

BR 2023/16

Rechtbank Noord-Holland 20 oktober 2022, nr. C/15/330491 / KG ZA 22-388
(Mr. A.H. Schotman)
m.nt. T.A. Terlien¹

(Art. 3:14, 3:40 BW)

ECLI:NL:RBNHO:2022:9333

Didam-arrest, bekendmaking, verkoop en levering gemeentegrond, openbare selectieprocedure, serieuze gegadigde, gelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, nietigheid

De gemeente Heemskerk ('Gemeente') heeft met Van Lith Bouwbedrijf B.V. ('Van Lith') in december 2017 - ca. vier jaar vóórdat het Didam-arrest² - een koopovereenkomst gesloten op basis waarvan de Gemeente aan Van Lith gemeentegrond verkocht, ter realisatie van een met Van Lith afgestemd woningbouwplan. Eiser meent dat het de Gemeente op grond van het gelijkheidsbeginsel niet was toegestaan om de gemeentegrond in kwestie onderhands te verkopen, tenzij op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria vast zou staan of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is. Uit de publicatie zou volgens eiser volgen dat meerdere gegadigden geïnteresseerd zijn in de (levering van de) gemeentegrond en bovendien is ook eiser bereid en in staat om op de betreffende grond meerdere woningen te realiseren. De Voorzieningenrechter van de Rb. Noord-Holland komt tot het oordeel dat de Gemeente op goede gronden heeft gekozen voor nakoming van het vertrouwensbeginsel door middel van nakoming van de overeenkomst.
(...)

3. De feiten

3.1 Van Lith is een bouwbedrijf dat in de jaren '90 van de vorige eeuw al kleine woningbouwprojecten heeft gerealiseerd in de wijk Waterkokers-Lunetten in [plaats]. Het perceel waar het hier om gaat, gelegen nabij de [adres 1] en de [adres 2] te [plaats] (hierna: het perceel) ligt ook in deze wijk.

3.2 Het perceel heeft in het bestemmingsplan van 2012 de bestemming 'groen' gekregen. Vóór 2012 rustte op het perceel een bestemming 'wonen'.

3.3 [eiser] is eigenaar van een woning aan de [adres 2]. Zijn perceel grenst aan het perceel waar het hier om gaat.

3.4 Vanaf 2014 is Van Lith met de gemeente in gesprek geweest over de verkoop van het perceel ten behoeve van een door haar, Van Lith, in overleg te ontwikkelen en te bouwen plan voor de realisatie van woningen. Dit heeft erin geresulteerd dat op 19 december 2017 een koopovereenkomst tussen partijen is gesloten voor het perceel. In de

koopovereenkomst is onder meer het volgende overeengekomen:

"2.1 Wederpartij zal op het genoemde perceel acht (8) eengezinswoningen ontwikkelen, zijnde zes (6) rijwoningen en twee (2) twee-onder-een-kap woningen.

2.2

De juridische levering van de grond zal niet eerder plaatsvinden, dan nadat de benodigde omgevingsvergunning(en) voor de realisatie van de woningen is/zijn verleend.

(...)

6. Kosten inpassing bestemmingsplan/planschade

a. Wederpartij is ermee bekend dat het te verkopen perceel is gelegen in het bestemmingsplan 'Woongebied II' en de bestemming 'Groen' heeft. De realisatie van genoemde woningen past niet binnen de genoemde bestemming. De benodigde omgevingsvergunning dient te worden voorbereid met een uitgebreide Wabo-procedure (26 weken) waarbij de raad in de gelegenheid wordt gesteld om een verklaring van geen bedenkingen (vvgb) af te geven.

Wederpartij zal ervoor zorgdragen dat uiterlijk 31 december 2017 alle benodigde documenten worden ingediend zodat de genoemde procedure wordt aangevangen.

b. Alle kosten welke gemaakt dienen te worden voor de planologische inpassing van het bouwplan voor de onderhavige kavel komen voor rekening van de wederpartij."

3.5 Van Lith heeft op 29 december 2017 de benodigde omgevingsvergunning aangevraagd bij de gemeente.

3.6 Een aantal omwonenden, waaronder [eiser] (hierna gezamenlijk: de omwonenden), heeft door middel van het indienen van zienswijzen bezwaar gemaakt tegen de aangevraagde omgevingsvergunning.

Na inventarisatie van de zienswijzen en met een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad, heeft de gemeente op 23 april 2019 aan Van Lith de omgevingsvergunning verleend.

3.7 Tegen de verleende omgevingsvergunning is door omwonenden beroep ingesteld bij de bestuursrechter in deze rechtbank. Op 19 januari 2021 is het beroep ongegrond verklaard. In deze uitspraak is de rechtbank ook ingegaan op het door de omwonenden aangedragen alternatieve plan en heeft geoordeeld dat het college (van de gemeente) inzichtelijk gemotiveerd heeft dat dit geen gelijkwaardig alternatief vormt voor het door de gemeente vergunde plan.

3.8 De omwonenden hebben tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep ingesteld bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling). Op 4 mei 2022 heeft de Afdeling de uitspraak van de rechtbank op de in deze context van belang zijnde punten bekrachtigd. De Afdeling heeft onder meer overwogen dat het college zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat aan het belang van woningbouw een zwaarder gewicht toekomt dan aan de daardoor geschade belangen van de appellanten. De Afdeling heeft zich daarbij laten leiden door de

¹ Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum.

² Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

grote behoefte aan woningen en door haar opvatting dat het realiseren van het bouwplan niet zal leiden tot een onaanvaardbare aantasting van woon- en leefklimaat.

3.9 Als gevolg van de uitspraak van de Afdeling is de aan Van Lith verleende omgevingsvergunning onherroepelijk geworden.

3.10 Op 3 juni 2022 heeft de gemeente haar voornemen om het perceel aan Van Lith te leveren officieel bekend gemaakt in het Gemeentebblad. In de publicatie is het volgende vermeld:

“De gemeente is voornemens het verkochte in eigendom over te dragen op basis van een op 17 december 2017 gesloten overeenkomst waaraan door de gemeente uitvoering wordt gegeven.

De koop van het verkochte is gesloten ruimschoots vóórdat de Hoge Raad op 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778) het zogenaamde “Didam-arrest” heeft gewezen en de initiatiefnemer heeft inmiddels aanzienlijke investeringen gedaan om het project te kunnen realiseren. Wij nemen aan dat voornoemde koper daarom de meest serieuze gegadigde is. (...)”

Kort geding

Bent u het niet eens met deze voorgenomen levering van het verkochte aan de initiatiefnemer, dan dient u binnen vier weken na dagtekening van deze publicatie een kort geding aanhangig te maken bij de rechtbank Noord-Holland. Deze termijn is een vervaltermijn (...).”

3.11 [eiser] heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om binnen vier weken na de datum van de publicatie een kort geding te starten bij bezwaar tegen de voorgenomen levering.
(...)

5. De vordering en de standpunten

[eiser]

5.1 vordert samengevat – dat de voorzieningenrechter bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad de gemeente verbiedt het perceel te leveren aan Van Lith of aan een andere derde partij, anders dan na het doorlopen van een openbare selectiemethode met objectieve, toetsbare en redelijke criteria en de gemeente gebiedt geen uitvoering te geven aan de grondaanbieding met Van Lith, een en ander met veroordeling van de gemeente in de kosten van het geding.

5.2 [eiser] beroept zich op het *Didam*-arrest van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2021:1778) en stelt dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat overheden bij verkoop van grond aan haar burgers gelijke kansen moeten bieden door een selectieprocedure te doorlopen aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, zodat een onderhandse verkoop als hier aan de orde niet mogelijk is tenzij bij voorbaat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria vast staat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is. [eiser] stelt dat uit de mededeling van de gemeente in de publicatie dat Van Lith ‘de meest serieuze gegadigde is’ volgt dat er meerdere gegadigden zijn zodat de gemeente niet mag overgaan tot

onderhandse verkoop van het perceel. [eiser] benadrukt dat hij ook bereid en in staat is om ter plaatse acht of zelfs meer woningen te realiseren.

De gemeente

5.3 De gemeente voert aan dat het *Didam*-arrest geen algemene civielrechtelijke ingang vormt voor partijen die er op uit zijn de plannen van een gemeente met de verkoop van een stuk grond te doorkruisen. Zij stelt dat [eiser] steeds geprobeerd heeft de woningbouw op het perceel tegen te houden en met dit kort geding door uitstel afstel probeert te bereiken. De gemeente acht dit niet aanvaardbaar, mede in aanmerking genomen de grote behoefte aan extra woningen, ook in de gemeente [plaats].

5.4 De gemeente betoogt verder dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en stelt dat Van Lith en [eiser] geen gelijke gevallen zijn. Van Lith heeft in 2017 te goeder trouw met de gemeente een koopovereenkomst gesloten met het oog op de realisatie van het onderhavige plan, dat zij in overleg met de gemeente heeft uitgewerkt en waartoe zij inmiddels substantiële investeringen heeft gedaan. De gemeente stelt dat Van Lith als enige op korte termijn bereid en in staat is het door de gemeente aan haar vergunde woningbouwplan te realiseren. Daarbij wijst zij er verder op dat Van Lith in het verleden gronden heeft ingebracht en dat aan Van Lith concessies zijn verleend waardoor zij niet gelijk te stellen is aan partijen voor wie dat niet geldt. De gemeente benadrukt dat dit objectieve, toetsbare en redelijke criteria zijn om Van Lith als de enige serieuze gegadigde aan te merken, zodat het gelijkheidsbeginsel zich niet verzet tegen levering van het perceel aan Van Lith.

5.5 Daarnaast voert de gemeente aan dat de koopovereenkomst te goeder trouw tot stand is gekomen en dat zij op grond van het vertrouwensbeginsel en rechtzekerheidsbeginsel in staat gesteld moet worden om het perceel aan Van Lith te leveren. Zij stelt dat [eiser] het onderhavige kort geding met een beroep op het *Didam*-arrest gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven en kan worden gebruikt, zodat sprake is van misbruik van bevoegdheid.

Verder stelt de gemeente dat sprake is van rechtsverwerking omdat [eiser], gelet op de gevoerde bestuursrechtelijke procedures, al jarenlang op de hoogte is van de voorgenomen verkoop van de grond maar zich nooit eerder als een serieuze gegadigde heeft gemeld. Weliswaar is door omwonenden, waaronder [eiser], een alternatief plan ingediend, maar dit is door de gemeente als niet gelijkwaardig beoordeeld en voldoet niet aan de wens van de gemeente over de inrichting van het perceel. Andere gegadigden hebben zich niet in kort geding gemeld, aldus de gemeente.

De gemeente is er tenslotte ook niet van overtuigd dat [eiser] werkelijk van zins is het vergunde woningbouwplan te realiseren en acht hem daartoe ook niet in staat.

Van Lith

5.6 Van Lith stelt dat [eiser] zich ruim viereneenhalf jaar met alle mogelijke middelen heeft verzet tegen de aan

Van Lith verleende omgevingsvergunning. Nu die procedure is afgelopen, tracht [eiser] in dit kort geding de vergunde woningbouw ter plaatse alsnog te voorkomen. Van Lith is van opvatting dat [eiser] daarbij geen rechtens te respecteren belang heeft.

Van Lith wijst er op dat zij in 2017 te goeder trouw een koopovereenkomst heeft gesloten met de gemeente en dat zij voor de realisatie van het project inmiddels investeringen heeft gedaan tot een bedrag van circa € 300.000, welke investeringen zij op de een of andere manier moet terugverdienen.

5.7 Van Lith stelt verder onder meer dat [eiser] niet als een serieuze gegadigde voor de realisatie van het onderhavige plan kan worden beschouwd. Hij is geen projectontwikkelaar en heeft geen bouwbedrijf en financier. Van Lith neemt aan dat deze procedure geen ander doel dient dan vertragen en frustreren in de hoop dat uitstel zal leiden tot afstel van de bouwplannen.

5.8 Ook wijst Van Lith erop dat er sprake is van een kentering op de huizenmarkt - de huizenprijzen zijn in het derde kwartaal ten opzichte van het kwartaal daarvoor met 5,8 % gedaald - terwijl de hypotheekrente en de bouwkosten zijn gestegen. Van Lith vreest dat verder uitstel tot gevolg zou kunnen hebben dat het plan niet zonder verlies kan worden gerealiseerd.

(...)

6. De beoordeling

6.1 Opmerking verdient dat de ingestelde vorderingen ertoe strekken dat de nakoming van een koopovereenkomst wordt verboden die door de gemeente en Van Lith is gesloten vóórdat het *Didam*-arrest is geweest. De regels in het arrest zijn (in ieder geval in hun concrete uitwerking) nieuw. De gemeente kon daarmee bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening houden. Aldus bezien zijn de vorderingen van [eiser] verstrekking te achten. Dat brengt mee dat voor toewijzing daarvan alleen aanleiding is indien er een aanzienlijke kans is dat zij in een bodemprocedure toewijsbaar worden geacht.

6.2 In zijn arrest van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (het *Didam*-arrest), heeft de Hoge Raad voorwaarden geformuleerd die gelden voor de uitzondering op de verplichting tot het doorlopen van een openbare selectieprocedure bij de verkoop van een perceel dat eigendom is van een overheidslichaam. In dit arrest heeft de Hoge Raad als volgt overwogen:

“3.1.3

Op grond van artikel 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in

acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

3.1.4

Uit het gelijkheidsbeginsel [...] vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

3.1.5

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

3.1.6

De hiervoor (...) bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt”.

(...)

6.4 Het gaat in casu om realisatie van een woningbouwplan waarover de gemeente al vanaf 2014 met Van Lith in overleg is geweest. Dat overleg was onder meer gericht op inpassing van dat plan in de door de gemeente belangrijk geachte omgevingsrechtelijke randvoorwaarden. Zoals blijkt uit de hiervoor onder r.o. 3.7 en 3.8 vermelde procedures is deze inpassing en de daarbij gevolgde procedure in rechte in twee instanties getoetst en akkoord bevonden. Dat leidt onontkoombaar tot de conclusie dat de toepasselijke publiekrechtelijke regeling niet is doorkruist, maar gevolgd, en brengt mee dat bij de toepassing van het *Didam*-arrest in het onderhavige geval het uitgangspunt moet zijn dat de

grond door de gemeente wordt verkocht met het oog op de realisatie van het woningbouwplan *zoals dat is vergund*.

6.5 Opmerking verdient verder dat de betrokken overeenkomst dateert van 2017, ruim voordat het *Didam*-arrest is gewezen, en dat de planontwikkeling ook geheel of grotendeels heeft plaatsgevonden voordat dit arrest is gewezen.

Uit de stellingen van [eiser] vloeit niet voort dat Van Lith niet te goeder trouw heeft gecontracteerd, en al helemaal niet dat Van Lith en de gemeente rekening hadden moeten houden met de procesregels die de Hoge Raad op 26 november 2021, dus bijna 4 jaar na het sluiten van de koopovereenkomst, in het *Didam*-arrest heeft geformuleerd.

Uitgangspunt is dus dat de koopovereenkomst te goeder trouw gesloten is en door de gemeente in beginsel moet worden nagekomen. Dat impliceert dat uit het *Didam*-arrest in de onderhavige casus voor de gemeente hooguit de verplichting voortvloeit om zich alsnog rekenschap te geven van de gerechtvaardigde belangen van derden.

6.6 De gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel kan de vordering alleen dragen als de overeenkomst strijdig geoordeeld moet worden met de goede zeden of openbare orde en op grond van artikel 3:40 BW nietig is. Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter tot dat rechtsgevolg leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig. Die doet zich hier om de navolgende redenen niet voor.

6.7 In de onderhavige casus gaat het in feite om een conflict tussen twee verschillende beginselen van behoorlijk bestuur, enerzijds het door de koopovereenkomst contractueel verankerde uitgangspunt dat door de overheid opgewekt vertrouwen behoort te worden gehonoreerd, anderzijds het in het *Didam*-arrest uitgewerkte uitgangspunt dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat overheidslichamen zoals de gemeente bij uitgifte van grond gelijke gevallen gelijk moeten behandelen.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeente in dat spanningsveld op goede gronden heeft gekozen voor nakoming van het vertrouwensbeginsel door middel van nakoming van de overeenkomst. Daarbij wordt het volgende van belang geacht.

6.8 Naast [eiser] heeft zich naar aanleiding van de sub 3.10 vermelde publicatie één andere gegadigde gemeld. De gemeente heeft onweersproken verklaard dat deze is afgehaakt nadat zij door de gemeente omtrent de stand van zaken was ingelicht.

[eiser] heeft opgemerkt dat deze gegadigde is afgehaakt omdat hem werd verteld dat het perceel niet te koop was omdat het al was verkocht, maar dat doet niet af aan het feit dat deze derde, net als [eiser], kennis heeft kunnen nemen van het *Didam*-arrest en van de evengenoemde publicatie. Dat een en ander heeft echter niet verhinderd dat die betrokkene niet langer als gegadigde in beeld is. Bovendien kan de klacht van [eiser] dat anderen niet hebben kunnen meedingen naar de onderhavige transactie [eiser] niet verder helpen, omdat het relativiteitsbeginsel daaraan in de

weg staat. Het gaat er in dit geding enkel om of [eiser] zelf als gegadigde aanspraak kan maken op het volgen van een biedingsprocedure.

6.9 Dat [eiser] zichzelf in dit geding als *gegadigde* presenteert, is nieuw.

Hij heeft zich de afgelopen jaren als *omwonende* gepresenteerd, en zich in die hoedanigheid verzet tegen de bouw van het woningbouwplan naar de realisatie waarvan hij nu pretendeert te willen meedingen. De in rechte aangevoerde bezwaren strekten er immers primair toe dat er op de betrokken locatie in het geheel (nog) niet gebouwd mocht worden. Reeds om die reden is het bepaald onaanvaardbaar dat de [eiser] de door hem verlangde beschikingsmacht over de grond zal gebruiken om het vergunde woningbouwplan te realiseren. [eiser] heeft zich ter zitting ook niet uitgelaten op een wijze die de indruk wekt dat hij met dit geding tot de realisatie van dat plan wenst te komen.

Daar komt bij dat [eiser] geen projectontwikkelaar is, geen bouwbedrijf heeft, niet heeft laten zien dat hij contact met een bouwbedrijf heeft en de financiering van de aankoop heeft geregeld. Hij heeft in het geheel niets laten zien dat een tegenwicht kan bieden voor de uit de historie voortvloeiende grote twijfel omtrent zijn werkelijke intenties.

6.10 De slotsom van deze vaststellingen is dat [eiser] op geen enkele wijze heeft onderbouwd dat hij een serieuze gegadigde is. Bij die stand van zaken is van strijd met het *Didam*-arrest geen sprake en is a fortiori aan de sub 6.1 geformuleerde maatstaf voor toewijzing van de vorderingen niet voldaan.

Slotsom en proceskosten

6.11 Het voorgaande leidt ertoe dat de vorderingen van [eiser] worden afgewezen. [eiser] wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van het geding tot op heden begroot op:

aan de zijde van de gemeente:

vastrecht € 676

salaris advocaat € 1.016

totaal € 1.692

en aan de zijde van Van Lith:

vastrecht € 676

salaris advocaat € 1.016

totaal € 1.692

(...)

Noot

1. In deze procedure bij de Rb. Noord-Holland had de Gemeente met Van Lith in december 2017 – ca. vier jaar vóórdat het *Didam*-arrest – een koopovereenkomst gesloten op basis waarvan de Gemeente aan Van Lith gemeentegrond verkocht, ter uitvoering van een – reeds vanaf 2014 – met Van Lith afgestemd woningbouwplan. De Gemeente heeft vervolgens op 3 juni 2022 het voornemen om het verkochte perceel te leveren in het Gemeenteblad gepubliceerd. In de publicatie heeft de Gemeente ook een

motivering opgenomen op basis waarvan de Gemeente tot de conclusie is gekomen dat Van Lith 'de meest serieuze gegadigde is'.

2. Eiser vordert op grond van het *Didam*-arrest – kort samengevat – een verbod van de Gemeente om de grond te leveren aan Van Lith anders dan na het doorlopen van een openbare selectieprocedure met objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Het zou de Gemeente volgens eiser op grond van het gelijkheidsbeginsel niet vrij staan om de grond in kwestie onderhands te verkopen, tenzij bij voorbaat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is. In de publicatie is echter opgenomen dat Van Lith 'de meest serieuze gegadigde is', waaruit volgens eiser zou volgen dat er meerdere gegadigden zijn. Eiser heeft hierbij verder benadrukt (ook) in staat en bereid te zijn om ter plaatse meerdere woningen te realiseren.

3. In deze procedure is allereerst opnieuw sprake van conflict tussen twee verschillende beginselen van behoorlijk bestuur. Het vertrouwensbeginsel botst met een ander beginsel van behoorlijk bestuur, te weten het gelijkheidsbeginsel. Uit eerdere vervolguitspraken³ bleek al dat op basis van het vertrouwensbeginsel waarde kan worden toegekend aan bestaande – reeds voor het *Didam*-arrest verkregen – (eigendoms)rechten. Deze kunnen van invloed zijn op de omvang van de kring van (potentiële) gegadigden en de mate waarin overheden verplicht zijn tot het bieden van mededingingsruimte.⁴ Als de overheid daarentegen op de hoogte is van kenbare interesse van andere (serieuze) gegadigden, dan kan hier niet zomaar aan voorbij worden gegaan. In dat geval lijken het gelijkheids- en transparantiebeginsel doorgaans meer gewicht in de schaal te leggen, zeker als – zoals in casu – nog geen sprake is van een afgeronde overdracht doordat feitelijke levering nog moet plaatsvinden.⁵

4. In casu is sprake van een in 2017 tussen partijen te goeder trouw gesloten koopovereenkomst, waarmee in beginsel het contractueel verankerde uitgangspunt geldt dat door de overheid opgewekt vertrouwen behoort te worden gehonoreerd. Tegelijkertijd doet eiser een beroep op het in het *Didam*-arrest uitgewerkte uitgangspunt dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat overheden bij uitgifte van grond gelijke gevallen gelijk moeten behandelen. Hiermee is dus sprake van de situatie waarin zich een andere gegadigde

meldt naar aanleiding van de kennisgeving dat sprake is van één serieuze gegadigde. Dit betekent dat moet worden beoordeeld of het inderdaad gaat om een (eveneens) serieuze gegadigde. De Gemeente zal moeten toetsen of eiser, als vermeende andere gegadigde, voldoet aan de in de kennisgeving gestelde criteria op basis waarvan werd vermoed dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam.⁶ De bewijslast dat eiser (ook) kwalificeert als een serieuze gegadigde ligt echter bij eiser. Hierin is eiser in casu naar het oordeel van de Voorzieningenrechter niet geslaagd. Eiser heeft zich weliswaar als omwonende verzet tegen de realisatie van het woningbouwplan, maar de bezwaren strekten er primair toe dat geheel niet gebouwd mocht worden. Daar komt bij dat eiser geen projectontwikkelaar is, geen bouwbedrijf heeft, niet heeft laten zien dat hij contact heeft met een bouwbedrijf en de financiering van de aankoop heeft geregeld. Dit leidt dan ook tot het oordeel dat de Gemeente op goede gronden heeft gekozen voor nakoming van het vertrouwensbeginsel door middel van nakoming van de overeenkomst.

5. Naast de botsing tussen de twee algemene beginselen van behoorlijk bestuur is nog opvallend aan de feitelijke gang van zaken dat de Gemeente ervoor heeft gekozen om tot publicatie over te gaan van de reeds in 2017 verkochte gemeentegrond. Uit een strikte lezing van het *Didam*-arrest volgt namelijk geen verplichting om (ook) de levering van een reeds (vóór *Didam*) verkochte onroerende zaak te publiceren. Immers, de Hoge Raad heeft nadrukkelijk bepaald dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheid "zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop" bekend moet maken. De maatstaf lijkt hiermee dus het voornemen tot verkoop van de onroerende stuk grond te zijn en niet de levering die eventueel nog moet plaatsvinden. De verkoop van de grond heeft al in 2017 plaatsgevonden op basis van de koopovereenkomst tussen de Gemeente en Van Lith. Van een voornemen tot verkoop en een eventueel op basis van het *Didam*-arrest geldende verplichting tot openbare selectieprocedure en/of publicatie is daarmee dus geen sprake meer. Dat ten behoeve van een geldige overdracht van de grond nog een feitelijke levering moest plaatsvinden, doet hier niet aan af.

6. Tegelijkertijd zagen we in één van de eerste vervolguitspraken⁷ na het *Didam*-arrest dat een voor het *Didam*-arrest gesloten koopovereenkomst niet per definitie veilig is. Ook daar was sprake van een reeds in 2020 – voor het *Didam*-arrest – onderhands gesloten koopovereenkomst tussen de Gemeente en Shell, waarbij de feitelijke levering van de grond in kwestie nog moest plaatsvinden. De Voorzieningenrechter kwam tot het oordeel dat de in 2018/2019 met eiser gevoerde gesprekken, een duidelijke aanwijzing vormden dat de Gemeente bekend was met de interesse van eiser in de aankoop van de grond. De Gemeente mocht

3 Zie o.a.: Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7, Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, Vzr. Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, Vzr. Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448, Vzr. Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, Vzr. Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831.

4 Vgl. T.A. Terlien, 'Overzicht civiele rechtspraak na het *Didam*-arrest: tekenen de eerste contouren zich af?', *BR* 2022/62.

5 Zie o.a.: Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017 en annotatie bij dit arrest in: *JAAN* 2022/87, m.nt. P. Heijnsbroek, Vzr. Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, prof. mr. S.E. Bartels, 'Zijn *Didam*-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392.

6 *Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen* d.d. 10 januari 2022 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, paragraaf 6.

7 Vzr. Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017 en annotatie bij dit arrest in: *JAAN* 2022/87, m.nt. P. Heijnsbroek.

op basis van het gelijkheidsbeginsel dan ook geen uitvoering geven aan de koopovereenkomst tussen de Gemeente en Shell, zonder dat (alsnog) een gemotiveerde bekendmaking plaatsvond. Het verweer van de Gemeente dat met het *Didam*-arrest sprake zou zijn van nieuwe regels die niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, ging niet op. De Voorzieningenrechter oordeelde dat de Gemeente ook voor het *Didam*-arrest al gebonden was aan het gelijkheidsbeginsel. De invulling van een bestaand recht kan niet worden gezien als nieuwe regelgeving. Het lijken echter wel de bijzondere omstandigheden van het geval te zijn geweest die destijds tot dit oordeel van de Voorzieningenrechter hebben geleid. In de praktijk zal namelijk niet lichtzinnig tot de conclusie mogen worden gekomen dat op basis van het *Didam*-arrest een verplichting zou bestaan om voor het *Didam*-arrest te goeder trouw gesloten overeenkomsten alsnog te publiceren. Dit staat in de weg aan de rechtszekerheid die daarmee op de tocht komt te staan. De crux lijkt te zijn geweest dat de gemeente duidelijk bekend was met eiser als potentiële gegadigde en daarmee ook meerdere gesprekken had gevoerd. Inmiddels zijn er ook uitspraken waaruit volgt dat de overheid het ontbreken van een bekendmaking van overeenkomsten die voor het *Didam*-arrest zijn gesloten, niet kan worden verweten.⁸ Zo oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rb. Noord-Holland in de uitspraak van 4 augustus 2022⁹ als volgt:

“De Voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat in dit kort geding hooguit kan worden geoordeeld dat de Gemeente niet heeft voldaan aan de in het *Didam*-arrest geformuleerde plicht haar voornemen tot het verlengen van de huurovereenkomsten te publiceren. Omdat het *Didam*-arrest op het moment van het verlengen van de huurovereenkomsten nog niet was geweest, kan dit de Gemeente evenwel niet worden verweten, althans kan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet worden gezegd dat de Gemeente daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens Aceha.”

7. Daarnaast geldt nog altijd de prangende vraag wat de rechtsgevolgen zijn van een in strijd met de voorwaarden uit het *Didam*-arrest gesloten overeenkomst. De Hoge Raad heeft zich hierover niet uitgelaten. Op dit moment is dan ook onduidelijk of privaatrechtelijke overeenkomsten die in strijd met de voorwaarden uit het *Didam*-arrest tot stand zijn gekomen: i. nietig of ii. vernietigbaar zijn. In onderhavige procedure staat de Voorzieningenrechter, in lijn met eerdere rechtspraak,¹⁰ stil bij het mogelijke rechtsgevolg van nietigheid ex artikel 3:40 BW van de koopovereenkomst als blijkt dat de koopovereenkomst strijdig moet worden geoordeeld met de goede zeden of openbare orde. Echter, niet elk handelen door een overheidslichaam in strijd met

bedoelde beginselen leidt tot nietigheid ex artikel 3:40 BW. Hiervoor is vereist dat sprake is van een ‘gekwalficeerde’ schending. Dit betekent dat naast de schending van het gelijkheidsbeginsel, sprake moet zijn van ‘verzwarende’ omstandigheden, waarbij de overheid de grenzen van de bevoegdheid op klaarblijkelijke en ernstige wijze overschrijdt. Hiervan was in casu naar het oordeel van de Voorzieningenrechter geen sprake.

8. In de literatuur verschillen de meningen over of het handelen in strijd met arrest zodanig ingrijpende rechtsgevolgen voor het private rechtsverkeer zou moeten hebben.¹¹ Indien aansluiting wordt gezocht bij artikel 4.15 lid 2, aanhef en onder b Aanbestedingswet is ook goed denkbaar dat een privaatrechtelijke overeenkomst die is gesloten in strijd met de voorwaarden van het *Didam*-arrest (slechts) vernietigbaar is. Desalniettemin is het verstandig om met mogelijke nietigheid rekening te houden. Dit maakt het alleszins begrijpelijk dat de Gemeente er, zekerheidshalve, voor heeft gekozen om de levering van de verkochte gemeentegrond wél te publiceren.

T.A. Terlien

¹¹ Verstappen is van oordeel dat het onwaarschijnlijk lijkt dat we in volle omvang van deze gevolgtrekking uit zouden moeten gaan, aangezien dit tot zodanige ingrijpende rechtsgevolgen in het private rechtsverkeer zou leiden voor waar betreft reeds plaatsgehad hebbende verkopen van overheidsgrond waarbij een dergelijke mededingingsruimte niet in acht werd genomen (Zie: Prof. mr. L.C.A. Verstappen, “De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van Overheidsvastgoed”, *WPNR* 7355.); Terlien stelt dat voorstelbaar is dat de rechtszekerheid prevaleert (Zie: Mr. T.A. Terlien, “Overzicht civiele rechtspraak na het *Didam*-arrest: tekenen de eerste contouren zich af?”, *BR* 2022/62); Huijgen en Weijers vermelden dat wanneer men ervan uitgaat dat niet-naleving van de ‘*Didam*regels’ door overheden tot nietigheid c.q. vernietigbaarheid van de desbetreffende rechtshandelingen zou leiden, het geven van overgangsrechtelijke regels door de Hoge Raad dan in dit verband wel voor de hand had gelegen. Het feit dat dit niet is gebeurd, lijkt hen een argument om ervan uit te gaan dat de Hoge Raad bij het wijzen van dit arrest geen nietigheid of vernietigbaarheid van de betreffende rechtshandelingen heeft beoogd, zeker niet wat betreft reeds bestaande en wellicht ook al uitgevoerde koopovereenkomsten. Zie: W.G. Huijgen & H.J. Weijers, “Het *Didam*-arrest vanuit notarieel perspectief”, *Juridische Berichten voor het Notariaat*, nummer 9, september 2022); Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties stelt: “Het ligt op dit moment niet voor de hand dat overeenkomsten waarin de door de Hoge Raad voorgestane mededingingsruimte destijds niet is geboden alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zouden zijn. Een en ander zal steeds mede afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij zal aanmerkelijk een rol kunnen spelen dat de verplichting voor overheidslichamen om bij gronduitgifte mededingingsruimte te bieden, voor veel partijen als een nieuwe ontwikkeling wordt gezien.” Zie: Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties; Bartels is van mening dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat koopovereenkomsten die zijn gesloten voordat het *Didam*-arrest werd gewezen, niet met nietigheid worden bedreigd, ondanks dat het fundamentele gelijkheidsbeginsel in het geding is (Zie: *JOR* 2022/81 m.nt. S.E. Bartels, Hoge Raad 26-11-2021).

⁸ Zie o.a.: Vzr. Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.11, Vzr. Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.7.

⁹ Vzr. Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

¹⁰ Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, r.o. 9.