



Het DIDAM-ARREST kans of bedreiging voor Collectief Particulier Opdrachtgeverschap?

HANDREIKING VOOR GEMEENTEN

INHOUD

VOORWOORD

SAMENBOUWEN.IN is een onafhankelijk platform dat zonder enig commercieel motief mensen bij elkaar brengt om gezamenlijk en onder begeleiding zelf hun nieuwe (t)huis te ontwikkelen en te (laten) bouwen.

**De inhoud van deze brochure is met zorg samengesteld.
Ten aanzien van de juistheid ervan wordt evenwel geen
aansprakelijkheid aanvaard.**

VOORWOORD

Op 26 november 2021 kwam de Hoge Raad tot het arrest Didam. Deze uitspraak, die onder meer ging over gronduitgifte in eigendom door gemeenten, wekte direct al veel beroering zowel bij gemeenten alsook in de bouw- en ontwikkelingswereld én zij die betrokken zijn bij Collectief Particulier Opdrachtgeverschap (CPO). CPO houdt in dat je als groep zelf je architect kiest en de gewenste woning laat bouwen door een zelf gekozen bouwbedrijf.

In het kort komt het Didam-arrest erop neer, dat de Hoge Raad sindsdien gemeenten en andere overheden niet langer toestaat om vastgoed - zoals bouwgrond - aan één enkele partij aan te bieden. In plaats daarvan zullen gemeenten voortaan alle gegadigden in de gelegenheid moeten stellen om mee te dingen. Het arrest is een vervolg op eerdere uitspraken van de Hoge Raad.

De grote vraag is nu hoe gaan gemeenten, marktpartijen met dit arrest om en wat betekent het voor CPO initiatieven?

Gemeenten en marktpartijen hebben gelijke belangen met het oog op de in de komende jaren zo noodzakelijke productie van woningen. Anders gezegd: nagenoeg iedereen heeft er alle belang bij dat het arrest niet leidt tot een stagnatie van de bouwproductie. Daarvoor is het woningtekort te groot.

Velen beschouwen de uitspraak van de Hoge Raad daarom als een bedreiging voor gevestigde belangen. Andere partijen zien echter nieuwe kansen. In deze notitie behandelen wij eerst het arrest in grote lijnen, vervolgens de consequenties voor collectief particulier opdrachtgeverschap. Met daarbij uiteraard ook de vraag : betekent het arrest Didam voor particulier opdrachtgeverschap een verslechtering of juist nieuwe kansen?

Wij - de Stichting SAMENBOUWEN.IN - komen tot de conclusie dat het arrest zeker wel kan leiden tot nieuwe kansen, zowel voor gemeenten als voor woonconsumenten. Voor gevestigde posities van bijvoorbeeld woningontwikkelaars kan het arrest daarentegen in bepaalde gevallen een bedreiging vormen.

Wij hebben in deze handreiking daarom voor u de belangrijkste opties in kaart gebracht.

Adri Geerts,
Voorzitter SAMENBOUWEN.IN

1. Waar gaat het in het Didam-arrest om?

Kort gezegd: ging het om een geschil tussen een supermarkt en het gemeentebestuur van Montferland, waartoe Didam behoort. De gemeente had in 2019 het voormalig gemeentehuis in het centrum van Didam verkocht aan een projectontwikkelaar, die op die locatie een Coöp-supermarkt wilde ontwikkelen. Een concurrerende supermarkt (AH), die zich voor dezelfde locatie bij de gemeente had gemeld, werd gepasseerd en ging vervolgens naar de rechter.

Bij het geschil waren zo drie partijen betrokken. Allereerst dus de gemeente Montferland zelf, een ontwikkelaar voor de Coöp en de franchisenemer van AH (Didam Have). Gemakshalve worden de laatste twee partijen in het vervolg aangeduid met Coöp en AH.

In 2016 stelde de gemeenteraad van Montferland het Masterplan Didam vast, met als onderdelen een nieuw gemeentehuis, bibliotheek en supermarkt. De gemeente had al een aantal onderdelen van het Masterplan in eigendom, ofschoon niet alles. Coöp had sinds 2012 ook onderdelen. Gemeente en Coöp gaan met elkaar in onderhandeling. Coöp wil onderdelen inbrengen in ruil voor een supermarktlocatie in het centrum. Coöp is gevestigd buiten het centrum. AH heeft ook belangstelling doch wordt gepasseerd. AH sommeert de gemeente daarom om het overleg met Coöp te staken en een openbare biedprocedure te starten. De gemeente negeert de sommatie. Coöp en de gemeente komen tot een deal. AH accepteert dit niet en stapt naar de kortgedingrechter, doch wordt niet ontvankelijk verklaard (d.w.z. de rechter neemt de zaak niet in behandeling), omdat de rechter vindt dat geen sprake is van een spoedeisend belang, dat de absolute eis is voor een kort geding.

AH gaat naar het Hof in Arnhem en wordt ook daar in het ongelijk gesteld. De norm uit het aanbestedingsrecht dat bij schaarse vergunningen reële mededingingsruimte moet worden geboden aan potentiële gegadigden, is naar analogie ook van toepassing op schaarse grond, aldus AH. Het Hof vindt echter, dat een dergelijke norm uit het aanbestedingsrecht niet van toepassing is op gronduitgifte. Voor zover deze norm wel betrekking zou hebben op grondverkoop door de overheid geldt deze alleen bij schaarse grond. Het Hof vindt echter dat AH onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, dat sprake is van schaarse grond.

AH gaat tenslotte naar de Hoge Raad. Ook daar zet AH het argument van schaarse grond in. Bij schaarse grond moet de gemeente in beginsel de ruimte bieden

aan potentiële gegadigden om mee te dingen. Gelijke kansen en een passende mate van openbaarheid zijn in dit geval vereist, aldus AH. De Hoge Raad stelt AH uiteindelijk in het gelijk.

2. Het Didam-arrest nader bekeken

De Hoge Raad besluit op 26 november 2021 aldus:

- De overheid moet ook bij privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, d.w.z. het bieden van gelijke kansen;
- De overheid moet bij een voornemen tot grondtransacties ruimte bieden aan potentiële gegadigden. Indien er meerdere gegadigden zijn of dit redelijkerwijs te verwachten is. Dit betekent een andere invulling van het begrip 'schaarste', omdat schaarste niet gekoppeld is aan de mate van beschikbaarheid van vergelijkbare onroerende zaken, maar aan het aantal gegadigden;
- Er geldt echter één uitzondering, dus 1 op 1, indien bij voorbaat of redelijkerwijze te verwachten is dat op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt;
- In dat geval moet de gemeente het voornemen tot verkoop aan 1 partij tijdig op geschikte wijze bekend maken met een motivering.

Op basis van het arrest Didam kan dus geconcludeerd worden dat er anders dan tussen private partijen, geen volledige contractsvrijheid bestaat voor overheden. Dit geldt niet alleen voor uitgifte in eigendom, maar ook bij andere grondtransacties zoals verhuur, erfpacht, vestigen opstalrecht enz.

Het arrest heeft betrekking op **alle** overheden, die betrokken zijn bij grondtransacties, het Rijk, de provincies en de gemeenten. **Let op: Dit gelijkheidsbeginsel geldt dus nadrukkelijk niet voor transacties tussen particuliere partijen.**

In het vervolg van deze notitie beperken wij ons tot de rol van de gemeente.

3. Welke eisen stelt het arrest aan de selectieprocedure bij CPO?

De selectieprocedure bij CPO moet voldoen aan de volgende eisen:

- De gemeente moet criteria opstellen voor de selectie van kopers;
- Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn;
- Er moet sprake zijn van een passende mate van openbaarheid m.b.t de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Dus geldt er een publicatieplicht;
- Niet alleen op prijs zal er geselecteerd moeten worden, maar ook op kwaliteit, geschiktheid (bijvoorbeeld naar financiële draagkracht, het aanleggen van voorzieningen alsook kennis en ervaring), differentiatie naar bijvoorbeeld starters, middeninkomens en senioren, duurzaamheid, termijn afname grond enz.

N.B. Er is sprake van een grote beleidsvrijheid voor gemeenten. De Hoge Raad heeft slechts een globale uitspraak gedaan, die naar verwachting in de toekomst op basis van gerechtelijke uitspraken nader zal worden ingevuld. Inmiddels zijn er naar aanleiding van het Didam-arrest drie gerechtelijke uitspraken gedaan. Deze uitspraken hebben echter geen nieuwe gezichtspunten opgeleverd, die in het kader van CPO relevant zijn.

4. Wanneer toch geen selectieprocedure? Dus toch 1 op 1

De uitzondering 1 op 1 komt inzicht in combinatie met aspecten als bijvoorbeeld:

- De desbetreffende transactie is onlosmakelijk onderdeel van eerdere afspraken;
- De deal is noodzakelijk voor een integrale ontwikkeling van het gebied;
- De beoogde partij is de enige die het beleidsdoel kan uitvoeren;
- Er is sprake van samenhang met een eerder door een marktpartij verworven grondpositie (bouwclaim-model).

5. Welke spelregels moet gemeente volgen bij de uitzondering van 1 op 1?

Eisen 1 op 1, dus één enkele gegadigde:

- Allereerst, er geldt ook hier op basis van het arrest een grote beleidsruimte voor de gemeente;
- Wel moet de gemeente duidelijke criteria formuleren op basis waarvan zij de grond aan één partij uitgeeft,

bij voorkeur in een algemeen geldend beleidsdocument of anders ad hoc;

- Voorafgaand aan de beoogde transactie moet de gemeente haar voornemen bekend maken. Met een verwijzing naar het aanbestedingsrecht wordt hierbij een termijn van 20 dagen van te voren geadviseerd;
- De overheid moet motiveren, waarom de uitzondering van 1 op 1 geldt;
- Een ieder moet hiervan kennis kunnen nemen via publicatie in de media;
- Vooralsnog is onduidelijk of er alleen sprake moet zijn van mededelen of dat er expliciet ruimte moet zijn voor reacties gebonden aan een termijn.

6. Voor- en nadelen arrest in algemene zin...

Voordelen:

- Willekeur wordt voorkomen. Iedere partij heeft in principe immers gelijke kansen;
- Waar vroeger alleen sprake was van 1 op 1 uitgifte, staat nu de deur open voor iedere partij. En ontstaan er dus kansen voor partijen die vroeger niet of maar beperkt aan bod kwamen;
- Partijen weten vooraf wat de 'spelregels' zijn, omdat gemeenten van tevoren moeten publiceren over de selectiecriteria.

Nadelen arrest:

- Er is geen overgangsrecht;
- Ten aanzien van vóór het arrest reeds lopende onderhandelingen ontstaat onzekerheid en vertraging;
- Gemeenten kunnen met marktpartijen geen vaste relatie meer onderhouden;
- lopende onderhandelingen worden mogelijk stilgelegd of er vindt alsnog een selectieprocedure plaats;
- marktpartijen die bij onderhandelingen 'buiten de boot vallen' kunnen verwijzend naar het arrest naar de rechter gaan en een beroep doen op ontbinding van de met hun concurrent gesloten overeenkomst.

Deskundigen verwachten echter maar een beperkt aantal acties. Immers, marktpartijen zijn doorgaans uit op een goede relatie met gemeenten. Zij verkeren in een van de gemeente afhankelijke positie.

7. En hoe kan CPO op het arrest reageren?

In dit verband zijn er meerdere opties en om de belangrijkste te noemen:

- a. Het niet van toepassing laten zijn van het arrest;
- b. De uitzonderingssituatie in het arrest Didam: dus 1 op 1;
- c. De gemeente kiest expliciet voor CPO;
- d. De gemeente geeft grond uit, maar maakt geen expliciete keuze voor particulier opdrachtgeverschap.

Ad a. Het niet van toepassing laten zijn van het arrest

Zoals we eerder hebben kunnen lezen, is het Didam-arrest alleen van toepassing op overheden. Zij zijn gebonden aan de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, derhalve gelijke kansen voor iedereen. Deze Algemene Beginselen gelden echter nadrukkelijk niet tussen private partijen. Dit betekent dat een gemeente er bewust voor kan kiezen om bouwgrond, die eigendom is van een private partij, bij die private partij te laten, dus niet zelf aan te kopen. Vervolgens kan de gemeente overeenkomen dat de grond na verkaveling rechtstreeks wordt overgedragen aan de kopers.

Ad b. De uitzonderingssituatie in het arrest Didam: dus 1 op 1

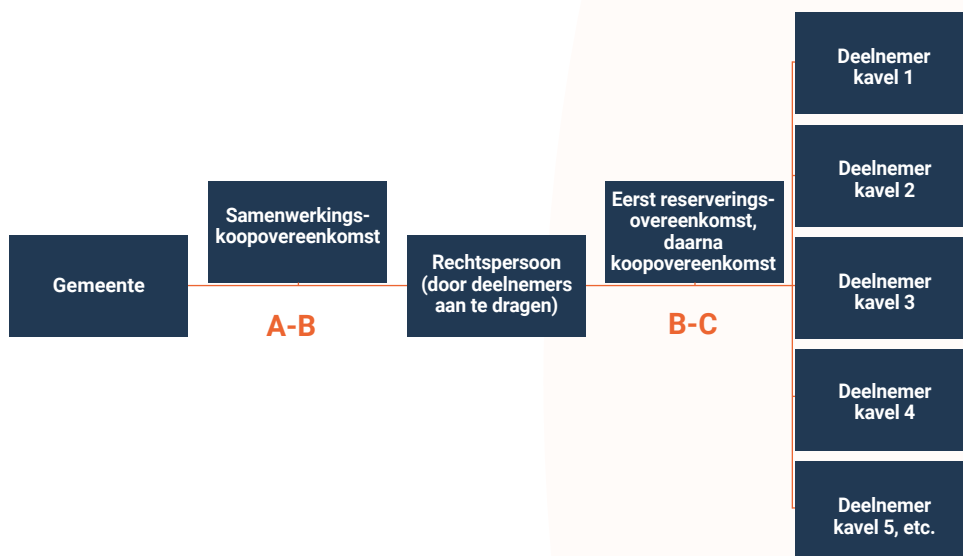
Hoewel het arrest Didam veel vraagtekens oproept, zijn juristen het er over het algemeen wel over eens, dat het zogenaamde bouwclaimmodel (waarbij een marktpartij grond verwerft en die aan de gemeente

overdraagt, in ruil voor bouwproductie) valt onder de uitzondering van 1 op 1. Het bouwclaimmodel blijft dus een goed alternatief voor de hierboven behandelde optie, waarbij de grond bij de private partij blijft.

Ad c. De gemeente kiest expliciet voor CPO

In dit geval inventariseert de gemeente de wensen van de mensen die samen aan de slag willen en samen willen bouwen, dus zeg maar de CPO'ers. Uiteraard formuleert de gemeente ook de kaders waaraan de groep én het bouwplan moeten voldoen. Denk bijvoorbeeld aan de doelgroepen die men voor ogen heeft, het beeldkwaliteitsplan, de grondprijs enz. Gemeenten kunnen deze uitgangspunten bij voorkeur formuleren met organisaties die ervaring en expertise hebben met collectief particulier opdrachtgeverschap. Zoals bijvoorbeeld (met de partners van) SAMENBOUWEN.IN.

Op basis van het eerder opgestelde kaderstellend document en de geïnventariseerde woonwensen wordt uiteindelijk de definitieve stedenbouwkundige verkaveling opgesteld. Vanaf dat moment staan vast: het aantal woningen, de perceelgrootte, de woningtypes, de prijsbandbreedte van de verwachte stichtingskosten per woning, etc, etc. Zo nodig start de gemeente nog een bestemmingswijziging. En biedt belangstellenden de mogelijkheid zich definitief in te schrijven



Toelichting organogram i.v.m. 'Didam-arrest': doordat allereerst een loting heeft plaats gevonden onder alle geïnteresseerden heeft iedereen een gelijke kans gehad om aan het project deel te nemen nog voordat de contactvorming heeft plaats gevonden. Hiermee wordt voorkomen dat de gemeente een overeenkomst sluit met een willekeurige rechtspersoon. Uiteindelijk dragen de deelnemers die worden ingeloot een rechtspersoon aan waarmee de gemeente een AB-koopovereenkomst sluit. Deze rechtspersoon sluit allereerst een reserveringsovereenkomst (kavelkeuze na initiatieffase) met de individuele deelnemers en daarna een BC-koopovereenkomst (definitieve aankoop na ontwikkelfase).

met een inschrijfformulier binnen een bepaalde termijn. Vervolgens vindt kaveltoewijzing plaats of afhankelijk van de belangstelling selectie van gegadigden, door bijvoorbeeld loting. Andere veel toegepaste methoden van gronduitgifte die voldoen aan het Didam-arrest zijn: toewijzing naar volgorde van inschrijving of verkoop bij opbod.

In samenspraak met de gemeente kiezen de deelnemers een samenwerkingspartner. Dit kan een begeleidingsbureau zijn - bijvoorbeeld een partner van SAMENBOUWEN.IN - of een eigen locatievereniging, die afzetrisico en onverkochte woningen zelf draagt. Vervolgens gaat de gemeente een overeenkomst met de samenwerkingspartner of de locatievereniging aan. Daarbij kan tevens sprake zijn van een koopovereenkomst voor de grond. De deelnemers sluiten vervolgens ieder individueel een reserveringsovereenkomst met deze samenwerkingspartner c.q. locatievereniging. Vervolgens vindt onder professionele begeleiding de verdere uitwerking van de individuele woonwensen plaats en daarna de aanvraag omgevingsvergunning en de contractvorming met de project uitvoerende aannemer.

Tenslotte worden de individuele aannemingsovereenkomsten met de aannemer gesloten en de koopovereenkomsten voor de grond. Na het onherroepelijk worden van omgevingsvergunning vinden de grondoverdrachten plaats, op basis van ABC of AB-BC, zie ter toelichting het hiervoor op blz. 6 vermelde schema/organogram.

Ad d. De gemeente geeft grond uit, maar zonder expliciete keuze te maken voor CPO

Ook al kiest een gemeente niet expliciet voor CPO, toch kunnen er hiertoe mogelijkheden ontstaan op basis van het Didam-arrest. Het arrest gaat immers uit van gelijke kansen voor iedereen. Dit betekent - naast marktpartijen die interesse tonen - ook mogelijkheden voor potentiële gegadigden om zich te verenigen en collectief mee te dingen. Zeker bij niet al te grote projecten biedt het arrest zo kansen voor CPO. Immers door het arrest komen groepen van potentiële CPO-kopers in eenzelfde positie als marktpartijen. En ontstaan er dus kansen, die er eerst niet waren. Ook hier kan de gemeente bij niet al te grote projecten kiezen voor gronduitgifte via bijvoorbeeld loting, of grond toewijzen naar volgorde van inschrijving of bij opbod.

CONCLUSIES

Het arrest heeft alleen consequenties indien een gemeente eigenaar is van de grond en/of een opstal. In geval het gaat om particuliere partijen met grond- en opstalposities is het Didam-arrest niet van toepassing. Dus dit kan voor gemeenten een 'escape' betekenen om geen rekening te hoeven houden met het Didam-arrest.

De hoofdregel op basis van het Didam-arrest is, dat een gemeente die grond uitgeeft, meerdere partijen moet uitnodigen op basis van eerder vastgestelde criteria. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Een uitzondering vormt de zogenaamde 1 op 1 situatie. Ook bij deze uitzondering moet de gemeente dit motiveren en van tevoren duidelijk bekend maken (20 dagen voor de uitgifte wordt naar analogie van het aanbestedingsrecht geadviseerd).

De hoofdregel om meerdere partijen uit te nodigen, brengt voor CPO nieuwe kansen met zich mee. Daar waar CPO-partijen vroeger niet of nauwelijks aan bod kwamen, liggen de kansen thans open voor projecten die een CPO-omvang hebben, derhalve kleinschalig tot middelgroot.

In de kern is er best sprake van een grote beleidsruimte voor gemeenten. Gelet op het globale karakter van het arrest zijn er vooralsnog veel onzekerheden, maar liggen er ook zeker nieuwe kansen. Voor gevestigde posities van bijvoorbeeld ontwikkelaars zal het arrest vergeleken met het verleden vaker een bedreiging vormen dan voor CPO initiatieven. De praktijk zal echter met 'vallen en opstaan' zijn weg nog moeten vinden.

Gemeenten en hun samenwerkingspartners hebben gelijke belangen. De woningnood in ons land is langzamerhand zo hoog, dat we ons geen onnodige stagnatie in de woningproductie kunnen veroorloven.

Kortom, voor iedereen ligt er een verantwoordelijkheid om de kansen die het Didam-arrest nu biedt te pakken.

Bent u geïnteresseerd of heeft u vragen, neem dan gerust contact met ons op, SAMENBOUWEN.IN, tel.nr. 085-2500583 of info@samenbouwen.in

