

Praktisch omgaan met ‘Didam’

Dit verslag is een weerslag van een drietal online gesprekken op 6, 7 en 11 januari 2022 over het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam. Aan elk gesprek namen ongeveer evenveel mensen deel vanuit ontwikkelaars als vanuit gemeenten. Het verslag geeft een geanonimiseerd beeld van hoe er door verschillende partijen gedacht wordt. In hoeverre dit stand houdt is nog niet te zeggen. Er kunnen dan ook geen rechten aan worden ontleend.

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam, op 26 november 2021, heeft veel stof doen opwaaien. De NEPROM organiseerde begin januari een drietal kleinschalige bijeenkomsten voor ontwikkelaars en gemeenten om gezamenlijk de gevolgen van het arrest te bespreken voor lopende en toekomstige projecten. Doel was om gezamenlijk meer grip te krijgen op situaties waar de uitspraak mogelijk tot vertraging of andere problemen kan leiden.

Zowel gemeenten als marktpartijen zijn druk bezig met het inventariseren van de juridische betekenis van het arrest en de mogelijke risico's in lopende onderhandelingen en reeds gesloten contracten. Ook wordt nagedacht over de gevolgen voor toekomstige projecten.

Overall beeld

Uit de gesprekken blijkt dat gemeenten en ontwikkelaars doorgaans praktisch met de uitspraak omgaan en hun eigen oplossingsrichtingen vinden. Er is grote behoefte aan kaders en helderheid over welke ruimte er is voor gemeenten en aan bevestiging dat de gekozen oplossingen verantwoord zijn binnen de context van het arrest. De onzekerheid en het onderzoeken van de mogelijkheden en risico's leidt tot de nodige vertraging. Nadere uitleg in een nieuwe Reiswijzer of vergelijkbaar product zou erg helpen volgens de deelnemers aan de gesprekken. Ten eerste voorkomt dit dat alle afzonderlijke gemeenten veel tijd en energie gaan steken in het oplossen van dezelfde vragen en ten tweede ziet men hoe lastig het is voor marktpartijen die op meerdere plekken actief zijn als iedere gemeente er ander beleid op na houdt.

Gedane zaken

Voor bestaande contracten wordt het uitgangspunt om deze te respecteren breed gedeeld. Aan gedane grondverkoop wordt in principe niet gemorrelt. Sommige gemeenten hebben recente gronduitgiftes alsnog gepubliceerd. Een gespreksdeelnemer wijst erop dat het arrest juist de ontbinding betreft van een gerealiseerde verkoop. Dat maakt het toch spannend. Al deelt hij wel de mening dat er waarschijnlijk niets aan de hand is zolang uitlegbaar is hoe de verkoop tot stand is gekomen.

Intentiefase het spannendst

In projecten waar de grondtransactie aanstaande is, kiezen de meeste gemeenten om dit door te zetten. Naarmate projecten zich nog in een priller stadium bevinden, wordt het spannender. De meeste deelnemende gemeenten zoeken actief naar mogelijkheden om door te gaan en bestuurders daarbij het benodigde comfort te geven. Het vertrouwensbeginsel, bescherming van gedane investeringen en de voortgang zijn hiervoor belangrijke argumenten. Andere neigen meer tot de veilige route om alsnog te tenderen, zeker bij projecten die nog niet zo ver gevorderd zijn. Over het algemeen wordt per situatie een afweging gemaakt.

Elkaar niet het leven zuur maken

Op vragen van de gemeenten of marktpartijen nu hun kans schoon zien om een voet tussen de deur te krijgen, kunnen de aanwezige ontwikkelaars hen gerust stellen. Zij zijn niet van plan elkaar het leven zuur te gaan maken. Daarbij verwijzen ze naar de mores en naar het belang van goede relaties. Die zet je niet op het spel, tenzij er dingen echt heel erg verkeerd zijn gegaan. Dat neemt niet weg dat zowel ontwikkelaars als gemeenten verwachten dat er altijd 'cowboys' zullen zijn die wel transacties zullen proberen te verhinderen of terug te draaien. Ook particulieren blijken zich te melden, maar die kun je goed gemotiveerd uitleggen waarom de gronden aan een ontwikkelaar zijn of worden verkocht, zo denkt men.

Motiveren en publiceren

Sleutelwoorden zijn motiveren en publiceren. Dit geldt zowel voor lopende contracten en onderhandelingen als voor nog op te starten projecten. En tot op zekere hoogte ook voor transacties uit het recente verleden. Ten aanzien van de motivering van een-op-eenverkoop ziet men bijvoorbeeld de aankoop van een klein stukje gemeentegrond voor een grotendeels private ontwikkeling en het inlossen van (oude) bouwclaims doorgaans met vertrouwen tegemoet. Meer vragen zijn er over de afhandeling van allerlei andere contractuele afspraken waarbij nog geen grondtransactie heeft plaatsgevonden en het argument van een langdurige relatie.

Uniforme publicatie gewenst

De deelnemers roepen op om te komen tot gezamenlijke uniforme werkwijze voor publicatie. De belangrijkste vragen gaan over wanneer (bij het voornemen tot onderhandelen of bij het sluiten van een overeenkomst?), waar (gemeentesite, staatscourant, tendernet?) en wat te publiceren. Vervolgens zijn er ook de nodige vragen over hoe te handelen wanneer andere ontwikkelaars zich melden en welke risico's partijen dan lopen. En als er dan alsnog een selectie moet worden uitgeschreven, welke spelregels gelden er dan? In hoeverre moet en kun je dan zorgen voor een gelijk speelveld? Die gevolgen kunnen partijen nu niet overzien.

Kijken naar het aanbestedingsrecht

Hoewel het aanbestedingsrecht niet van toepassing is op pure gronduitgifte vinden de meeste deelnemers het wel logisch om hiernaar te kijken voor de verdere uitwerking. Het gaat immers beide om privaatrecht. In de praktijk zijn ook al publicaties gedaan van een voorgenomen grondverkoop, waarbij in aansluiting op de *standstill*- of Alcateltermijn uit het aanbestedingsrecht andere gegadigden de gelegenheid krijgen zich binnen drie weken te melden via een kort geding. De suggestie wordt gedaan om ten aanzien van termijnen voor het kunnen doen van een inschrijving en dergelijke eveneens aan te sluiten bij de aanbestedingswet.

Onverantwoord hoge kosten

Zeker is dat er in de toekomst meer concurrentie georganiseerd zal worden. Hoe gemeenten precies invulling zullen geven aan het gelijkheidsbeginsel is echter nog ongewis. Een enkeling ziet dat er stemmen opgaan om alles te gaan aanbesteden, zodat de gemeente niet meer voorzichtig hoeft te zijn met het stellen van extra eisen en wensen. Aan de andere kant staan gemeenten die zoeken naar de lichtst mogelijke vorm van het bieden van gelijke kansen. Daarbij wordt onder andere de vraag opgeworpen in hoeverre een onderhandse aanbesteding nog mogelijk is sinds het arrest van 26 november. Alles tenderen jaagt iedereen op onverantwoord hoge kosten en legt bovendien veel te veel beslag op de beschikbare capaciteit. Het advies om aan alle gemeenten een briefje te sturen met als strekking "wij hebben overal interesse in, bel ons maar" vinden ontwikkelaars en gemeenten volstrekt onwerkbaar.

Wie het eerst komt

Een praktische oplossing die verschillende gemeenten noemen om selectiekosten te vermijden, is gronden en vastgoedobjecten te verkopen aan de partij die als eerste interesse toont. Hiertoe publiceren zij alle gronden en vastgoedobjecten die de gemeente in de aanbidding heeft, veelal op een speciale website. Dit is een werkwijze die al langere tijd gangbaar is. Niet iedereen is ervan overtuigd dat dit nog mag.

Voorkeursposities (on)mogelijk

Over het algemeen gaat men ervan uit dat er specifieke eisen gesteld kunnen worden om grond te verkopen voor maatschappelijke doeleinden. Er is weinig twijfel over dat woningcorporaties een andere positie hebben dan andere gegadigden. Wel zijn er veel vragen over de rol van prestatieafspraken. Voor andere typen maatschappelijk vastgoed, zoals gymzalen of scholen, en voor het geven van voorkeur aan lokale partijen zijn er meer twijfels. En een locatie voor een WKO? Men moet er niet aan denken dat die ook getenderd zou moeten worden.

De verkoop van bedrijfskavels roept ook vragen op. Enerzijds over hoe je waarborgt dat het bedrijf komt brengen wat je als gemeente wenst en anderzijds omdat bij de uitgifte van bedrijfskavels niet (de omvang van) de uit te geven kavel, maar de ruimtebehoefte van het bedrijf leidend is.

Een gemeente wil gaan uitzoeken of de grond rechtstreeks aan toekomstige bewoners kan worden verkocht met een beding dat er op die grond eerst een huis gebouwd wordt, waarbij de bouw daarvan (mogelijk een-op-een) loopt via een ontwikkelaar.

Unsolicited proposal moet blijven

De deelnemers zijn allen voorstander van meer transparantie en openbaarheid. Er zijn echter wel situaties waarin een-op-eensamenwerking gewenst is en blijft. Zowel marktpartijen als gemeenten hechten eraan om op basis van een *unsolicited proposal* een samenwerking te kunnen blijven aangaan. Het signaleren van kansen en behoeften in een gebied dat de gemeente nog niet op het netvlies heeft en op basis daarvan met een voorstel komen, is zeker voor middelgrote en kleinere ontwikkelaars een belangrijk deel van hun activiteiten. Gemeenten waarderen deze creativiteit en hebben lang niet altijd de capaciteit om dit soort ontwikkelingen zelf te initiëren. Voor marktpartijen niet meer interessant om tijd en geld te investeren in een marktinitiatief wanneer dit leidt tot een tender voor de betreffende locatie. Sommige marktpartijen geven aan dat ze zich dan meer gaan richten op het innemen van grondposities.

Kansen voor unsolicited proposals?

Een besproken oplossingsrichting is dat de gemeente publiceert dat het beleid is dat de eerste die met een idee komt dit ook mag uitwerken. Daarbij zouden vooraf heldere criteria gesteld moeten worden op basis waarvan de gemeente beoordeelt of de marktpartij het initiatief verder mag uitwerken. Een deel van de deelnemers acht dit wel voorstelbaar binnen de beleidsruimte waar de Raad van State over spreekt. Anderen betwijfelen ernstig of het arrest daar ruimte voor biedt, maar vinden dat dit wel gerepareerd zou moeten worden. De meningen zijn verdeeld over de uitleg van het gelijkheidsbeginsel. De een vindt dat als je op eigen initiatief energie steekt in het ontwikkelen van een plan voor een bepaalde locatie, je niet meer gelijk bent aan een partij die dat niet doet. De ander denkt dat je niet op basis van het enkele feit dat één partij geïnvesteerd heeft andere partijen kunt uitsluiten die ook wel een plan zouden willen en kunnen maken.

Goede kansen voor partnerselectie

Zowel gemeenten als marktpartijen geven aan dat het voor bepaalde ontwikkelingen heel prettig kan zijn om gezamenlijk plannen te ontwikkelen. Er wordt dan in eerste instantie een partner geselecteerd op kwaliteit. De grondverkoop volgt later, vaak zonder dat op voorhand precies bekend

is welke gronden aan de ontwikkelaar zullen worden verkocht. Aangenomen wordt dat grondverkoop na een partnerselectie geen probleem vormt, omdat er een selectie heeft plaatsgevonden met als doel gronden tot ontwikkeling te brengen, inclusief de benodigde verkoop. Vraag is wel hoe expliciet dat vooraf vastgelegd moet zijn.

Integrale gebiedsontwikkelingen: herstructurering corporatiebezit

Over integrale gebiedsontwikkelingen leven veel vragen en zorgen. In diverse gemeenten werken ontwikkelaars samen met corporaties aan de herstructurering van naoorlogse wijken. Vaak zijn in dergelijke ontwikkelingen gronden nodig van de gemeente. Verwacht wordt dat – als deze gronden niet zelfstandig te ontwikkelen zijn – het argument gebruikt kan worden dat de gronden met het oog op een goede ruimtelijke ontwikkeling aan de betreffende corporatie of ontwikkelaar kunnen worden verkocht. Anders kon het wel eens lastig worden. Een argument zou dan kunnen zijn dat het mengen van zoet en zuur noodzakelijk is om de totale ontwikkeling mogelijk te maken. Maar of dat stand houdt, wordt betwijfeld.

Integrale gebiedsontwikkelingen: transformatielocaties

Vergelijkbare vragen spelen bij grote transformatielocaties, zoals Merwede. Extra complicerend hierbij is dat het grondeigendom over (veel) meer partijen is verdeeld. Als daar nog meer partijen bij komen doordat de gemeentelijke gronden aan buitenstaanders moeten worden verkocht, stijgt de complexiteit van de onderhandelingen over een integrale ontwikkeling exponentieel. Feitelijk moet op dit soort locaties een *package deal* gesloten worden die de individuele grondposities overstijgt en die alleen mogelijk wordt door de inbreng van gemeentegrond en verkoop hiervan aan de overige grondeigenaren. Iemand legt de relatie met het onteigeningsrecht. Het zelfrealisatierecht zou hierbij verhinderen dat de gemeente de grondeigenaren ‘in de kou laat staan’, denkt aan van de juristen. Mits uitvoering plaatsvindt conform de wensen en eisen van de gemeente.

Integrale ontwikkeling van aangrenzende kavels

Ook bij kleinere ontwikkelingen spelen dit soort vragen. Zo kan integrale ontwikkeling twee aangrenzende kavels leiden tot een beter plan dan afzonderlijke ontwikkelingen of kan de transformatie op de ene kavel alleen rendabel gemaakt worden door de aangrenzende kavel erbij te betrekken.

Kan een GEM nog?

Over samenwerkingsverbanden worden ook nog diverse vragen gesteld. Hieruit blijkt dat er verschillend wordt gedacht over de vraag of een GEM nog kan. Sommigen vragen vol vertrouwen om bevestiging dat de uitspraak niet van toepassing is voor een samenwerkingsverband waar de gemeente onderdeel van is (GEM). Anderen hebben vooral veel vragen over wat er moet gebeuren met gemeentegrond die is ingebracht in zo'n GEM/samenwerking en of de gemeente de grond die nog moet worden ingebracht nog wel kan leveren. Of dat de bouwclaims waar dit soort samenwerkingsverbanden vaak mee werken nog wel mogelijk zijn.

Ook zijn er nog vragen over gebiedsontwikkeling via gemeenschappelijke regelingen. De uitvoeringsorganisatie is dan verspreid over verschillende gemeenten. Onduidelijk is waar dan de verantwoordelijkheden liggen.

Handreikingen voor de praktijk

De NEPROM en VNG zijn in nauw overleg met het ministerie van BZK om handreikingen te bieden voor het omgaan met dit arrest. De eerste snelle stap was het publiceren van een [factsheet](#) door BZK over de uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen. VNG en NEPROM leverden hiervoor de input. Niet alle vragen kunnen al worden beantwoord. De factsheet zal worden

aangevuld wanneer er meer informatie beschikbaar is. Daarnaast gaan we aan de slag met een meer praktische handreiking. We nemen hierin de uitkomsten van de bijeenkomsten mee.

Aanvullende informatie

Kort na de uitspraak organiseerde de NEPROM al een flitswebinar waarin advocaten van Stibbe een toelichting gaven op de uitspraak. Stibbe herhaalde dit webinar later voor haar klanten. Onlangs besprak het kantoor op haar website in [FAQ-vorm](#) het arrest en de praktische betekenis ervan voor de praktijk.

Op de site van de Vereniging van grondbedrijven (Vvg) is een [dossierpagina](#) ingericht waar links zijn verzameld naar o.a. een webinar van Arjan Bregman en een document met antwoorden op de vragen die hem zijn gesteld. Ook is er informatie van andere webinars en presentaties te vinden, zonder een uitputtend overzicht te geven.

Op gebiedsontwikkeling.nu beargumenteert Sven Schroots, een van de auteurs van de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019, waarom [partnerselectie](#) een bruikbaar instrument blijft, ondanks de uitspraak van de Hoge Raad.