

Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?

BR 2022/84

1. Inleiding

Het *Didam*-arrest² heeft tot veel beroering geleid in vastgoedland. Het maakt namelijk een einde aan een jarenlang bestaande praktijk, waarin overheden onroerende zaken dikwijls één-op-één verkochten aan marktpartijen. De Hoge Raad oordeelt in het arrest dat een overheidslichaam bij verkoop van een hem toebehorende onroerende zaak gehouden is gelijke kansen te bieden zodra redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. De Hoge Raad baseert deze regel op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Op grond van artikel 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, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten die beginselen, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden een overheidslichaam een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit.

Er is inmiddels een groot aantal artikelen, blogs en andere commentaren over het *Didam*-arrest verschenen. Dat alleen al onderstreept het belang van het arrest. Maar hoe belangwekkend ook, feit is ook dat het arrest veel – niet in de laatste plaats voor de praktijk relevante – vragen onbeantwoord laat. Veel van die vragen en aandachtspunten werden reeds benoemd in blogs en *factsheets* kort na het verschijnen van het arrest. Logischerwijs werden daarbij flink wat slagen om de arm gehouden. De rechtspraak in de komende jaren zal moeten uitwijzen wat de precieze reikwijdte van het *Didam*-arrest is, hoe overheidslichamen uitvoering moeten geven aan de in het *Didam*-arrest geformuleerde plicht om mededingingsruimte te creëren en wat de consequenties zijn van het veronachtzamen van die plicht. Inmiddels zijn we (bijna)³ een jaar verder. In elf maanden tijd zijn er 31⁴ uitspraken door vooral civiele kortgedingrechtters gegeven. Hoewel het nog te vroeg is om aan de hand daarvan definitieve antwoorden te geven op de hiervoor geformuleerde vragen, is dit wel een mooi moment om een balans op te maken. Welke kant lijkt het op te gaan met de

Didam-jurisprudentie? Is het *Didam*-arrest werkelijk de *gamechanger* waarmee het arrest direct na het verschijnen daarvan werd vergeleken, of is het niet meer dan een storm in een glas water? Ter beantwoording van deze vraag zullen wij een aantal meest in het oog springende en voor de praktijk relevante elementen uit het *Didam*-arrest bespreken aan de hand van de rechtspraak tot op heden.⁵

2. Het fundament van het *Didam*-arrest

Hoewel het *Didam*-arrest in de literatuur is bestempeld als een *gamechanger*, komt het arrest niet geheel onverwacht. In de literatuur werd zo'n tien jaar geleden al gepleit voor het op basis van het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel aannemen van een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij de uitgifte van grond.⁶ Bovendien speelt de discussie over het bieden van gelijke kansen bij de verdeling van schaarse rechten ook al een jaar of tien in het bestuursrecht, met als belangrijkste uitspraak die over de verlening van een schaarse speelautomatenvergunning voor een speelautomatenhal in Vlaardingen.⁷ De Afdeling oordeelde in die uitspraak dat bestuursorganen op grond van het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – bij de verdeling van schaarse vergunningen mededingingsruimte moeten bieden. Deze norm heeft zich in de loop der jaren uitgebreid naar andere schaarse *publieke* rechten, zoals onderwijsbekostiging⁸ en subsidies.⁹ Al enige tijd hing de vraag boven de markt of de civiele rechter de bestuursrechter zou volgen en zou oordelen dat ook bij de verdeling van schaarse *private* rechten mededingingsruimte moet worden geboden. Het hof wilde in de *Didam*-zaak nog niet zo ver gaan en oordeelde dat “*een dergelijke ‘mededingingsnorm bij schaarse vergunningen’ (...) (nog) niet van toepassing [is] op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context*”.¹⁰ Ook de procureur-generaal nam in zijn conclusie geen verplichting voor overheden aan om mededingingsruimte te bieden bij de verkoop van grond.¹¹ De vraag was vervolgens of de Hoge Raad die conclusie zou volgen. Een jaar geleden ging echter de kogel

1 Truke den Uyl-Slagter en Jaap Wieland zijn beiden advocaat bij Stijl Advocaten te Amsterdam.

2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

3 Dit artikel is afgerond op 27 oktober 2022. Met rechtspraak die nadien is gepubliceerd is geen rekening gehouden.

4 Wij hebben aan de hand van het ECLI-nummer van het *Didam*-arrest gezocht op rechtspraak.nl. Dat leverde op 27 oktober 2022 20 civielrechtelijke- en 11 bestuursrechtelijke uitspraken op.

5 Voor de volledigheid merken wij op dat de meeste uitspraken betrekking hebben op de situatie waarin een gemeente één-op-één contracteert met een partij die volgens haar de enige serieuze gegadigde is, maar waar de partij die de procedure aanhangig heeft gemaakt, anders over denkt. De rechtspraak heeft dus in hoofdzaak betrekking op de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering op de verplichting om mededingingsruimte te creëren.

6 P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag; IBR 2013, hoofdstuk 12. Zie recenter A.D.L. Knook, ‘Moeten overheden bij grondverkoop een aanbesteding organiseren?’, *TA* 2021/64, p. 4.

7 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

8 ABRvS 18 januari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:86 (*Tjalling Koopmans*).

9 ABRvS 11 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2310 (*Geobox*).

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

11 Parket HR 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243.

alsnog door de kerk. De Hoge Raad trekt, nadrukkelijk onder verwijzing naar de hiervoor genoemde rechtspraak van de bestuursrechter, de verplichting om mededingingsruimte te bieden door naar de verkoop van onroerende zaken door overheidslichamen. De ratio hierachter is tweeledig.¹² Het bieden van gelijke kansen zorgt er in de eerste plaats voor dat willekeur en favoritisme worden voorkomen.¹³ Daarnaast zorgt het ervoor dat de samenleving ‘het meeste waar voor zijn geld krijgt’. Daarmee wordt bedoeld dat schaarse rechten een bepaalde maatschappelijke waarde vertegenwoordigen. Door mededingingsruimte te bieden, kan worden bereikt dat er maximale waarde voor de samenleving wordt gecreëerd.

Dat het *Didam*-arrest past in de bestuursrechtelijke lijn dat bij de verdeling van schaarse rechten door de overheid mededingingsruimte moet worden geboden, neemt niet weg dat er in de literatuur ook kritische geluiden te horen zijn. Gelet op de praktische insteek van deze bijdrage gaan wij daar verder niet op in. Wij volstaan met de opmerking dat de kritiek er in de kern op neerkomt dat de introductie van de mededingingsnorm economisch gefundeerd is.¹⁴ Het marktdenken dat ten grondslag ligt aan de idee dat bij de verdeling van schaarse publieke en nu ook bij privaatrechtelijke rechten mededingingsruimte moet worden geboden, gaat ten koste van het primaat van de politiek. In de praktijk zal toepassing van de mededingingsnorm er dikwijls toe leiden dat de partij met de diepste zakken ‘wint’, terwijl overheden veel meer (algemene) belangen hebben te dienen dan alleen de (particuliere) belangen van potentiële gegadigden. Andere belanghebbenden, zoals eindgebruikers, buurtinitiatieven, maar ook de gemeente zelf, hebben daardoor dikwijls het nakijken.

3. De reikwijdte van het *Didam*-arrest

Vooral overheidslichamen, maar ook ontwikkelaars die met een idee voor een mooie ontwikkeling bij de gemeente aankloppen, ervaren het *Didam*-arrest vaak als belastend. Voor transacties die onder de reikwijdte van het arrest vallen, geldt immers dat mededingingsruimte moet worden geboden. Dit houdt in de eerste plaats in dat de in het arrest voorgeschreven procedure moet worden gevolgd. Dat maakt transacties voor de overheid bewerklijker. Problematischer vinden overheden en ontwikkelaars het dat onroerende zaken niet meer zomaar één-op-één kunnen worden gegund, terwijl daar vaak best een goede reden voor is.¹⁵ Het *Didam*-arrest beperkt dus de contractsvrijheid. Tegen deze

achtergrond is voor de praktijk misschien wel het meest relevant, de vraag naar de reikwijdte van het *Didam*-arrest. Deze vraag kan vanuit verschillende invalshoeken worden beantwoord.

3.1 Overheid als aanbiedende partij

Voorop moet worden gesteld dat het *Didam*-arrest ziet op de situatie waarin het overheidslichaam de *aanbiedende* partij is. In het *Didam*-arrest ging het om de verkoop van grond. Die situatie moet worden onderscheiden van die waarin het overheidslichaam de *vragende* partij is, zoals bijvoorbeeld bij de aankoop van grond of de aanhuur van een pand het geval is. Onduidelijk is of het *Didam*-arrest ook ziet op die situaties. Daarover heeft de civiele rechter nog geen oordeel gegeven. Wel heeft de rechter inmiddels twee keer geoordeeld over een situatie waarin sprake was van grondruil.¹⁶ Daarbij is het overheidslichaam zowel aanbiedende als vragende partij. De rechter oordeelde dat een grondruiltransactie onder de reikwijdte van het *Didam*-arrest valt. Daarmee staat volgens ons echter nog niet vast dat het *Didam*-arrest ook van toepassing is op de situatie waarin het overheidslichaam alleen vragende partij is, omdat zij grond wil kopen of een pand wil aanhuren. Uit de twee uitspraken volgt namelijk niet of juist het feit dat het overheidslichaam *tevens* aanbiedende partij is, maakt dat de transactie als geheel onder het *Didam*-arrest valt, of dat dit ook zou gelden wanneer het overheidslichaam *uitsluitend* vragende partij is. Toekomstige rechtspraak moet dit verduidelijken.

3.2 Soort transactie

Een aantal uitspraken geeft meer inzicht in het soort transacties waarop het *Didam*-arrest van toepassing is. Daarbij kan allereerst worden gekeken naar het onderwerp van de transactie. Het *Didam*-arrest had betrekking op de verkoop van *grond*. De Hoge Raad overweegt echter dat het in de *Didam*-casus gaat om een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een aan hem toebehorende *onroerende zaak* verkoopt.¹⁷ Hieruit volgt dat de in het *Didam*-arrest geformuleerde mededingingsnorm niet alleen geldt bij de verkoop van grond maar ook bij de verkoop van andere onroerende zaken, zoals gebouwen.

Interessanter is de vraag welke rechtsfiguren onder de reikwijdte van het arrest vallen. Algemeen wordt aangenomen dat de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte niet beperkt is tot gevallen waarin sprake is van eigendomsoverdracht.¹⁸ Dat is ook niet zo gek wanneer wij kijken naar de ratio van de mededingingsnorm.¹⁹ Ook bij het verlenen van zakelijke of persoonlijke (gebruiks) rechten geldt immers dat willekeur moet worden voorkomen en dat maximale waarde voor de samenleving moet

12 Zie daarover C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren en W.H. van Boom, ‘De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen’, *NJB* 2022/746, par. 2.3, p. 892.

13 Deze ratio is terug te vinden in de uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten van 28 januari 2022 (ECLI:NL:OGAM:2022:7, waar het Gerecht onder meer overweegt “Burgers van Sint Maarten moet gelijke kansen worden geboden om een erfpachtrecht te verwerven en dat mag niet afhankelijk zijn van de toevallige omstandigheid wie op enig moment het ambt van minister van VROMI van het Land vervult” (r.o. 4.27)).

14 T.H.G. Robbe, ‘Van Swiss Leisure Groep via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?’, *NTB* 2022/183, en G. Boogaard, ‘Diepste zakken eerst, zegt de rechter’, *Binnenlands Bestuur*, week 49, 2021, p. 9.

15 Dat is ook een van de punten van kritiek op het *Didam*-arrest. Zie paragraaf 2.

16 Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962 en Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584.

17 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.2.

18 C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren en W.H. van Boom, ‘De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen’, *NJB* 2022/746, par. 3.1, p. 892.

19 Zie paragraaf 2.

worden gecreëerd. Inmiddels volgt uit de rechtspraak dat het *Didam*-arrest ook van toepassing is op de uitgifte van gronden in erfpacht²⁰ en op grondruiltransacties.²¹ De vraag of het *Didam*-arrest ook van toepassing is op de verlenging van huurovereenkomsten heeft de rechter vooralsnog in het midden gelaten.²²

3.3 Aard van de verkopende partij

Een ander aspect waar wij in onze praktijk tegenaan lopen, is de vraag of het *Didam*-arrest alleen van toepassing is op privaatrechtelijke transacties waarbij een overheidslichaam is betrokken, of ook op de verkoop of uitgifte in (onder)erfpacht van onroerende zaken door overheidsvennootschappen, zoals NS, Schiphol, Tennet en havenbedrijven. In het *Didam*-arrest bepaalt de Hoge Raad dat *overheidslichamen* mededingingsruimte moeten bieden bij de verkoop van onroerende zaken. Daarbij gaat de Hoge Raad verder niet in op de vraag wat onder een overheidslichaam moet worden verstaan.²³ In de literatuur is betoogd dat het arrest naar de letter alleen van toepassing is op overheidslichamen die gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁴ 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, baseert op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (gelijkheidsbeginsel). Daar komt bij dat de Hoge Raad in het arrest *RZG/Conformed*²⁵ de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gekoppeld aan de definitie van bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 Awb. Naar de huidige stand van de rechtspraak moet dan ook worden geconcludeerd dat overheidsvennootschappen niet onder de definitie van overheidslichamen vallen en de mededingingsnorm uit het *Didam*-arrest derhalve (vooralnog) niet van toepassing is op de verkoop of uitgifte in erfpacht van onroerende zaken door overheidsvennootschappen. In de literatuur wordt er echter op gewezen dat uit het arrest *RZG/Conformed* 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.²⁶ Het is goed denkbaar dat de Hoge Raad op enig moment zal oordelen dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden bij de verkoop van onroerende zaken ook geldt voor aanbestedende diensten. Dan geldt de norm dus ook voor overheidsvennootschappen. Wij wijzen in dit

verband op een uitspraak van de Rechtbank Gelderland, die weliswaar niet zag op een vastgoedtransactie, maar waarin de rechtbank oordeelde 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”.²⁷ Wij begrijpen dat de verkoop van een onroerende zaak bezwaarlijk als een ‘publiekrechtelijke taak’ kan worden aangemerkt. Niettemin lijkt ons dit een opmaat naar het oordeel dat overheidslichamen niet onder de beginselen van behoorlijk bestuur uit kunnen komen door hun vastgoedtransacties te laten uitvoeren door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Laat dit een waarschuwing zijn voor overheidsvennootschappen die onroerende zaken willen verkopen: overweeg zekerheids-halve nu reeds mededingingsruimte te bieden.

3.4 Temporele werking van het *Didam*-arrest

Een belangrijke vraag voor de praktijk is of de reikwijdte van het *Didam*-arrest zich in tijd ook uitstrekt over in het verleden (vóór het wijzen van het *Didam*-arrest) gesloten koopovereenkomsten. Zeker in het eerste jaar na het *Didam*-arrest doet zich immers regelmatig de situatie voor dat er een koopovereenkomst ligt die is gesloten (ver) vóór het *Didam*-arrest, maar waarin de gronden nog niet geleverd zijn. De vraag is dan of het voornemen tot levering van die grond alsnog gepubliceerd moet worden en, in het geval er nog geen mededingingsruimte is geboden bij het aangaan van de koopovereenkomst, of die ruimte alsnog moet worden geboden. Het antwoord op die vraag kwam al vrij snel van de Rechtbank Midden-Nederland, in een zaak over de verkoop van grond door de gemeente Nieuwegein aan Shell.²⁸ De verkoop had ruim voor het *Didam*-arrest plaatsgevonden, maar de levering moest nog plaatsvinden. De rechtbank oordeelde dat de invulling van de Hoge Raad in het *Didam*-arrest aan het gelijkheidsbeginsel niet kan worden gezien als nieuwe regelgeving. Ook vóór het *Didam*-arrest was het hanteren van duidelijke criteria en transparant handelen bij de verkoop van schaarse onroerende zaken al essentieel. Dit betekent dat de gemeente ook destijds aan potentiële gegadigden al gelijke kansen had moeten bieden om mee te dingen.²⁹ Concreet betekent dit dat als er in het verleden al een koopovereenkomst is gesloten, maar daaraan nog geen uitvoering is gegeven, alsnog de in het *Didam*-arrest voorgeschreven procedure moet worden gevolgd. Dat betekent dat alsnog moet worden gepubliceerd, waarbij vooraf selectiecriteria worden geformuleerd en gehanteerd.³⁰ De rechtbank accepteert niet dat pas in de kort geding-procedure ter voorkoming van levering van de grond aan de aanvankelijk geselecteerde koper selectiecriteria worden geformuleerd. Wel wordt de gemeente in de gelegenheid gesteld om alsnog het juiste traject te volgen.³¹

20 Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7. Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332 en Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887.

21 Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962 en Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584.

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

23 Daarvoor was in het arrest ook geen aanleiding, nu het ging om de verkoop van grond door een gemeente.

24 Zie de noot van F.J. van Ommeren bij het *Didam*-arrest, AB 2022/11 en <http://www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/public-law/faq-gevolgen-van-het-didam-arrest-voor-de-verkoop-van-onroerende-zaken-door-overheden/>, HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

26 Zie de noot van F.J. van Ommeren bij het *Didam*-arrest, AB 2022/11 en 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.

27 Rb. Gelderland 28 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5510, r.o. 4.8.

28 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

29 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.33.

30 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.39.

31 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.43.

Interessant zijn twee latere uitspraken, waarin ook voorafgaand aan het *Didam*-arrest was besloten om één-op-één een transactie aan te gaan met een marktpartij, omdat die partij – volgens de gemeente – de enige serieuze gegadigde was. Door derden werd een verbod op het geven van uitvoering aan de overeenkomsten gevorderd wegens strijd met het *Didam*-arrest. In beide zaken oordeelde de rechtbank dat de gemeente redelijkerwijs mocht oordelen dat de desbetreffende marktpartij de enige serieuze gegadigde was. Probleem was echter dat ook in deze zaken geen publicatie van het voornemen tot het aangaan van de koopovereenkomst c.q. verlengen van de huurovereenkomst had plaatsgevonden. De rechtbank wierp dat de gemeenten echter niet tegen, omdat het om een concrete uitwerking van het *Didam*-arrest ging waarmee de gemeenten ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geen rekening konden houden. Dat geen publicatie had plaatsgevonden werd door de rechtbank daarom niet fataal geacht.³² Ook laat de rechter soms meewegen dat een contractspartij en de gemeente in het verleden te goeder trouw met elkaar hebben gecontracteerd.³³ Aldus is het vertrouwen gewekt dat de koopovereenkomst gestand zou worden gedaan. Er ontstaat dan een conflict tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel en anderzijds het vertrouwensbeginsel, waartussen de gemeente aan de hand van de omstandigheden van het geval een keuze moet maken die in het voordeel van de contractspartij kan uitvallen. Wel moet uiteraard de voorgenomen levering ter uitvoering van de eerdere koopovereenkomst nog worden gepubliceerd.³⁴

3.5 Omslagpunt

Tot slot van deze paragraaf, een voor de praktijk zeer belangrijke vraag, die in de rechtspraak pas één keer aan de orde is geweest. De verkoop van onroerende zaken door een overheidslichaam aan een marktpartij is vaak een uitvloeisel van een langdurig proces waarbij het overheidslichaam een bepaald perceel of gebied wil (her)ontwikkelen en een marktpartij met een mooi plan komt, waarna een proces van aftasten begint, uiteindelijk uitmondend in de verkoop van de onroerende zaak aan een marktpartij. Ergens in dit proces dat loopt van 'aan elkaar snuffelen', via een intentieverklaring tot de uiteindelijke verkoop van de onroerende zaak wordt het *Didam*-arrest van toepassing. Voor overheden is het van groot belang om zich daarvan bewust te zijn, want dat betekent dat op een gegeven moment allerlei spelregels in acht moeten worden genomen. Laat het overheidslichaam

dat na, dan loopt zij het risico dat de koop nietig of vernietigbaar is, dan wel dat zij schadeplichtig wordt.³⁵ Het is moeilijk in te schatten waar precies het omslagpunt ligt. Overheid en marktpartijen moeten volgens ons aan elkaar kunnen snuffelen, al was het maar om scherp te krijgen wat precies de wensen van de overheid zijn en wat de markt kan bieden. Overheden doen er echter goed aan om, zodra zij in gesprek raken met een marktpartij er op te wijzen dat zij – in beginsel – gehouden zijn mededingingsruimte te bieden en dat zij in elk geval transparant zullen moeten zijn over de voorgenomen transactie.³⁶ Voorkomen dient te worden dat een verkennend gesprek onttaardt in een selectieprocedure of zelfs een één-op-één gunning, waarbij de selectiecriteria als toegeschreven moeten worden beschouwd naar de partij waar de overheid als eerste mee in gesprek was.³⁷

4. De selectie van een contractspartij

4.1 Selectiecriteria

In het *Didam*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, ten einde aan (potentiële) gegadigden ruimte te bieden om mee te dingen naar een onroerende zaak, het overheidslichaam – met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte – criteria zal moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Onze ervaring is dat hier een grote uitdaging zit voor overheidslichamen. Voorkomen moet immers worden dat de criteria naar een bepaalde gegadigde worden 'toegeschreven'.

Over de vraag wat in algemene zin geschikte selectiecriteria zijn, is nog weinig concrete rechtspraak. De meeste rechtspraak ziet immers op de vraag welke criteria voldoende zijn om een partij als enige serieuze gegadigde aan te wijzen.³⁸ Wij volstaan hier daarom met een zeer beknopte schets van criteria die wel of niet bruikbaar zijn. Belangrijk om daarbij voorop te stellen, is dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat overheidslichamen daarbij beleidsruimte toekomt. Inherent aan de beleidsruimte die overheden hebben, is dat bij het opstellen van de selectiecriteria een zekere mate van sturing mogelijk is. Het planologisch beleid van de gemeente, zoals bijvoorbeeld volgt uit het bestemmingsplan of (voor) ontwerp bestemmingsplan, zal daarbij zeker een rol kunnen spelen.

Het ligt voor de hand om bij het formuleren van selectiecriteria aansluiting te zoeken bij het aanbestedingsrecht,

32 Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.11 en Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.5.

33 Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.7.

34 Deze handelwijze is bijvoorbeeld gevolgd in Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333. Voor de volledigheid merken wij op dat notarissen op grond van hun zorg- en onderzoeksplicht verplicht zijn om in het kader van vastgoedtransacties waarbij overheidslichamen betrokken zijn, te onderzoeken of de in het *Didam*-arrest voorgeschreven procedure is gevolgd bij het selecteren van een marktpartij dan wel de levering aan die marktpartij. Als de notaris daarover gereede twijfel heeft, dan kan hij in het uiterste geval zijn ministerie weigeren. De transactie gaat dan dus niet door. De notaris vervult aldus een belangrijke poortwachtersfunctie. Zie daarover uitgebreider de noot van V.J.N. van Oijen en J. Wieland onder het *Didam*-arrest in *RN* 2022/36.

35 Zie over de gevolgen van het niet volgen van de in het *Didam*-arrest voorgeschreven procedure I. Haverkate en D.W.N. Brand, 'Het *Didam*-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, paragraaf 6.

36 Wij denken dat het goed is dat het overheidslichaam partijen waarmee zij in onderhandeling is er steeds op wijst dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst en het verrichten van (rechts)handelingen ter uitvoering daarvan niet handelen in strijd met het *Didam*-arrest en dat dit in ieder geval betekent dat de voorgenomen transactie zal worden gepubliceerd zodat derden de mogelijkheid wordt geboden om daarvan kennis te nemen. Ook doet een overheidslichaam er verstandig aan om op voorhand aansprakelijkheid uit te sluiten voor schade die het gevolg is van het afbreken van de onderhandelingen omdat zich een serieuze andere gegadigde meldt.

37 Dit was het geval in Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6-4.8, en werd door de rechter terecht afgeschaft.

38 Zie daarover de volgende paragraaf.

waar immers ook het gelijkheidsbeginsel als één van de basisbeginselen geldt, naast non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. De in een aanbestedingsprocedure gekozen selectiecriteria moeten eveneens objectief zijn, maar ook eenduidig, transparant en proportioneel. In lijn met het aanbestedingsrecht kunnen bij een potentiële verkoop van grond uitsluitingsgronden worden geformuleerd op basis waarvan deelname aan de selectieprocedure bij voorbaat wordt uitgesloten. Ook kan met aan deelnemers te stellen geschiktheidseisen worden gewerkt. Onzes inziens zullen criteria die doorgaans de toets der kritiek in het aanbestedingsrecht doorstaan, ook bij een selectieprocedure voor verkoop van gronden al snel als voldoende objectief, redelijk en toetsbaar worden aangemerkt. Vaak zullen de criteria ook verband houden met, alsook een plek krijgen in de koopovereenkomst die het overheidslichaam wenst aan te gaan. Denk daarbij aan afspraken over de bestemming en bebouwing van de te verkopen gronden. Overheidslichamen dienen er in dat verband wel alert op te zijn dat zij daarmee niet een overheidsopdracht formuleren die op grond van de Aanbestedingswet moet worden aanbesteed. Waar zal dit in de praktijk toe leiden: welke criteria kunnen wel en welke niet?

Criteria die wel objectief, toetsbaar en redelijk lijken te zijn, zijn de prijs die een koper bereid is te betalen voor de onroerende zaak (selecteren op hoogste bod) en de solvabiliteit en ervarenheid van een koper. Ook de (ruimtelijke) kwaliteit van het te realiseren plan en de aard van de ontwikkeling (bijvoorbeeld sociale huur) lijken criteria die zouden kunnen worden toegepast. Dit zijn bij uitstek criteria ten aanzien waarvan de overheid aanzienlijke beleidsruimte heeft. Uit de rechtspraak volgt echter dat ook andere publieke belangen bij het formuleren van selectiecriteria een rol kunnen spelen. Zo kunnen bij gronduitgifte bijvoorbeeld de stabiliteit op het gebied van de werkgelegenheid en de aantrekkelijkheid voor andere bedrijven een rol spelen.³⁹ Ingewikkelder wordt het wanneer een overheidslichaam door middel van het toepassen van selectiecriteria aanvullende c.q. strengere eisen gaat stellen dan de eisen die worden gesteld op grond van het toepasselijke publiek recht. De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen wordt immers begrensd door de in de rechtspraak ontwikkelde doorkruisingsleer. Een uitwerking hiervan staat in artikel 122 Woningwet. Dit artikel staat er aan in de weg dat gemeenten langs privaatrechtelijke weg strengere eisen stellen. Evident is dat criteria die een ongerechtvaardigd onderscheid maken (discrimineren) niet zijn toegestaan. Een criterium dat kopers met een bepaalde nationaliteit of herkomst uitsluit of juist bevoordeelt, is dus in elk geval niet toegestaan.

4.2 Selectieprocedure

De Hoge Raad zegt in het arrest niets over de toe te passen selectieprocedure. Verschillende procedures zijn voorstelbaar. Het meest voor de hand ligt een procedure met een vergelijkende toets, waarbij wordt geselecteerd op de

hoogte van het bod, eventueel in combinatie met de kwaliteit van het ingediende plan. Andere procedures zijn echter ook denkbaar. Zo kan bijvoorbeeld worden gekozen voor een systeem van selecteren op volgorde van binnenkomst (*first-come-first-served*) of loting. Deze laatste procedures worden geregeld toegepast bij de verdeling van schaarse vergunningen. Bij de verkoop van onroerende zaken liggen deze procedures minder voor de hand, omdat deze een verhoogd risico in zich dragen dat staatssteun wordt verleend. Bij deze verdeelprocedures speelt de hoogte van het bod immers geen rol, zodat de onroerende zaak mogelijk wordt verkocht voor een niet-marktconforme prijs. Dit betekent dat wanneer het gaat om de uitgifte van een perceel aan een onderneming⁴⁰ bij het selecteren van een partij op basis van volgorde van binnenkomst of loting het altijd nodig is dat tevens, bijvoorbeeld met een taxatie, wordt aangetoond dat de koopprijs marktconform is, althans geen staatssteun oplevert.

Bij de verkoop van percelen – bijvoorbeeld woningbouwlocaties – aan particulieren, ligt loten of verdeling op basis van volgorde van binnenkomst meer voor de hand. In een uitspraak van de Rechtbank Limburg⁴¹ ging het om het verloten van 20 kavels voor woningbouw. In deze procedure werd onder meer betoogd dat de loting niet eerlijk was verlopen, omdat er geen standaard enveloppen werden gebruikt voor de inschrijfformulieren, maar elke inschrijver een eigen envelop diende te gebruiken.⁴² Dat resulteerde erin dat enveloppen van verschillende maat, vorm en kleur werden gebruikt en dat sommige enveloppen beschreven waren. Naar het oordeel van de rechtbank is niet komen vast te staan dat dit tot ongelijke kansen heeft geleid. Dat neemt niet weg dat overheidslichamen er in het geval van een loting verstandig aan doen om te werken met antwoordenvoloppen, zodat dit soort discussies worden vermeden.

Ook in een uitspraak van de Rechtbank Gelderland ging het om de toewijzing van woningbouwpercelen aan particulieren.⁴³ In eerste instantie was gekozen voor het selecteren van aanvragen op volgorde van binnenkomst. De rechtbank acht deze verdelingsmethode *'objectief en dus toetsbaar'*.⁴⁴ Wat opvalt is dat de rechtbank niet als eis noemt dat vooraf kenbaar moet zijn gemaakt dat die procedure wordt gevolgd. In de uitspraak van de Afdeling over de Speelautomatenhal Vlaardingen,⁴⁵ waarnaar de rechtbank hier verwijst, overweegt de Afdeling dat het hantieren van maatstaf die uitgaat van de volgorde van binnenkomst van aanvragen is toegestaan, *mits de potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen wedijveren om het schaarse publieke recht*. In dat kader oordeelt de Afdeling dat *"het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot (...), de verdelingsprocedure,*

39 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971.

40 Een van de staatssteuncriteria van artikel 107 lid 1 VWEU is dat sprake moet zijn van steun aan een onderneming. Als de steun aan een particulier wordt verstrekt, is geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU.

41 Rb. Limburg 28 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6104.

42 Rb. Limburg 28 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6104, r.o. 4.6 en 4.7.

43 Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.

44 Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, r.o. 5.6.

45 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 9 en 12. Zie overigens ook het Didam-arrest zelf in r.o. 3.1.5.

(...). *Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.* Kortom, het hanteren van de volgorde van binnenkomst als maatstaf is toegestaan, mits dat tijdig voorafgaand aan de start van de verdelingsprocedure duidelijk wordt gemaakt.

5. Uitzondering op de hoofdregel

Blijkens de rechtspraak is voor de praktijk zeer relevant de uitzondering op de hoofdregel die de Hoge Raad in het arrest formuleert. Volgens de Hoge Raad hoeft de mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure 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 verkoop. Ook bij het formuleren van deze criteria moet het overheidslichaam geacht worden beleidsruimte te hebben.⁴⁶

5.1 Een relatieve benadering

De eerste vraag is wanneer er maar één serieuze gegadigde is. Is dat als er (in het geheel) geen andere gegadigden zijn (in absolute zin), of is het voldoende als er wellicht andere gegadigden zijn, maar er – gelet op de objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria die het overheidslichaam heeft vastgesteld – maar één serieuze gegadigde is die in aanmerking komt voor de aankoop van de onroerende zaak.⁴⁷ De andere potentiële gegadigden zijn dan dus feitelijk ongeschikte potentiële gegadigden. Strikt genomen, is die ene serieuze gegadigde dan een ongelijk geval. En dan geldt dat je ongelijke gevallen niet gelijk hoeft te behandelen. Uit de rechtspraak lijkt inmiddels te volgen dat het *Didam*-arrest in laatstebedoelde zin moet worden begrepen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op een uitspraak waarin het ging om de verkoop van een woningbouwlocatie aan een ontwikkelaar.⁴⁸ De gemeente achtte die ontwikkelaar de enige serieuze gegadigde. Een omwonende vorderde in kort geding een verbod tot levering van het perceel, omdat volgens hem geen mededingingsruimte was geboden. De rechter oordeelde dat eiser zelf geen serieuze gegadigde was, omdat uit niets bleek dat hij zelf intenties had om de woningbouwlocatie te ontwikkelen. De vordering werd daarom afgewezen. Strikt genomen wordt dan dus niet meer toegekomen aan de vraag of de contractspartij wel de enige serieuze gegadigde is. Hier is aldus iets van een relativiteitsgedachte terug te vinden.

5.2 Relevante argumenten

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van slechts één serieuze gegadigde kunnen verschillende aspecten een

rol spelen. In de rechtspraak tekenen zich inmiddels de eerste contouren af van de relevante argumenten. Zonder volledig te willen zijn, zullen wij hier een aantal van die argumenten bespreken. Belangrijk daarbij is dat het steeds om een optelsombenadering gaat, waarbij meerdere argumenten bij elkaar opgeteld (al dan niet) voldoende worden geacht om aan te nemen dat er slechts één serieuze gegadigde is voor een bepaalde transactie.

5.2.1 Vervulling van een wettelijke of publieke taak

Een eerste en meteen ook zwaarwegend aspect dat een rol kan spelen bij de beoordeling of sprake is van slechts één serieuze gegadigde, is of de gegadigde het perceel nodig heeft voor de uitoefening van een (exclusieve) wettelijke taak. Een goed voorbeeld daarvan biedt een uitspraak over de uitgifte van een perceel grond door de gemeente Gooise Meren aan ProRail.⁴⁹ ProRail vroeg de gemeente haar de grond te verkopen ten behoeve van het uitvoeren van noodzakelijk onderhoud aan en renovatie van de elektriciteitsvoorziening van het spoorweginfrastructuur, in welk verband een schakelstation moest worden vervangen door een onderstation. De rechtbank oordeelde dat voor de verwezenlijking van dit doel slecht één serieuze gegadigde bestaat, aangezien gelet op de geldende regelgeving niemand anders dit mag.⁵⁰

Het argument van de wettelijke taak is ook terug te vinden in de zaken die gingen over grondtransacties met woningcorporaties.⁵¹ In die zaken werden woningcorporaties als enige serieuze gegadigde voor de uitgifte van bepaalde gronden aangemerkt. Daarbij werd in aanmerking genomen dat gemeenten over beleidsruimte (woonbeleid) beschikken, op grond waarvan zij een voorkeur kunnen uitspreken voor de ontwikkeling van sociale woningbouw op een bepaald perceel. Daarnaast werd van belang geacht dat gemeenten op grond van de artikelen 43 en 44 Woningwet zogenoemde prestatieafspraken maken met woningcorporaties over de uitvoering van de woonvisie en door de corporaties in dit kader uit te voeren werkzaamheden. Deze afspraken zien onder meer op de realisatie van sociale huurwoningen. Tot slot is van belang geacht dat woningcorporaties op grond van de Woningwet het doel hebben om uitsluitend op het gebied en in het belang van de volkshuisvesting werkzaam te zijn. De slotsom is dat de verkoop van het perceel aan de corporatie bijdraagt aan de verwezenlijking van de prestatieafspraken en de uitvoering van haar wettelijke taak en de behartiging van publieke belangen.

Tot slot is ook in de uitspraken over grondruiltransacties het argument van de wettelijke taak terug te vinden.⁵² In die zaken gaat het echter om een spiegelbeeldige situatie, waarin niet de marktpartij een perceel nodig heeft voor de uitoefening van een aan hem opgedragen wettelijke taak, maar de gemeente de gronden die zij bij de ruiltransactie verwerft,

46 Dit staat niet met zoveel woorden in het *Didam*-arrest, maar dat lijkt ons een ommissie. Zie ook Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887.

47 Hebben zich meer gegadigden gemeld die aan de gestelde selectiecriteria voldoen, dan is logischerwijs reeds daarom uitgesloten dat sprake is van één serieuze gegadigde. Dit volgt ook uit Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618, r.o. 4.8.

48 Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

49 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743.

50 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743, r.o. 4.17.

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

52 Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962 en Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584.

specifiek of dringend nodig heeft met het oog op de vervulling van een exclusief door haar te vervullen publieke taak. Is dat het geval, dan moet de rechthebbende op die grond als enige serieuze gegadigde voor het door de gemeente in ruil daarvoor te vergeven perceel worden aangemerkt. Is dat niet het geval, dan betekent dat niet zonder meer dat er niet slechts één serieuze gegadigde is voor de transactie. In dat geval zullen andere criteria een rol moeten spelen, zoals het belang van de grondruil ter voorkoming van onteigening, de ligging van het uit te geven perceel ten opzichte van het te verwerven perceel en de door middel van ruil te compenseren oppervlakte van het perceel.⁵³

5.2.2 Integraliteit en bestaande grondpositie

Een tweede aspect dat een rol kan spelen is de integraliteit van het te ontwikkelen plan in combinatie met een bepaalde positie in het plangebied. Dit aspect kwam duidelijk aan de orde in een zaak die ging over de herontwikkeling van de Rijnhaven in Rotterdam tot een woongebied. Als onderdeel van die herontwikkeling zou de zich in de Rijnhaven op gemeentelijke erfpachtgronden bevindende Codrico-fabriek moeten worden verplaatst.⁵⁴ De rechtbank stelde voorop dat de gemeente bij dergelijke ontwikkelingen een aanzienlijke beleidsruimte heeft. Het beleidsdoel van de gemeente was een integrale gebiedsontwikkeling voor de Rijnhaven tot aantrekkelijk hoogstedelijk woongebied, waarbij de Codrico-fabriek naar elders in de gemeente wordt verplaatst en waarbij op korte termijn woningbouw wordt gerealiseerd. Dit vergt volgens de gemeente een ontwikkelende partij die (1) bereid en in staat is om alle delen van de integrale gebiedsontwikkeling voor eigen risico te ontwikkelen, (2) bereid en in staat is om de Codrico-fabriek te verplaatsen en (3) beschikt over ontwikkelkracht en technische en financiële bekwaamheid. Volgens de gemeente kwam in het licht van deze criteria maar één partij in aanmerking, en wel de partij die al afspraken had met de zittende erfpachter (Codrico). Als gevolg van die bestaande positie waren ingewikkelde juridische procedures over uitkoop, grondruil, onteigening⁵⁵ of beëindiging van de erfpacht niet nodig en was de desbetreffende partij in staat het project sneller en eenvoudiger te realiseren dan anderen. Uit deze uitspraak volgt bovendien dat de integraliteit van het door de verwervende partij voorgestelde plan in combinatie met de beleidsmatige wens van de gemeente dat het gebied integraal wordt ontwikkeld een rol kan spelen bij de beoordeling dat die partij de enige serieuze gegadigde is. In de praktijk zien wij dat ook een rol kan spelen dat een ontwikkelaar al een sterke grondpositie heeft in een bepaald gebied en nog slechts een klein restperceel nodig heeft om zijn plan te ontwikkelen. Vaak gaat het daarbij om percelen die gelet op hun ligging niet door anderen zelfstandig te ontwikkelen zijn.

53 Het voorkomen van onteigening speelde ook een rol in Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584, r.o. 5.12.

54 Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887. Deze uitspraak laat ook goed zien dat het om een optelsom van aspecten gaat die maken dat er slechts één serieuze gegadigde is.

55 Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584, r.o. 5.12 tot en met 5.14.

5.2.3 Samengang met andere afspraken

Een aspect dat nauw samenhangt met het hiervoor besproken aspect betreft bestaande afspraken, als gevolg waarvan een gemeente niet meer om een bepaalde partij heen kan. In de hiervoor besproken Codrico-zaak ging het om afspraken met de zittende erfpachter, als gevolg waarvan de geselecteerde partij de enige was die zonder ingewikkelde juridische procedures en sneller en eenvoudiger dan andere partijen het plan kon realiseren. Bestaande afspraken komen echter ook in andere zaken terug. Zo kunnen prestatieafspraken met woningcorporaties er (mede) toe leiden dat de desbetreffende corporatie de enige serieuze gegadigde is om voor de uit te geven grond in aanmerking te komen.⁵⁶ Ook afspraken tussen woningcorporaties onderling, waarbij de woningbouwlocaties binnen het gebied waarbinnen zij allen actief zijn worden verdeeld, spelen een rol.⁵⁷ Voorts kunnen andersoortige afspraken, zoals een eerdere toezegging dat de gemeente, wanneer zij voornemens is om een bepaald perceel te verkopen, met een bepaalde partij in overleg zal treden, een rol spelen.⁵⁸ Het feit dat de gemeente eerder in overleg is geweest met een andere partij en dat overleg niet tot resultaat heeft geleid, kan er juist toe leiden dat moet worden geoordeeld dat die ander geen serieuze gegadigde (meer) is.⁵⁹ Datzelfde geldt voor de situatie waarin een partij eerder wel in onderhandeling is geweest met de gemeente, maar op enig moment is afgehaakt.⁶⁰ Die partij wordt geacht zijn recht te hebben verwerkt. Tot slot kunnen onderhandelingen die zijn gestart vóór het Didam-arrest er onder omstandigheden toe leiden dat het overheidslichaam niet meer om een bepaalde partij heen kan. Dit is het geval als de onderhandelingen zich in een dusdanig vergevorderd stadium bevinden, dat de onderhandelingspartner van het overheidslichaam er op mocht vertrouwen dat de overeenkomst daadwerkelijk tot stand zou komen.⁶¹

6. Passende mate van openbaarheid

6.1 Medium

Het gelijkheidsbeginsel brengt volgens de Hoge Raad 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

56 Rb. Midden Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, r.o. 4.12 en Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.8.

57 Rb. Midden Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, r.o. 4.14 en Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.9.

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448. Overigens betekende de toezegging niet dat het perceel ook zonder meer aan de desbetreffende partij zou worden verkocht, maar wel dat niet zonder overleg met die partij tot gunning van het perceel mocht worden overgegaan. Uit deze uitspraak volgt bovendien dat de chronologie van de gang van zaken een rol kan spelen.

59 Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962, r.o. 4.7.

60 Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163, r.o. 5.7 e.v.

61 Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBEL:2022:3065, r.o. 5.8-5.9.

duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Welk medium geschikt is om de verkoop van een onroerende zaak aan te kondigen, hangt sterk af van de te verkopen zaak. Aanneemelijk is dat voor een stukje snippergroen slechts een lokale markt bestaat. In dat geval is publiceren in een landelijk medium niet noodzakelijk, maar kan worden volstaan met een publicatie op de website van de gemeente, in een huis-aan-huisblad of het gericht aanschrijven van de direct omwonenden. Gaat het daarentegen om grotere bouwpercelen of meerdere hectaren bouwgrond, dan zal al snel naar een landelijk medium moeten worden gezocht. In de praktijk zien wij veel publicaties in het Gemeenteblad.⁶² Maar ook publicatie in de Staatscourant, in vakbladen, op de eigen website⁶³ of via een makelaar is denkbaar.

6.2 *Tijdig publiceren*

Benadrukt dient te worden dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook wanneer een overheidslichaam meent gebruik te mogen maken van de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering – en dus geen selectieprocedure toepast – het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop wel altijd tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend moet maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Het doel van deze publicatie is om gegadigden die achter het net hebben gevist, de gelegenheid te bieden alsnog hun hand op te steken (rechtsbescherming). Hoewel dat niet met zoveel woorden in het arrest van de Hoge Raad staat, volgt uit het gebruik van het woordje ‘tijdig’ dat andere potentiële gegadigden voldoende tijd (*standstill*-termijn) moeten krijgen om rechtsmiddelen aan te wenden. Hoewel de rechter zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag hoe lang de *standstill*-termijn minimaal moet zijn, wordt meestal een termijn van 20 dagen⁶⁴ gehanteerd. In de praktijk zien wij echter ook termijnen van 30 dagen.⁶⁵

6.3 *Gebrekkige publicatie*

Voor de praktijk van belang is de vraag wat de consequentie is van een publicatie die ontbreekt dan wel onder de maat is. In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 18 maart 2022⁶⁶ ging het om de levering van een perceel waarbij het voornemen tot levering in het geheel niet gepubliceerd was. De rechtbank oordeelde dat de omstandigheid dat de koopovereenkomst was gesloten vóór de datum waarop het *Didam*-arrest is gewezen, de gemeente niet kan baten, omdat de gemeente ook vóór het arrest al op de hoogte had kunnen zijn van het belang om haar voornemen

om het perceel onderhands te verkopen bekend te maken.⁶⁷ De rechtbank oordeelde evenwel dat de gemeente in de gelegenheid moest worden gesteld om alsnog het juiste traject te volgen.⁶⁸ Hierbij lijkt een rol te spelen dat op basis van de door de gemeente in de kort geding-procedure gegeven toelichting niet evident was dat de koper de enige serieuze gegadigde was voor het perceel. Uit deze uitspraak volgt dat niet publiceren niet zonder meer fataal hoeft te zijn, maar dat de gemeente wel alsnog de voorgenomen transactie op juiste wijze moet publiceren. Daarbij bestaat dan dus wel het risico dat zich andere serieuze gegadigden melden, waardoor het perceel niet één-op-één kan worden gegund. Opmerkelijk is dat in twee uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland van 4 augustus 2022 en 6 oktober 2022, het niet publiceren van de voorgenomen transactie niet werd tegengeworpen. De rechtbank oordeelde in beide zaken dat de koopovereenkomst was gesloten vóór de datum waarop het *Didam*-arrest is gewezen, zodat de gemeente niet kan worden verweten dat zij destijds het voornemen tot verkoop van het perceel niet op zodanige wijze bekend heeft gemaakt dat eenieder daarvan kon kennisnemen.⁶⁹ In de uitspraak van 6 oktober 2022 speelde daarbij een rol dat het voornemen tot levering, dat dateerde van na het *Didam*-arrest, wel was gepubliceerd. Verder lijkt in beide uitspraken een rol te spelen dat in de procedure min of meer vast kwam te staan dat de door de gemeente geselecteerde partij daadwerkelijk de enige serieuze gegadigde was. In de uitspraak van 18 maart 2022 bestond daarover meer onzekerheid, zodat publicatie uit een oogpunt van rechtsbescherming een belangrijke functie vervult. Door middel van publicatie kan immers bij de markt worden gecontroleerd of er echt geen andere gegadigden zijn.

Tot slot deed zich in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland de situatie voor dat een voorgenomen transactie wel was gepubliceerd, maar dat deze publicatie gebrekkig was, omdat daarin de motivering ontbrak voor het standpunt van de gemeente dat de koper de enige serieuze gegadigde was.⁷⁰ Dit gebrek maakte naar het oordeel van de rechtbank echter niet dat de vordering van eiseres kon worden toegewezen, aangezien de gemeente in deze procedure alsnog helderheid had gegeven over de motivering.⁷¹ Een gebrekkige publicatie hoeft dus niet fataal te zijn als in de kort geding procedure alsnog deugdelijk wordt gemotiveerd waarom de koper de enige serieuze gegadigde is. Daarbij speelde een belangrijke rol dat ProRail het perceel nodig had in verband met de vervulling van haar wettelijke taak om te zorgen voor de aanleg en het beheer van de nationale hoofdspoorwegstructuur.⁷²

62 Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163, r.o. 3.13, Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743, r.o. 2.5 en Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887, r.o. 3.10.

63 Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, r.o. 2.11. en Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 2.4.

64 Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887, r.o. 3.10.

65 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743, r.o. 2.5 en Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, r.o. 2.11. In Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333 werd een termijn van vier weken gehanteerd.

66 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

67 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.40.

68 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.43.

69 Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.11 en Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.7.

70 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743.

71 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743, r.o. 4.18.

72 Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743, r.o. 4.17.

Het lijkt er dus op dat naarmate evidenter is dat een bepaalde partij de enige serieuze gegadigde is voor de transactie met de overheid, gebreken met betrekking tot de in het *Didam*-arrest voorgeschreven publicatie makkelijker worden gepasseerd.

7. De plaats van het *Didam*-arrest in het ruimtelijke ordeningsproces

7.1 **Financiële uitvoerbaarheid bestemmingsplannen**⁷³
 Hoewel het *Didam*-arrest betrekking heeft op privaatrechtelijke transacties en de rechtspraak daarover dus hoofdzakelijk civielrechtelijk van aard is, wordt ook in bestuursrechtelijke plan-procedures zo nu en dan een beroep gedaan op het arrest. Omwonenden,⁷⁴ concurrenten⁷⁵ en belangenverenigingen⁷⁶ proberen in die gevallen met een beroep op het *Didam*-arrest een bestemmingsplan – en in een enkel geval ook een omgevingsvergunning voor bouwen – van tafel te krijgen. Zij betogen dan dat de gemeente bij de uitgifte van de voor de realisering van het plan benodigde grond ten onrechte niet de in het *Didam*-arrest voorgeschreven mededingingsruimte heeft geboden, zodat eventuele andere gegadigden ten onrechte geen gelijke kans hebben gekregen om die grond te verwerven. Dit betekent volgens appellanten dat de (financiële) uitvoerbaarheid van het plan niet verzekerd is. Tot op heden slaagt dit betoog niet, hetgeen ook niet zo vreemd is. Het is immers vaste rechtspraak dat een betoog over de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan alleen tot vernietiging van dat plan kan leiden als het aangevoerde leidt tot de conclusie dat de raad op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het plan om financieel-economische of andere redenen niet uitvoerbaar is. Daarmee ligt de lat voor een geslaagd beroep op de financiële onuitvoerbaarheid van een plan hoog. De Afdeling overweegt dan ook – terecht – dat wat de eventuele gevolgen van het niet naleven van de vereisten uit het *Didam*-arrest ook zijn voor de koopovereenkomst met de partij die het plan gaat uitvoeren, dit niet op voorhand betekent dat het plan als zodanig niet uitvoerbaar is. Aan dit oordeel ligt ten grondslag dat een bestemmingsplan niet regelt welke partij de planologische mogelijkheid kan benutten. Dus ook als de koopovereenkomst uiteindelijk in rechte onderuit gaat wegens het niet naleven van de vereisten uit het *Didam*-arrest, dan kan niet op voorhand worden uitgesloten dat een andere partij het plan alsnog uitvoert. Dientengevolge leidt mogelijke strijd met het *Didam*-arrest dus niet tot vernietiging van een bestemmingsplan. Dat maakt

dus ook dat de Afdeling verder in het midden laat of aan de in het *Didam*-arrest genoemde vereisten is voldaan.⁷⁷

7.2 Omgevingsvergunningen

Ook voor omgevingsvergunningen voor een bouwactiviteit geldt dat vermeende strijdigheid van de onderliggende grondtransactie met het *Didam*-arrest niet tot vernietiging zal leiden. Dit heeft te maken met het in artikel 2.10 lid 1 Wabo neergelegde imperatief-limitatief stelsel.⁷⁸ Op grond van dit stelsel mag het bevoegd gezag de omgevingsvergunning slechts weigeren op basis van één van de in dit artikel genoemde weigeringsgronden.⁷⁹ Eventuele ongeldigheid van de onderliggende grondtransactie is er daar niet een van.

7.3 Rol bestuursrechtelijke procedure in kort geding

Tot slot wijzen wij op een civielrechtelijke uitspraak over een door een ontwikkelaar gestarte procedure om de levering van een stuk gemeentegrond aan een woningcorporatie te voorkomen, omdat deze ontwikkelaar deze grond ook graag wilde verwerven.⁸⁰

In deze zaak was de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering op de plicht om mededingingsruimte te bieden aan de orde. De gemeente had de woningcorporatie als de enige serieuze gegadigde voor het stuk grond aangemerkt. In de koopovereenkomst was bepaald dat de corporatie de grond alleen zou afnemen indien het door de gemeente en de corporatie beoogde plan voor de bouw van 43 sociale huurwoningen doorgang vindt. Ten tijde van de civiele procedure bij de rechtbank had de gemeente het voor de ontwikkeling vereiste bestemmingsplan wel al vastgesteld, maar de ontwikkelaar had daartegen beroep ingesteld bij de Afdeling. Dat plan was derhalve nog niet onherroepelijk.

73 Deze paragraaf is een bewerking van een noot van J. Wieland onder ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157, AB 2022/n.n.b.

74 ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157, ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679, ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1992, ABRvS 20 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2079, ABRvS 25 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2111 en ABRvS 5 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2865.

75 ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679.

76 ABRvS 24 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1799.

77 Wat opvalt, is dat de bestuursrechter beroepen op het *Didam*-arrest in het kader van planprocedures niet afdoet op grond van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste, zoals neergelegd in artikel 8:69a Awb. In ABRvS 25 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2111, r.o. 5.2 laat de Afdeling expliciet in het midden of gelet op het relativiteitsvereiste kan worden toegekomen aan een bespreking van de desbetreffende beroepsgrond. In alle andere zaken zegt de Afdeling hier niets over. Volgens ons is daar wel alle aanleiding toe. De vereisten van het *Didam*-arrest zien op het bieden van gelijke kansen aan potentiële gegadigden die in aanmerking wensen te komen. Dat is een ander belang dan de belangen waarvoor appellanten opkomen in de zaken die tot op heden aan de bestuursrechter zijn voorgelegd. Daarin is het appellanten juist te doen om de ontwikkelingen waarin het plan voorziet tegen te gaan met het oog op het behouden van het woon- en leefklimaat, of het voorkomen dat zich een concurrerende onderneming in de nabijheid vestigt. Appellanten hebben zelf dus helemaal geen belangstelling voor het perceel waarop de ontwikkeling is voorzien. Het staat de bestuursrechter evenwel vrij om eerst te beoordelen of een beroepsgrond gegrond is. Als dat niet het geval is, wordt aan een oordeel over het relativiteitsvereiste niet meer toegekomen.

78 ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679, r.o. 11.2. Ook in Rb. Den Haag 21 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10003 werd in het kader van een procedure tegen een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit een beroep gedaan op het *Didam*-arrest. Aan een bespreking van die beroepsgrond werd echter niet toegekomen, omdat deze beroepsgrond in strijd met artikel 1.6a Chw na afloop van de beroepstermijn – en derhalve te laat – is ingediend.

79 Kort gezegd: strijd met (a) het Bouwbesluit 2012, (b) de Bouwverordening, (c) het bestemmingsplan of (d) de eisen van welstand.

80 Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.6. Deze uitspraak betreft het perceel dat nodig is voor realisering van het in ABRvS 25 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2111 voorliggende plan.

Tegen die achtergrond voerde de ontwikkelaar in de civiele procedure over de voorgenomen levering van de grond aan de corporatie aan dat de corporatie ten onrechte was aangemerkt als de enige serieuze gegadigde. Er was immers nog een beroep aanhangig tegen het bestemmingsplan. De civiele rechter overwoog in reactie op dit betoog dat het bouwplan sneuvelt als de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure is dat het in procedure zijnde bestemmingsplan zodanig moet worden aangepast dat het geen enkele vorm van woningbouw op de betrokken locatie zou toelaten. De civiele rechter loopt hier evenwel – mede gelet op het door de Afdeling afgewezen verzoek om een voorlopige voorziening⁸¹ – niet op vooruit en oordeelt dat de gemeente de woningcorporatie terecht als de enige serieuze gegadigde heeft aangemerkt.

7.4 Gescheiden systemen

Uit het vorenstaande volgt dat civielrechtelijke procedures over grondtransacties waarbij de gemeente grond uitgeeft en bestuursrechtelijke procedures over bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen die noodzakelijk zijn om het bouwplan op de betreffende grond te kunnen verwezenlijken van elkaar gescheiden systemen zijn. De uitkomst van de civiele procedure over de grondtransactie is niet van invloed op de rechtmatigheid van het bestemmingsplan of de omgevingsvergunning. Omgekeerd is de mogelijke uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure over het bestemmingsplan of de omgevingsvergunning niet van doorslaggevend belang voor de vraag of terecht een beroep is gedaan op de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering.

8. Slotopmerkingen

Hoewel het *Didam*-arrest pas een jaar oud is en we dus pas aan het begin van de rechtsontwikkeling staan, kunnen we aan de hand van de rechtspraak die tot op heden is verschenen wel een eerste duiding geven van die rechtsontwikkeling. Wat in de eerste plaats opvalt, is dat de rechtspraak tot op heden in hoofdzaak betrekking heeft op de situatie waarin het overheidslichaam zich op het standpunt stelt dat er slechts één serieuze gegadigde is, maar waarin een andere marktpartij daar anders over denkt. Wat in de tweede plaats opvalt is dat in de rechtspraak tot op heden vrij losjes wordt omgegaan met de eisen uit het *Didam*-arrest. Een beroep op dat arrest door een teleurgestelde gegadigde wordt in veel gevallen makkelijk weggeschreven door de gemeenschappen en containerbegrippen van het verwerende overheidsorgaan over te nemen. Anders gezegd, tot op heden komen overheden meestal⁸² vrij makkelijk weg met de toedeling van percelen aan één bepaalde partij, mits zij maar een beetje hun best doen fatsoenlijke criteria te formuleren en de voorgenomen transactie publiceren. Net als eerder bij de Dienstenrichtlijn het geval was, lijkt het er dus op dat het

Didam-arrest weliswaar nieuwe hoepels voor de overheid introduceert, maar dat het ook weer niet al te ingewikkeld is om daar doorheen te springen. Al met al lijkt het *Didam*-arrest dan ook in mindere mate de *gamechanger* die was voorspeld. Veeleer lijkt het te gaan om een storm in een glas water. Daarbij past uiteraard wel meteen de waarschuwing dat het wachten is op vervolguitspraken in bodemzaken en van hogere rechters, in het bijzonder de Hoge Raad. Wij sluiten niet uit dat er nog correcties op de ingezette rechtsontwikkeling zullen plaatsvinden, waardoor het voor overheden toch ingewikkelder wordt om te voldoen aan het *Didam*-arrest. Vooralsnog vragen wij ons – gelet op de huidige stand van de rechtsontwikkeling en mede gezien de fundamentele kritiek op de introductie van economische marktordering bij grondtransacties met de overheid – af of het niet beter zou zijn de *Didam*-regel om te draaien: de overheid mag – uiteraard binnen de kaders van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – één-op-één contracteren over de uitgifte van grond en andere onroerende zaken, tenzij het bieden van mededingingsruimte een beter middel is gelet op de beleidsdoelen die de overheid wenst te dienen met de desbetreffende transactie. Wellicht dat wij over een jaar ons licht hier nader over kunnen laten schijnen.

81 ABRvS 25 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2111.

82 Zie voor een uitzondering op de regel Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029.