

nr. 2 - februari 2022 (/docs/articles/2022/februari[1])

Deel dit artikel  (<https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12>)

[Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12\)](#) 

(<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12&title=nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12 Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest&source=IBR Tracker>) 

(<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12 Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest>)  (<mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12>)

TBR 2022/12

Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest

prof. dr. ir. A.G. Bregman ¹

1. Casusbeschrijving, procesverloop en opzet van dit artikel

1.1 Casusbeschrijving en procesverloop

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 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 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 Groenstate 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 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 (...).’ ²

De Rechtbank overweegt in de uitspraak van 8 januari 2019 dat Groenstaete sinds 2016 verschillende percelen rondom de gemeentehuislocatie in eigendom heeft verworven of daarover bindende afspraken heeft gemaakt met derden. Bovendien is het volgens de Rechtbank nog maar de vraag of de gemeente in strijd heeft gehandeld met de beginselen van behoorlijk bestuur. Terwijl de franchisenemer van de Albert Heijn-supermarkt en de ontwikkelaar waaraan deze is gelieerd twee jaar lang stilzaten heeft Groenstaete immers een substantiële grondpositie opgebouwd.

‘Vast staat dat de andere vastgoedgoedontwikkelaar die grondpositie niet heeft, zodat niet aannemelijk is dat het hier om gelijke gevallen gaat. Een eventuele schending van het verbod van willekeur lijkt ook af te stuiten op het feit dat Groenstaete over een grondpositie beschikt. [eisers] heeft immers geen grond in het dorpscentrum in eigendom, zodat de keuze voor Groenstaete niet op willekeur gebaseerd lijkt te zijn, maar eerder op het feit dat Groenstaete simpelweg over een grondpositie beschikt en dus als enige het betreffende deel van het Masterplan kan uitvoeren. In die zin lijkt Groenstaete een unieke positie te hebben, zodat het eveneens de vraag is of de gemeente in strijd handelt met het schaarse rechten-leerstuk en dus met haar transparantieverplichting. Verder heeft [eisers] nog aangevoerd dat de gemeente het transparantie- en vertrouwensbeginsel heeft geschonden omdat zij openbare kavels normaal gesproken te koop aanbiedt via haar website. In dit geval gaat het echter niet om de losse verkoop van een openbaar kavel, maar om een totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Daarmee kan niet gezegd worden dat de gemeente in strijd handelt met een bestendige praktijk door na te laten om de gemeentehuislocatie via haar website te koop aan te bieden.’ ³

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overweegt in de uitspraak in hoger beroep op 19 november 2019 onder meer dat vaste rechtspraak is dat (een entiteit zoals) de Gemeente bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten (hier: de verkoop van de gemeentehuislocatie) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen.

‘Dit volgt ook uit artikel 3:14 BW. Voor zover de Gemeente in 2012 jegens [appellanten] onrechtmatig (namelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel) heeft gehandeld door [geïntimeerde 2] exclusief onderdeel te laten uitmaken van het Masterplan, levert dat onder de huidige omstandigheden onvoldoende reden op om het door [appellanten] gevorderde (voorlopige) verbod tot levering van de gemeentehuislocatie uit te spreken, of om de gemeente te verplichten om [appellanten] mee te laten dingen naar de verkoop en levering daarvan. Dat de Gemeente de gemeentehuislocatie inmiddels (daags voor het pleidooi in hoger beroep) heeft verkocht geeft daarvoor evenmin voldoende reden. In het kader van de belangenafweging dienen de belangen van de Gemeente bij doorgang van de inmiddels vergaande samenwerking met [geïntimeerde 2] mede gezien de ter verwezenlijking van het Masterplan benodigde grondposities die [geïntimeerde 2] inmiddels in de loop van de tijd ten aanzien van de locaties van de bibliotheek en het voormalige postkantoor heeft verworven, te prevaleren boven de belangen van [appellanten] bij blokkering hiervan.’ ⁴

Van strijd met het vertrouwensbeginsel omdat de Gemeente openbare kavels normaal gesproken op haar website aanbiedt, is volgens het Hof geen sprake: “Het gaat in deze zaak, anders dan in de door [appellanten] genoemde gevallen, niet om de losse verkoop van een openbare kavel, maar om een totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Dit brengt mee dat de Gemeente niet in strijd met een bestendige praktijk heeft gehandeld door na te laten om de gemeentehuislocatie op haar website te koop aan te bieden.”

De conclusie van de plv. Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep ⁵ .

Op 26 november 2021 doet de Hoge Raad uitspraak in het cassatieberoep ⁶ . 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. De tekst van het arrest is hierna onder TBR 2022/17 (/tbr/2022-17) opgenomen.

1.2 Opzet van dit artikel

De franchisenemer van Albert Heijn neemt de verkoop van het voormalige gemeentehuis van Didam onder vuur vanuit drie verschillende rechtsgebieden. Zo stelt hij zich op het standpunt dat de grondverkoop had moeten worden aanbesteed, dat aan de koper van het gemeentehuis (ongeoorloofde) staatssteun is verleend en dat de verkoop in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Hoewel de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop door overheden van onroerende zaken terecht verreweg de meeste aandacht heeft gekregen in reacties op het arrest van de Hoge Raad, is ook van belang om te overwegen in de casus Didam ten aanzien van het aanbestedingsrecht en de regelgeving op het gebied van staatssteun te analyseren, onder meer om duidelijk te maken dat het arrest van de Hoge Raad de reikwijdte van het aanbestedingsrecht en de staatssteunregels bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling niet heeft gewijzigd. Het aanbestedingsrecht komt aan de orde in paragraaf 2, in paragraaf 3 gevolgd door de regelgeving op het gebied van staatssteun. Paragraaf 4 is gewijd aan de kern van het arrest van de Hoge Raad: de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Besloten wordt in paragraaf 5 met een pleidooi voor het op de kortst mogelijke termijn opstellen van een transparant gronduitgiftebeleid door met name gemeenten, in het bijzonder ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling.



Het peceel in kwestie | bron: maps.google.com

2. Didam en het aanbestedingsrecht

In onderdeel 3.1.2. van de uitspraak overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het Hof dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of van een duidelijk grensoverschrijdend belang, niet is bestreden.

Het Hof neemt voor het antwoord op de vraag of de grondverkoop Europees had moeten worden aanbesteed, het arrest Helmut Müller van het Europese Hof van Justitie ⁷ als uitgangspunt, met als samenvattende conclusie dat uit dit arrest () blijkt dat aan het vereiste van een 'bezwarende titel' is voldaan als er sprake is van ten minste drie cumulatieve vereisten: (i) de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn, (ii) de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben en (iii) de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten (rechtsoverweging 4.6.).

Bij de verkoop van het gemeentehuis in Didam wordt volgens het Hof aan geen van deze criteria voldaan. Daaraan voegt het Hof nog toe dat, zelfs al zou sprake zijn van een overheidsopdracht, de waarde zich bevindt ruim onder de Europese drempel waarboven Europees moet worden aanbesteed. Bij een opdracht onder de drempelwaarde - zo overweegt het Hof - zou nog sprake kunnen zijn van een transparantieplichting, maar alleen bij een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Het criterium 'duidelijk grensoverschrijdend belang' voorkomt dat elke opdracht (hoe gering ook) transparant zou moeten worden gegund. De gedachte achter deze rechtstreekse verplichting is dat zonder gelijke kansen ondernemers uit andere lidstaten naar nationaliteit zouden worden gediscrimineerd, hetgeen in strijd zou zijn met de vrij-verkeerbepalingen uit het VWEU. Het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang kan echter niet louter hypothetisch worden afgeleid uit gegevens die daarvoor in abstracto aanwijzingen zouden kunnen opleveren. Het gaat om een concrete beoordeling van de opdracht (zie de arresten Tecnoedi (HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:EU:C:2016:747>)) en Oftalma Hospital (HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:263 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:EU:C:2018:263>)). Dit

betekent dat het enkele feit dat er een Aldi-supermarkt in het Masterplan voorkomt, dat het project plaatsvindt in een grensstreek (de Gemeente grenst direct aan Duitsland) en dat de Gemeente een hechte band met Duitse gemeenten nastreeft, onvoldoende zijn voor het aannemen van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.’⁸ Uit deze - in cassatie dus onbestreden - overwegingen van het Hof ten aanzien van de reikwijdte van het aanbestedingsrecht bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling, blijkt dat deze reikwijdte als gevolg van de jurisprudentie in de casus Didam niet is gewijzigd. De lijnen zoals die in bij voorbeeld de Reiswijzer gebiedsontwikkeling op dit onderwerp worden getrokken, gelden derhalve nog onverkort.

3. Didam en de staatssteunregels

Anders dan de rechtsoverwegingen van het Hof over de reikwijdte van het aanbestedingsrecht en de betekenis daarvan voor de casus Didam, zijn de rechtsoverwegingen van het Hof met betrekking tot het onderwerp staatssteun wel inhoudelijk onderwerp van het cassatieberoep. Het cassatieberoep keert zich tegen het oordeel van het Hof over staatssteun in rechtsoverweging 5.7. Het Hof vat daarin het standpunt van de appellant samen. Deze stelt zich op het standpunt dat de gemeente in strijd zou handelen met het staatssteunrecht omdat de ontwikkelaar aan wie het gemeentehuis wordt verkocht een voorkeurspositie heeft gekregen op herontwikkeling van de betreffende locatie, zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat. Dat standpunt is volgens het Hof echter in voldoende mate aannemelijk gemaakt. De gemeente en de ontwikkelaar aan wie het gemeentehuis wordt verkocht hebben volgens het Hof voldoende toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald, die door middel van een taxatie is onderbouwd, een en ander conform de Mededeling Staatsteun van de Europese Commissie in de zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁹ Het Hof stelt dat een dergelijke gang van zaken volgens de Mededeling in beginsel voldoende is om staatssteun bij verkoop van gronden te voorkomen, zodat van het onrechtmatig verlenen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU door de gemeente voorshands geen sprake is.

Omdat in de Mededeling wordt gesproken van een ‘in beginsel voldoende’ zijn van een taxatie, kunnen bijkomende omstandigheden tot gevolg hebben dat niettemin van staatssteun sprake zou kunnen zijn. Dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen heeft de appellant niet voldoende aannemelijk gemaakt. Daar voegt het Hof aan toe dat, zelfs al zou komen vast te staan dat de gemeente onrechtmatige staatsteun aan de ontwikkelaar die het gemeentehuis koopt zou hebben verleend, daarvoor nog niet de verplichting van de gemeente ontstaat om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. In een dergelijke situatie dient de bevoordeelde partij volgens het Hof immers (slechts) de steun inclusief het tot de terugbetaling genoten rentevoordeel aan de gemeente terug te betalen.

De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het Hof is gebaseerd op twee gronden (onrechtmatige staatssteun is niet aangetoond en zou overigens niet ter zake doen voor het antwoord op de vraag of ook andere geïnteresseerden een kans moeten krijgen om een bod op de gemeentehuislocatie uit te brengen) en dat elk van beide gronden de beslissing tot afwijzing van de vordering op grond van het staatssteunrecht zelfstandig kan dragen. Het onderdeel van het cassatieberoep dat zich keert tegen de tweede grond, faalt volgens de Hoge Raad op de gronden uiteengezet in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2.52. In dit onderdeel van de conclusie wordt onder meer overwogen:

‘Het hof spreekt in rov. 5.7 van “de door [eiseressen] gevorderde verplichting van de Gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven”. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de vordering, óók wat betreft het daarin opgenomen verbod tot verkoop en levering en wat betreft het later daarin opgenomen gebod (tot ongedaanmaking van een eventueel tijdens het geding in hoger beroep tot stand gekomen verkoop of levering), opgevat als een voorlopige voorziening in afwachting en ter ondersteuning van de door eiseressen gevorderde “openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure”. Als het staatssteunrecht geen basis biedt voor die (hoofd)vordering, valt voor de lezer te begrijpen waarom het hof het (ter ondersteuning daarvan gevorderde) verbod en gebod evenmin toewijsbaar achtte op die grondslag.’

De Hoge Raad overweegt dat de overige klachten van het onderdeel van het cassatieberoep, die zich keren tegen de eerste grond, bij gebrek aan belang dus niet tot cassatie kunnen leiden.

Een en ander brengt voor het onderwerp staatssteun tot dezelfde slotsom als voor het aanbestedingsrecht aan het eind van paragraaf 2: de reikwijdte van de regels op het gebied van staatsteun bij vastgoed en gebiedsontwikkeling zijn als gevolg van de jurisprudentie in de casus Didam ongewijzigd. Samengevat bieden een openbare biedprocedure en een taxatie door een van partijen onafhankelijke deskundige beide een effectieve waarborg ter voorkoming van het verlenen van ongeoorloofde staatsteun. Ook wat betreft dit onderwerp is de tekst van de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019 derhalve nog actueel.

4. Didam en het gelijkheidsbeginsel

4.1 De belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad

De juridische hamvraag in de casus Didam is feitelijk wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het gelijkheidsbeginsel), waarvan op zichzelf niet in discussie is dat de overheid daaraan gebonden is bij zowel de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden als bij privaatrechtelijk optreden, betekenen voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij de vervreemding van onroerende zaken door overheden.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in de rechtsoverwegingen 3.1.3. tot en met 3.1.6, die als volgt luiden:

‘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 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.

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 een ieder 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.’

In deze overwegingen haalt de Hoge Raad een streep door de tot 26 november 2021 bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling heersende opvatting dat, wanneer een overeenkomst op grond waarvan door een overheid onroerende zaken worden vervreemd geen bepalingen bevat waardoor het sluiten van die overeenkomst moet worden gekwalificeerd als overheidsopdracht die - gelet op de hoogte van het met die overheidsopdracht

gemoeide bedrag - Europees dan wel nationaal moet worden aanbesteed en geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun, het die overheid vanuit juridisch perspectief vrij staat om die overeenkomst aan te gaan, ook wanneer met betrekking tot die onroerende zaak geen voorafgaande openbare biedprocedure is gehouden.

De Hoge Raad heeft op 26 november 2021 bepaald dat het precies het omgekeerde geldt: wanneer een overeenkomst op grond waarvan door een overheid onroerende zaken worden vervreemd geen bepalingen bevat waardoor het sluiten van die overeenkomst moet worden gekwalificeerd als overheidsopdracht en - gelet op de hoogte van het met die overheidsopdracht gemoeide bedrag - Europees dan wel nationaal moet worden aanbesteed, dan staat het die overheid vanuit juridisch perspectief in beginsel niet vrij om die overeenkomst aan te gaan, tenzij met betrekking tot die onroerende zaak een voorafgaande openbare biedprocedure is gehouden die voldoet aan bepaalde eisen, zoals door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.5. is uiteengezet. Een uitzondering op de verplichting om een voorafgaande openbare biedprocedure te houden bestaat in situaties die voldoen aan de criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in rechtsoverweging 3.1.6.

Samengevat weergegeven stelt de Hoge Raad dat bij de vervreemding van onroerende zaken door overheden meerdere (potentiële) gegadigden een gelijke kans moeten krijgen om een bieding te doen op de onroerende zaak, tenzij op grond van criteria die objectief, toetsbaar en redelijk zijn geen sprake is van gelijkheid van (potentiële) gegadigden, in zoverre, dat er maar één 'serieuze' gegadigde overblijft en alle andere potentieel geïnteresseerden in verhouding tot die partij in een ongelijke positie verkeren. De essentie van het gelijkheidsbeginsel is immers de verplichting voor overheden om gelijke gevallen gelijk te behandelen (wat hier betekent: het bieden van gelijke kansen). Het gelijkheidsbeginsel betekent echter evenzeer dat ongelijke gevallen ongelijk mogen worden behandeld.

In de volgende paragrafen zal de vraag worden beantwoord wat de genoemde rechtsoverwegingen betekenen voor verschillende situaties die zich in de praktijk bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling kunnen voordoen. Daarbij zal in paragraaf 4.2. eerst worden ingegaan op situaties bij gebiedsontwikkeling waarin op grond van de overwegingen van de Hoge Raad de vervreemding van onroerende zaken door de overheid - met name door gemeenten - via een openbare biedprocedure moet plaatsvinden. Aansluitend komen in paragraaf 4.3. situaties aan bod waarin mogelijk wordt voldaan aan een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop.

Hierbij past op voorhand de kanttekening dat de Hoge Raad algemene criteria heeft geformuleerd die door het Hof's Hertogenbosch - waarnaar de Hoge Raad de zaak heeft verwezen - zullen worden toegepast op de casus Didam. De uitspraak van het Hof's Hertogenbosch kan mogelijk zorgen voor een verscherping van de inzichten in de gevolgen van de jurisprudentie in de casus Didam.

4.2 Gelijke behandeling van gelijke gevallen

In de volgende twee situaties moet in het licht van de uitspraak Didam naar mijn mening worden aangenomen dat een openbare biedprocedure moet worden gevolgd:

- Voor te ontwikkelen locaties en gebieden waarbinnen alle onroerende zaken zijn verworven door de gemeente. De uitspraak in de casus Didam verplicht gemeenten er in dit geval toe om in beginsel alle door de gemeente te verkopen onroerende zaken via een openbare biedprocedure te verkopen.
- Voor gebieden waarbinnen zowel de gemeente als marktpartijen onroerende zaken hebben verworven en delen van de door de gemeente gewenste planuitvoering zelfstandig binnen de door de gemeente verworven onroerende zaken kunnen worden gerealiseerd, zonder dat daarvoor onroerende zaken van marktpartijen noodzakelijk zijn. De eigendomsverdeling in deze situatie moet worden vergeleken met de verkaveling in het stedenbouwkundige plan voor de betreffende gebiedsontwikkeling. De uitspraak in de casus Didam verplicht gemeenten er toe om in elk geval de onroerende zaken die zelfstandig kunnen worden ontwikkeld in beginsel via een openbare biedprocedure te verkopen.

4.3 Ongelijke behandeling van ongelijke gevallen

4.3.1 Grondposities van marktpartijen

Een eerste objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan een gemeente bij een beoogde vastgoed- of gebiedsontwikkeling tot de conclusie komt dat sprake is van maar één serieuze gegadigde kan zijn gelegen in de eigendomsverdeling.

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) aanbestedingsplichtig.

Ook wanneer de eigendomsverdeling wordt vergeleken met de verkaveling in het stedenbouwkundige plan voor de betreffende gebiedsontwikkeling en marktpartijen onroerende zaken in eigendom hebben waarop een deel van het stedenbouwkundige 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 betekenis.

Nadere doordenking vragen met name die situaties, waarin, uitgaande van een vergelijking van de eigendomsverdeling met de verkaveling in het stedenbouwkundige plan, een gedeelte van het stedenbouwkundige plan is geprojecteerd op onroerende zaken die gedeeltelijk in eigendom bij 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.

Naar mijn mening kan op de onroerende zaken die de gemeente in die situatie in eigendom heeft bezwaarlijk de eis van het volgen van een openbare biedprocedure als genoemd in het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam gelden, omdat de gemeente de onroerende zaken die nodig zijn om het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundige plan te realiseren niet via een openbare biedprocedure kan verkopen aan derden. Voor het realiseren van het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundig plan is immers de medewerking van de private grondeigenaren noodzakelijk. Ik acht het daarom verdedigbaar dat de gemeente in die situatie, ter bevordering van een integrale, samenhangende ontwikkeling van het betreffende gebied, 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 verworven. Hierbij kan een bouwclaimovereenkomst wordt gesloten, een gezamenlijke grondexploitatie maatschappij wordt opgericht, een concessieovereenkomst wordt aangegeven of (onder de Omgevingswet) gebruik wordt 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 in het kader van de samenwerking te sluiten overeenkomsten op de door de Hoge Raad beschreven wijze is kenbaar gemaakt..

Het alternatief voor deze handelwijze is dat de gemeente van de marktpartijen vraagt hun onroerende zaken aan de gemeente te verkopen, zodat deze - samen met de gemeentelijke onroerende zaken - kunnen worden betrokken in een openbare biedprocedure. Indien deze marktpartijen dat weigeren rest de gemeente niets ander dan deze onroerende zaken te onteigenen. Dit alternatief is naar mijn mening niet alleen geen noodzakelijk gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam, maar is reeds op grond van de factor tijd ook bepaald niet bevorderlijk voor de voortgang van gebiedsontwikkeling.

Voor enige vorm van publiek-private samenwerking is met name in het huidige tijdsgewricht daarentegen in veel gevallen een klemmende beleidsmatige noodzaak, gezien de voorliggende urgente woningbouwopgave. Het valt ook niet in te zien waarom (gemeentelijk woningbouw-)beleid in situaties van gemengde grondeigendom geen rol kan en mag spelen in de gemeentelijke afweging om al dan niet een openbare biedprocedure door middel van onteigening als onvermijdelijk alternatief voor samenwerking te willen nastreven. In dit verband acht ik ook van belang dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.4. gewag maakt 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 er toe 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 afgeronde delen van) het stedenbouwkundige plan, die slechts door middel van onteigening kan worden verkregen, kan naar mijn mening worden aangemerkt als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op

grond waarvan de gemeente met deze marktpartijen een samenwerking kan aangaan.

4.3.2 Bouwclaims

In de vorige paragraaf werd het sluiten van een bouwclaimovereenkomst al genoemd met betrekking tot de situatie van gemengd (publiek-privaat) grondeigendom zonder dat sprake was van een wettelijk zelfrealisatierecht. Daar werd door mij betoogd dat het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam aan het sluiten van onder andere een bouwclaimovereenkomst niet strijdig is met dit arrest, uiteraard mits het voornemen tot het sluiten van de overeenkomst op de door de Hoge Raad beschreven wijze is kenbaar gemaakt.

Een bouwclaimovereenkomst (waarbij marktpartijen door hen verworven onroerende zaken vervreemden aan de gemeente en op een later moment bouwrijpe gronden kopen van de gemeente teneinde deze voor eigen rekening en risico te bebouwen) kan ook betrekking hebben op onroerende zaken die door marktpartijen zijn verworven en waarop een samenhangend gedeelte van het stedenbouwkundige plan kan worden gerealiseerd en op welk gedeelte de betreffende marktpartijen derhalve een wettelijk recht van zelfrealisatie hebben. Een bouwclaimovereenkomst is in dergelijke gevallen te kwalificeren als verplaatste zelfrealisatie. Hiervan kan uiteraard alleen dan redelijkerwijs worden gesproken indien de bouwclaimovereenkomst proportioneel is in die zin dat het gedeelte van het bouwprogramma dat de marktpartijen zouden kunnen realiseren op de onroerende zaken die de marktpartijen op grond van de bouwclaimovereenkomst aan de gemeente verkopen niet substantieel van minder betekenis is dan het gedeelte van het bouwprogramma dat de marktpartijen kunnen realiseren op de onroerende zaken die de gemeente op grond van de bouwclaimovereenkomst aan de marktpartijen verkopen. Als objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente aan deze marktpartijen onroerende zaken kan verkopen, zonder dat een openbare biedprocedure behoeft te worden gevolgd, geldt dan dat sprake is van gronden die niet los kunnen worden gezien van andere gronden die door de gemeente van marktpartijen zijn verkregen met het oogmerk dat die partijen elders gronden krijgen waarop een deel van het plan kan worden ontwikkeld. Een dergelijke handelwijze valt ook binnen de gemeentelijke beleidsvrijheid. Hierbij kan worden aangetekend dat ook in andere situaties - bij voorbeeld bij minnelijke aankoop door de overheid van zittende bedrijven - het bieden van een vervangende onroerende zaak met enige regelmaat voorkomt. Ook daar levert - een beleidsmatig wenselijke - mogelijkheid van uitplaatsing naar mijn mening een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op.

In de beide genoemde typen situaties waarbij een bouwclaimovereenkomst een van de mogelijkheden is, liggen de onroerende zaken die de marktpartijen aan de gemeente verkopen en de onroerende zaken die de gemeente aan de marktpartijen verkoopt, binnen hetzelfde te ontwikkelen gebied. Dit behoeft echter niet voor elke bouwclaim te gelden. Er kan ook sprake zijn van bouwclaims die samenhangen met onroerende zaken van marktpartijen in een ander, in een eerdere periode ontwikkeld gebied, waarbinnen voor de gemeente redelijkerwijs geen mogelijkheden bestonden om aan de marktpartij vervangende onroerende zaken te verkopen en daarom de afspraak is gemaakt om bij een volgende - al dan niet met name genoemde - gebiedsontwikkeling deze bouwclaim alsnog in te lossen. Deze situatie is naar mijn mening niet wezenlijk verschillend van gevallen waarin alle onroerende zaken waarop de bouwclaimovereenkomst betrekking hebben, zich binnen hetzelfde te ontwikkelen gebied bevinden. In alle genoemde situaties is immers sprake van ofwel 'verplaatste zelfrealisatie' dan wel noodzakelijke samenwerking om te komen tot aaneengesloten onroerende zaken die door de gemeente (via een openbare biedprocedure) aan derden kunnen worden verkocht. Ook bouwclaims die betrekking hebben op onroerende zaken die marktpartijen in een ander gebied in eigendom hadden en verkochten aan de gemeente resulteren naar mijn overtuiging in een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op om in een later ontwikkelen gebied onroerende zaken aan deze marktpartijen te vervreemden zonder dat een openbare biedprocedure wordt gehouden.

4.3.3 Unsolicited proposals

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 biedprocedure wordt gehouden, is het door die marktpartij in een eerder stadium indienen van een zogenaamd *unsolicited proposal*, waarbij deze marktpartij de gemeente een concreet voorstel doet 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 zo'n 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.

Omdat hier wat betreft de grondeigendomssituatie sprake is van te ontwikkelen locaties en gebieden waarbinnen alle onroerende zaken zijn verworven door de gemeente, werd hiervoor in paragraaf 4.2. overwogen dat de uitspraak in de casus Didam gemeenten er in beginsel toe verplicht om alle door de gemeente te verkopen onroerende zaken in beginsel via een openbare biedprocedure te verkopen.

Zou een *unsolicited proposal* een uitzondering op dit beginsel kunnen vormen, dat wil zeggen zou de gemeente als criterium om onroerende zaken vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare biedprocedure wordt gehouden kunnen hanteren dat die marktpartij de gemeente een aantrekkelijk voorstel voor de ontwikkeling het gebied waarbinnen die onroerende zaken zijn gelegen aan de hand heeft gedaan? Een dergelijk criterium staat feitelijk gelijk aan 'wie het komt het eerst maalt' en is weliswaar objectief en toetsbaar, maar of zo'n criterium ook redelijk kan zijn hangt naar mijn mening (mede) af van de mate van uniciteit van het gepresenteerde voorstel, mede gelet op het gebied waarop het voorstel betrekking heeft.

Het zonder voorafgaande openbare biedprocedure vervreemden van onroerende zaken aan een marktpartij die een voorstel voor een rechttoe rechtaan woningbouwproject indient voor een uitleglocatie, is naar mijn mening niet redelijk, omdat zeer waarschijnlijk ook andere marktpartijen potentiële gegadigden zijn voor de verwerving van de betreffende onroerende zaken en tevens bereid en in staat zijn om in het betreffende gebied een vergelijkbaar woningbouwproject te realiseren.

Naarmate een te ontwikkelen gebied gecompliceerder en een voor het betreffende gebied ingediend voorstel unieker is, stijgt de kans dat het zonder voorafgaande biedprocedure vervreemden van onroerende zaken met als criterium dat sprake is van een marktpartij die een *unsolicited proposal* heeft ingediend, voldoet als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zoals bedoeld door de Hoge Raad.

Dit criterium zal naar mijn mening derhalve moeten worden gevonden in de overeenstemming tussen de randvoorwaarden en beleidsuitgangspunten die de gemeente ten aanzien van het betreffende gebied hanteert enerzijds en de kenmerken van *unsolicited proposal* anderzijds en zal dan zo moeten luiden, dat het ingediende voorstel met uitsluiting van wat anderen (mogelijk) te bieden hebben aan de voorwaarden voldoet. Daarbij loopt de gemeente het risico dat andere marktpartijen zich naar aanleiding van de publicatie van het voornemen om onroerende zaken te vervreemden aan de marktpartij die de *unsolicited proposal* heeft ingediend, op het standpunt stellen dat zij evenzeer in staat zijn om binnen genoemde randvoorwaarden en beleidsuitgangspunten een voorstel op te stellen en daarom een kans wensen te krijgen om naar de onroerende zaken mee te dingen.

4.3.4 Partnerselectie

In de Reiswijzer gebiedsontwikkeling 2019 wordt over partnerselectie onder meer het volgende opgemerkt: "er wordt niet geselecteerd op een plan met een bieding 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." ¹⁰ Evenals bij de *unsolicited proposals* die in paragraaf 4.3.4. aan de orde kwamen, is ook bij partnerselecties sprake van te ontwikkelen locaties en gebieden waarbinnen alle onroerende zaken zijn verworven door de gemeente. Derhalve geldt ook hier hetgeen in paragraaf 4.2. werd overwogen, namelijk dat de uitspraak in de casus Didam gemeenten er in beginsel toe verplicht om alle door de gemeente te verkopen onroerende zaken in beginsel via een openbare biedprocedure te verkopen.

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, kan een partnerselectie naar mijn oordeel - althans in theorie - worden ingericht als een openbare biedprocedure, waarbij de toe te passen selectiecriteria zoals door de Hoge Raad genoemd in rechtsoverweging 3.1.5. zich geheel richten op zaken als ervaring, visie, commitment en competenties.

In de praktijk zal het naar de mening van ondergetekende niet gemakkelijk zijn om dergelijke selectiecriteria zodanig te formuleren, dat deze objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

4.3.5 Specifiek vastgoed

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.

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.

In bepaalde omstandigheden is het denkbaar dat voor het realiseren van vastgoed met een bepaald karakter redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde beschikbaar is. In dergelijke gevallen kan met een beroep op rechtsoverweging 3.1.6. van de Hoge Raad worden volstaan met een publicatie van de beoogde grondverkoop zonder dat daaraan voorafgaand een openbare biedprocedure 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 biedprocedure niet hoeft te worden gevolgd.

4.3.6 Gesloten overeenkomsten

Bedoeld worden hier gesloten contracten, op grond waarvan de gemeente onroerende zaken vervreemdt aan marktpartijen, zonder dat een voorafgaande, openbare biedprocedure is gehouden, terwijl dat op grond van de criteria die de Hoge Raad in de casus Didam heeft geformuleerd wel had gemoeten. De vraag is onder welke omstandigheden dergelijke overeenkomsten nog in rechte kunnen worden aangetast.

Omdat de verplichting om bij grondverkoop in beginsel een openbare biedprocedure 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 biedprocedure geen formele aanbestedingsprocedure is, acht ik het, vanwege de gelijkenis in opzet en strekking tussen een aanbestedingsprocedure en een openbare biedprocedure, denkbaar en verdedigbaar om voor de lengte van een dergelijke 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 ben ik van mening 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.

4.3.7 Lopende onderhandelingen

Bij lopende onderhandelingen is naar mijn mening 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. In paragraaf 4.1. is uiteengezet welke typen gevallen dit zouden kunnen zijn. Indien dit criterium er is, kunnen de onderhandelingen worden voortgezet.

Voor de omvang van het risico dat een derde zich naar aanleiding van de publicatie zal melden met een bezwaar tegen de beoogde grondverkoop, acht ondergetekende 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 bezwaren zullen worden ingediend, beduidend groter dan wanneer derden zich nimmer tegen de samenwerking tussen de gemeente en de onderhandelingspartner problemen te verwachten.

Wanneer de gemeente in de situatie van eerder afgewezen derden geen goede motivering kan bedenken waarom aan de onderhandelingspartner wordt verkocht zonder dat een openbare biedprocedure wordt gehouden, dan kan de gemeente overwegen om de onderhandelingen af te breken en de betreffende onroerende zaken in een openbare biedprocedure 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, kan dit naar het oordeel van ondergetekende niet lijden tot een succesvolle schadeclaim van de onderhandelingspartner jegens de gemeente.

5. Naar aan transparant gronduitgiftebeleid

In paragraaf 4 van dit artikel is verkend in welke situaties het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam noopt tot het door gemeenten houden van een openbare biedprocedure ten behoeve van de vervreemding van onroerende zaken en in welke typen gevallen deze procedure uitsluitend kan worden opengesteld voor partijen die in staat zijn vastgoed met een specifiek karakter te realiseren en onder welke omstandigheden 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.

Gemeenten dienen zich - indien en voor zover zij dat nog niet hebben gedaan - te richten op een werkwijze bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling in het algemeen en bij de vervreemding van onroerende zaken in het bijzonder. Het is voor alle bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling betrokken partijen van groot belang dat deze werkwijze kenbaar is. De gemeentelijke Nota grondbeleid (dan wel een specifieke nota gronduitgifte, indien een gemeente daarover beschikt) is naar mijn mening de geëigende plek om de werkwijze van de gemeente in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad weer te geven.

Daarbij gaat het om drie hoofdzaken:

1. Het bepalen van de plaats waar aankondigingen van openbare biedprocedures en aankondigingen van vervreemding van onroerende zaken indien geen openbare biedprocedure wordt gehouden, worden geplaatst. De gemeentelijke website lijkt hiervoor geschikt en is voor een ieder raadpleegbaar;
2. Een beschrijving van de inrichting van een openbare biedprocedure. Hoewel, zoals in paragraaf 4.3.6. reeds opgemerkt, geen sprake is van een aanbesteding in formele zin, zouden wel elementen van de openbare biedprocedure kunnen worden ontleend aan met name de niet openbare procedure: eerst kunnen marktpartijen hun belangstelling kenbaar maken op basis van een summiere omschrijving op de website, gevolgd door een keuze van bij voorbeeld 3 partijen op basis van bijvoorbeeld referentieprojecten. De op die wijze geselecteerde partijen kunnen een bieding doen op de onroerende zaak. Die bieding zal in veel gevallen worden beoordeeld op basis van een criterium, waarbij zowel geboden koopprijs als de kwalitatieve aspecten van het plan voor het ontwikkelen van de onroerende zaken met een zeker onderling gewicht een rol spelen. Na een keuze voor een partij waarmee de gemeente een koopovereenkomst zal sluiten kan een termijn worden gegeven waarbinnen tegen de voorgenomen verkoop kan worden opgekomen door deelnemers aan de procedure die zich niet met de gemeentelijke beslissing kunnen verenigen. Ook hierbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het aanbestedingsrecht en zou de Alcatel termijn van 20 dagen kunnen worden aangehouden;
3. Het benoemen van die typen situaties, waarin naar het oordeel van de gemeente 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. Daarbij kunnen eigendomsposities van marktpartijen worden benoemd, kan het beleid ten aanzien van gronduitgifte voor specifieke typen vastgoed worden uiteengezet en kan worden aangegeven of en zo ja onder welke voorwaarden de gemeente open staat voor *unsolicited proposals* en voor partnerselectie. Als (te verwachten is dat) er meerdere potentiële gegadigden zijn,

brengt het selectie criterium tot uiting op welke manier die gegadigden ongelijk zijn. Het criterium kan (in de ogen van de rechter) echter nog steeds inbreuk maken op het gelijkheidsbeginsel. Daarom is het zaak het publieke beleidsdoel te benoemen dat dat noodzakelijk maakt en rechtvaardigt.

Zoals aan het einde van paragraaf 4.1. opgemerkt zal de uitspraak van het Hof's Hertogenbosch in de zaak Didam mogelijk zorgen voor een verscherping van de inzichten die zich naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad van 26 november 2021 hebben ontwikkeld. Het door gemeenten wachten met het inrichten van een werkwijze bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling in het algemeen en bij de vervreemding van onroerende zaken in het bijzonder totdat de uitspraak van het Hof's Hertogenbosch voor een ieder kenbaar is, is echter geen optie. Met name de omvangrijke en urgente woningbouwopgave die voorligt, kan daar immers niet op wachten. Het door gemeenten formuleren van een transparant gronduitgiftebeleid en het daarnaar handelen, is daarmee een opgave voor de kortst mogelijke termijn.

- 1 Arjan Bregman is hoogleraar Bouwrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Tevens is hij verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht en aan de Amsterdam School of Real Estate. Ook adviseert hij onder de naam Bregman Advisering.
- 2 Rb. Gelderland, 8-1-2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBGEL:2019:46>), r.o. 2.11
- 3 Rb. Gelderland, 8-1-2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBGEL:2019:46>), r.o. 4.12
- 4 Gerechtshof Arnhem Leeuwarden, 19-11- 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2019:9911>), TBR 2020/27 (/tbr/2020-27) m.n. A. Drahmman.
- 5 Parket bij de Hoge Raad, 12-3- 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2021:243>).
- 6 Hoge Raad, 26-11- 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2021:1778>).
- 7 HvJEU 24-2-2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08.
- 8 R.o. 5.6.
- 9 2016/C262/01
- 10 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling, 2019, p. 55

Deel dit artikel  (<https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12>)

 Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest&via=Instituut_BR&url=<http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12>) 

 (<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12&title=nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12 Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest&source=IBR Tracker>) 

 (<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2022%20TBR 2022-12 Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest>)  (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0A<http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2022/februari/tbr-2022-12>)