

## LEGAL UPDATE

### 'Didam' in de praktijk – golden de regels altijd al?

Datum: 13 april 2022

Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad een baanberekend [arrest](#) gewezen, waarin – kort gezegd – is bepaald dat overheden op grond van het gelijkheidsbeginsel bij transacties van onroerende zaken in beginsel gelegenheid moet bieden aan potentiële gegadigden om mee te dingen naar een onroerende zaak. Over dit zogenaamde Didam-arrest van de Hoge Raad schreven wij al eerder deze [Legal Update](#).

In de praktijk wordt uitgezien naar de nadere invulling in de rechtspraak van het door de Hoge Raad geschetste kader. Op 18 maart 2022 ([uitspraak](#) gepubliceerd op 11 april 2022) heeft de rechtbank Midden-Nederland zich uitgelaten over de toepassing van het Didam-arrest op een situatie in Nieuwegein. De rechter is uiterst kritisch op het handelen van de gemeente in het licht van Didam, zo blijkt.

### Waar ging het om?

In deze zaak stond de vraag centraal of de gemeente Nieuwegein uitvoering mocht geven aan een koopovereenkomst voor een kavel die zij op 25 november 2020 (NB: een jaar voor het Didam-arrest) had gesloten met Shell. Volgens eiser heeft de gemeente door het sluiten van de koopovereenkomst, zonder eerst een openbare selectieprocedure te organiseren, in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel en is dat onrechtmatig jegens hem. Hij had al ruim voordien ook zijn belangstelling voor dat kavel bij de gemeente kenbaar gemaakt en de gemeente had hem bovendien toegezegd hem op de hoogte te zullen stellen zodra verkoop van het kavel aan de orde zou zijn. Hij wil een eerlijke kans op verwerving van dat kavel om daar zijn plannen voor een onbemand tankstation met een wasstraat te kunnen realiseren en vordert daarom (kort gezegd) de gemeente te verbieden het betreffende kavel te leveren.

### Oordeel rechtbank

In lijn met het oordeel van de Hoge Raad oordeelt de rechtbank dat het er niet om gaat of de plannen die worden ingediend al dan niet gelijkwaardig zijn, maar simpelweg of er door meerdere gegadigden enige vorm van interesse tonen voor dezelfde onroerende zaak. Daarbij is evenmin relevant of er in de nabije toekomst wellicht andere vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar komen; de vraag of sprake is van schaarste moet per specifieke zaak worden beantwoord. In de regel zal bij deze benadering al snel sprake zijn van schaarste, zo verwachten wij.

Het verweer van de gemeente dat het Didam-arrest dateert van na het sluiten van de koopovereenkomst en dat de gemeente daarom destijds niet bekend was met de regels die voortvloeien uit dat arrest haalt het niet. Volgens de rechtbank is het Didam-arrest niet meer dan een invulling van bestaand recht en was de gemeente ook al op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. Dat oordeel is opvallend, omdat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in haar [arrest](#) van 19 november 2021 juist nog expliciet overwoog dat er in het kader van gronduitgifte (nog) geen mededingingsnorm bestond die strekte tot het bieden van gelijke kansen. Blijkbaar is de rechtbank van

oordeel dat de gemeente Nieuwegein eind 2020 beter had moeten weten en toch een selectieprocedure had moeten organiseren.

Ook beriep de gemeente zich op de uitzonderingsregel uit het Didam-arrest. Die uitzonderingsregel houdt in dat in het geval er op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria maar één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, er geen selectieprocedure hoeft te worden georganiseerd. De gemeente heeft als argumentatie voor de toepassing van de uitzonderingsregel aangevoerd dat Shell de enige is om op twee andere locaties in de gemeente LPG-vulpunten te verwijderen zodat aldaar woningbouw kan plaatsvinden, haar plan hoog scoorde op de duurzaamheidsscan en ook geheel paste in het duurzaamheidsconvenant. De plannen van eiser waren in de ogen van de gemeente niet vergelijkbaar, omdat daaruit niet bleek op hoe die plannen zouden scoren op de duurzaamheidsscan van de gemeente. De rechtbank oordeelt dat dergelijke argumenten erop zichzelf toe zouden kunnen leiden dat er maar één serieuze gegadigde is voor de betreffende kavel, maar dat er in de kortgedingprocedure niet de ruimte is om dit nader uit te zoeken.

Wij betwijfelen of het beroep op de uitzonderingsregel kan slagen. De door de gemeente gegeven argumentatie lijkt een doelredenering te zijn, waarbij op basis van de plannen en ambities van Shell wordt geargumenteed: niet het vertrekpunt en de beleidsdoelstellingen van de gemeente (als zijnde 'objectieve, toetsbare en redelijke criteria') worden als vertrekpunt genomen, maar de redenering is dat de gemeente zich kan vinden in de voornemens en de plannen van Shell, Shell vervolgens de enige is die die plannen kan uitvoeren en zij daarom de enige serieuze gegadigde is. De gemeente zou in onze optiek op voorhand duidelijk moeten maken dat (bijvoorbeeld) het verwijderen van LPG-vulpunten een selectie criterium is en dit niet achteraf gebruiken ter motivering van het standpunt dat Shell de enige serieuze gegadigde is – één en ander overigens nog los van de vraag of een dergelijk selectie criterium toegestaan zou zijn, omdat daarmee wellicht de verkoop van het betreffende perceel al op voorhand naar Shell toegeschreven zou zijn.

Wanneer gebruik wordt gemaakt van de uitzonderingsregel, moet een gemotiveerde aankondiging van de voorgenomen verkoop worden gepubliceerd, zodat eenieder daarvan kennis kan nemen. De gemeente Nieuwegein had de voorgenomen verkoop in 2020 niet gepubliceerd, omdat zij toen nog niet op de hoogte was van deze regel die voortvloeit uit het Didam-arrest. De rechtbank gaat daar – wederom – niet in mee en oordeelt opnieuw dat de gemeente ook al vóór het Didam-arrest op de hoogte had kunnen zijn van het belang om haar voornemen tot onderhandse verkoop aan Shell bekend te maken. Zo'n voornemen biedt immers rechtsbescherming en stelt bezwaarden in staat om rechtsmaatregelen te treffen.

De rechtbank komt uiteindelijk tot het oordeel dat de levering van het betreffende kavel aan Shell en de verdere uitvoering van de koopovereenkomst even moeten wachten. De gemeente moet een gemotiveerde bekendmaking publiceren waaruit volgt dat gelet op de gemeentelijke duurzaamheidseisen en het verwijderen van de vulpunten slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor aankoop van de betreffende kavel.

Een en ander zou overigens ook kunnen leiden tot de conclusie dat er meerdere serieuze gegadigden zijn en alsnog een selectieprocedure moet worden gevolgd. Dat dit dan met zich meebrengt dat de gemeente tekort zal schieten in de uitvoering van de koopovereenkomst die zij met Shell heeft gesloten, weegt niet op tegen het belang van de inachtneming van het gelijkheidsbeginsel door de gemeente als

# VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

overheidslichaam. Het belang van de gemeente om uitvoering te kunnen geven aan de koopovereenkomst, zal daarvoor uiteindelijk moeten wijken – aldus de rechtbank.

Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Dit is een Legal Update van Alrik Bijkerk en Anne Kusters.

Voor meer informatie:

Alrik Bijkerk

+31 30 25 95 549

[alrikbijkerk@vbk.nl](mailto:alrikbijkerk@vbk.nl)

Anne Kusters

+31 30 25 95 572

[annekusters@vbk.nl](mailto:annekusters@vbk.nl)