeve van vastgoed-
en gebiedsontwikkeling**

Colofon

Uitgave

BZK, NEPROM, VNG, WvG

Correspondentieadres NEPROM

Postbus 620
2270 AP Voorburg
T 070 386 62 64
info@neprom.nl
www.neprom.nl



Voorburg, november 2022

Auteur

prof. dr. ir. A.G. (Arjan) Bregman (IBR)

Vormgeving

Amber Kaaijk-de Vos (NEPROM)

Fotografie

Koopmans Bouw: Waterfront, Harderwijk (omslag)
AM: Vijverpark, Overveen (pag. 8)
VanWonen: Lents Buiten, Nijmegen (pag. 14)
Synchroon: Willemsbuiten, Tilburg (pag. 22)

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid.



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

NEPROM



Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling

Inhoud

1. Inleiding	5
1.1. Achtergrond en aanleiding	5
1.2. Vragen over de gevolgen van het arrest van de hoge raad in de casus Didam	5
1.3. Inhoud en karakter van de handreiking	5
1.4. Opzet van deze handreiking	6
2. Het arrest van de hoge raad in de zaak Didam	7
2.1. De zaak Didam in het kort	7
2.2. De uitspraak van de hoge raad	7
3. De gevolgen van de uitspraak van de hoge raad in het algemeen	9
3.1. Naar een uniforme selectieprocedure	9
3.2. De verhouding met het aanbestedingsrecht	9
3.3. Het moment van publicatie van de voorgenomen vervreemding	9
3.4. De gevolgen van het ten onrechte niet volgen van een openbare selectieprocedure	10
4. Een stappenplan voor een openbare selectieprocedure	11
5. Uitzonderingen op een openbare selectieprocedure	15
5.1. Inleiding	15
5.2. Het arrest Didam mist toepassing bij zelfrealisatie	15
5.3. Grondeigendom en integrale planvorming	15
5.4. Bouwclaims	17
5.5. Compensatie met vervangende grond/grondruil	17
5.6. Nabijheid bij het toevoegen van gronden	18
5.7. Specifiek vastgoed op een specifieke locatie	18
5.8. Initiatieven vanuit de markt	20
5.9. Gesloten contracten	20
5.10. Lopende onderhandelingen van voor 26 november 2021	21
6. Een stappenplan voor uitzonderingen op een openbare selectieprocedure	23

1. Inleiding

1.1. Achtergrond en aanleiding

Ten behoeve van de vervreemding door gemeenten van onroerende zaken hebben gemeenten een eigen gronduitgiftebeleid – al dan niet als onderdeel van het gemeentelijke grondbeleid.

De afgelopen decennia was het in Nederland een gebruikelijke praktijk dat gemeenten hun gronden ofwel via een selectieprocedure verkochten aan de marktpartij met de beste aanbieding, dan wel een-op-een vervreemdden aan een marktpartij. Voor die laatste methode kon de gemeente verschillende motieven hebben: de betreffende marktpartij had al een grondpositie in het betreffende gebied, deze partij had een nog niet ingeloste bouwclaim, deze marktpartij presenteerde de gemeente een aantrekkelijk plan voor een ontwikkeling op een bepaalde locatie of een eerdere goede ervaring met de betreffende marktpartij deed de gemeente besluiten om bij een volgend project opnieuw met deze partij in zee te gaan.

Al enkele decennia is bekend dat de een-op-een-verkoop van gronden door gemeenten aan marktpartijen uitsluitend mogelijk is indien deze verkoop geen aanbestedingsplichtige overheidsopdracht behelst. Bovendien moet in het licht van de regelgeving op het gebied van staatssteun de marktconformiteit van de door de marktpartijen te betalen grondprijs blijken uit een taxatie uitgevoerd door een van partijen onafhankelijke deskundige.

Een arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 in de casus Didam¹ heeft directe gevolgen voor de bestaande praktijk zoals hiervoor beschreven. Gemeenten moeten volgens de Hoge Raad bij de vervreemding van onroerende zaken het gelijkheidsbeginsel in acht nemen, hetgeen betekent dat als hoofdregel geldt dat aan (potentiële) gegadigden gelijke kansen op de aankoop moeten worden geboden. In alle gevallen moet een beoogde grondverkoop door gemeenten openbaar bekend worden gemaakt, zo besliste de Hoge Raad.

1.2. Vragen over de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam

Sinds de Hoge Raad op 26 november 2021 uitspraak deed, worden vanuit de praktijk van vastgoed- en gebiedsontwikkeling voortdurend vragen gesteld over de precieze betekenis van dit arrest voor deze praktijk. De voorliggende omvangrijke woningbouwopgave vergroot de urgente behoefte aan antwoorden op deze vragen.

Vragen over het Didam-arrest vanuit de praktijk richten zich grosso modo op twee onderwerpen:

1. De juiste en adequate inrichting van een openbare selectieprocedure indien deze op grond van het arrest voor de vervreemding van onroerende zaken moet worden gevolgd en
2. Mogelijkheden om een een-op-een-samenwerking met een marktpartij te kunnen aangaan. De vraag is dan steeds of en zo ja hoe dit voldoende kan worden gemotiveerd en hoe een publicatie waarin de voorgenomen vervreemding aan één partij wordt aangekondigd, dient te luiden en welke mogelijkheden er voor derden bestaan om tegen de een-op-een-vervreemding op te komen.

Gelet op de decennialang gegroeide samenwerkingspraktijk zoals benoemd in paragraaf 1.1. van deze handreiking, zijn sinds het Didam-arrest zowel gemeenten als marktpartijen op zoek naar antwoorden op goeddeels dezelfde vragen ten aanzien van concrete vastgoed- of gebiedsontwikkelingen.

1.3. Inhoud en karakter van deze handreiking

Om te voorkomen dat gemeenten, maar ook private partijen (ontwikkelaars, bouwers, corporaties, zorginstellingen, particulieren), zich bij elke vastgoed- en gebiedsontwikkeling waarbij de vervreemding van een of meer

¹ Hoge Raad, 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

gemeentelijke onroerende zaken aan de orde is, steeds moeten afvragen hoe te handelen in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad in de casus Didam, verdient het aanbeveling dat gemeenten in hun grond(uitgifte)beleid opnemen hoe in diverse typen situaties moet worden omgegaan met de gevolgen van het arrest.

Gelet op de vragen die sinds 26 november 2021 vanuit de praktijk worden gesteld, zou het de praktijk zeer helpen wanneer gemeenten in het eigen grond(uitgifte)beleid aangeven:

1. Hoe een openbare selectieprocedure wordt ingericht (opzet openbare publicatie, verloop procedure inclusief tijdschema, te hanteren typen selectiecriteria);
2. In welke typen gevallen de gemeente juridisch verantwoorde mogelijkheden ziet om een-op-een onroerende zaken te vervreemden. Daarbij zullen overwegingen als grondeigendom (in relatie tot de integraliteit van de beoogde ontwikkeling), bouwclaims, specifieke typen te realiseren vastgoed, initiatieven vanuit de markt, gesloten overeenkomsten en lopende onderhandelingen en daarmee opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen aan de orde kunnen komen;
3. Hoe een openbare publicatie waarin een voorgenomen vervreemding aan één partij zonder voorafgaande openbare selectieprocedure wordt aangekondigd, wordt ingericht en welke rechtsbescherming daarop volgt (termijn, beroep of ook nog bezwaar).

In deze handreiking worden voor deze drie onderdelen, waarvan het aanbeveling verdient om deze een plaats te geven in grond(uitgifte)beleid, bouwstenen aangereikt.

Dergelijke bouwstenen kunnen voor gemeenten naar het oordeel van de opdrachtgevers van deze handreiking, het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de Vereniging van Grondbedrijven (VvG) en de Nederlandse Vereniging van Projectontwikkelaars (NEPROM) behulpzaam zijn bij de voorbereiding van de vaststelling van het beleid. De verantwoordelijkheid voor het grond(uitgifte)beleid berust vanzelfsprekend bij de gemeente(raad), terwijl besluiten omtrent concrete transacties een bevoegdheid zijn van het college. De gemeenteraad is ook – evenzeer als het college – verantwoordelijk voor de naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam heeft betrekking op de vervreemding van onroerende zaken door overheden. Omdat het bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling hoofdzakelijk om gemeentelijke projecten gaat, zal de vervreemding van gronden door gemeenten centraal staan. Onder ‘vervreemding’ valt, naast verkoop en levering van de volle eigendom, ook de vestiging van een beperkt recht, zoals bij erfpacht of opstal. Omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, bij elk overheidsbesluit en bij elk overheidshandelen van toepassing zijn, leven in de praktijk ook vragen van gemeenten over bijvoorbeeld de verhuur van gemeentelijk vastgoed of het (tijdelijk) verpachten van gronden. Omdat deze handreiking zich richt op het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling, zal op dergelijke vragen in deze handreiking verder niet worden ingegaan².

De tekst van deze handreiking is afgesloten op 25 oktober 2022. Met ontwikkelingen (in de jurisprudentie) na die datum is derhalve geen rekening meer gehouden.

1.4. Opzet van deze handreiking

In hoofdstuk 2 zal eerst worden ingegaan op de casus Didam en op het arrest van de Hoge Raad, in hoofdstuk 3 gevolgd door een beschrijving van de consequenties van dit arrest op hoofdlijnen. Hoofdstuk 4 bevat bouwstenen voor een stappenplan voor een openbare selectieprocedure indien een dergelijke procedure dient te worden gevolgd en in hoofdstuk 5 wordt een aantal situaties benoemd waarin van de hoofdregel kan worden afgeweken. Besloten wordt in hoofdstuk 6 met bouwstenen voor de in die gevallen te zetten procedurele stappen.

² [Bouwstenen.nl](https://bouwstenen.nl/): op dergelijke onderwerpen wordt wel ingegaan op de website Bouwstenen voor sociaal

2. Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam

2.1. De zaak Didam in het kort

De gemeente Montferland is op 1 januari 2005 ontstaan bij een gemeentelijke herindeling toen de gemeenten Bergh en Didam werden samengevoegd. De gemeente is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam. Op dit perceel staat het oude gemeentehuis van Didam. De gemeente wenst in dit voormalige gemeentehuis een supermarkt te vestigen.

De herontwikkeling van de gemeentehuislocatie staat niet op zichzelf. De gemeente Montferland wenst het dorpscentrum van Didam, waarbinnen deze locatie is gelegen, ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2018 het Masterplan Didam “De samenleving verandert” vastgesteld. In het Masterplan is ten aanzien van het onderwerp supermarkten onder meer vermeld dat ten tijde van de vaststelling van het Masterplan de supermarkten verspreid liggen over Didam, terwijl bewoners en ondernemers aangeven juist meerwaarde te zien in de concentratie van supermarkten in het centrum. Dat biedt de mogelijkheid dat winkels in het centrum elkaar versterken.

De gemeente Montferland werkt bij de herontwikkeling van het centrum van Didam samen met een ontwikkelaar (Groenstaete). Deze partij verwerft de gronden van de gemeente, woningcorporatie Plavei en de bibliotheek en zorgt vervolgens voor de bouw en de aanleg van de openbare ruimte. Onderdeel daarvan is de bouw van een nieuwe Coop-supermarkt op de locatie van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis. Na verhuizing van de oude Coop naar deze nieuwe winkel, komt er een Aldi-vestiging op de oude Coop-locatie.

Ook een franchisenemer van een Albert Heijn-supermarkt wil zich vestigen op de gemeentehuislocatie en benadert daarvoor de gemeente. Die verwijst de franchisenemer door naar Groenstaete, omdat de gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop zou zijn, maar onderdeel zou uitmaken van een grotere gebiedsontwikkeling. Op 3 oktober 2019 sluiten de gemeente en Groenstaete zowel een koopovereenkomst als een samenwerkingsovereenkomst voor het gebied waarvan de gemeentehuislocatie deel uitmaakt.

Daarop stappen bedoelde franchisenemer en een ontwikkelaar die onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern als de franchisenemer naar de rechter. De appellanten vorderen in deze spoedappel-procedure een verbod tot levering. Daarbij voeren zij in kort geding bij de rechtbank Gelderland onder meer het volgende aan: “Deze procedure, die onder meer voorziet in de mogelijkheid een supermarkt te realiseren, verloopt daarmee volstrekt intransparant (...) Bovendien is deze onderhandse toekenning van het recht om deze gemeentelijke gronden te gebruiken in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. (...) Gemeenten zijn ook bij privaatrechtelijk handelen, zoals het verkopen of in gebruik geven van grond, onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuurlijk (...).”

De rechtbank Gelderland³ verklaart de franchisenemer niet ontvankelijk wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Het hof Arnhem-Leeuwarden⁴ vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart de franchisenemer wel ontvankelijk, maar wijst de verzoeken van de franchisenemer af.

2.2. De uitspraak van de Hoge Raad

Op 26 november 2021 doet de Hoge Raad uitspraak in het cassatieberoep. De cruciale overwegingen 3.1.3. tot en met 3.1.6. van de Hoge Raad zijn hieronder weergegeven:

3.1.3. Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels

³ Rechtbank Gelderland, 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

3.1.4. Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Selectiecriteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn

3.1.5. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

3.1.6. De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat eenieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 november 2019 en verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.



3. De gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad in het algemeen

3.1. Naar een uniforme selectieprocedure

De opdracht die de Hoge Raad geeft aan overheden houdt in dat zij 'een passende mate van openbaarheid moeten verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria'. Bij gebiedsontwikkeling zijn aan overheidszijde vrijwel steeds uitsluitend gemeenten betrokken. Dit betekent in elk geval dat gemeenten zich dienen te bezinnen op het inrichten van een procedure voor dergelijke gevallen. Daarbij moet worden bedacht dat de uitspraak van de Hoge Raad niet betekent dat er in dergelijke gevallen sprake is van een aanbestedingsplicht.

Aan gemeenten komt een grote mate van vrijheid toe

Aan gemeenten komt een grote mate van vrijheid toe bij de inrichting van een procedure waarmee (a) voldaan wordt aan de vereiste passende mate van openbaarheid en (b) tegelijk een praktisch hanteerbare werkwijze wordt gekozen, die in vergelijking met de huidige praktijk niet onnodig extra belastend is.

3.2. De verhouding met het aanbestedingsrecht

In een vergelijking tussen een openbare selectieprocedure en een aanbesteding is in de eerste plaats van belang dat, waar een openbare aanbesteding op grond van de Aanbestedingswet 2012 in hoge mate is gereguleerd, bij een openbare selectieprocedure ten behoeve van de vervreemding van onroerende zaken een dergelijke regulering ontbreekt. Dit betekent dat gemeenten een hoge mate van vrijheid hebben ten aanzien van bijvoorbeeld het trechteren van de besluitvorming, uiteindelijk leidend tot één kandidaat, en wat betreft de keuze van (redelijke) termijnen.

Een tweede aspect in relatie tot aanbesteding is dat het in de praktijk van vastgoed- en gebiedsontwikkeling kan voorkomen dat een vervreemding door een gemeente van een onroerende zaak mede het karakter draagt van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Dit is het geval indien de gemeente bij de vervreemding van de koper een activiteit vereist die – op grond van de criteria in het arrest Müller uit 2010 – als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd⁵. In dergelijke gevallen dient de gemeente een openbare aanbestedingsprocedure te doorlopen ten behoeve van de vervreemding van de onroerende zaak. Omdat een openbare aanbestedingsprocedure aan alle gegadigden gelijke kansen biedt, betekent het volgen van een dergelijke procedure dat bij de vervreemding van de onroerende zaak ook wordt voldaan aan de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam.

Voorts is van belang dat bij aanbestedingen sprake is van drempelbedragen, terwijl het gelijkheidsbeginsel dit niet kent, zodat de overheid in beginsel ook bij kleine transacties mededingingsruimte zal moeten bieden.

Tenslotte verdient aandacht dat vóór 26 november 2021 gemeenten bij de vervreemding van onroerende zaken in sommige gevallen vrijwillig kozen voor een (openbare) selectieprocedure in gevallen waarin daartoe op grond van het aanbestedingsrecht geen verplichting bestond. In dergelijke situaties kunnen gemeenten na het arrest Didam ook volstaan met een openbare selectieprocedure.

3.3. Het moment van publicatie van de voorgenomen vervreemding

Voordat gronden waarvan de gemeente vindt dat 'op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop' daadwerkelijk aan deze ene partij worden verkocht, dient de gemeente het voornemen daartoe kenbaar te maken, vergezeld van een motivering die steunt op de door

⁵ Dit betreft de volgende drie cumulatieve criteria: er is sprake van een rechtstreeks economisch belang van de overheid bij de (te realiseren) onroerende zaak, er geldt een bouwplicht en de overheid stelt eisen die verder gaan dan de eisen die de overheid op grond van het publiekrecht zou kunnen stellen. Zie hiervoor uitgebreider de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 76.

de Hoge Raad genoemde objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Het hanteren van de in dit document omschreven werkwijze die de gemeente daarbij kan volgen, geeft een consistente gemeentelijke aanpak bij ruimtelijke ontwikkelingen.

Een voor de praktijk belangrijke vraag is op welk moment in het soms lange onderhandelingsproces tussen de gemeente en de marktpartij aan wie de gemeente wenst te vervreemden mag of moet worden gepubliceerd. Deze vraag is relevant omdat partijen bij een onderhandelingsproces graag zekerheid willen of de vervreemding en dus de ontwikkeling t.z.t. door kan gaan en daarom het liefst zo vroeg mogelijk in het proces publiceren, dus zelfs voor de haalbaarheidsfase start en partijen kosten gaan maken.

In dit verband is cruciaal dat de Hoge Raad nadrukkelijk heeft bepaald dat de overheid "zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop" dient bekend te maken. Het woord 'voornemen' moet in de context van de uitspraak van de Hoge Raad zo worden opgevat dat, indien de bekendmaking van het voornemen geen aanleiding geeft tot een juridische procedure en een uitspraak dat alsnog een openbare selectieprocedure moet worden gevolgd, de overheid daadwerkelijk met de beoogde koper een koopovereenkomst zal sluiten. Dit veronderstelt dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de tekst van (en bijlagen bij) de koopovereenkomst. Het is daarom niet in overeenstemming met het arrest indien 'slechts' sprake is van een voornemen tot serieuze onderhandeling (over de uitwerking van de plannen en de (financiële) onderbouwing) zoals op basis van bijvoorbeeld een intentieovereenkomst in de regel het geval is. Een dergelijke werkwijze staat ook op gespannen voet met de rechtszekerheid voor derde-marktpartijen, die dan niet weten voor welke precieze plannen ze mogelijk ook interesse zouden hebben.

3.4. De gevolgen van het ten onrechte niet volgen van een openbare selectieprocedure

Indien een gemeente van oordeel zou zijn dat onroerende zaken aan een bepaalde marktpartij kunnen worden vervreemd zonder voorafgaande openbare selectieprocedure, terwijl van objectieve, toetsbare en redelijke criteria feitelijk geen sprake is, en de gemeente desalniettemin overgaat tot vervreemding aan die marktpartij, dan rijst de vraag welke rechtsgevolgen dit heeft.

Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de gemeente de beoogde vervreemding wel publiceert en de situatie waarin de gemeente dat verzuimt.

Het verzuimen van een publicatie van een voorgenomen vervreemding is inmiddels een tamelijk theoretische situatie geworden. De algemeen geldende plicht tot publicatie voorafgaand aan vervreemdingen van onroerende zaken geniet in de praktijk inmiddels vrijwel algemene bekendheid. De rechtsgevolgen van het sluiten van overeenkomsten zonder een voorafgaande openbare selectieprocedure die had moeten worden gevolgd en zonder publicatie, zijn feitelijk alleen van betekenis voor overeenkomsten die zijn gesloten voorafgaand aan 26 november 2021. Op situaties van voor die datum zal in paragraaf 5.9 nader worden ingegaan.

Het publiceren van een beoogde vervreemding waarvan de gemeente ten onrechte meent dat daaraan voorafgaand geen openbare selectieprocedure behoefde te worden gevolgd, kan tweemaal rechtsgevolg hebben: (1) binnen de termijn waarbinnen derden tegen de beoogde vervreemding kunnen opkomen, komen een of meer derden in het geweer en er zal alsnog moeten worden overgegaan tot een openbare selectieprocedure of (2) binnen de termijn waarbinnen derden tegen de beoogde vervreemding kunnen opkomen, komt geen enkele derde in het geweer. De vervreemding zal dan doorgang vinden en het risico van een succesvolle claim van een derde om de overeenkomst aan te tasten is dan minimaal geworden.

Bij het voorgaande past wel de aantekening dat niet vaststaat dat deze lijn ook in de jurisprudentie daadwerkelijk zal worden aangehouden. Dat bepaalde overeenkomsten vernietigbaar zijn, is dus niet uitgesloten. Nietigheid ligt minder voor de hand omdat dit ingrijpende gevolgen heeft voor de rechtszekerheid. En daar is bij aanbesteden ook niet voor gekozen. De verdere rechtsontwikkeling moet echter worden afgewacht. Veel zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval.

4. Een stappenplan voor een openbare selectieprocedure

Indien ingeval van een beoogde vervreemding door de gemeente van onroerende zaken in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad daaraan voorafgaand een openbare selectieprocedure dient te worden gevolgd, dan dient een dergelijke procedure de volgende stappen te omvatten:

1. Collegebesluit/ mandaatbesluit (voorgenomen) grondverkoop, waarin tot het houden van een openbare selectieprocedure wordt besloten;
2. Publicatie met daarin de aankondiging van de openbare selectieprocedure. Daarin dient een omschrijving te zijn opgenomen van
 - (a) de te vervreemden onroerende zaken,
 - (b) de door de gemeente ten aanzien van de onroerende zaken toegestane activiteiten,
 - (c) de minimeisen waaraan partijen die aan de selectieprocedure deelnemen moeten voldoen, gelet op de op activiteiten die ten aanzien van de onroerende zaken zijn toegestaan,
 - (d) het verloop van de selectieprocedure en
 - (e) de door de gemeente te hanteren selectiecriteria;
3. De openbare selectieprocedure. Afhankelijk van het type en de omvang van de onroerende zaken die worden vervreemd en van de activiteiten die de gemeente ten aanzien van de onroerende zaken wil toestaan, kan ofwel
 - (a) een eenvoudige selectieprocedure met als enig criterium de hoogste prijs en
 - (b) een getrapte selectieprocedure met als criteria zowel (vrijwel steeds) de aangeboden prijs als de door de gemeente gestelde eisen en doelen;
4. De beoogde verkoop aan de gegadigde met de beste aanbieding wordt medegedeeld aan alle deelnemers aan de selectieprocedure;
5. Een termijn (van 20 kalenderdagen) gedurende welke de andere deelnemers aan de selectieprocedure dan de gegadigde met de beste aanbieding in de gelegenheid worden gesteld beroep bij de civiele rechter tegen de beoogde grondverkoop in te stellen (en eventueel ook een klacht bij het college in te dienen⁶);
6. Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van ontvangen beroep of klacht: ondertekening van de overeenkomst;
7. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten en daarna handelen naar dat oordeel;
8. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van een klacht, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten en daarna handelen naar dat oordeel.

Toelichting bij deze stappen:

Stap 1:

De vervreemding van onroerende zaken is op grond van de Gemeentewet een bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders. De wijze waarop binnen gemeenten gestalte wordt gegeven aan de uitvoering van deze bevoegdheid verschilt. Daarom worden bij stap 1 zowel een collegebesluit als een mandaatsbesluit, waarin tot de voorgenomen vervreemding is besloten, genoemd als mogelijke startpunten van de procedure.

⁶ Een dergelijke klacht wordt in sommige gemeenten ook wel 'bezwaar' genoemd. Een dergelijk bezwaar is nadrukkelijk iets anders dan een bezwaar in het kader van een bezwaarprocedure in bestuursrechtelijke zin.

Bijzondere aandacht vraagt hier de vervreemding door partijen die een privaatrechtelijke rechtsvorm kennen, maar die feitelijk onder het bestuur van de overheid staan. Hierbij kan worden gedacht aan een besloten vennootschap, waarvan de gemeente 100% aandeelhouder is en waaraan gronden in eigendom zijn overgedragen. Formeel is een dergelijke vennootschap geen overheid die gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar het feit dat de overheid een dergelijke onderneming feitelijk bestuurt zou wel kunnen betekenen dat de rechter zal oordelen dat ook door een dergelijke onderneming bij vervreemding van onroerende zaken een openbare selectieprocedure moet worden gevolgd. In dit verband kan een parallel worden getrokken met het aanbestedingsrecht, waarbij niet slechts op overheden, maar ook op publiekrechtelijke instellingen het aanbestedingsrecht van toepassing is⁷.

Stap 2:

De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.1.5. van het arrest Didam bepaald dat de overheid die een onroerende zaak door middel van een openbare selectieprocedure wenst te vervreemden, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Gelet hierop zijn onder (a) tot en met (e) deze aspecten benoemd. In rechtsoverweging 3.1.4. heeft de Hoge Raad aangegeven dat een overheid met inachtneming van de haar toekomstige beleidsruimte criteria moet opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Dat een selectie criterium objectief en redelijk moet zijn, betekent onder meer dat de eisen die aan deelnemers aan de selectieprocedure worden gesteld, proportioneel zijn in relatie tot de vastgoed- of gebiedsontwikkeling die op de betreffende locatie in overeenstemming met het gemeentelijke beleid is beoogd. Zo is het niet proportioneel – en derhalve niet redelijk – om als eis te stellen dat bij grondverkoop voor de ontwikkeling van circa 50 woningen uitsluitend marktpartijen in aanmerking komen die ervaring hebben met de ontwikkeling van projecten van minimaal 200 woningen. Hier is feitelijk sprake van een vergelijkbaar criterium als bij het stellen van bepaalde eisen aan de ervaring van gegadigden als selectie criterium bij aanbestedingen.

Stap 3:

Bij deze stap worden twee situaties geschetst: een eenvoudige selectieprocedure (met als criterium het hoogste bod) of een getrapte selectieprocedure. In het eerste geval krijgen alle gegadigden die voldoen aan de minimeisen de gelegenheid om gedurende een zekere periode na publicatie een aanbieding te doen en kondigt de gemeente aan om binnen een zekere termijn na het sluiten van de mogelijkheid om een aanbieding te doen een besluit tot voorgenomen vervreemding aan de hoogste bidder te nemen.

In het tweede geval heeft de gemeente verschillende mogelijkheden voor het inrichten van de selectieprocedure voor alle gegadigden die voldoen aan de minimeisen. De gemeente kan partijen vragen een tot op een aangegeven niveau meer uitgewerkt aanbod te doen en op basis daarvan de beste partij selecteren. Het nadeel daarvan is onder meer dat wellicht een groot aantal belangstellende partijen veel moeten investeren om te kunnen deelnemen. De gemeente kan er echter ook voor kiezen om de selectieprocedure in twee fasen te doen⁸. Bij de eerste fase krijgen partijen dan de gelegenheid om gedurende een zekere periode na publicatie hun ervaring met vergelijkbare projecten en/of expertise te presenteren. Eventueel kan hierbij ook om een eerste, zeer beknopte reflectie op het verzoek tot het doen van een bieding worden gevraagd. Op basis van de resultaten van deze eerste fase beslist de gemeente welke partijen in de gelegenheid worden gesteld om daadwerkelijk een aanbieding te doen, bestaande in (vrijwel steeds) een prijs voor de onroerende zaak, gekoppeld aan een beschrijving van de activiteiten die de gegadigde ten aanzien van de te vervreemden onroerende zaken wil uitvoeren. Daarvan maakt een ontwerp in de praktijk vaak deel uit. De gemeente zal binnen een zekere termijn na het sluiten van

⁷ In artikel 1.1. van de Aanbestedingswet wordt het begrip 'publiekrechtelijke instelling' als volgt omschreven: "een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: a. De activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, b. Het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of c. De leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen". Zie in dit verband ook Rb. Gelderland, 28 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5510

⁸ Ook loting is een mogelijkheid. Zie ook Rb. Limburg 28 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6104.

de mogelijkheid voor het beperkte aantal partijen om een aanbidding te doen een besluit tot voorgenomen vervreemding nemen. Het aantal partijen dat de gemeente tot de tweede fase van de openbare selectieprocedure wil toelaten zal in de publicatie moeten worden aangegeven. Alle termijnen dienen helder te zijn. Zoals in de toelichting bij stap 2 aangegeven dienen de minimeisen alsmede de criteria om toegelaten te worden tot de volgende fase objectief, toetsbaar en redelijk te zijn. Dat betekent dat vooraf moet worden aangegeven hoe wordt beoordeeld of aan de minimeisen is voldaan. Voor het vergelijken van aanbiddingen zal de gemeente daarnaast een gewicht aan de selectiecriteria moeten toekennen. Vaak zal het ene doel voor de gemeente belangrijker zijn dan het andere. Het is voor de objectiviteit van het selectieproces belangrijk dat aanbidders vooraf weten wat voor de gemeente zwaar weegt en wat minder zwaar, zodat zij niet voor verrassingen komen te staan.

Stap 4:

De mededeling dient schriftelijk en met redenen omkleed te worden gedaan.

Stap 5:

Bij de keuze van de termijn van 20 kalenderdagen is aansluiting gezocht bij het aanbestedingsrecht. De zogenaamde Alcatel-termijn waarbinnen na een mededeling van een voorgenomen gunning moet worden gewacht tot de overheidsopdracht daadwerkelijk wordt verleend bedraagt eveneens 20 kalenderdagen. Omdat in het aanbestedingsrecht deze termijn geldt ongeacht de omvang van de opdracht, wordt geadviseerd om ook bij openbare selectieprocedures bij de vervreemding van onroerende zaken door gemeenten steeds één termijn (van 20 kalenderdagen) te kiezen. Die termijn biedt deelnemers aan de selectieprocedure van wie de aanbidding niet is verkozen voldoende tijd om de balans op te maken of zij tegen de keuze van de gemeente willen opkomen.

Bij aanbestedingen bestaat in beginsel de mogelijkheid om binnen de Alcatel-termijn een kort geding bij de civiele rechter aan te spannen teneinde te voorkomen dat de overheid de aanbestedingsplichtige opdracht daadwerkelijk verleent. Eenzelfde mogelijkheid dient ook altijd aan deelnemers aan een openbare selectieprocedure voor de vervreemding van onroerende zaken te worden geboden ter voorkoming van de daadwerkelijke verkoop.

Daarnaast kan een gemeente ook in haar grond(uitgifte)beleid opnemen dat naast de wettelijk geborgde mogelijkheid van een gang naar de civiele rechter (in kort geding), ook het indienen van een klacht bij de gemeente (het college van burgemeester en wethouders) mogelijk is. Verplicht is dit nadrukkelijk niet. Een voordeel van een klachtmogelijkheid naast een mogelijkheid van beroep is dat enerzijds de drempel om zich ingeval van onvrede met de genomen beslissing daartegen te verweren lager is en in samenhang daarmee kan een dergelijke extra mogelijkheid ook voorkomen dat de vervreemding door gemeenten van onroerende zaken onnodig wordt gejuridiseerd en kan in goed onderling overleg worden bekeken of een oplossing mogelijk is. Een klachtenprocedure naast de mogelijkheid om een kort geding bij de civiele rechter te voeren behoeft overigens niet tot vertraging te leiden, omdat het recht om een kort geding aanhangig te maken ook bij een daarnaast bestaande klachtmogelijkheid nog steeds op 20 kalenderdagen na publicatie kan worden gesteld.

Stap 6:

Deze stap behoeft geen nadere toelichting.

Stap 7:

Deze stap dient te worden gezet, ongeacht of ook een klacht is ingediend in gevallen waarin de gemeente daarvoor een mogelijkheid heeft geschapen.

Stap 8:

Deze stap behoeft geen nadere toelichting.

Een openbare selectieprocedure en partnerselectie

Een in de praktijk gegroeide, bijzondere wijze van selectie met als einddoel gemeentelijke gronduitgifte is de zogenaamde partnerselectie. In de Reiswijzer gebiedsontwikkeling 2019 wordt over partnerselectie onder meer het volgende opgemerkt: "er wordt niet geselecteerd op een plan met een biding en/of op de prijs, maar op een partner(profiel) (...) oplossing(en) zijn vooraf echter nog niet bekend en er is een goede onderlinge samenwerking

nodig om de private en publieke belangen op elkaar af te stemmen. De opgave wordt zodoende, in de periode na selectie, verder vormgegeven. Daarmee concentreert een partnerselectie zich op het ontwikkelproces in plaats van op een concreet projectresultaat. Er wordt met de partner samen aan de knoppen gedraaid om tot een optimaal en integraal resultaat te komen. Het selecteren van de partner gebeurt op basis van zaken als ervaring, visie, commitment en competenties en is daarmee bijna te vergelijken met het voeren van sollicitatiegesprekken.”⁹

Omdat door de gemeente met de marktpartij die door de gemeente als partner wordt verkozen - en na een gezamenlijk proces van ‘rekenen en tekenen’ - een overeenkomst wordt gesloten op grond waarvan de onroerende zaken die nodig zijn om het plan dat het resultaat is van dit gezamenlijke proces te realiseren door de gemeente aan deze marktpartij worden verkocht, dient een partnerselectie te worden ingericht als een openbare selectieprocedure. Daarbij dienen de toe te passen selectiecriteria zich geheel richten op zaken als zaken als ervaring, visie, commitment en competenties.

Gelet op het ‘zachte’ karakter van sommige van dergelijke criteria, vergt dit in het licht van de eis van de Hoge Raad dat criteria steeds objectief, toetsbaar en redelijk dienen te zijn, nadrukkelijk de aandacht. Er moet voorafgaand aan de openbare selectieprocedure duidelijk zijn welke onroerende zaken aan het einde van het proces van ‘rekenen en tekenen’ aan de te selecteren marktpartij zullen worden vervreemd. De selectie vindt immers – ook wanneer daaraan de naam partnerselectie wordt toegekend- plaats ten behoeve van het selecteren van een marktpartij om daaraan uiteindelijk- gemeentelijke onroerende zaken te vervreemden.

Indien een dergelijke concretisering voorafgaand aan de partnerselectie onmogelijk of onwenselijk is, kan de procedure voor partnerselectie niet worden ingericht als een openbare selectieprocedure als bedoeld in het Didam-arrest en zal de partnerselectie zich feitelijk richten op een marktpartij die zich beperkt tot ‘rekenen en tekenen’. Voor de vervreemding van onroerende zaken door de gemeente zal dan op een later moment alsnog aan de vereisten van het arrest Didam moeten worden voldaan.

Bij de afronding van deze handreiking was er over initiatieven vanuit de markt in relatie tot het Didam-arrest nog geen jurisprudentie beschikbaar.



⁹ Reiswijzer Gebiedsontwikkeling, 2019, p. 55.

5. Uitzonderingen op een openbare selectieprocedure

5.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de typen gevallen worden benoemd waarin een gemeentelijke vervreemding van onroerende zaken kan plaatsvinden zonder dat daaraan voorafgaand een openbare selectieprocedure wordt gehouden en wordt volstaan met een publicatie waarin wordt aangegeven dat redelijkerwijs sprake is van slechts één gegadigde voor de aankoop van de betreffende gemeentelijke onroerende zaak. In al deze gevallen dient in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad sprake te zijn van een objectief, toetsbaar en redelijk criterium.

Daaraan voorafgaand zal worden ingegaan op de omstandigheden waaronder het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling in het geheel geen toepassing vindt.

5.2. Het arrest Didam mist toepassing bij zelfrealisatie

Voor gebieden waarbinnen alle onroerende zaken zijn verworven door marktpartijen vindt het arrest van de Hoge Raad geen toepassing. De gemeente verkoopt in dergelijke gebieden in het geheel geen onroerende zaken aan marktpartijen. De marktpartijen die alle onroerende zaken hebben verworven, hebben bovendien op de gehele gebiedsontwikkeling een wettelijk recht op zelfrealisatie, indien en voor zover dit in overeenstemming is met het aanbestedingsrecht. Mogelijk is de realisatie van bepaalde onderdelen van de gebiedsontwikkeling (met een publiek karakter) namelijk aanbestedingsplichtig, maar dat was ook voor de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam al het geval.

Ook wanneer marktpartijen onroerende zaken in eigendom hebben waarop een deel van het stedenbouwkundige plan voor een gebiedsontwikkeling, gelet op de verkaveling in dit plan, zelfstandig kan worden ontwikkeld, dan hebben de marktpartijen op dat deel van het stedenbouwkundige plan een zelfrealisatierecht en mist het arrest van de Hoge Raad voor die onroerende zaken derhalve betekenis.

5.3. Grondeigendom en integrale planvorming

Zodra voor het realiseren van een vastgoed- of gebiedsontwikkeling onroerende zaken nodig zijn die de gemeente in eigendom heeft of nog zal verwerven, dan is het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam van toepassing.

Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin alle benodigde onroerende zaken eigendom zijn van de gemeente en situaties waarin sprake is van een gemengd eigendom. In deze paragraaf gaat het om de tweede situatie: de marktpartij heeft eigendom, maar de gemeente ook en van beide partijen zijn onroerende zaken nodig om de beoogde ruimtelijke ontwikkeling te laten plaatsvinden.

Het is belangrijk om in dergelijke gevallen een vergelijking te maken tussen de eigendomsverdeling en de verkaveling in het stedenbouwkundige plan. Indien een gedeelte van het stedenbouwkundig plan, gelet op de verkaveling in dit plan, is geprojecteerd op onroerende zaken die gedeeltelijk in eigendom zijn van de gemeente en gedeeltelijk in eigendom zijn van marktpartijen die bereid en overigens in staat zijn om het betreffende deel van het stedenbouwkundige plan te realiseren in overeenstemming met de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering, dan kan het volgen van een openbare selectieprocedure in redelijkheid niet van de gemeente worden gevraagd. De reden hiervan is dat de gemeente de onroerende zaken die nodig zijn om het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundige plan te realiseren niet via een openbare selectieprocedure kan verkopen aan derden. Met andere woorden: de gemeente hoeft niet te verkopen aan een derde die vervolgens niet in staat is de gewenste bebouwing en/of de gewenste of noodzakelijke voorzieningen (parkeerplaatsen, groen etc.) te realiseren omdat deze ook na verkoop door de gemeente niet alle daarvoor benodigde gronden in handen heeft.

Voor het realiseren van het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundig plan is immers de medewerking van de private grondeigenaren noodzakelijk. Het is daarom verdedigbaar dat de gemeente in die situatie, ter bevordering

van een integrale, samenhangende ontwikkeling van het betreffende gebied (kijkend naar o.a. de gewenste omvang en situering van (bepaalde typen) woningen, parkeren, ontsluiting etc.), ten aanzien van het gedeelte van het plangebied waar van een dergelijke eigendomsverdeling sprake is, een vorm van publiek-private samenwerking aangaat met de marktpartijen die daarbinnen onroerende zaken in eigendom hebben verworven¹⁰. Hierbij kan een bouwclaimovereenkomst worden gesloten, een gezamenlijke grondexploitatie maatschappij worden opgericht, een concessieovereenkomst worden aangegaan of (onder de Omgevingswet) gebruik worden gemaakt van het instrument van stedelijke kavelruil. Op basis van die samenwerking kan de gebiedsontwikkeling dan zo spoedig mogelijk ter hand worden genomen, uiteraard mits het voornemen tot het sluiten van overeenkomsten in het kader van de samenwerking op de door de Hoge Raad beschreven wijze is kenbaar gemaakt.

De redelijkheid van deze benadering blijkt wanneer wordt gekeken naar het alternatief dat de gemeente in deze situatie heeft: het vragen aan de betreffende marktpartij of marktpartijen om hun onroerende zaken aan de gemeente te verkopen, zodat deze – samen met de gemeentelijke onroerende zaken – kunnen worden betrokken in een openbare selectieprocedure. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zullen de marktpartijen dit weigeren. Mocht de gemeente deze lijn dan toch willen doortrekken, dan rest de gemeente niets ander dan deze onroerende zaken te onteigenen. Een verplichte keuze voor dit alternatief kan uit de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam echter niet worden afgeleid. Zo heeft de gemeente in beginsel de bevoegdheid en niet de verplichting tot het gebruiken van het onteigeningsinstrument (dat het karakter heeft van een ultimum remedium) en is, mede gelet op de factor tijd, gebruik van het instrument onteigening bepaald niet bevorderlijk voor de voortgang van vastgoed- en of gebiedsontwikkeling.

Zeker indien voor de betreffende ruimtelijke ontwikkeling om beleidsmatige redenen een spoedige realisering wenselijk is, valt niet in te zien waarom de gemeente er niet in redelijkheid voor zou kunnen kiezen om in plaats van onteigening de eigen onroerende zaken te verkopen aan de marktpartij of marktpartijen die in het betreffende gebied al onroerende zaken in eigendom hebben, om zo een integrale, samenhangende gebiedsontwikkeling mogelijk te maken¹¹.

In dit verband is van belang dat de Hoge Raad in het arrest van 26 november 2021 nadrukkelijk ruimte heeft gelaten voor gemeentelijke beleidsvrijheid bij het bepalen van criteria. Zo spreekt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.4. van de ‘beleidsruimte’ die de overheid toekomt voor het hanteren van selectiecriteria. In het verlengde hiervan is die beleidsruimte er ook bij het hanteren van criteria op basis waarvan wordt geconcludeerd dat er maar één serieuze gegadigde is (zie rechtsoverweging 3.1.6). De vrijheid die de overheid in de hem toekomende beleidsruimte heeft om publieke belangen via het privaatrecht te behartigen, kan ertoe leiden dat maar één gegadigde serieus voor de aankoop in aanmerking komt. Dit is in dit geval ingegeven door het gemeentelijk belang bij een snelle en efficiënte verwezenlijking van de gebiedsontwikkeling.

Kortom: het bestaan van een belemmerende grond- of vastgoedpositie van marktpartijen voor de realisatie van (een of meer zelfstandig te realiseren delen van) het stedenbouwkundige plan, die slechts door middel van onteigening kan worden verkregen, kan worden aangemerkt als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente met deze marktpartijen een samenwerking kan aangaan. Een dergelijke samenwerking kan ook inhouden dat aan een marktpartij met een grondpositie die de gemeente voor de uitvoering van het ruimtelijk beleid nodig heeft een bouwclaim wordt verleend, aan deze marktpartij ter compensatie grond elders wordt aangeboden of anderszins grondruil plaatsvindt. Op deze vormen van samenwerking, waarbij de gemeente steeds de benodigde grond voor een ruimtelijke ontwikkeling verkrijgt, zal hierna afzonderlijk worden ingegaan.

¹⁰ Zie Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163. De voorzieningenrechter overweegt in deze uitspraak dat de gemeente voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een gezamenlijke ontwikkeling van de percelen van de marktpartij aan wie de gemeente wenst te vervreemden en de percelen die deze marktpartij al in eigendom heeft nodig zijn om te voldoen aan de ambities en doelstellingen uit het omgevingsplan, waaronder verdichting, functiemenging met gevarieerde bedrijvigheid en het realiseren van ruimte voor herplaatsing van bedrijven binnen het te ontwikkelen gebied, en dat daarom niet kan worden volstaan met een smalle ‘stand alone’ ontwikkeling van de door de gemeente te vervreemden onroerende zaken. Zie ook Rb. Gelderland 25 augustus 2022, ECLI:NL:RB-GEL:2022:5141.

¹¹ Zie Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584.

5.4. Bouwclaims

De kernafspraken in een bouwclaimovereenkomst zijn dat de marktpartij door hem verworven onroerende zaken vervreemdt aan de gemeente en daarnaast het recht verkrijgt om op een later moment bouwrijpe gronden te kopen van de gemeente teneinde deze voor eigen rekening en risico te bebouwen. De door de marktpartij te verkopen gronden en op een later moment te verkrijgen bouwrijpe kavels liggen vaak in hetzelfde te ontwikkelen gebied, maar dit hoeft niet zo te zijn. De 'bouwclaim' kan ook door de gemeente ingelost worden door grondverkoop in een ander gebied, soms na een betrekkelijk lange periode. Het kan ook zo zijn dat de gronden die de marktpartij aan de gemeente verkoopt in een ander gebied zijn gelegen dan de gronden die de gemeente aan de marktpartij verkoopt.

Een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente aan marktpartijen die een bouwclaim hebben onroerende zaken kan verkopen, zonder dat een openbare selectieprocedure behoeft te worden gevolgd, is dat de door de gemeente te verkopen gronden niet los kunnen worden gezien van de door de marktpartijen ingebrachte gronden. Marktpartijen die bouw kavels willen kopen en een bouwclaim hebben enerzijds en marktpartijen die ook die bouw kavels willen verwerven, maar geen bouwclaim hebben anderzijds, zijn dan ook geen gelijke gevallen die gelijk behandeld zouden moeten worden. Het beleid van het sluiten van bouwclaimovereenkomsten (als voorbeeld van herverkaveling via de gemeente als instrument om gebiedsontwikkeling te bevorderen) valt in beginsel binnen de gemeentelijke beleidsruimte, waarover in paragraaf 5.3. van deze handreiking reeds werd gesproken.

5.5. Compensatie met vervangende grond/grondruil

In het kader van verwerving van onroerende zaken door gemeenten is het een gebruikelijke praktijk om – met name bij de aankoop van onroerende zaken van bedrijven – te proberen om in plaats van een aankoopbedrag (of een schadeloosstelling bij onteigening) vervangende grond elders aan te bieden. De verkoop van de gronden op de vervangende locatie vindt dan plaats in het kader van een – beleidsmatig wenselijke – verplaatsing (van een bedrijf).

Het niet via een openbare selectieprocedure maar direct aan het te verplaatsen bedrijf aanbieden van de grond vindt dan plaats op basis van een objectief, toetsbaar en redelijk criterium. Net zoals bij bouwclaims is er feitelijk sprake van ongelijke gevallen: het ene bedrijf verkoopt gronden aan de gemeente en wil daarom een (vervangende) kavel kopen en andere gegadigden voor die kavel kunnen de gemeente geen gewenste grond (voor bijvoorbeeld woningbouw) bieden¹².

Meer in het algemeen kan grondruil ook plaatsvinden ingeval van een vastgoed- of gebiedsontwikkeling waarbij een vergelijking tussen de verdeling van de eigendom binnen de te ontwikkelen locatie en de beoogde eigendomsverdeling na realisatie van het project betekent dat partijen over en weer een of meer onroerende zaken aan elkaar verkopen. Ook hier geldt: de betreffende ruimtelijke ontwikkelingen, die de gemeente beleidsmatig wenselijk acht, kunnen uitsluitend plaatsvinden indien de gemeente en de marktpartij(en) onroerende zaken ruilen¹³.

Zoals in paragraaf 5.3. van deze handreiking reeds aangegeven, eerbiedigt de Hoge Raad de gemeentelijke beleidsruimte en betekent dit dat de grondruil die noodzakelijk is voor een beleidsmatig wenselijke ruimtelijke ontwikkeling een objectief, toetsbaar en redelijk criterium oplevert om de gemeentelijke onroerende zaken die daarin zijn betrokken niet via een openbare selectieprocedure maar via een enkelvoudige aanbieding aan de betreffende marktpartij(en) aan te bieden.

¹² Zie Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887. De voorzieningenrechter overweegt dat de gemeente bij voorbaat redelijkerwijs mocht aannemen dat de marktpartij aan wie de gemeente wenst te vervreemden de enige serieuze gegadigde is die in aanmerking kwam voor de aankoop/uitgifte. Daarbij mocht de gemeente van doorslaggevend belang achten dat zonder medewerking van deze marktpartij de integrale gebiedsontwikkeling niet kan worden gerealiseerd, omdat de fabriek dan niet, binnen afzienbare tijd, kan worden verplaatst.

¹³ Zie Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962. In deze uitspraak overweegt de voorzieningenrechter dat de marktpartij aan wie de gemeente gronden wenst te verkopen de enige partij is die de eigendom kan overdragen van de percelen die de provincie nodig heeft om de haar gestelde natuurdoelen in het gebied te realiseren. Nu de in ruil hiervoor verlangde overdracht van de percelen plaatsvindt tegen de actuele marktwaarde met bijbetaling van het waardeverschil, valt de voorgenomen transactie binnen het bereik van de door de Hoge Raad in het Didam-arrest benoemde uitzondering dat 'bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop'.

5.6. Nabijheid bij het toevoegen van gronden

Bedrijven kunnen de wens hebben om hun bedrijfspercelen te vergroten om meer ruimte te bieden aan hun bedrijfsvoering en eigenaren/bewoners kunnen de wens hebben om hun tuin uit te breiden. In beide typen gevallen kan het zijn dat de gemeente in de gelegenheid is om aan de betreffende wensen te voldoen door verkoop van aangrenzende onroerende zaken aan deze bedrijven dan wel particulieren.

Juist dit aangrenzende karakter levert een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op, op grond waarvan redelijkerwijs slechts één gegadigde in aanmerking komt voor de koop van de gemeentelijke onroerende zaken en derhalve een openbare selectieprocedure in dergelijke gevallen niet hoeft te worden gevolgd.

Hierbij wordt er van uit gegaan dat evident duidelijk is welk bedrijf of welke particulier aan wiens onroerende zaken de gemeentelijke onroerende zaken grenzen voor de koop in aanmerking komt. Mocht het in voorkomende gevallen zo zijn dat meerdere bedrijven c.q. particulieren eigendommen hebben die grenzen aan het gemeentelijke eigendom dat de gemeente wil vervreemden en meerdere van deze eigenaren aangeven interesse te hebben in de aankoop van de gemeentelijke onroerende zaken, dan is de gemeente uiteraard wel gehouden om deze eigenaren allen gelijke kansen te bieden op verwerving. Denkbaar is dat de gemeente in een dergelijke situatie kiest voor een zekere verdeling van de gemeentelijke onroerende zaken over de diverse geïnteresseerde eigenaren met aangrenzende onroerende zaken. Indien dit, gelet op de verkaveling die daarvan het resultaat zou zijn, geen redelijke oplossing biedt, dan zou de gemeente over kunnen gaan tot loting. Het verdient aanbeveling om in situaties waarin mogelijk sprake is van meerdere percelen waarvan de eigenaren wellicht allemaal als potentiële gegadigden zijn aan te merken, de kenmerken van het betreffende geval goed in kaart te brengen voordat een werkwijze wordt gekozen.

Publicatie is altijd vereist

In de praktijk rijst regelmatig de vraag of in gevallen waarbij evident duidelijk is dat redelijkerwijs maar één gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop – zoals bij de meeste groensnippers – een publicatie wel nodig is. Het antwoord op die vraag is af te leiden uit rechtsoverweging 3.1.6. van het arrest Didam, waar de Hoge Raad zonder nader onderscheid vereist dat bij een-op-een-vervreemding een verplichting tot voorafgaande bekendmaking van de beoogde vervreemding geldt.

De hieraan verbonden praktische bezwaren moeten echter niet worden overschat. In gevallen waarin het voor de hand ligt dat maar één gegadigde redelijkerwijs in aanmerking komt, kan worden volstaan met een beknopte motivering. Dit kan ingeval van de verkoop van groensnippers een eenvoudige verwijzing zijn naar het gemeentelijke beleid inzake de verkoop van groensnippers. De kans dat ook derden voor zulke gronden belangstelling hebben is echter vrijwel nihil, zodat bij dergelijke gronden na de termijn (van 20 kalenderdagen) de overdracht van de onroerende zaak bijna altijd kan plaatsvinden.

5.7. Specifiek vastgoed op een specifieke locatie

Voor het vervreemden van sommige typen vastgoed- of gebiedsontwikkelingen zoekt de gemeente specifieke typen marktpartijen. Zo zoekt de gemeente bij de vervreemding van kavels voor het realiseren van woningbouw door middel van (collectief) particulier opdrachtgeverschap uitsluitend (collectieven van) natuurlijke personen. Voor vastgoed op het gebied van zorg of onderwijs heeft de gemeente ook kopers met expertise ten aanzien van het realiseren en exploiteren van dergelijk vastgoed op het oog. Bij grondverkoop ten behoeve van het realiseren van sociale huurwoningen zoekt de gemeente wellicht bij voorkeur een woningcorporatie die deze woningen realiseert. En bij de verkoop van gronden voor publieke voorzieningen wenst de gemeente te vervreemden aan andere overheden of bedrijven die werkzaam zijn in bijvoorbeeld de nutssector.

In een aantal situaties waarin de realisatie van bijzondere typen vastgoed aan de orde is, zal de gemeente op voorhand een bepaalde partij op het oog hebben dan wel in de loop van het planproces in beeld krijgen die zich bereid verklaart de benodigde onroerende zaken van de gemeente te verwerven en die bereid en in staat is om het betreffende vastgoed te realiseren.

Op grond van rechtsoverweging 3.1.5. van het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam kan een gemeente zodanige selectiecriteria formuleren, dat alleen die partijen voor verwerving in aanmerking komen die voldoende zijn geëquipeerd om het door de gemeente gewenste type vastgoed te realiseren. Indien er meerdere partijen zijn die aan zulke selectiecriteria voldoen, dan zullen deze alle in de gelegenheid moeten worden gesteld om mee te dingen naar de verwerving. Wanneer het gaat om sociale huurwoningen dient daarbij te worden bedacht dat het realiseren daarvan niet exclusief is voorbehouden aan woningcorporaties. Wat wel kan is dat een gemeente beleid hanteert op grond waarvan gronduitgifte voor sociale huurwoningen aan corporaties dient plaats te vinden omwille van langjarig behoud van sociale huurwoningen voor dat segment en een adequaat beheer van dergelijke woningen. In dergelijke gevallen kan de gemeente als eis te stellen dat uitsluitend partijen die ervaring hebben met de langdurige exploitatie van sociale huurwoningen voor de aankoop in het concrete geval in aanmerking komen¹⁴.

Zoals in paragraaf 3.3. van deze handreiking reeds is aangegeven, heeft de Hoge Raad immers nadrukkelijk benoemd dat gemeenten bij de opstelling van selectiecriteria beleidsruimte hebben. Dit noopt gemeenten ertoe om bij het bepalen van ruimtelijke en programmatische randvoorwaarden steeds zo duidelijk mogelijk te verwijzen naar vastgestelde beleidsdocumenten, zoals een structuurvisie of woonvisie (en onder de Omgevingswet een omgevingsvisie of programma).

Het verdient aanbeveling om bij de vaststelling van nieuw beleid in dergelijke documenten ruimtelijke en programmatische ambities zo nauwkeurig als redelijkerwijs mogelijk is vast te leggen. Bij het formuleren van selectiecriteria voor de vervreemding van onroerende zaken op concrete locaties zullen hieruit valide argumenten voor de beschrijving van de gewenste vastgoed- of gebiedsontwikkeling en van partijen die voor de vervreemding in aanmerking komen, kunnen worden ontleend. Een voorbeeld van dergelijke ambities: in een omgevingsvisie kan de gemeente als een van de beleidsuitgangspunten voor gebiedsontwikkelingen een invulling met een goede mix aan functies met logische (fysieke) verbindingen als voorwaarde noemen voor omgevingsrechtelijke medewerking van de gemeente. Ook kan in een op de woningbouwopgave gericht programma worden vastgelegd dat de gemeente (omwille van de voortgang van de woningbouwopgave) bij de vervreemding van onroerende zaken van woningcorporaties en beleggers afnamegaranties verlangt. Partijen die aan dergelijke ambities en voorwaarden niet voldoen, vallen in een selectieprocedure dan op grond van een of meer objectieve, toetsbare en redelijke criteria af.

In bepaalde omstandigheden is het denkbaar dat voor het realiseren van vastgoed met een bepaald karakter redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde beschikbaar is. Dit kan bijvoorbeeld ook het geval zijn wanneer de gemeente weet dat van alle partijen die (in theorie) interesse zouden kunnen hebben voor de aankoop, slechts één partij (bij voorbeeld een groep zorgverleners) werkelijk belangstelling heeft en bereid en in staat is het beoogde project te realiseren. In een dergelijk geval kan worden volstaan met een publicatie van de beoogde grondverkoop zonder dat daaraan voorafgaand een openbare selectieprocedure wordt gehouden. Het specifieke karakter van het vastgoed en de beperkte beschikbaarheid van partijen die daartoe op de betreffende locatie kunnen en willen realiseren kan dan objectief, toetsbaar en redelijk criterium opleveren op grond waarvan een openbare selectieprocedure niet hoeft te worden gevolgd¹⁵.

¹⁴ Zie Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat een woningcorporatie op grond van de Woningwet het doel heeft om uitsluitend op het gebied en in het belang van de volkshuisvesting werkzaam te zijn. De corporatie beoogt haar financiële middelen uitsluitend in dat belang in te zetten. De gemeenteraad is op grond van de Woningwet verplicht een woonvisie vast te stellen waarin het gemeentelijk huisvestingsbeleid voor de komende jaren is neergelegd. De woningcorporatie dient op grond van de Woningwet bij te dragen aan de uitvoering van de woonvisie van de gemeenten waarin zij feitelijk werkzaam is. Gemeenten, woningcorporaties, huurdersorganisaties en bewonerscommissies maken vervolgens zogenaamde prestatieafspraken over de uitvoering van de woonvisie en de door de woningcorporaties in dit kader uit te voeren werkzaamheden. Deze afspraken zien onder meer op de realisatie van nieuwe sociale huurwoningen. De verkoop van de betreffende onroerende zaak draagt naar het oordeel van de voorzieningenrechter bij aan de verwezenlijking van die prestatieafspraken, de uitvoering van de wettelijke taak van de corporatie en de behartiging van publieke belangen. Een woningcorporatie heeft bij uitstek ervaring met de ontwikkeling en langjarige exploitatie van sociale huurwoningen. Daar komt bij dat de Gemeente in haar publicatie terecht stelt dat de uitvoering van de taken door een woningcorporatie uit hoofde van de Woningwet met waarborgen is omkleed. Dat geldt niet voor private partijen. Zo zijn de taken en de besteding van de financiële middelen van woningcorporaties wettelijk vastgelegd, maken zij prestatieafspraken met gemeenten en staan zij onder toezicht van de Autoriteit woningcorporaties, zo overweegt de voorzieningenrechter. Zie ook Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865.

¹⁵ Zie Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743. In deze uitspraak was een beoogde gronduitgifte aan ProRail aan de orde. In een andere uitspraak ging het om verkoop aan een zittende huurder. Zie Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

Ook bij de vervreemding van onroerende zaken voor specifieke doeleinden als onderwijs en nutsvoorzieningen zal op voorhand duidelijk zijn dat redelijkerwijs maar één gegadigde voor de aankoop in aanmerking komt. Gelet hierop kan bij de beoogde vervreemding aan scholen, nutsbedrijven en andere overheden of (semi-)publieke organisaties die het vervullen van een specifieke taak in het algemeen belang tot doelstelling hebben, in publicaties van de beoogde vervreemding worden volstaan met het noemen van (a) het gemeentelijke beleid om de betreffende vastgoedontwikkeling op de betreffende locatie mogelijk te maken en (b) de daarbij passende rol en doelstelling van de beoogde koper.

5.8. Initiatieven vanuit de markt

Een andere omstandigheid waarvan de vraag rijst of die zou kunnen leiden tot een objectief, toetsbaar en redelijk criterium om onroerende zaken te vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare selectieprocedure wordt gehouden, is de aanwezigheid van een initiatief vanuit de markt. Daarbij doet een marktpartij een gemeente een concreet voorstel voor de ontwikkeling van een bepaald gebied waarbinnen de onroerende zaken in eigendom zijn van de gemeente en waarbij deze marktpartij aangeeft dat hij bereid en in staat is om het gebied te ontwikkelen en een bouwprogramma overeenkomstig het gepresenteerde voorstel te realiseren.

Indien de gemeente op een dergelijk aanbod ingaat, worden de voor realisatie van het ingediende voorstel benodigde onroerende zaken door de gemeente vervreemd aan de marktpartij die het voorstel heeft ingediend. De vraag die voorligt is derhalve of de gemeente als criterium om onroerende zaken te vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare selectieprocedure wordt gehouden het ontvangen van een voor de gemeente aantrekkelijk initiatief vanuit de markt zou kunnen hanteren.

Wanneer wordt voldaan aan twee voorwaarden bestaat ruimte voor het honoreren van een initiatief vanuit de markt. De eerste voorwaarde is vanzelfsprekend dat de gemeente bereid is medewerking te verlenen aan het realiseren van een initiatief vanuit de markt. Dit zal het geval zijn wanneer de kenmerken van een initiatief vanuit de markt niet in strijd zijn met het beleid dat de gemeente ten aanzien van de betreffende locatie in de toekomst wenst te voeren.

Een tweede voorwaarde is dat een marktpartij een voorstel doet voor de ontwikkeling van een project of gebied, terwijl een dergelijke ontwikkeling in geen enkel gemeentelijk beleidsstuk voorkomt, kortom: het is werkelijk een uniek idee dat de marktpartij presenteert. Ook dan zal sprake moeten zijn van een zekere uniciteit van het idee. Het is de vraag of een idee voor een standaard woningbouwproject in het deel van het buitengebied dat nog in geen enkel gemeentelijk plan voorkomt, hieraan voldoet.

De gemeente loopt met het honoreren van een initiatief vanuit de markt het risico dat andere marktpartijen zich naar aanleiding van de publicatie van het voornemen om onroerende zaken te vervreemden aan de marktpartij die een initiatief vanuit de markt heeft ingediend, op het standpunt stellen dat zij evenzeer in staat zijn om een vergelijkbaar voorstel in te dienen dat evenzeer past binnen het gewijzigde gemeentelijke beleid ten aanzien van de betreffende locatie. De gemeente moet dan kunnen aantonen waarom uitsluitend de betreffende marktpartij in staat is om een voorstel te doen dat past binnen het gewijzigde gemeentelijke beleid.

Gelet op een en ander verdient het aanbeveling om de ruimte die de gemeente beleidsmatig wil bieden aan initiatieven vanuit de markt zo objectief mogelijk te omschrijven.

Naarmate een te ontwikkelen project of gebied gecompliceerder en de marktpartij die het initiatief heeft ingediend unieker is, stijgt de kans dat het zonder voorafgaande selectieprocedure vervreemden van onroerende zaken met als criterium dat sprake is van aan een marktpartij die een initiatief heeft ingediend, voldoet als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zoals bedoeld door de Hoge Raad. Bij de afronding van deze handreiking was er over initiatieven vanuit de markt in relatie tot het Didam-arrest nog geen jurisprudentie beschikbaar.

5.9. Gesloten contracten

Bedoeld worden hier gesloten contracten, op grond waarvan de gemeente onroerende zaken vervreemdt aan marktpartijen, zonder dat een voorafgaande, openbare selectieprocedure is gehouden, terwijl dat op grond van de criteria die de Hoge Raad in de casus Didam heeft geformuleerd wel had moeten. De vraag is onder welke

omstandigheden dergelijke overeenkomsten nog in rechte kunnen worden aangetast.

Omdat de verplichting om bij grondverkoop in beginsel een openbare selectieprocedure te houden niet voortvloeit uit een expliciete daartoe strekkende wetsbepaling, maar de Hoge Raad het bestaan van deze verplichting uit het gelijkheidsbeginsel heeft afgeleid, kan niet met volledige zekerheid worden gesteld binnen welke termijn na het sluiten van een overeenkomst deze nog in rechte zou kunnen worden aangetast.

Hoewel een openbare selectieprocedure geen formele aanbestedingsprocedure is, is het, vanwege de gelijkenis in opzet en strekking tussen een aanbestedingsprocedure en een openbare selectieprocedure, denkbaar en verdedigbaar om voor de lengte van een dergelijke termijn aansluiting te zoeken bij de termijn gedurende welke marktpartijen in de gelegenheid zijn om beroep in te stellen tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht te gunnen aan een marktpartij, zonder dat een aanbestedingsprocedure is gehouden.

Op grond van artikel 4.15, lid 2, aanhef en onder b Aanbestedingswet geldt hiervoor een termijn van een half jaar. Uitgaande van die termijn is verdedigbaar dat na ommekomst van een termijn van een half jaar na het sluiten van een overeenkomst voor vastgoed- of gebiedsontwikkeling, het risico van een succesvolle claim van een derde om de overeenkomst aan te tasten minimaal is geworden. Wel kan het zo zijn dat, wanneer voorafgaand aan het op enig moment voor 26 november 2021 sluiten van een koopovereenkomst voor derden die ook belangstelling toonden voor de aankoop en niet in de gelegenheid zijn gesteld om ook mee te dingen, voorafgaand aan de levering alsnog aan de eisen van de Hoge Raad op grond van het arrest Didam dient te worden voldaan. Dit kan overigens betekenen dat de gemeente alsnog publiceert en daarin gemotiveerd aangeeft waarom de marktpartij met wie de koopovereenkomst is gesloten redelijkerwijs de enige serieuze gegadigde is¹⁶.

Bij het voorgaande past wel de aantekening dat niet vaststaat dat deze lijn ook in de jurisprudentie daadwerkelijk zal worden aangehouden. Dat bepaalde overeenkomsten vernietigbaar zijn is dus niet uitgesloten. Nietigheid ligt minder voor de hand, omdat dit ingrijpende gevolgen heeft voor de rechtszekerheid en daar bij aanbesteden ook niet voor is gekozen. De verdere rechtsontwikkeling moet echter worden afgewacht. Veel zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval¹⁷.

Anders dan de situaties die in de paragrafen 5.2. tot en met 5.7. van deze handreiking zijn beschreven, gaat het hier om gevallen die op den duur zullen verdwijnen, omdat alle overeenkomsten die zijn gesloten voor 26 november 2021 op zeker moment zijn uitgevoerd.

5.10. Lopende onderhandelingen van voor 26 november 2021

Bij lopende onderhandelingen is in de eerste plaats van belang of de gemeente bij de onvermijdelijke openbare publicatie van de beoogde verkoop van onroerende zaken aan de onderhandelingspartner, gemotiveerd kan stellen dat sprake is van een objectief, toetsbaar en ook redelijk criterium op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Dit zal het geval zijn indien de onderhandelingspartner van de gemeente er – gezien de stand van de onderhandelingen – los van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam

¹⁶ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

¹⁷ Rb. Noord-Holland, 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBNH:2022:9333. Hierin merkt de voorzieningenrechter over een vordering om een koopovereenkomst uit 2017 nietig te verklaren onder meer op dat de gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel de vordering alleen kan dragen als de overeenkomst strijdig geoordeeld moet worden met de goede zeden of openbare orde en op grond van artikel 3:40 BW nietig is. Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter tot dat rechtsgevolg leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig. Verderop overweegt de voorzieningenrechter dat het in de onderhavige casus in feite gaat om een conflict tussen twee verschillende beginselen van behoorlijk bestuur, enerzijds het door de koopovereenkomst contractueel verankerde uitgangspunt dat door de overheid opgewekt vertrouwen behoort te worden gehonoreerd, anderzijds het in het Didam-arrest uitgewerkte uitgangspunt dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat overheidslichamen zoals de gemeente bij uitgifte van grond gelijke gevallen gelijk moeten behandelen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeente in dat spanningsveld op goede gronden heeft gekozen voor nakoming van het vertrouwensbeginsel door middel van nakoming van de overeenkomst.

op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen¹⁸. Ook een gemeentelijke toezegging uit het (verre) verleden om met één marktpartij in onderhandeling te treden betekent dat niet langer sprake is van gelijkheid tussen de betreffende marktpartij en andere marktpartijen¹⁹.

Voor de omvang van het risico dat een derde zich naar aanleiding van de publicatie zal melden met een bezwaar tegen de beoogde grondverkoop, is van belang of derden – net zoals in Didam – zich eerder als geïnteresseerden (bij de gemeente) hebben gemeld en zijn afgewezen. Indien dit zo is, dan is de kans dat er naar aanleiding van de publicatie gegronde bezwaren zullen worden ingediend, beduidend groter dan wanneer derden nimmer tegen de samenwerking tussen de gemeente en de onderhandelingspartner hebben geageerd.

Wanneer de gemeente in de situatie van eerder afgewezen derden geen goede motivering kan aandrazen waarom aan de onderhandelingspartner wordt verkocht zonder dat een openbare selectieprocedure wordt gehouden, en evenmin kan worden gesteld dat de marktpartij met wie de gemeente in onderhandeling was aan de stand van de onderhandelingen een gerechtvaardigd vertrouwen kan ontleen dat een koopovereenkomst zou worden gesloten, dan dient de gemeente de onderhandelingen af te breken en de betreffende onroerende zaken in een openbare selectieprocedure te betrekken, waarbij het de onderhandelingspartner vrij staat om mee te dingen. Omdat een gemeente daarmee niets anders doet dan zich conformeren aan het volgens de Hoge Raad geldende recht en er – zoals genoemd – nog geen gerechtvaardigd vertrouwen bij de onderhandelingspartner is ontstaan, kan dit niet leiden tot een succesvolle schadeclaim van de onderhandelingspartner jegens de gemeente.

Evenals aan het einde van paragraaf 5.9. van deze handreiking ten aanzien van gesloten contracten is opgemerkt, past ook bij de betekenis van lopende onderhandelingen de kanttekening dat het hierbij in het licht van het Didam-arrest gaat om gevallen die op den duur zullen verdwijnen, omdat alle onderhandelingen die het betreft binnen afzienbare tijd ofwel zullen leiden tot het sluiten van een overeenkomst, dan wel tot het beëindigen van de onderhandelingen zonder dat overeenstemming is bereikt.



¹⁸ Zie Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.

¹⁹ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

6. Een stappenplan voor uitzonderingen op een openbare selectieprocedure

Indien ingeval van een beoogde vervreemding door de gemeente van onroerende zaken sprake is van een van de hiervoor in hoofdstuk 5 beschreven situaties waarin de gemeente van mening is dat in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad het volgen van een daaraan voorafgaande openbare selectieprocedure niet behoeft te worden gevolgd, dan zouden in een dergelijk geval de hiernavolgende stappen kunnen worden gezet. Dat geldt voor alle vervreemdingen, ook wanneer het naar het oordeel van de gemeente gaat om vervreemdingen waarvoor het uitermate voor de hand liggend is dat een bepaalde partij (bijvoorbeeld een eigenaar van een naastgelegen woning of een nutsbedrijf bij een grondverkoop voor een nutsvoorziening) daarvoor in aanmerking komt:

1. Collegebesluit/mandaatbesluit (voorgenomen) grondverkoop waarin, onder verwijzing naar het gronduitgiftebeleid, wordt gemotiveerd waarom in het betreffende geval de gemeente beoogt onroerende zaken aan één partij te vervreemden en geen daaraan voorafgaande openbare selectieprocedure te houden;
2. Publicatie van het voornemen tot vervreemding;
3. Een termijn (van 20 kalenderdagen) gedurende welke derden die eveneens voor de verwerving in aanmerking zouden willen komen in de gelegenheid worden gesteld beroep (en eventueel ook een klacht) tegen de beoogde grondverkoop in te stellen;
4. Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van een ontvangen beroep of klacht: ondertekening van de overeenkomst;
5. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten en daarna handelen naar dat oordeel;
6. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van een klacht, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten en daarna handelen naar dat oordeel.

Toelichting bij deze stappen:

Stap 1:

De vervreemding van onroerende zaken is op grond van de Gemeentewet een bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders. De wijze waarop binnen gemeenten gestalte wordt gegeven aan de uitvoering van deze bevoegdheid verschilt. Daarom worden bij stap 1 zowel een collegebesluit als een mandaatsbesluit waarin tot de (publicatie van de) voorgenomen vervreemding is besloten, genoemd als mogelijke startpunten van de procedure.

Stap 2:

Een adequate wijze van publicatie is vermelding op de gemeentelijke website. Dit waarborgt dat eenieder hiervan kennis kan nemen. Van marktpartijen met interesse in vastgoed of gebiedsontwikkeling in een bepaalde gemeente of regio mag worden gevergd dat zij met voldoende regelmaat in de gaten houden welke mogelijkheden zich daartoe voordoen. Ook hierin dient de motivering waarom is besloten zonder voorafgaande openbare selectieprocedure de onroerende zaken aan één partij te vervreemden te worden vermeld. Deze motivering dient de keuze voor de gronduitgifte aan de bewuste partij te kunnen dragen. Daarbij kunnen in concrete gevallen argumenten worden ontleend aan hetgeen in hoofdstuk 5 van deze handreiking is aangereikt. Naast een publicatie op de gemeentelijke website is aanvullend een verwijzing naar www.officielebekendmakingen.nl denkbaar. Ook kan – volgens plaatselijk gebruik – worden gepubliceerd in lokale media.

Publicatie op websites als Tendersnet en Funda, die in het leven zijn geroepen en feitelijk zijn bedoeld voor het bekend maken van respectievelijk (aanbestedingsplichtige) overheidsopdrachten en aangeboden koopwoningen, ligt voor publicaties van beoogde vervreemdingen door gemeenten van onroerende zaken ten behoeve van vastgoed-

en gebiedsontwikkeling niet voor de hand en is daarmee niet passend voor het doel van deze publicatie van de gronduitgifte.

Stap 3:

Bij de keuze van de termijn van 20 kalenderdagen is aansluiting gezocht bij het aanbestedingsrecht. De zogenaamde Alcatel-termijn waarbinnen na een mededeling van een voorgenomen gunning moet worden gewacht tot de overheidsopdracht daadwerkelijk wordt verleend, bedraagt eveneens 20 kalenderdagen. Omdat in het aanbestedingsrecht deze termijn geldt ongeacht de omvang van de opdracht, wordt geadviseerd om ook beoogde vervreemdingen zonder voorafgaande openbare selectieprocedures door gemeenten steeds één termijn (van 20 kalenderdagen) te kiezen. Die termijn biedt derden voldoende tijd om de balans op te maken of zij tegen de beoogde vervreemding willen opkomen.

Bij aanbestedingen bestaat in beginsel de mogelijkheid om binnen de Alcatel-termijn een kort geding bij de civiele rechter aan te spannen teneinde te voorkomen dat de overheid de aanbestedingsplichtige opdracht daadwerkelijk verleent. Eenzelfde mogelijkheid dient ook aan deelnemers aan een openbare selectieprocedure voor de vervreemding van onroerende zaken altijd te worden geboden ter voorkoming van de daadwerkelijke verkoop.

Daarnaast kan een gemeente ook in haar grond(uitgifte)beleid opnemen dat naast de wettelijk geborgde mogelijkheid van een gang naar de civiele rechter (in kort geding), ook het indienen van een klacht bij de gemeente (het college van burgemeester en wethouders) mogelijk is. Verplicht is dit nadrukkelijk niet. Een voordeel van een klachtmogelijkheid naast een mogelijkheid van beroep is dat de drempel om zich ingeval van onvrede met de genomen beslissing daartegen te verweren lager is en in samenhang daarmee kan een dergelijke extra mogelijkheid ook voorkomen dat de vervreemding door gemeenten van onroerende zaken onnodig wordt gejuridiseerd. Een klachtenprocedure naast de mogelijkheid om een kort geding bij de civiele rechter te voeren behoeft overigens niet tot vertraging te leiden, omdat het recht om een kort geding aanhangig te maken ook bij een daarnaast bestaande klachtenmogelijkheid nog steeds op 20 kalenderdagen na publicatie kan worden gesteld²⁰.

Stap 4:

Deze stap behoeft geen nadere toelichting.

Stap 5:

Deze stap dient te worden gezet, ongeacht of ook een klacht is ingediend in gevallen waarin de gemeente ook daarvoor een mogelijkheid heeft geschapen.

Stap 6:

Deze stap behoeft geen nadere toelichting.

Bij de stappen 5 en 6 past nog de kanttekening dat, indien in kort geding, dan wel naar aanleiding van een ingediende klacht, wordt geoordeeld dat de gemeente in het betreffende geval niet mag vervreemden zonder dat een openbare selectieprocedure is gehouden, het voor de hand ligt dat zowel de gemeente als de marktpartij aan wie de gemeente aanvankelijk wilde vervreemden zonder voorafgaande openbare selectieprocedure, ieder de eigen kosten dragen die zij ten behoeve van het betreffende project hebben moeten maken. De gemeente en de betreffende marktpartij zullen immers beide de aanvankelijke overtuiging hebben gehad dat een een-op-een-vervreemding in overeenstemming was met het arrest van de Hoge Raad en zullen in goed onderling overleg een concept-(koop)overeenkomst hebben opgesteld.

²⁰ Het is niet mogelijk om een vervreemding zonder voorafgaande openbare selectieprocedure aan te vechten in een bestuursrechtelijke procedure tegen bijvoorbeeld het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan. Zie hiervoor o.a. ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:R-VS:2022:1157. Daarin overweegt de Afdeling dat de eventuele gevolgen van het arrest Didam voor een gesloten koopovereenkomst tussen de gemeente en een marktpartij niet op voorhand betekenen dat het plan als zodanig niet uitvoerbaar is. Een bestemmingsplan regelt immers niet door welke gegadigde het moet worden uitgevoerd. Naar deze uitspraak verwijst de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in diverse vervolguitspraken.