

6. Het tsunami-effect van het Didam-arrest deel 5

In aansluiting op vier eerdere overzichtsartikelen van jurisprudentie na het Didam-arrest maakt Manfred Fokkema de vijfde gerechtelijke tussenstand op.

MR. M. FOKKEMA

Het Didam-arrest houdt de wereld van project- en gebiedsontwikkeling al meer dan twee jaar bezig. Nog altijd is er sprake van een gestage stroom aan nieuwe gerechtelijke uitspraken over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de vervreemding van overheidsvastgoed. Manfred Fokkema maakt nogmaals een gerechtelijke tussenstand op. Hij gaat na welke lijnen er zijn te ontdekken in de jurisprudentie¹.

1. Het Didam-arrest - kern

Indien een overheidslichaam een onroerende zaak wil verkopen, dan moet via een selectieprocedure ruimte worden geboden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de verkoop als er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Dit vanwege het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Met inachtneming van beleidsruimte die het overheidslichaam toekomt, moeten objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria worden opgesteld. Ook moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van het vastgoed, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Hierover moet tijdig voorafgaand aan de procedure duidelijkheid worden gegeven door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Deze mededingingsruimte hoeft niet geboden te worden als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare

en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval moet het voornemen tot de één-op-één verkoop wel (gemotiveerd) bekend worden gemaakt, zodat iedereen daar kennis van kan nemen.²

2. Het voortdurende tsunami-effect van het Didam-arrest

Inmiddels zijn er zo'n 100 'Didam'-uitspraken terug te vinden op www.rechtspraak.nl. Het is vanwege dit forse aantal vonnissen en arresten bepaald niet eenvoudig om overzicht te houden. Daarom zet ik de eerder ingezette lijn voort van een meer thematische bespreking van de verschillende uitspraken. De bestuursrechtelijke uitspraken laat ik ook ditmaal onbesproken. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verbindt namelijk (nog altijd) geen consequenties aan een schending van het Didam-arrest.³ De civiele rechter doet dat wel en dat is relevant voor de praktijk van project- en gebiedsontwikkeling.

3. De effecten voor de praktijk

► Toepassingsbereik

Het Didam-arrest ziet niet alleen op de verkoop door gemeenten van onroerende zaken. De uitspraak werkt ook door in situaties van (erf)pacht⁴, bruikleen⁵, grondruil, (voortzetting/overname door een derde van) huur en (natuur-)beheer. Het arrest heeft zodoende betrekking op situaties waarin de feitelijke zeggenschap over een onroerende zaak (tijdelijk) bij een andere partij dan de gemeente terecht komt. Daarnaast ziet de uitspraak ook

op situaties waarin niet een gemeente partij is, maar een ander overheidslichaam, zoals de Staat, Staatsbosbeheer, een samenwerkingsverband van gemeenten – in de vorm van een gemeenschappelijke regeling – of een provincie. Volgens de rechtbank Rotterdam ziet het Didam-arrest zelfs op al het privaatrechtelijk overheidshandelen.⁶ Het Didam-arrest ziet niet op situaties van inbesteding, welke worden gereguleerd door het aanbestedingsrecht.⁷

► Potentiële of serieuze gegadigde

De Hoge Raad geeft in het Didam-arrest niet aan wat het verschil is tussen een (potentiële) gegadigde en een serieuze gegadigde. Dit leidt logischerwijs tot verschillende uitkomsten in gevallen waarin de rechter de status van een eisende partij moet beoordelen. Is dat wel of geen (potentiële) gegadigde of toch een serieuze gegadigde?

In het vorige overzichtsartikel wees ik al in kritische zin op een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant waarin is geoordeeld dat een partij die in algemene zin (koop) belangstelling kenbaar maakt bij een overheidslichaam, daarmee niet kwalificeert als een (potentiële) gegadigde. Volgens deze rechtbank is er sprake van een (potentiële) gegadigde als deze zijn belangstelling heeft getoond via een concrete, deugdelijke en geloofwaardige planpresentatie. Aldus rust de bewijslast niet op de gemeente, maar op de (potentiële) gegadigde die in een gerechtelijke procedure bijvoorbeeld uit is op een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst (ver)nietig(baar) is, althans die wil dat er alsnog een selectieprocedure wordt georganiseerd.⁸

Beter verdedigbaar acht ik de benadering van de rechtbank Noord-Holland dat een serieuze gegadigde een partij is die een concreet plan heeft, waaruit blijkt dat deze partij beschikt over voldoende kennis, ervaring en financiële middelen.⁹ De eis van een concreet plan – bijvoorbeeld binnen het geldende ruimtelijke kader¹⁰ – past mijns inziens beter bij een serieuze gegadigde, dan bij een (potentiële) gegadigde. De rechtbank Den Haag denkt er evenwel anders over: volgens deze rechtbank is er sprake van een potentiële gegadigde als deze een deugdelijk plan heeft (idem rechtbank Oost-Brabant) én beschikt over financiële middelen.¹¹ Zo ver wil de rechtbank Zeeland-West-Brabant dan weer niet gaan. Voor deze rechtbank is het voldoende om een gegadigde te zijn als deze kan worden aangemerkt als een reële gegadigde. Maar hoe toon je dat aan? Volgens de rechtbank Zeeland-West-Brabant door voldoende aannemelijk te maken dat je in staat bent om de beoogde ontwikkeling zelf te realiseren.¹²

► Bestaande overeenkomsten

In deel 4 van deze tsunami-reeks stond ik vrij uitgebreid stil bij de vraag of ook bestaande overeenkomsten geraakt (kunnen) worden door het Didam-arrest. Dat is het geval;

in meerdere uitspraken is uitgemaakt dat een Didam-arrest-strijdige overeenkomst voor vernietiging (de overeenkomst gaat dan achteraf onderuit)¹³ of zelfs nietigheid (de overeenkomst heeft dan van meet af aan niet bestaan) in aanmerking kan komen. Inmiddels heeft de rechtbank Limburg beslist dat een vordering tot nietigheid of vernietigbaarheid van een Didam-arrest-strijdige overeenkomst uit hoofde van art. 3:52 BW verjaart drie jaren nadat er bekendheid is met de overeenkomst. Voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad geldt een verjaringstermijn van vijf jaar, welke termijn vanwege art. 3:310 BW begint te lopen zodra er bekendheid is met de schade en de aansprakelijke persoon (in dit geval vaak de gemeente).¹⁴

Voor de goede orde: uit een aantal uitspraken volgt wederom dat een bestaande overeenkomst overeind kan blijven, ook al zou het contract strijdig zijn met het (latere) Didam-arrest. In een dergelijk geval prevaleert dan in feite het vertrouwensbeginsel – bijvoorbeeld vanwege gedane toezeggingen en gepleegde investeringen – boven het gelijkheidsbeginsel.¹⁵ Volgens de rechtbank Limburg is het niet volgen van een openbare selectieprocedure een formele normschending die als zodanig niet leidt tot nietigheid van een reeds gesloten overeenkomst.¹⁶

Er is overigens cassatie ingesteld tegen de jongste Didam-uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023. In hun arrest oordeelden de raadsheren, in aansluiting op het aanbestedingsrecht, tot vernietiging van de door de gemeente Montferland aangegane verkoopovereenkomst. Het zou goed zijn voor de rechtszekerheid als de Hoge Raad zich in een Didam-II-arrest uitlaat over de vraag wat het 1^e Didam-arrest tot gevolg heeft voor (voordien) gesloten één-op-één verkoopovereenkomsten, die achteraf de toets der kritiek – op het gelijkheidsbeginsel – niet kunnen doorstaan. Prevaleert dan het gelijkheidsbeginsel – met als sanctie nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst – of toch het vertrouwensbeginsel?

► De bekendmaking

Zoals gezegd: het voornemen tot het sluiten van een één-op-één verkoop-, ruil-, erfpacht-, verhuur- of (natuur-) beheersovereenkomst moet bekend worden gemaakt door het overheidslichaam, zodat een ieder hier kennis van kan nemen. Uit diverse uitspraken blijkt – tot op heden – dat hierbij volstaan kan worden met een bekendmaking op de eigen algemene website, een specifieke (ideeën) website of het gemeente/provincieblad. Het is wel zaak om de bekendmaking zorgvuldig en begrijpelijk te formuleren, daarin de gehanteerde één-op-één criteria op te nemen en om de gegeven motivering aan te laten sluiten op de feitelijke situatie. Gebeurt dat niet, dan dreigt een verplichte nieuwe bekendmaking of het alsnog moeten doorlopen van een selectieprocedure.¹⁷

› Selectieprocedure

Hoofregel uit het Didam-arrest is dat er een selectieprocedure moet worden doorlopen als redelijkerwijs aangenomen moet worden dat er meerdere (potentiële) gegadigden zijn (en er geen sprake is van slechts één serieuze gegadigde). Die procedure moet op zorgvuldige wijze plaatsvinden, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, omdat het overheidslichaam anders het risico loopt schadeplichtig te zijn. Ook moet de gemeente de regels van de selectieprocedure naleven.¹⁸

De selectieprocedure als zodanig is in principe vormvrij. De gemeente kan selecteren op basis van bijvoorbeeld volgorde van binnenkomst, loting¹⁹, hoogsteieder²⁰, beste plan (of eisen en doelen van de gemeente) of een combinatie van prijs en plan (of eisen en doelen van de gemeente). Bij een complexe of omvangrijke gebiedsontwikkeling, waar al vrij snel een gemeentelijke behoefte zal zijn aan een inhoudelijke beoordeling van het plan dat de koper heeft, zal een selectie via volgorde van binnenkomst, loting of enkel hoogste bieder (mogelijk) niet geschikt zijn. Selectie op basis van plan of plan en prijs ligt dan voor de hand.

› Toegestane één-op-één situaties

Flink wat uitspraken gaan in op de vraag of er gebruik mocht worden gemaakt van de uitzonderingsregel uit het Didam-arrest; één-op-één contracteren, omdat de wederpartij de enige serieuze gegadigde is. In de volgende situaties – mede afhankelijk van de concrete feitelijke omstandigheden van het geval²¹ – kunnen één-op-één contracten toegestaan zijn:

- Verkoop/uitgifte ten behoeve van:
 - het nakomen van een eerdere (onderhandelings) toezegging;
 - specifiek vastgoed, zoals huurwoningen (uit hoofde van prestatieafspraken) en nutsvoorzieningen;²²
 - zelfrealisatie en een integrale (gebieds)ontwikkeling;²³
 - de nakoming van een bouwclaim of een (noodzakelijke) ruiltransactie;²⁴
 - een noodzakelijke bedrijfsverplaatsing;
 - een marktinitiatief of *unsolicited proposal* (passend binnen de algemene beleidskaders van de gemeente)²⁵; en;
 - de eigenaar van een buurperceel.²⁶
- Verlenging van huurovereenkomsten.

› Niet toegestane één-op-één situaties

Inmiddels heeft een toenemend aantal gemeenten een gerechtelijke tik op de vingers gekregen, omdat er ten onrechte – soms vrij evident – gebruik is gemaakt van de uitzonderingsregel uit het Didam-arrest. De mogelijke gevolgen? De verkoop/levering wordt door de rechter geblokkeerd, denkbaar is dat de lokale overheid scha-

deplichtig wordt bevonden en dat een selectieprocedure alsnog moet worden doorlopen (op straffe van een dwangsom), althans dat die procedure alsnog op de juiste wijze moet worden toegepast. De volgende situaties – mede afhankelijk van de concrete feitelijke omstandigheden van het geval – rechtvaardigen (mogelijk) geen één-op-één transactie:

- er is reeds een biedprocedure doorlopen, waarbinnen biedingen zijn gedaan;²⁷
- het is de gemeente op voorhand bekend dat er meerdere (gelijkwaardige) partijen zijn die belangstelling hebben in de onroerende zaak (terwijl (i) er verkoopafspraken zijn gemaakt met een partij die bij de start van de onderhandelingen geen eigendommen bezat in het te herontwikkelen gebied, (ii) een ruil met de gemeente niet noodzakelijk is, of (iii) met de andere partij ook een grondtransactie noodzakelijk is om te komen tot een ontsluiting van een gebied);
- de exploitatie van het te ontwikkelen gebied hoeft niet door één partij met een bestaande positie te worden gedaan, maar kan door meerdere partijen plaatsvinden;
- de gemeente heeft gesproken en gecorrespondeerd met een andere gegadigde, waarbij sprake is van (niet nagekomen) toezeggingen inzake het op de hoogte houden van de verkoopprocedure;
- een andere gegadigde is in de waan gelaten en aan het lijntje gehouden inzake een nog te doorlopen tenderprocedure, terwijl er sprake is van naar een specifieke koper toegeschreven selectiecriteria;
- er is sprake van een willekeurige uitgifte, die niet gebaseerd is op uitgiftebeleid;
- de gemeente heeft de één-op-één criteria (achteraf) toegeschreven naar de (beoogde) koper²⁸; en
- overdracht van rechten uit een huurpositie.²⁹

4. Tot slot

Het Didam-arrest leidt al meer dan twee jaar lang tot de nodige beroering. Dit gaat voorlopig nog niet veranderen, want de stroom aan gerechtelijke uitspraken waarin toepassing van het arrest aan de orde is, droogt (voorlopig) nog niet op. Niet alleen gaat hier om een stroom aan eerste aanleg vonnissen in kort geding. Het gaat steeds vaker om uitspraken in hoger beroep of in een bodemprocedure. En dan is er ook nog de Didam-kwestie zelf. Daarover mag de Hoge Raad zich nogmaals uitlaten in een Didam II-arrest. Hopelijk leidt dat arrest tot meer duidelijkheid over de reikwijdte van het inmiddels roemruchte arrest en dan vooral over de vraag wat de rechtsgevolgen moeten zijn bij een Didam-arrest-strijdige overeenkomst. Daarom ook dit keer weer: wordt vervolgd!

1 Dit artikel is afgerond met de stand van zaken in de jurisprudentie op 13 december 2023. Qua bronvermelding wordt (behoudens het Didam-arrest) alleen verwezen naar uitspraken die zijn gepubliceerd sinds 4 april 2023, zijnde de peildatum van deel 4 van deze artikelenreeks.

- 2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam).
- 3 Zie bijvoorbeeld ABRS 6 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4528 (Alphen aan den Rijn).
- 4 Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892 (Delft).
- 5 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5383 (Groningen) en Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477 (Ommen).
- 6 Rb. Rotterdam 24 november 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10995 (Rotterdam).
- 7 Rb. Zeeland-West-Brabant 23 november 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:8185 (Breda).
- 8 Zie ook Rb. Den Haag 4 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:15640 (Noordwijk).
- 9 Rb. Noord-Holland 10 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6409 (Schagen).
- 10 Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892 (Delft).
- 11 Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14982 (Delft).
- 12 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144 (Breda).
- 13 Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086 (Leudal).
- 14 Rb. Limburg 19 juni 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361 (Heerlen).
- 15 Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2252 (Den Haag), Hof Amsterdam 17 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3039 (Amsterdam) en Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170 (Amstelveen).
- 16 Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086 (Leudal).
- 17 Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNNE:2023:6121 (Amersfoort).
- 18 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6553 (Montferland), Rb. Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNNE:2023:2645 (Rhenen) en Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3819 (Waalwijk).
- 19 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10355 (Zevenaar).
- 20 Rb. Rotterdam 17 november 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10808 (Nieuw Reijerwaard).
- 21 Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317 (Rotterdam).
- 22 Rb. Rotterdam 2 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4592 (Edam-Volendam) en Rb. Overijssel 26 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477 (Ommen).
- 23 Hof Den Haag 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2252 (Den Haag) en Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147 (Breda).
- 24 Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNNE:2023:6121 (Amersfoort), Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5383 (Groningen).
- 25 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:70147 (Breda), Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368 (Rotterdam) en Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5383 (Groningen).
- 26 Rb. Rotterdam 7 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8254 (Gorinchem) en Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368 (Rotterdam).
- 27 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6553 (Montferland).
- 28 Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNNE:2023:6121 (Amersfoort).
- 29 Rb. Rotterdam 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115 (Rotterdam).



Over de auteur

Manfred Fokkema is advocaat-partner project- en gebiedsontwikkeling bij Infense advocaten en redactielid van dit tijdschrift.

Vooruitblik

Voor de komende edities (2024) worden onder meer artikelen voorbereid over:

- › Zelfrealisatierecht vanuit diverse invalshoeken (exploitatieplan/antérieure overeenkomst en Ow)
- › Strategische Investeringsagenda gemeente Enschede
- › Erfpacht gemeente Amsterdam
- › Kostenverhaal zonder tijdvak oplossing of onzekerheid
- › Klimaatrobuuste-Grex-tijd-voor- nieuwe-rekensommen
- › BNG financiering grondexploitaties
- › Praktijkproject Hardenberg
- › Verliesvoorzieningen nemen i.v.m. stikstofproblemen in gebiedsontwikkeling
- › Maatschappelijke kosteneffectiviteitsanalyse binnen-buitenstedelijk bouwen
- › (On)mogelijkheid voor gemeenten om bepaalde woningcategorieën te realiseren
- › Mobiliteitshubs
- › Wetsvoorstel overdrachtsbelasting aandelen (activa-passivatransacties) bij nieuwbouw
- › Onderzoek naar eerste drie tranches WBI
- › Betaalplanologie onder Omgevingswet niet langer mogelijk zoals in Wro?
- › Stikstofwet in de praktijk
- › Kronieken jurisprudentie grondexploitatie, onteigening-ks en schadeloosstelling bij onteigening

De auteurs belichten vanuit diverse invalshoeken deze onderwerpen uit hun dagelijkse praktijk.

Uw kopijbijdragen of vragen voor Grondzaken en gebiedsontwikkeling zijn van harte welkom! Voor kopij in de vorm van een artikel ontvangt de redactie graag eerst een synopsis.

Voor de 2^e editie 2024 wordt een selectie van artikelen voorbereid naast de halfjaarlijkse kronieken, het jurisprudentieoverzicht en andere vaste rubrieken.

Kopijdatum voor de 3^e editie 2024 is **25 maart 2024** en voor de 4^e editie **6 mei 2024**.

En heeft u suggesties voor andere onderwerpen die aandacht moeten krijgen in Grondzaken en gebiedsontwikkeling? Laat het de redactie weten via grondzaken@sdu.nl!