



victoradvocaten.nl



victoradviseurs.nl

Het Didam arrest

mr. drs. Tim Robbe

Kennisboostsessie | Maatschappelijk vastgoed
2 november 2023

Wat gaan we doen?

1

Wat staat er in het
arrest?

Wat gaan we doen?

1

**Wat staat er in het
arrest?**

2

**Is het arrest
problematisch?**

Wat gaan we doen?

1

**Wat staat er in het
arrest?**

2

**Is het arrest
problematisch?**

3

**Hoe praktisch met
het arrest om te
gaan?**

Het arrest

De casus

- De gemeente Montferland wilde het oude gemeentehuis in het dorpscentrum van Didam herontwikkelen tot supermarktlocatie. De gemeente schakelde daartoe een projectontwikkelaar in.
- Deze zou het pand gaan verhuren aan een COOP-supermarkt.
- Een franchisenemer van een concurrerende supermarkt had echter ook interesse in de locatie en meldde dit ook al een aantal maal bij de gemeente. De gemeente verwees deze concurrent echter steeds naar de projectontwikkelaar.
- De franchisenemer was het niet eens met deze gang van zaken. Hij stelde, nu de gemeente het pand verkocht aan de projectontwikkelaar, geen kans te hebben gehad ook het pand te verkrijgen.

Wat zegt de Hoge Raad?

Op grond van art. 3:14 BW moet “[...] een overheidslichaam 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”. (r.o. 3.1.3)

Wat zegt de Hoge Raad?

“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”. (r.o. 3.1.4)

Wat zegt de Hoge Raad?

“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”. (r.o. 3.1.5)

Wat zegt de Hoge Raad?

“De hiervoor [...] 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”. (r.o. 3.1.6)

Problematisering

Legitimiteit

Gebrek aan legitimiteit?

- De Hoge Raad baseert zijn redenering (via artikel 3:14 BW) op de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2016:2927).
- In die uitspraak kwam de Afdeling tot de conclusie dat potentiële gegadigden bij schaarse vergunningen een recht hebben op mededingingsruimte. Overheden hebben dan een plicht die ruimte te bieden.
- Juridische grondslag voor dit recht en deze plicht is volgens de Afdeling het gelijkheidsbeginsel dat in de context van schaarste tot dit recht en deze plicht leidt.

Gebrek aan legitimiteit?

- De uitspraak van de Afdeling verhoudt zich echter niet tot slecht tot bestaande normen:
 - Om tot de uitspraak te komen verwijst de Afdeling namelijk naar een uitspraak van het College van Beroep voor bedrijfsleven (ECLI:NL:CBb:2009:BI6466) die deze norm niet bevat.
 - Om tot de uitspraak te komen maakt de Afdeling bovendien gebruik van een eigen interpretatie van een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel, waarbij die verschijningsvorm zelf ook niet is gecodificeerd.

Gebrek aan legitimiteit?

- De Afdeling volgde in de uitspraak grotendeels de conclusie van AG Widdershoven (ECLI:NL:RVS:2016:1421).
- Als ratio voor de verplichting mededingingsruimte te bieden noemt de literatuur het bestrijden van favoritisme en willekeur en het efficiënt verdelen van middelen.
- Over die ratio's is iedereen het wel eens. De concrete uitwerking ervan met de verplichting mededingingsruimte te bieden staat echter wel ter discussie.
- **Náást bestaande normen, ontbreekt het dus óók aan maatschappelijke consensus. Legitimiteit is daarom een issue. Dit geldt ook voor het arrest Didam.**

Problematisering

Geldig recht

Geldig recht?

- De Hoge Raad maakt (net als de Afdeling) een cirkelredenering: mededinging leidt tot gelijke kansen (en daarmee gelijkheid), omdat mededinging leidt tot gelijke kansen (en daarmee gelijkheid).
- In de casus die is voorgelegd is geen klassiek of sociaal grondrecht geschonden ('vrijheid te ondernemen' is niet hetzelfde als 'recht op mededingingsruimte') wat noodzaakt tot ingrijpen door de Hoge Raad.
- Feitelijke ongelijkheden tussen projectontwikkelaar en franchisenemer die een rol kunnen spelen om vast te stellen of sprake is van *extreme onrechtvaardigheid*, zijn niet meegenomen in het arrest.

Geldig recht?

- De verplichting om mededingingsruimte te bieden kan leiden tot ongelijkheden. Dat is ook veelgehoorde kritiek: de verkoop van maatschappelijk vastgoed is nu juist lastiger voor sociaal-maatschappelijke ondernemingen.
- Ongelijkheden maken de plicht echter niet extreem onrechtvaardig. Daarvan is pas sprake als strijd ontstaat met klassieke en sociale grondrechten. Dat lijkt niet aan de orde.
- **Hoewel legitimiteit dus een issue is, is niet te stellen dat de verplichting ongeldig recht zou zijn. We 'moeten' er dus wat mee...**

Praktijk

Laat je horen

Laat je horen

- Legitiem recht is (in een democratische rechtsstaat) recht dat is vastgesteld door de wetgever en waar nodig verduidelijkt en aangevuld door de rechter.
- De wetgever heeft dus invloed op het bestaan van de verplichting en de reikwijdte ervan (zie ook motie Bontenbal).
- De rechter mag doen aan rechtsvorming, maar moet aansluiten op het wettelijke systeem, tenzij de wetgever *extreem onrechtvaardig* handelt. Dán mag de rechter ingrijpen als hoeder van de rechtsstaat.
- Wetgever en rechter kijken naar bestaande normen, maar ook naar maatschappelijke consensus: laat je dus horen als je de ontwikkeling van het recht wilt beïnvloeden!

Praktijk

Ga voor de uitzondering

Uitzondering

- De Hoge Raad stelt dat overheden vastgoed direct mogen verkopen als sprake is van één serieuze gegadigde of als overheden daar redelijkerwijze vanuit mogen gaan.
- Overheden moeten die conclusie onderbouwen op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Uitzondering

- De gemeente heeft kleine stukken grond in eigendom. Het staat eenieder vrij om 'initiatieven' in te dienen met betrekking tot deze grond. Deze moeten passen bij gemeentelijk beleid.
- Burgers dienen een initiatief in dat past bij het gemeentelijk beleid.
- Gemeente en het burgerinitiatief komen verkoop van de grond overeen.
- Gemeente publiceert de verkoop en dan komt een tweede partij die ook de grond wil kopen.
- Gemeente stelt dat het burgerinitiatief de enige serieuze gegadigde is.

Uitzondering

- **Rechter oordeelt dat objectieve, toetsbare en redelijke criteria zijn gebruikt door de gemeente om tot verkoop van de grond aan het burgerinitiatief over te kunnen gaan (geen mededinging noodzakelijk) (ECLI:NL:RBZWB:2022:6882)**
- Wellicht nog belangrijke feiten:
 - Er was gemeentelijk beleid (check dat beleid en beïnvloed de raad).
 - Burgers waren eigenaar van naastgelegen perceel (grondposities doen ertoe).
 - Het ging om EUR 2.750,00 (laag bedrag, vraag blijft hoe e.e.a. uitwerkt bij grotere bedragen).



victoradvocaten.nl



victoradviseurs.nl

Afsluiting

Dank voor uw aandacht.

Tim Robbe

robbe@victoradvocaten.nl

0642585502

 <https://www.linkedin.com/in/timrobbe/>