

Rotter(di)dam.

Onderzoek naar de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed.



Dominique Wandel
Master of Science in Real Estate
Amsterdam School of Real Estate
12 april 2024

Rotter(di)dam

Onderzoek naar de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed.

Auteur

D.J. Wandel

Begeleiders

1^e beoordelaar: drs. W. van der Post

2^e beoordelaar: drs. A.R. Marquard

Datum

12 april 2024

Voorwoord

Dit onderzoek, naar de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, vormt het sluitstuk van de opleiding Master of Science of Real Estate (MSRE). Hiermee komt een eind aan een intensieve maar leerzame studieperiode aan de Amsterdam School of Real Estate. Ik heb de studie met veel plezier gevolgd en ben dankbaar voor de mogelijkheden die de opleiding mij heeft geboden om mijn kennis als vastgoedprofessional verder uit te breiden.

Sinds 2018 ben ik werkzaam als verkoopadviseur voor de gemeente Rotterdam. Vanuit deze rol ben ik verantwoordelijk voor het verkopen van gemeentelijk vastgoed dat niet meer nodig is voor de gemeentelijke- en maatschappelijke doelstellingen. Het was voor mij dan ook een logische keuze om te onderzoeken welke beleidsvrijheid de gemeente Rotterdam toekomt bij het verkopen en verhuren van gemeentelijk vastgoed, gelet op de uitspraak van de Hoge Raad van 26 november 2021. Hoewel het onderzoeksonderwerp al snel duidelijk was, is het een uitdaging geweest om de kaders van het onderzoek te bepalen en het onderzoek te concretiseren. Ik kijk dan ook met trots terug op het eindresultaat van dit onderzoek en kijk ernaar uit om de bevindingen en inzichten uit dit onderzoek toe te passen in mijn dagelijkse werkzaamheden.

Via deze weg wil ik een aantal personen bedanken voor de bijdrage die zij hebben geleverd aan de totstandkoming van deze scriptie. Allereerst wil ik mijn begeleider, Wim van der Post, bedanken voor zijn enthousiasme en betrokkenheid en de prettige voortgangsgesprekken die we hebben gevoerd. Deze gesprekken varieerden van kort telefonisch overleg tot interessante brainstormsessies en gedachtewisselingen. Ook wil ik Arthur Marquard, als tweede beoordelaar, bedanken voor de bruikbare feedback tijdens de onderzoeksperiode. Daarnaast wil ik mijn werkgever, de gemeente Rotterdam, bedanken voor de kans die mij is geboden om deze studie te volgen. Ten slotte wil ik het thuisfront bedanken. Het volgen van een studie naast een volledige werkweek vraagt veel tijd en discipline in de vrije uren. Ik wil mijn vriendin dan ook bedanken voor haar steun en motivatie tijdens mijn studieperiode.

Ik wens u veel plezier met het lezen van deze scriptie.

Dominique Wandel
Rotterdam, 12 april 2024

Managementsamenvatting

Bij arrest van 26 november 2021 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheidslichamen, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, gelijke kansen moeten bieden aan potentiële kandidaten die interesse hebben in het aangaan van deze overeenkomst (Hoge Raad, 2021). Van het bieden van deze mededingingsruimte mag enkel worden afgeweken wanneer, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst.

Het doel van dit onderzoek is om inzicht te krijgen in de mogelijke gevolgen van dit arrest voor de handelswijze van de gemeente Rotterdam, bij het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed. De centrale vraag van dit onderzoek luidt dan ook als volgt: *Welke beleidsvrijheid heeft de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed?*

Om antwoord te geven op de centrale vraag van dit onderzoek is eerst geanalyseerd welke handelswijze de gemeente Rotterdam dient te volgen, bij het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed. Vervolgens is nagegaan of het huidige vastgoedbeleid van de gemeente aansluit op de kaders uit het arrest. Deze verschillenanalyse leidt tot een heldere conclusie: het vastgoedbeleid van de gemeente Rotterdam sluit in hoge mate aan op de gestelde kaders door de rechterlijke macht. Zo verkoopt en verhuurt de gemeente het grootste deel van haar vastgoedobjecten openbaar en transparant door middel van een openbare selectieprocedure (Gemeente Rotterdam, 2019). Echter, de uitzonderingsgronden die de gemeente hanteert om af te wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure, voldoen niet volledig aan de criteria die daaraan worden gesteld met het arrest. Zo wenst de gemeente een onderhandse overeenkomst aan te gaan met de huidige huurder of de aangrenzende eigenaar van een gemeentelijk vastgoedobject, wanneer het belang van de gemeente hiermee gediend is (Gemeente Rotterdam, 2019). Een belangrijk argument hiervoor is dat het aangaan van een onderhandse overeenkomst een bijdrage kan leveren aan de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen.

Om de uitzonderingsgronden van de gemeente in lijn te brengen met de kaders uit het arrest, en na te gaan wanneer een uitzonderingsgrond voldoet aan deze kaders, is een kwalitatief onderzoek uitgevoerd. Dit kwalitatieve onderzoek, in de vorm van een casestudie, heeft aangetoond dat geen generieke uitspraak kan worden gedaan over de toegestane uitzonderingsgronden uit het Didam-arrest. Wel heeft de analyse van de rechtsoverwegingen in de verschillende rechterlijke uitspraken inzicht gegeven in de toepassing van het Didam-arrest in de vastgoedpraktijk. Hieruit is op te maken dat de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam tweeledig is. Allereerst kan de gemeente, wanneer zij een openbare selectieprocedure organiseert om tot een kandidaatselectie te komen, zelf (objectieve) selectiecriteria bepalen. Deze criteria kunnen in ieder geval bestaan uit:

- Selectie op basis van het hoogste bod;
- Selectie op basis van een loting;
- Selectie op basis van een prijs-kwaliteitsbeoordeling;

Daarnaast behoudt de gemeente enige beleidsruimte om een onderhandse overeenkomst aan te gaan. De gemeente hoeft immers geen openbare selectieprocedure te organiseren wanneer op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst (Hoge Raad, 2021). Uit de analyse van rechterlijke uitspraken is op te maken dat de kaders uit het arrest enkel van toepassing zijn op situaties waarbij sprake is van gelijke kandidaten. Dit maakt dat de gemeente een derde partij niet altijd hoeft te zien als gelijke kandidaat met bijvoorbeeld de huidige huurder of een aangrenzende eigenaar van het gemeentelijke vastgoedobject.

Daarbij geldt voor kandidaten, die een beroep doen op het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte, een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat kandidaten aan de hand van een deugdelijk plan dienen te motiveren waarom zij moeten worden gezien als potentiële kandidaat voor het aangaan van een overeenkomst.

Ook wanneer een onderhandse transactie een bijdrage levert aan bredere maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen, heeft de gemeente de mogelijkheid een beroep te doen op de uitzonderingsgrond van het arrest. Wel is het van belang dat het aangaan van de onderhandse overeenkomst past binnen de gemeentelijke visies en het gemeentelijke beleid. Hiermee voorkomt de gemeente enige vorm van willekeur. Ten slotte kan de gemeente het vertrouwensbeginsel afwegen tegen het gelijkheidsbeginsel, om te bepalen of hier sprake is van een uitzonderingsgrond. Huurders en andere marktpartijen mogen er immers op vertrouwen dat de gemeente haar afspraken en eventuele toezeggingen nakomt (Rechtspraak, 2024).

Uit de analyse van de rechterlijke uitspraken is op te maken dat de rechter waarde hecht aan het feit dat een overheidslichaam haar vastgestelde beleid uitvoert en hier geen sprake is van willekeur. De gemeente moet zich daarom realiseren dat, wanneer zij haar onderhandse kandidaatselectie onvoldoende kan onderbouwen, en niet kan uitsluiten dat andere kandidaten van gelijke strekking ook interesse hebben, zij in strijd handelt met de kaders uit het arrest. Wanneer dit het geval is zal de gemeente alsnog mededingingsruimte moeten bieden door een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen.

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	1
Managementsamenvatting	3
1.0 Inleiding.....	7
1.1 Aanleiding	7
1.2 Probleemstelling	7
1.3 Doelstelling	8
1.4 Hoofdvraag en deelvragen.....	8
1.5 Afbakening.....	8
1.6 Onderzoekopzet en onderzoeksmethode.....	9
1.7 Relevantie.....	10
2.0 Theoretisch kader.....	11
2.1 Een analysekader van transacties: Neo institutionele economie	11
2.2 Transactiekostentheorie.....	12
2.3 Instituties.....	12
2.4 Conclusie en relevantie.....	15
3.0 Een nieuwe formele institutie: Het Didam-arrest	16
3.1 Aanleiding arrest	16
3.2 Voorgenomen vastgoedtransactie door gemeente Montferland	18
3.3 Bezwaar tegen voorgenomen vastgoedtransactie.....	18
3.4 Oordeel voorzieningenrechter	18
3.5 Oordeel gerechtshof	19
3.5.1 Aanbestedingsplichtig en staatssteun.....	19
3.5.2 Mededingingsnorm	20
3.5.3 Gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel	20
3.6 Oordeel Hoge Raad	21
3.6.1 eerste cassatiemiddel.....	21
3.6.2 tweede cassatiemiddel	21
3.7 Consequenties uitspraak Hoge Raad.....	22
3.8 Conclusie en koppeling theoretisch kader	23
4.0 De vastgoedopgave van de gemeente Rotterdam	24
4.1 Gemeentelijk vastgoed.....	24
4.2 Vastgoedportefeuille gemeente Rotterdam	25
4.2.1 Kernportefeuille gemeente Rotterdam	26
4.2.2 Niet-kernportefeuille gemeente Rotterdam	26
4.3 Gemeentelijk verkoop- en verhuurbeleid.....	28
4.3.1 Verkoopbeleid gemeente Rotterdam	28

4.3.2 Verhuurbeleid gemeente Rotterdam	29
4.4 Conclusie vastgoedbeleid gemeente Rotterdam	30
5.0 Methodologie	32
5.1 Gemeentelijk beleid versus kaders Didam-arrest	32
5.2 Behoeftte aan verduidelijking uitzonderingsgronden Didam-arrest	33
5.3 Kwalitatief onderzoek	33
5.3.1. Casestudie rechterlijke uitspraken 2023	34
6.0 Analyse	36
6.1 Openbare selectieprocedure	36
6.1.1 Juiste vorm openbare selectieprocedure	36
6.1.2 Onjuiste vorm openbare selectieprocedure	37
6.1.3 Deelconclusie openbare selectieprocedure	38
6.2 Geen openbare selectieprocedure	38
6.2.1 Terecht beroep op uitzonderingsgrond Didam-arrest	38
6.2.2 Onterecht beroep op uitzonderingsgrond Didam-arrest	40
6.2.3 Stelplicht potentiële kandidaat en prejudiciële vragen	41
6.2.4 Deelconclusie geen openbare selectieprocedure	42
6.3 Conclusie casestudie	44
7.0 Conclusie en aanbevelingen	45
7.1 Conclusie	45
7.2 Aanbeveling	47
7.2.1 Adviespunten	48
7.3 Reflectie	49
7.3.1 Reflectie op onderzoek	49
7.3.2 Persoonlijke reflectie	49
7.3.3 Vervolgonderzoek	50
Bibliografie	51
Jurisprudentielijst	53

Bijlage 1: Excel-bestand - Uitgebreide casestudie rechterlijke uitspraken

1.0 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de opzet van deze scriptie nader toegelicht. Zo worden eerst de aanleiding, probleemstelling en doelstelling van het onderzoek beschreven. Vervolgens wordt vanuit de probleemstelling en de doelstelling de centrale vraag van het onderzoek geformuleerd. Ten slotte wordt inzicht gegeven in de gehanteerde onderzoeksmethodiek.

1.1 Aanleiding

Op 26 november 2021 zijn overheden en marktpartijen geconfronteerd met een uitspraak van de Hoge Raad, het Didam-arrest. Deze uitspraak stelt dat overheidslichamen, bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, gelijke kansen moeten bieden aan potentiële kandidaten die in aanmerking wensen te komen voor het aangaan van de overeenkomst (Hoge Raad, 2021). Hiertoe dient het overheidslichaam een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen. Van het bieden van deze mededingingsruimte mag enkel worden afgeweken wanneer op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de privaatrechtelijke overeenkomst.¹

Voor de gemeente Rotterdam fungeert het bezit van vastgoed als instrument om haar maatschappelijke doelstellingen mee te verwezenlijken (Gemeente Rotterdam, 2019). Om deze doelstellingen te behalen sluit de gemeente privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, waarbij de afdeling Vastgoed de vastgoedobjecten beheert en verhuurt. Daarnaast verkoopt de gemeente de vastgoedobjecten die geen bijdrage meer leveren aan de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen. Voor het verhuren en verkopen van gemeentelijk vastgoed dient de afdeling Vastgoed zich te houden aan het bestuurlijk vastgestelde beleid (Gemeente Rotterdam, 2019). De vraag is echter of dit vastgoedbeleid nog uitvoerbaar is nu de Hoge Raad op 26 november 2021 een uitspraak heeft gedaan over het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten door overheidslichamen (Hoge Raad, 2021).

1.2 Probleemstelling

De uitspraak van de Hoge Raad brengt met zich mee dat de gemeente Rotterdam niet zomaar een onderhandse overeenkomst, met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, mag aangaan met een kandidaat naar keuze. Immers, wanneer geen sprake is van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, op basis waarvan kan worden aangenomen dat slecht één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst, dient de gemeente een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen. Om deze selectieprocedure te waarborgen dient de gemeente een openbaar en transparant proces in te richten, dat aansluit op het openbaarheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, zoals volgt uit het Didam-arrest.

Het arrest brengt met zich mee dat de gemeente minder sturing heeft op haar vastgoedtransacties en minder vrijheid heeft om tot een kandidaatselectie te komen bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten. Dit heeft mogelijke gevolgen voor de doelstellingen en de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam. Omdat de gemeente, met de inzet van haar vastgoedbezit, een directe invloed heeft op gemeentelijke vraagstukken en maatschappelijke opgaven, is het in sommige situaties wenselijk om zelf tot een kandidaatselectie te komen zonder een openbare selectieprocedure te volgen. Zo kan, met het aangaan van een onderhandse overeenkomst met een kandidaat naar keuze, een maatschappelijke meerwaarde worden gecreëerd voor de stad (College van Rijksadviseurs, 2020)

¹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

Op 24 juni 2022 heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een brief geschreven aan gemeenten, over de mogelijke gevolgen van het Didam-arrest voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2022) (Rijksoverheid, 2022). Hoewel deze handreiking is bedoeld om meer duidelijkheid te scheppen over de handelswijze van gemeenten, blijven de gevolgen van het arrest voor de vastgoedpraktijk erg onduidelijk.

1.3 Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is om inzicht te krijgen in de context van het Didam-arrest en de mogelijke gevolgen van het arrest op de handelswijze van de gemeente Rotterdam, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed.

1.4 Hoofdvraag en deelvragen

Vanuit de probleemstelling en de onderzoeksdoelstelling kan de volgende centrale vraag worden geformuleerd:

”Welke beleidsvrijheid heeft de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed?”

Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van dit onderzoek zijn een drietal deelvragen geformuleerd. Deze deelvragen luiden als volgt:

- Hoe dient de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, haar gemeentelijke vastgoed te verkopen en te verhuren?
- Welk verkoop- en verhuurbeleid hanteert de gemeente Rotterdam met betrekking tot haar gemeentelijke vastgoed?
- Hoe verhoudt het verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam zich tot de kaders uit het Didam-arrest?

1.5 Afbakening

Het Didam-arrest ziet toe op alle privaatrechtelijke handelingen door overheden. In dit onderzoek wordt enkel gekeken naar de invloed van het Didam-arrest op het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, meer specifiek het aangaan van koop- en huurovereenkomsten, vanuit de niet-kernportefeuille van de gemeente Rotterdam. Het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed zal nader worden toegelicht in het praktijkdeel van dit onderzoek. Verder valt ook de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke overeenkomsten, welke zijn gesloten in strijd met de kaders uit het Didam-arrest, buiten de scope van dit onderzoek.

1.6 Onderzoekopzet en onderzoeksmethode

Om de centrale vraag van dit onderzoek te beantwoorden is gebruik gemaakt van de TPA-structuur. Deze structuur houdt in dat gaandeweg het onderzoek eerst antwoord wordt gegeven op de deelvragen door middel van theorie, praktijk en analyse om uiteindelijk antwoord te kunnen geven op de centrale vraag van dit onderzoek (Hoek-Gerritsen, 2022). Zie *figuur 1* voor de schematische weergave van het onderzoeksmodel.



Figuur 1: Onderzoeksmodel (bron: eigen bewerking, 2024)

Allereerst wordt het theoretisch kader van het onderzoek beschreven. In dit theoretische deel wordt de wetenschappelijke literatuur uiteengezet die de basis vormt voor het verdere onderzoek. Na een toelichting op de literatuur wordt de koppeling gemaakt tussen het theoretische kader en het Didam-arrest, als interventie door de rechterlijke macht. In het praktijkdeel van dit onderzoek staan de uitspraak van de Hoge Raad en het verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam centraal. Uiteindelijk wordt het gemeentelijk vastgoedbeleid vergeleken met de kaders uit het Didam-arrest, waarna wordt gestart met de analysefase. In deze analysefase wordt, aan de hand van een uitgebreide casestudie van rechterlijke uitspraken, meer informatie verkregen over de context van het Didam-arrest en de mogelijke gevolgen van dit arrest op het vastgoedbeleid van de gemeente Rotterdam. Ten slotte wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van het onderzoek en worden aanbevelingen gedaan aan de gemeente Rotterdam.

Gezien het onderzoeksonderwerp is in de analysefase gekozen voor een kwalitatief onderzoek in de vorm van een casestudie. In deze casestudie worden de rechterlijke uitspraken en rechtsoverwegingen, in het licht van het Didam-arrest, uitgebreid geanalyseerd. Deze analyse is beschrijvend van aard (Baarda, 2019) en draagt bij aan het verkrijgen van relevante informatie over het arrest, waarmee de context van dit arrest beter kan worden begrepen (Baarda, et al., 2021). Vervolgens wordt aan de hand van de verkregen inzichten nagegaan wat de mogelijke gevolgen zijn van het arrest, voor het verkoop- en verhuurbeleid van de

gemeente Rotterdam. In hoofdstuk 5 worden de methoden en technieken voor de analysefase nader toegelicht.

1.7 Relevantie

Het Didam-arrest zorgt voor veel onrust en onzekerheid op de vastgoedmarkt. Hoewel het arrest is gewezen op 26 november 2021, bestaat nog steeds behoefte aan meer informatie over de context van het arrest en de vervolgen hiervan voor de vastgoedpraktijk. Dit wordt bevestigd door een uitspraak van de Rechtbank Midden- Nederland op 24 mei 2023, waarin de rechtbank aangeeft dat zij voornemens is om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de context en de gevolgen van het arrest. Buiten de vragen waar de rechtspraak antwoord op moet geven draagt dit onderzoek bij aan een verduidelijking van de context van het Didam-arrest. Ook schetst dit onderzoek een beeld van de wijze waarop de gemeente Rotterdam dient om te gaan met de kaders uit het arrest.

2.0 Theoretisch kader

In dit hoofdstuk wordt de wetenschappelijke literatuur uiteengezet die de basis vormt voor het verdere onderzoek. Dit theoretische kader is gebaseerd op de neo institutionele economie, een stroming in de economische theorie waarin het analyseren van economische activiteiten en transacties centraal staat. Daarmee sluit dit analysekader aan op het centrale thema van dit onderzoek, te weten de gevolgen van regulering van vastgoedtransacties tussen publieke en private actoren. In het theoretisch kader volgt een toelichting op de theorie van de neo institutionele economie en de transactiekostentheorie. Ook worden enkele alinea's gewijd aan het bestaan van instituties en de relevantie van het theoretisch kader voor onderhavig onderzoek.

2.1 Een analysekader van transacties: Neo institutionele economie

De neo institutionele economie (NIE) is een economische denkrichting die de organisatie van economische transacties en het gedrag van betrokken actoren bestudeert. Deze denkrichting vormt een theoretische aanvulling op het oorspronkelijke denkkader van de neoklassieke economie (Hazeu, 2000, p. 19)

De neoklassieke economie is een denkrichting waarin wordt verondersteld dat vrije markten altijd in evenwicht komen door de continue wisselwerking tussen vraag en aanbod. Hierbij werkt het prijsmechanisme als relatieve schaarste-verhouding: een relatief hoge prijs remt de vraag van consumenten af en stimuleert tegelijkertijd producenten tot extra inspanningen om het aanbod te laten stijgen. Een relatief lage prijs werkt vice versa: bij een lage prijs zijn producenten minder snel geneigd te produceren, terwijl consumenten juist om meer producten zullen vragen. Een mogelijk productieoverschot wordt zo weggewerkt. Volgens het neoklassieke denkkader leiden deze ontwikkelingen uiteindelijk tot het zelfstandig tenderen naar een evenwicht door markten (Marquard & Van der Post, 2023). Om dit evenwichtsmodel efficiënt te laten functioneren worden binnen de neoklassieke economie echter strikte aannames gedaan. Zo wordt verondersteld dat actoren rationeel handelen, waarbij individuen hun eigen belang van winst nastreven (Coase, 1937). Ook wordt aangenomen dat sprake is van vrije toe- en uittreding van concurrentie tot de markt en wordt verondersteld dat economische actoren kunnen handelen in een situatie waarbij zij beschikken over volledige informatie. Het gevolg van deze veronderstellingen is dat, voor het analyseren van economische activiteiten, een onrealistisch analysekader ontstaat waarin geen rekening wordt gehouden met economische verschijnselen zoals bedrijfsdoelstellingen, het functioneren van organisaties, het bestaan van transactiekosten en het bestaan van instituties zoals wetgeving en contracten (Hazeu, 2000, p. 20). Om deze redenen is de behoefte ontstaan naar een meer realistische analyse van economische activiteiten en transacties waarbij wel rekening wordt gehouden met deze economische verschijnselen, de neo institutionele economie.

De neo institutionele economie vult de neoklassieke economie aan door, bij het analyseren van economische activiteiten en transacties, realistische uitgangspunten mee te nemen (Coase, 1937). Zo ontbreekt bij het aangaan van economische transacties vaak de volledige informatie, waardoor transactiekosten worden gemaakt en instituties zijn ontstaan (Coase, 1937) (North, 1990). Ook is de vrije toe- en uittreding van concurrentie op de markt vaak beperkt en gaat de neo institutionele economie uit van irrationeel handelende actoren, die niet altijd optimale beslissingen nemen. Deze denkrichting sluit aan bij de visie van Ronald Coase die in 1937 het artikel 'the Nature of the firm' publiceerde. In dit artikel stelde hij al vragen over hoe het kan dat naast markten ook ondernemingen bestaan en hoe economische transacties zo efficiënt mogelijk georganiseerd kunnen worden zonder volledige informatie (Coase, 1937).

Binnen de neo institutionele denkrichting kan onderscheid worden gemaakt tussen drie belangrijke theorieën: de property-rights theorie, de transactiekostentheorie en de principaal-agenttheorie (Hekkenberg, 2011). De property-rights theorie draait om de analyse van economische eigendomsrechten. In tegenstelling tot de neoklassieke economie stelt de neo institutionele economie dat contracten veelal onvolledig zijn, met als gevolg dat tijdens een transactie op de markt geen goede prijs of hoeveelheid overeengekomen wordt (Hazeu, 2000, p. 69). In de transactiekostentheorie gaat de aandacht uit naar de kosten die nodig zijn om een economische transactie tot stand te laten komen. Het gaat hierbij om aanvullende kosten naast de productiekosten zoals bijvoorbeeld de zoekkosten van informatie (Ter Bogt, 1998). Tenslotte staat in de principaal-agenttheorie het gedrag van economische actoren centraal, waarbij de betrokken partijen verschillende doelstellingen nastreven en verschillende belangen hebben (Hazeu, 2000, p. 80).

2.2 Transactiekostentheorie

Gezien het onderwerp van dit onderzoek wordt voor het theoretisch kader aansluiting gezocht bij de transactiekostentheorie en het bestaan van instituties, als onderdeel van de neo institutionele economie. Zoals gesteld analyseert de transactiekostentheorie de optimale organisatie van economische transacties (Coase, 1937). Het gaat hierbij met name om het onderzoeken en begrijpen van onzekerheden en kosten die gepaard gaan met het (efficiënt) tot stand laten komen van economische transacties. Een ingreep door de rechterlijke macht – zoals het gewezen Didam-arrest - en de gevolgen daarvan voor de uitkomsten van economische activiteiten en transacties vallen dan ook binnen de reikwijdte van de transactiekostentheorie.

De transactiekostentheorie beschrijft wat transactiekosten zijn en helpt te verklaren waarom instituties bestaan en welke invloed deze instituties hebben op economische transacties (Hekkenberg, 2011). Door te begrijpen welke factoren een bijdrage leveren aan de transactiekosten, en na te gaan op welke wijze instituties een voor- of nadeel bieden bij het aangaan van een economische transactie, kunnen actoren strategische keuzes en afwegingen maken binnen de kaders van de aanwezige instituties (Hazeu, 2000, p. 75). Wanneer in de institutionele economie wordt gesproken over transacties wordt hier een tweezijdige overdracht van eigendomsrechten mee bedoeld (Hazeu, 2000, p. 9). Deze transacties komen tot stand op basis van zekerheid (Marquard & Van der Post, 2023). Bij het aangaan van economische transacties is echter veelal sprake van een tekort aan informatie en bijkomende onzekerheden (Hazeu, 2000, p. 12). Om deze informatietekorten en onzekerheden te beperken moeten actoren transactiekosten maken. Dit zijn de kosten die noodzakelijk zijn om economische transacties tot stand te laten zoals kosten die worden gemaakt om informatie op te zoeken, kosten voor (extern) advies, kosten voor het onderhandelen en kosten voor het opstellen en beheren van overeenkomsten (Hazeu, 2000, p. 73). Deze transactiekosten zullen toenemen wanneer sprake is van een grote mate van onzekerheid bij een voorgenomen transactie. Het gebrek aan informatie en de mate van onzekerheid wordt vervolgens opgenomen als risicopremie voor de transactie, wat leidt tot een hogere transactieprijs (North, 1990).

Om de transactiekosten te minimaliseren en onzekerheden bij interacties op markten te verkleinen, zijn instituties noodzakelijk (Coase, 1937). Efficiënte instituties kunnen namelijk een bijdrage leveren aan het verkleinen van de informatiekosten (North, 1990).

2.3 Instituties

Instituties moeten worden gezien als door de mens gecreëerde beperkingen die een bijdrage leveren aan het structureren van het politieke, economische en sociale gedrag van de mens (Hazeu, 2000, p. 13). Binnen deze instituties kan onderscheid worden gemaakt tussen formele en informele instituties (North, 1990). Formele instituties bestaan met name uit wetten en

structuren, als spelregels voor de maatschappij. Voorbeelden van formele instituties zijn overheidsinstanties, wet- en regelgeving, gerechtelijke systemen en beleidsvormen. Informele instituties zijn veel meer gericht op (ongeschreven) gedragsregels en gewoonten zoals normen en waarden. Al deze instituties samen hebben een directe invloed op de informatievoorziening en de zekerheden die nodig zijn om economische transacties efficiënt tot stand te laten komen. Ook kunnen instituties de bijkomende transactiekosten verkleinen, vergroten of zelfs reguleren (Coase, 1937). Zo brengt een economische transactie binnen een concern of een organisatie bijvoorbeeld minder kosten met zich mee omdat voor deze transactie minder onderhandelingskosten worden gemaakt en hier minder overeenkomsten worden afgesloten om tot de overdracht te komen. Een ander voorbeeld is de zekerheid die de overheid kan bieden in de vorm van wet- en regelgeving. Door de informatie en zekerheden die instituties kunnen bieden nemen de onzekerheden bij het aangaan van economische transacties af. Hierdoor hoeven op voorhand minder risico- en beheersmaatregelen te worden getroffen, wat uiteindelijk leidt tot lagere transactieprijs.

De oorsprong van instituties is dus gelegen in het bieden van structuur aan de maatschappij en het beperken van transactiekosten bij het aangaan van een economische transactie (Hazeu, 2000, p. 27). Om deze structuur te blijven bieden aan de maatschappij moeten instituties zich continu aanpassen aan veranderingen van de omgeving (Hazeu, 2000, p. 13). Vanwege de complexiteit van instituties kunnen sommige instituties zich echter makkelijker aanpassen aan een veranderende omgeving dan andere instituties. Om de werking van de verschillende, veelal complexe, instituties nader te analyseren heeft Oliver Williamson een model ontwikkeld waarbij hij onderscheid maakt tussen vier typen (lagen) instituties: informele instituties, formele instituties, contracten en alledaagse economische handelingen (Williamson, 2000).

1: Informele instituties

Dit betreft de bedrijfscultuur en de normen en waarden binnen organisaties en bedrijven. De kaders waarbinnen men zich beweegt voelen vertrouwd en brengen enige zekerheid met zich mee. Omdat deze kaders veelal gebaseerd zijn op tradities, cultuur, en in sommige gevallen het geloof, kan dit type instituties moeilijk reageren op een veranderende omgeving (Williamson, 2000). In veel gevallen gaat het om ongeschreven kaders, die juist daardoor een langdurige impact hebben op het gedrag van actoren.

2: Formele instituties

Deze instituties bestaan uit de formele wet- en regelgeving en beleidsvormen, de door de rechterlijke macht te toetsen spelregels van de maatschappij (Williamson, 2000). Zo draagt een duidelijke wet- en regelgeving bij aan duidelijkheid en zekerheid bij het aangaan van transacties. Ook de wet- en regelgeving rondom vastgoed, en de wet- en regelgeving die geldt voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, valt onder dit type instituties. Deze tweede laag van instituties is de resultante van het democratische proces van politieke besluitvorming. Omdat deze instituties enkel door een formeel proces kunnen worden gewijzigd kunnen de instituties zich in beperkte mate aanpassen aan een snel veranderende omgeving.

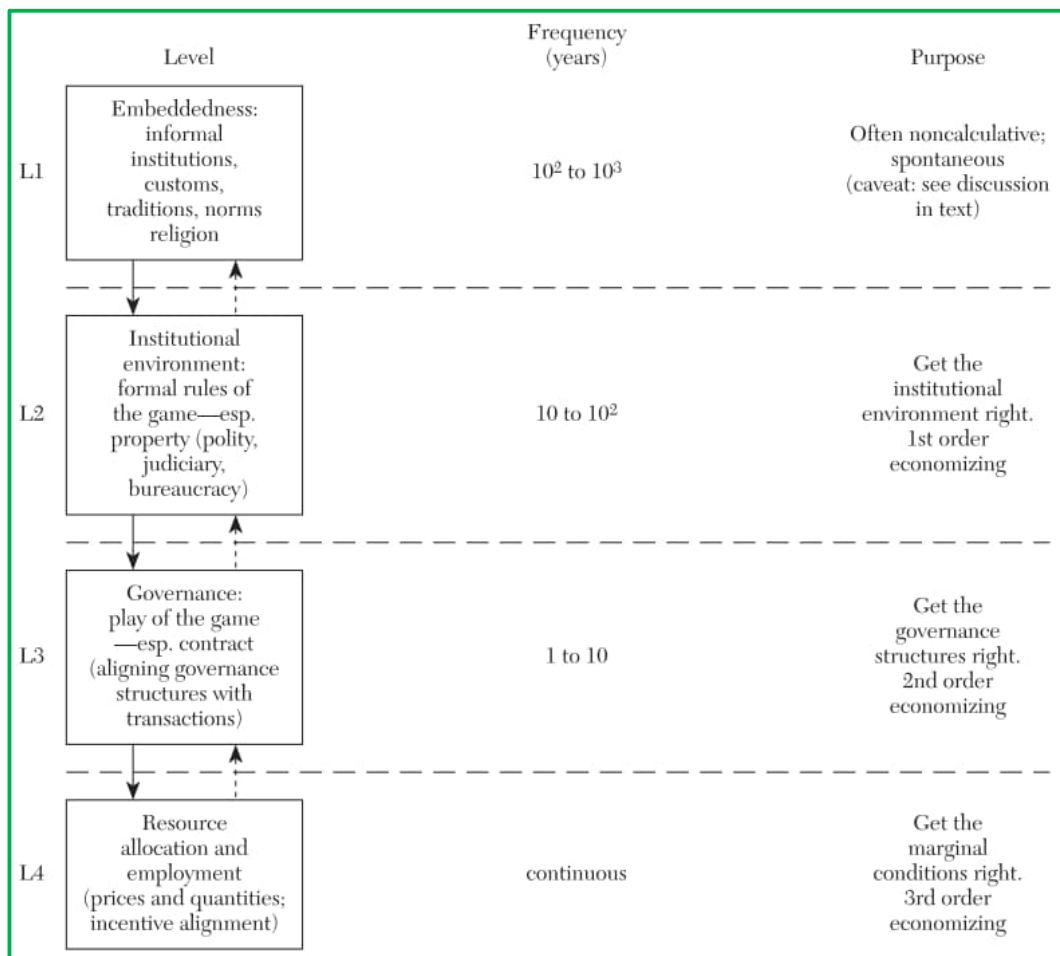
3: Overeenkomsten

Zoals eerder toegelicht komt een transactie, en de daarbij behorende transactieprijs, tot stand op basis van zekerheid (Marquard & Van der Post, 2023). Wanneer de formele instituties onvoldoende zekerheid bieden is het voor partijen mogelijk om nadere afspraken en verplichtingen op te nemen in de vorm van een overeenkomst. Met deze afspraken en verplichtingen streven actoren naar meer zekerheid bij het aangaan van een economische transactie. Om de nakoming van de afspraken en verplichtingen uit de overeenkomst te waarborgen is contractbeheer wel een vereiste, wat aanvullende transactiekosten met zich

meebrengt. Binnen de kaders van de formele instituties zijn actoren vrij om afspraken te maken en deze op te nemen in een overeenkomst. Hiermee zijn de instituties in de derde laag zeer flexibel en kunnen deze zich sneller aanpassen aan een veranderende omgeving dan instituties uit de eerste en de tweede laag. Wel benadrukt Williamson dat overeenkomsten, door het beperkt rationeel handelen door actoren, veelal onvolledig zijn (Williamson, 1979).

4: Alledaagse economische handelingen

Dit betreft instituties waar de continue koppeling tussen vraag en aanbod plaatsvindt. Zo heeft bijvoorbeeld leegstand, in de vorm van leegstandcijfers, of het huidige beschikbare aanbod van een product, directe invloed op de prijs van een product. Dit sluit aan bij het analysekader van de neoklassieke economie, waarbij de prijs als een evenwichtsmechanisme werkt. Dit type instituties moet dan ook worden gezien als een gegeven, dat continue in beweging is (Williamson, 2000).



Figuur 2: Typen instituties (bron: Williamson, 2000)

Williamson (2000) maakt met de vier typen en lagen instituties onderscheid tussen instituties op basis van de mate waarop deze instituties beïnvloedbaar zijn en kunnen veranderen. Zo zijn instituties in de eerste laag, de informele instituties, moeilijk te beïnvloeden en kunnen deze instituties niet zomaar veranderen. Deze instituties kennen doorgaans een lange levensduur. Hierbij kan worden gedacht aan een bedrijfscultuur die niet van de één op de andere dag te veranderen is. De instituties in de vierde laag zijn daarentegen wel makkelijk te beïnvloeden en zijn continu aan verandering onderhevig (Van der Post & Hekkenberg, 2013).

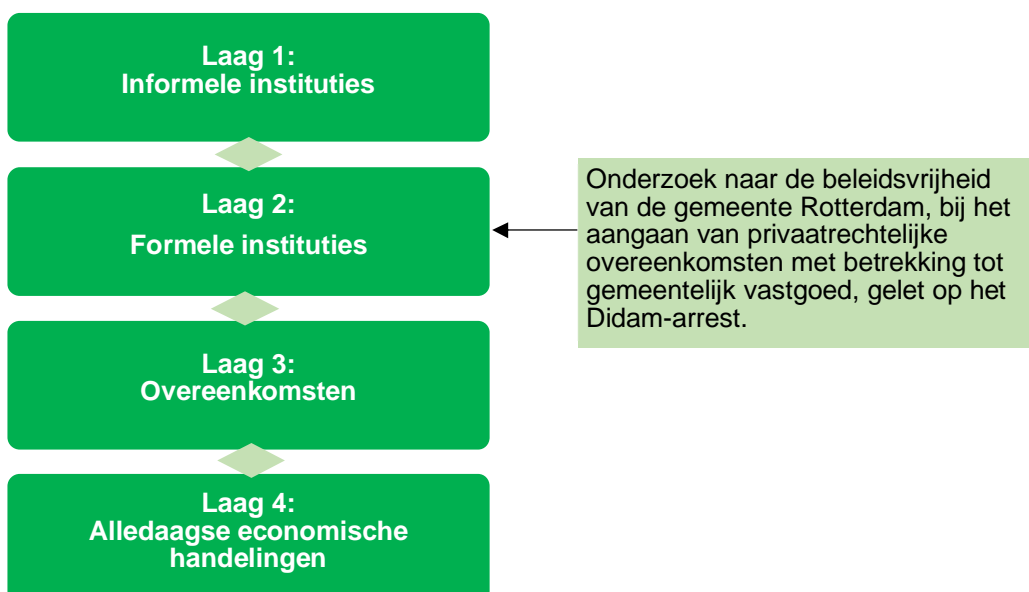
Ook laat Williamson, met de visualisatie van de vier lagen instituties in *figuur 2*, zien dat de instituties elkaar in hoge mate beïnvloeden. De doorgetrokken pijlen laten zien dat de instituties in de eerste laag een directe invloed hebben op de instituties in de daaronder gelegen laag. De pijlen met stippellijn laten echter ook zien dat instituties omgekeerd invloed op elkaar hebben. Er is dan ook sprake van een wederzijdse invloed tussen de verschillende instituties, waarmee helder wordt dat de analyse van transacties een complex gegeven is.

2.4 Conclusie en relevantie

Economische transacties komen tot stand op basis van zekerheid (Marquard & Van der Post, 2023). Omdat bij het aangaan van economische transacties veelal sprake is van een informatietekort en bijkomende onzekerheden zijn instituties ontstaan. De transactiekostentheorie stelt dat instituties, door het aanbrenge van structuur, zekerheden kunnen bieden en de transactiekosten kunnen minimaliseren waardoor een meer efficiënte transactie tot stand komt (Hazeu, 2000).

Omdat instituties het gedrag van economische actoren structureren en beïnvloeden, hebben exogene wijzigingen van instituties een directe invloed op het gedrag van de betrokken actoren bij het aangaan van economische transacties. Een belangrijke constatering in dit perspectief is dat het institutionele speelveld een continue wisselwerking kent tussen alle lagen van instituties. De eerste laag is de laag waarin afwegingen worden gemaakt voor gedragingen door actoren, naar aanleiding van de formele kaders (Coase, 1937). Dit onderzoek, naar de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, richt zich specifiek op het vastgoedbeleid van de gemeente Rotterdam. Hiermee is met name de tweede laag van instituties, de formele wet- en regelgeving en beleidsvormen, elementair voor dit onderzoek, zie *figuur 3*. In onderhavig onderzoek wordt namelijk geanalyseerd welke handelswijze de gemeente Rotterdam aanneemt, en dient aan te nemen, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, binnen de institutionele context van een uitspraak van de rechterlijke macht, het Didam-arrest.

De derde laag van instituties vormt de uiteindelijke overeenkomst als resultante van de relatie tussen de instituties uit de eerste en de tweede laag. In de vierde laag speelt de continue wijziging van vraag en aanbod wat uiteindelijk leidt tot de transactieprijs. Hoewel het belangrijk is om te realiseren dat de instituties in de verschillende vier lagen invloed op elkaar uitoefenen richt dit onderzoek zich specifiek op de interacties tussen instituties in de tweede laag.



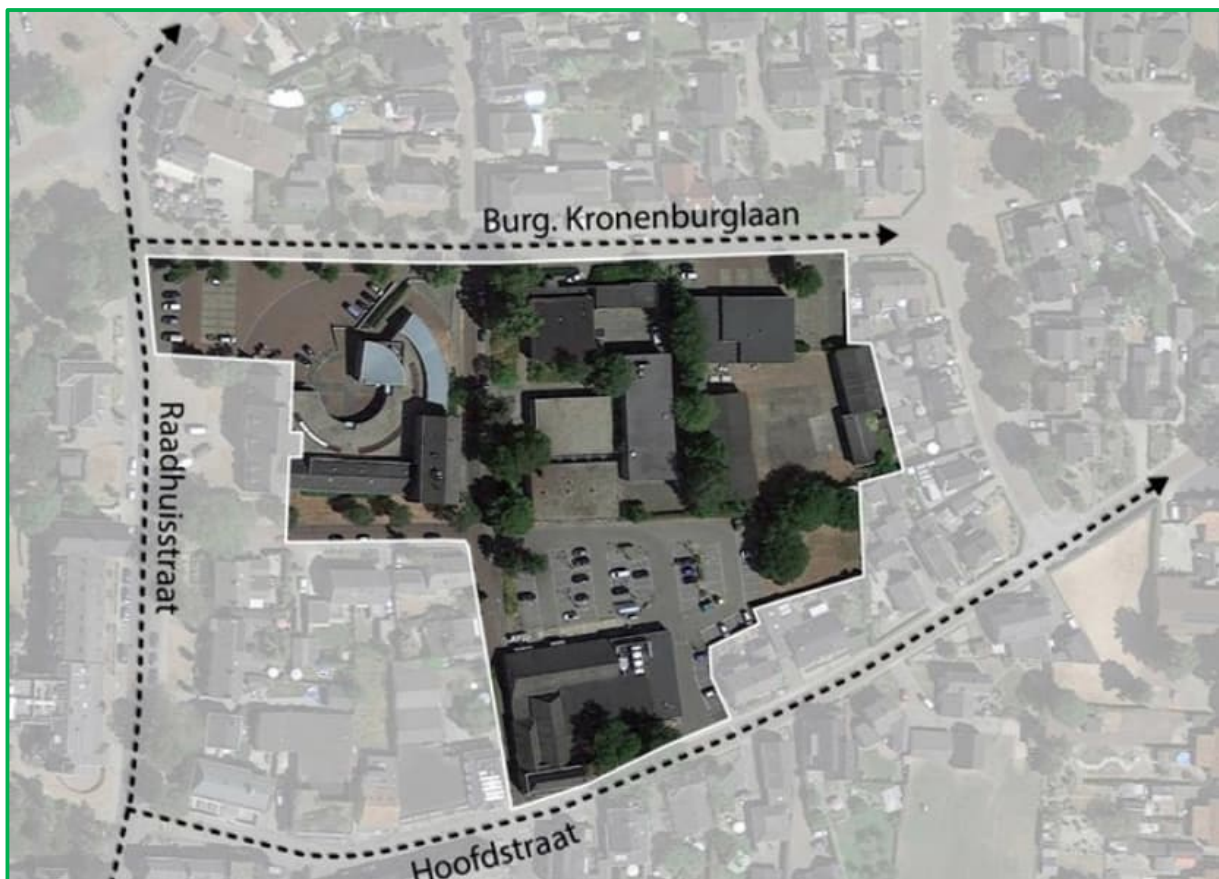
Figuur 3: Lagen instituties (bron: eigen bewerking, 2024)

3.0 Een nieuwe formele institutie: Het Didam-arrest

Het institutionele kader is continue in beweging. Instituties veranderen in meer of mindere mate, waarmee ook de handelingskaders van economische transacties worden aangepast. Deze verandering van kaders, en de gevolgen daarvan op het handelen van betrokken actoren, is de kern van onderhavig onderzoek. Op 26 november 2021 zijn overheden geconfronteerd met een uitspraak van de Hoge Raad, aangaande de verkoop van een vastgoedobject door een overheidslichaam aan een marktpartij, het Didam-arrest. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet wat dit arrest inhoudt en hoe dit arrest - als interventie door de rechterlijke macht - tot stand is gekomen. Ook wordt stilgestaan bij de mogelijke consequenties van deze uitspraak op het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, door de gemeente Rotterdam.

3.1 Aanleiding arrest

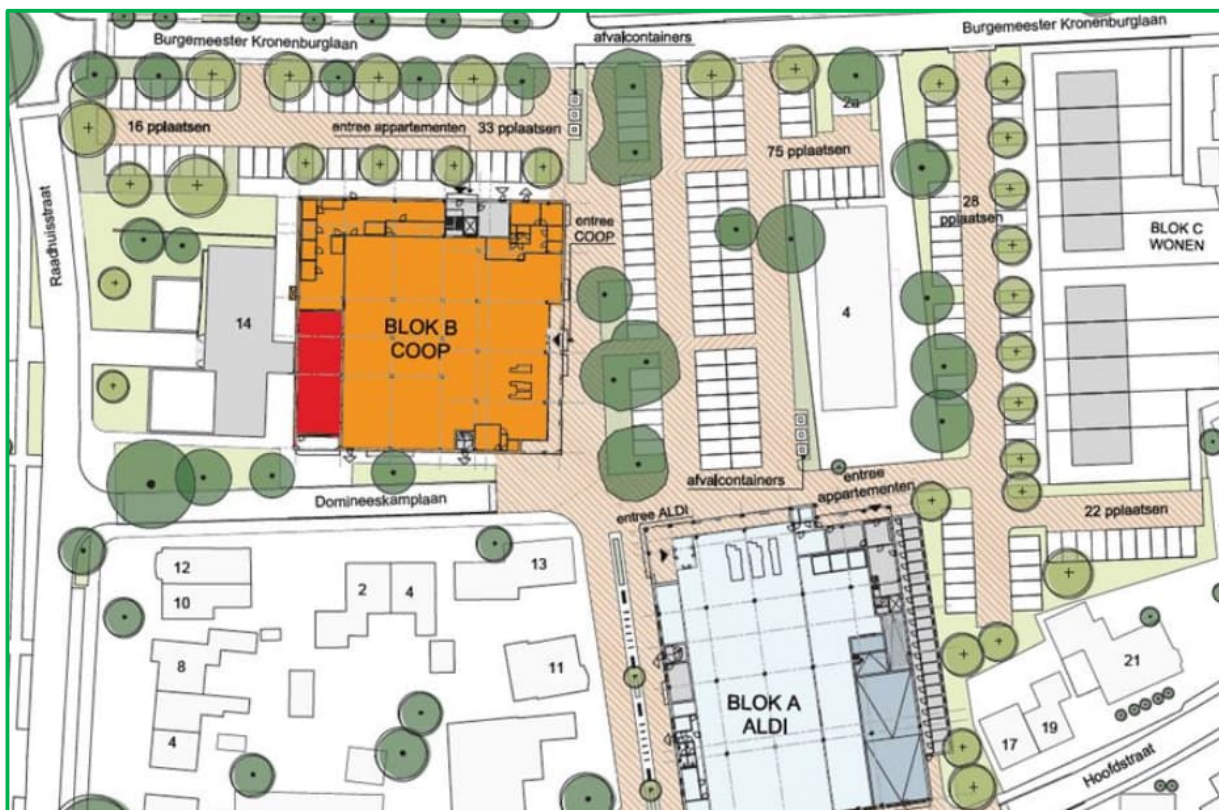
De aanleiding van het Didam-arrest is gelegen in de voorgenomen gebiedsontwikkeling van het dorpscentrum van Didam door de gemeente Montferland. Het dorpscentrum van Didam kent van oudsher veel bebouwing met verschillende functies en voorzieningen. Veel van deze gebouwen zijn hun primaire functie verloren en voldoen niet meer aan de ruimtebehoeften van het dorp (Gemeente Montferland, 2021a). Omdat de kwaliteit van deze bebouwing gedateerd is, lenen de gebouwen zich niet voor andere functies. Dit heeft als gevolg dat de gebouwen niet meer in gebruik worden genomen. De huidige leegstand, van met name het gemeentehuis, het postkantoor en de bibliotheek, is voor de gemeente Montferland reden om een nieuwe gebiedsvisie voor het dorpscentrum op te stellen. Deze gebiedsvisie is uiteindelijk verder vormgegeven in het in 2021 vastgestelde bestemmingsplan "Bestemmingsplan Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o." (Gemeente Montferland, 2021a).



Figuur 4: Plangebied (bron: Bestemmingsplan Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o., 2019)

In 2016 heeft de gemeente Montferland haar gebiedsvisie al gepresenteerd in het 'Masterplan Didam', dat op 26 mei 2016 is vastgesteld door de gemeenteraad. Een onderdeel van dit Masterplan is de herontwikkeling van het gebied rondom het Raadhuisplein, het plein waar het leegstaande gemeentehuis, het postkantoor en de bibliotheek gesitueerd zijn. In de nieuwe gebiedsvisie is opgenomen dat het dorpscentrum meer ruimte moet bieden voor de realisatie van supermarktlocaties inclusief parkeerterrein. Dit sluit aan op de wens en de visie van de gemeente om de detailhandel in levensmiddelen te centraliseren in het centrum van Didam (Gemeente Montferland, 2021b)

Om uitvoering te geven aan de gebiedsvisie publiceert de gemeente op 13 juli 2016 dat ontwikkelaar Groenstaete Vastgoed B.V. (hierna: "Groenstaete") het gebied rondom het Raadhuisplein gaat ontwikkelen. De ontwikkelaar zal de hiervoor benodigde percelen grond verwerven van de gemeente Montferland en de bibliotheek (Montferland Journaal, 2016). De eerste stap van de herontwikkeling is de realisatie van een nieuwe Coöp-supermarkt op de plek van het niet-monumentale deel van het voormalige gemeentehuis, aan de Raadhuisstraat 14. Na deze realisatie zal de huidige Coöp-supermarkt, die gelegen is ten zuidoosten van het voormalige gemeentehuis, verhuizen naar de nieuwe locatie. De Aldi-supermarkt zal vervolgens de oude locatie van de Coöp-supermarkt innemen, waarmee de Aldi verhuist van een locatie buiten het centrum naar een centrale positie in het dorpscentrum. Zowel de Coöp-supermarkt als de Aldi-supermarkt zullen de panden huren van Groenstaete als vastgoedeigenaar. Verder zullen de huidige locaties van de bibliotheek en het postkantoor plaatsmaken voor een groot parkeerterrein. Zie *figuur 5* voor de situatieschets van het ontwikkelplan uit 2019 (Hurenkamp Architecten & Adviseurs, 2019). Dit ontwikkelplan is op 14 oktober 2021 geformaliseerd in een bestemmingsplan.



Figuur 5: Ontwikkelplan Supermarkten (bron: Hurenkamp Architecten & Adviseurs, 2019)

3.2 Voorgenomen vastgoedtransactie door gemeente Montferland

De gemeente Montferland is eigenaar van het perceel grond met daarop het voormalige gemeentehuis aan de Raadhuisstraat 14 te 6942 BE Didam, kadastraal bekend als gemeente Didam, sectie K, nummer 5046, groot circa 7.905 m² (Kadaster, 2023). Omdat het voormalige gemeentehuis niet meer in gebruik is, en de betreffende locatie ruimte moet bieden voor de realisatie van een nieuwe supermarkt, is de gemeente voornemens om het perceel grond met opstal onderhands te verkopen aan Groenstaete, als onderdeel van de totale herontwikkeling van het Raadhuisplein (Gemeente Montferland, 2021c).

3.3 Bezwaar tegen voorgenomen vastgoedtransactie

Nadat de gemeente het gebied rondom het Raadhuisplein heeft aangewezen als supermarktlocatie, heeft Didam Have B.V., een franchisenemer van een Albert Heijn-supermarkt buiten het dorpscentrum van Didam, laten weten interesse te hebben in de locatie van het voormalige gemeentehuis. Hierover is in 2016 al contact geweest tussen de franchisenemer en de gemeente waarbij de gemeente de franchisenemer heeft doorverwezen naar Groenstaete.² De gemeente heeft hierbij aangegeven dat de locatie van het voormalige gemeentehuis niet separaat kan worden verworven omdat dit perceel onderdeel uitmaakt van een bredere herontwikkeling. In 2018 heeft de franchisenemer nogmaals aangegeven interesse te hebben in de verwerving van de betreffende locatie. Ook hier heeft de gemeente de franchisenemer doorverwezen naar Groenstaete, als ontwikkelaar van het gebied rondom het Raadhuisplein.

Omdat Didam Have B.V. zich niet gehoord voelt en zich niet kan vinden in het voornemen van de gemeente, om de locatie van het gemeentehuis onderhands te verkopen aan Groenstate, stuurt zij de gemeente op 7 augustus 2018 een sommatiebrief. Met deze brief wordt de gemeente gesommeerd om iedere vorm van overleg tussen de gemeente en Groenstaete te staken, en een openbaar selectieprocedure te organiseren voor de verkoop van het vastgoedobject.³ De gemeente heeft per brief van 4 oktober 2018 laten weten geen gehoor te geven aan het verzoek van Didam Have B.V. Dit heeft de franchisenemer doen besluiten om de gemeente in rechte te betrekken en een kort geding te starten.

3.4 Oordeel voorzieningenrechter

In het kort geding van 8 januari 2019 vordert Didam Have B.V. de voorzieningenrechter de gemeente te verbieden om het voormalige gemeentehuis aan de Raadhuisstraat 14 onderhands te verkopen en te leveren aan Groenstaete.⁴ Ook vordert Didam Have B.V. de gemeente te gebieden om een openbare selectieprocedure te organiseren om tot de kandidaatselectie te komen voor de verkoop van het voormalige gemeentehuis. Didam Have B.V. stelt zich op het standpunt dat de gemeente, met de onderhandse verkoop van het vastgoedobject aan Groenstaete, handelt in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵ De gemeente biedt geïnteresseerden immers geen kans om mee te dingen naar het vastgoedobject en geeft Groenstaete een voorkeurspositie door het vastgoedobject onderhands aan te bieden.

² Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.9

³ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.11

⁴ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 3.1

⁵ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 3.5

Didam Have B.V. trekt als eisende partij samen op met haar eigen vastgoedbeheerder Becedo Vastgoed IV en vastgoedontwikkelaar Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V, allen onderdeel van Europa Have B.V (hierna gezamenlijk: "eisers"). Groenstaete verzoekt de voorzieningenrechter op haar beurt om tussenkomst in de procedure. Omdat duidelijk is dat de uitkomst van de procedure directe gevolgen kan hebben voor Groenstaete, kent de rechter het verzoek tot tussenkomst toe.⁶

Op 8 januari 2019 oordeelt de rechtbank Gelderland dat eisers al in 2016 kennis hebben genomen van de voorgenomen onderhandse verkoop door de gemeente, maar vervolgens geen maatregelen hebben getroffen om hiertegen in bezwaar te komen. Daarbij hebben eisers, naar oordeel van de rechter, geen verdere acties ondernomen om de huidige Albert Heijn vestiging van buiten het centrum te verplaatsen naar het dorpscentrum.⁷ Het feit dat Groenstaete sinds 2016 meerdere grondposities in het gebied heeft verworven, en het verkooptraject met de gemeente inmiddels in een vergevorderd stadium verkeert, doet de rechter besluiten dat eisers te lang hebben gewacht met het starten van een rechterlijke procedure.⁸ Verder stelt de voorzieningenrechter dat het nog maar de vraag is of de gemeente heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen behoorlijk bestuur.⁹ Omdat Groenstaete inmiddels meerdere grondposities heeft verworven is het niet aannemelijk dat in deze situatie sprake is van gelijke gevallen en gelijke kandidaten. De keuze van de gemeente, om het vastgoedobject onderhands te verkopen aan Groenstaete, is daarom geen willekeurige keuze. Op basis van bovenstaande rechtsoverwegingen oordeelt de rechter dat eisers geen spoedeisend belang hebben bij de vordering, hetgeen wel is vereist in een kortgedingprocedure. De vorderingen van eisers worden dan ook afgewezen.

3.5 Oordeel gerechtshof

Eisers kunnen zich niet vinden in de uitspraak van de voorzieningenrechter en komen hiertegen in beroep. Ook hier vorderen zij dat de gemeente wordt verboden om het gemeentehuis onderhands te verkopen aan Groenstaete. Daarbij stellen eisers dat i) de verkoop van het gemeentehuis door de gemeente aanbestedingsplichtig is, ii) de gemeente in strijd handelt met het verbod op staatssteun en iii) sprake is van schending van de mededingingsnorm, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Een onderhandse verkoop van het gemeentehuis zou daarom helemaal niet aan de orde kunnen zijn. Uit de uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden blijkt dat het hoger beroep niet succesvol is.¹⁰ Hieronder worden de belangrijkste rechtsoverwegingen toegelicht.

3.5.1 Aanbestedingsplichtig en staatssteun

Ondanks dat het gerechtshof oordeelt dat hier sprake is van een spoedeisend belang, is het gerechtshof niet van mening dat de verdere vorderingen van de eisers moeten worden toegewezen. Zo oordeelt het gerechtshof dat eisers niet hebben aangetoond dat de verkoop van het voormalige gemeentehuis aanbestedingsplichtig is.¹¹ Een aanbesteding is enkel aan de orde wanneer hier een overheidsopdracht aan ten grondslag ligt en hier een prestatie van de wederpartij tegenover staat. Dit is niet op te maken uit het verweer van de gemeente en ook niet uit de koopovereenkomst tussen de gemeente en de ontwikkelaar. Verder is geen sprake van een financiële bijdrage van de gemeente en behaalt de gemeente geen rechtstreeks economisch voordeel uit de te realiseren ontwikkeling. Het gerechtshof overweegt

⁶ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 4.3

⁷ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 4.8

⁸ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 4.11

⁹ Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 4.12

¹⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911

¹¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6

voorts dat, zelfs wanneer wel sprake was geweest van een rechtstreeks economisch voordeel, de hoogte van de koopsom niet hoog genoeg is om de drempel voor de Europese aanbesteding, een bedrag van €5.548.000, te overschrijden.¹² Ook oordeelt het gerechtshof dat eisers onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de gemeente, met de voorgenomen verkoop, staatssteun verleent. De gemeente heeft op haar beurt onderbouwd dat de voorgenomen verkoop van het gemeentehuis marktconform is, waarbij de koopsom is gebaseerd op een taxatierapport dat is opgesteld door een externe taxateur.¹³

3.5.2 Mededingingsnorm

Eisers stellen dat de gemeente geen ruimte heeft geboden aan potentiële kandidaten om mee te dingen naar het vastgoedobject. Hierbij zoeken eisers aansluiting bij een eerdere uitspraak van de Raad van State van 2016, waarin is geoordeeld dat bij uitgifte van schaarse vergunningen, partijen de kans moet worden geboden om mee te dingen naar de onroerende zaak. Het gerechtshof oordeelt echter dat de mededingingsnorm niet van toepassing is bij de uitgifte van het perceel grond, inclusief het gemeentehuis, zolang dit past binnen de aanbestedingsgrenzen. Daarbij hebben eisers onvoldoende onderbouwd dat hier sprake is van een verkoop van een schaarse locatie.¹⁴

3.5.3 Gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel

Ook het beroep van eisers op de schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel slaagt niet. Uit artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek volgt inderdaad dat gemeenten bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen behoorlijk bestuur moeten naleven, waar het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel onderdeel van uitmaken. Het gerechtshof oordeelt echter dat hier geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel omdat Groenstaete meerdere grondposities heeft verworven en zij hiermee een andere positie heeft dan eisers.¹⁵ Daarnaast stelt het gerechtshof dat eisers al sinds 2016 op de hoogte zijn van de voorgenomen verkoop maar hebben nagelaten om hiertegen in bezwaar te komen. Ook is relevant dat de onderhandelingen tussen de gemeente en de ontwikkelaar in een vergevorderd stadium zijn. Zo oordeelt het gerechtshof dat de belangen van de gemeente en Groenstaete zwaarder wegen dan het belangen van eisers. Daarbij hebben eisers onvoldoende aangetoond dat zij de ontwikkeling van het voormalige gemeentehuis zelf kunnen realiseren.

Ten slotte oordeelt het gerechtshof dat ook van een schending van het vertrouwensbeginsel geen sprake is. Hoewel de gemeente in essentie een openbare selectieprocedure hanteert om tot de kandidaatselectie te komen voor het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, heeft zij hier terecht van mogen afwijken. Het gaat in het geval van de verkoop van het gemeentehuis immers niet om een opzichzelfstaande verkoop maar om een verkoop van een vastgoedobject dat onderdeel uitmaakt van een grotere gebiedsontwikkeling.¹⁶

¹² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.7

¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.8

¹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11

¹⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.12

3.6 Oordeel Hoge Raad

Omdat eisers zich niet kunnen vinden in de uitspraak van het gerechtshof besluiten zij om in cassatie te gaan bij de Hoge Raad. Hiervoor voeren eisers twee cassatiemiddelen aan.

3.6.1 eerste cassatiemiddel

Het eerste cassatiemiddel klaagt over het miskennen van het gerechtshof dat hier sprake is van een rechtsnorm waarbij de gemeente Montferland, bij de verkoop van het gemeentehuis, gelijke kansen moet bieden aan potentiële kandidaten die in aanmerking wensen te komen voor de aankoop van het vastgoedobject. Eisers zijn dan ook van mening dat de gemeente heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel als onderdeel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷

Op 26 november 2021 oordeelt de Hoge Raad dat het gerechtshof inderdaad heeft miskend dat gemeente Montferland onjuist heeft gehandeld, door het gemeentehuis onderhands te verkopen aan de ontwikkelaar. Zo stelt art. 3:14 uit het Burgerlijk Wetboek dat overheidslichamen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten naleven, en daarmee dus ook het gelijkheidsbeginsel.¹⁸ Het gelijkheidsbeginsel stelt dat een overheidslichaam, bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, gelijke kansen moet bieden aan potentiële kandidaten.¹⁹ Om hier uitvoering aan te geven moet het overheidslichaam een openbare selectieprocedure organiseren, waarbij de selectiecriteria om tot een kandidaatselectie te komen vooraf kenbaar worden gemaakt.²⁰

Van het bieden van mededingingsruimte mag alleen worden afgeweken wanneer het duidelijk is, of aangenomen mag worden, dat op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, slecht één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de privaatrechtelijke overeenkomst.²¹ Wanneer een overheidslichaam zich beroept op deze uitzonderingsgrond dient zij dit voornemen vooraf kenbaar maken. Hierbij dient het overheidslichaam te onderbouwen waarom zij van mening is dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst. Ook oordeelt de Hoge Raad dat het gerechtshof heeft miskend hoe moet worden aangetoond of de privaatrechtelijke overeenkomst betrekking heeft op een schaars goed. Het gaat hierbij namelijk niet om het feit of hier vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn maar om het feit of sprake is, of kan zijn, van meerdere kandidaten die interesse hebben in de voorgenomen transactie.²²

3.6.2 tweede cassatiemiddel

Het tweede cassatiemiddel klaagt over het miskennen van het gerechtshof dat met de voorgenomen onderhandse verkoop van de gemeente aan de ontwikkelaar sprake is van staatssteun. Dit cassatiemiddel slaagt niet omdat, naar oordeel van de Hoge Raad, het gerechtshof terecht heeft geconstateerd dat i) de gemeente de koopsom heeft onderbouwd met een onafhankelijke taxatie en ii) eisers onvoldoende hebben onderbouwd waarom hier sprake zou zijn van een vorm van staatssteun.²³

¹⁷ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

¹⁸ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3

¹⁹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4

²⁰ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.5

²¹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6

²² Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.9

²³ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.2

3.7 Consequenties uitspraak Hoge Raad

Nu de context van het arrest is toegelicht en bekend is hoe het arrest tot stand is gekomen, kan antwoord worden gegeven op de eerste deelvraag van het onderzoek.

Hoe dient de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, haar gemeentelijke vastgoed te verkopen en te verhuren?"

Bij arrest van 26 november 2021 oordeelt de Hoge Raad dat overheidslichamen, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, gelijke kansen moeten bieden aan potentiële kandidaten en hen de gelegenheid moeten geven om mee te dingen naar de onroerende zaak wanneer meerdere potentiële kandidaten bekend zijn, of te verwachten is dat hier sprake is van meerdere potentiële kandidaten die geïnteresseerd zijn in de aankoop van de onroerende zaak (Hoge Raad, 2021). Van deze mededingingsruimte mag enkel worden afgeweken wanneer, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst. Wanneer een overheidslichaam zich beroept op deze uitzonderingsgrond dient zij dit voornemen, inclusief argumentatie, vooraf kenbaar te maken.

Ook voor de gemeente Rotterdam houdt dit in dat zij niet vrij is om een overeenkomst aan te gaan met een kandidaat naar keuze, zonder een openbare selectieprocedure te organiseren. Zij moet de markt immers gelijke kansen bieden. De gemeente moet dit waarborgen door, voor de kandidaatselectie bij het aangaan van een overeenkomst, een openbare selectieprocedure te organiseren. Als randvoorwaarden voor het organiseren van een openbare selectieprocedure geldt dat de selectiecriteria om tot een kandidaatselectie te komen, vooraf bekend moeten zijn. Wanneer de gemeente zich beroept op de uitzonderingsgrond, en geen openbare selectieprocedure wenst te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen, moet zij aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk maken dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst. Zie *figuur 6* voor een schematische weergave van de kaders uit het Didam-arrest.

Kaders Didam-arrest voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten m.b.t. gemeentelijk vastgoed door overheidslichamen
1. Reguliere procedure voor aangaan privaatrechtelijke overeenkomst door overheidslichaam
Overheidslichamen dienen bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten m.b.t. gemeentelijk vastgoed het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Dit houdt in dat overheidslichamen, voor de verkoop of verhuur van gemeentelijke vastgoedobjecten, een openbare selectieprocedure moeten organiseren om tot een kandidaatselectie te komen. Met deze openbare selectieprocedure bieden zij kandidaten gelijken kansen om mee te dingen naar de onroerende zaak.
2. Uitzonderingsgrond om af te wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst
Van het organiseren van een openbare selectieprocedure mag enkel worden afgeweken wanneer duidelijk is, of aangenomen kan worden, dat voor het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst m.b.t. gemeentelijk vastgoed slecht één kandidaat in aanmerking komt. Dit dient gemotiveerd te worden op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Figuur 6: Schematische weergave kaders Didam-arrest (bron: eigen bewerking, 2024)

3.8 Conclusie en koppeling theoretisch kader

Kort samengevat heeft het hoogste rechtscollege in Nederland geoordeeld dat overheidslichamen, bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot een onroerende zaak, gelijke kansen moeten bieden aan potentiële kandidaten en hen de gelegenheid moeten geven om mee te dingen naar de onroerende zaak (Hoge Raad, 2021). Van deze mededingingsruimte mag enkel worden afgeweken wanneer, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst.

De Hoge Raad benadrukt dat hier geen sprake is van nieuwe wet- en regelgeving maar dat overheidslichamen altijd al hebben moeten handelen binnen de kaders uit het arrest.

In het licht van de denkrichting van de neo institutionele economie, en de transactiekostentheorie, moet het Didam-arrest worden gezien als een interventie door een formele institutie, zijnde de rechterlijke macht. Deze ingreep door de rechterlijke macht heeft directe invloed op het handelen van de gemeente Rotterdam, bij het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed. Hiermee wordt feitelijk een level twee institutie vastgesteld, zie paragraaf 2.3. Deze institutie werkt kaderstellend voor het gedrag van de gemeente, bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst. Zo mag de gemeente niet zonder meer een vastgoedobject één-op-één verkopen of verhuren aan een marktpartij naar keuze wanneer (naar verwachting) meerdere potentiële kandidaten interesse hebben in het aangaan van deze overeenkomst. Hiermee worden ook de vrijheidsgraden van een level drie institutie, een overeenkomst tussen de gemeente en een marktpartij, beïnvloed.

Omdat de Hoge Raad verder niet heeft toegelicht onder welke omstandigheden overheidslichamen mogen afwijken van het bieden van mededingingsruimte, en zij niet heeft toegelicht welke criteria zij als objectief, toetsbaar en redelijk bestempelt, brengt het arrest veel onzekerheden. Dit is aanleiding om na te gaan welk verkoop- en verhuurbeleid de gemeente Rotterdam hanteert met betrekking tot haar gemeentelijke vastgoedobjecten, en hoe dit vastgoedbeleid aansluit op de kaders uit het Didam-arrest.

4.0 De vastgoedopgave van de gemeente Rotterdam

Nu de kaders uit het Didam-arrest helder zijn, wordt in dit hoofdstuk een beeld geschetst van de vastgoedopgave van de gemeente Rotterdam. Vervolgens wordt het gemeentelijke verkoop- en verhuurbeleid, als formele institutie, nader toegelicht. Hiermee wordt inzichtelijk gemaakt wat de richtlijnen en werkwijzen zijn van de gemeente Rotterdam, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed.

4.1 Gemeentelijk vastgoed

Gemeenten hebben vastgoedobjecten in bezit omdat dit vastgoed een functionele bijdrage kan leveren aan het verwezenlijken van maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen (Smits, 2016). Het in eigendom hebben van vastgoed geeft gemeenten immers de mogelijkheid om de verantwoordelijkheid die zij hebben uit te voeren, en te voldoen aan de wensen en behoeften van haar inwoners. Met deze functionele bijdrage van het gemeentelijke vastgoed hebben gemeenten een directe invloed op de ruimtelijke ordening en de stedelijke ontwikkeling van een stad. Het gemeentelijke vastgoed fungeert voor gemeenten dan ook als instrument om gemeentelijke doelstellingen mee te behalen.

Volgens opgave van vastgoedadviseur Republiq bedraagt het gemeentelijk vastgoedbezit, van alle Nederlandse gemeenten samen, in 2019 circa 31,4 miljoen vierkante meter aan gebruiksoppervlakten (Republiq, 2019). Hiermee ligt het aantal vierkante meters aan gemeentelijk vastgoedbezit tussen het volume aan aantal vierkante meters gebruiksoppervlakten van de kantorenmarkt en de winkelmarkt, zie *figuur 7*. Dit maakt dat het gemeentelijke vastgoedbezit niet alleen een significante positie kent qua omvang maar ook een significante positie kent vanuit financieel, maatschappelijk en bestuurskundig perspectief.



Figuur 7: Omvang gemeentelijk vastgoedbezit (bron: Republiq, 2019)

4.2 Vastgoedportefeuille gemeente Rotterdam

Ook de gemeente Rotterdam heeft veel vastgoed in haar bezit, uiteenlopend van scholencomplexen en theaters, tot winkels, kantoren en bedrijfsruimten. Hoewel het in bezit hebben van dit vastgoed geen doel op zich is, ziet de gemeente het in eigendom hebben van dit vastgoed als een belangrijk middel om haar maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen mee te behalen (Gemeente Rotterdam, 2019, p. 21). Zo kan de gemeente, met haar vastgoedbezit, een bijdrage leveren aan de huisvesting van maatschappelijk partijen en kan zij invloed uitoefenen op de stedelijke ontwikkeling van Rotterdam. Het inzetten van gemeentelijk vastgoed wordt binnen de gemeente dan ook gezien als essentieel onderdeel voor het creëren van een leefbare stad.

Zoals gesteld is de vastgoedportefeuille van de gemeente Rotterdam zeer divers, zowel qua omvang als qua type vastgoed. De reden voor deze diversiteit is gelegen in het feit dat het gemeentelijke vastgoedbezit continu moet aansluiten op de maatschappelijke en ruimtelijke ontwikkelingen van de stad (Smits, 2016, p. 70). Aangezien de gemeentelijke doelstellingen, en de wensen en behoeften met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, met de tijd kunnen veranderen, is binnen de gemeente behoefte aan een dynamische vastgoedportefeuille. Dit brengt met zich mee dat de besluiten met betrekking tot deze portefeuille zeer complex zijn. Zo moet rekening worden gehouden met maatschappelijke belangen, de belangen van huurders en inwoners, en de politieke belangen. Om deze reden worden besluiten over de vastgoedportefeuille genomen op strategisch niveau, door de gemeenteraad. Hiermee sluit de vastgoedportefeuille van de gemeente aan bij de theoretische vastgoedpiramide voor vastgoed-management, waarbij het beheren van een vastgoedportefeuille is onderverdeeld in strategisch, tactisch en operationeel management (Smits, 2016, p. 98).



Figuur 8: Management vastgoedportefeuille gemeente Rotterdam (bron: eigen bewerking, 2024)

Door het volgen van de vastgoedpiramide, zie *figuur 8*, ontstaat een heldere sturing op de vastgoedportefeuille met verantwoordelijkheden op verschillende niveaus. Zo is het strategisch management van de portefeuille belegd bij de gemeenteraad, waar wordt bepaald hoe de gemeente haar vastgoed wenst in te zetten voor de stad. Ook worden hier de beleidslijnen van de gemeente bepaald, welke uiteindelijk zijn vastgesteld in de Kadernota Vastgoed (Gemeente Rotterdam, 2019). Het tactisch management van de vastgoedportefeuille is vervolgens ondergebracht bij de assetmanagers en het afdelingshoofd van de afdeling Vastgoed. Deze afdeling is een uitvoeringsorganisatie die ten dienste staat van haar ambtelijk opdrachtgevers. Het kerndoel van de afdeling is het optimaal inzetten van het vastgoed om zo de beleidsdoelstellingen van de ambtelijk opdrachtgevers te behalen. Het afdelingshoofd is eindverantwoordelijke voor het vastgoedbeheer en heeft de regie over het jaarplan van de afdeling.

Het operationele management wordt uiteindelijk uitgevoerd door de vastgoedbeheerders en verkoopadviseurs van de afdeling. Hier worden vastgoedobjecten beheerd en verkocht, en wordt het contact onderhouden met ambtelijk opdrachtgevers, huurders en andere contractpartijen.

Per 1 juli 2023 omvat de totale vastgoedportefeuille van de gemeente Rotterdam circa 2.586 vastgoedobjecten met uiteenlopende functies. Het beheer van deze vastgoedobjecten is onderverdeeld in een tweetal sub portefeuilles, te weten: de kernportefeuille en de niet-kern portefeuille.

4.2.1 Kernportefeuille gemeente Rotterdam

De kernportefeuille van de gemeente Rotterdam bevat de vastgoedobjecten waarvan het in eigendom hebben van het vastgoed noodzakelijk wordt geacht voor het behalen van de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen (Gemeente Rotterdam, 2019). Het betreft hier maatschappelijke vastgoedobjecten die worden ingezet voor de huisvesting van onder andere onderwijsinstellingen, zorginstellingen, sportverenigingen, musea en andere stichtingen en verenigingen, die een bijdrage leveren aan de leefbaarheid van de stad en het welzijn van de bevolking. Zoals gesteld is de afdeling vastgoed een uitvoeringsorganisatie die de gemeentelijke vastgoedobjecten beheert voor haar ambtelijk opdrachtgevers. Deze ambtelijk opdrachtgevers bestaan uit verschillende clusters van de gemeente met verschillende maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen (Gemeente Rotterdam, 2023).

De kernportefeuille, en het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten vanuit deze portefeuille, valt buiten de scope van dit onderzoek. De verhuringen vanuit deze portefeuille maken immers vaak onderdeel uit van een grotere opdracht van de ambtelijk opdrachtgever. Zo heeft het cluster 'maatschappelijke-ontwikkeling' de opdracht om een leefbare en gezonde stad te creëren, waarin zij huisvestingsmogelijkheden bieden aan onderwijsinstellingen, sportverenigingen, zorgaanbieders en culturele organisaties. Een andere reden waarom het aangaan van overeenkomsten vanuit deze portefeuille buiten de scope van dit onderzoek valt is omdat een groot deel van deze verhuringen interne verhuringen betreft. Zo huurt het cluster 'Bestuurs- en Concernhuisvesting' meerdere vastgoedobjecten met een kantoorfunctie voor de huisvesting van ambtenaren en huurt het cluster 'Stadsbeheer' de vastgoedobjecten met een parkeerfunctie, waarna zij zelf het parkeerbeheer uitvoeren. Ook vastgoedobjecten met een sportfunctie worden rechtstreeks verhuurd aan sportbedrijf Rotterdam. Het sportbedrijf kan de sportfuncties vervolgens onderverhuren aan sportaanbieders uit de stad.

4.2.2 Niet-kernportefeuille gemeente Rotterdam

Het onderzoek naar de beleidsvrijheid van de gemeente, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, richt zich specifiek op het aangaan van overeenkomsten vanuit de niet-kernportefeuille. Deze portefeuille wordt ook wel de 'commerciële portefeuille' genoemd. In deze portefeuille worden de vastgoedobjecten beheert en verkocht die geen functionele bijdrage meer leveren aan het behalen van de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen. Het overgrote deel van deze portefeuille bestaat uit vastgoedobjecten met een verkoopbestemming. Daarnaast bestaat de portefeuille uit vastgoedobjecten en grondpercelen die aangehouden moeten worden ten behoeve van toekomstige gebiedsontwikkelingen. Deze vastgoedobjecten kennen doorgaans (nog) geen verkoopbestemming en worden ondergebracht in de deelportefeuilles 'grondexploitaties' en 'gebiedsontwikkeling'. Ten slotte zijn ook brandstofverkooppunten en strategische vastgoedobjecten opgenomen in de niet-kernportefeuille. Voor de strategische vastgoedobjecten geldt dat deze geen bijdrage meer leveren aan de maatschappelijke doelstellingen van de gemeente, maar het behoud van het eigendom wel belangrijk is voor de stad. Hierbij kan worden gedacht aan verhuurbare ruimten onder een brug of een terminal met aanmeerplaatsen voor schepen.

Zoals gesteld zijn zowel de kernportefeuille als de niet-kernportefeuille van de gemeente dynamisch van aard. Dit wordt mede veroorzaakt door de continue wijziging van gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen. Omdat uit deze doelstellingen verschillende huisvestingsbehoeften ontstaan hebben de doelstellingen een directe invloed op de inzet van het gemeentelijke vastgoedbezit. Daarnaast blijft de stad zich ontwikkelen waardoor de strategie over, en de visie op, een gebied of een specifiek vastgoedobject kan veranderen. Ook dit heeft een directe invloed op de inzet van het gemeentelijke vastgoedbezit en de opbouw van beide portefeuilles. Onderstaande figuur schets een beeld van de huidige vastgoedportefeuille van de gemeente, zie *Figuur 9*.



Figuur 9: Overzicht vastgoedportefeuilles gemeente Rotterdam (bron: eigen bewerking, 2024)

4.3 Gemeentelijk verkoop- en verhuurbeleid

Het gemeentelijke vastgoedbeleid, en de manier waarop de gemeente Rotterdam wenst om te gaan met haar gemeentelijke vastgoedbezit, is vastgelegd in de Kadernota Vastgoed (Gemeente Rotterdam, 2019). Een onderdeel van deze nota is het verkoop- en verhuurbeleid dat de gemeente hanteert met betrekking tot haar gemeentelijk vastgoed. Dit beleid moet worden gezien als een formele institutie waarin de gemeente haar richtlijnen, spelregels en werkwijze met betrekking tot de verkoop en verhuur van gemeentelijk vastgoed heeft geformuleerd. Zoals in paragraaf 4.2.1 aangegeven valt de kernportefeuille, en het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten vanuit deze portefeuille, buiten de scope van dit onderzoek. Wanneer in dit onderzoek wordt gesproken over het vastgestelde verkoop- en verhuurbeleid, en het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, gaat het uitsluitend over het verkoop- en verhuurbeleid en het aangaan van koop- en huurovereenkomsten vanuit de niet-kernportefeuille.

4.3.1 Verkoopbeleid gemeente Rotterdam

De gemeenteraad heeft bepaald dat de vastgoedobjecten die geen bijdrage meer leveren aan het behalen van de gemeentelijke doelstellingen, en niet nodig zijn voor toekomstige gebiedsontwikkelingen, moeten worden afgestoten. Om te voorkomen dat de gemeente vastgoedobjecten verkoopt die mogelijk toch nodig zijn voor gemeentelijke doelstellingen vindt jaarlijks een gemeente brede inventarisatie plaats. Tijdens deze inventarisatie wordt nagegaan welk vastgoedbezit nodig is voor de gemeentelijke doelstellingen en welk vastgoedbezit kan worden afgestoten. Aan de hand van deze inventarisatie wordt een verkooplijst met vastgoedobjecten opgesteld, welke bestuurlijk wordt vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders. Na de bestuurlijke vaststelling worden de vastgoedobjecten opgenomen in de verkoopbegroting en wordt actief gestart met de verkoopopdracht.

In essentie verkoopt de gemeente Rotterdam haar vastgoedobjecten openbaar en transparant tegen de hoogste prijs (Gemeente Rotterdam, 2019). Hiertoe organiseert de gemeente een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen, met tussenkomst van een verkopend makelaar en een notaris. De gemeente gunt het vastgoedobject vervolgens aan de kandidaat met het hoogste bod, waarbij de bieding niet lager mag zijn dan de getaxeerde marktwaarde. Met dit verkoopproces streeft de gemeente naar een openbaar en transparant proces waarmee zij alle geïnteresseerde kandidaten gelijke kansen biedt op de aankoop van het vastgoedobject.

De gemeente kan afwijken van een openbare selectieprocedure waarbij de kandidaatselectie wordt gebaseerd op de hoogste bieding. Zo kan de gemeente vastgoedobjecten onderhands (lees: één-op-één) verkopen aan de huurders of aangrenzende eigenaren van het vastgoedobject. Ook kan de gemeente een verkoop organiseren op basis van 'het beste plan voor de wijk'. Een voorwaarde voor het afwijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure is dat het belang van de gemeente hiermee gediend moet zijn (Gemeente Rotterdam, 2019). Argumenten om vastgoedobjecten onderhands te verkopen zijn dat i) de beoogde onderhandse verkoop een positieve bijdrage levert aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen, ii) sprake is van een langdurige huurrelatie, iii) een koopoptie is opgenomen in de huurovereenkomst of iv) sprake is van een financieel voordeel voor de gemeente (Gemeente Rotterdam, 2019). Zo wenst de gemeente haar verhuurde woningen in eerste instantie aan te bieden aan de huidige huurders wanneer sprake is van een lange huurrelatie. Ook wenst de gemeente, in het kader van het project Nationaal Programma Rotterdam Zuid, leegstaande appartementen in het plangebied aan te bieden aan de aangrenzend eigenaar met de verplichting deze appartementen samen te voegen of te vergroten. De reden hiervoor is gelegen in de bredere projectdoelstellingen, waarbij de gemeente streeft naar de realisatie van betere en grotere woningen om zo de sociale stijgers

in de wijk te behouden (Nationaal Programma Rotterdam Zuid, z.d.). Ook bij de verkoop van vastgoedobjecten die commercieel of maatschappelijk verhuurd zijn, wenst de gemeente na te gaan of de huurder interesse heeft in de aankoop van het vastgoedobject.

Het onderhands verkopen van gemeentelijk vastgoed betreft een uitzonderingregel op het organiseren van een openbare selectieprocedure. Wanneer een beroep wordt gedaan op deze uitzonderingsgrond dient dit uitgebreid gemotiveerd te worden richting directie. Wanneer een verhuurd vastgoedobject niet onderhands wordt verkocht aan de huurder, volgt alsnog een openbare verkoopprocedure om tot een kandidaatselectie te komen. Het vastgoedobject wordt dan in verhuurde staat verkocht met inachtneming van de lopende huurovereenkomst. Koop breekt immers geen huur.

4.3.2 Verhuurbeleid gemeente Rotterdam

Naast het verkoopbeleid is ook het verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam opgenomen in de Kadernota Vastgoed (Gemeente Rotterdam, 2019). Zoals eerder gesteld gaat het in onderhavig onderzoek om het verhuurbeleid dat geldt voor het verhuren van vastgoedobjecten vanuit de niet-kernportefeuille.

Aangezien de vastgoedobjecten in deze portefeuille geen bijdrage meer leveren aan het behalen van de gemeentelijke doelstellingen worden de vastgoedobjecten tijdelijk beheerd totdat deze worden verkocht, of worden ingezet voor een toekomstige gebiedsontwikkeling. Veel van deze vastgoedobjecten zijn langdurig verhuurd. Voor deze vastgoedobjecten geldt dat de huurovereenkomsten in essentie niet worden opgezegd. Hoewel het bezit van dit gemeentelijke vastgoed geen bijdrage meer levert aan de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen wenst de gemeente nog wel te sturen op de branchering en het gebruik van het vastgoedobject, voordat wordt overgegaan tot verkoop. Om deze reden wordt voor vastgoedobjecten, die maatschappelijk verhuurd zijn, onderzocht of het huidige gebruik een positieve invloed heeft op de wijk en of dit gebruik behouden dient te worden voor de stad. Wanneer dit het geval is kan de gemeente ervoor kiezen om de huidige stichting of vereniging een nieuwe huurovereenkomst aan te bieden met een langere huurperiode, wat hen meer zekerheid biedt voor de toekomst.

Voor de leegstaande vastgoedobjecten in de niet-kernportefeuille geldt dat deze tijdelijk worden verhuurd en zo snel mogelijk worden verkocht. Het hoofddoel van de niet-kernportefeuille is om leegstand en kostenverlies tegen te gaan en de vastgoedobjecten optimaal te beheren totdat deze worden verkocht, of worden ingezet voor een toekomstige gebiedsontwikkeling. De kandidaatselectie voor een nieuwe verhuringen vindt plaats via een openbaar en transparant verhuurproces waarbij de beschikbare vastgoedobjecten worden aangeboden op de gemeentelijke website. Op basis van vooraf gestelde criteria vindt vervolgens een kandidaatselectie plaats waarmee de (tijdelijke) huurovereenkomst wordt aangegaan. Wanneer het niet mogelijk, of wenselijk, is om de vastgoedobjecten langdurig te verhuren kan de gemeente ervoor kiezen om de vastgoedobjecten te verhuren op basis van leegstandsbeheer. Dit is met name aan de orde wanneer een vastgoedobject op korte termijn wordt verkocht of wordt betrokken in een gebiedsontwikkeling. Deze vorm van leegstandsbeheer is belegd bij externe leegstandsbeheerders.

Ten slotte worden ook de brandstofverkooppunten openbaar verhuurd. Aan de hand van een openbare veiling gunt de gemeente de beschikbare brandstofverkooppunten aan de kandidaat met het hoogste bod.

4.4 Conclusie vastgoedbeleid gemeente Rotterdam

De manier waarop de gemeente omgaat met haar vastgoedbezit is vastgelegd in de Kadernota Vastgoed (Gemeente Rotterdam, 2019). In bovenstaande uiteenzetting is het verkoop- en verhuurbeleid, dat de gemeente hanteert met betrekking tot haar gemeentelijke vastgoed, nader toelicht. Hiermee is antwoord gegeven op de tweede deelvraag van onderhavig onderzoek, te weten:

"Welk verkoop- en verhuurbeleid hanteert de gemeente Rotterdam met betrekking tot haar gemeentelijke vastgoed?"

Het verkoopbeleid van de gemeente Rotterdam, zijnde een formele institutie, stelt dat de gemeente haar vastgoedobjecten openbaar en transparant verkoopt tegen de hoogste prijs (Gemeente Rotterdam, 2019). Met het organiseren van een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen, en het bieden van mededingingsruimte aan potentiële kandidaten, voldoet de gemeente aan de richtlijnen en regelgeving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Door enkel een verkooptransactie aan te gaan wanneer het ingediende bod boven de getaxeerde marktwaarde ligt, zorgt de gemeente ervoor dat alle verkooptransacties marktconform zijn en hier geen verstoring van de markt plaatsvindt.

De gemeente kan ook afwijken van het organiseren van een openbare verkoopprocedure. Zo kan de gemeente een onderhandse overeenkomst aangaan met de huidige huurder of aangrenzend eigenaar van een vastgoedobject, wanneer het belang van de gemeente hiermee gediend is. Argumenten om vastgoedobjecten onderhands te verkopen zijn dat i) de beoogde onderhandse verkoop een positieve bijdrage levert aan de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen, ii) sprake is van een langdurige huurrelatie, iii) een koopoptie is opgenomen in de huurovereenkomst of iv) sprake is van een financieel voordeel voor de gemeente. Ook kan de gemeente een verkoop organiseren waarbij de kandidaatselectie wordt gebaseerd op het beste plan voor de wijk. In dit geval wordt de kandidaatselectie gebaseerd op een prijs-kwaliteitsbeoordeling, waarbij naast de hoogte van het bod ook het ingediende plan wordt meegewogen.

Het verhuurbeleid stelt dat de kandidaatselectie, voor het aangaan van een nieuwe verhuring vanuit de niet-kernportefeuille, plaatsvindt aan de hand van een openbaar en transparant verhuurproces. Hiermee biedt de gemeente aan potentiële kandidaten de kans om mee te dingen naar beschikbare vastgoedobjecten. Voor de vastgoedobjecten die al maatschappelijk verhuurd zijn geldt dat, met oog op de toekomstige verkoop of gebiedsontwikkeling, wordt onderzocht of het huidige gebruik behouden dient te worden voor de stad. Wanneer dit het geval, kan de huurpositie van de huurder worden verstevigd door middel een verlenging van de huur- of opzegtermijn. De leegstaande vastgoedobjecten die op korte termijn worden verkocht, of worden betrokken in een toekomstige gebiedsontwikkeling, worden verhuurd op basis van leegstandsbeheer. De kandidaatselectie voor het aangaan van deze verhuringen is belegd bij de externe leegstandsbeheerders. Zie *figuur 10* voor een schematische weergave van het verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam.

Beleidslijn gemeente Rotterdam voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed	
1. Reguliere procedure voor aangaan privaatrechtelijke overeenkomst door gemeente Rotterdam	
In essentie worden de gemeentelijke vastgoedobjecten verkocht en verhuurd via een openbare selectieprocedure waarmee potentiële kandidaten in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen naar de onroerende zaak. De gemeente maakt de beoordelingscriteria, op basis waarvan de kandidaatselectie plaatsvindt, vooraf bekend.	
2. Uitzonderingsgronden die gemeente Rotterdam hanteert om af te mogen wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure	
De gemeente kan afwijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure wanneer het belang van de gemeente hiermee gediend is en de (onderhandse) kandidaatselectie aansluit bij de wensen en behoeften van de gemeente.	
2.1 Verkoop	2.2 Verhuur
Verkoop aan zittende huurder, verkoop aan aangrenzend eigenaar of verkoop o.b.v. beste plan voor de wijk.	Aangaan nieuwe verhuring of huurverlenging wanneer een voortzetting van het huidige gebruik wenselijk is.

Figuur 10: Schematische weergave beleid gemeente Rotterdam (bron: eigen bewerking, 2024)

5.0 Methodologie

In hoofdstuk 3 zijn de kaders uit het Didam-arrest, als interventie door de rechterlijke macht, nader toegelicht. Vervolgens is in hoofdstuk 4 uiteengezet welk verkoop- en verhuurbeleid de gemeente Rotterdam hanteert met betrekking tot haar gemeentelijke vastgoed. In dit hoofdstuk wordt geconcludeerd hoe het beleid van de gemeente zich verhoudt tot de kaders uit het Didam-arrest. Vervolgens wordt toegelicht waarom enige verduidelijking van het arrest noodzakelijk wordt geacht en welke methoden en technieken van onderzoek worden toegepast in de analysefase.

5.1 Gemeentelijk beleid versus kaders Didam-arrest

De gemeente dient zich, net als ieder ander, aan het heersende recht te houden. Het heersende recht wordt bepaald door rechtsbronnen als de wet, maar bijvoorbeeld ook door rechtspraak (Verheugt, 2023). Dat betekent logischerwijs dat de gemeente Rotterdam de kaders uit het Didam-arrest in acht dient te nemen. Om na te gaan of de gemeente dit ook doet is onderzocht op welke wijze het huidige verkoop- en verhuurbeleid overeenkomt met de kaders uit het Didam-arrest, zie *figuur 11*. Deze schematische weergave leidt sec tot een heldere conclusie: het gemeentelijke verkoop- en verhuurbeleid sluit in hoge mate aan op de gestelde kaders door de rechterlijke macht. Zo wordt het grootste deel van het gemeentelijk vastgoed openbaar en transparant verkocht en verhuurd, waarbij de marktwaarde vooraf wordt bepaald door een externe taxateur. Hiermee is het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd en zorgt de gemeente dat haar vastgoedtransacties marktconform zijn. De schematische weergave van het verkoop- en verhuurbeleid enerzijds en de kaders uit het Didam-arrest anderzijds laat echter ook zien dat sprake is van een bepaalde discrepantie tussen beide formele instituties. Een belangrijke constatering in dit perspectief is dat de uitzonderingsgronden, die de gemeente hanteert om af te mogen wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen, niet volledig voldoen aan de criteria die daaraan worden gesteld met het Didam-arrest. Hiermee is antwoord gegeven op de derde deelvraag van dit onderzoek.

"Hoe verhoudt het verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam zich tot de kaders uit het Didam-arrest?"

Kaders Didam -arrest voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten m.b.t. gemeentelijk vastgoed door overheidslichamen	Beleidslijn gemeente Rotterdam voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten m.b.t. gemeentelijk vastgoed				
1. Reguliere procedure voor aangaan privaatrechtelijke overeenkomst door overheidslichaam	1. Reguliere procedure voor aangaan privaatrechtelijke overeenkomst door gemeente Rotterdam				
Overheidslichamen dienen bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten m.b.t. gemeentelijk vastgoed het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Dit houdt in dat overheidslichamen, voor de verkoop of verhuur van gemeentelijke vastgoedobjecten, een openbare selectieprocedure moeten organiseren om tot een kandidaatselectie te komen. Met deze openbare selectieprocedure bieden zij kandidaten gelijken kansen om mee te dingen naar de onroerende zaak.	In essentie worden de gemeentelijke vastgoedobjecten verkocht en verhuurd via een openbare selectieprocedure waarmee potentiële kandidaten in de gelegenheid worden gesteld om mee te dingen naar de onroerende zaak. De gemeente maakt de beoordelingscriteria, op basis waarvan de kandidaatselectie plaatsvindt, vooraf bekend.				
2. Uitzonderingsgrond om af te wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst	2. Uitzonderingsgronden die gemeente Rotterdam hanteert om af te mogen wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure				
Van het organiseren van een openbare selectieprocedure mag enkel worden afgeweken wanneer duidelijk is, of aangenomen kan worden, dat voor het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst m.b.t. gemeentelijk vastgoed slecht één kandidaat in aanmerking komt. Dit dient gemotiveerd te worden op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria.	De gemeente kan afwijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure wanneer het belang van de gemeente hiermee gediend is en de (onderhandse) kandidaatselectie aansluit bij de wensen en behoeften van de gemeente.				
	<table border="1"> <thead> <tr> <th>2.1 Verkoop</th> <th>2.2 Verhuur</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Verkoop aan zittende huurder, verkoop aan aangrenzend eigenaar of verkoop o.b.v. beste plan voor de wijk.</td> <td>Aangaan nieuwe verhuuring of huurverlenging wanneer een voortzetting van het huidige gebruik wenselijk is.</td> </tr> </tbody> </table>	2.1 Verkoop	2.2 Verhuur	Verkoop aan zittende huurder, verkoop aan aangrenzend eigenaar of verkoop o.b.v. beste plan voor de wijk.	Aangaan nieuwe verhuuring of huurverlenging wanneer een voortzetting van het huidige gebruik wenselijk is.
2.1 Verkoop	2.2 Verhuur				
Verkoop aan zittende huurder, verkoop aan aangrenzend eigenaar of verkoop o.b.v. beste plan voor de wijk.	Aangaan nieuwe verhuuring of huurverlenging wanneer een voortzetting van het huidige gebruik wenselijk is.				

Figuur 11: Gemeentelijk beleid versus kaders Didam-arrest (bron: eigen bewerking, 2024)

5.2 Behoefte aan verduidelijking uitzonderingsgronden Didam-arrest

Nu duidelijk is dat de uitzonderingsgronden van de gemeente niet volledig voldoen aan de kaders uit het Didam-arrest is het relevant om te onderzoeken hoe deze uitzonderingsgronden in lijn kunnen worden gebracht met de criteria die daaraan worden gesteld met het arrest. De gemeente wenst in bepaalde situaties immers de vrijheid te behouden om zelf tot een kandidaatselectie te komen, zonder een openbare selectieprocedure te organiseren. Het aangaan van een onderhandse overeenkomst kan namelijk een bijdrage leveren aan de maatschappelijke en gemeentelijke doelstellingen, waarmee ruimtelijke en sociale waarde wordt toegevoegd aan de stad.

Het arrest stelt dat overheidslichamen enkel mogen afwijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure wanneer duidelijk is, of aangenomen kan worden, dat voor het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot het gemeentelijk vastgoed slechts één kandidaat in aanmerking komt. Dit dient gemotiveerd te worden op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria (Hoge Raad, 2021). Het arrest geeft echter geen toelichting over welke criteria worden beschouwd als objectief, toetsbaar en redelijk. Dit brengt veel onduidelijkheden met zich mee, wat de basis vormt voor de centrale vraag van dit onderzoek, te weten: *Welke beleidsvrijheid heeft de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed?* Met andere woorden: Wanneer voldoet een uitzonderingsgrond, om af te mogen wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen, aan de criteria uit het gewezen arrest. Om hier antwoord op te geven is gebruik gemaakt van een kwalitatief onderzoek in de vorm van een uitgebreide casestudie van rechterlijke uitspraken in het kader van het Didam-arrest.

5.3 Kwalitatief onderzoek

Een kwalitatief onderzoek richt zich op het interpreteren en begrijpen van specifieke verschijnselen waarover nog niet veel informatie beschikbaar is, maar wel behoefte is aan (nieuwe) inzichten (Baarda, 2019). In onderhavig onderzoek gaat het specifiek om het interpreteren van de rechterlijke uitspraken en rechtsoverwegingen in het kader van het Didam-arrest. Het uitvoeren van een uitgebreide analyse van deze uitspraken helpt een beeld te schetsen van het Didam-arrest, als interventie door de rechterlijke macht. Zo wordt, met het bestuderen van de verschillende casussen, relevante informatie over het arrest verzameld waarmee de context van dit arrest beter wordt begrepen (Baarda, et al., 2021, p. 66). Ook wordt gepoogd meer duiding te geven aan de criteria die worden gesteld aan overheidslichamen wanneer zij zich wensen te beroepen op de uitzonderingsgrond uit het arrest. Het analyseren van de jurisprudentie draagt daarom niet alleen bij aan het interpreteren van de bevindingen van de rechter maar biedt de gemeente Rotterdam ook de mogelijkheid om te bepalen welke beleidsvrijheid haar nog toekomt wanneer zij een koop- of huurovereenkomst wenst aan te gaan.

5.3.1. Casestudie rechterlijke uitspraken 2023

Voor de casestudie is gekozen om uitsluitend rechterlijke uitspraken te analyseren die zijn gewezen in het jaar 2023. Aangezien rechters recht spreken op basis van het heersende recht (Verheugt, 2023), kan worden aangenomen dat in de uitspraken in het jaar 2023 door rechters rekening is gehouden met eerder gewezen uitspraken. Dat wil zeggen dat kan worden gesteld dat in de onderzochte uitspraken ook rekening is gehouden met uitspraken gewezen in de periode tussen de uitspraak van het Didam-arrest, op 26 november 2021, en 31 december 2022. Bovendien, omdat deze uitspraken het meest recent zijn gedaan, bevatten zij de meest actuele stand van het recht, hetgeen van belang is voor het onderzoek.

Er is gestart met een uitdraai van de hele populatie van rechterlijke uitspraken in het licht van het Didam-arrest via www.rechtspraak.nl. Om tot een heldere selectie van uitspraken te komen zijn onderstaande zoekfilters gehanteerd:

Zoekterm	Didam
Rechtsgebied	Civiel recht
Datum uitspraak	2023
Laatste peildatum	17-10-2023
Zoekresultaten	42

Tabel 1: Gehanteerde zoekfilters www.rechtspraak.nl (bron: eigen bewerking, 2024)

De gehanteerde filters resulteren in een populatie van 42 rechterlijke uitspraken waarin in ieder geval de term 'Didam' voorkomt. Na het bestuderen van de uitspraken is geconcludeerd dat 8 van de 42 uitspraken irrelevant zijn voor de betreffende casestudie. In *Tabel 2* is per uitspraak toegelicht waarom deze irrelevant is voor het onderzoek. Deze uitspraken zijn dan ook buiten beschouwing gelaten in de uitgebreide casestudie.

	Zaaknummer	Toelichting
1.	ECLI:NL:PHR:2023:88	Dit betreft geen uitspraak maar een rechtsgeleerde beschouwing. Daarbij is de zoekterm 'Didam' uitsluitend opgenomen in verwijzing voetnoot.
2.	ECLI:NL:GHDHA:2023:469	De Staat heeft een beroep gedaan op de gevolgen van het Didam-arrest maar het hof heeft dit onbesproken gelaten.
3.	ECLI:NL:RBLIM:2023:1430	Dit betreft een tussenvonnis waar niet inhoudelijk wordt ingegaan op het Didam-arrest. Voor de inhoudelijke behandeling wordt verwezen naar het eindvonnis: ECLI:NL:RBLIM:2023:4361
4.	ECLI:NL:RBDHA:2023:12208	Dit betreft een verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel. De uitspraak bevat geen relevant gezichtspunt voor de vastgoedpraktijk.
5.	ECLI:NL:RBZWB:2023:4091	De rechtbank is niet toegekomen aan de (voorwaardelijke) vordering waarin onder meer een beroep wordt gedaan op het Didam-arrest
6.	ECLI:NL:RBNHO:2023:9451	Het betreft een zaak waarbij het Didam-arrest een ondergeschikte rol vervult in een fase waarbij niet is toegekomen aan een onderhandse- of openbare verkoop.
7.	ECLI:NL:RBZWB:2023:443	De Staat noemt het Didam-arrest als argument om gronden niet te betrekken in een onteigeningsprocedure. De rechter laat dit onbesproken en oordeelt dat de Staat niet verplicht is om een grondruil te betrekken in een onteigeningsprocedure.
8.	ECLI:NL:RBMNE:2023:125	De gemeente tracht met een beroep op het Didam-arrest uit te komen onder reeds gemaakte afspraken met een partij waarmee zij een onderhandse verhuring is aangegaan. Omdat het hoger beroep tegen een eerder vonnis reeds is ingesteld kan de gemeente zich nu niet beroepen op het in strijd handelen met dit vonnis.

Tabel 2: Irrelevante uitspraken m.b.t. Didam-arrest (bron: eigen bewerking, 2024)

De overige 34 rechterlijke uitspraken zijn grondig geanalyseerd, zie volledige analyse in *bijlage 1: Excel-bestand - Uitgebreide casestudie rechterlijke uitspraken*. In deze analyse is onderscheid gemaakt tussen uitspraken die toezien op situaties waarbij het betreffende overheidslichaam, voor het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, een openbare selectieprocedure heeft gehanteerd en uitspraken waarbij het overheidslichaam zich, bewust of onbewust, heeft beroepen op de uitzonderingsgrond van het arrest en geen openbare selectieprocedure heeft georganiseerd.

Openbare selectieprocedure of onderhandse transactie	Aantal uitspraken
Openbare selectieprocedure	9
Onderhandse transactie	25
Totaal aantal uitspraken	34

Tabel 3: Onderscheid openbare selectieprocedure en onderhandse transactie (bron: eigen bewerking, 2024)

De 34 casestudies vormen de selectie op grond waarvan de analyse heeft plaatsgevonden. De analyse van de rechterlijke uitspraken maakt onder andere inzichtelijk i) welke rechterlijke instantie tot een uitspraak is gekomen, ii) welk overheidslichaam betrokken is bij de zaak, iii) wat het geschil is, iv) wat de conclusie van de uitspraak is, en v) wat de voornaamste rechtsoverwegingen zijn waarop de uitspraak is gebaseerd. In het volgende hoofdstuk worden de uitkomsten van het kwalitatieve onderzoek nader toegelicht.

6.0 Analyse

In dit hoofdstuk worden de 34 (relevante) rechterlijke uitspraken nader geanalyseerd. De basis voor de analyse van deze uitspraken en rechtsoverwegingen is gelegd in *bijlage 1: Excel-bestand - Uitgebreide casestudie rechterlijke uitspraken*. Dit hoofdstuk richt zich op de tekstuele toelichting van de onderzochte uitspraken waarbij de belangrijkste bevindingen uit de analyse worden gepresenteerd.

6.1 Openbare selectieprocedure

Zoals in hoofdstuk 3 beschreven dienen overheidslichamen, bij het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Dit houdt onder andere in dat zij, bij de verkoop of verhuur van gemeentelijke vastgoedobjecten, een openbare selectieprocedure moeten organiseren om tot een kandidaatselectie te komen (Hoge Raad, 2021). Hiertoe dient het overheidslichaam een transparant proces in te richten waarbij vooraf duidelijk is hoe de selectieprocedure eruitziet en welke selectiecriteria zij hanteert.

Van de 34 geanalyseerde uitspraken hebben 9 uitspraken betrekking op zaken waarbij het overheidslichaam, voor het aangaan van een overeenkomst, een openbare selectieprocedure heeft gehanteerd of wenst te hanteren om tot een kandidaatselectie te komen. De analyse van deze 9 uitspraken is onderverdeeld in twee subcategorieën:

1. Zaken waarbij de gehanteerde openbare selectieprocedure, naar oordeel van de rechter, voldoet aan de kaders uit het Didam-arrest (4);
2. Zaken waarbij de gehanteerde openbare selectieprocedure, naar oordeel van de rechter, niet voldoet aan de kaders uit het Didam-arrest (5);

Openbare selectieprocedure of onderhandse transactie	Gehanteerde kandidaatselectie voldoet aan kaders uit Didam-arrest	Aantal uitspraken
Openbare selectieprocedure		9
	Ja	4
	Nee	5

Tabel 4: Openbare selectieprocedures versus kaders Didam-arrest (bron: eigen bewerking, 2024)

6.1.1 Juiste vorm openbare selectieprocedure

Naar oordeel van de rechter is, gelet op het Didam-arrest, slechts in 4 van de 9 zaken de juiste vorm van een openbare selectieprocedure gehanteerd. Zo heeft de rechtbank Noord-Holland in haar uitspraak van 1 februari 2023 geoordeeld dat gemeente Haarlemmermeer, bij de uitgifte van grondpercelen, heeft gehandeld volgens de kaders uit het Didam-arrest door de kandidaatselectie te baseren op de hoogste bieding²⁴. Een ander voorbeeld is de uitspraak van 21 juli 2023 door rechtbank Noord-Nederland, waarin zij heeft geoordeeld dat gemeente Het Hogeland op de juiste wijze een openbare selectieprocedure heeft georganiseerd door de kandidaatselectie te baseren op een prijs-kwaliteitsbeoordeling²⁵. Een belangrijke rechtsoverweging in deze zaak is dat de gemeente voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijk is geweest over de beoordelingscriteria. Zo is de wijze van de planbeoordeling, en het toekennen van beoordelingspunten, vooraf opgenomen in de beschikbare verkoopdocumentatie. Voor het onderdeel prijs worden de meeste punten toegekend aan het hoogste bod. De puntentoekenning voor het onderdeel kwaliteit wordt gebaseerd op het aantal vierkante meters aan oppervlakte per bestemming en invulling.

²⁴ Rechtbank Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739

²⁵ Rechtbank Noord-Holland 21 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3037

In de 4 zaken waar het overheidslichaam een juiste vorm van een openbare selectieprocedure heeft gehanteerd heeft zij de kandidaat geselecteerd op basis van i) het hoogste bod, ii) een loting, of iii) een combinatie van het hoogste bod en de kwaliteit van het ingediende ontwikkelplan. Daarnaast heeft het overheidslichaam voorafgaand aan de selectieprocedure toegelicht welke selectiecriteria zij hanteert om tot een kandidaatselectie te komen. Hiermee is een transparante selectieprocedure gehanteerd, wat aansluit op de kaders uit het Didam-arrest.

6.1.2 Onjuiste vorm openbare selectieprocedure

In de overige 5 zaken hebben de overheidslichamen, naar oordeel van de rechter, niet de juiste vorm van een openbare selectieprocedure gehanteerd. Zo heeft rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 17 maart 2023 geoordeeld dat gemeente Amsterdam, bij de uitgifte van op- en afstaplocaties aan de grachten van Amsterdam, onvoldoende kenbaar heeft gemaakt hoeveel locaties worden uitgegeven en hoeveel exploitatievergunningen worden afgegeven²⁶. Hiermee heeft de gemeente geen transparante selectieprocedure gehanteerd. Daarbij heeft de rechter geoordeeld dat de gemeente de huidige rechtsverhoudingen moet respecteren. Het is dan ook niet de bedoeling dat de gemeente ingrijpt in de huidige privaatrechtelijke afspraken - en de lopende overeenkomsten met gebruikers opzegt - omdat zij als overheidslichaam gehouden is aan het Didam-arrest.

In een andere zaak heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 23 mei 2023 geoordeeld dat de selectiecriteria, om tot een kandidaatselectie te komen, niet in strijd mogen zijn met het evenredigheidsbeginsel²⁷. Het door de gemeente Tynaarlo gestelde criterium dat een kandidaat, die in aanmerking wenst te komen voor het aangaan van een overeenkomst, woonachtig moet zijn in de directe omgeving van het vastgoedobject is daarom niet toegestaan. In de basis heeft namelijk iedere burger van Nederland het recht om zich te vestigen waar hij of zij dat wil. Op 31 mei 2023 oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de gemeente Waalwijk een duidelijke openbare selectieprocedure heeft georganiseerd voor de uitgifte van enkele percelen grond²⁸. Zo baseert de gemeente de kandidaatselectie op de geboden prijs en het voorgenomen gebruik. Verder heeft de gemeente aangegeven dat per kandidaat maximaal twee percelen grond ter beschikking worden gesteld. Naar oordeel van de rechter zijn dit gangbare voorwaarden en criteria om tot een kandidaatselectie te komen. Verder heeft de gemeente als randvoorwaarden voor de inschrijving gesteld dat iedere kandidaat slechts met één concern mag deelnemen aan de selectieprocedure. Echter, omdat niet duidelijk is wat de gemeente verstaat onder één concern, en wat de gevolgen zijn als een kandidaat toch met meerdere concerns deelneemt aan de inschrijving, betreft het geen transparante selectieprocedure. Een kandidaat mag daarom niet worden uitgesloten van deelname aan de inschrijvingsprocedure wanneer zij zich inschrijft met meerdere concerns.

Ten slotte oordeelde de rechtbank Midden-Nederland in een uitspraak van 7 juni 2023 dat van een overheidslichaam mag worden verwacht dat zij haar kandidaatselectie voor het aangaan van een overeenkomst - en eventuele afwijzingsronden - altijd kan motiveren²⁹. Wanneer dit niet het geval is kan dit wijzen op een onduidelijke en onzorgvuldige selectieprocedure wat in strijd is met de kaders uit het Didam-arrest.

²⁶ Rechtbank Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529

²⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4353

²⁸ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3820

²⁹ Rechtbank Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2645

6.1.3 Deelconclusie openbare selectieprocedure

De 9 geanalyseerde uitspraken, waarbij overheidslichamen een openbare selectieprocedure hebben gehanteerd, laten zien wat in het licht van het Didam-arrest wordt verwacht van een overheidslichaam bij het inrichten van een transparante selectieprocedure.

Zo moet een overheidslichaam goed nadenken over de selectiecriteria die zij gebruikt om tot een kandidaatselectie te komen. Vervolgens dient zij de selectiecriteria voorafgaand aan de openbare selectieprocedure kenbaar te maken. Deze selectiecriteria kunnen in ieder geval bestaan uit i) een selectie op basis van het hoogste bod, ii) een selectie op basis van een loting en iii) een selectie op basis van de combinatie van het hoogste bod en de kwaliteit van het ingediende plan. Verder is het van belang dat het duidelijk is waar de overeenkomst betrekking op heeft en is het van belang dat het overheidslichaam haar selectie, en eventuele afwijzingsgronden, altijd kan onderbouwen. Volgens het Didam-arrest moet een overheidslichaam immers streven naar een zekere mate van openbaarheid en transparantie. Dit maakt dat alle potentiële kandidaten op dezelfde manier moeten worden behandeld waarbij zij beschikken over dezelfde informatie.

6.2 Geen openbare selectieprocedure

Van de 34 geanalyseerde uitspraken hebben 25 uitspraken betrekking op zaken waarbij overheidslichamen geen openbare selectieprocedure hebben georganiseerd om tot een kandidaatselectie te komen. Het gaat hierbij om zaken waarbij zij zich, bewust of onbewust, hebben beroepen op de uitzonderingsgrond van het Didam-arrest en onderhands een overeenkomst zijn aangegaan of wensen aan te gaan. De analyse van deze 25 rechterlijke uitspraken is onderverdeeld in drie subcategorieën, zie *Tabel 5*:

1. Zaken waarbij het overheidslichaam zich, naar oordeel van de rechter, terecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest (12);
2. Zaken waarbij het overheidslichaam zich, naar oordeel van de rechter, onterecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest (7);
3. Zaken waarbij, naar oordeel van de rechter, niet gesteld kan worden of het overheidslichaam zich terecht of onterecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest (6);

Openbare selectieprocedure of onderhandse transactie	Gehanteerde kandidaatselectie voldoet aan kaders uit Didam-arrest	Aantal uitspraken
Onderhandse transactie		25
	Ja	12
	Nee	7
	n.v.t.	6

Tabel 5: Onderhands transactie versus kaders Didam-arrest (bron: eigen bewerking, 2024)

6.2.1 Terecht beroep op uitzonderingsgrond Didam-arrest

Naar oordeel van de rechter hebben de overheidslichamen zich in 12 van de 25 zaken terecht beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest. Voor deze zaken geldt dat het overheidslichaam redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot het gemeentelijke vastgoed. Hiermee kan terecht een beroep worden gedaan op de uitzonderingsgrond uit het arrest en hoeft het overheidslichaam geen openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen.

Aangrenzend eigenaar

In 6 van deze 12 uitspraken gaat het om situaties waarbij het overheidslichaam de aangrenzend eigenaar van het vastgoedobject, of het perceel grond, terecht heeft aangemerkt als enige kandidaat die in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst. De beweegredenen hiervoor zijn gelegen in het feit dat een derde partij niet altijd hoeft te worden gezien als gelijk geval of gelijke kandidaat met de aangrenzend eigenaar. Ook weegt hierin mee dat de onderhandse transactie aan de aangrenzend eigenaar past binnen het gemeentelijke beleid en dat met de onderhandse transactie aan de aangrenzend eigenaar, in specifieke gevallen, een herontwikkeling of een gebiedsontwikkeling kan worden gerealiseerd.

Zo heeft rechtbank Gelderland in haar uitspraak van 14 februari 2023 geoordeeld dat gemeente Elburg, bij de voorgenomen verkoop van een perceel grond, voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de aangrenzend eigenaar de enige kandidaat is die in aanmerking komt voor de verkrijging van deze grond³⁰. Allereerst is het gemeentelijke grondperceel te klein om zelfstandig te ontwikkelen. Daarbij heeft de gemeente enige beleidsvrijheid en draagt de verkoop aan de aangrenzend eigenaar bij aan de ontwikkeling van het havengebied. Ten slotte kan een andere partij de gemeentelijke grond niet bereiken zonder medewerking van de aangrenzend eigenaar. Daarom is geen sprake is van gelijke partijen of gelijke kandidaten. In een ander zaak heeft het gerechtshof Den Haag, in haar uitspraak van 28 februari 2023, geoordeeld dat gemeente Alphen aan den Rijn zich terecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond van het Didam-arrest door de aangrenzend eigenaar van het grondperceel te zien als enige kandidaat die in aanmerking komt voor de aankoop van deze grond³¹. Omdat de gemeentelijke grond gelegen is naast het winkelcentrum, en met de aankoop van deze grond een herontwikkeling van het winkelcentrum kan plaatsvinden, heeft het de voorkeur om de eigenaar van het winkelcentrum te betrekken bij de ontwikkeling. Vanwege de huidige eigendomsverhoudingen in het ontwikkelgebied staat vast dat geen enkele andere partij kan worden aangemerkt als gelijk geval of gelijke kandidaat. Daarbij heeft de gemeente haar voornemen tijdig gepubliceerd en past de grondverkoop binnen het vastgestelde grondbeleid van de gemeente. Op 18 juli 2023 heeft het gerechtshof Den Haag geoordeeld dat gemeente Rotterdam juist heeft gehandeld door een gemeentelijk grondperceel één-op-één uit te geven aan de erfpachter van het naastgelegen perceel³². De gemeente is voornemens om beide percelen opnieuw (gezamenlijk) uit te geven in erfpacht omdat deze percelen een functionele eenheid hebben met een historische betekenis. Zonder medewerking van de huidige erfpachter is deze nieuwe uitgifte niet mogelijk. Dit maakt dat de positie van deze erfpachter, en aangrenzend eigenaar, anders is dan die van een derde kandidaat.

Gemeentelijk beleid en vertrouwensbeginsel

In de 6 overige uitspraken hebben de overheidslichamen zich, naar oordeel van de rechter, terecht beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest omdat met de onderhandse transacties gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen worden verwezenlijkt. Daarbij passen de voorgenomen transacties binnen de gemeentelijke visies en het gemeentelijke beleid. Ook weegt de rechter het vertrouwensbeginsel af tegen het gelijkheidsbeginsel zoals deze volgt uit het arrest.

Op 25 april 2023 oordeelde de rechtbank Overijssel dat gemeente Ommen een woningstichting terecht heeft aangemerkt als enige serieuze kandidaat die in aanmerking komt voor de verkrijging van een perceel grond ten behoeve van de realisatie van flex-woningen³³. Hieraan ligt ten grondslag dat de gemeente uitvoering wenst te geven aan het coalitieakkoord en de gemaakte prestatieafspraken met woningstichtingen. Daarbij heeft eiser onvoldoende onderbouwd te beschikken over de financiële middelen die nodig zijn voor de realisatie van

³⁰ Rechtbank Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713

³¹ Gerechtshof Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:278

³² Gerechtshof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368

³³ Rechtbank Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477

sociale flex-woningen. Van gelijke kandidaten is daarom geen sprake. Op 10 maart 2023 oordeelde de rechtbank Noord-Holland dat gemeente Groningen zich terecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond door een ligplaats onderhands te verhuren aan de horeca-exploitant van het Pannenkoekschip³⁴. De gemeente heeft redelijkerwijs mogen aannemen dat de exploitant de enige serieuze kandidaat is die in aanmerking komt voor het gebruik van het perceel. Hieraan ligt ten grondslag dat het college van B&W een heldere watervisie heeft opgesteld en de gemeente haar vastgestelde beleid uitvoert. Het belang dat de gemeente heeft met het verplaatsen van het Pannenkoekschip naar een andere locatie - waarmee zij de huidige ligplaats van de exploitant vrijspeelt voor een toekomstige gebiedsontwikkeling - weegt zwaarder dan het belang van de overige gebruikers van de ligplaatsen. De visie voor het gebied en het gemeentelijke uitgiftebeleid zijn uiteindelijk opgenomen in de publicatietekst van de voorgenomen transactie. Omdat de gemeente het voornemen tot het aangaan van de overeenkomst inclusief onderbouwing heeft gepubliceerd, heeft de gemeente voldaan aan de gestelde kaders uit het arrest.

In een uitspraak van 7 april 2023 oordeelde rechtbank Amsterdam dat - in de zaak waarbij de gemeente Amstelveen in 2020 onderhands een perceel grond heeft verkocht aan een vastgoedontwikkelaar - ook het vertrouwensbeginsel moet worden meewogen³⁵. Zelfs wanneer aannemelijk kan worden gemaakt dat de gemeente mededingingsruimte had moeten bieden bij de verkoop van het perceel grond oordeelt de rechter dat, in verband met de reeds gesloten koopovereenkomst en de gedane investeringen door de ontwikkelaar, het vertrouwensbeginsel en de belangen van de ontwikkelaar zwaarder wegen dan het gelijkheidsbeginsel. De ontwikkelaar mag er immers op vertrouwen dat de gemeente uitvoering geeft aan de koopovereenkomst.

6.2.2 Onterecht beroep op uitzonderingsgrond Didam-arrest

In 7 andere geanalyseerde uitspraken hebben de overheidslichamen zich, naar oordeel van rechter, juist ten onrechte beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest. In deze zaken is de rechtsoverweging dat het betreffende overheidslichaam onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst. Wanneer het overheidslichaam haar kandidaatselectie voor de onderhandse transactie onvoldoende kan onderbouwen, en niet kan uitsluiten dat andere kandidaten van gelijke strekking ook interesse hebben, handelt zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wanneer dit het geval is dient het overheidslichaam alsnog een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen.

Zo heeft de rechtbank Gelderland op 12 januari 2023 geoordeeld dat gemeente Nijmegen, met de voorgenomen verkoop van een perceel grond aan de GGD, heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel³⁶. Naar oordeel van de rechter heeft de gemeente onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de GGD de enige kandidaat is die in aanmerking komt voor de verkrijging van de grond. Daarbij heeft de gemeente de aangrenzende eigenaar van het perceel ten onrechte uitgesloten als potentiële kandidaat, terwijl zij wel op de hoogte was van de interesse van deze partij in een mogelijke aankoop. Wanneer sprake is, of sprake kan zijn, van gelijkwaardige partijen moeten deze partijen ook als gelijkwaardig worden behandeld. De gemeente had dan ook mededingingsruimte moeten bieden. Ook gemeente Ouder-Amstel heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel, daartoe oordeelde de rechtbank Amsterdam op 9 maart 2023³⁷. Naar oordeel van de rechter heeft gemeente Ouder-Amstel onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de beoogde koper van een perceel grond de enige kandidaat is die hiervoor in aanmerking komt. Het argument van de gemeente, waarin zij

³⁴ Rechtbank Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916

³⁵ Rechtbank Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170

³⁶ Rechtbank Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99

³⁷ Rechtbank Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316

aangeeft dat zij de grond van de koper wenst te betrekken in een grondruil om zo een ontsluitingsmogelijkheid voor de wijk te realiseren, weegt niet zwaar genoeg. Andere ontsluitingsmogelijkheden blijken namelijk onvoldoende onderzocht. Hier speelt mee dat de gemeente al geruime tijd op de hoogte is van de interesse van andere kandidaten, waaronder meerdere aangrenzende eigenaren. Wanneer sprake is, of sprake kan zijn, van meerdere gelijkwaardige partijen mag de gemeente geen voorkeurspositie geven aan één specifieke partij. De rechter oordeelt dan ook dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld tegenover deze partijen.

Op 22 maart 2023 heeft rechtbank Midden-Nederland geoordeeld dat de gemeente Rhenen, met de onderhandse verkoop van een monumentaal pand, heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel³⁸. Naar oordeel van de rechter heeft de gemeente onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de beoogd koper op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria de enige serieuze kandidaat is die in aanmerking komt voor de aankoop. Een door de gemeente uitgevoerde (niet-openbare) marktverkenning is naar oordeel van de rechter niet voldoende om uit te sluiten dat ook andere kandidaten interesse hebben in de aankoop van het pand.

6.2.3 Stelplicht potentiële kandidaat en prejudiciële vragen

De analyse van de laatste 6 uitspraken laat misschien wel de meest interessante bevindingen zien. Deze uitspraken hebben namelijk betrekking op zaken waarin de rechter niet heeft geoordeeld of het overheidslichaam zich terecht of onterecht heeft beroepen op de uitzonderingsgrond van het Didam-arrest, maar op zaken waarbij de rechter heeft geoordeeld dat voor kandidaten, die een beroep doen op het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte, een stelplicht geldt.

Naar oordeel van de rechter staat niet vast dat een overheidslichaam het gelijkheidsbeginsel onweerbegbaar heeft geschonden wanneer zij een onderhandse transactie is aangegaan, of wenst aan te gaan, met een kandidaat naar keuze. Hoewel een overheidslichaam met het aangaan van een onderhandse transactie mogelijk in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel staat op voorhand niet vast dat sprake is van meerdere potentiële kandidaten. Zo geldt het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte alleen voor situaties waarbij sprake is van gelijke kandidaten en gelijke gevallen. Echter, niet iedere partij is te kwalificeren als gelijke kandidaat. Om deze reden geldt voor potentiële kandidaten een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat een kandidaat aan de hand van een deugdelijk plan moet motiveren waarom zij moet worden gezien als potentiële kandidaat voor het aangaan van de overeenkomst. Een algemene aanduiding waarmee wordt gesteld dat de mededingingsruimte wordt geschonden is hiervoor niet voldoende.

Zo heeft de rechtbank Oost-Brabant op 7 maart 2023 geoordeeld dat gemeente Land van Cuijk redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat de beoogd koper de enige kandidaat is die in aanmerking komt voor aankoop van een perceel grond³⁹. Naar oordeel van de rechter is niet iedere partij te kwalificeren als potentiële kandidaat en geldt voor potentiële kandidaten een stelplicht. In deze casus stelt de rechter dat de kandidaat, aan de hand van een deugdelijk plan, minimaal had moeten onderbouwen i) hoe zij de onroerende zaak in gebruik neemt, ii) aan welke doelstellingen de aankoop bijdraagt en iii) welke prijs zij bereid is te betalen. Omdat eiser dit niet gedaan heeft hoeft hij niet te worden gezien als potentiële kandidaat. Op 10 oktober 2023 heeft rechtbank Zeeland-West-Brabant geoordeeld dat gemeente Breda, in verband met de beoogde gebiedsontwikkeling, de eigenaren van de omliggende panden terecht heeft mogen aanmerken als enige kandidaten voor de aankoop van het perceel grond⁴⁰. Voor de eiser, die bezwaar heeft gemaakt tegen dit voornemen, geldt een stelplicht.

³⁸ Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244

³⁹ Rechtbank Oost-Brabant 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:997

⁴⁰ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144

Hoewel aan de stelplicht geen hoge eisen mogen worden gesteld heeft eiser onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij moet worden gezien als potentiële kandidaat. Zo heeft eiser aangegeven dat hij de beoogde gebiedsontwikkeling niet zelf kan realiseren en dat hij een ontwikkelaar wenst te betrekken bij de aankoop. Echter, uit het bezwaar van de eiser is niet op te maken of hij een serieuze samenwerking wenst aan te gaan met een ontwikkelaar. Daarbij had eiser, naar oordeel van de rechter, inzicht moet geven in het beoogde ontwerpplan en het financiële plan dat hij samen met de ontwikkelaar voor ogen heeft. Omdat deze onderbouwing ontbreekt hoeft eiser niet te worden gezien als mogelijke kandidaat voor de aankoop van de grond.

Ten slotte heeft rechtbank Midden-Nederland, in een zaak tussen de gemeente en een aangrenzend eigenaar van een gemeentelijk perceel, op 24 mei 2023 geconcludeerd dat nog veel onduidelijkheid heerst over de rechtsgevolgen van privaatrechtelijke overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met de kaders uit het Didam-arrest⁴¹. De rechtbank is daarom voornemens om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Hoewel de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke overeenkomsten buiten de scope van dit onderzoek valt, wordt ook de vraag gesteld of de aard van het gemeentelijk vastgoed van invloed is op de manier waarop de kandidaatselectie moet plaatsvinden. Ook wordt de vraag gesteld of iedere onderhandse transactie openbaar moet worden aangekondigd.

6.2.4 Deelconclusie geen openbare selectieprocedure

Uit de analyse van de 25 rechterlijke uitspraken, waarbij geen openbare selectieprocedure is georganiseerd, kan worden opgemaakt onder welke omstandigheden het aannemelijk is dat een overheidslichaam zich kan beroepen op de uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest. Ook laat de analyse zien wat verwacht wordt van een overheidslichaam wanneer zij zich beroept op de uitzonderingsgrond uit het arrest en wat verwacht wordt van een kandidaat die zich beroept op het gelijkheidsbeginsel.

Zo is uit de rechtspraak op te maken dat de kaders uit het Didam-arrest alleen van toepassing zijn op situaties waarbij sprake is van gelijke kandidaten en gelijke gevallen. Echter, niet iedere partij hoeft te worden gekwalificeerd als gelijk geval of gelijke kandidaat. Daarbij geldt voor een kandidaat, die zich beroept op het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte, een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat een kandidaat aan de hand van een deugdelijk plan moet motiveren waarom zij moet worden gezien als potentiële kandidaat voor het aangaan van de overeenkomst. Een algemene aanduiding waarmee wordt gesteld dat een overheidslichaam het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen is hiervoor niet voldoende. Ook wanneer het aangaan van een onderhandse overeenkomst een bijdrage levert aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen, is het aannemelijk dat een overheidslichaam zich kan beroepen op de uitzonderingsgrond uit het arrest. Wel is het van belang dat dit voornemen past binnen de visie van het overheidslichaam en dat het voornemen, voorafgaand aan de transactie, openbaar kenbaar wordt gemaakt. Voor een weergave van de voornaamste rechtsoverwegingen in de 25 uitspraken, waarbij geen openbare selectieprocedure is gehanteerd, wordt verwezen naar *Tabel 6*.

⁴¹ Rechtbank Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418

Openbare selectieprocedure of onderhandse transactie	Gehanteerde kandidaatselectie voldoet aan kaders Didam-arrest	Categorisatie rechtsoverwegingen	Uitspraak / zaaknummer
<input checked="" type="checkbox"/> Onderhandse transactie	<input checked="" type="checkbox"/> Ja		
	<input checked="" type="checkbox"/> Aangrenzend eigenaar	ECLI:NL:GHDHA:2023:1368 ECLI:NL:GHDHA:2023:278 ECLI:NL:RBGEL:2023:713 ECLI:NL:RBROT:2023:5317 ECLI:NL:RBROT:2023:8254 ECLI:NL:RBZWB:2023:7147	
	<input checked="" type="checkbox"/> Gemeentelijke doelstellingen, beleid en gebiedsvisie	ECLI:NL:GHARL:2023:5383 ECLI:NL:RBDHA:2023:14892 ECLI:NL:RBNNE:2023:916 ECLI:NL:RBOVE:2023:1477	
	<input checked="" type="checkbox"/> Vertrouwensbeginsel versus gelijkheidsbeginsel	ECLI:NL:RBAMS:2023:2170 ECLI:NL:RBNNE:2023:82	
	<input checked="" type="checkbox"/> n.v.t.		
	<input checked="" type="checkbox"/> Stelplicht potentiële kandidaat	ECLI:NL:RBGEL:2023:2660 ECLI:NL:RBLIM:2023:3086 ECLI:NL:RBNHO:2023:6409 ECLI:NL:RBOBR:2023:997 ECLI:NL:RBZWB:2023:7144	
	<input checked="" type="checkbox"/> Overig	ECLI:NL:RBMNE:2023:2418	
	<input checked="" type="checkbox"/> Nee		
	<input checked="" type="checkbox"/> Objectieve, toetsbare en redelijke criteria ontbreken	ECLI:NL:GHARL:2023:2796 ECLI:NL:GHARL:2023:6553 ECLI:NL:RBAMS:2023:1316 ECLI:NL:RBGEL:2023:99 ECLI:NL:RBLIM:2023:4361 ECLI:NL:RBMNE:2023:1244 ECLI:NL:RBZWB:2023:1307	

Tabel 6: Categorisatie voornaamste rechtsoverwegingen (bron: eigen bewerking, 2024)

6.3 Conclusie casestudie

De analyse van de rechtsoverwegingen in de verschillende rechterlijke uitspraken geeft inzicht in het toepassen van de kaders uit het Didam-arrest in de vastgoedpraktijk. Ook toont de analyse aan wat verwacht wordt van een overheidslichaam wanneer zij een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed wenst aan te gaan.

In essentie dient een overheidslichaam, voor het aangaan van een overeenkomst, een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen (Hoge Raad, 2021). Voor deze selectieprocedure kan het overheidslichaam zelf de objectieve selectiecriteria bepalen. Zo kan naast een selectie op basis van het hoogste bod of een loting, ook worden gekozen voor het selectie criterium prijs-kwaliteit. Het hanteren van dit selectie criterium biedt overheidslichamen de mogelijkheid om naast de hoogte van het bod ook kwalitatieve aspecten en de maatschappelijke meerwaarde van een ontwikkelplan mee te wegen. Wel stelt het Didam-arrest dat de openbare selectieprocedure een transparant proces moet zijn waarbij vooraf duidelijk is hoe de selectieprocedure eruit ziet en welke selectiecriteria worden gehanteerd. Bij een selectie op basis van een prijs-kwaliteitsbeoordeling moet ook worden aangegeven hoe de beoordeling plaatsvindt en welke aspecten worden meegewogen in de planbeoordeling. Wanneer het overheidslichaam geen transparante selectieprocedure doorloopt kan het zo zijn dat zij, ondanks het organiseren van een openbare selectieprocedure, alsnog in strijd handelt met de kaders uit het arrest.

Daarnaast heeft een overheidslichaam de mogelijkheid om een overeenkomst aan te gaan met een kandidaat naar keuze, zonder een openbare selectieprocedure te organiseren. Wanneer een overheidslichaam zich beroept op deze uitzonderingsgrond dient zij op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk te maken waarom slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst (Hoge Raad, 2021). Een belangrijke constatering in dit perspectief is dat de kaders uit het arrest enkel van toepassing zijn op situaties waarin sprake is van gelijke gevallen en gelijke kandidaten. Daarbij geldt voor een kandidaat, die zich beroept op dit gelijkheidsbeginsel, een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat een kandidaat aan de hand van een deugdelijk plan moet motiveren waarom zij moet worden gezien als potentiële kandidaat. Dit maakt dat een geïnteresseerde kandidaat niet altijd hoeft te worden gezien als gelijk geval of gelijke kandidaat met bijvoorbeeld de aangrenzende eigenaar van het vastgoedobject.

Ook wanneer een onderhandse transactie een bijdrage levert aan bredere maatschappelijke doelstellingen, kan een overheidslichaam een beroep te doen op de uitzonderingsgrond van het arrest. Wel moet het aangaan van deze onderhandse overeenkomst passen binnen de gemeentelijke visies en het gemeentelijke beleid. Daarbij wordt van een overheidslichaam verwacht dat zij haar kandidaatselectie, en het voornemen tot het aangaan van een onderhandse overeenkomst, altijd kan onderbouwen. Wanneer zij haar kandidaatselectie onvoldoende kan onderbouwen en niet kan uitsluiten dat andere kandidaten van gelijke strekking ook interesse hebben in het aangaan van de overeenkomst, handelt zij in strijd met de kaders uit het arrest en dient zij alsnog mededingingsruimte te bieden. Ten slotte kan ook het vertrouwensbeginsel een reden zijn om een beroep te doen op de uitzonderingsgrond uit het arrest. Het vertrouwensbeginsel stelt immers dat burgers en marktpartijen erop mogen vertrouwen dat een overheidslichaam haar afspraken en eventuele toezeggingen nakomt (Rechtspraak, 2024). In specifieke situaties doet een overheidslichaam er dan ook verstandig aan om te (laten) bepalen hoe het vertrouwensbeginsel zich verhoudt tot het gelijkheidsbeginsel, zoals deze volgt uit het arrest.

7.0 Conclusie en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van het onderzoek, te weten: *Welke beleidsvrijheid heeft de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed?* Vervolgens wordt geadviseerd hoe het gemeentelijke verkoop- en verhuurbeleid in lijn kan worden gebracht met de gestelde kaders uit het arrest. Ten slotte wordt teruggekeken op het onderzoek in de vorm van een reflectie.

7.1 Conclusie

Uit onderhavig onderzoek kan worden geconcludeerd dat geen generieke uitspraak kan worden gedaan over de toegestane uitzonderingsgronden uit het Didam-arrest, op basis waarvan een overheidslichaam geen openbare selectieprocedure hoeft te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen voor het aangaan van een overeenkomst. Ook is geen eenduidig antwoord te formuleren op de vraag wat objectieve, toetsbare en redelijke criteria zijn, op basis waarvan het overheidslichaam aannemelijk kan maken dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst. Wel heeft het onderzoek inzicht gegeven in de context van het arrest en de rechtsoverwegingen in verschillende rechterlijke uitspraken. Aan de hand van deze inzichten wordt antwoord gegeven op de centrale vraag uit dit onderzoek, te weten:

”Welke beleidsvrijheid heeft de gemeente Rotterdam, gelet op het Didam-arrest, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed?”

In essentie dient de gemeente Rotterdam, voor het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen. Hier mag enkel van worden afgeweken wanneer de gemeente op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan maken dat slechts een kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst (Hoge Raad, 2021). De beleidsvrijheid van de gemeente, bij het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, is dan ook tweeledig:

1. De gemeente kan bij het organiseren van een openbare selectieprocedure zelf (objectieve) selectiecriteria bepalen;
2. De gemeente hoeft geen openbare selectieprocedure te organiseren wanneer zij op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan maken dat slechts een kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst;

Wanneer de gemeente een openbare selectieprocedure organiseert om tot een kandidaatselectie te komen, kan zij in ieder geval de volgende selectiecriteria hanteren:

- Selectie op basis van het hoogste bod;
- Selectie op basis van een loting;
- Selectie op basis van een prijs-kwaliteitsbeoordeling;

Omdat de gemeente zelf kan bepalen welke (objectieve) selectiecriteria zij hanteert, komt de gemeente enige beleidsvrijheid toe. Zo biedt een kandidaatselectie op basis van een prijs-kwaliteitsbeoordeling de mogelijkheid om, voor een gewenste ontwikkeling of realisatie, de nadruk te leggen op de maatschappelijke meerwaarde die kan worden verwezenlijkt met het aangaan van de overeenkomst. Kwalitatieve criteria zoals het in staat zijn om een specifiek plan uit te voeren, het waarborgen van duurzaamheidsaspecten en het bijdragen aan gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen kunnen hierbij worden meegewogen in de beoordeling. Wel dient de gemeente een transparante procedure te organiseren waarbij vooraf duidelijk is hoe de selectieprocedure eruitziet, welke selectiecriteria de gemeente hanteert en hoe de gestelde prijs-kwaliteitsbeoordeling plaatsvindt.

Daarnaast behoudt de gemeente enige beleidsruimte om een overeenkomst aan te gaan met een kandidaat naar keuze. De gemeente kan zich beroepen op deze uitzonderingsgrond uit het Didam-arrest wanneer zij op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan maken dat slechts een kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van een overeenkomst (Hoge Raad, 2021). Hoewel geen generieke uitspraak kan worden gedaan over wanneer iets objectief, toetsbaar en redelijk is kan de gemeente wel lessen trekken uit de analyse van de rechtsoverwegingen in de verschillende rechterlijke uitspraken.

- De gemeente hoeft geen openbare selectieprocedure te organiseren wanneer op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan worden gemaakt dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst.
- De kaders uit het Didam-arrest, meer specifiek het gelijkheidsbeginsel, zijn enkel van toepassing op situaties waarin sprake is van gelijke gevallen en gelijke kandidaten.
 - Niet iedere geïnteresseerde hoeft te worden gekwalificeerd als gelijke kandidaat.
 - Voor kandidaten die een beroep doen op het gelijkheidsbeginsel geldt een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat kandidaten, aan de hand van een deugdelijk plan, dienen te motiveren waarom zij moeten worden gezien als potentiële kandidaat.
- Wanneer het aangaan van een onderhandse overeenkomst bijdraagt aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen is het aannemelijk dat de gemeente zich kan beroepen op de uitzonderingsgrond van het arrest, en geen openbare selectieprocedure hoeft te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen.
 - Wel dient de gemeente haar voornemen tot het aangaan van een onderhandse overeenkomst te motiveren. Het helpt als het handelen van de gemeente aansluit op de gemeentelijke visies en het gemeentelijke beleid. Hiermee wordt willekeur voorkomen.
- Het vertrouwensbeginsel kan een reden zijn om een beroep te doen op de uitzonderingsgrond uit het arrest. Het vertrouwensbeginsel stelt immers dat burgers en marktpartijen erop mogen vertrouwen dat de gemeente haar afspraken en eventuele toezeggingen nakomt. De gemeente kan (laten) toetsen hoe het vertrouwensbeginsel zich verhoudt tot het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte.

Uit de rechtspraak is op te maken dat de kaders uit het arrest, meer specifiek het gelijkheidsbeginsel en het bieden van mededingingsruimte, enkel van toepassing zijn op situaties waarbij sprake is van gelijke kandidaten. Dit maakt het aannemelijk dat de gemeente een derde partij niet altijd hoeft te zien als gelijke kandidaat met bijvoorbeeld de huurder of de aangrenzende van het gemeentelijke vastgoedobject. Ook wanneer een transactie met een kandidaat naar keuze een bijdrage levert aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen, is het aannemelijk dat de gemeente zich kan beroepen op de uitzonderingsgrond uit het arrest. Wel is het van belang dat het aangaan van deze onderhandse overeenkomst past binnen de gemeentelijke visie en het gemeentelijke beleid. Hiermee voorkomt de gemeente willekeur. Daarnaast kan de gemeente het vertrouwensbeginsel afwegen tegen het gelijkheidsbeginsel om te bepalen of hier sprake is van een uitzonderingsgrond. Huurders en andere marktpartijen mogen er immers op vertrouwen dat de gemeente haar afspraken en eventuele toezeggingen nakomt (Rechtspraak, 2024). Ten slotte moet de gemeente zich realiseren dat, wanneer zij haar onderhandse kandidaatselectie onvoldoende kan onderbouwen, en niet kan uitsluiten dat andere kandidaten van gelijke strekking ook interesse hebben, zij in strijd handelt met de kaders uit het Didam-arrest. Wanneer dit het geval is zal de gemeente alsnog mededingingsruimte moeten bieden door een openbare selectieprocedure te organiseren om tot een kandidaatselectie te komen.

Het is voor de gemeente Rotterdam dan ook belangrijk dat zij een openbaar en transparant verkoop- en verhuurproces vaststelt, waaraan zij zich committeert.

7.2 Aanbeveling

Hoewel het gemeentelijke verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam in hoge mate overeenkomt met de gestelde kaders uit het Didam-arrest doet de gemeente er verstandig aan om het gemeentelijke beleid op enkele punten aan te passen. Hiermee wordt het gemeentelijke beleid zoveel mogelijk in lijn gebracht met de kaders uit het arrest.

De openbare selectieprocedure, die de gemeente hanteert voor het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, voldoet in essentie aan de gestelde kaders uit het arrest. Zo mag de gemeente haar kandidaatselectie gewoon baseren op de hoogste prijs zolang zij haar selectiecriteria vooraf kenbaar maakt. Wanneer de gemeente behoefte heeft aan meer sturing op de kandidaatselectie, kan zij ervoor kiezen om deze selectie te baseren op basis van een prijs-kwaliteitsbeoordeling. Ook hier geldt dat de gemeente vooraf transparant moet zijn over de gekozen selectieprocedure, de selectiecriteria en de weging van deze selectiecriteria om tot een kandidaatselectie te komen.

De uitzonderingsgronden, die de gemeente hanteert om af te mogen wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure, voldoen niet volledig aan de kaders uit het Didam-arrest. Zoals gesteld in paragraaf 7.1 kan echter geen generieke uitspraak worden gedaan over de toegestane uitzonderingsgronden uit het arrest. Dit is immers onderhevig aan de betreffende casus. Wel heeft dit onderzoek inzicht geven in de context van het arrest en de rechtsoverwegingen in verschillende praktijkvoorbeelden.

Zo laat de casestudie zien dat de gemeente moet durven vast te houden aan haar huidige beleid, waarbij de gemeente de mogelijkheid heeft om een onderhandse overeenkomst aan te gaan met de huurder of de aangrenzend eigenaar van een gemeentelijk vastgoedobject. Het is immers aannemelijk dat de gemeente een derde niet hoeft te kwalificeren als gelijke kandidaat met de huurder of de aangrenzend eigenaar. Omdat het wel van belang is dat het voornemen tot het aangaan van de onderhandse overeenkomst past binnen de gemeentelijke visie en het gemeentelijk beleid, doet de gemeente er verstandig aan om deze uitzonderingsgronden op voorhand op te nemen in haar verkoop- en verhuurbeleid. Een logische beredenering, voor bijvoorbeeld het aangaan van een onderhandse koopovereenkomst met de huurder van een woning, is dat de gemeente haar vastgoedobjecten met een woonbestemming verkoopt met een zelfbewoningsplicht. Dit maakt dat andere partijen niet eens kunnen worden gezien als gelijke kandidaat met de huurder omdat zij geen uitvoering kunnen geven aan de zelfbewoningsplicht zolang de woning verhuurd is. Ook het onderhands aangaan van een overeenkomst met een aangrenzend eigenaar behoort tot een mogelijke uitzonderingsgrond. Wel dient de gemeente aan te tonen dat het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst met deze kandidaat een positieve bijdrage levert aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen, bijvoorbeeld omdat hiermee een gebiedsontwikkeling kan worden gerealiseerd. Ook wanneer de gemeente een overeenkomst wenst aan te gaan met de huidige huurder van een gemeentelijk vastgoedobject met een commerciële of maatschappelijke invulling, kan de gemeente nagaan of op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria aannemelijk kan worden gemaakt dat alleen deze kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst. Hierbij dient de gemeente met een realistische blik naar de casus te kijken en na te gaan of hier sprake is van meerdere gelijkwaardige kandidaten die mogelijk ook interesse hebben in het aangaan van de overeenkomst.

Wanneer de gemeente het beroep op de uitzonderingsgrond onvoldoende kan onderbouwen handelt zij in strijd met de kaders van het arrest, en wordt geadviseerd om geen onderhandse overeenkomst aan te gaan. In algemene zin helpt het de gemeente wanneer het voornemen tot het aangaan van de onderhandse overeenkomst aansluit op een bestuurlijk vastgesteld beleidsdocument of een gemeente-brede gebiedsvisie.

7.2.1 Adviespunten

Uit de analyse van de rechterlijke uitspraken is op te maken dat de rechter waarde hecht aan het feit dat een overheidslichaam haar vastgestelde beleid uitvoert en hier geen sprake is van willekeur. Om het gemeentelijke verkoop- en verhuurbeleid van de gemeente Rotterdam nog meer in lijn te brengen met de kaders uit het Didam-arrest wordt daarom geadviseerd om de volgende punten op te nemen in het gemeentelijke vastgoedbeleid:

- Voor het verkopen en verhuren van gemeentelijk vastgoed organiseert de gemeente in essentie een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen.
 - De selectiecriteria worden voorafgaand aan de openbare selectieprocedure kenbaar gemaakt.
- De gemeente komt enige beleidsvrijheid toe om af te wijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure wanneer de gemeente, op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, van mening is dat slechts één kandidaat in aanmerking komt voor het aangaan van de overeenkomst.
 - De gemeente kan zelf een beroep doen op deze uitzonderingsgrond, maar is hiertoe niet verplicht.
- Voor het afwijken van het organiseren van een openbare selectieprocedure geldt dat niet iedere partij door de gemeente wordt gekwalificeerd als potentiële kandidaat.
- De gemeente kan zich beroepen op de uitzonderingsgrond wanneer het aangaan van een onderhandse overeenkomst bijdraagt aan de gemeentelijke en maatschappelijke doelstellingen.
- De gemeente kan zich beroepen op de uitzonderingsgrond en een overeenkomst aangaan met de huurder van een gemeentelijk vastgoedobject.
 - Gemeentelijke woningen worden verkocht met zelfbewoningsplicht. Om deze reden is geen andere kandidaat een gelijke kandidaat met de huidige huurder. Koop breekt immers geen huur. Als randvoorwaarden geldt dat sprake moet zijn van een huurrelatie van minimaal X jaar.
 - Voor het overige gemeentelijke vastgoed geldt dat een onderhandse overeenkomst kan worden aangegaan met de huidige huurder, wanneer het huidige gebruik aansluit op de gemeentelijke doelstellingen en de maatschappelijke opgaven van de stad. Als randvoorwaarden geldt dat sprake moet zijn van een lange huurrelatie van minimaal X jaar.
- De gemeente kan zich beroepen op de uitzonderingsgrond en een overeenkomst aangaan met de aangrenzend eigenaar van een gemeentelijk vastgoedobject.
 - De gemeente kan een onderhandse overeenkomst aangaan met een aangrenzend eigenaar wanneer het belang van de gemeente hiermee gediend is. Voorbeelden van situaties waarbij een overeenkomst kan worden aangegaan met de aangrenzend eigenaar zijn bouwkundige eenheden, specifieke eigendomsposities of het mogelijk maken van een gebiedsontwikkeling.
- Wanneer de gemeente afwijkt van het organiseren van een openbare selectieprocedure om tot een kandidaatselectie te komen, maakt zij dit voornemen openbaar. Dit doet de gemeente door het voornemen tot het aangaan van de privaatrechtelijke overeenkomst, inclusief motivatie, te publiceren op de gemeentelijke website;

- Indien partijen zich niet kunnen verenigen met dit voornemen dienen zij dit kenbaar te maken door middel van een gemotiveerd bericht.
 - Voor partijen die zich beroepen op het bieden van mededingingsruimte geldt een stelplicht. Deze stelplicht houdt in dat partijen, aan de hand van een gedegen plan, moeten onderbouwen waarom zij bezwaar hebben tegen de voorgenomen transactie en waarom zij moeten worden gezien als potentiële kandidaat.

7.3 Reflectie

Aan de hand van een reflectie wordt beoordeeld of de bevindingen uit dit onderzoek relevant zijn voor de vastgoedpraktijk. Ook worden aanbevelingen gedaan voor een vervolgonderzoek.

7.3.1 Reflectie op onderzoek

De oorsprong van onderhavig onderzoek is gelegen in de behoefte aan inzicht in de context van het Didam-arrest en de mogelijke gevolgen van het arrest op de handelswijze van de gemeente Rotterdam, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed.

Zoals gesteld is het Didam-arrest op 26 november 2021 ingeslagen als een bom, ook binnen de gemeente Rotterdam. Het uitgevoerde kwalitatieve onderzoek, naar de beleidsvrijheid van de gemeente Rotterdam bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed, heeft geleid tot een verbreding van de kennis over het arrest in relatie tot het gehanteerde vastgoedbeleid. Aan de hand van de verkregen inzichten is uiteindelijk een aanbeveling gedaan aan het managementteam van de afdeling Vastgoed van de gemeente Rotterdam. Deze aanbevelingen, zoals beschreven in paragraaf 7.2, zien vooral toe op het aanscherpen en aanpassen van het huidige verkoop- en verhuurbeleid, waarmee het beleid in lijn wordt gebracht met de kaders uit het arrest. Wanneer het managementteam van de afdeling Vastgoed zich kan vinden in de onderzoeksresultaten, is binnen de gemeente de vervolgstap om de aanbevelingen voor te leggen aan de interne juristen en beleidsmedewerkers.

7.3.2 Persoonlijke reflectie

De totstandkoming van dit onderzoek ging niet vanzelf. Hoewel het onderzoeksonderwerp vrij snel duidelijk was, is het een uitdaging geweest om de kaders van het onderzoek te bepalen en het onderzoek te concretiseren.

Er is bewust gekozen voor een praktische benadering van het onderzoek waarbij de jurisprudentie en de bevindingen van de rechter vanuit een maatschappelijk- en gemeentelijk perspectief zijn geïnterpreteerd. Ik ben dan ook blij met het eindresultaat van onderhavig onderzoek en de keuze voor een uitgebreide casestudie van rechterlijke uitspraken. Hoewel geen generieke uitspraak kan worden gedaan over de toegestane uitzonderingsgronden uit het Didam-arrest, heeft het onderzoek wel inzicht gegeven in de context van het arrest en de rechtsoverwegingen in verschillende praktijkvoorbeelden. Aan de hand van deze inzichten is geconcludeerd welke beleidsvrijheid de gemeente nog toekomt, bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot gemeentelijk vastgoed. Hiermee zijn de onderzoeksresultaten niet alleen relevant voor mijzelf en mijn dagelijkse werkzaamheden, maar ook voor de vastgoedpraktijk.

7.3.3 Vervolgonderzoek

In 2023 heeft mr. M. Appel onderzocht wat de rechtsgevolgen van het Didam-arrest zijn voor reeds gesloten overeenkomsten door overheidslichamen, die tot stand zijn gekomen zonder een openbare selectieprocedure te organiseren (Appel, 2023).

Met de inzichten uit onderhavig onderzoek en de opgedane kennis uit het onderzoek van mr. M. Appel is een mooie basis gelegd voor een verdiepingsslag naar de implementatie van de kaders uit het arrest in het (landelijke) vastgoedbeleid van verschillende overheidslichamen. Een voor de hand liggend vervolgonderzoek is dan ook om na te gaan hoe verschillende overheidslichamen zijn omgegaan met de gevolgen van het arrest. Bijvoorbeeld door in een vervolgonderzoek te differentiëren naar omvang van het overheidslichaam, omvang van de vastgoedportefeuille en het politieke speelveld waarbinnen het overheidslichaam opereert. Daarbij kunnen aanvullende interviews over de impact van het arrest op het vastgoedbeleid interessant zijn voor een nader onderzoek, waarmee nieuwe inzichten worden verkregen.

Bibliografie

- Appel, M. (2023). *Is het Didam-arrest een aanslag op de rechtszekerheid?*
- Baarda, B. (2019). *Dit is onderzoek : handleiding voor kwantitatief en kwalitatief onderzoek*. Groningen/Houten: Noordhoff.
- Baarda, B., Bakker, E., Fischer, T., Julsing, M., Kostelijk, E., & Van der Velde, T. (2021). *Basisboek Kwalitatief onderzoek: Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*. Groningen/Houten: Noordhoff.
- Coase, R. (1937). The nature of the firm. *Economica Volume 4, Issue 16*, pp. 386-405.
- College van Rijksadviseurs. (2020, oktober 13). *Rijk als rentmeester: sturen op maatschappelijke meerwaarde*. Opgehaald van Website college van Rijksadviseurs: <https://www.collegevanrijksadviseurs.nl/adviezen-publicaties/publicatie/2020/10/13/rijk-als-rentmeester>
- Gemeente Montferland. (2021a). *Bestemmingsplan Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o.* Opgehaald van Ruimtelijke plannen: https://www.ruimtelijkeplannen.nl/documents/NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01/t_NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01.html
- Gemeente Montferland. (2021b). *Centrumplan Didam*. Opgehaald van Gemeente Montferland: <https://gemeente-montferland-2.foleon.com/project/centrumplan-didam/informatie>
- Gemeente Montferland. (2021c). *Kadernota 2021*. Opgehaald van Gemeente montferland: <https://www.montferland.info/sites/default/files/2020-06/Kadernota%202021.pdf>
- Gemeente Rotterdam. (2019). *Kadernota Vastgoed: Vastgoed, katalysator voor ontwikkeling*.
- Gemeente Rotterdam. (2023). *Clusterinformatie*. Opgehaald van Gemeente Rotterdam: <https://www.werkenvoorrotterdam.nl/clusterinformatie>
- Hazeu, C. (2000). *Institutionele economie. Een optiek op organisatie- en sturingsvraagstukken*. Bussum: Coutinho.
- Hekkenberg, E. (2011). *Efficiënte herstructurering : een onderzoek naar de mogelijkheden van meer flexibiliteit in de stedelijke herstructureringsplannen van woningcorporaties*.
- Hoek-Gerritsen, S. v. (2022). *Schrijfgids voor economen*. Bussum: Coutinho.
- Hoge Raad. (2021, november 26). *Didam arrest*. Opgehaald van <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2021:1778>
- Hurenkamp Architecten & Adviseurs. (2019). *Ontwikkelplan Supermarkten Didam*. Opgehaald van https://cdn.foleon.com/upload/20817/ontwikkelingsplan_supermarkten_didam_definitief_concept_03062019.e3adb5384680.pdf
- Kadaster. (2023). *Eigendomsinformatie Raadhuisstraat 14 te Didam*. Opgehaald van <https://www.kadaster.nl/>

- Marquard, A., & Van der Post, W. (2023). *Syllabus Marktanalyse: Deel I ter ondersteuning van het college marktwerking & institutionele analyse*.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. (2022, juni 24). *Onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen*. Opgehaald van Volkshuisvesting Nederland: <https://www.volkshuisvestingnederland.nl/onderwerpen/grondbeleid/documenten/brieven/2022/07/05/getekende-brief-brief-aan-gemeenten-tav-onroerende-zaken-en-het-bieden-van-gelijke-kansen>
- Montferland Journaal. (2016, juli 13). *Digitale editie Montferland Journaal*.
- Nationaal Programma Rotterdam Zuid. (z.d.). *Uitvoeringsplan 2023-2027*. Opgehaald van nprz: <https://www.nprz.nl/over-nprz/onze-documenten/uitvoeringsplan>
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional change and Economic performance*. New York: Cambridge University.
- Rechtspraak. (2024). *Juridische begrippen*. Opgehaald van Website van de Rechtspraak: <https://www.rechtspraak.nl/juridische-begrippen/Paginas/vertrouwensbeginsel.aspx#:~:text=Algemeen%20beginsel%20van%20behoorlijk%20bestuur,een%20wettelijke%20bepaling%20wordt%20nageleefd>.
- Republiq. (2019). *Cijfers gemeentelijk vastgoed 2019*. Opgehaald van Website van Republiq: https://republiq.nl/images/uploads/20190918_-_Cijfers_gemeentelijk_vastgoed_2019_final_1.pdf
- Rijksoverheid. (2022, januari 10). *Factsheet Didam-arrest - advies van landsadvocaat*. Opgehaald van Rijksoverheid: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/01/10/factsheet-didam-arrest---advies-van-landsadvocaat>
- Smits, P. (2016). *Gemeentelijk Vastgoed Management. Integraal vastgoedmanagement als effectief sturingsmiddel voor gemeentelijke vastgoedexploitaties*. Meppel: SPRYG Real Estate Academy.
- Ter Bogt, H. (1998). Neo-institutionele economie en de praktijk bij verzelfstandigde overheidsorganisaties. *Maandblad voor accountancy en bedrijfseconomie Volume 72*.
- Van der Post, W., & Hekkenberg, E. (2013). *Een theoretische verkenning tussen zekerheid en flexibiliteit*.
- Verheugt, J. (2023). *Inleiding in het Nederlandse recht*. Amsterdam: Zuidas.
- Williamson, O. (1979). Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual relations. *The Journal of Law & Economics vol. 22, pp. 233-261*.
- Williamson, O. (2000). The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*, pp. 595-613.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6553

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4353

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5383

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796

Gerechtshof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368

Gerechtshof Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:278

Rechtbank Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529

Rechtbank Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170

Rechtbank Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316

Rechtbank Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892

Rechtbank Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99

Rechtbank Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713

Rechtbank Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795

Rechtbank Gelderland 25 april 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:2660

Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46

Rechtbank Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086

Rechtbank Limburg 19 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361

Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244

Rechtbank Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418

Rechtbank Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2645

Rechtbank Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739

Rechtbank Noord-Holland 10 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6409

Rechtbank Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82

Rechtbank Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916

Rechtbank Noord-Nederland 21 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3037

Rechtbank Oost-Brabant 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:997

Rechtbank Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477

Rechtbank Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317

Rechtbank Rotterdam 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115

Rechtbank Rotterdam 7 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8254

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3819

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3820