

AB 2025/76

Didam-regels niet van toepassing op overheidsbedrijven!?

Rb. Overijssel 20-01-2025, ECLI:NL:RBOVE:2025:240, m.nt. J. Wieland

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum	20 januari 2025
Magistraten	Mr. C.A. de Beaufort
Zaaknummer	C/08/326419 / KG ZA 24-267
Noot	J. Wieland
JCDI	JCDI:ADS999484:1
Vakgebied(en)	Vastgoedrecht / Koopovereenkomst Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht Verbintenissenrecht / Overeenkomst Aanbestedingsrecht / Algemeen
Brondocumenten	ECLI:NL:RBOVE:2025:240, Uitspraak, Rechtbank Overijssel, 20-01-2025 ECLI:NL:RBOVE:2024:6984, Uitspraak, Rechtbank Overijssel, 30-12-2024
Wetingang	Art. 3:14 BW; art. 1:1 Awb

Essentie

Didam-regels niet van toepassing op overheidsbedrijven!?

Samenvatting

De eerste vraag die beantwoord moet worden is of de regels zoals die zijn neergelegd in voornoemd arrest van de Hoge Raad ook voor gedaagde gelden, aangezien gedaagde geen overheidslichaam is, maar een privaatrechtelijke rechtspersoon. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dit niet het geval is. Gedaagde valt te beschouwen als een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon. De vennootschap is opgericht door de gemeente Kampen en laatstgenoemd is 100% aandeelhouder van de vennootschap. De vennootschap voert het beleid van de gemeente Kampen met betrekking tot het aan haar - na overdracht door de gemeente Kampen - toebehorend onroerend goed op (gebied) uit. De voorzieningenrechter verwijst in dit verband naar wat hij hierna overweegt over de band tussen de gemeente Kampen en gedaagde. Bij gebreke van nadere informatie hierover moet de voorzieningenrechter er vooralsnog van uitgaan dat gedaagde, als beleggingsinstelling belast met de privaatrechtelijke uitvoering van het beleid van de gemeente, niet met openbaar gezag bekleed is en ook geen bestuursorgaan is. Dat betekent dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn (zie ter vergelijking het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, RZG/ComforMed). Dan kunnen de regels die de Hoge Raad in zijn arrest van 26 november 2021 geformuleerd heeft ook niet van toepassing zijn op het (privaatrechtelijk) handelen van gedaagde.

Partij(en)

Vonnis in kort geding van 20 januari 2025 in de zaak van:

1. Eiser 1 en eiseres 1,
2. Eiser 2 en eiseres 2,
3. Eiser 3 en eiseres 3,
4. De vennootschap onder firma eiseres 4 V.O.F., alsmede haar vennoten de besloten vennootschap eiseres 5 B.V., en de heer eiser 4,
5. Eiser 5 en eiseres 6,
6. Eiser 6 en eiseres 7,
7. Eiser 7,
8. Eiser 8,
9. Eiser 9,

eisende partijen, hierna samen te noemen: eiser c.s., advocaat: mr. R. Rijkeboer-Kollee,

tegen

De naamloze vennootschap gedaagde N.V., gedaagde partij, hierna te noemen: gedaagde, advocaat: mr. F. Sepmeijer.

Uitspraak

De zaak in het kort

Deze zaak gaat over de vraag of eiser c.s. het gedaagde kunnen verbieden uitvoering te geven aan de koopovereenkomst die zij met de gemeente Kampen heeft gesloten met betrekking tot de percelen op en rondom gebied, omdat eiser c.s. wat betreft de koop van de grond waarop zij wonen een voorkeursrecht hebben dan wel omdat gedaagde de regels uit het eerste Didam-arrest van de Hoge Raad niet heeft nageleefd. De voorzieningenrechter wijst de vordering af, kort gezegd omdat naar zijn voorlopige oordeel die regels niet gelden voor de privaatrechtelijke rechtspersoon gedaagde. Daarnaast overweegt de voorzieningenrechter dat de koopovereenkomst tussen de gemeente Kampen en gedaagde zozeer afwijkt van de koopovereenkomst waar genoemd arrest betrekking op heeft dat die regels niet van toepassing zijn.

1. De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding, met producties 1 tot en met 16, uitgebracht op 24 december 2024,
- de producties 1 tot en met 11 van gedaagde,
- nadere producties 17 en 18 van eiser c.s.,

- nadere producties 12 tot en met 18 van gedaagde,
- de mondelinge behandeling van 30 december 2024, waarvan door de griffier aantekeningen zijn gemaakt,
- de pleitnota van eiser c.s.,
- de pleitnota van gedaagde.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald en is in de vorm van een kop/staart-vonnis uitspraak gedaan op 30 december 2024. Die uitspraak is gebaseerd op de navolgende overwegingen.

2. De feiten

2.1.

Eiser c.s. wonen op gebied, een gebied in de monding van de plaats. Gebied is onderdeel van de gemeente Kampen (hierna: de gemeente).

2.2.

Gedaagde is een door de gemeente opgerichte fiscale beleggingsinstelling. De gemeente is voor 100% aandeelhouder van gedaagde. In 2007 heeft de gemeente de gronden op en rondom gebied (hierna: de gronden) in eigendom overgedragen aan gedaagde. Samen met de naamloze vennootschap gebied N.V. vormt gedaagde 'de Stadserven'. Eiser c.s. hebben ieder voor zich een titel op grond waarvan zij gerechtigd zijn tot het gebruik van aan gedaagde toebehorend onroerend goed.

2.3.

Bij brief van 25 september 2024 aan eiser c.s. heeft de gemeente het voornemen tot het terugkopen van de gronden van gedaagde medegedeeld.

2.4.

Op 22 oktober 2024 heeft de gemeente de voorgenomen (ver)koop van de gronden in het Gemeenteblad gepubliceerd. Hierin staat onder meer het volgende:

(...)

"Als gevolg van een voor gedaagde N.V. relevante wijziging in de fiscale wetgeving, welke voor de gemeente financieel nadelig is, hebben de gemeente en gedaagde N.V. het voornemen om de gronden die bij gedaagde N.V. in eigendom zijn weer terug over te dragen aan de gemeente. In dat kader is zekerheidshalve besloten om het voornemen tot het aangaan van deze overeenkomst tot overdracht van deze gronden op en rondom het gebied, te publiceren. In deze publicatie wordt gemotiveerd waarom de gemeente als enige serieuze

gegadigde in aanmerking komt voor de gronden van gedaagde N.V.

De onroerende zaak

Transactieomschrijving: gronden op en rondom het gebied

Kenmerk: nummer

Gedaagde N.V. heeft het voornemen om alle registergoederen die in volle eigendom dan wel in eigendom bezwaard met een zakelijk beperkt recht (opstalrecht of erfpachtrecht) aan haar toebehoren en gelegen zijn in het agrarisch gebied van het gebied en omstreken te Kampen (hierna: 'de Objecten') aan de gemeente (terug) over te dragen. Een kadastrale omschrijving van de Objecten wordt als bijlage aan deze publicatie gehecht.

De gemeente kwalificeert als enige serieuze gegadigde die in aanmerking komt voor deze eigendomsoverdracht. De objectieve, toetsbare en redelijke criteria die daaraan ten grondslag liggen zijn:

1. Gedaagde N.V. is door de gemeente opgericht met als doel het beleggen van de door de gemeente ingebrachte Objecten teneinde de gemeente in de opbrengsten van de beleggingen te doen delen. Vóór 2007 was de gemeente eigenaar van de Objecten. De gemeente is sinds 2007 wel actief betrokken gebleven bij het beheer van de Objecten, onder meer door het formuleren van Kaderstellende beleidsregels ten aanzien van dit beheer.
2. De gemeente is 100% aandeelhouder van gedaagde N.V. Op grond van de statuten van gedaagde N.V. is overdracht van gronden aan derden niet mogelijk zonder voorafgaande toestemming van de gemeente.
3. Als gevolg van een wijziging in fiscale wetgeving, zal gedaagde N.V. per 1 januari 2025 vennootschapsbelasting moeten gaan betalen, wat uiteindelijk financieel nadelig is voor de gemeente. Dit financieel nadeel kan worden afgewend door de beoogde (weder)overdracht van de Objecten aan de gemeente.
4. Gebied kent een rijke historie. De gronden op en rondom gebied worden reeds sinds de dertiende eeuw door de gemeente verpacht. Het wordt om die reden zowel door gedaagde N.V. als de gemeente noodzakelijk geacht dat de Objecten eigendom blijven van de gemeente.

Gezien het voorgaande onderscheidt de gemeente zich objectief van andere gegadigden en gedaagde N.V. stelt zich derhalve op het standpunt dat de gemeente daarom als enige partij aanspraak kan maken op de eigendomsoverdracht van de Objecten.

Procedure

Indien u zich niet kunt verenigen met dit voornemen, bijvoorbeeld omdat u vindt dat u ten onrechte niet als serieuze gegadigde voor de Objecten bent aangemerkt, dient u dit derhalve uiterlijk 11 november 2024 om 23.59 uur kenbaar te maken (per e-mail) met een gemotiveerde toelichting aan [e-mailadres], onder vermelding van bovenstaand kenmerk en de transactieomschrijving."

2.5.

Eiser c.s. hebben, op de heer en mevrouw eiseres 6 en de heer eiser 7 na, bezwaar gemaakt tegen het voorgenomen besluit. Deze bezwaren zijn, op het bezwaar van de heer naam 2 na, buiten de daarvoor gestelde termijn ingediend.

2.6.

Tijdens de raadsvergadering van de gemeente van 12 december 2024 heeft de gemeenteraad ingestemd met het verstrekken van krediet voor de aankoop van de gronden door de gemeente.

2.7.

Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente heeft op 17 december 2024 het besluit tot aankoop van de gronden genomen.

2.8.

Op 18 december 2024 hebben gedaagde en de gemeente een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot de (ver)koop van de gronden. Gedaagde en de gemeente zijn overeengekomen dat de gronden uiterlijk 31 december 2024 door gedaagde aan de gemeente worden geleverd.

2.9.

De advocaat van eiser c.s. heeft bij e-mail van 20 december 2024 aan de gemeente en aan gedaagde medegedeeld een kort geding te zullen starten om de levering van de gronden tegen te houden, tenzij de gemeente dan wel gedaagde te kennen geeft de koop en levering van de gronden te zullen uitstellen. Diezelfde dag heeft (de advocaat van) gedaagde per e-mail aan de advocaat van eiser c.s. te kennen gegeven dat gedaagde niet tot uitstel van de levering zal overgaan.

3. Het geschil

3.1.

Eiser c.s. vorderen - samengevat - het gedaagde primair te verbieden uitvoering te geven aan de koopovereenkomst ten aanzien van de kavels waarop eisers een recht van opstal hebben, althans haar primair te verbieden deze kavels op 31 december 2024 aan de gemeente Kampen te leveren, dan wel enige andere derde, althans niet nadat onherroepelijk in rechte is beslist of eisers zijn aan te merken als serieuze gegadigde, op straffe van een dwangsom, als ook het gedaagde te gebieden alle informatie aangaande de koop toe te zenden, eveneens op straffe van een dwangsom, en met veroordeling van gedaagde in de proceskosten.

3.2.

Gedaagde voert verweer.

3.3.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Het toetsingskader in kort geding

4.1.

Het gaat hier om een in kort geding gevorderde voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter moet daarom eerst beoordelen of eiser c.s. ten tijde van dit vonnis bij die voorziening een spoedeisend belang hebben. Daarnaast geldt dat de voorzieningenrechter 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.

Het spoedeisend belang

4.2.

Het spoedeisend belang vloeit uit de vordering die ziet op het verbieden van levering van onroerend goed op 31 december 2024 van eiser c.s. voort en is overigens niet door gedaagde weersproken.

Hebben eiser c.s. een voorkeursrecht met betrekking tot de koop van de grond?

4.3.

Eiser c.s. hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat zij een voorkeursrecht als bedoeld in artikel 7:378, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) hebben met betrekking tot de koop van een gedeelte van de gronden. Op grond daarvan is de verpachter, in geval van - kort gezegd - reguliere pacht, indien hij tot verkoop van het verpachte wil overgaan, verplicht de pachter bij voorkeur in de gelegenheid te stellen het verpachte te kopen. Hier gaat de voorzieningenrechter, voorshands oordelend, niet in mee. Tussen partijen staat vast namelijk dat eiser c.s., met uitzondering van eiser onder 4 (hierna: naam 2), geen pachtovereenkomst in de zin van artikel 7:311 BW hebben gesloten op grond waarvan zij gebruik maken van de grond, die zij op dit moment willen kopen.

4.4.

Naam 2 is van mening dat hij wel gebruik maakt van de grond die gedaagde wenst te verkopen op grond van een pachtovereenkomst die hem een voorkeursrecht geeft. Gedaagde betwist dit. De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente Kampen op 25 september 2024 een brief aan naam 2 gestuurd heeft, waarin staat dat hij een reguliere pachtovereenkomst heeft, dat de gemeente de desbetreffende grond wil aankopen en dat de gemeente, als toekomstige verpachter, verklaart afstand te doen van haar bevoegdheid om de pachtovereenkomst op te zeggen op grond van de wens om het verpachte zelf duurzaam in gebruik te nemen, waartoe zij het verpachte dringend nodig heeft. Op grond van artikel 7:380, eerste lid, aanhef en onder e, BW geldt het voorkeursrecht dan niet.

4.5.

De voorzieningenrechter komt, in het midden latend of naam 2 de grond uit hoofde van een pachtovereenkomst gebruikt en of het noodzakelijk was om deze mededeling te doen, tot de slotsom dat het voorkeursrecht van artikel 7:378, eerste lid, BW in ieder geval niet voor naam 2 geldt en dus dat geen van de eisers een beroep op een voorkeursrecht kan doen. Namens eisers is tijdens de mondelinge behandeling nog

aangevoerd dat voornoemd voorkeursrecht in dit geval toch gelding heeft, omdat het recht van opstal zoals eiser c.s. dat hebben uniek is in Nederland en omdat het destijds door gedaagde is gepresenteerd als een bijzonder recht van erfpacht. Hier gaat de voorzieningenrechter niet in mee. Eiser c.s. hebben hiermee namelijk voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij, ondanks het ontbreken van een pachtrelatie, toch aanspraak kunnen maken op het voorkeursrecht van artikel 7:378, eerste lid, BW.

Zijn de regels van de Didam-arresten van toepassing?

4.6.

Eiser c.s. hebben, naast het voorkeursrecht, aan hun vordering ten grondslag gelegd dat zij ten onrechte niet als serieuze gegadigde zijn aangemerkt voor de koop van de grond waarop zij hun recht van opstal hebben dan wel van de grond die zij uit hoofde van hun erfpachtrecht gebruiken. Eiser c.s. hebben hierbij verwezen naar de beslissing van de Hoge Raad in zijn arrest van 26 november 2021 (*Didam Have/Monterferland en Groenstaete*, ECLI:NL:HR:2021:1778). In die zaak heeft de gemeente de voormalige gemeentehuislocatie verkocht aan een vastgoedontwikkelaar. Die locatie maakte deel uit van een groter projectgebied. In dat projectgebied zou op de gemeentelocatie een vestiging van een supermarktketen komen en op de locatie waar die vestiging toen was een vestiging van een andere supermarktketen. Verder zou bestaande bebouwing in het projectgebied worden gesloopt. Op die plaats zou een parkeerterrein komen. De gemeente en de vastgoedontwikkelaar hebben hierover een aantal jaren onderhandeld. De vastgoedontwikkelaar zou de kosten dragen en had in de tussentijd de nodige grond in eigendom verworven. In die periode heeft de exploitant van een vestiging van weer een derde supermarktketen, gevraagd in aanmerking te mogen komen voor verhuizing naar het projectgebied. Nadat genoemde exploitant daarop geen positieve reactie had gekregen, heeft zij in kort geding een gebod gevorderd dat inhoudt dat de gemeente de gemeentehuislocatie alleen mag verkopen in een procedure, waarin (potentiële) gegadigden zijn uitgenodigd mee te dingen naar de locatie. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad eisende partij daarin gelijk gegeven. De Hoge Raad overweegt onder meer het volgende in zijn arrest:

“(…)

3.1.1

Onderdeel I.a van het middel keert zich tegen rov. 5.8 van het bestreden arrest. Het klaagt dat het hof heeft miskend dat in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, al dan niet naar analogie van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016, die er toe strekt dat bij de verdeling van schaarse grond, daaronder begrepen de verkoop als in het onderhavige geval aan de orde is, in beginsel door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de grond mee te dingen, althans aan hen van wie het bestuur weet dat zij geïnteresseerd zijn in de desbetreffende grond. Voorts heeft het hof miskend dat het bestuur, om gelijke kansen te realiseren, in beginsel een passende mate van openbaarheid moet verzekeren bij de verkoop van de grond, aldus het onderdeel.

3.1.2

Het gaat in deze zaak om een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een aan hem toebehorende onroerende zaak verkoopt. In cassatie is niet bestreden het oordeel van het hof in rov. 5.6 dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

3.1.3

Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend 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.⁴ 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.⁵ 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.⁶

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 redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

3.1.7

Het hof heeft in rov. 5.8 het hiervoor in 3.1.4-3.1.6 overwogene miskend. Onderdeel I.a slaagt dus.

(...)"

4.7.

De eerste vraag die beantwoord moet worden is of de regels zoals die zijn neergelegd in voornoemd arrest van de Hoge Raad ook voor gedaagde gelden, aangezien gedaagde geen overheidslichaam is, maar een privaatrechtelijke rechtspersoon. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dit niet het geval is. Gedaagde valt te beschouwen als een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon. De vennootschap is opgericht door de gemeente Kampen en laatstgenoemd is 100% aandeelhouder van de vennootschap. De vennootschap voert het beleid van de gemeente Kampen met betrekking tot het aan haar - na overdracht door de gemeente Kampen - toebehorend onroerend goed op gebied uit. De voorzieningenrechter verwijst in dit verband naar wat hij hierna overweegt over de band tussen de gemeente Kampen en gedaagde. Bij gebreke van nadere informatie hierover moet de voorzieningenrechter er vooralsnog van uitgaan dat gedaagde, als beleggingsinstelling belast met de privaatrechtelijke uitvoering van het beleid van de gemeente, niet met openbaar gezag bekleed is en ook geen bestuursorgaan is. Dat betekent dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn (zie ter vergelijking het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003, ECLI:HR:2003:AF2830, *RZG/ComforMed*). Dan kunnen de regels die de Hoge Raad in zijn arrest van 26 november 2021 geformuleerd heeft ook niet van toepassing zijn op het (privaatrechtelijk) handelen van gedaagde.

Zijn de regels van de Didam-arresten op deze transactie van toepassing?

4.8.

De voorzieningenrechter zal ook nog ingaan op de vraag of de Didamregels ook gelden voor de transactie waar het in deze zaak over gaat. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter is dat niet het geval. Van belang daarvoor is de verhouding tussen de gemeente Kampen en gedaagde. In de publicatie van gedaagde over de voorgenomen transactie met de gemeente Kampen (productie 2 van gedaagde) staat onder meer:

“In 2007 heeft de gemeente Kampen (hierna: ‘de gemeente’) besloten om het beheer van de gronden die gelegen zijn in het agrarisch gebied van het gebied en omstreken te Kampen op afstand te zetten. De gemeente heeft hiertoe op 23 oktober 2007 (onder meer) een nieuwe vennootschap, gedaagde N.V. opgericht en bij akte van dezelfde datum alle registergoederen die in volle eigendom dan wel in eigendom bezwaard met een zakelijk beperkt recht (opstalrecht of erfpachtrecht) aan de gemeente toebehoren en gelegen zijn in het agrarisch gebied van het gebied en omstreken te Kampen ingebracht in gedaagde N.V. De gemeente is 100% aandeelhouder van gedaagde N.V.”

4.9.

Volgens de statuten van gedaagde (productie 12 van gedaagde) is haar doelstelling:

“De van de gemeente Kampen in eigendom verkregen onroerende zaken met a. de aanhorigheden, opstallen en wateren plaatselijk bekend gebied en omstreken, te beleggen in de zin van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met toepassing van het beginsel van risicospreiding teneinde de aandeelhouders in de opbrengst van de beleggingen te doen delen, alsmede al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, in de ruimste zin van het woord, terwijl zij dat doel tracht te bereiken door a. de gronden voor eigen rekening in pacht uit te geven, te bezwaren, met recht van erfpacht of opstal en in huur of gebruik af te staan en b. al hetgeen te doen dat met vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.”

4.10.

Zowel in de publicatie van de voorgenomen vastgoedtransactie in het gemeenteblad van de gemeente Kampen van 22 oktober 2024 (productie 7 van eiser c.s.), als in de publicatie van gedaagde over de voorgenomen transactie met de gemeente Kampen (productie 2 van gedaagde), is onder meer het volgende opgenomen:

“gebied kent een rijke historie. De gronden op en rondom gebied worden reeds sinds de dertiende eeuw door de gemeente verpacht. Het wordt om die reden zowel door gedaagde N.V. als de gemeente noodzakelijk geacht dat de Objecten voorzieningenrechter: alle door gedaagde aan de gemeente over te dragen onroerende goederen eigendom blijven van de gemeente.”

4.11.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft gedaagde naar voren gebracht dat de gemeente Kampen het beleidskader vaststelt voor gedaagde, als ook de algemene voorwaarden voor de contracten met bewoners van gebied, terwijl gedaagde voor de uitvoering van de door de gemeente geformuleerde beleid zorgt. Dit vindt bevestiging in wat staat in de publicatie van de voorgenomen vastgoedtransactie in het gemeenteblad van de Gemeente Kampen van 22 oktober 2024 (productie 7 van eiser c.s.), waarin onder meer staat:

“gedaagde N.V. is door de gemeente opgericht met als doel het beleggen van de door de gemeente ingebrachte Objecten teneinde de gemeente in de opbrengst van de beleggingen te doen delen. Vóór 2007 was de gemeente eigenaar van de Objecten (voorzieningenrechter: alle in 2007 aan gedaagde overgedragen onroerende goederen). De gemeente is sinds 2007 wel actief betrokken gebleven bij het beheer van de Objecten, onder meer door het formuleren van Kaderstellende beleidsregels ten aanzien van het beheer.”

4.12.

Het voorgaande hebben eiser c.s. niet betwist.

4.13.

De voorzieningenrechter leidt uit het voorgaande af dat er niet alleen een nauwe band tussen de gemeente Kampen en gedaagde bestaat in vennootschapsrechtelijke zin, maar ook op het vlak van de bedrijfsvoering van gedaagde.

4.14.

Ook in verband met de transactie die in deze zaak aan de orde is komt naar het oordeel van de voorzieningenrechter duidelijk naar voren dat gedaagde het door de gemeente Kampen gemaakte beleid ten aanzien van het onroerend goed. In de inleiding van het Directiebesluit van gedaagde van 12 november 2024 over de onroerendgoedtransactie tussen gedaagde en de gemeente Kampen (productie 4 van gedaagde) staat:

“NV is een fiscale beleggingsinstelling (FBI). FBI's die rechtstreeks in Nederlands vastgoed beleggen kunnen tot 1 januari 2025 gebruik maken van het 0%-tarief in de vennootschapsbelasting. Gedaagde NV belegt in Nederlands vastgoed. Door een wetwijziging kan dit met ingang van 1 januari 2025 niet meer. Gevolg hiervan is dat de winst van gedaagde NV met ingang van het boekjaar 2025 belast wordt met het reguliere tarief (in 2025 19% over de eerste € 200.000 van de winst en 25,8% over de rest van de winst). Gevolg hiervan is dat aanzienlijk minder dividend uitgekeerd kan worden aan aandeelhouder gemeente Kampen. Dit is ongewenst. Afhankelijk van met name de inkomsten van de NV, die jaarlijks vooral beïnvloed worden door de hoogte van de pachtnorm, derft de gemeente Kampen tussen de 0,3 mln. en 0,5 mln. aan dividendinkomsten.”

Deze argumentatie keert terug in het voorstel van 19 november 2024 van het college van burgemeester en wethouders aan de gemeenteraad van de gemeente Kampen om krediet beschikbaar te stellen voor het kopen van het onroerend goed van gedaagde (productie 6 van gedaagde).

4.15.

Ook dit hebben eiser c.s. niet betwist.

4.16.

De voorzieningenrechter leidt uit het voorgaande af dat de transactie waar het in deze zaak om draait in sterke mate afwijkt van de transactie waarover de Hoge Raad zich gebogen heeft. In die laatste zaak heeft de gemeente onroerend goed in het kader van gebiedsontwikkeling met plaats voor een vestiging van een supermarktketen verkocht aan een commerciële partij, een projectontwikkelaar, en heeft een andere commerciële partij, een exploitant van een vestiging van een ander supermarktketen, zich opgeworpen als gegadigde voor dat onroerend goed. In de onderhavige zaak gaat het echter om de verkoop van grond door een beleggingsinstelling, die is opgericht en voor 100% in handen is van de gemeente, aan diezelfde gemeente. De gemeente heeft destijds (het beheer van) de gronden op afstand van de politiek willen zetten, en heeft ze in dat kader bij gedaagde ondergebracht, waarbij uitgangspunt was dat het onroerend goed als complex in stand zou blijven. Gedaagde dient met haar beheersactiviteiten het (financiële) belang van de gemeente Kampen. Thans draagt gedaagde dat complex van onroerende goederen - als geheel - weer in eigendom over aan de gemeente Kampen met louter fiscale motieven en met het (financiële) belang van de gemeente Kampen voor ogen. Dat gedaagde, zoals eiser c.s. aanvoeren, onroerend goed op gebied aan een erfpachter of opstalhouder verkocht heeft doet daaraan niet af, nu gedaagde in reactie daarop onweersproken uitgelegd heeft dat dit een uitzondering betrof, waarbij gedaagde afgeweken is van het bestendige beleid. De voorzieningenrechter acht ook van belang dat, zoals gedaagde terecht naar voren brengt, de individuele eisers zich als gegadigde opwerpen alleen voor het onroerend goed waar zij op grond van hun beperkt recht gebruik van maken en dus niet voor het geheel van het onroerend goed dat gebied aan de gemeente Kampen heeft verkocht. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter wijkt deze zaak in dusdanige mate af van

de zaak waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld dat geen sprake is van een geval waarin de verkoper van onroerend goed, om zijn handelen in overeenstemming te laten zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, aan anderen dan de koper de gelegenheid moet bieden om mee de dingen naar hetgeen de verkoper te koop aanbiedt en daarmee de marktwerking doet ontstaan.

4.17.

De voorzieningenrechter laat de vraag of de gemeente Kampen te beschouwen is als enige serieuze gegadigde, in de zin van voornoemd arrest van de Hoge Raad, voor het door gedaagde verkochte onroerend goed onbeantwoord.

4.18.

Eiser c.s. stelt zich op het standpunt dat aan de zijde van gedaagde ook sprake is geweest van willekeur omdat zij onroerend goed aan een derde verkocht heeft en eiser c.s. niet de kans gegeven heeft om de grond waar zij belangstelling voor hebben te laten verwerven. De verkoop aan de derde heeft de voorzieningenrechter hiervoor onder rov. 4.16. besproken. Uit de desbetreffende overweging volgt dat het bestaan willekeur vooralsnog onvoldoende gebleken is. Overigens verbinden eiser c.s. de door hen gestelde willekeur aan een schending van het gelijkheidsbeginsel, het reeds genoemde algemene beginsel van behoorlijk bestuur. De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat het onwaarschijnlijk is dat de bodemrechter, later oordelend, de regels zoals door de Hoge Raad gesteld in zijn eerste Didam-arrest op de verkoop door gedaagde aan de gemeente Kampen van toepassing acht.

Het toezenden van informatie

4.19.

Eiser c.s. vorderen ook toezending door de gemeente van alle informatie die met de verkoop van de gronden te maken hebben. Deze vordering wijst de voorzieningenrechter af. Op de zitting is door gedaagde namelijk aangevoerd dat zij alle informatie met betrekking tot de verkoop van de gronden al heeft toegezonden, dan wel dat die informatie al is gepubliceerd, en dat zij verder niet weet op welke andere informatie eiser c.s. nog meer doelen. Dit is door eiser c.s. niet weersproken, evenmin hebben eiser c.s. toegelicht op welke overige informatie hun vordering ziet, nog daargelaten dat niet gesteld of gebleken is welk spoedeisend belang eiser c.s. bij toewijzing van deze vordering hebben.

Conclusie

4.20.

Gelet op het voorgaande wordt de vordering van eiser c.s. afgewezen, nu evenmin gebleken is dat het handelen van gedaagde anderszins onrechtmatig zou kunnen zijn geweest.

De voorzieningenrechter kan verder onbesproken laten dat de vordering van eiser c.s. slechts ziet op kavels waarop een recht van opstal gevestigd is.

De proceskosten

4.21.

Eiser c.s. zijn in het ongelijk gesteld en moeten daarom de proceskosten betalen. De proceskosten van gedaagde worden begroot op een bedrag van € 688 aan griffierecht en € 1.661 aan salaris advocaat, in totaal

een bedrag van € 2.349.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1.

wijst de vorderingen van eiser c.s. af,

5.2.

veroordeelt eiser c.s. in de proceskosten van € 2.349, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe, te vermeerderen met € 92 plus de kosten van betekening als eiser c.s. niet tijdig aan de veroordelingen voldoen en het vonnis daarna wordt betekend,

5.3.

verklaart voornoemde veroordeling in de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Auteur: J. Wieland[*]

1.

Op grond van het *Didam I*-arrest (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommereen) is een *overheidslichaam* dat voornemens is een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, verplicht mededingingsruimte te bieden aan (potentiële) gegadigden voor die zaak. In de hierboven opgenomen rechtbankuitspraak staat de vraag centraal of die verplichting ook geldt voor *overheidsvennootschappen*. Hoewel het eerste *Didam*-arrest inmiddels ruim drie jaar oud is, heeft voor zover mij bekend nog niet eerder een rechter zich over deze vraag uitgelaten. Dat maakt deze uitspraak een signalering waard. Te meer nu naar mijn idee op het oordeel van de voorzieningenrechter wel wat valt af te dingen.

2.

Waar gaat deze zaak over? De gemeente Kampen heeft om fiscale redenen een naamloze vennootschap opgericht, waarin zij gronden heeft ondergebracht. Deze vennootschap is een beleggingsinstelling waar de gemeente voor 100% aandeelhouder van is. De gemeente heeft in 2007 de gronden in eigendom aan de vennootschap overgedragen. De eisers in deze zaak hebben ieder voor zich een titel (opstalrecht) op grond waarvan zij gerechtigd zijn tot het gebruik van aan de vennootschap toebehorende gronden. De gemeente is thans voornemens de gronden van de vennootschap terug te kopen. Kennelijk is inmiddels de fiscale wetgeving gewijzigd, zodat dit voor de gemeente voordeliger is. De voorgenomen (ver)koop van de onderhavige gronden is overeenkomstig de *Didam*-regels gepubliceerd in het Gemeenteblad. De gemeente heeft in die publicatie gemotiveerd waarom zij zich als enige gegadigde kwalificeert. Wat daarbij opvalt is dat

het in dit geval de kopende partij (de gemeente) is die publiceert, terwijl het *Didam I*-arrest voorschrijft dat het voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop bekend wordt gemaakt. Dit laatste impliceert dat het op de weg van de verkopende partij (de vennootschap dus) ligt om te publiceren. Wat daar verder ook van zij, eisders zijn een kort geding gestart om te verhinderen dat de vennootschap de gronden aan de gemeente verkoopt. De reden daarvoor is dat zij de gronden waarop zij gebruikstitels hebben zelf willen verwerven. De voorzieningenrechter ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of de *Didam*-regels in dit geval van toepassing zijn, aangezien de verkopende vennootschap - anders dan het geval was in de *Didam*-zaak - geen overheidslichaam is, maar een privaatrechtelijke rechtspersoon. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag ontkennend. Hoewel de conclusie naar mijn idee juist is, is de redenering die de voorzieningenrechter volgt om tot dat oordeel te komen niet juist. Voor ik aan een bespreking van die redenering toekom, is het goed kort in te gaan op de *Didam*-regels.

3.

De Hoge Raad heeft in het als baanbrekend beschouwde *Didam I*-arrest (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren) geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel - dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen - voortvloeit 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 die onroerende zaak (r.o. 3.1.4). Althans, als er meerdere gegadigden zijn voor de desbetreffende onroerende zaak of dit redelijkerwijs te verwachten is. Belangrijk voor de praktijk is de in het *Didam I*-arrest geformuleerde uitzondering (r.o. 3.1.6). Mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden 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. Wel moet ook in dat geval het voornemen tot verkoop met de daaraan ten grondslag liggende motivering waarom de desbetreffende partij de enige serieuze gegadigde is, vooraf worden gepubliceerd. In de hier afgedrukte uitspraak lijken de gemeente en de vennootschap van deze uitzondering gebruik te willen maken. De vraag die daar aan voorafgaat - en die de voorzieningenrechter dan ook terecht stelt - is of de *Didam*-regels in dit geval eigenlijk überhaupt wel van toepassing zijn. Immers, het gaat hier niet - zoals in de *Didam*-zaak het geval was - om een *overheidslichaam* dat de gronden verkoopt, maar om een *overheidsvennootschap*.

4.

In de afgelopen ruim drie jaar is er veel rechtspraak over de *Didam*-regels verschenen van vooral lagere rechters (zie voor een uitvoerige bespreking van die rechtspraak onder andere G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar *Didam*-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', *BR* 2022/84, G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Twee jaar *Didam*-arrest: navigeren in woelig vaarwater', *BR* 2023/80, en G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Drie jaar *Didam*-regels: het *Didam II*-arrest als nieuw baken?', *BR* 2025/2). In die rechtspraak is onder andere meermaals de vraag naar de precieze reikwijdte van de *Didam*-regels aan de orde gekomen. Verschillende rechters hebben zich uitgelaten over de soorten transacties waarop de *Didam*-regels van toepassing zijn (niet alleen koop, maar ook (erf)pacht, verhuur, grondruil en zelfs de verkoop van aandelen). Ook is in de rechtspraak antwoord gegeven op de vraag of de *Didam*-regels terugwerkende kracht hebben (antwoord: ja, zie het *Didam II*-arrest, HR 15 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1661). De vraag die echter nog niet was beantwoord in de rechtspraak, maar die voor de praktijk zeker relevant is, is of de *Didam*-regels ook van toepassing zijn als de verkopende of uitgevende partij geen overheidslichaam is, maar een (100%) overheidsvennootschap. Denk daarbij aan partijen als NS, Schiphol, Tennet en gemeentelijke haven- en grondbedrijven, die vaak omvangrijke en ook strategische grondposities hebben. Zijn die vennootschappen bij de verkoop of uitgifte van die gronden ook aan de *Didam*-regels gebonden? De Hoge Raad heeft zich in het *Didam I*-arrest niet over deze vraag uitgelaten. Dat was ook logisch, omdat die casus daartoe geen aanleiding gaf. In de literatuur is die vraag wel aan de orde gekomen.

5.

In zijn noot onder het *Didam I*-arrest heeft Van Ommeren (AB 2022/11) betoogd dat de Didam-regels naar de letter alleen van toepassing zijn op overheidslichamen die gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn de zogeheten a- en b-organen als bedoeld in artikel 1:1 Awb. De gedachte daarachter is dat de Hoge Raad de verplichting om mededingingsruimte te bieden in het *Didam I*-arrest baseert op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (gelijkheidsbeginsel). Daar komt bij dat de Hoge Raad in het door de voorzieningenrechter ook aangehaalde *RZG/ComforMed*-arrest (HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830) de toepasselijkheid van deze beginselen heeft gekoppeld aan (althans zo lijkt het, maar daarover later meer) de definitie van bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 Awb. Naar de huidige stand van de rechtspraak zou volgens Van Ommeren dan ook moeten worden geconcludeerd dat overheidsvennootschappen niet onder de definitie van overheidslichamen vallen en de mededingingsnorm uit het *Didam I*-arrest derhalve niet van toepassing is op de verkoop van onroerende zaken door overheidsvennootschappen. Van Ommeren wijst er echter op dat uit het *RZG/ComforMed*-arrest niet mag worden afgeleid dat de Hoge Raad de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal blijven beperken tot bestuursorganen in de zin van de Awb (zie ook R.J.N. Schlössels, 'De beginselen van behoorlijk bestuur bij "privaat bestuur"', in: R.J.N. Schlössels e.a., *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Nijmegen: WLP 2021, p. 26 e.v.). Volgens Van Ommeren is het dan ook wachten op een zaak waarin de rechter zich daarover zal kunnen uitspreken en - zo interpreteer ik zijn betoog - zal oordelen dat de verkoop van (on)roerende zaken door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf ook is onderworpen aan de Didam-regels. Het wachten was dus op een zaak waarin de rechter zich hierover zou kunnen uitlaten. Het heeft vervolgens drie jaar geduurd voordat deze vraag aan de orde kwam in de hierboven opgenomen uitspraak. Interessant in dit licht is wel een eerdere uitspraak van rechtbank Gelderland, die weliswaar niet zag op een vastgoedtransactie, maar waarin werd geoordeeld dat "[e]en publiek orgaan (...) niet onder [de beginselen van behoorlijk bestuur uit [kan] komen door haar publiekrechtelijke taken te laten uitvoeren door een privaatrechtelijke rechtspersoon" (Rb. Gelderland 28 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5510). Hoewel ik snap dat de verkoop van een onroerende zaak niet zonder meer als een 'publiekrechtelijke taak' kan worden aangemerkt, leek deze uitspraak een opmaat te vormen naar het oordeel dat overheidslichamen niet onder de beginselen van behoorlijk bestuur uit kunnen komen door vastgoedtransacties te laten uitvoeren door een privaatrechtelijke rechtspersoon die door hen is opgericht. Toch oordeelt de voorzieningenrechter in de hier afgedrukte uitspraak anders.

6.

De voorzieningenrechter stelt bij de beantwoording van de vraag of de Didam-regels in dit geval van toepassing zijn, voorop dat gedaagde te beschouwen is als een privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon. De vennootschap is opgericht door de gemeente Kampen en die is ook 100% aandeelhouder van de vennootschap. De vennootschap voert het beleid van de gemeente met betrekking tot het aan haar - na overdracht door de gemeente - toebehorende onroerend goed uit. De voorzieningenrechter vervolgt dat, bij gebreke van nadere informatie hierover, hij er vooralsnog van moet uitgaan dat de vennootschap als beleggingsinstelling belast is met de privaatrechtelijke uitvoering van het beleid van de gemeente, niet met openbaar gezag bekleed is en ook geen bestuursorgaan is. Dat betekent volgens de voorzieningenrechter dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn. Daarbij wijst de voorzieningenrechter op het *RZG/ComforMed*-arrest. Dit betekent volgens de voorzieningenrechter dat Didam-regels ook niet van toepassing kunnen zijn op het (privaatrechtelijk) handelen van de vennootschap.

7.

Deze redenering overtuigt mij niet. In dat kader is het van belang wat dieper in te gaan op het *RZG/ComforMed*-arrest. Deze zaak ging over het door een ziekenfonds (RZG) inkopen van medische hulpmiddelen. Daarbij rees de vraag of RZG gebonden was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Relevant is de volgende overweging:

“3.4.3 Het Hof heeft zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur - in het licht van het hiervoor in 3.4.2 overwogene terecht - niet doen steunen op het in art. 1:1 Awb bepaalde, doch het heeft daarvoor bepalend geacht dat ziekenfondsen als specifiek doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. Voor zover het onderdeel zich tegen dit oordeel richt, is het dan ook gegrond. (...)”

Hieruit volgt dat het Hof de vraag of op de inkoop van medische hulpmiddelen door RZG de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn materieel benadert. Volgens het Hof zijn deze beginselen van toepassing, omdat het specifieke doel van ziekenfondsen is te voorzien in behoeften van algemeen belang en zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. De Hoge Raad gaat daar niet in mee en oordeelt dat *deze* (nadruk JW) omstandigheden niet meebrengen dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. De Hoge Raad overweegt in voormelde overweging ook dat het Hof zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, *terecht* niet heeft doen steunen op artikel 1:1 Awb. Met Schlössels (vgl. R.J.N. Schlössels e.a., *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Nijmegen: WLP 2021, p. 28) ben ik van mening dat hiermee op zijn minst de indruk wordt gewekt dat bij beantwoording van de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, de algemene de kaders van de Awb (met andere woorden: wel of geen bestuursorgaan) voorop staan. Eveneens met Schlössels ben ik evenwel van mening dat deze lezing genuanceerd moet worden. In het *RZG/ComforMed*-arrest ging het om een privaatrechtelijke entiteit (stichting) die, afgezien van de bekostiging door de overheid, min of meer zelfstandig en dus los van de ‘klassieke’ overheid (publiekrechtelijke rechtspersonen) fungeert. In die specifieke situatie kan ik mij voorstellen dat moet worden geoordeeld dat de privaatrechtelijke entiteit niet als overheid optreedt en in zoverre dan ook niet gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de hier afgedrukte uitspraak liggen de kaarten echter wat anders. De vennootschap wordt niet alleen gefinancierd door de gemeente, de gemeente is ook 100% aandeelhouder. Verder volgt uit de uitspraak dat de vennootschap het beleid van de gemeente met betrekking tot het aan de vennootschap behorend onroerend goed (dat nota bene om fiscale redenen door de gemeente bij haar is ondergebracht) uitvoert. In die constellatie is dus veeleer sprake van het fungeren van een privaatrechtelijke entiteit als een verlengstuk van de overheid, en niet van een min of meer zelfstandig opererende entiteit die ‘slechts’ door de overheid wordt gefinancierd. Mijns inziens laat het *RZG/ComforMed*-arrest dan ook ruimte om in dit geval de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel van toepassing te achten op het privaatrechtelijk handelen van een privaatrechtelijke entiteit. Ik vermoed dat dit ook is waar Van Ommeren in zijn noot onder het *Didam I*-arrest op doelt, waar hij schrijft dat uit het *RZG/ComforMed*-arrest niet mag worden afgeleid dat de Hoge Raad de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal blijven beperken tot bestuursorganen in de zin van de Awb. Bovendien sluit deze lezing aan bij de hierboven reeds genoemde uitspraak van de rechtbank Gelderland van 28 september 2022, waarin werd overwogen dat een publiek orgaan niet onder de beginselen van behoorlijk bestuur uit kan komen door haar publiekrechtelijke taken te laten uitvoeren door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Als zou moeten worden geoordeeld dat de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijke rechtspersonen - voor zover dit niet ook bestuursorganen (b-organen) zijn - categorisch moet worden uitgesloten, dan wordt daarmee in de hand gewerkt dat overheden overgaan tot het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen, waarin zij vervolgens hun vastgoed onderbrengen teneinde onder de als belastend ervaren *Didam*-regels uit te komen. Dat lijkt mij niet te bedoeling. De conclusie zou volgens mij dan ook moeten zijn dat in het onderhavige geval de *Didam*-regels ook voor de vennootschap (gedaagde) gelden. Daarmee is overigens nog niet gezegd dat de *Didam*-regels in dit specifieke geval van toepassing zijn. Dat heeft echter niks te maken met de aard van de verkopende partij, maar (zoals hierna zal blijken) alles met de aard van de transactie.

8.

In r.o. 4.8 en verder gaat de voorzieningenrechter ten overvloede (althans zo lijkt het, gelet op het gebruik van de woorden ‘ook nog’) in op de vraag of de *Didam*-regels ook gelden voor de *transactie* waar het in deze zaak

om gaat. De voorzieningenrechter betreft in zijn oordeel dat er niet alleen een nauwe band tussen de gemeente en de vennootschap bestaat in vennootschapsrechtelijke zin (de gemeente is 100% aandeelhouder) maar ook op het vlak van de bedrijfsvoering van de vennootschap. Ook is duidelijk geworden dat de vennootschap het door de gemeente gemaakte beleid ten aanzien van het onroerend goed uitvoert. Daaruit blijkt dus eens te meer dat de vennootschap in deze zaak in wezen niets anders is dan een uit fiscale overwegingen geboren verlengstuk van de gemeente, hetgeen m.i. juist een sterke aanwijzing is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn op het handelen van die vennootschap. Cruciaal is vervolgens r.o. 4.16. De voorzieningenrechter overweegt daar dat de transactie waar het in deze zaak om draait, afwijkt van de transactie waar het in de Didam-casus om ging en waarover de Hoge Raad zich in die zaak gebogen heeft. Kort gezegd gaat het erom dat in de Didam-zaak de gemeente onroerend goed in het kader van een gebiedsontwikkeling aan een commerciële partij heeft verkocht. In de onderhavige zaak gaat het daarentegen om de verkoop van grond door een door de gemeente zelf opgerichte vennootschap die voor 100% in handen is van de gemeente, aan diezelfde gemeente. De gemeente heeft destijds - zo lees ik in de uitspraak - (het beheer van) de gronden op afstand van de politiek willen zetten (dat lijkt mij iets anders dan de fiscale redenen waar eerder in de uitspraak over wordt gesproken, maar dat terzijde), en heeft in dat kader de gronden bij de vennootschap ondergebracht, waarbij uitgangspunt was dat het onroerend goed als complex in stand zou blijven. De vennootschap dient met haar beheersactiviteiten het (financiële) belang van de gemeente Kampen. De vennootschap draagt thans dat complex van onroerende goederen - als geheel - weer in eigendom terug over aan de gemeente met louter fiscale motieven en met het (financiële) belang van de gemeente voor ogen. In feite is dit niets anders dan het verhangen of verschuiven van gronden 'binnen de overheid'. Dat de vennootschap geen publiekrechtelijke rechtspersoon of bestuursorgaan is doet daar m.i. niet aan af, nu de vennootschap overduidelijk is opgericht door de gemeente om een publiek belang te dienen en dus als verlengstuk van de gemeente te fungeren. Er is in dit geval geen sprake van een 'traditionele' Didam-transactie waarbij overheidsvastgoed wordt uitgegeven aan commerciële partijen of anderszins aan derden. Er wordt dan dus ook geen markt verstoord. Deze specifieke aard van de transactie maakt volgens mij dat de Didam-regels daarop niet van toepassing zijn.

9.

Interessant is tot slot de vraag hoe deze conclusie zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest (HR 15 november 2021, ECLI:NL:HR:2024:1661), waarin de Hoge Raad geen ruimte lijkt te bieden voor een beperking van het toepassingsbereik van de Didam-regels. A-G Sniijders heeft in zijn conclusie in die zaak (parket HR 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567) gepleit voor een minder absolute mededingingsnorm die inhoudt dat als er een - in de woorden van Sniijders - goede reden bestaat om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan, er geen mededingingsruimte hoeft te worden geboden. In dat geval doet de reden voor het bieden van mededingingsruimte - het tegengaan van favoritisme en willekeur - zich immers niet voor. Ook in de hier afgedrukte uitspraak lijkt zich zo'n 'goede reden' voor te doen. De Hoge Raad beperkt zich in het *Didam II*-arrest echter tot een oordeel over de specifieke casus die in die zaak voorlag, en gaat aldus voorbij aan de door Sniijders bepleite beperking van de reikwijdte van de Didam-regels (zie daarover uitvoeriger G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Drie jaar Didam-regels: het Didam II-arrest als nieuw baken?', *BR* 2025/2). Onduidelijk blijft daardoor of de aard van een transactie, zoals die bijvoorbeeld voorligt in de hier opgenomen uitspraak, inderdaad met zich kan brengen dat de Didam-regels daarop niet van toepassing zijn omdat die aard een 'goede reden' vormt om geen mededingingsruimte te hoeven bieden. Het laatste woord hierover is dus nog niet gezegd.

10.

Concluderend ben ik het eens met het eindoordeel van de voorzieningenrechter dat de Didam-regels in het onderhavige geval niet van toepassing zijn. Niet eens ben ik het echter met de redenering die aan dat oordeel ten grondslag ligt. Ik zou menen dat niet de aard van de verkopende partij tot dat oordeel leidt, maar de aard van de transactie. Immers, als deze vennootschap voornemens zou zijn de gronden te verkopen aan een derde (zoals bijvoorbeeld eisers die over een titel beschikken op grond waarvan zij de gronden kunnen

gebruiken), dan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur m.i. wel degelijk van toepassing. Zo beschouwd zijn de overwegingen die ogenschijnlijk ten overvloede zijn bedoeld - en in het bijzonder r.o. 4.16 - bij nader inzien de dragende overwegingen van deze uitspraak. Het wachten is nu op een uitspraak van een hogere rechter (liefst de Hoge Raad) die deze lezing bevestigt of ontkracht om zo meer duidelijkheid te krijgen over het toepassingsbereik van de Didam-regels op transacties waarbij overheidsvennootschappen betrokken zijn. Wordt dus ongetwijfeld vervolgd.

Voetnoten

[*] J. Wieland is advocaat bij Stijl Advocaten te Amsterdam.