

Verkoop OG na de Didam-uitspraak

Door: Stefan Dalmolen, advocaat bij Delta Advocaten te Amsterdam

Verskil met aanbestedingsrecht

- Gaat niet om inkoop van diensten, leveringen of werken
- Gaat ook niet om aanbestedingsplichtige gebiedsontwikkeling als bedoeld in Müller (HvJ EU 25 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:168)
- **Want geen bezwarende titel**
 - de aanbestedende dienst ontvangt in het kader van een opdracht een prestatie van een opdrachtnemer waartegen de aanbestedende dienst een tegenprestatie verricht
 - de prestatie van de opdrachtnemer moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang hebben.
 - er is sprake van een in rechte afdwingbare verplichting waarbij de opdrachtnemer zich direct of indirect verplicht tot uitvoering van de prestatie ('bouwplicht').

Situatie voor “Didam”

- Werd wisselend over gedacht in literatuur in rechtspraak
- Art. 3:14 BW: “Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.”
- Maar wat betekent dat nu:
 - ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2547: vereist zijn objectieve selectiecriteria. Verkoop grond aan particulieren o.b.v. economische gebondenheid was mogelijk.
 - ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7320: Een gemeente heeft als eigenaar van de grond in kwestie in beginsel de vrijheid deze naar eigen inzicht uit te geven, welke vrijheid evenwel begrensd wordt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het verbod van willekeur. Het criterium dient te zijn dat de gemeente bij de selectie zakelijke criteria hanteert, dus geen willekeur bij de keuze van kopers toepast. Slechts bij een duidelijk onjuiste selectie kan de keuze voor een contractspartner als onrechtmatig worden gekwalificeerd. (in de zaak geen spoedeisend belang omdat gronduitgifte pas later zou plaatsvinden).

- ECLI:NL:GHARL:2013:9210 (Bouwmarkt Epe)
- Gemeente verwerft gronden en wil deze verkopen voor de vestiging van in totaal twee bouwmarkten. Sluit intentieovereenkomst met 2 concurrenten van Bouwmarkt Epe.
- Bouwmarkt Epe wordt buitenspel gezet, ondanks toezeggingen in het verleden
- Hof: Mede gelet op de schaarste van relevante grondposities heeft de Gemeente Bouwmarkt Epe op deze wijze ten onrechte daadwerkelijk buitenspel geplaatst. Zij heeft daardoor het gelijkheidsbeginsel geschonden althans onzorgvuldig jegens Bouwmarkt Epe gehandeld.

- ECLI:NL:RBNNE:2021:190: Gemeente Nordeast Fryslan wil voormalig gemeentehuis Kollum verkopen. Paste zelf een openbare verkoopprocedure toe.
- “De voorzieningenrechter stelt voorop dat de voorgenomen verkoop van het gemeentehuis een privaatrechtelijke handeling van de gemeente betreft. Ter zake geldt - ook voor een overheidslichaam zoals de gemeente - contractsvrijheid. Voor de gemeente bestond er dan ook geen verplichting om een verkoopprocedure te organiseren.”
- Maar ook: “als een overheidsorgaan eenmaal kiest voor een verkoopprocedure om concurrentie uit te lokken dan geldt - zo is in de literatuur en rechtspraak breed aanvaard - dat de contractsvrijheid vergaand wordt beperkt. In dat geval brengen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat een overheidsorgaan het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel en (in het verlengde van het gelijkheidsbeginsel) het transparantiebeginsel moet respecteren.”
- In dit geval schond de gemeente haar eigen voorwaarden.

- Kortom, de situatie voor Didam was dus dat er geen verplichting tot mededinging gold bij verkoop van grond
- Maar dat de a.b.b.b's wel grenzen stelden aan de vrije verkoopbevoegdheid. Opgewekte verwachtingen moeten worden gehonoreerd (zaak Bouwmarkt Epe) en ook gelijkheidsbeginsel van toepassing. Dat betekent stellen objectieve criteria.
- Daarnaast: als je zelf kiest voor een mededingingsprocedure, dan moet je je ook aan die regels houden.
- ABRvS (ECLI:NL:RVS:2016:2927): in het Nederlands recht geldt een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen

Toen kwam de zaak Didam

- Gemeente ontwikkelt in 2016 een masterplan waarin onder meer is opgenomen dat supermarkten moeten worden geconcentreerd in het centrum
- Om daaraan te voldoen spreekt de gemeente met een ontwikkelaar die het voormalig gemeentehuis in Didam wil kopen. Daarin wordt een Coöp-supermarkt gevestigd en op de oude plek van de Coöp komt een Aldi.
- Albert Heijn was ook geïnteresseerd en spreekt daarover in 2016 op de Provada, een vastgoedbeurs en later ook met de wethouder
- Gemeente zet plannen met ontwikkelaar echter door. Albert Heijn doet aanvankelijk niets, maar neemt na 2 jaar weer contact op en start eind 2018/begin 2019 een kort geding.
- Voorzieningenrechter: Albert Heijn is niet ontvankelijk wegens ontbreken spoedeisend belang. Albert Heijn heeft te lang stil gezeten en ontwikkelaar heeft inmiddels een grondpositie opgebouwd.

- Hof: ontbreken spoedeisend belang is onzin, want AH wil verkoop en levering voorkomen. Heeft daarbij wel degelijk een spoedeisend belang
- Toch wijst het Hof de vordering van AH af
 - Geen aanbestedingsplicht, want niet in rechte afdwingbaar (geen bouwplicht) en ook geen rechtstreeks economisch belang, want de Gemeente krijgt niet de beschikking over openbaar gebied. Bovendien blijft de waarde onder de drempelwaarde voor een Europese aanbestedingsplicht.
 - Geen grensoverschrijdend belang
 - Geen staatssteun
- Hof: er bestaat geen mededingingsnorm: een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste.

- Vergelijking met Bouwmarkt Epe gaat niet op, want geen toezeggingen gedaan aan AH.
- En als er al sprake zou zijn van onrechtmatig handelen wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel, dan valt een belangenafweging in het voordeel van de gemeente uit. Hierbij speelt mee dat AH 2 jaar lang heeft gewacht.

Uitspraak in de zaak Didam

- AH gaat in cassatie bij de Hoge Raad
- HR oordeelt dat positie overheidslichaam verschilt van een private partij. Het gelijkheidsbeginsel is namelijk ook van toepassing op de beslissing met wie en onder welke voorwaarden een overeenkomst tot verkoop van OG wordt gesloten.
- Gelijkheidsbeginsel brengt mee:
 - Ruimte voor mededinging aan (potentiële gegadigden)
 - Selectieprocedure met objectieve, toetsbare en redelijke criteria
 - Passende mate van openbaarheid met betrekking tot beschikbaarheid OG, selectieprocedure, tijdschema en selectiecriteria
- Uitzondering: 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.
- In dat uitzonderingsgeval wel tijdige publicatie met motivering.

Reactie na uitspraak

- Uitspraak sloeg in als een bom: mededingingsnorm ook van toepassing bij verkoop
- Allerlei praktische vragen doemden op:
 - Wat was de consequentie voor bestaande overeenkomsten?
 - Hoe moet een selectieprocedure er uit zien?
 - Hoe moet de uitzondering worden begrepen?
 - Reikt de uitspraak ook buiten de sfeer van verkoop van OG?
- Op veel vragen is door lagere rechters al wel een antwoord geformuleerd

Jurisprudentie in 2022 n.a.v. “Didam”

- ECLI:NL:RBMNE:2022:1017: “Gemeente Nieuwegein beroept zich er op dat zij op het moment dat de koopovereenkomst met Shell tot stand kwam niet bekend was met deze regels. Het gaat volgens haar om nieuwe regels (of een toepassing van nieuwe regels) die niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast. Dit zou juist in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, aldus Gemeente Nieuwegein. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter gaat dit echter niet op. Gemeente Nieuwegein was immers ook op het moment dat zij kavel A2 aan Shell verkocht al gebonden aan het gelijkheidsbeginsel. De Hoge Raad vult dit beginsel in met de verplichting om bij verkoop van schaarse onroerende zaken potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden om mee te dingen. Deze invulling van bestaand recht kan niet worden gezien als nieuwe regelgeving.

- Vزر. Rb. Noord-Holland lijkt hier anders over te denken: ECLI:NL:RBNHO:2022:9333: Opmerking verdient verder dat de betrokken overeenkomst dateert van 2017, ruim voordat het Didam-arrest is geweest, en dat de planontwikkeling ook geheel of grotendeels heeft plaatsgevonden voordat dit arrest is geweest. Uit de stellingen van [eiser] vloeit niet voort dat Van Lith niet te goeder trouw heeft gecontracteerd, en al helemaal niet dat Van Lith en de gemeente rekening hadden moeten houden met de procesregels die de Hoge Raad op 26 november 2021, dus bijna 4 jaar na het sluiten van de koopovereenkomst, in het Didam-arrest heeft geformuleerd.
- En ECLI:NL:RBNHO:2022:7046: De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat in dit kort geding hooguit kan worden geoordeeld dat de Gemeente niet heeft voldaan aan de in het Didam-arrest geformuleerde plicht haar voornemen tot het verlengen van de huurovereenkomsten te publiceren. Omdat het Didam-arrest op het moment van het verlengen van de huurovereenkomsten nog niet was geweest, kan dit de Gemeente evenwel niet worden verweten, althans kan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet worden gezegd dat de Gemeente daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens Aceha.

Toepassing van de uitzondering

- De toepassing van de uitzondering lijkt de regel.
- ECLI:NL:RBGEL:2022:5141: summiere motivering, maar de Vzr. acht het onaannemelijk dat er meerdere gegadigden zijn
- ECLI:NL:RBMNE:2022:3350 en ECLI:NL:RBNHO:2022:8865: verkoop aan woningcorporatie ten behoeve van sociale woningbouw. Criterium verkoop aan woningcorporatie is redelijk want woningcorporatie heeft bij uitstek ervaring heeft met de ontwikkeling en langjarige exploitatie van sociale huurwoningen. De uitvoering van de taken door een woningcorporatie is in de Woningwet met waarborgen omkleed. Woningcorporaties hebben onderling verdeling afgesproken, dus Gemeente mocht in redelijkheid aannemen dat er maar één serieuze gegadigde was.
- ECLI:NL:RBROT:2022:7887: Er stond een fabriek op een kavel in de Rijnhaven dat door de Gemeente Rotterdam in erfpacht was uitgegeven. Gemeente wilde woningbouw realiseren en kwam met exploitant en erfpachter overeen om de fabriek te verplaatsen naar de Spaanse Polder. Ook zijn er afspraken gemaakt over de herontwikkeling van de fabriekslocatie en de ontwikkeling van een maritiem centrum in de Rijnhaven. Gemeente publiceert voornemen en stelt criteria, zoals in dit geval met name van belang: de medewerking van de verplaatsing van de fabriek. Concurrerende ontwikkelaar stelt dat de gemeente dat doel ook op andere wijze had kunnen bereiken, zoals door onteigening c.q. tussentijdse beëindiging van de erfpacht. Vzr. criteria zijn redelijk, objectief en toetsbaar. Andere mogelijkheden stuiten op feitelijke en juridische bezwaren. Hier met name: verplichting minnelijk traject en mogelijkheid tot zelfrealisatie. Bovendien kost alles dan veel meer tijd.
- ECLI:NL:RBMNE:2022:3743: verkoop aan ProRail van een stuk grond t.b.v. elektriciteitsvoorziening. Slechts één serieuze gegadigde. Wel een motiveringsgebrek, maar onvoldoende reden voor toewijzing.
- ECLI:NL:RBDHA:2022:10163: ontwikkeling t.b.v. OV-bedrijf HTM. Verkoop kavel gemeente noodzakelijk in combinatie met andere kavel die al aan de beoogd koper toebehoorde. Daarmee staat voldoende vast dat er maar één serieuze gegadigde is.

Toepassingsbereik buiten verkoop OG

- Ook bij verhuur? ECLI:NL:RBNHO:2022:7046: “Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het, nog afgezien van de vraag of de in het Didam-arrest geformuleerde criteria in huursituaties als de onderhavige van toepassing zijn, voorshands niet aannemelijk dat een bodemrechter de vorderingen van Aceha zal toewijzen”
- Wel bij grondruil: ECLI:NL:RBOVE:2022:2584 en ECLI:NL:RBOBR:2022:2962
- Ook bij uitgifte in erfpacht: ECLI:NL:RBGEL:2022:6184

Handreiking implementatie van het arrest Didam

- Uitgave van BZK, NEPROM, VNG, VvG
- Lezenswaardig voor de praktijk. Bevat stappenplannen en aanbevelingen.