

BR 2022/62

## Overzicht civiele rechtspraak na het Didam-arrest: tekenen de eerste contouren zich af?

Mr. T.A. Terlien , datum 12-09-2022

Datum	12-09-2022
Auteur	Mr. T.A. Terlien <sup>[1]</sup>
JCDI	JCDI:ADS658424:1
Vakgebied(en)	Bouwrecht (V) Ruimtelijk bestuursrecht / Algemeen Ruimtelijk bestuursrecht / Grondexploitatie Aanbestedingsrecht / Selectie Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur Ruimtelijk bestuursrecht / Tegemoetkoming in schade (planschade)

### 1. Inleiding

Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad het *Didam*-arrest<sup>[2]</sup> betreffende de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gewezen bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten en de nadere invulling van het gelijkheidsbeginsel. Het *Didam*-arrest heeft in de praktijk, zowel bij overheden als bij marktpartijen, tot onduidelijkheid en veel vragen geleid. Denk hierbij aan: "*Reikt de werking van het arrest verder dan alleen gronduitgifte?*", "*Wat zijn objectief, toetsbaar en redelijke criteria?*", "*Wanneer is sprake van slechts één serieuze gegadigde en wat zijn objectief, toetsbare en redelijke criteria om tot die conclusie te komen?*", "*Wat betekent het arrest voor reeds verkochte en geleverde onroerende zaken?*", "*Wat betekent het arrest voor lopende onderhandelingen?*" en "*Is een overeenkomst die in strijd met het *Didam*-arrest is gesloten nietig of vernietigbaar?*". De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure en ook andere vervolguitspraken zullen meer duidelijkheid moeten gaan scheppen over de precieze reikwijdte en invulling van het *Didam*-arrest. In deze bijdrage zal eerst worden ingegaan op de kern van het *Didam*-arrest en de uitzondering op de hoofdregel, waarna vervolgens de laatste stand uit de civiele jurisprudentie uiteen zal worden gezet.<sup>[3]</sup>

### 2. Didam-arrest

#### 2.1 Openbare selectie in beginsel het uitgangspunt

In het *Didam*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheden bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten (waaronder de verkoop van onroerende zaken zoals grond) gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b.), waaronder het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel. De belangrijkste overwegingen zijn terug te vinden in overwegingen 3.1.3 tot en met 3.1.5:

"3.1.3 Op grond van art. 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 - dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen - 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."

Een overheidslichaam dat (bijvoorbeeld) het voornemen heeft om een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, moet op grond van het gelijkheidsbeginsel aldus:

- ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar (bijvoorbeeld) de 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;
- een selectieprocedure met objectieve, toetsbare en redelijke criteria organiseren;
- een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van (bijvoorbeeld) de onroerende zaak.

Dit betekent dat, anders dan in de praktijk doorgaans gebruikelijk, één-op-één selectie niet langer zonder meer mogelijk is. Openbare selectie is voortaan in beginsel het uitgangspunt, waarbij overheden criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, redelijk en toetsbaar zijn. Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt verder dat hierbij beslissend is of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak (en niet of er andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn<sup>[4]</sup>). Hierbij gaat het dus niet alleen om het gelijk behandelen van gelijke gevallen die al bij een kwestie betrokken zijn, maar ook om het bieden van gelijke kansen aan potentiële kopers.

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat de overheid, om gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren. Dit houdt allereerst in dat de overheid openbaar moet maken i. wát (welke onroerende zaak), ii. onder wélke voorwaarden (selectiecriteria), iii. op basis van welke spelregels (selectieprocedure), iv. wanneer (tijdschema) wordt verkocht. Daarnaast moet de selectieprocedure en de daarbij behorende relevante documenten tijdig voorafgaand aan selectie worden gepubliceerd op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen,<sup>[5]</sup> bijvoorbeeld via gemeentelijke websites en/of dagbladen.

Gelet op de algemene formulering van de Hoge Raad moet er bovendien rekening mee worden gehouden dat het arrest niet alleen van toepassing is op de verkoop van onroerende zaken, maar op al het privaatrechtelijk overheidshandelen. Denk hierbij aan: verhuur, verpachting, ruil, bruikleen, uitgifte in erfpacht.

## 2.2 Geen openbare selectieprocedure bij slechts één serieuze gegadigde

De mededingingsruimte hoeft (alleen) niet te worden geboden 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. Dit betekent dat sprake moet zijn van zodanig gegronde redenen om juist aan de betreffende partij te gunnen, dat deze overwegingen kunnen gelden als de vereiste objectieve, toetsbare en redelijke criteria om één-op-één te kunnen contracteren. Anders gezegd: in dat geval is geen sprake van ongelijke gevallen ten aanzien waarvan het gelijkheidsbeginsel niet verplicht tot het organiseren van een openbare selectieprocedure.

Ook indien sprake lijkt te zijn van één serieuze gegadigde, moet de overheid:

- het voornemen tot verkoop aan bedoelde serieuze gegadigde tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekendmaken dat eenieder daarvan kennis kan nemen;
- motiveren dat en op grond van welke objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat, of redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Het toeschrijven van de criteria naar één specifieke gegadigde met als doel te komen tot een bij voorbaat vaststaande gegadigde is niet toegestaan. Het uiteindelijk overblijven van slechts één partij kan slechts een bijkomstig gevolg zijn, omdat geen andere partijen in staat zijn met (ruimtelijk) doel van de overheid in kwestie te verwezenlijken.<sup>[6]</sup> Denk hierbij bijvoorbeeld aan bestaande rechten met grondposities en/of de aanwezigheid van een bouwclaim die bij uitstek ieder afzonderlijk als objectieve, redelijke en toetsbare criteria kunnen kwalificeren op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Vanzelfsprekend kunnen alle omstandigheden van het geval ook tot een andere conclusie leiden. Zo zal de ruil van een relatief geringe grondpositie tegen een aanzienlijke grondpositie elders al snel niet in verhouding (disproportioneel) zijn. Een dergelijke grondruil zal naar verwachting al snel bezwaren van derden (andere potentieel gegadigden) opleveren.

## 2.3 Hoe nu verder?

Om een deel van de naar aanleiding van het arrest ontstane onduidelijkheid weg te nemen, heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op 10 januari 2022 de Factsheet 'uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen' gepubliceerd. In deze Factsheet heeft het Ministerie getracht op de meest voorkomende vragen antwoorden c.q. uitgangspunten te formuleren. In de praktijk is er echter nog onverkort behoefte aan nadere duiding en invulling van de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten. Het Ministerie werkt in dat kader in samenwerking met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de Vereniging van Grondbedrijven en de NEPROM aan een praktische handreiking, waarin nader wordt beschreven hoe overheden in hun beleid invulling kunnen geven aan het arrest. Ook in de jurisprudentie zullen de contouren van het arrest zich steeds verder aftekenen. In het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op de civiele uitspraken tot nu toe.

## 3. Jurisprudentie

In de periode tussen november 2021 en heden<sup>[7]</sup> zijn inmiddels zes vervolguitspraken geweest door civiele rechters. Hoewel deze jurisprudentie erg casuïstisch is, kunnen er toch een aantal handvatten uit worden ontleend. Zo is het opnieuw starten van een selectieprocedure omdat sprake zou zijn van strijd met het *Didam*-arrest niet zomaar toegestaan, kwalificeert een selectieprocedure op volgorde van binnenkomst als objectief en toetsbaar en blijken één-op-één transacties onder bepaalde omstandigheden alsnog mogelijk.

### Zaak 1: Didam ook in het geval van erfpacht

Op 28 januari 2022<sup>[8]</sup> oordeelde het Gerecht in eerste aanleg te Sint-Maarten dat de vordering tot levering van

zes percelen in erfpacht niet kon worden toegewezen ondanks dat al in 2016 was besloten tot de uitgifte van bedoelde percelen. De minister van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ontwikkeling Milieu en Infrastructuur (VROMI) van Sint-Maarten was in deze kwestie op basis van de Landsverordening bevoegd om te beslissen op verzoeken tot uitgifte in erfpacht van domeingronden. Op 29 juni 2021 werd door het ministerie van VROMI voorgesteld om in het gebied 'Over The Bank' te Sint-Maarten aan 25 personen percelen grond in erfpacht uit te geven. Eisers stellen zich op het standpunt dat al in 2016, door de toenmalige minister van VROMI, zou zijn besloten om bedoelde percelen in erfpacht uit te geven aan eisers. De opvolgende ministers zijn echter niet bereid geweest om over te gaan tot daadwerkelijke uitgifte van de percelen aan eisers. Deze uitgifte moet volgens eisers alsnog plaatsvinden. Alles overziend oordeelde het Gerecht aldus dat de willekeurige wijze waarop in 2016 was besloten tot uitgifte van de percelen aan eisers, in de weg stond aan nakoming van deze beslissing.

Uit deze uitspraak lijkt met name de conclusie te kunnen worden getrokken dat het *Didam*-arrest ook op erfpacht ziet en dus verder reikt dan alleen gronduitgifte. Gelet op de zeer specifieke omstandigheden van het geval c.q. willekeurige handelswijze van de minister, gaat het echter te ver om uit deze uitspraak verdere conclusies te trekken.

## Zaak 2: geen verdere uitvoering aan reeds gesloten koopovereenkomst

Op 18 maart 2022 oordeelde de rechtbank Midden-Nederland<sup>[9]</sup> dat de gemeente Nieuwegein (hierna: Gemeente) (vooralsnog) geen verdere uitvoering mocht geven aan in 2020 onderhands tot stand gekomen koopovereenkomst tussen de Gemeente en Shell. In deze procedure was de Gemeente sinds 2013 bezig met de uitgifte van gronden op een bedrijvenpark. Hierover heeft de Gemeente, zowel met Shell als met eiser, uitvoerige gesprekken gevoerd. Eiser had bij de Gemeente geïnformeerd naar de mogelijkheden om op het bedrijvenpark een onbemand tankstation met een autowasstraat te starten op één van de entreekavels, waarover eiser in de periode 2018-2019 uitvoerige gesprekken heeft gevoerd met de Gemeente. Na langdurig aandringen verneemt eiser dat kavel A2 inmiddels is verkocht aan Shell, zonder enige vorm van openbaarheid.

Het verweer van de Gemeente dat sprake zou zijn van nieuwe regels die niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, gaat niet op. De Voorzieningenrechter oordeelt dat de Gemeente ten tijde van de verkoop van kavel A2 - voor het *Didam*-arrest - ook al was gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. De invulling van een bestaand recht kan niet worden gezien als nieuwe regelgeving. De verplichting om gelijke kansen te bieden, geldt zodra redelijkerwijs te verwachten valt dat er meer gegadigden zullen zijn voor de aankoop van een onroerende zaak. Enige vorm van interesse is al voldoende om vast te stellen dat sprake is van schaarse onroerende zaken.<sup>[10]</sup> Het gaat er naar het oordeel van de Voorzieningenrechter dus niet om of de plannen die door verschillende gegadigden worden ingediend gelijkwaardig zijn, maar of er interesse is.<sup>[11]</sup> De Voorzieningenrechter oordeelt dat de Gemeente in strijd met het *Didam*-arrest een onderhandse overeenkomst heeft gesloten met Shell. Immers, de Gemeente wist op basis van de gesprekken in 2018-2019 dat in ieder geval eiser geïnteresseerd was in de aankoop van één van de entreekavels.

Met betrekking tot het standpunt van de Gemeente dat zij mocht afzien van een openbare selectieprocedure omdat op basis van beleid vaststond dat alleen het plan van Shell in aanmerking kwam, oordeelt de Voorzieningenrechter dat het een overheid is toegestaan om criteria op te stellen met inachtneming van beleidsruimte. De aannahme dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop moet echter wel gebaseerd zijn op objectieve, toetsbare en redelijke criteria en daarvan is onvoldoende gebleken. Gemeente Nieuwegein heeft niet op voorhand duidelijk gemaakt dat zij criteria heeft gehanteerd bij de onderhandse verkoop van kavel A2, laat staan welke. Pas tijdens deze procedure heeft zij toegelicht dat duurzaamheidseisen, en daarnaast de bereidheid van Shell om LPG-vulpunten op twee andere locaties te verwijderen, een rol hebben gespeeld bij haar beslissing dat slechts één ontwikkelplan, dat van Shell, redelijkerwijs in aanmerking kwam. Niet gebleken is dat zij dit eerder, bijvoorbeeld tijdens de gesprekken die zij voerde met eiser in 2018/2019, aan de orde heeft gesteld. Daar komt bij dat, wat er ook zij van de gehanteerde selectiecriteria, Gemeente Nieuwegein het voornemen tot een onderhandse verkoop bekend had moeten maken. Die bekendmaking moest tijdig, voorafgaand aan de verkoop plaatsvinden en moest eenieder in staat stellen om daarvan kennis te nemen. Ook diende de bekendmaking de motivering te bevatten van de beslissing om één-op-één te verkopen. Dit was niet gebeurd. Alles overziend is naar het oordeel van de

Voorzieningenrechter dan ook voldoende aannemelijk dat de handelswijze van de Gemeente in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en onrechtmatig jegens eiser. De Gemeente mag vooralsnog geen uitvoering geven aan de koopovereenkomst tussen de Gemeente en Shell; er zal eerst een gemotiveerde bekendmaking moeten plaatsvinden. In onderhavige kwestie was de koopovereenkomst met Shell al wel gesloten, maar de kavel nog niet geleverd. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter was dan ook niet uitgesloten dat de Gemeentetekort zal schieten in de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst met Shell. De vraag rijst hoe het oordeel van de Voorzieningenrechter was geweest, indien levering al wel had plaatsgevonden en door Shell daadwerkelijk eigendomsrechten waren verworven. Voorstelbaar is dat de rechtszekerheid (*pacta sunt servanda*) dan had geprevaleerd.

### **Zaak 3: niet toegestaan om in strijd met Didam-arrest goedkeuring te onthouden**

In de derde civiele uitspraak<sup>[12]</sup> waar wordt gerefereerd aan Didam, stond de uitoefening van een goedkeuringsbevoegdheid van de gemeenteraad centraal. In 2019 had het college van B&W van de gemeente Montferland (hierna: Gemeente) besloten tot verkoop van een deel van een kavel. In oktober 2020 besluit het college op basis van juridisch advies echter om de kavel opnieuw via openbare inschrijving te verkopen om aan eenieder een gelijke kans te geven. Eiser is als hoogste bidder uit de verkoopprocedure gekomen. Op 16 maart 2021 is de koopovereenkomst namens de Gemeente ondertekend. In de koopovereenkomst is onder andere bepaald dat de overeenkomst wordt gesloten onder voorbehoud van goedkeuring door de Raad der Gemeente Montferland. Bij raadsvoorstel van 2 maart 2021 is vervolgens verzocht om de benodigde goedkeuring te verlenen. Nadat [betrokkene] kennis heeft genomen van dit raadsvoorstel, heeft hij de gemeenteraad en het college een brief gestuurd en verzocht om de keuze tot verkoop aan eiser te heroverwegen en de kavel aan hem te verkopen. Naar aanleiding van deze brief heeft de gemeenteraad het raadsvoorstel van 2 maart 2021 geamendeerd en het college verzocht om de kavel aan [betrokkene] te verkopen. De kavel zou, in strijd met duidelijk gemaakte afspraken en zonder goedkeuring van de gemeenteraad, in de openbare verkoop zijn gedaan.

De Voorzieningenrechter oordeelt dat deze handelswijze van de gemeenteraad in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het had op de weg van de gemeenteraad gelegen om - indien aan de orde - het standpunt in te nemen dat mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure niet hoefde te worden geboden, omdat bij voorbaat vaststond of redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat gelet op het eerder ontbreken van belangstelling voor deze kavel slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval had het bovendien op de weg van de gemeenteraad gelegen om haar bezwaren tegen de openbare verkoopprocedure kenbaar te maken op het moment dat de wethouder de gemeenteraad daarover had geïnformeerd. Dit is niet gebeurd. Nu de openbare verkoopprocedure inmiddels heeft plaatsgevonden, is naar het oordeel van de Voorzieningenrechter komen vast te staan dat zich verschillende gegadigden voor deze kavel hebben gemeld, zodat de uitzonderingssituatie (één serieuze gegadigde) zich niet (meer) voordoet.

### **Zaak 4: staking uitgifteprocedure in verband met Didam-arrest in strijd met vertrouwensbeginsel**

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelde op 22 juni 2022<sup>[13]</sup> dat het de gemeente Zevenaar (hierna: Gemeente) niet vrij stond om de reeds lopende gronduitgifteprocedure af te breken en de kans groot is dat in de bodemprocedure wordt geoordeeld dat de Gemeente onrechtmatig, lees: in strijd met artikel 3:14 BW, heeft gehandeld.

In deze procedure was de Gemeente eigenaar van 23 kavels in Zevenaar. De Gemeente is in 2021 een uitgifteprocedure ('de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure') gestart voor de verkoop van deze kavels. In deze 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure was de inschrijftijd bij eerdere uitgifterondes een relevante voorwaarde. In eerdere uitgifterondes ten aanzien van andere kavels had de Gemeente namelijk aan geïnteresseerde kopers medegedeeld dat bij een volgende uitgifte van kavels gewerkt zou worden met een lijst van inschrijvingen. De Gemeente zou het eerst in gesprek gaan met de inschrijver die zich als eerste als geïnteresseerde koper had gemeld. De Gemeente was echter van mening dat de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure niet voldeed aan het *Didam*-arrest en besloot de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure te staken en een nieuwe uitgifteprocedure ('de 2<sup>e</sup> uitgifteprocedure') vast te

stellen. Het zou voor potentiële gegadigden niet duidelijk zijn dat het mogelijk was zich bij de Gemeente als geïnteresseerde aan te melden, daarmee inschrijftijd op te bouwen en daardoor de kans op één van de kavels aanzienlijk te vergroten. Dit bleek niet uit de tekst van het proceduredocument van de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure. In de 2<sup>e</sup> uitgifteprocedure werd met eerdere inschrijvingen geen rekening gehouden, maar werd de koper geselecteerd door middel van loting. Eiseres werd in de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure geselecteerd, maar in de 2<sup>e</sup> uitgifteprocedure niet. Eiseres is van mening dat de Gemeente ten onrechte de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure heeft beëindigd en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.

Het oordeel van de Voorzieningenrechter was dat de spelregels van de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure niet in strijd waren met de criteria van het *Didam*-arrest en dat de Gemeente die dus niet had *hoeven* afbreken. De methode om eerdere inschrijvingen mee te wegen bij latere inschrijvingen was objectief, toetsbaar en redelijk en - gelet op de lijsten van eerdere procedures - ook niet in strijd met het transparantiebeginsel. Met de toegepaste systematiek kon de Gemeente tegemoetkomen aan de wensen en belangen van geïnteresseerden die klaarblijkelijk al heel lang en heel graag in de gemeente wilden (blijven) wonen. Zowel de Gemeente als die geïnteresseerden hebben daarbij belang, gelet op de vermoedelijke langdurige binding met de gemeente en de regio. De Voorzieningenrechter vervolgt met het oordeel dat de Gemeente de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure onder de gegeven omstandigheden ook niet had *mogen* afbreken. Na het einde van de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure was het sluiten van de koopovereenkomst met eiseres namelijk slechts nog een formaliteit, omdat de koopprijs werd vastgesteld op basis van de grondprijzenbrief 2022 en over de koopovereenkomst niet kon worden onderhandeld. Eiseres mocht er dan ook gerechtvaardigd op vertrouwen dat voor de kavels een koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen als de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure niet was gestaakt. Dit gerechtvaardigd vertrouwen staat er naar het oordeel van de Voorzieningenrechter aan in de weg dat de Gemeente zich beroept op de spelregel die bepaalt dat de gemeente op ieder moment de uitgifteprocedure mag staken. Gelet op deze omstandigheden stond het de gemeente niet vrij om de 1<sup>e</sup> uitgifteprocedure af te breken.

#### **Zaak 5: één-op-één grondruil met enige (overgebleven) gegadigde valt binnen bereik *Didam*-arrest**

In de procedure bij de rechtbank Oost-Brabant<sup>[14]</sup> lag de vraag voor of, gelet op het *Didam*-arrest, de Provincie c.s. ruimte hadden moeten bieden aan potentiële gegadigden (lees: eiseres) voor de aan de Provincie c.s. toebehorende percelen om mee te dingen naar de verwerving van die percelen middels een openbare selectieprocedure, dan wel dat zij konden volstaan met bekendmaking van de voorgenomen grondruil met [derden-belanghebbenden] onder opgave van de redenen waarom, afgemeten naar objectieve, toetsbare en redelijke criteria, bij voorbaat vast staat dat voor de percelen slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. De Voorzieningenrechter oordeelde het laatste.

Eiseres beschikt over een aantal percelen die grenzen aan het stroomgebied van de rivier De Keersop. Niet ver bij de percelen van eiseres vandaan, exploiteren [derden-belanghebbenden] een paardenstoeterij, waartoe zij eveneens beschikken over een aantal percelen die grenzen aan De Keersop. De Keersop maakt onderdeel uit van een Natura 2000-gebied en van het Natuur Netwerk Brabant (hierna: 'NNB'). Het NNB heeft als doel gesteld om in 2027 alle ontbrekende verbindingen in natuurgebied de Keersopperbeemden - waar de Keersop doorheen stroomt - in het netwerk te hebben gedicht met nieuwe natuur. Om deze doelstelling te bereiken hebben de Provincie c.s. onder andere percelen nodig van eigenaren van percelen aan de oevers van de Keersop. De Provincie c.s. hebben in dat kader gezocht naar eigenaren en grondgebruikers in het gebied die bereid waren om percelen (al dan niet via grondruil) over te dragen. De Provincie c.s. kunnen dan als eigenaar over de betreffende gronden beschikken om daarop de noodzakelijke herinrichtingswerkzaamheden uit te voeren ter vervulling van de eerdere gestelde doeleinden. Het is de bedoeling dat de te realiseren natuurgebieden, na hun inrichting als natuurgebied, in beheer worden overgedragen aan geïnteresseerde derden die worden geselecteerd via een gelijkberechtigingsprocedure.

Eiseres had een plan van aanpak ingediend voor drie van de vier deelgebieden binnen het aangewezen NNB-gebied, met het oog op een tweede agrarisch bedrijf. Na meerdere gesprekken tussen de Provincie c.s. en de eiseres hebben de Provincie c.s. in 2020 aan eiseres een finaal aanbod gedaan. Eiseres heeft dit finale aanbod van de hand gewezen. De Provincie c.s. zijn vervolgens onderhandelingen gestart met [derden-belanghebbenden]. Reeds in 2019 hadden [derden-belangstellenden] interesse getoond om de percelen te

verwerven, hetgeen destijds door de Provincie c.s. 'on hold' is gezet. In juni 2021 hebben de Provincie c.s. en [derden-belanghebbenden] overeenstemming bereikt en is de voorgenomen transactie vormgegeven in een (concept)-ruilovereenkomst. De Provincie c.s. hebben de voorgenomen grondruil bekendgemaakt in het provinciaal blad van Noord-Brabant op [overheid.nl](https://overheid.nl). Eiseres is tegen de voorgenomen grondruil opgekomen omdat de gevolgde verkoopprocedure van de betreffende percelen volgens eisers niet aan de uitgangspunten van het *Didam*-arrest zou voldoen.

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant overweegt allereerst dat ook grondruil onderhevig is aan de toets van het *Didam*-arrest. Dit betekent dat ook in het geval van grondruil zal moeten worden getoetst aan het uitgangspunt dat overheidslichamen bij het aangaan van een dergelijke transactie in beginsel ruimte moeten geven aan potentiële gegadigden om mee te dingen:

“Dat zal in ieder geval zo zijn indien de overheid de gronden die zij bij zo'n ruiltransactie verwerft niet specifiek of dringend nodig heeft met het oog op de vervulling van een exclusief door haar te vervullen publieke taak.”<sup>[15]</sup>

Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter stond het de Provincie c.s. in onderhavige kwestie echter vrij om de onderhandelingen te openen met [derden-belanghebbenden]. Na de afwijzende reactie van eiseres op het finale eindbod van de Provincie c.s. zijn [derden-belanghebbenden] immers de enige die de eigendom kunnen overdragen van de percelen die de Provincie c.s. nodig hebben om de gestelde doeleinden te bereiken. In het licht van deze omstandigheden hebben de Provincie c.s. dan ook genoegzaam gemotiveerd dat [derden-belanghebbenden] op grond van "*objectieve, toetsbare en redelijke criteria*" de enig overgebleven serieuze kandidaat is voor de percelen. Hiermee viel de voorgenomen transactie met [derden-belanghebbenden] binnen het bereik van de in het *Didam*-arrest genoemde uitzondering dat "*bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop*".

Opvallend is dat de Voorzieningenrechter hier nog aan toevoegt dat zelfs indien op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria niet vast zou staan of zou kunnen worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, een belangenafweging in het voordeel van de Provincie c.s. en [derden-belanghebbenden] zou zijn uitgevallen. Relevant in dat kader is dat de kring van gegadigden in deze kwestie beperkt was tot twee partijen met percelen in eigendom aan de overs van de Keersop, te weten eiseres en [derden-belanghebbenden]. Provincie c.s. en eiseres hebben gedurende drie jaar (2017-2020), met één van deze partijen (eiseres) een langdurig onderhandelingstraject doorlopen, welk traject door eiseres is afgebroken. Derhalve kan niet van de Provincie c.s. worden verwacht dat nog langer met de uitvoering van het project wordt gewacht. Daarnaast weegt naar het oordeel van de Voorzieningenrechter het belang van [derden-belanghebbenden] zwaar mee, die na het tot stand komen van de afspraken met de Provincie c.s. voorbereidingen hebben getroffen, zoals het regelen van financiering, verkoop van een aantal in eigendom behorende bouwblokken en verwerving van planologische medewerking van de Gemeente om een paardenstoeterij te exploiteren. Dit maakt dat zij erop mochten vertrouwen dat de overheid met wie zij in het kader van een bedrijfsverplaatsing ter facilitering van publieke doeleinden overeenstemming heeft bereikt, haar afspraken nakomt en dat bij een nadien optredende wijziging in het toepasselijke juridische regime verworven rechten worden gerespecteerd.

## **Zaak 6: Gelijkheidsbeginsel noopt niet tot gelijke behandeling van ongelijke gevallen**

De meest recente civiele uitspraak op het moment dat deze bijdrage wordt geschreven, is de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>[16]</sup>. In deze procedure had het college van B&W van de gemeente Winschoten (hierna: 'Gemeente') in 1993 besloten aan partij 1 een verpacht stuk agrarische grond te verkopen. In het besluit staat dat de gemeente bij ontwikkeling van het ten westen van deze kavel gelegen gebied eerst met partij 1 in overleg zal treden. Het grootste deel daarvan is de kavel waar het in deze procedure om draait ('het perceel'). Het perceel bestaat uit agrarisch grasland en de gemeente wilde indertijd het oorspronkelijke karakter ervan behouden. In de procedure stond de vraag centraal of het de Gemeente vrij stond om een stuk onbebouwde grond te verkopen aan partij 1, terwijl ook appellandant bereid was om het perceel voor de aangeboden prijs te kopen. Het gerechtshof oordeelde dat de één-op-één verkoop aan partij 1 is

toegestaan en niet in strijd met het *Didam*-arrest.

Van doorslaggevend belang in deze procedure is het besluit uit 1993, dat de Gemeente - naar het oordeel van het gerechtshof begrijpelijk - heeft uitgelegd als een verplichting om met partij 1 in onderhandeling te treden. Anderzijds konden de verplichtingen jegens partij 1 uit 1993 er naar het oordeel van het gerechtshof niet aan afdoen dat de belangen en wensen van de overige potentiële gegadigden, zoals appellant, moesten worden betrokken bij de uiteindelijke beslissing. Dit heeft de Gemeente ook gedaan, door een buurtbijeenkomst te organiseren en de wensen van alle omwonenden te inventariseren. Tijdens deze bijeenkomst is de Gemeente transparant geweest over de toezegging die in 1993 aan partij is gedaan. De buurtbewoners waren echter bang dat de verkoop aan partij 1 zou kunnen leiden tot verstoring van de bestaande situatie, waarmee de Gemeente ook andere partijen, zoals appellant, in de gelegenheid heeft gesteld om een bod in te dienen. De Gemeente heeft echter uiteindelijk besloten om het stuk onbebouwde grond één-op-één aan partij 1 te verkopen. De ratio hierachter lijkt te zijn gelegen in het in 1993 genomen besluit, waarmee partij 1 en appellant uiteindelijk niet als 'gelijke' gevallen kwalificeerden. De belangenafweging van de Gemeente viel in deze procedure daarmee uit in het voordeel van partij 1. Naar het oordeel van het gerechtshof heeft de Gemeente hiermee ook gehandeld binnen de grenzen van de beleidsvrijheid die de gemeente bij de verkoop van gronden heeft. De Gemeente heeft in redelijkheid tot de verkoop aan partij 1 kunnen besluiten. Het enkele feit dat de omwonenden de voorkeur gaven aan verkoop aan [appellant] en het feit dat hij ook bereid was de vraagprijs te betalen, verplichtte de Gemeente er niet toe het perceel aan hem te verkopen en niet aan partij 1. De Gemeente heeft de vrees van de buurtbewoners weggenomen door aan de koopovereenkomst een clausule toe te voegen, op basis waarvan partij 1 - kort gezegd - het oorspronkelijke karakter van het perceel zou behouden.

#### 4. Tot slot

Langzaam maar zeker beginnen enkele contouren van het *Didam*-arrest zich af te tekenen. Op basis van bekendmakingen c.q. handreikingen vanuit het Ministerie en de verschillende vervolguitspraken die worden gewezen. Een ding is zeker: er zijn nog altijd veel vragen onbeantwoord en de verschillende uitspraken zijn doorgaans erg casuïstisch. In de verschillende uitspraken lijkt in ieder geval steeds een belangenafweging plaats te vinden. Enerzijds wordt hierbij waarde toegekend aan bestaande - reeds voor het *Didam*-arrest verkregen - (eigendoms)rechten en invulling van beleids(doeleinden). Deze kunnen van invloed zijn op de omvang van de kring van (potentiële) gegadigden en de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Echter, indien de overheid op de hoogte is van kenbare interesse van andere (serieus) 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. Dát er nadere duiding en invulling zal (moeten) komen, staat vast. Reikhalzend wordt uitgekeken naar de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure en de handreiking van het Ministerie, waarin praktisch zal worden beschreven hoe overheden in hun beleid invulling kunnen geven aan het *Didam*-arrest.

---

#### Voetnoten

[1] Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Vastgoed bij Ploum.

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

[3] In deze bijdrage zijn de zes civiele uitspraken meegenomen tot en met 15 augustus 2022, zoals gepubliceerd via: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

[4] Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 3 december 2013 (ECLI:NI:GHARL:20139210), waarin het Gerechtshof oordeelde dat de mate waarin sprake was van schaarse ruimte die in de betreffende gemeente beschikbaar was voor bouwmarkten, de invulling van de door de gemeente bij de uitgifte van gronden mede bepaalde.



- [5] Brief d.d. 24 juni 2022 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan gemeenten over de implementatie van het *Didam*-arrest in het beleid, p. 4.
- [6] Brief d.d. 24 juni 2022 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan gemeenten over de implementatie van het *Didam*-arrest in het beleid, p. 3.
- [7] Heden betreft de datum van 15 augustus 2022, de datum waarop deze bijdrage bij de redactie is ingediend.
- [8] Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7.
- [9] Vزر. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.
- [10] Vزر. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.34.
- [11] Idem.
- [12] Vزر. Rechtbank Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618.
- [13] Vزر. Rechtbank Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.
- [14] Vزر. Rechtbank Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.
- [15] Vزر. Rechtbank Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962, r.o. 4.5.
- [16] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.