

# NOTITIE

versie 17-4-2023

<b>DATUM</b>	17 april 2023
<b>BETREFT</b>	Didam-advies uitgifte in erfpacht gemeentegrond ten behoeve van themapark Puy du Fou
<b>OPGESTELD DOOR</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 5.1.2e   5.1.2e</li> <li>• 5.1.2e   5.1.2e</li> </ul>

## 1. VRAAGSTELLING

Op 1 oktober 2020 heeft de gemeente Meppel een voorkeursrecht gevestigd in het gebied 'Noord IV', gelegen in de oksel van de A32 en de N371 tot aan de Arendsweg en de grens met de gemeente Westerveld. De locatie is aangeduid als toekomstig gebied bestemd voor bedrijventerrein, energielandschap, recreatie, natuur en water met bijbehorende voorzieningen, alle niet-agrarisch en nader uit te werken. Inmiddels heeft de gemeente het bestemmingsplan in voorbereiding voor dit gebied.

Eén van de speerpunten van de provincie Drenthe is om de toeristische sector te promoten, daar hoort ook het faciliteren van het initiatief van Puy du Fou bij, die in de provincie graag een themapark wil ontwikkelen. Een deel van het gebied 'Noord IV' met een oppervlakte van circa 60 hectare, zoals rood omlijnd weergegeven op onderstaande afbeelding, lijkt een geschikte locatie voor het themapark. De gemeente heeft circa 17 hectare van de locatie reeds in eigendom. De gemeente is bereid de resterende gronden te verwerven ten behoeve van de uitgifte in erfpacht hiervan aan Puy du Fou.



*Situatietekening (bron: drenthe feasibility study, phase #3 Executive presentation d.d. februari 2023)*

In het kader van het op 26 november 2021 door de Hoge Raad gewezen Didam-arrest roept dat bij de gemeente wel de vraag op of zij de locatie (na de verwerving hiervan) één op één in erfpacht uit mag geven aan Puy du Fou.

En zo ja, hoe zij dit strategisch gezien het beste aan kan pakken, onder meer als het gaat om de publicatie van de voorgenomen erfpachtuitgifte in relatie tot de onderhandelingen met Puy du Fou en de verdere planuitwerking door Puy du Fou.

## 2. HET DIDAM-ARREST SAMENGEVAT

Op 26 november 2021 is door de Hoge Raad het Didam-arrest gewezen (ECLI:NL:2021:1178), waarin – kort samengevat – is geoordeeld dat overheden uitdrukkelijk ook bij verkoop van onroerende zaken de mededingingsnorm (en transparantienorm) in acht moeten nemen. Waar het <sup>5.1.2e</sup> Müllerarrest (HvJ-EU, 25 maart 2010, zaak C-451/08) tot 26 november 2021 het toetsingskader was – althans dat dachten we – voor overheden om te bezien of zij onroerende zaken, zonder aanbestedingsplicht, één op één mochten verkopen, heeft de Hoge Raad daar verandering in gebracht met het Didam-arrest. Het één op één verkopen van gronden is door de Hoge Raad, op basis van het gelijkheidsbeginsel, met dit arrest aan banden gelegd.

Het uitgangspunt is dat overheidslichamen bij de verkoop van onroerende zaken hoe dan ook mededingingsruimte moeten bieden. Het afwijken hiervan kan slechts in uitzonderlijke gevallen, waarin er sprake is van slechts één serieuze gegadigde. Of er sprake is van één serieuze gegadigde, moet blijken uit objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Welke invulling exact aan deze criteria moet worden gegeven, dat wordt door de Hoge Raad vooralsnog overgelaten aan de praktijk. Inmiddels is er door de NEPROM in samenwerking met het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en de Vereniging voor Grondbedrijven in november 2022 de handreiking “implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling”<sup>1</sup> (hierna: ‘de Handreiking’) uitgebracht en zijn er een aantal rechterlijke uitspraken geweest, die wat meer richting geven.

Zo oordeelde het Gerecht in eerste aanleg te Sint Maarten op 28 januari 2022 over de uitgifte in erfpacht van acht percelen, waarbij de ‘Didam-maatstaf’ werd gehanteerd om te beoordelen of op basis van het gelijkheidsbeginsel voldoende mededingingsruimte was geboden. Deze uitspraak heeft ertoe geleid dat ook andere privaatrechtelijke overeenkomsten bij gronduitgifte door overheden en niet alleen overeenkomsten van verkoop onder de reikwijdte van het Didam-arrest vallen. Hierbij kan gedacht worden aan opstal, verhuur, bruikleen en verpachting.

Wat ‘nieuw’ is op basis van het Didam-arrest, dat is de publicatieplicht van alle voorgenomen gronduitgiftes door overheden, tijdig voorafgaand aan de daadwerkelijke uitgifte hiervan. Op basis van een publicatie mét motivatie – op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria – kunnen derden bezwaar/een klacht indienen. Ook als de betrokken overheid van mening is dat er slechts één serieuze gegadigde is aan wie kan worden uitgegeven, moet het voornemen tot gronduitgifte gepubliceerd en gemotiveerd worden. De wijze van publiceren en het medium zijn afhankelijk van de potentiële kring van gegadigden. Veelal wordt in de praktijk gepubliceerd op de gemeentelijke website, al dan niet in combinatie met het Gemeenteblad.

## 3. MARKTINITIATIEVEN EN DIDAM

Zoals in hoofdstuk 2 al aangegeven valt ook de uitgifte in erfpacht van overheidsgrond onder de reikwijdte van het Didam-arrest. Dat wil zeggen dat het uitgangspunt bij dergelijke uitgiftes is, dat er mededingingsruimte geboden moet worden. Of hier ten behoeve van het initiatief van Puy du Fou van afgeweken kan worden, dat is afhankelijk van het feit of er objectieve, toetsbare en redelijke criteria zijn, waaruit blijkt dat Puy du Fou aangemerkt kan worden als de enige serieuze gegadigde. Als dat het geval is, dan kan een openbare selectieprocedure achterwege blijven en kan de grond (gemotiveerd) één op één in erfpacht uitgegeven worden aan Puy du Fou.

<sup>1</sup> <https://vng.nl/nieuws/handreiking-over-gronduitgifte-na-didam-arrest>



Uit paragraaf 5.8 van de Handreiking volgt hoe om te gaan met initiatieven vanuit de markt ofwel unsolicited proposals, dat wil zeggen initiatieven waarbij een marktpartij een gemeente een concreet voorstel doet voor de ontwikkeling van een bepaald gebied, waarbinnen de onroerende zaken in eigendom zijn van de gemeente en waarbij deze marktpartij aangeeft dat hij bereid en in staat is om het gebied te ontwikkelen en een bouwprogramma overeenkomstig het gepresenteerde voorstel te realiseren. Puy du Fou heeft een dergelijk voorstel aan de gemeente gepresenteerd.

De vraag, zoals die ook in de Handreiking voorligt, is *“of de gemeente als criterium om onroerende zaken te vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare selectieprocedure wordt gehouden het ontvangen van een voor de gemeente aantrekkelijk initiatief vanuit de markt zou kunnen hanteren”*. 5.1.2e

5.1.2e merkt hier over op dat er aan twee voorwaarden voldaan moet zijn om een initiatief vanuit de markt te honoreren:

1. **de gemeente moet bereid zijn medewerking te verlenen aan het initiatief** (de kenmerken van het initiatief zijn niet in strijd met het beleid dat de gemeente ten aanzien van de locatie in de toekomst wenst te voeren); en
2. **een marktpartij doet een voorstel voor de ontwikkeling van een project of gebied, dat in geen enkel gemeentelijk beleidsstuk voorkomt** (het is werkelijk een uniek idee dat de marktpartij presenteert; het idee heeft een zekere uniciteit).

Als met het initiatief van Puy du Fou aan beide voorwaarden wordt voldaan, dan kan de gemeente besluiten de grond één op één in erfpacht uit te geven aan Puy du Fou. Aangezien het initiatief voor het themapark van Puy du Fou komt, is het logisch met deze partij te contracteren. Anders klopt het argument van de uniciteit van het plan van de marktpartij niet meer.

Zoals in hoofdstuk 2 al is aangegeven, moet het voornemen tot uitgifte in erfpacht gepubliceerd worden, waarbij de gemeente moet motiveren waarom Puy du Fou de enige serieuze gegadigde is, die voor de uitgifte in erfpacht in aanmerking komt. Het is aan de gemeente om in de motivatie aan te geven waarom uitsluitend Puy du Fou in staat is om een dergelijk initiatief te realiseren. De uniciteit van het initiatief speelt hierin een belangrijke rol.

Uit paragraaf 5.8 van de Handreiking volgt: *“Naarmate een te ontwikkelen project of gebied gecompliceerder en de marktpartij die het initiatief heeft ingediend unieker is, stijgt de kans dat het zonder voorafgaande selectieprocedure vervreemden van onroerende zaken met als criterium dat sprake is van aan een marktpartij die een initiatief heeft ingediend, voldoet als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zoals bedoeld door de Hoge Raad. Bij de afronding van deze handreiking was er over initiatieven vanuit de markt in relatie tot het Didam-arrest nog geen jurisprudentie beschikbaar.”*

In zijn artikel van 29 november 2022 op gebiedsontwikkeling.nu<sup>2</sup> geeft ook 5.1.2e 5.1.2e aan dat er na Didam speelruimte is voor gemeenten om marktinitiatieven te omarmen. Volgens hem zou het voor de voortgang van project- en gebiedsontwikkelingen goed zijn als er bestuurlijk lef wordt getoond en gebruik wordt gemaakt van deze speelruimte. Al is dit niet zonder juridisch risico.

Volgens 5.1.2e kan een partij die ongevraagd een voorstel indient bij een gemeente aangemerkt worden als de enige oprechte of serieuze gegadigde. Dit omdat een initiatiefnemer uit de markt aantoonbaar de moeite neemt om een concreet voorstel in te dienen bij de gemeente. Dat kost tijd, geld en energie. Het opstellen en indienen van een plan duidt volgens 5.1.2e op oprechte belangstelling en daarmee op de mogelijkheid om als gemeente een beroep te doen op de uitzonderingsregel van het Didam-arrest. Dit kan volgens 5.1.2e door de initiatiefnemer van het unsolicited proposal te zien als de enige serieuze (koop)gegadigde. In dit geval dus Puy du Fou. Deze initiatiefnemer onderscheidt zich van andere (potentiële) gegadigden, die geen plan hebben ingediend.

Anders dan dat 5.1.2e aangeeft in de Handreiking is het volgens 5.1.2e voor een één op één selectie van een marktinitiatief voldoende als een initiatiefnemer als eerste zijn idee voor een aankoop presenteert, welk idee

<sup>2</sup> <https://www.gebiedsontwikkeling.nu/artikelen/ook-na-het-didam-arrest-nog-mogelijkheden-voor-marktinitiatieven/>



bij voorkeur moet voldoen aan bestaande beleidsstukken; het moet aansluiten op de wensen van de gemeente. Het werkelijk uniek zijn van een gepresenteerd idee is volgens **5.1.2e** altijd goed, maar niet bepalend.

**5.1.2e** verwijst in zijn artikel ook naar de op 7 november 2022 door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant gewezen uitspraak (zaaknummer: C/02/398361 / KG ZA 22-266), waarin is uitgemaakt dat de gemeente Tilburg bosgrond met een oppervlakte van 1.380 vierkante meter één op één mocht verkopen aan een burgerinitiatief met het initiatiefvoorstel "Feestje". Het initiatiefvoorstel paste binnen de visie van de gemeente met betrekking tot Stadsbos013 (beter gebruik van het gebied door alle Tilburgers en investering in landschappelijke en ecologische kwaliteiten) en dat dit bijdraagt aan bestuurlijke doelen zoals het Armoedeoffensief Kinderen. Volgens de rechter heeft een ieder de mogelijkheid gehad om een initiatief in te dienen voor de bosgrond, maar heet maar één partij dit gedaan. Daarmee kon de gemeente motiveren op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat de eigenaren van het aangrenzende perceel de enige serieuze gegadigde waren. In dit geval staat een omvangrijke en arbeidsintensieve openbare verkoopprocedure volgens de voorzieningenrechter niet in verhouding tot de grootte en de waarde van het perceel. Bij Puy du Fou is dit ons inziens anders, gelet op de omvang van de locatie.

In de periode vanaf de publicatie van de Handreiking (november 2022) tot nu toe zijn er, behalve bovenstaande uitspraak, helaas geen andere uitspraken gedaan over marktinitiatieven in relatie tot het Didam-arrest. Het bestaat dus nog onzekerheid over hoe de rechtspraak aankijkt tegen marktinitiatieven in relatie tot Didam.

## 4. ERFPACHT

De gemeente wenst de gronden uit te geven in erfpacht. Het instrument erfpacht geeft mogelijkheden tot een zodanige specifieke gebruiksomschrijving zodat het aantal serieuze gegadigden mogelijk substantieel zal afnemen en mogelijk slechts één serieuze gegadigde resteert. Op grond van artikel 5:89, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek is het mogelijk om aan de uit te geven percelen een bestemming te geven. Deze bestemming moet niet worden verward met de aan percelen te geven bestemming in een bestemmingsplan. De bestemming die in een erfpachtakte kan worden opgenomen betreft een privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar om de gronden voor bepaalde gebruikdoeleinden te gebruiken, zoals ten behoeve van een themapark.

De bij de uitgifte in erfpacht te bepalen bestemming maakt onderdeel uit van de beoordeling of sprake is van één of meerdere serieuze gegadigden. Hoe specifieker de bestemming wordt omschreven (denk aan bebouwingsdichtheid en het beoogde gebruik), hoe kleiner mogelijk het aantal potentiële serieuze gegadigden. De omschrijving van het gebruik in de erfpachtvoorwaarden kan gebruikt worden in de publicatietekst.

## 5. PUBLICATIE VOORNEMEN ERFPACHT

### *Moment van publicatie voornemen tot uitgifte in erfpacht*

De Handreiking gaat ook in op de voor de praktijk belangrijke vraag, op welk moment in het soms lange onderhandelingsproces tussen de gemeente en de marktpartij aan wie de gemeente wenst te vervreemden mag of moet worden gepubliceerd. Ook in dit geval is deze vraag relevant, omdat Puy du Fou zo snel mogelijk zekerheid zal willen of de vervreemding en daarmee de ontwikkeling door kan gaan. Dit zou ervoor pleiten om zo vroeg mogelijk in het proces te publiceren, dus zelfs voordat de haalbaarheidsfase start en partijen kosten gaan maken.

Maar... uit de Handreiking volgt dat *"in dit verband cruciaal is, dat de Hoge Raad nadrukkelijk heeft bepaald dat de overheid "zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop" dient bekend te maken. Het woord 'voornemen' moet in de context van de uitspraak van de Hoge Raad zo worden opgevat dat, indien de bekendmaking van het voornemen geen aanleiding geeft tot een juridische procedure en een uitspraak dat alsnog een openbare selectieprocedure moet worden gevolgd, de overheid daadwerkelijk met de beoogde koper een koopovereenkomst zal sluiten. Dit veronderstelt dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de tekst van*

*(en bijlagen bij) de koopovereenkomst. Het is daarom niet in overeenstemming met het arrest indien 'slechts' sprake is van een voornemen tot serieuze onderhandeling (over de uitwerking van de plannen en de (financiële) onderbouwing) zoals op basis van bijvoorbeeld een intentieovereenkomst in de regel het geval is. Een dergelijke werkwijze staat ook op gespannen voet met de rechtszekerheid voor derde-marktpartijen, die dan niet weten voor welke precieze plannen ze mogelijk ook interesse zouden hebben."*

Hier uit volgt dat het voornemen tot uitgifte in erfpacht aan Puy du Fou in lijn met het Didam-arrest pas kan plaatsvinden als de gemeente en Puy du Fou overeenstemming hebben bereikt over de tekst van (en de bijlagen) van de erfpachtovereenkomst. En dus niet dat Puy du Fou en de gemeente het voornemen hebben tot serieuze onderhandeling over de uitwerking van de plannen en de (financiële) onderbouwing.

Gelet op het feit dat de gemeente nog behoorlijk wat grond moet verwerven ten behoeve van de uitgifte in erfpacht, betekent dat slechts de gemeentegrond op korte termijn in erfpacht uitgegeven kan worden aan Puy du Fou. Dit hoeft de gemeente en Puy du Fou er echter niet van te weerhouden nu al concrete afspraken te maken en de erfpachtvoorwaarden uit te onderhandelen voor het gehele terrein, zo ook voor de door de gemeente nog te verwerven gronden.

Het risico dat de gemeente loopt naar aanleiding van de publicatie is, dat andere potentiële gegadigden (marktpartijen) zich op het standpunt stellen, dat zij ook in staat zijn om binnen de randvoorwaarden en beleidsuitgangspunten een voorstel te doen vergelijkbaar aan het themapark van Puy du Fou en daarom ook een kans willen krijgen om de grond in erfpacht te verkrijgen. Dit risico neemt af naar mate het initiatief unieker is. Is er sprake van een tweede serieuze gegadigde, dan kan het alsnog uitschrijven van een openbare selectieprocedure onontkoombaar zijn. Een belangrijke vraag hierbij is of de gemeente op vooraf bekend was met concrete belangstelling van gegadigden in de locatie.

Aan de andere kant, als er na de publicatie geen andere gegadigde opstaat, dan is die er blijkbaar niet en kan de één op één uitgifte in erfpacht aan Puy du Fou doorgang vinden.

Zoals in hoofdstuk 2 al geschreven is het publicatiemedium afhankelijk van de potentiële kring van gegadigden. In dit geval zullen dat landelijke- of zelfs internationale themaparken zijn. De gemeente kan zich daarbij afvragen of een publicatie via de gemeentelijke website in combinatie met het Gemeenteblad volstaat. Wij adviseren in deze om een landelijk platform voor de publicatie te gebruiken, zoals [bidboek.nl](http://bidboek.nl) van het Rijksvastgoedbedrijf.

#### Te bespreken met de gemeente:

1. Past het initiatief van Puy du Fou binnen gemeentelijk beleid of visie?
2. Hebben andere partijen interesse getoond in de grond?
3. Hoe om te gaan met de nog door de gemeente te verwerven gronden? Erfpachtuitgifte in twee fasen? Is dit politiek gezien handig?
4. Optie: partijen via gemeentelijke website uitnodigen om een voorstel te doen voor de locatie? Volgens **5.1.2e** **5.1.2e** kan vervolgens één op één de Didam-toets doorstaan.

## 6. CONCLUSIE

...

## 7. DISCLAIMER

Het Didam-arrest is een relatief recent arrest, waar tot nu toe hoofdzakelijk in kort geding procedures over gevoerd zijn. Dit advies is opgesteld met inachtneming van de huidige stand van de rechtspraak. Het is mogelijk dat dit advies in de toekomst door latere of hogere rechtspraak of de praktijk wordt achterhaald.

# Legenda toegepaste uitzonderingsgrondslagen

In dit document zijn gedeeltes geanonimiseerd op grond van artikel 5 van de Wet open overheid:

## **Art. 5.1 lid 2 onderdeel e**

De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, tenzij de betrokken persoon instemt met openbaarmaking

Pagina('s): 1 3 4 5

# Legenda toegepaste uitzonderingsgrondslagen

Er zijn geen gegevens geanonimiseerd in dit document.

Wet	Artikel	Beschrijving	Pagina('s)
-----	---------	--------------	------------



# Legenda toegepaste uitzonderingsgrondslagen

In dit document zijn gegevens geanonimiseerd op grond van:

<b>Wet</b>	<b>Artikel</b>	<b>Omschrijving</b>	<b>Pagina's</b>
Wet open overheid	Art. 5.1 lid 2 sub e	De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	2, 3