



mr. R.J. Lucassen¹

Gronduitgifte door de overheid na Didam, een update (deel 2)

In *LTB 2023/18* heb ik in het eerste deel van mijn update over de inmiddels verschenen Didam-jurisprudentie aandacht besteed aan het gelijkheidsbeginsel als ratio voor de verplichting voor de overheid om mededingingsruimte te bieden als zij onroerende zaken wil verkopen. Aangezien de keerzijde van het gelijkheidsbeginsel is dat deze verplichting niet van toepassing is als geen sprake is van gelijke gevallen, ben ik vervolgens ingegaan op de beleidsvrijheid die het overheidslichaam toekomt bij het bepalen van de selectiecriteria. Daarmee kan het overheidslichaam immers de selectie in belangrijke mate 'sturen' in de gewenste richting. In deze bijdrage bespreek ik allereerst enkele bijzonderheden van het nieuwe wettelijke systeem. Vervolgens sta ik stil bij de meest in het oog springende aandachtspunten die in de schadeberekenningspraktijk naar verwachting discussies en geschillen zullen gaan opleveren. Het voorkómen van nadeel is natuurlijk beter dan het compenseren van nadeel. In het slot van deze bijdrage bespreek ik dan ook enkele suggesties die in de Handreiking worden gedaan over de invulling van de omgevingsdialoog in het perspectief van het voorkómen van nadeel en van de noodzaak tot compensatie daarvan.

De door mij besproken 'Codrico-uitspraak' laat zien dat de beleidsruimte onder meer de vrijheid omvat eerder voorgenomen beleid onder invloed van een marktinitiatief aan te passen. In dit tweede deel van de update laat ik enkele andere uitspraken de revue passeren die ons iets leren over het begrip 'beleidsruimte'. Aangezien de meeste uitspraken draaien om de vraag of de overheid terecht tot het oordeel is gekomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam voor de uitgiftetransactie, wordt vervolgens bezien of een bestaande rechtsverhouding met de overheid dan wel een bestaande grondpositie de betrokken gegadigde in het bijzonder doet kwalificeren als enige serieuze gegadigde. Tot slot ga ik uitgebreid in op het vraagstuk 'vormt het Didam-arrest slechts een invulling van bestaand recht, of betreft het nieuw recht'. Daarover wordt in de jurisprudentie uiteenlopend geoordeeld en dat heeft direct zijn uitwerking op de remedies die worden toegepast bij constatering van een schending van het gelijkheidsbeginsel. 'Hot news' vormen twee recente uitspraken waarin (voor het eerst) een vóór het Didam-arrest gesloten koopovereenkomst nietig wordt verklaard respectievelijk een andere koopovereenkomst wordt vernietigd. Die tweede uitspraak betreft het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de 'Didam-zaak' van 4 april 2023 en daarmee zijn we weer een stap dichterbij een tweede arrest van de Hoge Raad gekomen waarin mogelijk (en hopelijk) verdere duidelijkheid zal worden geboden over de in dit artikel besproken kwesties. De bespreking van een aantal rechterlijke uitspraken betreft uitdrukkelijk slechts een selectie; in het bestek van dit artikel wordt geen volledigheid gepretendeerd.

Beleidsruimte en de beperking van de kring van gegadigden

Wanneer een overheidslichaam bepaald beleid heeft geformuleerd en zij van oordeel is dat dat beleidsdoel het beste kan worden gediend door haar grond (of andere onroerende zaak) alleen te

¹ Mr. R.J. (Robert) Lucassen is als senior jurist grondzaken en gebiedsontwikkeling werkzaam bij Overwater Grondbeleid Adviesbureau te Strijen, rlucassen@overwater-grondbeleid.nl, www.overwater-grondbeleid.nl.

verkopen (of in een andere vorm in gebruik te geven) aan een partij die het beste kan bijdragen aan de realisatie van het gemeentelijk beleid, kan zij de te hanteren selectiecriteria daarop inrichten. Zo kan zij de kring van gegadigden zodanig beperken dat er feitelijk maar één serieuze gegadigde overblijft.

In de praktijk doet zich geregeld het geval voor dat een partij die meent ten onrechte niet in aanmerking te zijn gekomen voor de transactie, naar voren brengt dat de door de overheid vastgestelde beleidsdoelstellingen ook heel wel kunnen worden bewerkstelligd wanneer die overheid de door die partij aangedragen alternatieven in haar afwegingen zou hebben betrokken. Dan kan het gaan om de eigen grondpositie van die partij, haar alternatieve ontwikkelingsplan, of de gebruikmaking van bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden waarvan de toepassing eveneens tot het gewenste resultaat zouden leiden, zoals bijvoorbeeld het onteigeningsinstrument. Blijkens de tot nu toe verschenen jurisprudentie gaat de rechter niet mee in zo'n redenering. Het primaat ligt immers bij het overheidslichaam, dat binnen de grenzen van de hem toekomende beleidsvrijheid zelfstandig mag beslissen, welke selectiecriteria in het algemeen belang zullen worden gehanteerd.

De beleidsruimte die de overheid toekomt, behelst onder meer ook de keuze voor het in te zetten privaatrechtelijk instrumentarium. Als een provincie haar natuurdoelstellingen het beste denkt te kunnen realiseren door middel van het inzetten van ruilgronden, dan heeft zij daartoe de vrijheid, oordeelde de rechtbank Noord-Nederland op 14 december 2022 ECLI:NL:RBNNE:2022:4685 (Provincie Friesland).

De toepassing van het Didam-arrest reikt zeker niet zo ver dat de overheid haar selectiecriteria zó zou moeten formuleren dat ook *ongewenste*, alternatieve ontwikkelplannen zouden kunnen meedingen. Dat zou immers tot gevolg hebben dat de beleidsruimte van de overheid feitelijk zinledig is, aldus rechtbank Den Haag 5 oktober 2022 ECLI:NL:RBDHA:2022:10163 (Gemeente Den Haag).

Hoewel aan overheden dus veel vrijheid wordt gelaten bij het formuleren van de relevante selectiecriteria, dient dit wel tijdig, dat wil zeggen voorafgaand aan de (voorlopige) selectie te gebeuren. De rechter is over het algemeen zeer kritisch in zijn beoordeling van situaties waarin het er alle schijn van heeft dat de selectiecriteria (achteraf) zijn toegeschreven naar één bepaalde gegadigde, want een overheid die dat doet maakt zich al gauw schuldig aan willekeur of nepotisme. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029 (Shell/Gemeenschappelijke Regeling Nieuw Reijerwaard) en Rechtbank Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99 (Bowlingcentrum/gemeente Nijmegen).

Voorrang door bestaande rechts- of grondpositie?

In een enkel geval blijkt de omstandigheid dat een bepaalde gegadigde reeds over een bestaande rechtsverhouding met de overheid heeft, extra gewicht in de schaal te kunnen leggen bij de beantwoording van de vraag, of die partij als enige serieuze gegadigde dient te worden aangemerkt. Dat was het geval bij zittende huurders ('strandhuurders', Rechtbank Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, Gemeente Beverwijk). Maar dit is zeker geen regel. Zo werd de gemeente Rotterdam door de rechter teruggefloten toen zij de erfpachter van het Fortterrein als enige serieuze gegadigde had aangemerkt om ook het naastgelegen Marechausseeaterrein in erfpacht te verkrijgen (Rechtbank Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310). Ook degene die al jarenlang van de gemeente Haarlemmermeer grond pachtte op grond van kortlopende geliberaliseerde pachtovereenkomsten die in het verleden steeds werden verlengd en meende dat hij ook in de

toekomst aanspraak zou kunnen blijven maken op verlenging van de pacht, ving bot. Het was namelijk niet duidelijk waarom een openbare selectieprocedure achterwege gelaten had kunnen worden toen de gemeente besloot een aantal pachtvereenkomsten met deze pachter te beëindigen en de betreffende percelen openbaar in pacht aan te bieden (Rechtbank Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739).

Een soortgelijke situatie kan zich ook voordoen als het gaat om een bestaande grondpositie. Uit de eerder besproken zaak van de Codrico-fabriek (Rechtbank Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887) volgt dat, afhankelijk van de plannen van de overheid met een bepaald gebied, de eigenaar of erfpachter van een perceel grond in dat gebied in het bijzonder kan kwalificeren als enige serieuze gegadigde. Dat is het geval indien deze partij het als gevolg van die grondpositie in haar macht heeft om een gebiedsontwikkeling op gang te brengen die zonder medewerking van die eigenaar of erfpachter niet, althans minder snel of voor de overheid minder efficiënt, zou kunnen worden vlot getrokken.

Overigens kan ook zonder dat sprake is van een dergelijke bijzondere geschiktheid als samenwerkingspartner van de gemeente, een bepaalde grondpositie de betrokken eigenaar onderscheidend maken ten opzichte van andere eigenaren in het gebied. Dat ondervond de eigenaar van een perceel grond (A) in Elburg. Dat perceel grensde aan de zuidzijde aan een perceel grond (kade) en een perceel water (deel van een kanaal), beide in eigendom van de gemeente Elburg. De gemeente wilde deze percelen verkopen in het kader van een door haar beoogde ontwikkeling van het gebied. Aan de noordzijde van perceel A bevindt zich perceel B. De eigenaar van dat perceel heeft eerder getracht met de eigenaar van perceel A tot overeenstemming te komen over een gezamenlijk plan, waarbij beide percelen in de door de gemeente voorgestane herontwikkeling betrokken zouden worden en perceel B rechtstreeks toegang zou verkrijgen tot de kanaalzone. De rechtbank oordeelde dat de eigenaar van perceel A gelet op haar grondpositie de enige was die de gemeentelijke percelen zelfstandig kon ontwikkelen (Rechtbank Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713).

Het is duidelijk dat in bovengenoemde zaken nu eens de ‘positieve’, dan weer de ‘negatieve’ kant van het gelijkheidsbeginsel naar voren treedt: gelijke gevallen moeten gelijkelijk worden behandeld, maar als de ene gegadigde zich in een relevant opzicht onderscheidt van de andere gegadigde(n), gaat de vlieger van het gelijkheidsbeginsel niet op.

Zaak-Didam: Hof komt met een vernietigend oordeel

Hoewel de zojuist besproken gevallen wellicht doen vermoeden dat het kunnen beschikken over een bepaalde grondpositie een sterke troef vormt voor de betrokken eigenaar of rechthebbende om één-op-één zaken te kunnen doen met een overheid die voornemens is grond uit te geven, is dat zeker geen garantie. Dat bewijst het zeer recente arrest in de bodemzaak rond de verkoop van het voormalige gemeentehuis te Didam. Deze bodemzaak was reeds aanhangig toen de Hoge Raad op 26 november 2021 in kort geding zijn geruchtmakende Didam-arrest wees.

De gemeente Montferland had in 2016 een Masterplan voor de herontwikkeling van het centrumgebied van Didam vastgesteld. In dat zogeheten projectgebied staat onder meer het voormalige gemeentehuis. Volgens het plan zou daarin een supermarkt komen. Daarenboven zou bestaande bebouwing in het projectgebied worden gesloopt om ruimte te creëren voor parkeren. De gemeente en Groenstaete waren jarenlang over de beoogde herontwikkeling van het projectgebied in onderhandeling, In de tussentijd ging Groenstaete over tot verwerving in eigendom van andere

vastgoedobjecten in het gebied. Zij had door die tamelijk omvangrijke grondportefeuille in het projectgebied een sterke onderhandelingspositie tegenover de gemeente. Dat lag anders bij Didam Have, exploitant van de lokale Albert Heijn, die in 2016 aan de gemeente had laten weten graag in aanmerking te komen voor verplaatsing van haar supermarkt naar het projectgebied; zij had, voor zover uit de uitspraak volgt, nog geen grondpositie in het projectgebied. Nadat Didam Have, die niet werd betrokken bij de besprekingen over de herontwikkeling van het centrumgebied, tot het inzicht was gekomen dat zij dreigde te worden gepasseerd voor een participerende rol daarin en voor de verwerving van de voormalige gemeentehuislocatie, startte zij eerst een kort geding (uitmondend in het Didam-arrest van de Hoge Raad) en later een bodemprocedure. Nog tijdens het hoger beroep van de kortgedingprocedure sloten de gemeente en Groenstate de koopovereenkomst voor het voormalige gemeentehuis. Het eigendom daarvan berustte nog steeds bij de gemeente ten tijde dat het hof het hier besproken arrest in de bodemprocedure wees. Inmiddels was een bestemmingsplan vastgesteld en aan Groenstaete een omgevingsvergunning verleend voor alle benodigde werkzaamheden in het gebied; zowel het bestemmingsplan als de omgevingsvergunning waren ten tijde van de behandeling door het hof onherroepelijk geworden.

Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat Groenstaete niet de enige serieuze gegadigde was gezien haar eigendomspositie in het plangebied. Het hof kijkt daarvoor terug naar de periode waarin het Masterplan tot stand kwam. Kort nadat dit was vastgesteld, trad de gemeente exclusief met Groenstaete in onderhandeling, terwijl zij toen mededingingsruimte had moeten bieden. Op dat moment was er nog geen sprake van een uitzonderingspositie van Groenstaete die het volgen van de procedure van de enige serieuze gegadigde rechtvaardigde (daargelaten dat ook dit laatste niet was gebeurd). Groenstaete had de overige vastgoedobjecten in het gebied toen nog niet aangekocht. Ook het feit dat Groenstaete kon verzorgen dat twee supermarkten die complementair waren (full service tegenover discount) zich in het projectgebied zouden vestigen, legt geen gewicht in de schaal. Juist omdat de gemeente geen passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de gemeentelocatie heeft geboden, is aan marktpartijen als Didam Have de kans ontnomen om een soortgelijk "all-in"-plan te ontwikkelen. Dat de gemeente en Groenstaete in weerwil van sommaties van de zijde van Didam Have op de eenmaal ingeslagen weg zijn doorgegaan en in dat kader allerlei kosten hebben gemaakt, laat het hof geheel voor hun rekening.

Het hof komt tot een aantal stevige conclusies, waarvan de belangrijkste luiden:

- de gemeente heeft onrechtmatig tegenover Didam Have gehandeld door de koopovereenkomst met Groenstaete te sluiten;
- die koopovereenkomst en de daaraan gekoppelde samenwerkingsovereenkomst met de gemeente worden vernietigd;
- de gemeente wordt verboden de gemeentehuislocatie en nog enkele andere percelen te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure in overeenstemming met de regels uit het Didam-arrest van de Hoge Raad;
- de gemeente dient de door Didam Have geleden schade te vergoeden.

Bevat het Didam-arrest nieuw recht of heeft het ‘terugwerkende kracht’?

Inleiding

In deel I van deze update maakte ik melding van het feit dat op basis van de tot dan verschenen jurisprudentie nog geen eenduidig antwoord kon worden gegeven op de vraag, of het Didam-arrest nieuw recht bevat, dan wel of er (slechts) sprake is van invulling van reeds bestaand recht (in welk geval de regels uit het Didam-arrest dus ook ‘terugwerkende kracht’ hebben). Ik ben persoonlijk geneigd tot het laatste, temeer nu het Didam-arrest zelf geen enkele indicatie bevat dat de Hoge Raad heeft beoogd een nieuwe inrichting in te slaan. Zou dat wel het geval zijn geweest, dan zou het voor de hand hebben gelegen als in het arrest een ‘overgangsrechtelijke overweging’ zou zijn opgenomen. De vraag ‘nieuw of oud’ heeft relevantie voor uitgifte-overeenkomsten die zijn tot stand gekomen vóór 26 november 2021, de datum waarop het Didam-arrest werd gewezen. Dit onderwerp is ook in de jurisprudentie van de afgelopen maanden aan de orde gekomen. Naar verwachting neemt het belang van deze kwestie in de lo op der tijd af, nu overheden in elk geval vanaf de datum van 26 november 2021 bekend mogen worden verondersteld met de regels die bij voorgenomen gronduitgifte in acht dienen te nemen.

Jurisprudentie tot 22 maart 2023

De gemeente Haarlemmermeer had vóór 26 november 2021 een koopovereenkomst voor een perceel grond gesloten met woningcorporatie Ymere, die het perceel zou afnemen indien het door haar in samenspraak met de gemeente ontwikkelde woningbouwplan voor 43 sociale huurwoningen doorgang zou vinden. Op dezelfde datum als waarop zij de omgevingsvergunning voor dat bouwplan verleende, publiceerde de gemeente haar voornemen tot levering van de grond aan Ymere. Een commerciële ontwikkelaar had vanaf 2015 ook belangstelling getoond voor die grond en kwam op tegen de voorgenomen levering. Eén van de aangevoerde bezwaren betrof het feit dat de gemeente het voornemen tot verkoop destijds niet (conform de regel uit het Didam-arrest) had gepubliceerd. De rechter stelde vast dat de koopovereenkomst was gesloten vóór het Didam-arrest, maar overwoog dat de regels van dat arrest – in ieder geval in hun concrete uitwerking – nieuw waren, zodat de gemeente daar bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening mee kon houden. Het viel de gemeente dan ook niet kwalijk te nemen dat zij destijds het voornemen tot verkoop niet vooraf had gepubliceerd (Rechtbank Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865. In gelijke zin: Rechtbank Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333).

De pachtkamer van de rechtbank Noord-Nederland oordeelde begin dit jaar in een geschil tussen een akkerbouwbedrijf en de gemeente Veendam over de vraag, of tussen hen een reguliere pachtovereenkomst van gemeentegrond tot stand was gekomen. De pachtkamer stelde vast dat dit het geval was. Aangezien de gemeente ermee bekend was dat er in dit geval (naar verwachting) meerdere gegadigden voor het in pacht nemen van de grond waren, had zij het pachtcontract niet één-op-één aan deze akkerbouwer mogen gunnen en had zij, door geen openbare selectieprocedure te organiseren, het gelijkheidsbeginsel geschonden. Die schending leidde echter niet tot nietigheid van de pachtovereenkomst, omdat de pachtovereenkomst medio 2020 tot stand was gekomen en toen konden partijen nog geen rekening houden met de procesregels uit het Didam-arrest, aldus de rechtbank. In deze zaak botsten het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel met elkaar. Daarbij prevaleerde het vertrouwensbeginsel, waarbij van belang werd geacht dat het de gemeente was geweest die enerzijds had gehandeld in strijd met de regels uit het Didam-arrest en anderzijds had

bijgedragen aan het ontstaan van het vertrouwen in de totstandkoming van de pachtovereenkomst (Rechtbank Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82).

Een gelijksoortig geluid komen we tegen in een kort-gedingvonnis van de rechtbank Gelderland. Daarbij ging het opmerkelijk genoeg om een kort *na* het Didam-arrest gesloten koopovereenkomst tussen de gemeente Nijmegen en de GGD, terwijl de gemeente wist dat er ook een andere gegadigde was. Ter zitting neemt de gemeente het standpunt in dat zij gehouden is aan de reeds gesloten koopovereenkomst. Het kan niet verbazen dat de rechtbank dit argument terzijde schoof met de overweging dat dit er niet toe kon leiden dat de GGD daardoor de enige serieuze gegadigde was, omdat – zou dat anders zijn - gemakkelijk het gelijkheidsbeginsel zou kunnen worden omzeild. Ook het verweer van de gemeente dat er reeds vóór het Didam-arrest in materieel opzicht overeenstemming was bereikt over de koop en de gemeente op grond van het vertrouwensbeginsel daaraan gebonden was, slaagde niet. Het Didam-arrest is slechts een uitleg en concretisering van de reeds bestaande verplichtingen uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel, aldus de rechtbank. Gelet op de omstandigheden van het geval woog in de belangenafweging bij dit conflict tussen het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel het eerste zwaarder (Rechtbank Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99).

Tussenstand

Waar het de beoordeling van overeenkomsten betreft die zijn tot stand gekomen vóór het Didam-arrest van 26 november 2021, volgt uit de hiervóór besproken vonnissen dat de rechtbanken langs de volgende weg tot hun oordeel komen:

1. In het Didam-arrest heeft de Hoge Raad niet een materieel andere invulling gegeven aan het gelijkheidsbeginsel, maar heeft hij voor wat betreft de verkoop door de overheid van onroerende zaken (nadere) procedureregels geformuleerd voor het selectieproces (in die zin wordt door sommige rechtbanken ook wel gesproken van ‘procesregels’). Indien die procesregels zijn geschonden in de aanloop naar het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, is er sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel.
2. Ingeval ter verweer een beroep wordt gedaan op de omstandigheid dat de contractspartijen indertijd te goeder trouw, want onbekend met de ‘procesregels’ van het Didam-arrest, de overeenkomst zijn aangegaan, dient er een afweging plaats te vinden tussen het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Aangezien er geen wettelijke rangorde bestaat tussen beide beginselen van behoorlijk bestuur, zal afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval de ene keer het vertrouwensbeginsel en de andere keer het gelijkheidsbeginsel zwaarder moeten wegen.
3. Indien het gelijkheidsbeginsel in het concrete geval prevaleert boven het vertrouwensbeginsel, hoeft dat niet te leiden tot het oordeel dat de desbetreffende overeenkomst nietig is, er zijn ook andere remedies. De gemeente kan namelijk verboden worden, uitvoering te geven aan de gesloten overeenkomst, of de gemeente kan verplicht worden om alsnog een openbare selectieprocedure te organiseren (zie Rechtbank Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029). Ook kan de gemeente verboden worden de onroerende zaak te verkopen anders dan na publicatie van een (nieuw) voornemen tot verkoop waarin alsnog deugdelijk wordt gemotiveerd waarom de daarin genoemde aspirant-koper naar het oordeel van het betrokken overheidslichaam de enige serieuze gegadigde is (zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017). Als dit door een gepasseerde gegadigde is gevorderd, kan de rechter de betrokken overheid ook aansprakelijk houden voor de geleden schade (Rechtbank Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487, Gemeente Dronten).

Uitspraak-Rhenen: nietigheid van de koopovereenkomst

Tot voor kort heeft geen enkele rechter een overeenkomst die vóór het Didam-arrest in strijd met het gelijkheidsbeginsel is aangegaan, nietig verklaard. In die situatie is echter met het kortgedingvonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 22 maart 2023 (ECLI:NL:RBMNE:2023:1244) verandering gekomen.

Het ging in die zaak om een monumentaal pand dat de gemeente Rhenen in 2020 had verkocht aan een stichting. Aan de verkoop was destijds een zogeheten ‘marktverkenning’ vooraf gegaan, maar deze had niet meer ingehouden dan het peilen van de belangstelling onder een aantal door de gemeente *ad random* benaderde partijen die mogelijk interesse voor het object zouden hebben. Van een openbare (transparante) selectieprocedure was geen sprake geweest. Na het voeren van gesprekken met deze en gene, was de stichting als enige gegadigde overgebleven. Naar aanleiding van de publicatie van het voornemen om ter uitvoering van die overeenkomst het pand aan de stichting te leveren, spande een lokale vastgoedonderneming met ervaring in het verwerven en exploiteren van monumentale panden een kort geding tegen de gemeente aan.

De Voorzieningenrechter overwoog dat het in het Didam-arrest niet gaat om nieuwe regelgeving, maar om een logische invulling van bestaand recht. *“De gemeente Rhenen had dat ook zelf kunnen bedenken.”* (...) *Nieuw jurisprudentie-recht werkt (.....) in beginsel terug. Er is dan een overgangsregel nodig om ervoor te zorgen dat die uitspraak vanaf een bepaalde datum geldt. Een dergelijke overgangsrechtelijke overweging ontbreekt echter in het Didam-arrest*”. De gemeente heeft geen objectieve, toetsbare en redelijke criteria gehanteerd voor haar standpunt dat er slechts één serieuze gegadigde is voor de verwerving van het monumentale pand. Met name het feit dat de destijds uitgevoerde marktverkenning niet was aangekondigd op een zodanige manier dat een ieder daarvan kennis had kunnen nemen, breekt de gemeente op.

Het rechtsgevolg van het handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel is dat de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig is wegens strijd met een dwingende wetsbepaling, te weten artikel 3:14 BW (dat noopt tot het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel bij privaatrechtelijk overheidshandelen). Ik citeer: *“Het gelijkheidsbeginsel (in de context van het bieden van een gelijke kans) houdt in dat mededingingsruimte moet worden geboden door een selectieprocedure te organiseren. Maar het gelijkheidsbeginsel heeft gelet op de ratio daarvan ook tot doel om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de samenleving realiseren. (.....) Bovendien is het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel en zelfs een grondrecht dat in onder meer artikel 1 van de Grondwet is verankerd. Dit alles maakt dat de hier aan de orde zijnde wettelijke bepaling de strekking heeft om de geldigheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst aan te tasten. Het vertrouwensbeginsel (...) doet hier niet aan af. Daarom wordt niet toegekomen aan de beoordeling van de vraag of het vertrouwensbeginsel hier dient te prevaleren boven het gelijkheidsbeginsel.”*

Het eindoordeel luidde dat er niet aan de stichting geleverd mocht worden. De gemeente Rhenen zal ofwel een openbare selectieprocedure moeten optuigen, ofwel alsnog behoorlijk moeten motiveren waarom zij op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat van oordeel is dat de stichting de enige serieuze gegadigde is voor de aankoop van het monumentale pand.

Dit vonnis is verstrekkend en de argumentatie is naar mijn mening hier en daar opmerkelijk. Het verstrekkende karakter zit hem uiteraard primair in de nietigheid als zodanig. In dit geval was er nog niet geleverd, maar stel dat dat wel het geval zou zijn geweest, dan zou als gevolg van de nietigheid van de titel (i.c. koop) geen eigendom op de koper zijn overgegaan, zou een eventueel op het perceel

gevestigd hypotheekrecht ongeldig zijn etc. Met andere woorden: het oordeel dat de overeenkomst nietig is, kan voor het rechtsverkeer en de rechtszekerheid ontwrichtende gevolgen hebben en dat terwijl er mijns inziens geen dwingende reden is voor een dergelijke zware sanctie.

Ten eerste niet omdat allerm minst vaststaat dat het geschonden artikel 3:14 BW en daarmee het gelijkheidsbeginsel de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige overeenkomsten aan te tasten. Als men al tot nietigheid van de overeenkomst zou willen concluderen, dan zou strijd met de openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW) als grondslag daarvoor eerder voor de hand liggen, waarbij dan het argument zou zijn dat het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel element in ons rechtsbestel vormt.

Ten tweede is er geen noodzaak om naar het zware middel van de nietigheid te grijpen omdat de normschending heel wel kan worden geadresseerd met behulp van andere remedies dan nietigheid. Als men tot uitgangspunt neemt dat het bieden van mededingingsruimte en gelijke kansen bij het verwerven van onroerende zaken van de overheid geen doel als zodanig is, maar slechts een middel om willekeur en favoritisme tegen te gaan, is het voor het herstellen van de norm toereikend om te bezien, of de uitvoering daarvan nog kan worden voorkomen en aan andere gegadigden alsnog een gelijke kans kan worden geboden. Zoals we hiervóór hebben gezien, kan dat in sommige gevallen door het voornemen tot verkoop alsnog behoorlijk te motiveren en (opnieuw) te publiceren, dan wel alsnog een openbare selectieprocedure te organiseren. In andere gevallen leidt het handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel tot aansprakelijkheid van de betrokken overheid en in veel gevallen wordt de destijds geselecteerde partij alsnog ‘gered’ op grond van een afweging tussen het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Nogmaals: arrest-Didam

In het hiervóór reeds besproken arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023 verwierp het hof het verweer dat de koopovereenkomst in stand zou moeten worden gelaten *‘omdat de beslissingen in het Didam-arrest in het algemeen worden gezien als een verrassende afwijking van de daarvóór geldende rechtsopvattingen en als een forse afwijking van de tot dat moment bestaande gebruiken bij projectontwikkeling’*. Het hof laat zich niet met zoveel woorden uit over de vraag of het Didam-arrest nieuw recht bevat, maar acht voor de afwijzing van het genoemde verweer de omstandigheden van het geval van belang. Zo acht het hof van betekenis dat de gemeente al vanaf 2016 bekend was met de belangstelling van Didam Have om haar supermarkt te verplaatsen naar het centrumgebied. Bovendien had deze partij de gemeente en Groenstaete al in 2018 gesommeerd om de koopovereenkomst niet te sluiten met argumenten die grosso modo overeenkomen met de regels uit het Didam-arrest. Niettemin werd de koopovereenkomst kort voor de mondelinge behandeling bij dit hof in de kortgedingprocedure gesloten, waarmee partijen het risico hadden genomen dat de rechter achteraf hun standpunt niet zou volgen. Onder die omstandigheden vormt vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW naar het oordeel van het hof een passende remedie tegen de niet-naleving van de regels uit het Didam-arrest. Het hof overweegt dat de regels van het Didam-arrest zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht en zien op de totstandkoming van de (koop)overeenkomst, niet op de strekking of inhoud daarvan. Naar analogie van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de niet-naleving van de Europese aanbestedingsregels oordeelt het hof dat er ook in een geval als dit geen aanleiding bestaat voor de conclusie dat de schending van het gelijkheidsbeginsel leidt tot nietigheid van de overeenkomst. Een minder vergaande sanctie als vernietiging is echter wel op haar plaats, aldus het hof.

Dit oordeel impliceert dat het hof kennelijk de opvatting is toegedaan dat artikel 3:14 BW een dwingende wetsbepaling is die uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling en dat artikel 3:40 lid 3 BW niet aan de vernietiging in de weg staat. Hierop valt volgens mij het nodige af te dingen. Immers, artikel 3:40 lid 2 BW laat bij strijd met een dwingende wetsbepaling slechts ruimte voor vernietiging van de overeenkomst door de rechter, indien die bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerszijdige rechtshandeling. Het lijkt mij echter allerm minst evident dat het gelijkheidsbeginsel aan dat criterium voldoet, omdat het nu juist dient ter bescherming van de positie van derden die *geen* partij zijn bij die meerszijdige rechtshandeling. Het hof zwijgt hierover. Als men deze eerste hobbel al zou kunnen nemen, doemt vervolgens artikel 3:40 lid 3 BW op. Daaruit volgt dat vernietigbaarheid niet aan de orde kan zijn bij wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Dat roept dus de vraag op, of artikel 3:14 BW en meer in het bijzonder het volgens dat artikel in acht te nemen gelijkheidsbeginsel de strekking heeft om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen (lees: overeenkomsten) aan te tasten. Die vraag kan denk ik bezwaarlijk bevestigend worden beantwoord. Dat houdt verband met het feit dat het gelijkheidsbeginsel, evenals andere beginselen van behoorlijk bestuur, nu eenmaal niet in het leven is geroepen om bij schending daarvan in een civielrechtelijk kader tot vergaande sancties als nietigheid of vernietigbaarheid te leiden. Ik ben reuze benieuwd, hoe de Hoge Raad hierover zal oordelen in een cassatieprocedure (die naar ik aanneem wel zal volgen vanwege het principiële karakter van de zaak).

==/=