nysingh
advocaten en notarissen

Van Ameyde

MEMO

Datum: 1 maart 2022
Van: ing. H. Evink RT, ing. M. Dreessen
Getoetst door: mr. R.C.K. van Andel, Nysingh advocaten
Aan: Nico Schoenmakers, gemeente Duiven
Onderwerp: handelingskader omgang met grondruilingen in het kader van het 'Didam arrest'

1.1. Inleiding

Op 26 november 2021 oordeelde[1] de Hoge Raad in een casus van grondverkoop door de gemeente Montferland dat overheden gelijke kansen moeten bieden bij de uitgifte en verkoop van grond. Naar aanleiding van het arrest is er veel te doen over de wijze waarop een overheid moet handelen bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, in het bijzonder die van verkooptransacties. Eén van de conclusies die wordt gebezigd naar aanleiding van het arrest is de mate waarin mededingingsruimte moet worden geboden aan potentiële gegadigden. Naar aanleiding van het arrest heeft de gemeente aan ondergetekenden gevraagd of het voornoemde arrest mogelijk gevolgen heeft voor grondtransacties en in het bijzonder grondruilingen met derden.

In deze memo wordt nader ingegaan op de aspecten die door een overheidsorgaan als een gemeente gehanteerd moeten worden bij het aangaan van grondruilingen met derden in het algemeen belang.

De belangrijkste factoren waar een overheid (gemeente) rekening mee dient te houden bij een grondtransactie zijn de volgende:

1. Europees aanbestedingsrecht
2. Europees staatssteunrecht
3. Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel

In deze memo worden deze factoren nader toegelicht.

1.2. Overheidsopdracht (Europees aanbestedingsrecht)

De uitspraak van de Hoge Raad dwingt naar onze mening niet in alle gevallen tot aanbesteding van gemeentelijke grondverkopen en gebiedsontwikkeling. Er kan sprake zijn van een aanbestedingsplicht onder voorwaarden. Aanbesteding is namelijk alleen verplicht indien de gemeente een grondverkoop bij gebiedsontwikkeling zo strak inregelt dat je kunt spreken van een 'overheidsopdracht'. Het Müller-arrest (25 maart 2010) stelt over een 'overheidsopdracht' het volgende: *wil sprake zijn van een overheidsopdracht, dan moet er in elk geval een overeenkomst onder bezwarende titel zijn gesloten tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer. Dit betekent, dat de overeenkomst wederkerig en juridisch afdwingbaar moet zijn: de aanbestedende dienst moet een prestatie voor een tegenprestatie ontvangen. Die prestatie moet een rechtstreeks economisch belang inhouden voor de aanbestedende dienst, bijvoorbeeld doordat zij de eigendom of het gebruiksrecht op het gebouwde krijgt, of doordat zij meebetaalt aan het project of economische risico's loopt bij het project.*

Kenmerkend voor een overheidsopdracht is het verplichtende karakter, met het oog op de uitvoering van werken, leveringen of diensten. De verkoop van een onbebouwd of bebouwde kavel door een aanbestedende dienst aan een onderneming, zonder dergelijke afspraken is geen overheidsopdracht. Grondtransacties zijn in beginsel dus niet aanbestedingsplichtig, tenzij de gemeente bij de grondverkoop een bouwplicht oplegt.

[1] Zie ECLI:NL:HR:2021:1778

Arnhem Meander 651, 6825 ME Arnhem T +31 26 352 18 30 KvK 27042639
Schiphol-Rijk Beechavenue 109, 1119 RB Schiphol-Rijk T +31 20 659 85 89 KvK 27042639
Zwolle Burgemeester Roelenweg 12, 8021 EV Zwolle T +31 38 870 01 86 KvK 27042639

1.3. Marktconformiteit (Europees staatssteunrecht)

Ten aanzien van het Europees staatssteunrecht geldt de hoofdregel dat de verkoopprijs marktconform moet zijn. Marktconformiteit kenmerkt zich door bijvoorbeeld een openbare inschrijving d.m.v. een tender of een aanbesteding of de beschikbaarheid van een onafhankelijk, actueel taxatierapport. Voor het aangaan van een grondtransacties moet om die reden een taxatierapport worden opgesteld door een onafhankelijk taxateur. De overeengekomen koopsom moet tenminste overeenkomst met de uitkomsten uit het taxatierapport. Voorafgaand aan het besluit tot het aangaan van een grondruiling moet door de gemeente worden gekeken of de koopsom in overeenstemming is met de uitkomsten van het taxatierapport. Is dat het geval, dan kan de transactie als marktconform worden geacht.

1.4. Gelijkheids- en transparantiebeginsel

Op basis van het gelijkheidsbeginsel is een gemeente verplicht bij verkoop van grond potentiële gegadigden ruimte te geven mee te kunnen dingen naar deze grond.
Gelet op de algemeen geformuleerde overwegingen van de Hoge Raad in het Didam-arrest gaat de rechtspraktijk ervan uit dat de regels uit het Didam-arrest in beginsel van toepassing zijn op al het privaatrechtelijk overheidshandelen. Hiermee is de reikwijdte van het Didam-arrest niet beperkt tot enkel verkoop van onroerende zaken. Doorslaggevend is of het gaat om zaken waarvan de overheid bekend is, of waarvan vermoed kan worden, dat er meer potentiële gegadigden zijn. Voor grond zijn vrijwel altijd meerdere gegadigden.

In het geval is sprake van een grondruiling die tot doel heeft elders een gebiedsontwikkeling te realiseren. Voor het realiseren van het doel is het noodzakelijk te kunnen beschikken over de grond die in eigendom is van een derde.

In ruil hiervoor wenst de gemeente andere grond als compensatiegronden in te zetten. Dat is zowel bezien vanuit het perspectief van de gemeente als dat van de potentiële gegadigde een begrijpelijke en redelijke wens. Daarmee is het criterium dat de koper gronden aan de gemeente moet afstaan in het kader van de beoogde gebiedsontwikkeling elders een objectief, redelijk en toetsbaar criterium als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad. Daarmee wordt het aantal potentiële gegadigden aanzienlijk beperkt, maar de gemeente zal enkel op basis van dit criterium niet mogen aannemen dat er slechts één gegadigde zal zijn.

De vraag is daarom hoe de gemeente uit degenen die in de grond geïnteresseerd zijn en gronden ten behoeve van gebiedsontwikkeling elders in de gemeente moeten afstaan de koper zal mogen selecteren. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de volgende nadere criteria:

1. de koper moet wijken voor een gebiedsontwikkeling waarvan de start van realisatie is beoogd binnen tien jaar na aankoop;
2. bij meerdere gegadigden die voldoen aan het eerste criterium, gaat de gegadigde voor die moet wijken voor gebiedsontwikkeling waarvan de realisatie als eerste is beoogd;
3. de koper blijft na verkoop/onteigening voor de gebiedsontwikkeling beschikken over eigendommen die in nabijheid van de compensatiegronden zijn gelegen;
4. de potentiële koper die een groter areaal moet inleveren gaat voor op de potentiële koper die een minder groot areaal moet inleveren;
5. de potentiële koper die de gronden die hij moet afstaan zelf exploiteert gaat voor op de potentiële koper die de gronden krachtens pacht of anderszins door derden laat exploiteren;
6. de potentiële koper die de gronden die hij moet afstaan bedrijfsmatig exploiteert gaat voor op de potentiële koper die die gronden gebruikt ten behoeve van een hobby.

Op grond van voorgaande criteria en in het bijzonder criteria 1 en 2 kan gesteld worden dat derden in aanmerking komen voor ruilgrond. Het voorgaande zou betekenen dat op dit moment compensatiegronden die aan derden worden aangeboden kunnen worden onder het voorbehoud dat de potentiële gegadigde als enige gegadigde kan worden aangemerkt. Daarvoor dienen de criteria 1 tot en met 6 worden afgelopen in hoeverre een derde in aanmerking komt voor compensatiegrond. De gemeente dient wel de voorgenomen verkoop te publiceren. Bijvoorbeeld op haar website en in het plaatselijke huis-aan-huis blad.

1.5. Conclusie

Eén van de taken van een gemeente is het zorgen voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Zoals in de inleiding reeds aangegeven heeft de gemeente onder andere als maatschappelijk taak het realiseren van voldoende ruimte voor werkgelegenheid. In dit kader ontwikkelt zij bijvoorbeeld bedrijventerreinen waar bedrijven zich kunnen vestigen en er werkgelegenheid wordt gecreeërd. Dat laat zich naar onze mening kwalificeren als een maatschappelijk doel. Indien een eigenaar van grond die is benodigd voor een maatschappelijk doel aangeeft onder andere in grond te willen worden gecompenseerd, heeft de gemeente mogelijkheden om die compensatiegrond gelet op het Didam arrest te kunnen blijven aanbieden.

Daarbij zal de gemeente vorengenoemde criteria in ogenschouw moeten nemen en dus moeten afwegen of die partij ook in aanmerking komt voor compensatiegrond. Die criteria zijn samengevat de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht, of de transactie marktconform is en of er wordt voldaan aan gelijkheids- en transparantiebeginsel. Wij zien op basis van de huidige stand van zaken omtrent het arrest mogelijkheden voor de gemeente tot het aangaan van dergelijke transacties met grondruilingen, zonder dat er een aanbesteding aan ten grondslag moet liggen. De gemeente zal wel haar voornemen tot grondruiling moeten publiceren, voordat zij daadwerkelijk tot ruil en eigendomsoverdracht overgaat.

Tenslotte moet worden opgemerkt dat er tot nu toe slechts één uitspraak over een dergelijke zaak is gedaan. Aanvullende jurisprudentie op dit onderwerp zal mogelijk tot meer verduidelijking aangaande soorgelijke casus leiden.