



mr. R.J. Lucassen¹

Gronduitgifte door de overheid na Didam, een update (1)

In LTB 2022/42 werd een eerste analyse gegeven van de jurisprudentie die verschenen was na het zogeheten Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021. In dat artikel werd met name aandacht besteed aan de kort-gedinguitspraken van de civiele rechter over de vraag, onder welke omstandigheden een overheidslichaam zich met succes kan beroepen op de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering op de beginselverplichting tot het organiseren van een openbare selectieprocedure. De ontwikkelingen hebben sinds dat vorige artikel niet stilgestaan en daarom is het hoog tijd voor een actualisering op basis van de stroom sindsdien verschenen vonnissen en inmiddels ook enkele arresten. Ook dit keer zal de focus vooral liggen op de toepassing van de uitzonderingsregel: wanneer is sprake van een situatie waarin het overheidslichaam de beoogde verkrijger als enige serieuze gegadigde voor de grond mag aanmerken? Deze update verschijnt vanwege de omvang van de te behandelen stof in twee delen.

Opbouw

In deel 1 van deze update zal om te beginnen aandacht worden besteed aan het gelijkheidsbeginsel als ratio voor het al dan niet bieden van mededingingsruimte en de vraag hoe dit uitwerkt in concrete situaties waarin de rechter oordeelde dat dit beginsel geschonden was. Vervolgens zal worden uiteengezet dat het bij de regels uit het Didam-arrest gaat om procesregels, die de benutting door de betrokken overheid van de haar toekomstige beleidsruimte onverlet laat, mits de te hanteren selectiecriteria objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

In deel 2 van deze update zullen wij nader ingaan op een aantal aspecten die blijkens de rechtspraak naar voren komen als het gaat om (het respecteren van) de eigen beleidsruimte van de overheid bij het formuleren van de selectiecriteria. Voorts zal een poging worden gedaan antwoord te geven op de hamvraag: wanneer slaagt een beroep van de overheid op de uitzonderingsregel uit het Didam-arrest? Tenslotte zal in dat tweede deel aan de orde komen of het Didam-arrest nu wel of geen 'nieuw recht' bevat, een onderwerp waarover de rechtbanken nog niet op één lijn blijken te zitten. De jurisprudentie die in deze update wordt behandeld, beslaat de periode van 12 september 2022 tot 10 februari 2023.

Het gelijkheidsbeginsel

Hoewel het Didam-arrest betrekking heeft op verkoop door de overheid van onroerende zaken en de reikwijdte van dit arrest dus breder is dan alleen uitgifte van grond, gaat het in de praktijk tot nu toe vooral om gronduitgifte. In dit artikel wordt bij dat praktische gegeven aangesloten. Blijkens het Didam-arrest vormt het gelijkheidsbeginsel (als één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) de centrale norm waaraan verkoop van onroerende zaken (hierna kortweg genoemd:

¹ Mr. R.J. (Robert) Lucassen is als senior jurist grondzaken en gebiedsontwikkeling werkzaam bij Overwater Grondbeleid Adviesbureau te Strijen, rlucaassen@overwater-grondbeleid.nl.

gronduitgifte) door de overheid getoetst dient te worden. Volgens de Hoge Raad strekt het gelijkheidsbeginsel in deze context tot het bieden van gelijke kansen. Daartoe dient mededingingsruimte te worden geboden in de vorm van het organiseren van een openbare selectieprocedure. Deze verplichting geldt niet alleen tegenover degenen die reeds bij het overheidslichaam van hun interesse hebben laten blijken. Wanneer redelijkerwijs te verwachten is dat de kring van geïnteresseerden groter is, moet ook aan deze laatsten de mogelijkheid worden geboden, naar het verkrijgen van de zaak mee te dingen. Het (veronderstellenderwijs) aanwezig zijn van meerdere gegadigden is direct verbonden met het begrip 'schaarste'. De Didam-regels zijn immers van toepassing op verkoop door de overheid van schaarse onroerende zaken. Schaarste heeft in deze context geen betrekking op de beperkte beschikbaarheid van het desbetreffende object (zoals het geval is bij schaarse publieke rechten), maar uitsluitend op de vraag of er meerdere gegadigden zijn, dan wel dat laatste redelijkerwijs te verwachten is.

Ten behoeve van het selectieproces dient het overheidslichaam met inachtneming van de haar toekomstige beleidsruimte vooraf heldere criteria op te stellen, die objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn. Bovendien moet die overheid met een 'passende mate van openbaarheid' communiceren over de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de procedure die gevolgd zal worden, het tijdschema en (uiteraard) de te hanteren selectiecriteria. De achtergrond van dit geheel aan verplichtingen is dat willekeur en favoritisme moeten worden vermeden.

In de praktijk gaat het nog wel eens mis, omdat de overheid er te gemakkelijk vanuit gaat dat er geen sprake is van een situatie waarin er meerdere gegadigden zijn, of redelijkerwijs te verwachten zijn. De vraag is dus, wanneer het overheidslichaam dat voornemens is grond uit te geven, daarop bedacht moet zijn. Uit de jurisprudentie volgt dat de aanwezigheid van interesse bij meerdere gegadigden op verschillende factoren kan zijn gebaseerd.

In de aflevering LTB 2022/42 werd al de zaak Shell/gemeente Nieuwegein besproken. Daaruit volgde dat 'enige vorm' van gebleken interesse al voldoende kan zijn voor het oordeel dat er meerdere gegadigden zijn (Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2017). Soms is het echter een kwestie van 'logisch nadenken': in een andere zaak had de gemeente Nieuwegein, die zo voortvarend was geweest om met supermarkt Aldi een tijdelijke huurovereenkomst te sluiten, maar zekerheidshalve nog wel een zogeheten 'gestanddoeningsbesluit' publiceerd, zelf kunnen (en ook moeten) bedenken dat andere supermarkten ook in zo'n huurtransactie geïnteresseerd zouden (kunnen) zijn, ook al hadden die concurrenten niet eerder van hun interesse laten blijken (Rechtbank Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402. Dit vonnis is in hoger beroep bekrachtigd, zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11197). De rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld dat de gemeente Rotterdam de interesse van marktpartijen ook had kunnen afleiden uit het (enkele) feit dat zij bezwaar hadden gemaakt tegen de voorgenomen uitgifte zoals deze uit een daartoe strekkende publicatie bleek (Rechtbank Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310).

Mogelijke verklaringen kunnen in het midden worden gelaten, maar feit is dat het nog geregeld mis gaat in die zin dat de betrokken overheid al haar inspanningen richt op een één-op-één transactie, terwijl het tamelijk evident is dat er mededingingsruimte had moeten worden geboden. Dat de verplichting tot het organiseren van een openbare biedprocedure volgens het Didam-arrest het uitgangspunt vormt bij voorgenomen gronduitgifte en dus logischerwijs eerst de vraag moet worden

beantwoord of er – gelet op de te hanteren selectiecriteria – meerdere gegadigden (te verwachten) zijn voordat men aan de uitzondering toekomt, staat kennelijk nog niet bij iedere overheid helder op het netvlies. Het wekt vooral verbazing dat dit over het hoofd werd gezien in enkele gevallen, waarin de voorgenomen gronduitgifte zou plaatsvinden als onderdeel van een omvangrijk gebiedsontwikkelingsproces, omdat juist dan naar verwachting verschillende gegadigden interesse zullen hebben. Ik geef hiervan de volgende voorbeelden.

Provincie Friesland (grondruil in het kader van natuurdoelstelling)

De provincie Friesland dacht één-op-één grond te kunnen verkopen aan een partij die zij nota bene zelf had benaderd in het kader van een beleidsdoelstelling op het gebied van natuur. De desbetreffende transitie-opgave hield in dat eigenaren van landbouwgrond bereid moesten worden gevonden om die grond om te vormen naar natuur; daartoe zouden zij van de provincie vervangende landbouwgrond kunnen kopen, waarvoor zij subsidie zouden ontvangen. De provincie publiceerde haar voornemen tot de onderhandse verkoop, maar zij kwam daar niet mee weg. De rechtbank overwoog dat de publicatie geen duidelijkheid verschafte over de vraag, op basis van welke criteria de provincie tot het oordeel was gekomen dat er slechts één serieuze gegadigde voor de aankoop van de ruilgrond in aanmerking kwam. Dat laatste was ook niet alsnog aannemelijk gemaakt. De provincie had er rekening mee moeten houden dat ook andere partijen met gronden gelegen in de nabijheid van de natuurgebieden geïnteresseerd zouden zijn. Kortom, zij had een openbare selectieprocedure moeten organiseren. Overigens werd de stelling van de eisende partij dat de provincie geen grondruil had mogen toepassen als onderdeel van haar selectieprocedure – waarbij die ruilgrond door de koper zou worden gekocht met gebruikmaking van de subsidieregeling – verworpen. Door de inzet van ruilgrond versterkte de provincie de werking van de subsidieregeling en kwam het daadwerkelijk tot realisatie van het provinciale doel om landbouwgrond om te zetten naar natuur. Binnen de beleidsruimte die de provincie toekomt, mag de provincie het privaatrecht op deze manier inzetten voor het bewerkstelligen van haar beleidsdoelen (Rechtbank Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685).

Gemeente Dronten

De gemeente Dronten wilde een integraal gebiedsproces op gang brengen om nieuwe natuur en recreatiemogelijkheden te ontwikkelen ter versterking van de structuur van het gebied aan de oostkant van de gemeente. In de kern kwam het project neer op het benutten van ruilmogelijkheden, waarbij de provincie Flevoland ruiltransacties met subsidie zou faciliteren. De gemeente koos voor een open selectieproces met een “bottom up” benadering, waarbij geïnteresseerden werden uitgenodigd zelf met ideeën te komen. Vervolgens werden met 20 partijen inventarisatiegesprekken gevoerd. De gemeente hield weliswaar alle partijen die hun belangstelling hadden getoond geregeld op de hoogte van de voortgang van het project, maar slechts in algemene zin en zonder duidelijk te maken dat zij bezig was met een selectieproces en zonder de door haar gehanteerde selectiecriteria kenbaar te maken. Uiteindelijk sloot de gemeente met vijf agrariërs uitvoeringsovereenkomsten. De gepasseerde geïnteresseerden konden zich daarmee niet verenigen en stelden de gemeente aansprakelijk voor beweerdelijk geleden exploitatieschade.

De rechtbank verwierp het verweer van de gemeente dat zij bij een “bottom up” proces als hier aan de orde, niet verplicht en bovendien niet in staat is om van te voren concrete en toetsbare selectiecriteria op te stellen. Haar gebondenheid aan het gelijkheidsbeginsel is volgens de rechtbank

immers niet afhankelijk van de gekozen benadering ter selectie van de deelnemers aan het project. Juist wanneer aan belangstellenden een grote mate van vrijheid wordt gelaten bij het kenbaar maken van hun belangstelling, is er reden om van te voren kennis te geven aan de hand van welke toetsbare en redelijke criteria zal worden geselecteerd. Verder is het voor het bieden van gelijke kansen niet voldoende om betrokkenen te informeren over de voortgang van het project. De rechtbank stelde eisers in de gelegenheid om hun schade in het verdere verloop van de procedure te onderbouwen (Rechtbank Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL: RBMNE:2022:4487).

Procesregels uit het Didam-arrest laten eigen beleidsruimte volledig intact

De in het Didam-arrest geformuleerde hoofdregel (mededingingsruimte bieden ingeval van meerdere gegadigden) en uitzondering daarop ('één serieuze gegadigde') betreffen procesregels, dat wil zeggen regels ter structurering van het selectieproces. De door de overheid te hanteren selectiecriteria dienen objectief, toetsbaar en redelijk te zijn en met inachtneming van de haar toekomstige beleidsruimte te worden opgesteld, aldus de Hoge Raad. Het is niet de taak van de rechter om die beleidsruimte voor de betrokken overheid in te vullen en dat gebeurt dan ook niet. Integendeel, in verschillende uitspraken wordt benadrukt dat die beleidsruimte moet worden gerespecteerd. Hierbij springt een aantal aspecten in het oog, waarvan in dit artikel de eerste twee zullen worden besproken.

1. Het gaat in deze materie om de gebruikmaking door de overheid van het privaatrecht om het algemeen belang, c.q. de gestelde beleidsdoelen, te dienen. De overheid heeft in dat kader een grote mate van vrijheid voor wat betreft de keuze en vormgeving van het privaatrechtelijk instrument in kwestie. We zagen dit aspect al naar voren komen in de hiervóór besproken zaak van de provincie Friesland waar het ging om de keuze voor het instrument grondruil.
2. Beleidsruimte houdt onder meer ook in dat de overheid eerder vastgesteld beleid mag wijzigen onder invloed van het proces dat zal leiden tot gronduitgifte. Dit aspect kwam duidelijk naar voren in de casus van de Codrico-fabriek te Rotterdam (Rechtbank Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887). Om verschillende redenen is het de moeite waard wat langer stil te staan bij deze zaak. Wat was hier aan de hand?

De gemeente Rotterdam had percelen grond en water aan de Rijnhaven in Rotterdam in eigendom. Op een deel van deze percelen rustte een recht van erfpacht tot 2050. Een deel van deze percelen was in gebruik als fabriek voor verwerking van landbouwproducten. De huurovereenkomst voor deze Codrico-fabriek liep eveneens tot 2050. De gemeente wilde de Rijnhaven ontwikkelen tot een hoogstedelijk woongebied, een strand en stadspark en legde dat doel vast in het Ambitiedocument Rijnhaven 2018. Daarin werd vermeld dat een openbare uitvraag voor de gehele ontwikkeling mogelijk was, maar dat de aparte uitgifte van bouwlocaties in een door de gemeente geopende grondexploitatie gunstig leek om grip te houden op de gebiedsontwikkeling en goede concurrentieverhoudingen te bevorderen. In 2018 benaderde de erfpachter de gemeente om de fabriek te verplaatsen. Dit leidde in 2020 tot een intentieovereenkomst tussen gemeente en een partij waarmee de erfpachter goede banden had, te weten een beleggingsmaatschappij Rijnhaven Belegging C.V. (RBCV), met een Rotterdamse projectontwikkelaar als beherend vennoot. Op grond

van die intentieovereenkomst zou de fabriek verplaatst worden naar Spaanse Polder, zou het bedrijfsterrein worden herontwikkeld en zou er een maritiem centrum in de Rijnhaven komen. Medio maart 2022 kondigden B&W het voornemen tot verkoop en uitgifte in erfpacht van het "Project herontwikkeling Codrico" (en in verband daarmee: het sluiten van een aantal overeenkomsten) aan. In de publicatie werd uitvoerig gemotiveerd waarom en hoe de voorgenomen verkoop/uitgifte zou bijdragen aan de realisatie van de gemeentelijke beleidsdoelen zoals het afronden van de stedenbouwkundige ontwikkeling van het gebied, het bevorderen van betaalbare woningbouw in overeenstemming met de gemeentelijke Woonvisie etc., en werd vermeld dat aan de gemeente een bijdrage in het kader van de Woningbouwimpuls (WBI) was toegekend die het ook mogelijk maakte om de fabriek te verplaatsen. Aangezien het project niet op korte termijn zou kunnen worden gerealiseerd zonder de medewerking van de erfpachters, en RBCV de enige partij was die op die medewerking kon rekenen, was RBCV als initiatiefnemer volgens de gemeentelijke publicatie de enige serieuze gegadigde. RBCV had immers een uniek plan ontwikkeld en daarvoor draagvlak verworven, waarmee verzekerd was dat het plan op korte termijn zou kunnen worden gerealiseerd. Een partij die eveneens een grondpositie heeft in het plangebied, maakte bezwaar tegen de voorgenomen transactie met RCBV.

De (voorzieningenrechter van de) rechtbank Rotterdam stelde de ruime beleidsvrijheid van de gemeente voorop, hetgeen volgens haar ook impliceert dat eerder vastgesteld beleid kan worden gewijzigd (in dit geval ging de gemeente zoals gezegd aanvankelijk uit van aparte uitgifte van bouwlocaties, maar in een later stadium van integrale gebiedsontwikkeling). Het bezwaar van eiser dat het gewijzigd gemeentelijk beleid eerder en duidelijker bekend had moeten worden gemaakt, werd verworpen. Er waren voorlichtingsbijeenkomsten geweest en de gemeente had geen verplichting om vóór de vaststelling door de gemeenteraad van het nieuwe beleid (in de vorm van Nota's van Uitgangspunten) het gewijzigde beleid alvast bekend te maken. De vastgestelde beleidsdoelen mochten volgens de rechtbank de achtergrond vormen voor het voornemen van de gemeente om de aangekondigde overeenkomsten te sluiten.

De gemeente had drie criteria opgesteld waaraan de partij moest voldoen die als enige serieuze gegadigde in aanmerking zou komen. Eén daarvan was dat de gegadigde bereid en in staat moest zijn de Codrico-fabriek te verplaatsen naar het gemeentelijk perceel in Spaanse Polder. De rechtbank overwoog dat de gemeente doorslaggevend belang mocht hechten aan het feit dat de huidige erfpachter bereid was zijn medewerking te verlenen. Daardoor stond immers vast dat het project op korte termijn gerealiseerd zou kunnen worden. Erfpachter had zelf RBCV naar voren geschoven als trekker van de ontwikkeling, niettegenstaande het feit dat ook andere belangstellenden - maar niet de eiser in deze procedure - contact hadden gezocht met erfpachter.

In het tweede deel van deze update zullen de overige aspecten die uit de jurisprudentie naar voren komen in relatie tot het begrip 'beleidsruimte' de revue passeren.