

## **Rondetafelgesprek Didam-arrest:**

### **Er is nog altijd beleidsruimte voor een-op-een**

*Datum: 23-02-2022. Organisatoren: VNG, VVG, BZK en NEPROM Tekst: Kees Hagendijk*

*Deelnemers: Adrian Los (voorzitter), directeur Stedelijke ontwikkeling Gemeente Leiden en voorzitter VVG; Jan Fokkema, (co-host), directeur NEPROM; Arjan Bregman, Hoogleraar Bouwrecht, stafmedewerker IBR en zelfstandig adviseur; Tycho Lam, Hekkelman advocaten; Jan Frans de Groot, Houthoff advocaten; Renée van der Zwan, Deloitte; Aisso Boelman, Fakton consultancy, Renée van Bommel, BZK; Margriet Schepman en Nicolette Zandvliet, NEPROM; Chantal van Rooijen, VNG/VVG en Renate van der Zee, VVG.*

Het Didam-arrest dat de Hoge Raad op 26 november 2021 heeft gewezen, heeft onder publieke en private partijen die zich met vastgoedontwikkeling bezighouden veel onzekerheid veroorzaakt. Er is gebrek aan duidelijkheid over een aantal zaken. Wat is een veilige vervaltermijn waarbinnen derden bezwaar kunnen maken tegen een een-op-een-transactie tussen een overheidslichaam en een private partij? Welke sanctie zal de rechter opleggen als een overeenkomst wordt afgekeurd – is dat per se nietigheid? Volgens welke criteria en procedures zijn een-op-een-overeenkomsten nog wél mogelijk – wat zijn de uitzonderingen?

#### **Ongelijke gevallen**

Arjan Bregman brengt ter reflectie een reële maar geanonimiseerde casus in. De gemeente wil graag dat een pand met monumentstatus wordt gerenoveerd. Een ontwikkelaar koopt het monument van een particulier en verplicht zich om het pand te renoveren en er een aantal woningen in te realiseren. Ter compensatie van het – blijkens een open begroting – financieel tekort verleent de gemeente de ontwikkelaar een bouwclaim op een kavel op een uitleglocatie.

Volgens Bregman is de essentie van het Didam-arrest dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. In deze casus echter, betoogt hij, is geen sprake van een gelijk geval, aangezien andere ontwikkelaars met eventuele interesse in de vrije kavel niet de unieke deal met de particuliere aankoop en renovatie van het monument kunnen inbrengen. Het is een uniek, ongelijk geval. Vanuit de gemeente is sprake van objectief, zakelijk handelen. De overeenkomst inclusief argumentatie is van gemeentewege ook gepubliceerd.

Volgens Arjan Bregman moet de toegekende bouwclaim niet gezien worden als een verkapte subsidie, ook al is duidelijk sprake van een economisch voordeel voor de private partij. Want er staat een objectief voordeel voor de gemeente tegenover, namelijk een financieel voordeel: de gemeente hoeft geen subsidie te spenderen aan de renovatie van het monument, terwijl ze de marktconforme vergoeding voor de kavel op de uitleglocatie hoe dan ook wel zou binnenhalen.

Jan Fokkema kan zich goed voorstellen dat dergelijke unieke aanbiedingen ook van toepassing kunnen zijn in gebiedsontwikkelingen, met name in samenwerking met woningcorporaties. Sowieso wordt onder de deelnemers de opvatting breed gedeeld dat er voor corporaties een uitzonderingspositie moet komen. Al stelt Renée van der Zwan ter discussie of corporaties wel zo'n unieke positie hebben, aangezien er ook marktpartijen zijn die, als onderdeel van een woningbouwplan, sociale huurwoningen willen ontwikkelen en langjarig exploiteren. Jan Frans de Groot merkt op dat corporaties als toegelaten instellingen zonder meer een unieke positie hebben. Ze staan onder toezicht en maken prestatieafspraken met de gemeente.

### **Vervaltermijn**

De vraag is welke termijn aangehouden moet worden waarbinnen een partij zich als mededinger kan melden. De Alcatel-termijn van 20 dagen lijkt redelijker dan de termijn van een half jaar uit de aanbestedingswet, maar zekerheid daarover bestaat niet. Hoe dan ook is van belang een termijn aan te houden en die ook publiekelijk kenbaar te maken. Tycho Lam merkt op dat de termijn er uiteraard niet toe doet als de rechter een overeenkomst nietig kan verklaren. Die onzekerheid blijft. Als er een genuanceerdere benadering mogelijk is, kan de rechter een toegekende (en gepubliceerde) bezwaartermijn laten meewegen, in dat opzicht kan het nuttig zijn.

### **Grondposities leidend?**

Aeisso Boelman vreest dat in de praktijk vooral eigendom een belangrijke basis is om te komen tot een een-op-een-overeenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar. Projectontwikkeling zal daarom volgens Boelman nog weer meer een machtsspel worden waarbij het er in eerste instantie vooral om gaat een grondpositie in te nemen. Dit zal er wellicht toe leiden dat gemeenten weer vaker naar de wet voorkeursrecht moeten grijpen om de speculanten af te weren.

Jan Frans de Groot deelt deze vrees niet helemaal. Een grondpositie is belangrijk, maar niet het enige dat telt. Het arrest stelt dat het uitzonderingscriterium voor een-op-een objectief, toetsbaar en redelijk moet zijn en dit biedt voldoende ruimte om andere zaken dan een grondpositie mee te wegen. Te noemen valt onder meer: de noodzakelijke integraliteit van de ontwikkeling waarvan de privaatrechtelijke transactie een onderdeel is; bewezen commitment van de beoogde koper; de aard, hoedanigheid en bekwaamheid van de beoogde contractspartij, samenhang met een bestaande rechtmatig verkregen grondpositie van deze partij; het (aantoonbaar mindere) realiteitsgehalte van door derden geclaimde ontwikkelingsmogelijkheden.<sup>1</sup>

Gemeenten behouden redelijk veel regisserende ruimte. Wel is het zo dat voor het afzien van het voorkeursrecht en het toepassen van het onteigeningsrecht ten behoeve van een ontwikkelende partij dezelfde striktere criteria gaan gelden. Arjan Bregman tekent hierbij aan dat gemeenten het wanneer en waarom van het gebruik van deze instrumenten in hun beleidsdoelstellingen moeten vastleggen. In haar Nota Grondbeleid kan een gemeente dat soort situaties prima arresteren.

## **Aanvullende wetgeving**

De Hoge Raad heeft de zaak van het Didam-arrest terugverwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Daarnaast hebben de partijen een bodemprocedure aangespannen bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. De uitspraak wordt in oktober verwacht. Mogelijk biedt de uitspraak nieuwe aanknopingspunten hoe om te gaan met het arrest van de Hoge Raad.

Los daarvan is de vraag of er nieuwe wetgeving nodig is om het Didam-arrest te begrenzen en te specificeren. Renée van der Zwan is van mening dat het Rijk met het oog op de proportionaliteit van een transparant en objectief proces in ieder geval een instructie moet geven over de ondergrens van het aantal vierkante meter grond waarvoor mededinging nodig is. Opdat over snippergroen in ieder geval niet moeilijk gedaan hoeft te worden en de toch al sterk oplopende tender- en transactiekosten niet verder uit de hand lopen voor alle partijen. Regels over wat wel of niet een uitzondering is, zijn wenselijk, maar deze moeten ook weer niet te specifiek zijn, omdat er altijd weer nieuwe uitzonderingen mogelijk of nodig blijken. Partnerselectie blijft te verkiezen boven allemaal open aanbestedingen. Aeiiso Boelman heeft dezelfde zorg over oplopende transactiekosten. Wanneer als gevolg van het arrest veel meer openbaar wordt aanbesteed, dienen de eisen voor de eerste selectieronde minimaal te zijn. De gemeente zou in haar beleidsdocumenten moeten opnemen dat ze transactiekosten wil beperken.

Arjan Bregman vindt alleen het wettelijk vastleggen van de bezwaartermijn wenselijk. Voor de rest moet hij er niet aan denken de selectieprocedure in wetgeving te standaardiseren en aan de wetgever over te laten wat de uitzonderingen zijn. Voor het inrichten van de procedure is de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling het voorbeeld. Houd het zo simpel mogelijk. Belangstellenden voor een opgave, summier omschreven op de gemeentelijke website, kunnen zich kenbaar maken. Op basis van referentieprojecten selecteert de gemeente een drietal partijen die een daadwerkelijke aanbieding mogen doen. Gemeenten zouden de procedures of tenminste de principes ervan in hun nota's grondbeleid moeten opnemen en ook expliciet als doel moeten benoemen de transactiekosten zoveel mogelijk te beperken.

Jan Frans de Groot is evenmin geporteerd voor nieuwe wetgeving. De afwijkingsruimte die de Awb biedt is afdoende. Het voordeel ten opzichte van wettelijke bepalingen is dat de expliciet geformuleerde beleidsruimte ook weer makkelijker kan worden veranderd, uitgebreid of beperkt. Dat geeft meer speelruimte voor de praktijk, en ja, inderdaad iets minder zekerheid. Overigens valt niet te verwachten dat er nu op grote schaal procedures worden gestart. Alle ontwikkelaars zitten in hetzelfde schuitje. Misschien dat er een paar van procederen hun verdienmodel willen maken, maar die diskwalificeren zich op die manier vanzelf.

Naast de vervaltermijn moet wetgeving ook vastleggen of een-op-een-overeenkomsten vatbaar zijn voor vernietigbaarheid of nietigheid, meent Tycho Lam. Dat zou een stuk rechtszekerheid geven. Vernietigbaarheid is volgens hem eigenlijk geen optie. Of er voor het risico op nietigheidsverklaring duidelijke veilige uitzonderingen zijn te bepalen, is twijfelachtig.

## **Unsolicited proposals**

Jan Fokkema vraagt zich af of het unsolicited proposal, voor zover daar een grondtransactie aan te pas komt, ook aanvullende wetgeving vereist. Volgens Arjan Bregman niet. Er is voldoende beleidsruimte om de unieke aanbieding van een private partij objectief te kunnen beargumenteren. AeiSo Boelman betwijfelt stellig dat bij grotere gebiedsontwikkelingen nog veel ruimte is voor unsolicited proposals. De situatie is fundamenteel veranderd. De kleine, creatieve partij gaat het afleggen tegen de partij met de grote beurs. Het wordt eerst macht en dan pas kracht. Alleen in heel specifieke gevallen zal een unsolicited proposal nog kans maken. Anders is het afbreukrisico voor partijen te groot.

Arjan Bregman houdt staande dat het meevalt. Het moet een unieke aanbieding zijn, die als enige de beleidsbehoefte van de gemeente vervult. Het is niet voldoende om als eerste met een idee te komen. De betreffende locatie mag in geen enkel beleidsstuk, het omgevingsplan inbegrepen, voorkomen. Wat ook zou kunnen is dat de gemeente een tender uitschrijft voor een unsolicited proposal.

Jan Fokkema noemt als voorbeeld het idee voor woningbouw onderaan de Euromast. Hier had nog niemand eerder aan gedacht. In die zin is het een contradictio in terminis dat over een unieke ontwikkellocatie van te voren gepubliceerd zou moeten worden. Bregman werpt tegen dat het gros van de unsolicited proposals niet gaat over locaties die helemaal buiten beeld zijn; de uniciteit ervan is niet altijd zo groot. Dus het arrest beperkt deze samenwerkingsvorm tot de echt unieke aanbiedingen. Wat Renée van der Zwan betreft kan het proces er als volgt uitzien: een zakelijke omschrijving van het ingediende proposal wordt gepubliceerd met de vermelding van een reactietermijn. Het college van B en W geeft te kennen dat het na het verstrijken van die termijn overgaat tot een-op-een-onderhandelingen met de indiener van het proposal.

## **Conclusies**

Adrian Los stelt vast dat met unsolicited proposals een nieuwe praktijk opgebouwd zal moeten worden. Andere conclusies van de gedachteswisseling zijn: vermijd overregulering en waak voor oplopende transactiekosten. De bezwaartermijn dient wettelijk te worden vastgelegd. Een handreiking van BZK waarin de procedures en een aantal best practices worden benoemd, is gewenst. Gemeenten doen er goed aan een standaard allonge te maken op hun Nota Grondbeleid. Benoem daarin onder welke omstandigheden je je beleidsruimte en je instrumenten (bouwclaim, unsolicited proposal, anterieure overeenkomst) wilt gebruiken om een-op-een te gaan.

Renée van Bommel van BZK zegt toe de gedachten over (beperkte) aanvullende wetgeving mee te nemen naar het departement, maar zet al wel een vraagteken bij de mogelijkheden en wenselijkheid daarvan. In ieder geval moet de rechtspraak in de lopende zaak worden afgewacht. De suggestie om procedures vast te leggen in de Nota Grondbeleid spreekt aan. Een toegezegde Kamerbrief zal op sommige punten al meer duidelijkheid verschaffen.

<sup>1</sup> Zie uitgebreide omschrijving: *Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededingingsruimte*, Q&A vraag 10, pag. 5, <https://www.houthoff.com/insights/News/QA-Arrest-Didam>.