

AB 2023/289

Overheidsprivaatrecht. Didam. Bodemzaak van HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam Have/Montferland en Groenstaete).

Hof Arnhem-Leeuwarden 04-04-2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, m.nt. F.J. van Ommereen & A.H.J. Hofman

Instantie	Hof Arnhem-Leeuwarden
Datum	4 april 2023
Magistraten	Mrs. F.J. de Vries, S.M. Evers, H.H.B. Vedder
Zaaknummer	200.305.593/01
Noot	F.J. van Ommereen & A.H.J. Hofman
JCDI	JCDI:ADS855197:1
Vakgebied(en)	Vastgoedrecht / Koopovereenkomst Aanbestedingsrecht / Selectie Vermogensrecht / Rechtshandelingen Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht Aanbestedingsrecht / Algemeen
Brondocumenten	ECLI:NL:GHARL:2023:2796, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 04-04-2023
Wetingang	Art. 3:14, 3:40 lid 2 BW

Essentie

Gemeente had voormalige gemeentehuislocatie moeten verkopen in een procedure met mededinging. Het hof vernietigt de koopovereenkomst.

Samenvatting

De gemeente wist vanaf 2016 dat Didam Have belangstelling had om haar supermarkt te verplaatsen naar het centrumgebied. Didam Have c.s. hebben in 2018 de gemeente en Groenstaete gesommeerd de koopovereenkomst niet te sluiten met argumenten die grosso modo overeenkomen met de regels uit het Didam-arrest en zijn daarop een kort geding begonnen. Niettemin hebben de gemeente en Groenstaete de koopovereenkomst gesloten op 3 oktober 2019, kort voor de mondelinge behandeling bij dit hof in de kort-geding-procedure. Zij hebben daarmee het risico genomen dat de rechter achteraf hun standpunt niet zou volgen. Onder deze omstandigheden is vernietiging van de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW op vordering van de gepasseerde geïnteresseerde ondernemer de passende remedie tegen de niet-naleving van de regels uit het Didam-arrest. Een andere beslissing zou het voor een overheidslichaam te gemakkelijk maken om de rechter voor een voldongen feit te plaatsen door de koopovereenkomst aan te gaan nog vóór diens uitspraak. Het hof zoekt voor de sanctie van vernietiging aansluiting bij het aanbestedingsrecht. De door de Hoge Raad in het Didam-arrest geformuleerde regels die een overheidsinstantie moet naleven in (zoals in dit geval bij) de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Het gebrek van de (koop)overeenkomst die is gesloten in strijd met de Didam-regels ziet op de totstandkoming van die overeenkomst, niet op de strekking of inhoud ervan. De Hoge Raad heeft in

eerdere arresten beslist dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling [voetnoot niet in dit cursief opgenomen; *red.*]. Naar analogie van deze rechtspraak en van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 [voetnoot niet in dit cursief opgenomen; *red.*] zal het hof daarom de vernietiging van de koopovereenkomst van 3 oktober 2019 op vordering van Didam Have c.s. uitspreken. Didam Have c.s. hebben weliswaar een verklaring voor recht gevorderd dat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst van 3 oktober 2019 nietig is, maar het hof zal de vernietiging van de koopovereenkomst als de minder verstreckende sanctie ten opzichte van de sanctie van nietigheid toewijzen. Er zijn geen aanwijzingen in het dossier te vinden dat Didam Have c.s. slechts nietigheid als rechtsgevolg van de schending van de Didam-regels door de rechter beoordeeld willen zien en niet ook vernietigbaarheid. Zij hebben immers in nr. 46 onder i van de pleitnota in eerste aanleg opgemerkt dat de rechtbank de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 BW kan vernietigen. Voor de gemeente en Groenstaete is deze beslissing van het hof geen verrassing, omdat zij in hun verweer ook zijn ingegaan op mogelijke vernietigbaarheid van de koopovereenkomst en de hierboven genoemde rechtspraak van de Hoge Raad. [voetnoot niet in dit cursief opgenomen; *red.*] Grief 8 is daarom in zoverre gegrond.

Partij(en)

Arrest van 4 april 2023 in de zaak van:

1. Didam Have B.V.
2. Becedo Vastgoed IV B.V. die beide zijn gevestigd in Didam, gemeente Montferland,
3. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. die is gevestigd in Doetinchem, die hoger beroep hebben ingesteld en bij de rechtbank optraden als eiseressen, hierna: samen Didam Have c.s. en ieder afzonderlijk Didam Have, Becedo IV en Becedo Ontwikkeling

advocaat: mr. A.A. al Khatib,

tegen

1. Gemeente Montferland, die zetelt te Didam en bij de rechtbank optrad als gedaagde hierna: de gemeente advocaat: mr. B.J.M. van Meer.
2. De vennootschap onder firma Bruil Groenstaete Projectontwikkeling, die is gevestigd in Ede en bij de rechtbank optrad als gedaagde, hierna: Groenstaete, advocaat: mr. T.E.P.A. Lam.

Uitspraak

1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1.

Naar aanleiding van het arrest van 14 juni 2022 heeft op 22 februari 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2. De kern van de zaak

2.1.

De gemeente is eigenaar van de voormalige gemeentehuislocatie aan de Raadhuisstraat 14 te Didam (hierna: de gemeentehuislocatie). Naast de gemeentehuislocatie bevinden zich percelen waarop vroeger de bibliotheek van Montferland en het postkantoor waren gevestigd (hierna: de bibliotheek/postkantoorlocatie). Naast het parkeerterrein bevindt zich een Coop-supermarkt (hierna: de Cooplocatie). Andere supermarkten in het dorp Didam zijn onder meer de door Didam Have c.s. geëxploiteerde Albert Heijn en een Aldi. Omstreeks 2014 heeft de gemeente Adviesbureau Kragten opdracht gegeven een Masterplan voor het centrumgebied (waarbinnen de gemeentehuislocatie, maar ook de bibliotheek/postkantoor- en Cooplocatie vallen) op te stellen. In dat kader is een klankbordgroep ingesteld, waarin bewoners en ondernemers vertegenwoordigd waren. Aan die klankbordgroep heeft Groenstaete als belangenbehartiger van Coop deelgenomen. Didam Have is niet uitgenodigd voor de klankbordgroep en heeft niet aan de vergaderingen deelgenomen. In 2016 is het Masterplan door de raad van de gemeente vastgesteld. In dit Masterplan wordt ervan uitgegaan dat op de gemeentehuislocatie een supermarkt wordt gevestigd, dat op de Cooplocatie een andere supermarkt komt, dat Coop en Aldi aan het bekijken zijn hoe zij elkaar kunnen versterken en dat de voormalige bibliotheek en het voormalige postkantoor worden gesloopt om daarop een parkeerterrein te realiseren. Op verzoek van Groenstaete heeft de gemeente bij brief van 28 juni 2016 bevestigd dat zij op basis van exclusiviteit met haar zal onderhandelen over realisatie van het Masterplan. Omstreeks diezelfde tijd hebben Didam Have c.s. aan de gemeente bericht graag in aanmerking te komen voor verplaatsing van de Albert Heijn naar het centrumgebied. Groenstaete heeft in 2018 en 2019 de percelen waarop de voormalige bibliotheek en het voormalige postkantoor zijn gelegen gekocht en nadien in eigendom overgedragen gekregen. Didam Have c.s. hebben op 18 juli 2018 met de wethouder gesproken over de mogelijkheden die het Masterplan zouden bieden voor hen. De wethouder heeft hen verwezen naar Groenstaete die daarop heeft aangegeven niet geïnteresseerd te zijn in samenwerking met Didam Have c.s. Daarop zijn Didam Have c.s. eerst een kort geding gestart en later deze bodemprocedure om te bewerkstelligen dat, kort gezegd, de gemeente de gemeentehuislocatie te koop aanbiedt in een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure. De kort-geding-procedure heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (hierna: het Didam-arrest), waarin de Hoge Raad onder meer heeft beslist dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak, indien er meerdere gegadigden zijn of dat redelijkerwijs te verwachten is. Tijdens het hoger beroep van de kort-geding-procedure hebben de gemeente en Groenstaete een koopovereenkomst gesloten ten aanzien van de gemeentehuislocatie en een samenwerkingsovereenkomst over de ontwikkeling van het projectplan, dat in hoofdzaak, de Coop-, de gemeentehuis- en de bibliotheek/postkantoorlocaties omvat (hierna: het projectplan).

2.2.

Didam Have c.s. hebben in deze bodemprocedure bij de rechtbank samengevat gevorderd dat zij (1) voor recht verklaart dat (a) de gemeente en/of Groenstaete onrechtmatig hebben gehandeld tegenover Didam Have c.s. en dat (b) de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koop- en samenwerkingsovereenkomst nietig zijn, dat zij (2) de gemeente verbiedt de gemeentehuislocatie geheel of gedeeltelijk te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die voldoet aan de in het petitum genoemde eisen, dat zij (3) de gemeente en Groenstaete gebiedt, voor het geval de gemeentehuislocatie al verkocht of geleverd is alle met verkoop en levering gemoeide (rechts)handelingen ongedaan te maken op straffe van verbeurte van dwangsommen en dat zij (4) de gemeente en Groenstaete veroordeelt tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat, een en ander te vermeerderen met de proceskosten. Daarnaast hebben Didam Have c.s. bij incidentele vordering inzage in of afschrift van enkele documenten gevorderd.

2.3.

De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen in haar vonnissen van 19 augustus 2020 en 10 november 2021 (dat laatste vonnis zal hierna worden aangeduid als het bestreden vonnis). De bedoeling van het hoger beroep is dat de in de hoofdzaak afgewezen vorderingen alsnog worden toegewezen en dat de veroordeling in de proceskosten van het incident wordt gewijzigd. Didam Have c.s. hebben in nr. 101 van de memorie van grieven hun eis aangepast aan de criteria uit het Didam-arrest en voorts twee percelen toegevoegd aan het verbod tot verkoop en levering door de gemeente aan Groenstaete.

2.4.

Het hof gaat bij de beoordeling van de grieven uit van de feiten die de rechtbank heeft vastgesteld in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.20 van het bestreden vonnis, met de volgende aanpassingen:

- anders dan in rechtsoverweging 2.1 is overwogen is de gemeente nog steeds eigenaar van de gemeentehuislocatie;
- aan rechtsoverweging 2.5 wordt toegevoegd dat Groenstaete door Coop naar voren was geschoven als haar belangenbehartiger in de klankbordgroep en dat Didam Have c.s. niet waren uitgenodigd voor de klankbordgroep en niet hebben deelgenomen aan de besprekingen van de klankbordgroep;
- naar aanleiding van rechtsoverweging 2.20 wordt overwogen dat de heer naam1 op 7 juli 2016 heeft gesproken met wethouder naam2 en gemeenteambtenaar naam3 en in dat gesprek namens Didam Have c.s. kenbaar heeft gemaakt met zijn supermarkt te willen verhuizen naar het centrumgebied.

2.5.

Daarmee is grief 1 voldoende besproken. De overige klachten in grief 1 over de feitenvaststelling door de rechtbank betreffen stellingen en gevolgtrekkingen van Didam Have c.s. waarvoor geen plaats is in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten. In zoverre is de grief ongegrond.

2.6.

Nadat het vonnis was uitgesproken hebben zich nog de volgende feiten voorgedaan. De raad van de gemeente heeft op 14 oktober 2021 het bestemmingsplan "Didam. Herontwikkeling Schoolstraat e.o." vastgesteld (hierna: het bestemmingsplan). Het plangebied omvat in hoofdzaak de gemeentehuis-, Coop- en bibliotheek/postkantoorlocaties en bestrijkt daardoor een beperkter gebied dan het Masterplan. Het bestemmingsplan maakt de vestiging van een supermarkt op de gemeentehuislocatie mogelijk en de aanleg van een parkeerterrein op de bibliotheek/postkantoorlocatie. De realisatie van het plan is volgens de toelichting op het plan gewaarborgd, omdat Groenstaete de kosten van uitvoering draagt. Aan Groenstaete is op 2 november 2021 een omgevingsvergunning verleend voor alle werkzaamheden in het plangebied. De beroepen tegen het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in haar uitspraak van 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:407 verworpen, behoudens een enkele hier niet relevante uitzondering met betrekking tot het bestemmingsplan, waarin de Afdeling vervolgens zelf heeft voorzien. Daardoor zijn het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning onherroepelijk geworden.

3. Het oordeel van het hof

Beslissingen

3.1.

Het hof zal beslissen dat de gemeente ten onrechte geen ruimte voor mededinging heeft geboden bij de verkoop van de gemeentehuislocatie, dat de gemeente en Groenstaete daarom wordt verboden om uitvoering te geven aan de koopovereenkomst, dat de koop- en samenwerkingsovereenkomst worden vernietigd, dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld en dat zij de schade moet vergoeden aan Didam Have c.s., nader op te maken bij staat. Het hof legt hieronder uit hoe het tot deze beslissingen is gekomen.

De gemeente heeft geen ruimte voor mededinging geboden

3.2.

De rechtbank heeft in de rechtsoverwegingen 4.3 tot en met 4.7 van het bestreden vonnis beslist dat de gemeente niet verplicht was om voorafgaande aan de verkoop van de gemeentehuislocatie ruimte voor mededinging te bieden, zodat alle in de locatie geïnteresseerde partijen een bod zouden kunnen uitbrengen. In het kort heeft de rechtbank dat als volgt gemotiveerd. Het is begrijpelijk dat de gemeente exclusief met Groenstaete is gaan onderhandelen, omdat deze al sinds 2012 betrokken was bij de ontwikkeling van het centrumgebied, ook mede gezien de bestaande contacten tussen de gemeente en Groenstaete (rechtsoverweging 4.3). Op dit moment kan niet worden aangenomen dat de in het publieke recht ontwikkelde mededingingsnorm ook van toepassing is op de verkoop van de gemeentehuislocatie, zodat de gemeente niet was gehouden dit perceel via een openbare biedingsprocedure in de markt te zetten (rechtsoverweging 4.4). Bij de verkoop van grond door de overheid is de mededingingsnorm alleen dan van toepassing als de overheid op een verkapte manier publieke rechten verdeelt en dat is hier niet aan de orde (rechtsoverweging 4.5). Verder hebben de gemeente en Groenstaete een voldoende gemotiveerd beroep op uniciteit gedaan. Uit de gebondenheid van de gemeente aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vloeit voort dat de gemeente de grond niet mag verkopen in strijd met het willekeurbeingsel en bij de selectie van de koper zakelijke criteria moet hanteren. Deze zakelijke criteria zijn in dit geval de omstandigheden dat Groenstaete (i) interesse bleek te hebben, (ii) een bestaande grondpositie in het plangebied had en (iii) afspraken had met twee complementaire supermarkten. Didam c.s. voldeden niet aan deze zakelijke criteria (rechtsoverweging 4.7). Ten slotte is de positie van Didam Have c.s. niet gelijk aan die van Groenstaete, omdat Didam Have c.s. niet bekend stonden als projectontwikkelaar, terwijl dat wel het geval was met Groenstaete. Verder hadden Didam Have c.s., anders dan Groenstaete, geen concreet bod op de locatie uitgebracht, waarbij niet van belang is de stelling van Didam Have c.s. dat de gemeente de daarvoor benodigde informatie niet ter beschikking wilde stellen (rechtsoverweging 4.7).

3.3.

Tegen deze overwegingen richten zich de grieven 2 tot en met 6. De grieven zijn gegrond, omdat de aangevallen overwegingen in strijd zijn met het Didam-arrest, waaruit het hof de navolgende passages citeert: "3.1.3. (...) Een overheidslichaam moet bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht 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.

3.1.6. De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 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.”

3.4.

Het staat vast dat de gemeente de in rechtsoverweging 3.1.4 genoemde ruimte aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de gemeentehuislocatie niet heeft geboden en evenmin de in rechtsoverweging 3.1.5 genoemde passende mate van openbaarheid heeft verzekerd noch de in beide rechtsoverwegingen vermelde objectieve, toetsbare en redelijke beleidscriteria heeft vastgesteld. Verder heeft de gemeente de in rechtsoverweging 3.1.6 genoemde bekendmaking van de voorgenomen verkoop aan Groenstaete niet verricht evenmin als de motivering waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat alleen Groenstaete in aanmerking komt als koper van de gemeentehuislocatie.

3.5.

De gemeente en Groenstaete hebben betwist dat er sprake is van schaarste, althans hebben gesteld dat alleen Groenstaete een serieuze gegadigde was gezien haar eigendomspositie in het plangebied en haar contacten met Coop en Aldi. De rechtshandelingen die de gemeente voornemens was aan te gaan, betroffen niet alleen de verkoop van de gemeentehuislocatie, maar ook de samenwerkingsovereenkomst tot realisatie op kosten van de projectontwikkelaar van het projectplan. Daartoe was alleen Groenstaete in staat. Didam Have c.s. waren daartoe niet in staat en hadden bovendien geen belangstelling dit plan te realiseren.

3.6.

Deze argumenten gaan niet op. In de totstandkomingsfase van het Masterplan werd duidelijk dat in het kader van het beleid om supermarkten in het centrumgebied te concentreren, herbestemming van de gemeentehuislocatie tot een supermarkt een interessante of wenselijke optie was. Op p. 25 van het Masterplan van 18 maart 2016 is vermeld dat het oude gemeentehuis ook als potentiële supermarktlocatie is opgemerkt. Kort daarop is de gemeente exclusief in onderhandeling getreden met Groenstaete over het opstellen van, wat later is geworden, het projectplan tot realisering van onder meer een supermarkt op de gemeentehuislocatie en een parkeerplaats op de bibliotheek/postkantoorlocatie. Die beslissing van de gemeente verdraagt zich niet met de regels van de Hoge Raad uit het Didam-arrest. In plaats van het voeren van exclusieve onderhandelingen met Groenstaete had de gemeente ruimte voor mededinging moeten creëren conform de in rechtsoverwegingen 3.1.4-3.1.5 van het Didam-arrest vermelde regels. Op dat moment was er geen sprake van een uitzonderingspositie van Groenstaete die het volgen van de in rechtsoverweging 3.1.6 genoemde procedure van de enige serieuze gegadigde rechtvaardigde, nog daargelaten dat de gemeente ook die procedure (zie rechtsoverweging 3.1.6 van het Didam-arrest) niet heeft gevolgd. Groenstaete had de bibliotheek- en postkantoorlocatie nog niet gekocht. Dat Groenstaete bij de ontwikkeling van een eerder plan heeft samengewerkt met Woningstichting Plavei, eigenaar van de postkantoorlocatie, is onvoldoende concreet om als relevante factor te laten meewegen. Een opdrachtrelatie van Groenstaete met

Coop, die eigenaar van de Cooplocatie is, vormt evenmin een reden om aan te nemen dat Coop/Groenstaete de enige serieuze gegadigde was voor verwerving van de gemeentehuislocatie. Dat wordt niet anders als Groenstaete ook contacten had met Aldi en kon verzorgen dat twee supermarkten die complementair waren (full service tegenover discount) zich zouden vestigen in het projectgebied. Didam Have c.s. hebben er terecht erop gewezen dat de samenwerkingsovereenkomst Groenstaete niet verplicht om in het projectgebied een full-service-supermarkt en een discounter te vestigen. Dat Groenstaete de enige geïnteresseerde gegadigde zou zijn - wat Didam Have c.s. betwisten - is als zodanig geen geldig argument. De passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de gemeentehuislocatie is er vooral om partijen te informeren die anders niet op de hoogte zouden zijn geraakt van de voorgenomen verkoop. Ter zitting heeft de gemeente verder bevestigd dat zij geen beleid voert dat onderscheid maakt tussen Didam Have enerzijds en Coop of Aldi anderzijds als exploitanten van een supermarkt. Juist omdat de passende mate van openbaarheid niet in acht is genomen, is ten slotte aan marktpartijen als Didam Have c.s. de kans ontnomen om aan de gemeente een aantrekkelijk plan te presenteren. Daarom moet het argument van de gemeente en Groenstaete dat Didam Have c.s. het door hen tezamen vastgestelde projectplan niet kunnen uitvoeren, worden verworpen. Om deze reden verwerpt het hof ook het beroep op het ontbreken van relativiteit (§ 11 van de conclusie van antwoord van de gemeente): de Didam-regels strekken juist tot bescherming tegen de schade die een geïnteresseerde partij als Didam Have c.s. lijdt, waarbij het er in dit geval niet toe doet of die partij een projectontwikkelaar of een supermarktexploitant is. Dat de gemeente en Groenstaete in weerwil van sommaties door Didam Have c.s. en eerst de kort-geding-procedure en daarna deze bodemprocedure zijn doorgedaan met hun plan voor het projectgebied, waardoor mogelijk kosten zijn gemaakt die nu nodeloos blijken te zijn, komt voor hun rekening.

Sanctie op schending van de Didam-regels: vernietigbaarheid

3.7.

De gemeente en Groenstaete hebben verdedigd dat er aanleiding is de koopovereenkomst in stand te laten, omdat de beslissingen in het Didam-arrest in het algemeen worden gezien als een verrassende afwijking van de daarvoor geldende rechtsopvattingen en als een forse afwijking van de tot dat moment bestaande gebruiken bij projectontwikkeling. Dat verweer wordt verworpen. De gemeente wist vanaf 2016 dat Didam Have belangstelling had om haar supermarkt te verplaatsen naar het centrumgebied. Didam Have c.s. hebben in 2018 de gemeente en Groenstaete gesommeerd de koopovereenkomst niet te sluiten met argumenten die grosso modo overeenkomen met de regels uit het Didam-arrest en zijn daarop een kort geding begonnen. Niettemin hebben de gemeente en Groenstaete de koopovereenkomst gesloten op 3 oktober 2019, kort voor de mondelinge behandeling bij dit hof in de kort-geding-procedure. Zij hebben daarmee het risico genomen dat de rechter achteraf hun standpunt niet zou volgen. Onder deze omstandigheden is vernietiging van de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW op vordering van de gepasseerde geïnteresseerde ondernemer de passende remedie tegen de niet-naleving van de regels uit het Didam-arrest. Een andere beslissing zou het voor een overheidslichaam te gemakkelijk maken om de rechter voor een voldongen feit te plaatsen door de koopovereenkomst aan te gaan nog vóór diens uitspraak. Het hof zoekt voor de sanctie van vernietiging aansluiting bij het aanbestedingsrecht. De door de Hoge Raad in het Didam-arrest geformuleerde regels die een overheidsinstantie moet naleven in (zoals in dit geval bij) de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Het gebrek van de (koop)overeenkomst die is gesloten in strijd met de Didam-regels ziet op de totstandkoming van die overeenkomst, niet op de strekking of inhoud ervan. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten beslist dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling^[1.]. Naar analogie van deze rechtspraak en van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012^[2.] zal het hof daarom de vernietiging van de koopovereenkomst van 3 oktober 2019 op vordering van Didam Have c.s. uitspreken. Didam Have c.s. hebben weliswaar een verklaring voor recht gevorderd dat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst van 3 oktober 2019 nietig is, maar het hof zal de vernietiging van de koopovereenkomst als de minder verstrekende sanctie ten opzichte van de sanctie van nietigheid toewijzen. Er zijn geen aanwijzingen in het dossier te vinden dat Didam Have c.s. slechts nietigheid als rechtsgevolg van de schending van de Didam-regels door de rechter beoordeeld willen zien en niet ook vernietigbaarheid. Zij hebben immers in nr. 46 onder i van de pleitnota in eerste aanleg opgemerkt dat de

rechtbank de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 BW kan vernietigen. Voor de gemeente en Groenstaete is deze beslissing van het hof geen verrassing, omdat zij in hun verweer ook zijn ingegaan op mogelijke vernietigbaarheid van de koopovereenkomst en de hierboven genoemde rechtspraak van de Hoge Raad.^[3.] Grief 8 is daarom in zoverre gegrond.

3.8.

Didam Have c.s. hebben in hun toelichting op grief 8 gesteld dat ook de samenwerkingsovereenkomst nietig is, omdat zij onlosmakelijk verbonden is met de koopovereenkomst. Dat zou volgen uit artikel 7.5 van de samenwerkingsovereenkomst, waarin is bepaald dat de koopovereenkomst is verbonden met de samenwerkingsovereenkomst. De gemeente en Groenstaete hebben bevestigd dat de koop- en samenwerkingsovereenkomst onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Zij hebben niet betwist dat de aantastbaarheid van de koopovereenkomst ook de aantastbaarheid van de samenwerkingsovereenkomst meebrengt. Daaruit volgt dat het hof bij gebreke van verweer op dit punt de samenwerkingsovereenkomst wegens de onlosmakelijke samenhang met de koopovereenkomst zal vernietigen. Ook in dat opzicht is grief 8 gegrond.

3.9.

Een en ander brengt mee dat de vordering van Didam Have c.s. tot het verbieden aan de gemeente om de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van, kort gezegd, een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die in overeenstemming is met het Didam-arrest, in de in het dictum opgenomen formulering zal worden toegewezen. Omdat de Didam-regels de gemeente verplichten om haar onroerende zaken op deze manier ter verkoop aan te bieden, is er geen sprake van dat het verbod op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen zou moeten worden afgewezen. Het beroep op artikel 6:168 BW (§ 12 van de conclusie van antwoord van de gemeente) wordt daarom afgewezen. Omdat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst is vernietigd en zij nog geen uitvoering hadden gegeven aan de koopovereenkomst, zal de vordering tot ongedaanmaking van deze rechtshandelingen worden afgewezen.

Onrechtmatig handelen

3.10.

Verder zal de verklaring voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Didam Have c.s. door de koopovereenkomst met Groenstaete te sluiten, worden toegewezen. De gemeente heeft immers door de koopovereenkomst te sluiten in strijd met het in artikel 3:14 BW verankerde gelijkheidsbeginsel gehandeld, bovendien op een moment dat een vordering aanhangig was tot het verkrijgen van een verbod deze overeenkomst te sluiten. Omdat de kans dat Didam Have c.s. schade hebben geleden door de onrechtmatige daad van de gemeente aannemelijk is, ook als alsnog - maar dan wel met vertraging - de door Didam Have c.s. gevorderde openbare en niet-discriminatoire biedingsprocedure wordt doorlopen, zal ook de vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat worden toegewezen. In zoverre is grief 9 gegrond.

3.11.

De vorderingen die betrekking hebben op de stelling van Didam Have c.s. dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld, zullen worden afgewezen. De omstandigheid dat de gemeente bij het aangaan van een koopovereenkomst met Groenstaete een op haar rustende verplichting - het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van haar grond - op een onrechtmatige manier heeft geschonden, betekent niet zonder meer dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Didam Have c.s. Dat is alleen zo als sprake is van bijkomende omstandigheden, die door Didam Have c.s. niet zijn gesteld en ook overigens niet zijn gebleken. Omdat de beslissingen in het Didam-arrest bovendien afwijken van de toen gebruikelijke manier van onderhandse verkopen van gemeentegrond, kan niet worden gezegd dat Groenstaete onrechtmatig heeft

gehandeld door toe te werken naar het sluiten van de koopovereenkomst met de gemeente. Een en ander wordt niet anders doordat de koopovereenkomst is gesloten terwijl er een verbodsvordering tegen niet alleen de gemeente maar ook Groenstaete was ingesteld. Dit onderdeel van de vorderingen van Didam Have c.s. zal worden afgewezen. In zoverre is grief 9 niet gegrond.

Rechtsverwerking

3.12.

De gemeente heeft zich in § 4 van haar conclusie van antwoord beroepen op rechtsverwerking van Didam Have c.s. Het verwijt aan Didam Have c.s. is tweeledig. In de eerste plaats hadden Didam Have c.s. medio 2016 op zijn minst aan de gemeente duidelijk moeten maken dat zij ook geïnteresseerd waren in uitvoering van de ontwikkeling van het Raadhuisplein. In de tweede plaats had van Didam Have c.s. mogen worden verwacht dat zij hun bezwaren daadwerkelijk en onverwijld in actie om zouden zetten door in het relevante gebied de eigen positie te versterken. Dit kon van Didam Have c.s. worden gevergd omdat de gemeente en Groenstaete in de tussentijd moeite hadden genomen en kosten hadden gemaakt en omdat door het stilzitten van Didam Have c.s. Groenstaete posities had verworven die maakte dat het plan voor het centrumgebied niet meer zonder haar zou kunnen worden gerealiseerd (de blokkerende sleutelpositie van Groenstaete), aldus de gemeente. De rechtbank heeft dit verweer verworpen in rechtsoverweging 4.2 van het eindvonnis, in essentie met het argument dat de gemeente Didam Have c.s. verwijt stil te hebben gezeten en dat het enkele stilzitten onvoldoende is voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking. De gemeente heeft haar verweer in § 17 van haar memorie van antwoord gehandhaafd. Het hof verwerpt de argumenten van de gemeente en neemt de beslissing van de rechtbank over en maakt deze tot de zijne. Het hof voegt daar nog het volgende aan toe. In de eerste plaats hebben Didam Have c.s. in 2016 en 2018 de gemeente geïnformeerd over hun wens de supermarkt te verplaatsen naar het centrumgebied. Deze mededeling staat al in de weg aan een geslaagd beroep op rechtsverwerking, omdat van stilzitten geen sprake is. Mede in het licht van het verweer van Didam Have c.s. in nr. 5.1 van haar pleitnota in eerste aanleg heeft de gemeente bovendien onvoldoende toegelicht welke kosten de gemeente had gemaakt en welke moeite zij had gedaan in de periode 2016-2018 die achteraf dan vruchteloos zouden zijn. Vóór het uitbrengen van de sommaties vanaf 7 augustus 2018 had Groenstaete nog geen grond in het projectgebied verworven, zodat ook de daarop ziende stelling onvoldoende is uitgewerkt. Weliswaar had Groenstaete kort voor de eerste sommatie het postkantoor gekocht van Stichting Plavei, maar de gemeente heeft niet gesteld dat dit feit bekend was aan Didam Have c.s.

Staatssteun

3.13.

In 3.7 is beslist dat de koopovereenkomst tussen de gemeente en Groenstaete zal worden vernietigd. Daarmee zijn de vragen of de door de gemeente bedongen verkoopprijs onder de marktwaarde was en of de gemeente zich daarmee schuldig heeft gemaakt aan een steunmaatregel in de zin van artikel 108 VWEU zonder belang geworden. Daarbij overweegt het hof dat ook een steunmaatregel in strijd met artikel 107 VWEU of in strijd met de meldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU niet zonder meer tot nietigheid van de koopovereenkomst zou hebben geleid.^[4.] Het hof hoeft grief 7 daarom niet te bespreken.

De proceskostenveroordeling in het artikel-843a-Rv-incident

3.14.

Didam Have c.s. hebben in eerste aanleg als incidentele vordering inzage of afschrift gevorderd van de onder 15.1 van de dagvaarding vermelde documenten. De gemeente heeft bij conclusie van antwoord één van de documenten overgelegd (het taxatierapport van de gemeentehuislocatie). De rechtbank heeft in rechtsoverweging 5.5 van haar vonnis van 19 augustus 2020 overwogen dat Didam Have c.s. bij die vordering

daarom geen belang meer hadden. Zij heeft de vordering tot inzage of afschrift voor het overige afgewezen en Didam Have c.s. in de kosten van het incident veroordeeld. Didam Have c.s. maken in grief 10 bezwaar tegen de proceskostenveroordeling. De grief is gegrond. De gemeente en Groenstaete hebben geen gevolg gegeven aan het verzoek van Didam Have c.s. om het taxatierapport aan hen ter beschikking te stellen, zodat Didam Have c.s. genoodzaakt waren daarvoor een incidentele vordering in te stellen. Dat rechtvaardigt dat de gemeente en Groenstaete in de kosten van het incident worden veroordeeld. Dat de incidentele vordering voor het overige is afgewezen weegt onvoldoende zwaar om tot een andere beslissing te komen.

De conclusie

3.15.

Het hoger beroep slaagt. Omdat de gemeente en Groenstaete in het ongelijk zullen worden gesteld, zal het hof hen tot betaling van de proceskosten zowel in hoger beroep als bij de rechtbank (in de hoofdzaak) veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.^[5.]

3.16.

De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad). De gemeente heeft in nrs. 26-27 van haar pleitnota in eerste aanleg de rechtbank gevraagd om een eventuele veroordeling van haar niet uitvoer bij voorraad te verklaren. Zij zou immers gezien het verstrekkende karakter van de vorderingen de gelegenheid moeten hebben die beslissing te laten toetsen door het hof. Dit argument, voor zover de gemeente dat in hoger beroep heeft willen handhaven, kan in hoger beroep geen grond meer zijn om het arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, zodat het hof eraan voorbij gaat.

4. De beslissing

Het hof:

4.1.

vernietigt het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 19 augustus 2020 voor zover het de onderdelen 6.2 en 6.3 betreft en beslist als volgt:

6.2

veroordeelt de gemeente en Groenstaete in de kosten van het incident, aan de zijde van Didam Have c.s. vastgesteld op € 543;

4.2.

vernietigt het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 10 november 2021 en beslist als volgt:

1. verklaart voor recht dat de gemeente onrechtmatig tegenover Didam Have c.s. hebben gehandeld door op 3 oktober 2019 de koopovereenkomst over de gemeentehuislocatie te sluiten;

2. vernietigt de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst van de gemeentehuislocatie van 3 oktober 2019 en de samenwerkingsovereenkomst van 1 oktober 2019;
3. verbiedt de Gemeente Montferland de percelen:
 - de Raadhuisstraat 14,6942 BE Didam, kadastraal bekend als Didam K 5046 met kadastrale objectidentificatie 078260504670000;
 - een perceel trottoir/gemeentegroen aan de Schoolstraat te Didam, kadastraal bekend als Didam K 5367 met kadastrale objectidentificatie 078260536770000; en
 - een perceel parkeerterrein, kadastraal bekend als Didam K 5845 met kadastrale objectidentificatie 078260584570000,of een deel daarvan te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die in overeenstemming is met de rechtsoverwegingen 3.1.4-5, althans 3.1.6 van het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778;
4. veroordeelt de gemeente tot vergoeding van de door Didam Have c.s. geleden schade, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag;

4.3.

veroordeelt de gemeente en Groenstaete tot terugbetaling aan Didam Have c.s. van alles wat Didam Have c.s. op grond van de vonnissen van 19 augustus 2020 en 10 november 2021 aan de gemeente en Groenstaete hebben betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente;

4.4.

veroordeelt de gemeente en Groenstaete tot betaling van de volgende proceskosten van Didam Have c.s. tot aan de uitspraak van de rechtbank:

- € 656 aan griffierecht
- € 83,38 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan de gemeente
- € 1.126 aan salaris van de advocaat van Didam Have c.s. (2 procespunten x tarief € 563)

en tot betaling van de volgende proceskosten van Didam Have c.s. in hoger beroep:

- € 783 aan griffierecht
- € 206,66 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan de gemeente en Groenstaete
- € 2.366 aan salaris van de advocaat van Didam Have c.s. (2 procespunten x appeltarief II)

4.5.

bepaalt dat al deze kosten moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;

4.6.

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

4.7.

wijst af wat verder is gevorderd.

Noot

Auteur: F.J. van Ommeren & A.H.J. Hofman^[*]

1. Didam: nietig, vernietigbaar of onaantastbaar?

Is een in strijd met het Didam-arrest (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren) gesloten overeenkomst nu nietig, vernietigbaar of toch geldig en onaantastbaar?

Op die vraag zien de drie in deze aflevering geplaatste uitspraken van het Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023 (ECLI:NL:GHARL:2023:2796), Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023 (ECLI:NL:RBMNE:2023:1244) en Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023 (ECLI:NL:RBMNE:2023:2418). Waar de rechtbank Midden-Nederland in het vonnis van 22 maart 2023 nog koos voor nietigheid, koos het Hof Arnhem-Leeuwarden nog geen twee weken later voor vernietigbaarheid. Nogmaals het oordeel “nietig” uitspreken, durfde de rechtbank Midden-Nederland daarna kennelijk niet meer aan. In het laatst opgenomen vonnis van 24 mei 2023 vraagt zij daarom voor eens en voor altijd duidelijkheid van de Hoge Raad: via het stellen van prejudiciële vragen wil zij namelijk weten wat de gevolgen van een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst nu echt zijn. Vanuit de praktijk is deze daadkracht van de rechtbank Midden-Nederland toe te juichen: er is immers behoefte aan rechtszekerheid en een eenduidige, duidelijke lijn.

2. Het Didam-arrest: hoe zat het ook alweer?

Wij starten deze annotatie met een korte recapitulatie van de kern van het Didam-arrest. De kern van het Didam-arrest is dat een overheid die voornemens is om een onroerende zaak te verkopen, mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden. De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte geldt zowel in de situatie dat er meerdere gegadigden voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak zijn, als in de situatie dat redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Op deze hoofdregel maakt de Hoge Raad slechts één uitdrukkelijke uitzondering, namelijk als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde voor de gronduitgifte in aanmerking komt. Is dat het geval, dan moet de overheid dit voornemen tot onderhandse verkoop tijdig bekendmaken én motiveren. Voor een nadere uiteenzetting van het Didam-arrest zelf en een overzicht van de naar aanleiding van het Didam-arrest gewezen rechtspraak in 2022, verwijzen wij naar de annotaties van F.J. van Ommeren in AB 2022/11 en A.H.J. Hofman in AB 2022/238-242.

3. Gevolgen van een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst

Bijna twee jaar na het wijzen van het Didam-arrest is helaas nog steeds niet duidelijk of een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst nietig, vernietigbaar of geldig en onaantastbaar is:

- *Nietig:* voor nietigheid pleitte de rechtbank Midden-Nederland in het hier geannoteerde vonnis van 22 maart 2023. Dit vonnis zag op een voorgenomen verkoop van een gemeentelijk pand aan Stichting 't Brandtweer. De voorzieningenrechter baseerde de nietigheid op artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met een wettelijke bepaling), omdat het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel is en zelfs een grondrecht dat in artikel 1 van de Grondwet is verankerd. Het oordeel “nietigheid” is verstrekkend. Het brengt namelijk met zich dat er nooit een koopovereenkomst tot stand is gekomen en er dus ook geen

levering meer kan of mag plaatsvinden, dan wel dat er bij reeds plaatsgevonden leveringen een geldige titel ontbreekt.

- *Vernietigbaar*: voor vernietigbaarheid pleitte het Hof Arnhem-Leeuwarden in het hier geannoteerde arrest van 4 april 2023. Dit arrest betrof de bodemzaak in het Didam-arrest en zag op de uitgifte van een supermarktlocatie aan projectontwikkelaar Groenstaete. Het Hof baseerde de vernietigbaarheid op artikel 3:40 lid 2 BW en zocht daarbij, naar eigen zeggen, mede aansluiting bij het aanbestedingsrecht omdat de uit het Didam-arrest voortvloeiende regels daarop zijn gebaseerd. Om die reden paste het volgens het Hof om voor een schending van vergelijkbare regels ook vergelijkbare sancties toe te passen (vergelijk HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638). Die sanctie is in dit geval dat een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst vernietigbaar is. De consequentie daarvan is dat een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst geldig is, maar dat er door een derde een actief beroep op de vernietiging daarvan kan worden gedaan. Voor dit beroep geldt dan wel een verjaringstermijn van drie jaar (zie artikel 3:52 lid 1 sub d BW).
- *Geldig en onaantastbaar*: dat een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst geldig en onaantastbaar zou zijn, is tot nu toe enkel in de literatuur geopperd (zie o.a. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392, p. 859-867). Daaraan wordt dan tevens toegevoegd dat de onaantastbaarheid alleen kan gelden voor overeenkomsten die al vóór het Didam-arrest waren gesloten.

4. Rechtbank Midden-Nederland overweegt prejudiciële vragen

Gegeven de voornoemde onduidelijkheid en ten behoeve van de rechtszekerheid heeft de rechtbank Midden-Nederland bij vonnis van 24 mei 2023 in een kwestie die zag op de verkoop van snippergroen aan de partijen in die kwestie voorgesteld om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen is neergelegd in artikel 392 Rv. Een rechter kan ambtshalve of op verzoek van partijen onder andere besluiten tot het stellen van prejudiciële vragen indien dat nodig is in het belang van de beslechting of beëindiging van talrijke uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin zich dezelfde vraag voordoet (zie artikel 392 lid 1 sub b Rv). De vraag over de (rechts)gevolgen van het Didam-arrest betreft zo'n vraag bij uitstek. De rechtbank Midden-Nederland komt vervolgens tot de volgende zes vragen die zij graag wenst voor te leggen aan de Hoge Raad:

- “
- 1) Zijn door de overheid gesloten privaatrechtelijke (koop)overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, die niet conform de in het Didam-arrest genoemde procedurevoorschriften tot stand zijn gekomen, nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig?
 - 2) Maakt het daarbij verschil of de overeenkomst voor of na 26 november 2021 (de datum van het Didam-arrest) tot stand is gekomen?
 - 3) Als het antwoord op vraag 2 ja is, wat zijn dan de rechtsgevolgen voor een overeenkomst die voor 26 november 2021 tot stand is gekomen, maar waarvan de levering op die datum nog niet heeft plaatsgevonden?
 - 4) Kan op grond van de aard van het goed redelijkerwijs worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop?
 - 5 a) Zijn er omstandigheden denkbaar waaronder de voor de in het Didam-arrest genoemde uitzonderingsmogelijkheid noodzakelijke openbare aankondiging door het overheidslichaam niet hoeft te worden gedaan?
 - 5 b) Heeft het enkele niet voldoen aan het vereiste van de openbare aankondiging door het overheidslichaam al tot gevolg dat de overeenkomst nietig of vernietigbaar is?
 - 5c) Maakt het voor het antwoord op de vraag onder b. nog uit of het gaat om een overeenkomst die voor of na 26 november 2021 tot stand is gekomen?

- 6) Indien het antwoord op vraag 1 luidt dat niet Didam-conforme overeenkomsten nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, kan de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan een beroep hierop? Zo ja, welke omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen?"

Het is nu aan de partijen in dit geding om zich uit te laten over de formulering van de voorgestelde prejudiciële vragen (artikel 393 lid 1 Rv). Mochten deze vragen vervolgens daadwerkelijk aan de Hoge Raad worden voorgelegd, dan is een groot aantal prangende vragen dat nog over het Didam-arrest leeft over de verkoop van onroerende zaken, in ieder geval beantwoord.

5. Uitzonderingen en beperkingen

Maar zijn daarmee nu ook echt alle vragen beantwoord? Zoals opgemerkt, overweegt de Hoge Raad in het Didam-arrest dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden niet aan de orde is indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. De vraag rijst evenwel of er ruimte moet zijn voor meer uitzonderingen en beperkingen. De Hoge Raad heeft zich daarover in het Didam-arrest niet uitgelaten, maar heeft hij daarmee beoogd de ruimte voor andere uitzonderingen en beperkingen in te perken? Of zweeg hij daarover eenvoudigweg omdat de zaak geen aanleiding gaf daarop in te gaan? In dit verband is het van belang om te memoreren dat de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak inzake de Speelautomatenhal Vlaardingen (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3102, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel) - waarop de Hoge Raad zich in het Didam-arrest expliciet baseert - meer uitzonderingen ziet dan alleen het geval dat er slechts één (potentiële) gegadigde is. Zo wijst de Afdeling erop dat deze verplichting kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, zoals de i.c. toepasselijke gemeentelijke verordening, of, kort gezegd, door de besluitvorming op grond van andere relevante wettelijke voorschriften. Zij voegt daaraan uitdrukkelijk toe dat een zodanige beperking evenwel niet zover kan gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. De vraag is in hoeverre deze gedachtegang ook geldt voor de verkoop van (onroerende) zaken. In hoeverre hebben gemeenten de ruimte om - al dan niet bij verordening - de verplichting om mededingingsruimte te bieden te beperken of er een uitzondering op te maken?

6. Lokale burgerinitiatieven

Een actueel voorbeeld biedt de wens die in sommige gemeenten leeft om bij de verkoop van onroerende zaken voorrang te bieden aan lokale burgerinitiatieven. Zie daarover de recent aangenomen motie van de Tweede Kamerleden Bontenbal/Stoffer: de indieners achten het wenselijk dat gemeenten de ruimte hebben om uitgiftecriteria te gebruiken als het beschikken over lokale binding en het creëren van maatschappelijke meerwaarde ([Kamerstukken II 2023/24, 36410, nr. 27](#)). Wij zouden erop willen wijzen dat niet uit het oog moet worden verloren dat het Didam-arrest gemeenten in beginsel niet beperkt in de keuze van hun algemene uitgiftevoorwaarden, en dus ook aan dit soort criteria in principe niet in de weg staat.

7. Ratio van de verplichting om mededingingsruimte te bieden

Voor het maken van een uitzondering op of beperking van de verplichting om mededingingsruimte te bieden is vooral de ratio van deze verplichting bepalend. In de literatuur is erop gewezen dat het nogal verschil maakt of deze ratio enerzijds gezocht moet worden in het beheersen van het risico van favoritisme, strijd met het verbod van willekeur, het voorkomen van vriendjespolitiek, corruptie en professionele belangenvermenging - aangeduid als de negatieve ratio - of dat het anderzijds vooral gaat om het realiseren van een goed functionerende markt, gericht op het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke meerwaarde voor de samenleving als geheel - de positieve ratio -, zie: C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren & W.H. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746, p. 889 e.v. Beide ratio's kunnen tot uitdrukking worden gebracht door het gelijkheidsbeginsel als beginsel van gelijke kansen, dat, zoals ook uit het Didam-arrest blijkt, als rechtsgrondslag fungeert van de verplichting om mededingingsruimte te bieden. Opgemerkt zij dat voor het antwoord op andere vragen die in dit verband rijzen - zoals voor de verkoop van welk soort subjectieve vermogensrechten voor de overheid de verplichting om mededingingsruimte te bieden geldt, welk soort verdelingsprocedure geschikt is en welke aanvullende verplichtingen bij de verkoop mogen worden gesteld - evenmin aan de ratio van de verplichting om

mededingingsruimte te bieden voorbij kan worden gegaan. In het oog springt ten slotte ook dat zowel in het hier geannoteerde vonnis van de Rb. Midden-Nederland van 22 maart 2023 (r.o. 3.27) als in de genoemde recente Kamermotie uitdrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij de positieve ratio van de verplichting om mededingingsruimte te bieden.

8. Vervolg

Laten we deze annotatie - in lijn met de voornoemde positieve ratio - positief afsluiten. Wij begrepen namelijk dat er inmiddels door de gemeente Montferland cassatie is ingesteld tegen het hier geannoteerde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023. Duidelijkheid over de vraag of een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst nu nietig, vernietigbaar of toch geldig en onaantastbaar is ligt dus echt in het verschiep.

Voetnoten

[1.] HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2628 (*Uneto/De Vliert*), n 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2002:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*) en 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax/UU*).

[2.] MvT [Kamerstukken II, 32 027](#) (2008/09) nr. 3 p. 10 e.v.

[3.] Zie voor de eisen te stellen aan toewijzing van het mindere dan gevorderd: nr. 2.10 van de conclusie van AG Van Peurse van 23 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1521 (*Brein/News-Service Europe*).

[4.] HR 26 april 2013, LJN BY0539 (*Residex/Gemeente Rotterdam*).

[5.] HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.

[*] A.H.J. Hofman is advocaat bij Boels Zanders Advocaten.