

Samenwerking bij gebiedsontwikkeling na HR 26/11/21

Bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 door prof. dr. ir. A.G. Bregman op 7 december 2021 tijdens contactgroep Grondzaken

Bregman spreekt nadrukkelijk van gebiedsontwikkeling en niet alleen van gronduitgifte want gebiedsontwikkeling is meer dan gronduitgifte en vat dit arrest samen in de 6 hoofdobservaties:

1. Bij verkoop van een solitaire gemeentelijke positie: evidente verplichting tot transparantie en het bieden van kansen aan (potentiële) gegadigden.
2. Gemeenten moeten daarvoor dus een procedure met objectieve criteria ontwikkelen.
3. In hoeverre ingenomen posities van marktpartijen tot gevolg hebben dat de gemeente kan stellen dat “op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop” valt nog te bezien.

Zeer wel denkbaar is dat gevallen van een integrale gebiedsontwikkeling met onderlinge samenhang met marktpartijen die grondposities hebben ingenomen je je redelijkerwijs als gemeente op het standpunt kunnen stellen hier is sprake van een situatie waarop gelet op de integraliteit op die gewenste samenhang één op één kunnen gaan maar hoe dat precies wordt ingevuld dat valt nog te bezien.

4. De ontwikkelaar met wie de gemeente samenwerkt heeft in het plangebied in Didam grondposities.
5. Dus verdere behandeling bij het Hof 's-Hertogenbosch wordt evenzeer belangrijk.
6. In de tussentijd totdat duidelijkheid is: “Goed gemotiveerd maatwerk”. En wees extra waakzaam bij kapers op de kust bij lopende onderhandelingen en (onlangs) gesloten contracten.

Er zijn diverse vragen ingediend die Bregman vervolgens behandelt:

- 1. Wat zijn de consequenties van het afbreken van lopende onderhandelingen en is de gemeente dan schadeplichtig jegens de partij met wie de gemeente tot op dat moment in onderhandeling was?**

Of de gemeente schadeplichtig is dat valt wat Bregman betreft nog te bezien. Indien de gemeente met een aanvankelijk beoogde marktpartij in onderhandeling was en daarmee in feite handelde conform een bestendige en brede praktijk bij gebiedsontwikkeling zoals we die allemaal gewend zijn en vervolgens door een derde gedwongen wordt om te voldoen aan het geldende recht zoals toegelicht door de Hoge Raad, dan is het nog niet zo heel gemakkelijk om aan te geven waarin het onrechtmatige van het gemeentelijke handelen nu zou zijn gelegen. Nog los daarvan, indien de gemeente alsnog zou kunnen worden gedwongen om een procedure uit te schrijven waarbij meerdere partijen een aanbieding kunnen doen dan zou de onderhandelingspartner nog steeds als beste uit de bus kunnen komen en in onze rechtsstaat teleurgestelde aanvankelijke onderhandelingspartner zal daarom wellicht niet direct gaan procederen.

- 2. Wat als in het verleden een bouwclaimovereenkomst is opgesteld waarbij een ontwikkelaar in de toekomst een ontwikkelrecht op een locatie heeft? Mag en/of moet je dit openbreken en wat voor gevolgen kan dit hebben?**

Bregman ziet geen noodzaak om een bouwclaimovereenkomst open te breken. Een bouwclaim is in de kern verplaatste zelfrealisatie namelijk via de ABA. Via de gemeente wordt hij weer geleverd aan degenen die je daar hebt uitgekocht daar had hij wellicht een zelfrealisatie recht en dat krijg hij nu elders en zelfrealisatie is onder de bekende voorwaarde dat je bereid en in staat moet zijn om het bestemmingsplan uit te voeren overeenkomstig door de gemeente gewenste plan uitvoering. Dat is een wettelijk recht dat niet door de Hoge Raad in de zaak Didam wordt ingeperkt. Integendeel, dat ziet de puur op de verkoop van gronden waar juist geen andere eigenaar bij aanwezig is. Dus de aanwezigheid van bouwclaim lijkt Bregman nu bij uitstek een objectief

toetsbaar en ook redelijk criterium op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop.

3. Geldt de verplichting voortvloeiend uit het arrest ook voor projecten waarbij alleen wordt gecontracteerd met een woningcorporatie? Denk hierbij aan de afspraken die met de Tilburgse corporaties zijn gemaakt tot de afname van sociale woningbouw in de diverse gebieden.

Het arrest strekt zich uit over gronduitgifte in het algemeen. Indien de bouwopgave bestaat uit sociale woningbouw, dan zijn corporaties uiteraard daar voor het eerst aangewezen en dan heb je meteen gezien het type vastgoed opnieuw een objectief toetsbaar een redelijk criterium op grond van slechts één type gegadigde in aanmerking komt voor aankoop. Indien meerdere corporaties interesse hebben in de aankoop van een bepaalde kavel dan zullen op grond van dit arrest wederom ook die meerdere geïnteresseerde corporaties allemaal een kans moeten krijgen om daar ook een aanbieding op te doen.

4. Wat betekent de uitspraak voor bestaande contracten en lopende onderhandelingen waarbij onroerend goed één op één wordt verkocht?

Dat is een vraag die heel veel gemeenten bezighoudt omdat het nogal wat gemeenten zijn die deze tijd van een druk op de woningmarkt, het voortdurend op zoek naar locaties waar je productie kunt maken, in geïnteresseerd zijn. Voor wat betreft de bestaande contracten: wanneer ben je veilig als je een bestaand contract hebt. Dat wordt in de uitspraak niet gemeld. Bregman zegt hierover dat je hierbij aansluiting zou kunnen zoeken bij wat in parallelle rechtsgebieden hierover is bepaald en denkt daarbij aan het bepaalde in artikel 4.15 lid twee aanhef en onder b van de Aanbestedingswet. Daar staat namelijk een termijn van een half jaar gedurende welke je kunt opkomen wanneer een overheidsopdracht wordt gegund, terwijl daarvoor niet de juiste aanbestedingsprocedure is gevolgd of helemaal geen aanbesteding heeft plaatsgevonden terwijl dat wel had moeten.

Vanzelfsprekend zal de rechterlijke macht bij toekomstige zaken naar aanleiding van dit arrest de zekerheid van het rechtsverkeer met onroerende zaken laten meewegen. En voor wat betreft de lopende onderhandelingen adviseert Bregman gemeenten om heel snel na te gaan of zich ook derden als geïnteresseerden hebben gemeld en zijn afgewezen. Dan kun je problemen verwachten. Maar onafhankelijk van het antwoord op de vraag of die derden er nu wel of niet zijn en of je hier wel of geen problemen kunt verwachten, elke verkoop die het resultaat is van die lopende onderhandelingen moet volgens de Hoge Raad transparant gebeuren. Daar zul je dus ook wanneer je als gevolg van die lopende onderhandelingen als resultaat daarvan één op één wilt gaan daar zul je kennis moeten geven op een transparante wijze en dus zul je als je nog steeds een op een wilt gaan daar de argumenten bij moeten noemen waarom je dat doet. Dus je zult in alle gevallen een objectief toetsbare redelijk criterium moeten aanleggen en daar aan je situatie moeten toetsen en dan moeten zeggen nee er is hier maar één gegadigde en die vraag wordt natuurlijk indringender naarmate er meer en actievere kapers op de kust zijn.

5. Voor welk soort overeenkomsten/transacties heeft het arrest gevolgen en wat is een reikwijdte van de uitspraak van betreft verhuur en erfpacht?

De Hoge Raad zegt dat op grond van art 3:14 BW de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook voluit van toepassing zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid en dat dat betekent dat als de overheid zich in het privaatrecht begeeft en daar contracteert over iets, over een bepaald recht waar meer gegadigden voor zijn dat wordt toegespitst op de gronduitgifte in deze casus dat er sprake moet zijn van daadwerkelijk mededingen. Je kunt met dit arrest in de hand in gemoede betogen dat omdat de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ziet dat het gehele privaatrechtelijke overheidsoptreden die reikwijdte dus heel breed is en daarmee ook verhuur en erfpacht omvat.

6. In welke situaties kan worden afgezien van een openbare selectie procedure?

Ingeval van aanwezigheid van een objectief toetsbaar redelijk criterium op grond waarvan je één op één wilt gaan, dat is wat de Hoge Raad zegt. Wanneer is daar sprake van? Bregman noemt hierbij het beargumenteerde maatwerk. Iets meer in het algemeen zou ik zeggen met name indien er sprake is van bestaande rechten van één of meer marktpartijen met grondposities in combinatie met de wens om een gebied in te gaan het in onderlinge samenhang te ontwikkelen en reeds gesloten overeenkomsten die bouwclaimovereenkomsten en daar maakt het natuurlijk uit of een marktpartij in een heel groot gebied een klein hoekje heeft. Dan is die argumentatie een stuk dunner dan wanneer een marktpartij een substantieel deel van de gronden die eigenlijk allemaal nodig zijn om de cruciale delen van het bouwprogramma te realiseren in eigendom heeft. En alles wat er in zit. Beargumenteerd maatwerk heeft ook te maken met hoe schat je de risico's van actieve derden

7. Welke gevolgen heeft de uitspraak voor het grondbeleid?

Elke gemeente moet uit zijn hoofd zetten dat ze solitair stukjes grond of vastgoed nog één op één kunnen verkopen zonder voorafgaande kennisgeving en daarbij eventueel een argumentatie. Gemeenten moeten dus een procedure inrichten en vaststellen om in elk geval in gevallen waarin mededinging op grond van het arrest van de Hoge Raad verplicht is, zich niet steeds te hoeven afvragen hoe dit gedaan moet worden. En daar heb je als gemeente behoorlijk wat vrijheden in want we praten hier niet over een aanbestedingsplicht maar over de plicht om meerdere partijen kans te geven dat kan natuurlijk op meerdere manieren.

8. Loopt de gemeente nog risico's na het verlijden van de akten bij de notaris?

Bregman verwijst hierbij opnieuw naar het antwoord over gesloten contracten waarbij hij de analogie van een artikel van de aanbestedingswet toepaste. Het verlijden van een akte zal niet heel vaak binnen een half jaar na ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst plaatsvinden. Los daarvan zal de rechter oog hebben voor de rechtszekerheid, zeker als samenwerkingsovereenkomst en levering plaats hebben gevonden voor 26 november 2021 en partijen echt niet anders hebben gedaan dan we het met zijn allen altijd deden in gebiedsontwikkelingsland.

9. Welke criteria zou een gemeente kunnen hanteren wanneer zij een perceel grond aan één partij te koop aanbiedt?

Bestaande rechten voortvloeiend uit grondposities als onderdeel van een integraal in onderlinge samenhang te ontwikkelen gebied en de reeds gesloten overeenkomsten met name bouwclaimovereenkomsten zijn bij gebiedsontwikkeling de twee ankerpunten die Bregman ziet om toch één op één te kunnen gaan. Daarom heeft hij ook de titel van zijn presentatie van samenwerken bij gebiedsontwikkeling na het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam na 26 november jongstleden en niet gronduitgifte sec. Dat is echt een te beperkte voorstelling van zaken na dit arrest.

10. Hoe te acteren bij reeds gesloten overeenkomsten (reserveringsovereenkomsten, samenwerkingsovereenkomsten, koopovereenkomsten) waarbij meer gegadigden waren maar aan deze potentiële gegadigde geen ruimte is geboden om mee te dingen naar deze onroerende zaak?

In dat geval moet je echt een heel goed verhaal hebben dat op grond van een objectief toetsbaar en ook redelijk criterium slechts die ene partij met wie je toch door ging onderhandelen in aanmerking komt voor de aankoop en dan denkt Bregman aan het criterium bestaande rechten voortvloeiend uit grondpositie als onderdeel van een integraal en onderlinge samenhang te ontwikkelen gebied en reeds gesloten overeenkomsten.

- 11. Als een ontwikkelaar een integraal plan heeft opgesteld voor de ontwikkeling van een gebied zelf eigenaar is van een groot gedeelte van de gronden en de gemeente eigenaar is van het resterende deel van de gronden mogen de gronden van de gemeente daar één op één tegen een vooraf getaxeerde prijs aan de ontwikkelaar worden verkocht?**

Dit is typisch een situatie waarin je een ontroerend verhaal over integraliteit en onderlinge samenhang kunt houden en je met de publicatie van de voorgenomen verkoop dat verhaal ook zo uitgebreid mogelijk opschrijft en dat zou in rechte heel goed stand kunnen houden. Dit is het voorbeeld waar Bregman de meeste kansen ziet om bij integrale gebiedsontwikkeling te blijven samenwerken met een partner die al rechten heeft verworven in gronden en/of contracten.

- 12. Is het mogelijk om bij (deel)projecten met 100% sociale huur de mededingingsruimte alleen toe te spitsen op toegelaten instelling één op één verkoop van een toegelaten instelling?**

Een volmondig ja! Het zijn van een toegelaten instelling met een bijzondere taak van de sociale woningvoorraad is naar de overtuiging van Bregman een helder objectief criterium om alleen een dergelijke partij aan te bieden. Met als aantekening dat als er meerdere toegelaten instellingen belangstelling blijken te hebben, die allemaal kans moeten krijgen en natuurlijk moet je ook daar melding maken van de voorgenomen verkoop met vermelding waarom je hier één op één verkoop of procedure houdt waarop alleen toegelaten instellingen worden toegelaten tot die procedure. Dat is weer die transparantie ofwel mededinging bieden dan wel zeggen ik ga iets verkopen en ik bied geen mededinging of beperkte mededinging tot een bepaalde groep bepaald type vastgoedontwikkelaars.

- 13. De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel in door een passende mate van openbaarheid voor te schrijven. Hoe moet dit worden ingevuld?**

Vooropgesteld dat het geen formele aanbestedingsprocedure hoeft te zijn. Bregman kan zich goed voorstellen dat je, net als met aanbesteding volgens de niet openbare procedure, iets van een tweetrapsraket organiseert. Publiceer op je website een summier omschrijving van wat je als gemeente met de locatieontwikkeling behelst en laat marktpartijen hun interesse kenbaar maken op basis van bijvoorbeeld een summier reactie van twee A4tjes op wat de gemeente van plan is en daarbij die manier zou ik daar interesse in hebben, dan kun je daar selectie opmaken wat de meest aantrekkelijke ideeën zijn, als het tenminste vooral om kwaliteit gaat en dan kun je bijvoorbeeld de drie aantrekkelijkste aanbiedingen op basis van referentieprojecten kunnen zijn of op basis van een eerste reactie nogmaals op wat de gemeente daar geplaatst is kun je die drie een aanbidding laten doen en die mogen op grond bod en/of kwaliteit met elkaar worden vergeleken en uiteindelijk wordt er door de gemeente een keuze gemaakt. Dat is de manier die ook in de Reiswijzer gebiedsontwikkeling 2019 wordt aangegeven. Je kunt het natuurlijk net zo complex maken als je zelf wilt, soms moet het volgens Bregman ook wat ingewikkelder als je een complexe gebiedsontwikkeling wil tenderen maar voor de meer solitaire locaties kun je die procedure behoorlijk overzichtelijk houden.

- 14. Geldt deze passende mate van openbaarheid ook indien duidelijk is dat er maar één serieuze gegadigde in aanmerking komt?**

Absoluut, daar is de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.6 volledig helder over. Daar hoeft je als je denkt dat dat niet hoeft dus niet een openbare procedure te houden. Maar je zult hier wel openbaar moeten publiceren dat je dat niet gaat doen en dat je dat niet doet omdat er maar één serieuze gegadigde is op basis van die objectieve criteria.

- 15. Als we ervan uitgaan dat de uitspraak ook op verhuur van toepassing is, hoe moet je dan omgaan met mengvorm maatschappelijk commercieel vastgoed, zoals bijvoorbeeld kinderopvang?**

Je mag als gemeente bepaalde typen partijen aanwijzen om in aanmerking te komen voor de verhuur. Je kan dus voorwaarden stellen (in dit geval partijen die als expertise hebben in kinderopvang) en als er dan meerdere partijen zijn die dat tot het werkveld rekenen, die allemaal interesse hebben, dan zul je dus voor die partijen een openbare procedure moeten organiseren.

16. Is verkoop van een vast object nog steeds mogelijk onderhands aan de zittende huurder?

Hier is naar de overtuiging van Bregman sprake van een verkregen recht en kun je dus niet zeggen dat het gelijkheidsbeginsel waar het allemaal om ging in de zaak Didam zonder meer leidt tot mededinging. Er is dan geen sprake van gelijke gevallen. Het gelijkheidsbeginsel verplicht niet tot de gelijke behandeling van alle denkbare gevallen terwijl die gevallen feitelijk niet gelijk zijn maar uitsluitend tot een gelijke behandeling van gelijke gevallen en bij de voorbeelden die Bregman eerder heeft genoemd (bouwclaimmodel, ingenomen grondposities) is er als gevolg van omstandigheden die buiten de gemeente liggen al geen sprake meer van gelijke gevallen.

17. Een partij wil aan de gemeente zijn onroerende zaak verkopen en wenst een nieuwe locatie in een bepaald gebied als compensatie. Kan dit nog?

Naar de overtuiging van Bregman kan je betogen dat er sprake is van ongelijke gevallen zoals ook bij een bouwclaim.

18. Kan de gemeente een (vervangend) pand aan een partij aanbieden in het kader van een onteigening/poging tot minnelijke verwerving van een pand in eigendom van die betreffende partij?

Dat is in de opvatting van Bregman op dit moment zeker het geval. Er is feitelijk sprake van een buiten toedoen van de gemeente verkregen recht en daartoe heeft de gemeente zich te verhouden. Zo'n verkregen recht vormt een objectief toetsbaar en redelijk criterium.

19. Kunnen we uitstaande bouwclaims ontbinden als we die niet onder de uitzondering kunnen beredeneren?

Maar dat lijkt Bregman niet nodig want bestaande bouwclaims kunnen naar zijn overtuiging wel degelijk daaronder worden geredeneerd en die vallen daar naar zijn overtuiging onder omdat je dan niet langer spreekt over gelijk gevallen.

20. Lopende één op één contracten blijken alsnog aantastbaar. Hoe gaan we daarmee om?

Of zulke contracten vaak aantastbaar zijn, dat is voor Bregman echt de vraag. In antwoord op een eerdere vraag heeft hij al de twee ijkmomenten genoemd, een half jaar van de aanbestedingswet en contracten die vóór 16 november 2021 gesloten en dan speelt ook nog het belang van de rechtszekerheid van het rechtsverkeer. Je moet een marktpartij ook vinden die bereid is om daadwerkelijk te procederen. En laten we wel beseffen in gebiedsontwikkelingsland, alle partijen die wij zo'n beetje kennen, de wat grotere marktpartijen, die zijn op dit moment wel ergens, vaak op meerdere plekken betrokken bij een één op één constructie die, misschien net ook in de afrondende fase verkeert. Dus gaan we nou in Nederland mekaar allemaal gezellig kapot procederen de komende tijd en zeker weten dat de woningbouwproductie flink vertraagd wordt of nemen we onze verantwoordelijkheid en trekken we een streep bij 26 november 2021 én gaan we wennen aan een nieuwe werkelijkheid voor nieuwe gevallen. Dat is niet zozeer een strikt juridische vraag want Bregman heeft aangegeven welke juridische ijkpunten hij ziet maar wel een vraag die we denken in de politiek ook binnen de Vereniging van Grondbedrijven, ook binnen de Neprom en aan onszelf en aan elkaar moeten stellen

21. We hebben ook lopende één op één onderhandelingen. Deze kunnen we naar ons idee met een risico clause t.z.t. in de overeenkomst indekken tegen ontbindingsacties.

Bregman trekt opnieuw een parallel met het aanbestedingsrecht. Binnen het aanbestedingsrecht kennen we de zogenaamde Alcateltermijn. De aanbestedende dienst moeten alle inschrijvers in staat stellen bij een aanbesteding om bezwaar aan te tekenen tegen een gunningsbeslissing en dat

betekent dat de aanbestedende dienst eerst een mededeling met de gunningsbeslissing stuurt aan alle inschrijvers die heb je natuurlijk niet, maar het kan wel zo zijn dat je hier te maken hebt na publicatie met een bepaalde periode en dat kan de periode van 30 dagen zijn, het artikel 4.15 eerste lid van de aanbestedingswet waarbij je zegt ik wacht even af wat er komt en dat je dat ook met je contractspartner afspreekt. Kijken of er geprocedeerd gaat worden tegen het feit dat ik met de goede argumenten die we allemaal denken te hebben met jou alleen door wil. Blijkt er toch iemand te zijn dan wachten we nog even met het sluiten van de overeenkomst althans een wachten met de uitvoering van de overeenkomst en we geven het opschortende werking. Zo'n afspraak acht Bregman zeer wel denkbaar maar daarvoor moet je dus een termijn afspreken en je kunt ook een termijn noemen in de aankondiging dat je na die termijn als gemeente ervan uitgaat dat er geen meer biedingen meer binnenkomen en ook geen bezwaren tegen een één op één meer in behandeling zullen worden genomen.

22. Bouwclaimovereenkomsten die zijn gesloten als conflictoplossing, hoe daarmee om te gaan?

Conflictoplossing impliceert dat je als gemeente impliciet erkent dat er rechten liggen bij bepaalde partijen. Als die bouwclaim zuiver het karakter heeft van een cadeautje om wat voor reden dan ook ligt dat natuurlijk anders. Maar ervan uitgaande dat er sprake is van een bouwclaim waar serieuze discussie of rechten aan ten grondslag liggen en dan vindt Bregman dat je ook weer kunt betogen dat hier sprake is van een objectief criterium.

23. Wat als woningbouwcorporatie niet alleen sociaal bouwt maakt ook niet sociaal?

Dan zal vooraf niet sociale gedeelte ook door niet-woningcorporaties kunnen worden meegedongen.

24. Hoe zit het met pacht van landbouw?

Als je in een tijdelijke situatie in de verpachting zit zou het kunnen. Wat dan helpt is dat je meestal een bestaande situatie erft met de aankoop en die bestaande situatie zou Bregman dan weer willen scharen onder het bestaande rechten.

25. Hoe zit het met de heruitgifte van bestaande erfpacht?

Ook hier weer geeft Bregman aan dat dit naar zijn mening gevestigde rechten zijn die je mag wegen en een plek mag geven in de objectieve criteria.

26. Mag je op dit moment nog wel een bouwclaim of grondruil aangaan?

Als je vanwege een evident of mogelijk recht kiest voor bouwclaim of grondruil, dan ziet Bregman er nog steeds argumenten in om het in beginsel te scharen onder een objectief aan te wijzen recht. Het moeten geen cadeautjes zijn (wat voorheen uiteraard ook niet mocht).

27. Ingeval van een bouwclaim zou grondverkoop wel zijn toegestaan omdat het gaat om zelfrealisatie. Kan een derde niet betogen dat hij ook kan zelf realiseren en dus in aanmerking wil komen voor aankoop?

Nee, het is de aloude discussie of we zelfrealisatie in dit land moeten erkennen. Moeten ook alle private grondposities getenderd worden. Met beroep op EVRM: grondeigendom moeten we respecteren, ook als je de rechten verplaatst naar andere plek of tijd.

28. In Amsterdam zijn we druk bezig met transformatie van bestaande bedrijfsterreinen. In het kader van de problematiek van inbrengwaarde zijn we bezig met een stelsel waarbij we aankopen van private partij en vervolgens conform specifieke voorwaarden weer uit te geven aan dezelfde partij. Wordt zo'n model ook "getroffen" door het arrest?

Nee, er is sprake van ongelijke gevallen en bestaande rechten/posities die je moet honoreren. Als je het doet, publiceert het dan wel en vermeld de redenen.

29. In de uitspraak van de Hoge Raad staat dat als het aannemelijk is dat er meerdere gegadigden zullen zijn (voor de koop van onroerend goed), dan moet de gemeente, met

toepassing van de haar toekomstende beleidsruimte, objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstellen aan de hand waarvan de koper kan worden geselecteerd. Wat wordt er bedoeld met “de haar toekomstende beleidsruimte”? Naar welke beleidsruimte wordt er specifiek gerefereerd en in welke wet/regeling zou dit terug te vinden zijn?

Beleidsruimte wil naar de mening van Bregman niets anders zeggen dan de beleidsruimte die de gemeente heeft op grond van bijvoorbeeld de Wro en straks de omgevingswet. Daar is een zekere beleidsruimte om ruimtelijke keuzes te maken. Binnen die beleidsruimte kan je ook je stedenbouwkundige plan op een bepaalde manier positioneren.

- 30. Is deze uitspraak ook van toepassing bij verkoop van grond aan overheden onderling? Dus stel Rijksvastgoedbedrijf wil haar grondpositie verkopen aan gemeente waar deze grond ligt? Of ligt het dan wederom aan de motivatie waarom de gemeente de enige geschikte partij is?**

Je moet motiveren waarom je voor een private bestemming bedoelde gronden aan de gemeente levert, zeker als daar bedoelingen van de gemeente achter liggen om door te leveren aan een marktpartij met uitsluiting van andere marktpartijen.

Bij de gemeente Almere liggen nog veel gronden van het rijk die in principe nog moeten overgaan naar de gemeente Almere. In dit land is het reguleren van woningbouw primair een taak van gemeenten en is actief gemeentelijk grondbeleid nog steeds een geaccepteerde manier van grondbeleid bedrijven. Daarom is het verdedigbaar volgens Bregman dat dit, in combinatie met bestaande rechten (overeenkomst rijk en gemeente Almere) één op één gaat. De gemeente Almere moet vervolgens wel bij de uitgifte zorgen voor transparantie.

- 31. Ben je niet bang dat we door allerlei rechtszaken vertragingen op gaan lopen bij gebiedsontwikkeling?**

Er zullen casus zijn waar partijen bewust buiten de deur gehouden zijn, die wel interesse hadden, met als enkel argument dat gemeente één op één is gegaan met een andere partij zonder aanvullende argumenten (bijvoorbeeld grondpositie en integraliteit). Dat zijn zaken die mogelijk voor de rechter komen. Bij ingenomen grondposities en lopende onderhandelingen: gezamenlijke verantwoordelijkheid om geen procedures te starten.

Extra vragen:

- 32. Beschikbaarstelling van gemeentelijk vastgoed voor maatschappelijke doeleinden, waarbij meerdere maatschappelijke geïnteresseerde functies en gegadigden zijn, maar waarbij de gemeente vanuit bepaalde beleidswens toewijzing aan 1 specifieke maatschappelijke functie voor ogen heeft, moet de gemeente dan toch een openbare procedure organiseren of mag zij toch 1:1 toewijzen aan de beleidsmatig gewenste invulling?**

De gemeente mag het beleid zodanig concretiseren dat alleen een specifieke maatschappelijke functie kan worden gevestigd. Indien er voor het realiseren van die functie redelijkerwijs maar één gegadigde is, levert die specifieke functie een objectief, redelijk en toetsbaar criterium op om met die partij te contracteren.

- 33. Hoe en in welk medium concreet moet de gemeente zijn voornemen, om op basis van transparante criteria een-op-een te verkopen, bekend maken? Mijnoverheid.nl? Openbaar raadsbesluit?**

De Hoge Raad werkt dit niet verder uit. Bregman is van mening dat een aankondiging op de gemeentelijke website volstaat en voor gemeenten ook goed hanteerbaar is.

- 34. Treft het arrest ook beleidslijnen als ‘uitgifte van grond tbv (collectief) particulier opdrachtgeverschap’, waarbij door de doelstelling bepaalde typen ontwikkelaars niet tot de gegadigden behoren?**

Niet in de zin dat ook ontwikkelaars een kans moeten krijgen. De gemeente is en blijft immers vrij om gronden voor (collectief) particulier opdrachtgeverschap aan te wijzen en bij zulke gronden kunnen ontwikkelaars niet meedingen. Het arrest treft zulke gronden wel in de zin dat de gemeente moet publiceren en bovendien meerdere (collectieven van) particulieren via een objectief, redelijk en toetsbaar criterium moet selecteren.

35. Gaan milieu/natuurorganisatie hier misschien geen gebruik van maken? En zo ja maken die kans?

Gronduitgifte is geen bestuursrecht, maar privaatrecht. Procedures zullen bij de burgerlijke rechter worden aangespannen door partijen die menen dat de gemeente een openbare procedure had moeten voeren en door partijen die van mening zijn dat hun aanbidding bij zo'n procedure ten onrechte niet door de gemeente is aangemerkt als beste aanbidding.

36. Vind je deze uitspraak van de Hoge Raad terecht, Arjan?

Met de kanttekening dat met een kort antwoord op die vraag (ja of nee) niemand geholpen is: de uitspraak biedt een kader vanuit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als je de uitspraak leest dan is de opbouw van de redenering van de Hoge Raad vanuit die beginselen heel logisch. Juist omdat de Hoge Raad ruimte laat voor maatwerk, en bij gebiedsontwikkeling bijna altijd behoefte is aan maatwerk, is totale paniek om de uitspraak echt onnodig. De gemeente heeft er een motiveringsplicht bijgekregen. Dat kost in voorkomende gevallen tijd en moeite, maar omdat 1 op 1 samenwerking bij gebiedsontwikkeling zeker niet ten principale onmogelijk wordt, vind ik de uitspraak terecht.

37. Kan je als gemeente er voor kiezen om bv. 3 partijen uit te nodigen om een bieding te doen of dient eenieder een kans te worden geboden in het kader van transparantie?

In beginsel betekent de vereiste transparantie dat je als gemeente alle potentiële gegadigden in de gelegenheid stelt om een bieding te doen. Mocht de gemeente van mening zijn dat er maar 3 partijen zijn die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komen, dan kan de genoemde methode toelaatbaar zijn, maar ook dan met een openbare aankondiging waarin de gekozen aanpak wordt toegelicht.

38. Zijn er vereisten aan waar en op welke wijze gepubliceerd / gemeld moet worden?

De Hoge Raad werkt dit niet verder uit. Zie het antwoord op vraag 33.

39. Wat is het momentum van "verkoop grond" zoals de Hoge Raad bedoelt? Is dat het ondertekenen van een koop-samenwerkingsovereenkomst, het ondertekenen van een intentieovereenkomst waar het voornemen voor een-op-een verkoop al tussen partijen is vastgesteld of anderszins?

De Hoge Raad spreekt over de verkoop. Die wordt doorgaans in de koop-samenwerkingsovereenkomst afgesproken. Voorafgaand aan het ondertekenen daarvan lijkt daarom het moment van publicatie te moeten liggen.

Deze bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 door prof. dr. ir. A.G. Bregman zijn de inschattingen van hem op dat moment. U kunt aan deze informatie geen rechten ontleen. Het arrest zorgt voor veel vragen en onzekerheden voor de praktijk en daarom is voorzichtigheid geboden.