

## 121

**Slechts één serieuze gegadigde**

Rechtbank Overijssel zp Zwolle  
 25 april 2023, C/08/294315 / KG ZA 23-60,  
 ECLI:NL:RBOVE:2023:1477  
 (mr. F. Koster)  
 Noot mr. L.M. Engels, mr. I.C.M. Hogervorst

**Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Didam. Gebrek aan mededinging. Gelijkeheidsbeginsel. Gronduitgifte. Mededinging. Overeenkomst. Selectie. Verbod op willekeur.**

[BW art. 3:14]

*De gemeente Ommen (hierna: gemeente) is voornemens om percelen grond tijdelijk in bruikleen te geven aan Woningstichting Vechtdal Wonen (hierna: Vechtdal) ten behoeve van de realisering van betaalbare flexwoningen voor onder meer ontheemden en statushouders. De gemeente heeft een openbare selectieprocedure achterwege gelaten omdat zij van mening is dat Vechtdal de enige serieuze gegadigde is. Boerenerven vordert een verbod op de uitvoering van dit voornemen omdat de gronduitgifte volgens haar in strijd is met de eisen die in het Didam-arrest worden gesteld.*

**Beoordeling**

*In het Didam-arrest heeft de Hoge Raad (nadere) eisen geformuleerd voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van aan een overheidslichaam toebehorende onroerende zaak. Naar voorlopig oordeel van de rechter valt bruikleen als rechtsfiguur onder de reikwijdte van het Didam-arrest. Uitgangspunt is immers dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Kern van het geschil is de vraag of de gemeente uitvoering mag geven aan de door haar voorgenomen bruikleen, zoals de gemeente bekend heeft gemaakt in de kennisgeving. Meer in het bijzonder ligt de vraag voor of de gemeente ruimte had moeten bieden aan potentiële gegadigden*

*om mee te dingen naar de verwerving van de aan de gemeente toebehorende percelen middels een openbare selectieprocedure dan wel dat zij kon volstaan met bekendmaking van de voorgenomen bruikleen aan Vechtdal onder opgave van de redenen waarom bij voorbaat vaststaat dat voor de percelen slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.*

*De rechter is van oordeel dat de gemeente voldoende gemotiveerd heeft toegelicht dat bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts Vechtdal als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de voorgenomen bruikleen, zodat de gemeente de in het Didam-arrest bedoelde mededingingsruimte door middel van een openbare selectieprocedure niet hoefde te bieden.*

*Ter uitvoering van het Coalitieakkoord Ommen heeft de gemeente erop gewezen dat Vechtdal als enige partij in Ommen geautoriseerd is om sociale huurwoningen te realiseren en te verhuren. Voor de gemeente zijn bij de selectie van uitsluitend woningcorporaties c.q. toegelaten instellingen als bedoeld in art. 19 Woningwet de volgende omstandigheden van doorslaggevende betekenis: (i) de aard van de beoogde ontwikkeling op de percelen, namelijk de ontwikkeling van uitsluitend (flexibele) sociale huurwoningen voor bijzondere doelgroepen, (ii) de realisatie van haar woonbeleid en nakoming van de prestatieafspraken met Vechtdal waarin is vastgelegd dat wordt ingezet op de realisatie van 50 flexwoningen voor bijzondere doelgroepen en (iii) de specifieke waarborgen die een woningcorporatie in dit kader biedt, namelijk (a) de taken en de besteding van de financiële middelen van woningcorporaties zijn wettelijk vastgelegd, (b) woningcorporaties maken prestatieafspraken met gemeenten en (c) woningcorporaties staan onder toezicht van de Autoriteit woningcorporaties. Deze waarborgen gelden niet voor private partijen zoals Boerenerven.*

*Tegen deze achtergrond heeft de gemeente zich naar het voorlopige oordeel van de rechter rechtsgeldig op de uitzondering van het Didam-arrest beroepen. Van strijdigheid met art. 3:14 BW is geen sprake. De gemeente heeft op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria mogen aannemen dat er slechts één serieuze gegadigde voor de bruikleen van de percelen en het daarmee beoogde doel in aanmerking komt en heeft haar*

voornemen daartoe op de juiste wijze, tijdig en voldoende gemotiveerd bekendgemaakt. Boerenerven heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij ter zake ook als een potentiële gegadigde moet worden aangemerkt. Weliswaar heeft Boerenerven gesteld dat zij een aantal kapitaalkrachtige leden heeft die de percelen ook zouden willen en kunnen ontwikkelen tot (sociale) woningbouw, maar dat blijkt nergens uit. Daarbij betreft de rechter dat de gemeente onweersproken heeft gesteld dat de realisatie van de (tijdelijke) flexwoningen op de percelen een forse onrendabele investering is, die niet interessant is voor beleggers of andere marktpartijen. De gemeente hoeft ter zake de bruikleen van de percelen niet alsnog een openbare selectieprocedure als bedoeld in het Didam-arrest te doorlopen.

### Beslissing

*De rechter wijst de vorderingen af.*

[eiser],  
te [vestigingsplaats],  
eisende partij,  
hierna te noemen: [eiser],  
advocaat: mr. W.G. ten Have te Winschoten,  
tegen  
GEMEENTE OMMEN,  
te Ommen,  
gedaagde partij,  
hierna te noemen: de gemeente,  
advocaten: mrs. J.S. Cosijnse en J.J.C. Wenno te Arnhem.

#### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 3 april 2023 met 2 producties;
- de brief van de gemeente van 7 april 2023 met 9 producties; - de mondelinge behandeling van 11 april 2023; - de pleitnota van de gemeente.

#### 2. Waar gaat deze zaak over?

2.1. De gemeente is voornemens om percelen grond tijdelijk in bruikleen te geven aan Woningstichting Vechtdal Wonen ten behoeve van de realisering van betaalbare flexwoningen voor onder meer ontheemden en statushouders. [eiser] vordert een verbod op uitvoering van dit voorneemen, omdat deze gronduitgifte volgens haar in strijd is met de eisen die in het Didam-arrest wor-

den gesteld. Deze vordering zal worden afgewezen. De gemeente hoeft ter zake de bruikleen van de percelen niet alsnog een openbare selectieprocedure als bedoeld in het Didam-arrest te doorlopen. De voorzieningenrechter zal dat hierna toelichten. Daarvoor zijn de volgende feiten relevant.

#### 3. De feiten

3.1. Op 10 november 2022 heeft de Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening (hierna: de Minister) – in het kader van de aanpak van het woningtekort – de Stimuleringsregeling flexibelen transformatiewoningen (Sft) vastgesteld (Staatscourant 2022, 30107). Deze specifieke uitkering is bedoeld ter financiële ondersteuning van gemeenten en wordt toegekend voor het versneld realiseren van projecten waarbij met flexwoningen of transformatieobjecten in betaalbare woonruimten voor onder andere ontheemden en statushouders wordt voorzien.

3.2. Op 14 december 2022 hebben de gemeente, Woningstichting Vechtdal Wonen en Huurdersorganisatie Vechtdal het document “Prestatieafspraken Wonen Ommen 2023” ondertekend. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

#### **“Flexwoningen**

*Traditioneel bouwen kost veel tijd terwijl de woningbehoefte acuut is. Om sneller woningen te kunnen toevoegen aan de sociale huur voorraad wordt ingezet op het realiseren van flexwoningen. Partijen willen 50 flexwoningen aan de voorraad toevoegen. De woningen zijn bedoeld voor spoedzoekers. Voor hen is het namelijk vrijwel onmogelijk om een woonplek te vinden. Zij hebben als woningzoekenden weinig tot geen inschrijftijd opgebouwd, maar wel dringend een woning nodig. Met tijdelijke woningen (flexwoningen) bieden we voor een maximale periode van 15 jaar een oplossing voor hen aan. Er zijn tal van persoonlijke omstandigheden waardoor iemand dringend betaalbare (tijdelijke) woonruimte nodig heeft. De tijdelijkheid van deze woningen is verbonden aan de woning zelf of de locatie en niet aan de bewoning in die zin dat er geen tijdelijke huurovereenkomst gesloten wordt met de bewoner.”*

3.3. Bij beschikking van 16 december 2022 heeft de Minister aan de gemeente een bedrag van € 600.000 exclusief btw toegekend ten behoeve van de realisering van het “Project Flexwonen Sportlaan” (50 flexwoningen).

3.4. Bij brief van 16 februari 2023 heeft de gemeente omwonenden over dit project geïnfor-

meer, waarna gemeentelijke besluitvorming heeft plaatsgevonden.

3.5. Op 8 en 9 maart 2023 hebben burgemeester en wethouders van Ommen de volgende kennisgeving gedaan (hierna: de Kennisgeving):

**“Kennisgeving in gebruik gave percelen grond**

*Burgemeester en wethouders van Ommen delen mee dat zij het voornemen hebben tot in gebruik geven van 2 percelen aan de Sportlaan, kadastraal bekend, gemeente Ambt Ommen, sectie O, nummers [nummer] (gedeeltelijk)\*.*

*Percelen worden in gebruik gegeven aan Woningstichting Vechtdal Wonen voor een periode van 15 jaar ten behoeve van de realisering van circa 50 verplaatsbare / flexibele woningen. Percelen zijn momenteel agrarisch in gebruik.*

*De gemeente Ommen hanteert als uitgangspunt om gronden middels een openbare inschrijf procedure in gebruik te geven. Een uitzondering wordt gemaakt als slechts één gegadigde in aanmerking komt voor beoogd gebruik.*

*Aangezien de Woningstichting Vechtdal Wonen als enige partij in Ommen geautoriseerd is om sociale huurwoningen te realiseren en verhuren is afgezien van een openbare inschrijf procedure.*

*Wij zullen uitvoering geven aan ons voornemen tot in gebruik gave na afloop van een termijn van 20 dagen gerekend vanaf de eerste dag van deze publicatie, oftewel na 28/29 maart 2023, als binnen die termijn geen kort geding is aangespannen.”*

\*hierna: de percelen.

3.6. Nadat [eiser] op 27 maart 2023 was opgericht, is zij tegen dit voornemen middels onderhavig kort geding opgekomen.

#### 4. Het geschil

4.1. [eiser] vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

##### *Primair*

(I) de gemeente zal verbieden de percelen in gebruik te geven anders dan na het doorlopen van een selectieprocedure met objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria, waarbij een passende mate van openbaarheid wordt verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de percelen en welke selectieprocedure voldoet aan de volgende eisen:

(a) alle geïnteresseerde partijen krijgen exact dezelfde informatie en gunningsvoorwaarden toegezonden;

(b) aan de bieder of het bod worden geen discriminatoire eisen gesteld, anders dan objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria;

(c) alle geïnteresseerde partijen die voldoen aan de eventueel gestelde objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria worden in de gelegenheid gesteld een bod uit te brengen op de percelen;

(d) alle geïnteresseerde partijen die voldoen aan de eventueel gestelde objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria krijgen een redelijke termijn, doch minstens dertig dagen, om een bod uit te brengen op de percelen;

##### *Subsidiar*

(II) de gemeente zal bevelen binnen vijf werkdagen na betekening van het vonnis een schriftelijke uitnodiging te sturen aan [eiser] dan wel andere geïnteresseerden om binnen dertig dagen na de ontvangst van de schriftelijke uitnodiging een bod/voorstel te doen op de percelen;

##### *Meer subsidiar*

(III) zal bevelen en/of verbieden die hem in de gegeven omstandigheden juist voorkomen;

##### *Zowel primair als (meer) subsidiar*

(IV) de gemeente zal veroordelen om een dwangsom te verbeuren van € 10.000 per dag dan wel per dagdeel dat de gemeente geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft bovenstaande veroordeling(en) na te komen, zulks tot een maximumbedrag van € 500.000;

(V) de gemeente zal veroordelen in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente.

4.2. Aan haar vorderingen legt [eiser], samengevat, ten grondslag dat de privaatrechtelijke transactie tussen de gemeente en Woningstichting Vechtdal Wonen niet voldoet aan de eisen zoals die in het Didam-arrest zijn geformuleerd. [eiser] stelt dat de gemeente ruimte had moeten bieden aan potentiële gegadigden om mee te dingen naar het in bruikleen krijgen van de percelen middels een openbare selectieprocedure. [eiser] meent dat onbekend is of en in hoeverre de gemeente heeft onderzocht wie er nog meer geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de percelen. Volgens [eiser] zijn er wel degelijk andere mogelijk geïnteresseerde partijen in de uit te geven percelen, zoals andere projectontwikkelaars, investeerders en particulieren. [eiser] betoogt dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel doordat zij niet tijdig openbaar heeft gemaakt (i) wat (welke onroerende zaak), (ii) onder welke voorwaarden (selectiecriteria), (iii) op basis van

welke spelregels (selectieprocedure) en (iv) wanneer (tijdschema) wordt verkocht.

4.3. De gemeente voert als verweer dat (a) de in het Didam-arrest geformuleerde regels niet het belang van [eiser] beogen te beschermen, (b) bij voorbaat vast staat dan wel redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde, namelijk Woningstichting Vechtdal Wonen, in aanmerking komt voor bruikleen van de percelen en (c) [eiser] in ieder geval geen serieuze gegadigde is en [eiser] dit bovendien onvoldoende heeft onderbouwd. De gemeente concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [eiser], met veroordeling van [eiser] in de kosten van deze procedure.

4.4. Op de stellingen van partijen zal de voorzieningenrechter hierna, voor zover van belang voor de beoordeling van het geschil, nader ingaan.

### 5. De beoordeling

#### Toetsingsmaatstaf in kort geding

5.1. Het gaat hier om een in kort geding gevorderde voorlopige voorziening. De rechter moet daarom eerst beoordelen of [eiser] ten tijde van dit vonnis bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. Daarnaast geldt dat de rechter in dit kort geding moet beoordelen of de vorderingen in de bodemprocedure een zodanige kans van slagen hebben, dat vooruitlopend daarop toewijzing van de voorlopige voorziening gerechtvaardigd is. Als uitgangspunt geldt bovendien dat in deze procedure geen plaats is voor bewijslevering.

#### Spoedeisend belang

5.2. Van een spoedeisend belang van [eiser] bij haar vorderingen is in voldoende mate gebleken. De gemeente heeft dit ook niet betwist.

#### Bruikleen

5.3. De voorgenomen grondtransactie (bruikleen) betreft een privaatrechtelijke transactie tussen de gemeente als grondeigenaar en Woningstichting Vechtdal Wonen.

#### Het Didam-arrest

5.4. In het zogeheten Didam-arrest van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778) heeft de Hoge Raad (nadere) eisen geformuleerd voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van aan een overheidslichaam toebehorende onroerende zaak:

“3.1.3 Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitge-

oefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet 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 redelij-

*kerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.”*

5.5. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter valt bruikleen als rechtsfiguur onder de reikwijdte van het Didam-arrest. Uitgangspunt is immers dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten – zoals bruikleen – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.

5.6. Kern van het geschil in dit kort geding is de vraag of de gemeente uitvoering mag geven aan de door haar voorgenomen bruikleen, zoals de gemeente bekend heeft gemaakt in de Kennisgeving. Meer in het bijzonder ligt de vraag voor of, gelet op het Didam-arrest, de gemeente ruimte had moeten bieden aan potentiële gegadigden (waaronder [eiser] ) voor de aan de gemeente toebehorende percelen om mee te dingen naar de verwerving van die percelen middels een openbare selectieprocedure dan wel dat zij kon volstaan met bekendmaking van de voorgenomen bruikleen aan Woningstichting Vechtdal Wonen onder opgave van de redenen waarom – afgemeten naar objectieve, toetsbare en redelijke criteria – bij voorbaat vast staat dat voor de percelen slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

*Aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?*

5.7. Uit het Didam-arrest volgt dat een selectieprocedure aan de volgende vereisten moet voldoen:

- het overheidslichaam dient in de eerste plaats ‘met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte’ criteria op te stellen aan de hand waarvan de koper (in de onderhavige zaak: de bruiklener) wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.
- het overheidslichaam dient vervolgens een passende mate van openbaarheid te verzekeren met betrekking tot:
  - de beschikbaarheid van de onroerende zaak;
  - de selectieprocedure;
  - het tijdschema, en;
  - de toe te passen selectiecriteria.
- het overheidslichaam dient tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure informatie over deze aspecten bekend te maken op een zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

*Wanneer dient er een selectieprocedure te worden toegepast?*

5.8. Een overheidslichaam moet ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar een 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.

Niet beslissend is of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn (vgl. rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017). Het enkele feit dat andere partijen mogelijk belangstelling hebben om de onroerende zaak te kopen, is dus reeds voldoende. Dit neemt niet weg dat het overheidslichaam criteria mag stellen aan de (potentiële) koper. In zoverre kan het overheidslichaam de kring van potentiële gegadigden op voorhand afbakenen, zodat het overheidslichaam op die manier vorm kan geven aan het grondbeleid.

5.9. Nog daargelaten de vraag of het Didam-arrest strekt ter bescherming van de belangen van [eiser] , zoals die blijken uit haar ruim omschreven statutaire doelstelling (“*het collectief behartigen van de belangen van de bewoners in het plan [eiser] te [vestigingsplaats]*”), is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat de gemeente voldoende gemotiveerd heeft toegelicht dat bij voorbaat vast staat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts Woningstichting Vechtdal Wonen als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de voorgenomen bruikleen, zodat de gemeente de in het Didam-arrest bedoelde mededingingsruimte door middel van een openbare selectieprocedure niet hoefde te bieden. Daarvoor geldt het volgende.

5.10. Ter uitvoering van het Coalitieakkoord Ommen op hoofdlijnen 2022-2026 (waarin onder meer is opgenomen dat wordt ingezet op de versnelde realisatie van onder andere flexwoningen in de gemeente Ommen die als sociale huurwoningen zullen worden verhuurd) heeft de gemeente erop gewezen dat Woningstichting Vechtdal Wonen als enige partij in Ommen geautoriseerd is om sociale huurwoningen te realiseren en verhuren. Voor de gemeente zijn bij de selectie van uitsluitend woningcorporaties c.q. toegelaten instellingen als bedoeld in artikel 19 van de Woningwet, wat [eiser] niet is, de volgende omstandigheden van doorslaggevende betekenis:

(i) de aard van de beoogde ontwikkeling op de percelen, namelijk de ontwikkeling van uitsluitend (flexibele) sociale huurwoningen voor bijzondere doelgroepen (starters, spoedzoekers en statushouders), (ii) de realisatie van haar woonbeleid en nakoming van de prestatieafspraken met Woningstichting Vechtdal Wonen waarin is vastgelegd dat wordt ingezet op de realisatie van 50 flexwoningen voor bijzondere doelgroepen (zie productie 4 van de gemeente) en (iii) de specifieke waarborgen die een woningcorporatie in dit kader biedt (voortvloeiend uit de Woningwet), namelijk (a) de taken en de besteding van de financiële middelen van woningcorporaties zijn wettelijk vastgelegd, (b) woningcorporaties maken prestatieafspraken met gemeenten en (c) woningcorporaties staan onder toezicht van de Autoriteit woningcorporaties. Deze waarborgen gelden niet voor private partijen zoals [eiser], aldus de gemeente.

[eiser] heeft dit alles onvoldoende weersproken.

5.11. Tegen deze achtergrond heeft de gemeente zich naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter rechtsgeldig op de uitzondering van het Didam-arrest beroepen. Van strijdigheid met artikel 3:14 BW is geen sprake. De gemeente heeft op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria mogen aannemen dat er slechts één serieuze gegadigde, namelijk Woningstichting Vechtdal Wonen, voor de bruikleen van de percelen en het daarmee beoogde doel in aanmerking komt en heeft haar voornemen daartoe op de juiste wijze, tijdig en voldoende gemotiveerd bekendgemaakt. [eiser] heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij ter zake ook als een potentiële gegadigde moet worden aangemerkt. Weliswaar heeft [eiser] gesteld dat zij een aantal kapitaalkrachtige leden heeft die de percelen ook zouden willen en kunnen ontwikkelen tot (sociale) woningbouw, maar dat blijkt nergens uit. Daarbij betreft de voorzieningenrechter dat de gemeente onweersproken heeft gesteld dat de realisatie van de (tijdelijke) flexwoningen op de percelen een forse onrendabele investering is, die niet interessant is voor beleggers of andere marktpartijen, en dat daarom de Sft in het leven is geroepen. Voorshands is dan ook niet aannemelijk dat de vorderingen van [eiser] in een bodemprocedure zullen worden toegewezen, zodat de vorderingen in dit kort geding zullen worden afgewezen. De gemeente hoeft ter zake de bruikleen van de percelen niet alsnog een openbare selectieproce-

dure als bedoeld in het Didam-arrest te doorlopen.

#### *Belangenafweging*

5.12. Een belangenafweging maakt niet dat de voorzieningenrechter tot een ander oordeel komt. De belangen van de gemeente zijn groot. De situatie op de woningmarkt vraagt om snelle realisatie van betaalbare (huur)woningen. Bovendien heeft de gemeente een belang bij de nakoming van de overeengekomen huisvestingsdoeleinden c.q. prestatieafspraken en de tijdige besteding van de daarvoor ter beschikking gestelde Sft-bijdrage. De belangen van [eiser] zijn minder zwaarwegend. De door haar genoemde gevolgen van het bouwplan voor het (vrije) uitzicht van omwonenden zijn – wat daar verder ook van zij – niet relevant voor de beoordeling van de in dit kort geding voorliggende vraag of de gemeente heeft voldaan aan de vereisten die voortvloeien uit het Didam-arrest. Deze ruimtelijke / planologische bezwaren dienen in een bestuursrechtelijke context naar voren te worden gebracht en/of in goed overleg met de gemeente nader te worden besproken. Het in deze procedure mee te wegen belang van [eiser] bestaat uit het mee kunnen dingen naar de verwerving en ontwikkeling van de percelen. In dit concrete geval weegt dit belang niet op tegen de belangen van de gemeente en het algemeen belang dat daarmee samenhangt.

#### *Conclusie*

5.13. Al met al komt de voorzieningenrechter tot de slotsom dat de vorderingen van [eiser], zowel primair als (meer) subsidiair, moeten worden afgewezen.

#### *Proceskosten*

5.14. [eiser] is de partij die ongelijk krijgt en zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van de gemeente als volgt vastgesteld:

- griffierecht	€	676
- salaris advocaat	€	1.079
- overige kosten	€	0
Totaal	€	1.755

#### *6. De beslissing*

De voorzieningenrechter

6.1. wijst de vorderingen van [eiser] af,

6.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot dit vonnis vastgesteld op € 1.755.

## NOOT

**Toepassing Didam-regels: verder verbreed, maar ook ingedamd.**

Het hierboven opgenomen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Overijssel<sup>1</sup> vormt de zoveelste aanvulling op de inmiddels lange (en nog altijd snelgroeiende) reeks van feitenrechtpraak naar aanleiding van het Didam-arrest.<sup>2</sup> In het vonnis is het toepassingsbereik van het Didam-arrest – dat ziet op grondverkoop door overheden – verbreed naar de rechtsfiguur van bruikleen. Verder wordt in het vonnis de lijn bevestigd, zoals die inmiddels in de lagere jurisprudentie is ontwikkeld, dat het Didam-arrest en de daaruit voortvloeiende regels de beleidsruimte die het betreffende overheidslichaam toekomt niet inperken. Ook wordt bevestigd dat een beroep op de Didam-regels slechts toekomt aan een eiser die daar een concreet en reëel (en dus niet theoretisch of toekomstig) belang bij heeft. Aan het vonnis kunnen enkele aardige inzichten worden ontleend.

De casus zag op het door de gemeente Ommen voorgenomen in bruikleen geven van twee percelen aan de Sportlaan te Ommen aan de Woningstichting Vechtdal Wonen ten behoeve van het realiseren van 50 flexwoningen voor onder meer ontheemden en statushouders. De stichting Boerenerven Ommen vorderde een verbod op uitvoering van dit voornemen, omdat deze gronduitgifte volgens haar in strijd was met de eisen die uit het Didam-arrest voortvloeien.

**Rechtsfiguur van bruikleen**

De eerste horde die moest worden genomen betrof de vraag of de rechtsfiguur bruikleen<sup>3</sup> (ook

onder de reikwijdte van het Didam-arrest valt.<sup>4</sup> De voorzieningenrechter oordeelt in dat verband onomwonden dat naar zijn voorlopig oordeel “bruikleen als rechtsfiguur onder de reikwijdte van het Didam-arrest [valt].”<sup>5</sup> Hiertoe memoreert de voorzieningenrechter dat het “uitgangspunt immers [is] dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten – zoals bruikleen – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.” Dit algemene uitgangspunt vloeit voort uit artikel 3:14 BW<sup>6</sup> en bestendige jurisprudentie.<sup>7</sup> Het is goed verklaarbaar dat dit uitgangspunt wordt gehanteerd wanneer het – zoals in de casus van het Didam-arrest – een ‘opportunity’ betreft die een overheid in het leven roept waarvan redelijkerwijs mag worden verwacht dat daarvoor meer geïnteresseerden zijn om die opportunity te verzilveren. In andere gevallen – waaronder bijvoorbeeld het verlengen van bestaande rechten (huur, erfpacht of bruikleen) – past in onze optiek enige nuancering. Het gelijkheidsbeginsel strekt – anders dan in het aanbestedingsrecht – niet alleen tot bescherming van de belangen van ondernemers maar van alle burgers (en dus ook particulieren). Wij kunnen ons niet goed voorstellen dat de Didam-regels ook van toepassing zijn op de verlenging van bestaande huur- of erf-

4 Daar waar het Didam-arrest zelf ziet op grondverkoop, is in lagere jurisprudentie het Didam-arrest ook relevant geoordeeld voor andere grondgebondenrechten zoals erfpacht, huur en opstalrecht.

5 De voorzieningenrechter in de rechtbank Noord-Nederland oordeelde eerder al over de Didam-regels in relatie tot een bruikleenovereenkomst. In die casus was echter tussen partijen in confesso dat de Didam-regels van toepassing moesten worden geacht, zodat de rechtbank dit (ook) tot uitgangspunt nam en daarover verder niet concreet oordeelde, zie: Vzr. Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916, r.o. 4.3 (laatste zin).

6 Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

7 Zie HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, r.o.3.3 (Amsterdam/Ikon); HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, r.o. 3.3 en; HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3 (Didam-arrest).

1 Vzr. Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477.

2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam-arrest).

3 Artikel 7A:1777 BW: “Bruikleen is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zaak om niet ten gebruike geeft, onder voorwaarde dat degene die deze zaak ontvangt, dezelve, na daarvan gebruik te hebben gemaakt, of na eenen bepaalden tijd, zal terug geven.”

pachtrechten van particulieren, waardoor hun gebruiksrechten na ommekomst van de overeengekomen termijn in beginsel aan een selectieprocedure onderhevig worden. De voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland liet eerder in een vonnis over de verlenging van bestaande huurovereenkomsten voor strandhuisjes al uitdrukkelijk in het midden of de Didam-regels op dergelijke huursituaties van toepassing moeten worden geacht met de opmerking: “nog afgezien van de vraag of de in het Didam-arrest geformuleerde criteria in huursituaties als de onderhavige van toepassing zijn (...)”<sup>8</sup>

### Beleidsruimte is leidend

Bij de beoordeling van het handelen van de gemeente Ommen lijkt de voorzieningenrechter – ons inziens terecht – voorop te hebben willen stellen dat het Didam-arrest de beleidsruimte van overheidslichamen niet inperkt. Benadrukt is dat een overheidslichaam ‘met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte’ objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstelt aan de hand waarvan de bruiklener wordt geselecteerd.<sup>9</sup> Aan die inleidende overweging is toegevoegd dat het overheidslichaam in zoverre de kring van potentiële gegadigden op voorhand kan afbakenen, zodat het overheidslichaam op die manier vorm kan geven aan het grondbeleid.<sup>10</sup> In gelijke zin oordeelde de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag eerder al dat aan een overheidslichaam ruime beleidsvrijheid toekomt om publiek-maatschappelijke belangen te dienen en beleidsdoelen te realiseren. Dat een derde niet aan de op basis daarvan gestelde criteria kan voldoen, betekent dan niet dat het gelijkheidsbeginsel jegens die derde wordt geschonden. Het Didam-arrest reikt aldus niet zo ver dat een overheidslichaam verplicht zou zijn om de objectieve, toetsbare en redelijke criteria zodanig te formuleren dat ook ongewenste alternatieve ontwikkelplannen zouden kunnen meedingen. Dit zou immers tot gevolg hebben dat de beleidsruimte feitelijk zinledig is.<sup>11</sup> Bestaand beleid mag

overigens ook gaandeweg worden bijgesteld<sup>12</sup> of worden beïnvloed door particuliere initiatieven.<sup>13</sup> De te respecteren beleidsruimte van overheidslichamen en het geoorloofd voeren van (actief) grondbeleid, raakt bij toepassing van de Didam-regels ons inziens af en toe teveel uit het oog, in die zin dat mededinging tot een zelfstandig doel verwordt. In de Didam-jurisprudentie wordt daartoe met enige regelmaat een parallel getrokken met het aanbestedingsrecht en daarmee (al dan niet impliciet) ook de doelen van het aanbestedingsrecht.<sup>14</sup> De voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland oordeelde bijvoorbeeld: “Het gelijkheidsbeginsel (...) heeft geleid op de ratio daarvan ook tot doel om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de samenleving te realiseren. De economische en de totale maatschappelijke waarde die een schaars recht in handen van een overheidsorgaan vertegenwoordigt, komt immers toe aan de samenleving. En die optimale maatschappelijke waarde wordt gerealiseerd door het bieden van gelijke kansen/mededingingsruimte.”<sup>15</sup>

Hoewel er uiteraard kenmerkende parallellen vallen waar te nemen, menen wij dat grondverkoop door een overheid niet in de sleutel van het aanbestedingsrecht zou moeten worden geplaatst. Daargelaten dat grondverkoop buiten de reikwijdte van de Europese en nationale aanbestedingswet- en regelgeving valt,<sup>16</sup> is het aanbestedingsrecht oorspronkelijk gericht op het wegnemen van belemmeringen op de EU-interne markt en het vergoten van concurrentie van ondernemingen in de lidstaten.<sup>17</sup> In de meest recente Richtlijnen hebben aanbestedende diensten meer mogelijkheden gekregen om door het oproepen van mededinging bij overheidsinkoop ook nevendoelestellingen te verwezenlijken en

8 Rechtbank Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.10.

9 R.o. 5.7, conform HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4 (Didam-arrest).

10 R.o. 5.8.

11 Vzr. Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163, r.o. 5.9.

12 Vzr. Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887 r.o. 5.3.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2023:5383, r.o. 4.17.

14 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2645; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796 en; Vzr. Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

15 Vzr. Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.27.

16 HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller).

17 Richtlijn 2014/24/EU, inleidende overweging 1.



“maatschappelijke waarde” te creëren.<sup>18</sup> In het aanbestedingsrecht wordt het gelijkheidsbeginsel door die doelstellingen ingeleurd. Het gelijkheidsbeginsel, zoals wij dat als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kennen, heeft een andere achtergrond. Dit beginsel heeft niet primair als doel maatschappelijk waarde te creëren, maar om ongelijke behandeling en willekeur door het openbaar bestuur te voorkomen.<sup>19</sup> Het oproepen van concurrentie is in die context dus geen doel op zich.<sup>20</sup> Het kan dus goed zijn dat bij de uitvoering van bestaand beleid (zoals voor het huisvesten van ontheemden of statushouders), redelijkerwijs kan worden vastgesteld dat één partij geschikt is aan dat beleid invulling te geven. Het gelijkheidsbeginsel staat er niet aan in de weg een privaatrechtelijke overeenkomst aan te gaan met die ene partij (er zijn geen gelijke gevallen). Het Didam-arrest vergt dan ook niet dat bestaand beleid wordt aangepast om mededinging te kunnen waarborgen.

De voorzieningenrechter oordeelde in dit geval dat de gemeente Ommen een beroep kon doen op de uitzonderingsregel van het Didam-arrest.<sup>21</sup> Zij hoefde geen mededingingsruimte te bieden door middel van een openbare selectieprocedure, omdat de gemeente op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria mocht aannemen dat Vechtdal Wonen de enige serieuze gegadigde was om uitvoering te geven aan het reeds bestaande coalitieakkoord waarin onder meer het beleidsdoel was opgenomen om versneld flexwoningen voor sociale huur te realiseren. De voorzieningenrechter achtte gerechtvaardigd dat de gemeente haar selectie had beperkt tot uitsluitend woningcorporaties c.q. toegelaten instellingen bedoeld in artikel 19 van de Woningwet. Alleen die zijn geautoriseerd om sociale

huurwoningen te realiseren en te verhuren. Een woningcorporatie biedt in dat kader ook specifieke waarborgen voortvloeiende uit de Woningwet die private partijen, zoals eiser, niet bieden. Het oordeel is daarmee in lijn met eerdere uitspraken waarin bij de uitvoering van woningbouwbeleid voor sociale woningen uniciteit is toegekend aan woningbouwcorporaties.<sup>22</sup>

### Zonder ‘Didam-belang’ geen vordering

Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe, zo ook bij een beroep op (een vermeende schending van) de Didam-regels.<sup>23</sup> Het belang waarvoor de eiser opkomt moet in beginsel een concreet en eigen belang betreffen, dat bovendien ook wordt beschermd door de Didam-regels. Anders gezegd: de eiser moet kunnen worden aangemerkt als een potentiële gegadigde voor verwerving van het betreffende grondgebonden recht. De eigen plannen moeten voldoende concreet zijn en niet slechts theoretisch of in de toekomst nog uit te werken. Met enige regelmaat lijken eisers zich te presenteren als een potentiële gegadigde, terwijl met de vordering in feite is beoogd een ander belang te dienen. Het gaat dan vaak om omwonenden met ruimtelijke en planologische bezwaren ten aanzien van bijvoorbeeld geluidshinder, parkeerdruk of verlies van vrij uitzicht.<sup>24</sup> Dat bleek ook in dit geval aan de orde. Daargelaten dat de omschreven statutaire doelstelling van Boerenerven – een stichting gericht op “het collectief behartigen van de belangen van de bewoners (...)” – al geen blijk gaf van een concreet Didam-gerelateerd belang, werd Boerenerven in het bijzonder tegengeworpen dat het gevreesde verlies van vrij uitzicht van omwonenden niet relevant was voor de voorliggende beoordeling of de gemeente aan de Didam-regels had voldaan.<sup>25</sup> Dergelijke bezwaren dienen in een bestuursrechtelijke context naar voren te worden gebracht. Ook de stelling dat de stichting enkele kapitaalkrachtige leden heeft die de percelen ook zouden willen en

18 *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 3 (MvT) en Richtlijn 2014/24/EU, inleidende overweging 2.*

19 In zoverre kan ook met een loting worden voldaan aan de Didam-regels, zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795; Vzr. Rb. Limburg 28 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6104 en; Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846.

20 Jansen, Van Ommeren & Van Boom, “De verplichting tot het beïden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen”, NJB 2022/746.

21 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6.

22 Zie Vzr. Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, en Vzr. Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865.

23 Artikel 3:303 BW.

24 Zie Vzr. Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170 en Vzr. Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

25 R.o. 5.9 en 5.12.

kunnen ontwikkelen tot (sociale) woningbouw werd als onvoldoende concreet afgedaan.<sup>26</sup> Dit vonnis onderstreept dat het Didam-arrest niet kan worden aangegrepen als aanvullende remedie wanneer de bestuursrechtelijke route geen soelaas (meer) biedt. Omgekeerd geldt overigens ook dat Didam-bezwaren in de bestuursrechtelijke context niet in de weg staan aan bijvoorbeeld de wijziging van een bestemmingsplan.<sup>27</sup>

### Resumé

In de hiervoor besproken uitspraak komen het toepassingsbereik van de Didam-regels, de beleidsruimte die overheden onder de Didam-regels toekomt en het vereiste Didam-specifieke belang van de eiser als herkenbare thema's uit de Didam-jurisprudentie naar voren. Wij hebben getracht te belichten dat deze thema's – hoewel met regelmaat aan de orde – toch steeds een nauwgezette benadering en beoordeling behoeven. Het verdient aanbeveling daarbij niet al te snel een parallel met het aanbestedingsrecht te trekken.

Voor zover de uitspraak praktische handvatten voor de praktijk kan bieden, blijkt in ieder geval dat de grenzen van het toepassingsbereik van het Didam-arrest nog niet direct in zicht zijn. De rechtsregels uit het arrest lijken zich uit te strekken over steeds meer door overheidslichamen gehanteerde privaatrechtelijke rechtsfiguren. Daarmee moet rekening worden gehouden. Ondanks deze verdere verbreding, blijken de Didam-regels wel materieel te worden ingedamd in de feitenrechtspraak. Die begrenzing kan onder meer worden gevonden in de eerbiediging van de beleidsruimte van het betreffende overheidslichaam en de kritische toets van het door de eiser gestelde 'Didam-belang'.

mr. L.M. Engels

advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

mr. I.C.M. Hogervorst

advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

26 R.o. 5.11.

27 Zie bijvoorbeeld RvS 5 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2865, r.o. 21.2.

## 122

### Didam: uitzondering verplichting openbare selectieprocedure

Rechtbank Gelderland zp Zutphen  
25 april 2023, C/05/418157 / KG ZA 23-133,  
ECLI:NL:RBGEL:2023:2660  
(mr. K.H.A. Heenk)

### Didam. Gelijkheidsbeginsel. Mededinging. Grondruil. Selectie.

[BW art. 3:14]

*Op 15 juli 2008 zijn Eiser en de gemeente Zaltbommel (hierna: de gemeente) een samenwerkingsovereenkomst met elkaar aangegaan met als doel de realisatie van een bedrijventerrein. Bij incident heeft X zich gevoegd aan de zijde van de gemeente. Op 17 december 2015 hebben partijen de samenwerkingsovereenkomst gewijzigd door middel van een allonge. Daarbij zijn onder andere de percelen gewijzigd die Eiser bouwrijp aan gemeente Zaltbommel ter beschikking zal stellen. Een deel van de percelen van het bedrijventerrein zijn of waren eigendom van Eiser. Zij wilde ook het Perceel verwerven. De gemeente wilde het echter aan X gunnen. Op 22 april 2021 heeft de gemeente aan Eiser bericht dat X het Perceel heeft aangekocht. Vervolgens vonden enkele kort gedingen plaats tussen partijen. Op 18 april 2023 heeft gemeente Zaltbommel in het gemeenteblad haar voornemen aangekondigd het Perceel op 24 april 2023 te leveren aan X. Daarbij heeft zij vermeld dat sprake is van grondruil: het door gemeente Zaltbommel aan X verkochte perceel wordt geruild tegen het huidige perceel van X.*

### Beoordeling

*Kern van het geschil is de vraag of de gemeente heeft voldaan aan de voorwaarden die gelden voor de uitzondering op de verplichting tot het doorlopen van een openbare selectieprocedure met betrekking tot de verkoop van het Perceel (zie HR Didam, ECLI:NL:HR:2021:1778).*

*Eerst gaat de rechter op het Didam-arrest. Hij bespreekt o.a. art. 3:14 BW, algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de criteria voor het selec-*