

NOTITIE

Aan : Gemeente Zoetermeer
t.a.v. [REDACTED] en [REDACTED]
Van : [REDACTED] en [REDACTED]
Datum : 7 juni 2024
Referentie : 20217090
Betreft : Gemeente Zoetermeer / Arthur Armstrong (ZM185)

1. Aanleiding en vraagstelling

1. U heeft ons gevraagd om een advies over de juridische mogelijkheden van een grondruil van een perceel dat in eigendom is van Arthur Armstrong/ZM185 B.V. ("**AA**") met een andere locatie in de nabijheid van dit perceel ten behoeve van de door AA beoogde woningbouwontwikkeling.
2. De gemeente Zoetermeer (de "**gemeente**") en AA hebben in 2019 een intentieovereenkomst gesloten over deze woningbouwontwikkeling. In dit jaar is ook een kavelpaspoort vastgesteld door de gemeenteraad. Deze intentieovereenkomst is op 31 mei 2020 beëindigd zonder dat partijen een vervolgovereenkomst hebben gesloten. In 2023 hebben partijen opnieuw een intentieovereenkomst gesloten voor de beoogde woningbouwontwikkeling.
3. De gemeente is voornemens een gebiedsvisie te maken voor het Burgemeester Vernèdepark en de Paltelaan, de Gebiedsvisie Vernèdepark en Paltelaan. In dat kader hebben participatiebijeenkomsten plaatsgevonden. De verschillende varianten voor de Gebiedsvisie Vernèdepark en Paltelaan zullen in mei 2024 tijdens een derde stadsbrede (participatie)bijeenkomst worden gepresenteerd.
4. Tijdens de participatiebijeenkomsten is van weerstand gebleken tegen (gestapelde) woningbouw op de beoogde locatie. Andere locaties in het visiegebied zijn mogelijk wel geschikt voor (hoge) woningbouw. De gemeente is mogelijkheden aan het verkennen van een grondruil, waarbij de door AA beoogde woningbouwontwikkeling op een ander perceel zou plaatsvinden. De andere (potentiële) percelen zijn eigendom van de gemeente, althans daar gaan wij van uit gezien de vraagstelling.
5. In dat kader zijn de volgende vragen gerezen:
 1. Wat is de juridische haalbaarheid van grondruil, rekening houdend met het Didam-arrest en het aanbestedingsrecht?

2. Wat is de financiële haalbaarheid van de grondruil? Wat zijn de financiële voor- en nadelen voor de gemeente?
 3. Als grondruil mogelijk is, welke acties moeten dan door de gemeente en de initiatiefnemer worden ondernomen om dit te realiseren?
 4. Wat is een realistische doorlooptijd van dit proces?
 5. Welke risico's zijn er verbonden aan een grondruil?
 6. Welke uitgangspunten van het grondbeleid van de gemeente Zoetermeer moeten worden meegenomen?
 7. Welke andere instrumenten heeft de gemeente nog meer ter beschikking vanuit het perspectief van grondbeleid? Wat zijn de voor- en nadelen van deze instrumenten in vergelijking met grondruil?
6. Deze vragen zullen wij hierna van een (juridisch) antwoord voorzien.

2. Beantwoording van de gestelde vragen

2.1. Wat is de juridische houdbaarheid van grondruil, rekening houdend met het Didam-arrest en het aanbestedingsrecht?

2.1.1. Het Didam-arrest

Algemeen: Didam en grondruil

7. In het Didam-arrest van 26 november 2021 heeft de Hoge Raad bepaald dat uit het gelijkheidsbeginsel, een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, althans een mededingingsnorm voortvloeit bij privaatrechtelijk handelen van een overheidslichaam.¹ Deze mededingingsnorm brengt in de context van gronduitgifte met zich dat een overheidslichaam ruimte moeten bieden aan potentiële gegadigden om mee te dingen naar een onroerende zaak. Deze ruimte dient volgens de Hoge Raad te worden geboden door het organiseren van een selectieprocedure met selectiecriteria die objectief, toetsbaar en redelijk zijn.
8. De Hoge Raad overweegt in het Didam-arrest daarnaast dat het gelijkheidsbeginsel met zich brengt dat het overheidslichaam 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.² 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 kunnen kennisnemen.

¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *NJB* 2021/3180, r.o. 3.1.4.

² HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *NJB* 2021/3180, r.o. 3.1.5.

9. Van de hoofdregel om een selectieprocedure te moeten volgen bij gronduitgifte kan worden afgeweken indien vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de verkrijging van de onroerende zaak. In dat geval dient het overheidslichaam het voornemen tot gronduitgifte tijdig op zodanige wijze bekend te maken dat eenieder daarvan kan kennisnemen. Hierbij dient het overheidslichaam te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor het verkrijgen van de onroerende zaak.³ Bij het vaststellen van deze criteria komt een overheidslichaam beleidsruimte toe, hetgeen betekent dat een overheidslichaam een ruime mate van vrijheid heeft om de inhoud en omvang van de criteria te bepalen en dat de rechter zich terughoudend zal (moeten) opstellen bij de toetsing van deze criteria.⁴
10. Uit (lagere) rechtspraak volgt dat de regels uit het Didam-arrest niet alleen van toepassing zijn op de verkoop van grond door een overheidslichaam, maar ook bij grondruil.⁵ Wij bespreken een aantal uitspraken hierna kort.
11. In een uitspraak van 8 juli 2022⁶ oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant dat, gelet op de door de Hoge Raad aan de regel in het Didam-arrest ten grondslag gelegde rationale, geen redenen van juridisch-dogmatische aard bestaan om aan te nemen dat een grondruiltransactie (al dan niet met bijbetaling in verband met waardeverschillen tussen de ruilobjecten) niet onder de werking van die regel kan vallen: ook in dat geval zal getoetst moeten worden aan het uitgangspunt dat overheidslichamen bij het aangaan van een dergelijke transactie in beginsel ruimte moet bieden aan potentiële gegadigden om mee te dingen. Dat zal in ieder geval zo zijn indien de overheid de gronden die zij bij zo'n ruiltransactie verwerft niet specifiek of dringend nodig heeft met het oog op de vervulling van een exclusief door haar te vervullen publieke taak.
12. In deze uitspraak oordeelde de voorzieningenrechter dat het overheidslichaam (in dit geval een provincie) terecht een beroep had gedaan op de (in het Didam-arrest benoemde) uitzonderingregel. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had de provincie genoegzaam gemotiveerd dat op grond van "objectieve, toetsbare en redelijke criteria" de wederpartij de enig (overgebleven) serieuze kandidaat/gegadigde is voor de percelen. De wederpartij was immers de enige die de eigendom kon overdragen van de percelen die de provincie nodig heeft om de haar gestelde natuurdoelen in het gebied te

³ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *NJB* 2021/3180, r.o. 3.1.6.

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 1 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6553; Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916; Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887.

⁵ Vgl. Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121, *BR* 2024/17, m.nt. N.E.M. Soliana; Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316, *JAAN* 2023/19, m.nt. M. Fokkema en F. Boer; Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584 en Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962, *AB* 2022/342, m.nt. A.H.J. Hofman.

⁶ Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

realiseren. Nu de in ruil hiervoor verlangde overdracht van de percelen plaats vindt tegen de actuele marktwaarde met bijbetaling van het waardeverschil, valt de voorgenomen transactie met wederpartij binnen het bereik van de door de Hoge Raad in het Didam-arrest benoemde uitzondering (aldus de voorzieningenrechter).

13. In een uitspraak van 14 september 2022 heeft de rechtbank Overijssel over een voorgenomen grondruil van de provincie Overijssel ter voorkoming van onteigening, in vergelijkbare zin geoordeeld.⁷
14. In een recentere uitspraak – van 17 november 2023 – oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland over de voorgenomen grondruil van de gemeente Amersfoort.⁸
15. Door de (voorzieningenrechter van de) rechtbank Midden-Nederland wordt vooropgesteld dat de gemeente Amersfoort beleidsruimte heeft als het gaat om gebiedsontwikkeling (in dit geval het realiseren van een begraafplaats). Zij heeft ook de beleidsvrijheid om ter realisering van haar gemeentelijke doelstellingen niet alleen gronden aan te kopen, maar ook gronden te verkopen of te ruilen. Zij moet in die laatste twee gevallen dan wel van tevoren, objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria opstellen. Daarbij kan de gemeente Amersfoort ook allerlei prioriteringen aanbrengen voor het toekennen van de grond aan een deelnemer en specifieke voorwaarden stellen over de voorgenomen ruil. Zij kan bijvoorbeeld specifiek zeggen dat de grondruil alleen mogelijk is als degene die de grond van de gemeente wil aankopen grond kan leveren waarop de begraafplaats op korte termijn gerealiseerd kan worden. Waar het om gaat is dat duidelijk moet zijn wie kan meedingen en wie niet. Daarmee wordt de beoogde transparantie bereikt. Als bij de toepassing vervolgens blijkt dat er slechts één serieuze gegadigde is dan rust op de gemeente Amersfoort de plicht om haar keuze in het openbaar te publiceren en daarbij te motiveren hoe zij tot die vaststelling is gekomen, aldus de voorzieningenrechter.
16. In dit geval ontbreken naar het oordeel van de voorzieningenrechter voornoemde selectiecriteria, althans de gemeente Amersfoort heeft geen inzicht gegeven in de door haar gehanteerde criteria en een en ander ook niet voldoende gemotiveerd in haar publicatie. In de publicatie worden de selectiecriteria niet genoemd. Nu niet duidelijk is wat de selectiecriteria waren kan vooralsnog worden aangenomen dat de wederpartij een serieuze gegadigde is, maar niet dat het ook de enige is.

⁷ Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584.

⁸ Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121.

Toegepast op deze zaak

17. Een grondruil valt gezien de (lagere) rechtspraak in beginsel onder de regels van het Didam-arrest. Toegepast op deze zaak houdt dat in dat de gemeente ook in geval van grondruil in beginsel gelegenheid moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. De gemeente hoeft geen mededingingsruimte te bieden 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 van het perceel. Als bij de toepassing van deze criteria blijkt dat er slechts één serieuze gegadigde is dan rust op de gemeente de verplichting om tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Daarbij dient de gemeente te motiveren waarom mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Als na toetsing aan de selectiecriteria blijkt dat er meer dan één serieuze gegadigde is, dan moet een openbare selectieprocedure worden doorlopen.
18. Als de Didam-regels niet worden nageleefd, is een risico dat de overeenkomst waarin de grondruil is neergelegd nietig of vernietigbaar is.⁹ Bovendien kan dit ertoe leiden dat de gemeente de geleden schade moet vergoeden omdat zij in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰ Of een redenering dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt stand houdt bij de rechter is op voorhand moeilijk te voorspellen, ook omdat de rechtspraak over Didam nog in ontwikkeling is.

2.1.2. Aanbestedingsrecht

Algemeen: aanbestedingsplicht?

19. Er geldt een aanbestedingsplicht ingeval er sprake is van een overheidsopdracht (voor werken, leveringen of diensten). In dit geval is de definitie van overheidsopdracht voor werken van belang. Ingevolge art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 ("**Aw 2012**") is sprake van een overheidsopdracht voor werken als de aanbestedende dienst met een partij (i) een schriftelijke overeenkomst sluit (ii) die onder bezwarende titel is aangegaan en (iii) waarvan de opdracht betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp

⁹ In een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796 vernietigde het hof de koopovereenkomst en oordeelde het daarnaast dat de gemeente Montferland aansprakelijk is wegens het schenden van het gelijkheidsbeginsel (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3167 over een voor het Didam-arrest gesloten overeenkomst). Daarentegen oordeelde de rechtbank Midden-Nederland in een uitspraak van 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, dat een met (de procedureregels uit) het Didam-arrest strijdige overeenkomst nietig was. In de conclusie van AG Snijders van 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, in de bodemprocedure in de Didam-kwestie adviseert AG de Hoge Raad dat een met Didam strijdige overeenkomst noch nietig, noch vernietigbaar is. De sanctie op de niet-naleving van de regels van het Didam-arrest is volgens de AG te zoeken in een vordering uit onrechtmatige daad. In geval van een 'gekwalficeerde schending' is mogelijk wel sprake van nietigheid. Het arrest van de Hoge Raad in deze kwestie is vooralsnog bepaald op 25 oktober 2024.

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

als de uitvoering van werken, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Daarbij is een "werk" het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Per geval dient te worden bekeken of aan voornoemde (cumulatieve) criteria wordt voldaan. Daarbij geldt dat een overeenkomst die in strijd met de aanbestedingsregels (aangebestedingsplicht) tot stand is gekomen, vernietigbaar is. Derden kunnen daartoe binnen zes maanden na de datum waarop de overeenkomst is gesloten een vordering tot vernietiging instellen (art. 4.15 lid 2 onder b Aw 2012).¹¹ Ook levert handelen in strijd met het aanbestedingsrecht een grondslag op voor een onrechtmatige daadsvordering, waarbij schadevergoeding zou kunnen worden gevorderd, welke claim zal moeten worden beoordeeld aan de hand van (onder andere) het leerstuk van kansschade.

20. De enkele verkoop van gronden valt niet onder de definitie van een overheidsopdracht en is daarmee ook niet aanbestedingsplichtig.¹² Dit is dus anders als er naast verkoop ook sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van de Aw 2012. Van een overeenkomst onder bezwarende titel is sprake, indien is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden:
1. de opdrachtnemer (in dit geval: AA) verbindt zich direct of indirect tot uitvoering van het werk en de uitvoering van deze verbintenis moet in rechte afdwingbaar zijn (= bouwplicht);
 2. het werk moet in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst (in dit geval: de gemeente) worden uitgevoerd; én
 3. de aanbestedende dienst moet de kenmerken van het werk hebben gedefinieerd, althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uitoefenen.¹³
21. De bezwarende titel wordt wel samengevat als: het ontvangen (door de aanbestedende dienst) van een prestatie voor een (door de marktpartij te leveren) tegenprestatie. Deze prestatie bestaat in de uitvoering van werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken.¹⁴
22. Van een rechtstreeks economisch belang (zie randnummer 20, onder 2) is sprake, indien:
- de aanbestedende dienst eigenaar of huurder zal worden van het werk dat zal worden vervaardigd;
 - er sprake is van een werk met een openbaar karakter waardoor de aanbestedende dienst hierover zal kunnen beschikken;

¹¹ Zie ook: HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

¹² Hof van Justitie EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), par. 41.

¹³ Hof van Justitie EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), par. 40-69.

¹⁴ Hof van Justitie EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), par. 48.

- indien het werk gedeeltelijk voor rekening en/of risico van de aanbestedende dienst plaatsvindt of zij financieel voordeel uit het werk haalt;
 - de aanbestedende dienst met de verwezenlijking van het werk financieel risico loopt; of
 - door de aanbestedende dienst eisen worden gesteld aan het te vervaardigen werk, die de eisen van het publiekrecht overstijgen (bijv. het Besluit bouwwerken leefomgeving, kortweg het 'Bbl'¹⁵).¹⁶
23. Verder is van belang dat, als vaststaat dat een aanbestedingsplicht geldt, voor overheidsopdrachten voor werken drempelbedragen gelden, op basis waarvan de gemeente al dan niet gehouden is tot het volgen van een bepaalde inkoopprocedure (enkelvoudig onderhands of meervoudig onderhands) of aanbestedingsprocedure (aanbesteden met voorafgaande selectie, nationaal openbaar aanbesteden, Europees openbaar aanbesteden). De drempelwaarden die de procedures bepalen zijn door de gemeente gepubliceerd.¹⁷ Kort samengevat komen die drempelbedragen erop neer dat vanaf een opdrachtwaarde van EUR 3.000.000,-- de gemeente een aanbestedingsprocedure moet volgen.

Toegepast op deze zaak

24. Een zuivere gronduitgifte (waar tevens een grondruil onder dient te worden begrepen) valt in beginsel niet onder de aanbestedingsplicht uit de Aw 2012. Afhankelijk of aan de hiervoor omschreven vereisten wordt voldaan, kan er sprake zijn van een aanbestedingsplichtige grondruil. Bij de verdere vormgeving bij de voorgenomen grondruil dient daar bedacht op te zijn. Dat is vooral aan de orde als er sprake is van een bouwplicht en het werk in het economisch belang van de gemeente wordt gerealiseerd (de gemeente ontvangt een "prestatie") daarvan lijkt op voorhand in dit geval geen sprake te zijn, maar het is wel goed om hier alert op te zijn.
25. Naast het Didam-arrest en het aanbestedingsrecht dient de gemeente bij een eventuele grondruil ook de staatssteunregels in acht te nemen. Wij gaan daar hierna kort op in.

2.1.3. Staatssteun

Algemeen

26. Het is een overheidslichaam (waaronder de gemeente) krachtens art. 107 VWEU verboden om steun in welke vorm dan ook te verlenen indien aan de volgende (cumulatieve) criteria is voldaan:

¹⁵ Vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet: Bouwbesluit 2012.

¹⁶ Hof van Justitie EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), par. 40-69.

¹⁷ www.zoetermeer.nl/inkoop

1. de steun is afkomstig van of bekostigd door een (lokale) overheid;
 2. de steun is selectief voor één of bepaalde onderneming(en);
 3. de steun geeft een voordeel aan een onderneming;
 4. het voordeel vervalst de mededinging of dreigt die te vervalsen
 5. het voordeel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten op ongunstige wijze.
27. Als wordt voldaan aan de hiervoor vermelde voorwaarden is in principe – bepaalde faciliteiten c.q. vrijstellingen daargelaten - sprake van staatssteun en bestaat dus een meldingsplicht.
28. In het onderhavige geval is vooral de voorwaarde van belang of de grondruil een selectief voordeel aan AA verschaft. Aan de overige voorwaarden zal in principe zijn voldaan. Er is sprake van staatssteun als een onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen. Bij een marktconform handelende overheid wordt geen voordeel toegekend. Of sprake is van een niet-marktconform voordeel kan worden beoordeeld aan de hand van het market-economy-operator beginsel ("**het MEO-beginsel**"). Het MEO-beginsel houdt in dat als overheden economische transacties uitvoeren met ondernemingen tegen gunstigere voorwaarden dan vergelijkbare marktdeelnemers in eenzelfde situatie, zij daarmee een voordeel in de zin van de staatssteunregels toekennen aan de betreffende ondernemingen. Het gaat er – kort gezegd – om dat een transactie waarbij een overheid is betrokken, marktconform is.
29. Onder 'marktconforme prijs' wordt verstaan een '*prijs die in overeenstemming is met heersende economische principes en regels van de vrije markt*'.¹⁸ In de Mededeling van de Europese Commissie (de '**Commissie**') betreffende het begrip 'staatssteun' van 18 mei 2016 (de '**Mededeling**')¹⁹ is beschreven op welke wijze dient te worden beoordeeld of een prijs marktconform is. Hiervoor noemt de Mededeling vier methoden, namelijk:
- a. een transactie op voet van gelijkheid;
 - b. de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) via concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedures;
 - c. benchmarking; en
 - d. andere algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethodes (zoals bijvoorbeeld een taxatie).

¹⁸ Rb. Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300, r.o. 5.16.

¹⁹ 2016/C 262/01.

30. In de Mededeling wordt aangegeven dat een taxatie uitgevoerd door een onafhankelijke deskundige op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, vóór de aanvang van de onderhandelingen, in beginsel voldoende is. Hieruit kunnen de volgende conclusies worden getrokken:
- a. Er moet sprake zijn van een onafhankelijke deskundige;
 - b. De deskundige dient algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria te hanteren, en
 - c. Het taxatierapport dient in principe vóór de onderhandelingen te worden opgesteld.
31. In de de-minimisverordening van 18 december 2013 is (kort gezegd) bepaald dat steun tot een maximum van EUR 200.000,- (vóór aftrek van belastingen of andere heffingen, art. 3 lid 6 de-minimisverordening) over een periode van drie belastingjaren niet wordt geacht de mededinging te vervalsen of het handelsverkeer tussen lidstaten op ongunstige wijze te beïnvloeden en dat deze de-minimissteun daarom niet is aan te merken als staatssteun.

Toegepast op deze zaak

32. Grondruil valt ook onder de staatssteunregels. In het onderhavige geval is vooral de voorwaarde van belang of de grondruil een selectief voordeel aan AA verschaft. Het gaat er – kort gezegd – om dat een transactie waarbij de gemeente is betrokken, marktconform is. De transactie is niet marktconform als het perceel van de gemeente meer waard is dan het perceel van AA dat de gemeente ervoor terugkrijgt. De grondruil dient dan ook plaats te vinden tegen marktconforme voorwaarden. Zelfs al zou er sprake zijn van een selectief voordeel, dan is er geen sprake van staatssteun als de steun het maximum van de de-minimisverordening niet overschrijdt.
- 2.2. *Wat is de financiële haalbaarheid van de grondruil? Wat zijn de financiële voor- en nadelen voor de gemeente?*
33. Wat de financiële haalbaarheid is van de grondruil is een (niet-juridische) vraag die wij niet kunnen beantwoorden. Op de financiële nadelen van een grondruil vanuit juridisch perspectief gaan wij hierna in bij de beantwoording van vraag 5.
- 2.3. *Als grondruil mogelijk is, welke acties moeten dan door de gemeente en de initiatiefnemer worden ondernomen om dit te realiseren?*
34. Vooropgesteld moet worden dat een grondruil in beginsel mogelijk is, maar dat daarbij wel de regels van het Didam-arrest en de staatssteunregels moeten worden nageleefd.

35. Een grondruil valt in beginsel onder de regels van het Didam-arrest. Dat houdt in dat de gemeente ook in geval van grondruil in beginsel gelegenheid moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Als de gemeente een beroep wil doen op de in het Didam-arrest geformuleerde uitzonderingsregel moet zij op grond van "objectieve, toetsbare en redelijke criteria" (genoegzaam) motiveren dat AA de enig (overgebleven) serieuze kandidaat/gegadigde is voor het perceel. Als bij de toepassing van deze criteria blijkt dat er slechts één serieuze gegadigde is dan rust op de gemeente de verplichting om tijdig het voornemen op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Als zich naar aanleiding van die publicatie alsnog serieuze gegadigden melden, dan moet de gemeente alsnog een openbare selectieprocedure doorlopen.
36. Bij een grondruil moeten ook de staatssteunregels worden nageleefd. De grondruil moet marktconform zijn. Concreet houdt dat in dat de percelen voorafgaand aan de onderhandelingen met AA moeten worden getaxeerd in overeenstemming met de Mededeling. Als de marktwarde van het gemeentelijke perceel hoger is dan de marktwarde van het perceel van AA, is er een risico op staatssteun. Als de percelen niet worden getaxeerd (en evenmin een van de andere methoden uit de Mededeling worden toegepast), dan is er een risico dat sprake is van verboden staatssteun, omdat de gemeente dan niet kan aantonen dat de grondruil heeft plaatsgevonden tegen marktconforme voorwaarden. In zoverre kan er sprake zijn van een voordeel en een verarming van de overheid (de gemeente) waar een verrijking van haar wederpartij (AA) tegenover staat.

2.4. Wat is een realistische doorlooptijd van dit proces?

37. Dat is op voorhand lastig te voorspellen en is afhankelijk van verschillende scenario's. Als de gemeente na toepassing van "objectieve, toetsbare en redelijke criteria" concludeert dat er slechts één serieuze gegadigde is (AA), dan moet een publicatie van de voorgenomen grondruil plaatsvinden met een redelijke termijn waarbinnen potentiële (serieuze) gegadigden zich alsnog kunnen melden. Een reactietermijn van 20 kalenderdagen is in de praktijk gangbaar en is in de (lagere) rechtspraak gesanctioneerd. Ter versnelling zou ook van gegadigden kunnen worden verlangd dat zij direct een kort geding starten. Dat wordt ook geaccepteerd en geeft sneller duidelijkheid. Als zich gedurende de reactietermijn serieuze gegadigden melden (of een kort geding starten en de vordering wordt toegewezen), dan moet de openbare selectieprocedure (alsnog) worden doorlopen (eventueel na een kort geding procedure). Ook als de gemeente tot de conclusie komt dat de in het Didam-arrest geformuleerde uitzondering zich niet voordoet, moet de openbare selectieprocedure worden doorlopen. Dat duurt zo een half jaar, afhankelijk van de wijze waarop de gemeente de procedure inricht, terwijl dan niet is uit te sluiten dat een ander dan AA er als winnaar uit de bus komt bij de openbare selectieprocedure, waardoor de grondruil niet meer zou kunnen plaatsvinden.

2.5. Welke risico's zijn er verbonden aan een grondruil?

38. Als in rechte wordt geoordeeld dat de regels van het Didam-arrest niet correct zijn of worden nageleefd, is er een risico dat de overeenkomst tot grondruil nietig of vernietigbaar is. Ook kan de niet-naleving van Didam-regels leiden tot een schadevergoedingsplicht. Als het perceel van de gemeente meer waard is dan het perceel van AA dat de gemeente ervoor terugkrijgt is er een risico van verboden staatssteun. Van belang is dus dat een taxatie plaatsvindt, die voldoet aan de eisen van de Mededeling. Het is nog niet duidelijk of de gemeente 'veilig' is als zich na een termijn van bijv. 20 dagen na publicatie van het voornemen om de grondruil met AA aan te gaan, nog niemand heeft gemeld. Door te publiceren worden dus niet zonder meer alle risico's weggenomen, althans dat is nog niet duidelijk.
39. Als de gemeente de Didam-regels daarentegen naleeft kunnen andere (serieuze) gegadigden op de lijn komen.

2.6. Welke uitgangspunten van het grondbeleid van de gemeente Zoetermeer moeten worden meegenomen?

40. In de Nota Grondbeleid Zoetermeer 2021 ("**Nota Grondbeleid**") is het grondbeleid van de gemeente neergelegd. In de Nota Grondbeleid is een afwegingskader beschreven om te komen tot een passende grondbelevorm per situatie. In de Nota Grondbeleid is de instructie opgenomen om per situatie een afgewogen keuze te maken voor welke grondbelevorm de gemeente kiest. Het afwegingskader vormt de basis voor de motivatie en onderbouwing van een grondbeleidkeuze in het college- en raadsvoorstel.
41. Toegepast op deze zaak moet de gemeente haar keuze voor de grondruil als instrument van grondbeleid kunnen motiveren en onderbouwen aan de hand van het afwegingskader.
42. In de Nota Grondbeleid zijn ook beleidsregels met betrekking tot grondbeleid opgenomen, waaraan de gemeente is gehouden, ook in de onderhavige situatie.

2.7. Welke andere instrumenten heeft de gemeente nog meer ter beschikking vanuit het perspectief van grondbeleid? Wat zijn de voor- en nadelen van deze instrumenten in vergelijking met grondruil?

43. Er zijn verschillende instrumenten van grondbeleid, waarbij (als bekend) actief grondbeleid, passief grondbeleid en participierend grondbeleid als grondbelevormen kunnen worden onderscheiden. Welke instrumenten van grondbeleid in deze zaak geschikt, wenselijk en reëel zijn, is het resultaat van de afweging door de gemeente in het licht van het afwegingskader in de Nota Grondbeleid. Daarbij spelen de concrete

wensen van partijen en de door de gemeente vastgestelde publiekrechtelijke kaders (o.a. de Omgevingsvisie) een belangrijke rol. Uiteraard denken wij hier graag over mee.

44. Wat betreft actief grondbeleid valt bijv. te denken aan de uitgifte van het perceel van de gemeente in opstal of erfpacht. Vanuit het perspectief van het Didam-arrest heeft dit instrument weinig voordelen ten opzichte van een grondruil omdat – gezien (lagere) rechtspraak – de Didam-regels ook gelden in geval van uitgifte in erfpacht of opstal door de overheid. Datzelfde geldt voor bijvoorbeeld verkoop van de gemeente van een perceel aan AA ten behoeve van de beoogde woningbouwontwikkeling.
45. Voor de goede orde merken wij op dat het instrument van kavelruil (afdeling 12.6 Omgevingswet) hier niet aan de orde is, omdat hiervoor een minimum van drie eigenaren geldt.