

# Twee jaar *Didam*-arrest: navigeren in woelig vaarwater

BR 2023/80

## 1. Inleiding

Een jaar geleden schreven wij een artikel voor dit tijdschrift ter gelegenheid van het eenjarig bestaan van het *Didam*-arrest.<sup>2</sup> Wij begonnen dat artikel met de constatering dat het *Didam*-arrest tot veel beroering heeft geleid in vastgoedland. Inmiddels zijn we weer een jaar verder en nog steeds zorgt het *Didam*-arrest voor veel rechtspraak, vooral van lagere rechters.<sup>3</sup> Reden genoeg om een vervolg te geven aan ons eerdere artikel en een volgende tussenbalans op te maken.<sup>4</sup> Daarbij zullen we niet meer op alle aspecten van het *Didam*-arrest ingaan, maar ons concentreren op de belangrijkste vragen die wij in onze praktijk regelmatig zien terugkomen.

In het *Didam*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel<sup>5</sup> voortvloeit dat een overheidslichaam – zoals een gemeente, provincie, waterschap, gemeenschappelijke regeling of een organisatie als Staatsbosbeheer – 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. Althans, als er meerdere gegadigden zijn voor de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat dit het geval zal zijn. Uit de rechtspraak volgt inmiddels dat de verplichting om mededingingsruimte te creëren niet alleen geldt voor verkoop, zoals in het *Didam*-arrest het geval was, maar voor vrijwel elke situatie waarin een overheidslichaam voornemens is een onroerende zaak uit te geven: verkoop, erfpacht,<sup>6</sup> pacht,<sup>7</sup> verhuur,<sup>8</sup> grondruil<sup>9</sup> of bruikleen.<sup>10</sup> Recent heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant bovendien geoordeeld dat het *Didam*-arrest zich niet beperkt tot de verkoop van

onroerende zaken, maar zich in meer algemene zin uitstrekt tot de verkoop van schaarse goederen, zoals, in dat geval, de verkoop van aandelen.<sup>11</sup> Voor de praktijk is de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering van groot belang. 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. Niet geheel onverwacht is het juist deze uitzondering die tot de meeste rechtspraak leidt.

Zoals gezegd beperken wij ons in dit artikel tot de vragen die in onze praktijk het meest aan de orde komen. In de eerste plaats krijgen wij regelmatig de vraag welke ruimte het *Didam*-arrest nog laat aan de overheid om beleidskeuzes te maken en mee te werken aan initiatieven vanuit de markt. Een tweede belangrijke vraag is welke selectiecriteria *Didam*-proof zijn. Bij die vraag gaat het zowel om criteria die kunnen worden gehanteerd als conform de hoofdregel van het *Didam*-arrest een selectieprocedure wordt toegepast, als om criteria aan de hand waarvan kan worden betoogd dat er slechts één serieuze gegadigde is. De derde – en voor de praktijk wellicht belangrijkste – vraag is die naar de consequenties van het niet naleven van de *Didam*-regels. Daarbij gaat het primair om de gevolgen voor een overeenkomst die in strijd met de *Didam*-regels tot stand is gekomen, maar ook om de vraag of het gelijkheidsbeginsel absoluut is en of de soort of aard van de schending nog een verschil maakt. Wij sluiten af met een korte slotbeschouwing waarin wij de balans opmaken. Is er nog steeds sprake van een storm in een glas water, of wakkert de storm aan?

## 2. De beleidsruimte van de overheid

Met het *Didam*-arrest heeft de Hoge Raad het uit het bestuursrecht afkomstige en op het gelijke kansen beginsel gebaseerde leerstuk van de verdeling van schaarse rechten doorgetrokken naar het privaatrecht. In onze vorige bijdrage hebben wij reeds uiteengezet dat dit niet geheel onverwacht was, gelet op de ontwikkeling van dit leerstuk in het bestuursrecht en de steeds verdere uitdijende reikwijdte daarvan. Over het algemeen kan worden gezegd dat het *Didam*-arrest positief is ontvangen, omdat het noopt tot het bieden van gelijke kansen. Wie kan daar nu tegen zijn? Toch zijn er in de literatuur<sup>12</sup> en op sociale media zoals LinkedIn

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

2 G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar *Didam*-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', BR 2022/84, afl. 12.

3 De teller staat op dit moment op ongeveer 100 gepubliceerde uitspraken. De nadruk ligt in dit artikel op uitspraken van het afgelopen jaar. Een enkele keer zullen wij ook verwijzen naar rechtspraak uit het eerste *Didam*-jaar, vooral wanneer het om een belangrijke uitspraak gaat waar in latere rechtspraak op wordt voortgeborduurd.

4 Dit artikel is afgerond op 25 oktober 2023. Met uitspraken die zijn gepubliceerd na die datum is geen rekening gehouden.

5 Dat in deze context verplicht tot het bieden van gelijke kansen.

6 Bijv. Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892; Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368, BR 2023/78, m.nt. T.A. Terliën & A.L. Snelders.

7 Bijv. Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739.

8 Bijv. Rb. Rotterdam 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115; Rb. Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713.

9 Bijv. Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584; Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

10 Bijv. Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477; Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916.

11 Rb. Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7207, r.o. 4.4. Zie voorts Rb. Den Haag 9 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:12208, waarin het *Didam*-arrest werd toegepast op de opzegging van een exclusieve uitgifteovereenkomst.

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

ook kritische geluiden te horen. Die kritiek komt er in de kern op neer dat de introductie van de mededingingsnorm economisch gefundeerd is. Dat heeft in de eerste plaats tot gevolg dat het primaat voor de politiek kleiner wordt, omdat ook de politiek (bijvoorbeeld de gemeenteraad) gehouden is aan het uitgangspunt dat mededingingsruimte moet worden geboden. Zuiver politiek gemotiveerde keuzes zijn dan niet meer mogelijk. Daarnaast wordt gevreesd dat het bieden van mededingingsruimte er in de praktijk dikwijls toe zal leiden dat de partij met de diepste zakken ‘wint’. Andere belanghebbenden, zoals eindgebruikers, buurtinitiatieven, maar ook de gemeente zelf, hebben daardoor dikwijls het nakijken. Interessant is dat voormelde kritiek ook door de politiek is opgepikt. Kort geleden dienden de Kamerleden Bontenbal en Stoffer een motie in, waarin zij vooropstellen dat het gelijke speelveld dat de Hoge Raad met het *Didam*-arrest voor ogen heeft er in de praktijk toe leidt dat degenen met de diepste zakken de grootste kans maken op het sluiten van een contract en kleine, lokale burgerinitiatieven veelal aan het kortste eind trekken.<sup>13</sup> De indieners van de motie zijn van mening dat criteria als lokale binding en maatschappelijke meerwaarde een plek moeten krijgen bij de uitgifte van grond en de verkoop van vastgoed door gemeenten. Zij verzoeken de regering daarom een onderzoek te starten naar de wettelijke mogelijkheden om gemeenten meer ruimte te geven om grond en vastgoed uit te geven bij plannen waarbij gemeenschappelijke meerwaarde wordt gerealiseerd en om een-op-een contracten aan te gaan met lokale, niet-commerciële partijen. Deze motie doet vermoeden dat er heel wat mis is met het *Didam*-arrest, althans de uitwerking daarvan. De vraag is evenwel of dit werkelijk zo is.

Wij zien het allemaal wat minder somber in. De Hoge Raad overweegt in het *Didam*-arrest namelijk niet alleen dat de selectiecriteria die het overheidslichaam hanteert bij het selecteren van een koper objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn, maar ook dat het overheidslichaam beleidsruimte toekomt bij het opstellen van die criteria.<sup>14</sup> Hoewel dit wat minder duidelijk in het *Didam*-arrest staat, mag – mede gelet op de hierna te bespreken rechtspraak – worden aangenomen dat het overheidslichaam diezelfde beleidsruimte toekomt als het gaat om het hanteren van criteria aan de hand waarvan vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de transactie.<sup>15</sup> Ook in de (lagere) rechtspraak die is gevolgd op het *Didam*-arrest wordt regelmatig gewezen op de beleidsruimte die overheidslichamen toekomt bij het formuleren van selectiecriteria.

Illustratief in dit kader is een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 10 maart 2023.<sup>16</sup> In die zaak ging het om het in de Watervisie Groningen door het college van

burgemeester en wethouders van Groningen neergelegde hernieuwde beleid voor het water in de stad Groningen. Een van de aspecten van dat beleid is dat de gemeente in en aan de Diepenring meer ruimte wil scheppen voor terrassen op en langs het water en voor aanlegplaatsen voor de recreatievaart. In verband hiermee wenst de gemeente de aan het Schuitendiep gelegen ligplaatsen vrij te maken. Op een van die ligplaatsen ligt het Pannekoekschip. Om plaatsen vrij te kunnen maken, is de gemeente in overleg getreden met de exploitant van het Pannekoekschip, waarbij is gesproken over een andere locatie. Uiteindelijk bleek een ligplaats aan de Oosterhaven het meest geschikt te zijn. Vervolgens zijn onderhandelingen gevoerd tussen de exploitant en de gemeente, die tot overeenstemming hebben geleid over de aankoop door de gemeente van het oude Pannekoekschip. In de koopovereenkomst is opgenomen dat de exploitant bij de gemeente heeft aangegeven de voorkeur te hebben voor een nieuwe ligplaats in de Oosterhaven voor een nieuw Pannekoekschip. Om die ligplaats te kunnen bieden ten behoeve van het nieuwe Pannekoekschip, moest een gedeelte van de Oosterhaven worden vrijgemaakt. Tot dan toe maakten de jachthaven en Hanzecharter echter gebruik van dat deel van de haven. De gemeente heeft dit opgelost door het gebruik van dat deel van de haven door de jachthaven en Hanzecharter op te zeggen. Vervolgens heeft de gemeente aangekondigd dat zij die locatie aan het Pannekoekschip in gebruik zou geven. Daarbij heeft de gemeente erop gewezen dat met het oog op de door haar beoogde ruimtelijke ontwikkeling en inrichting van het gebied rondom het Schuitendiep de verplaatsing van het Pannekoekschip noodzakelijk was en dat de exploitant daarom in redelijkheid als de enige serieuze gegadigde voor het gebruik van de ligplaats in de Oosterhaven in aanmerking komt. In kort geding bij de rechtbank lag vervolgens de vraag voor of de gemeente zich terecht op dat standpunt had gesteld. De rechtbank oordeelde als volgt:

“Vooropgesteld wordt dat de gemeente een aanzienlijke beleidsruimte heeft als het gaat om gebiedsontwikkeling zoals hier aan de orde. In het kader van de gegeven beleidsruimte en de daarbij te stellen beleidsdoelen is het mogelijk dat de gemeente grondposities kan en mag inzetten om die beleidsdoelen te realiseren. De gemeente heeft ook de vrijheid om, mede gelet op relevante (maatschappelijke) ontwikkelingen, eerder geformuleerd en bekend gemaakt beleid te wijzigen, ook indien dat tot gevolg heeft dat eerder met bepaalde partijen gesloten overeenkomsten (moeten) worden beëindigd, op voorwaarde dat zij zich houdt aan de voor haar in het algemeen geldende eisen zoals die met name voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter heeft de gemeente binnen de grenzen van de aan haar toekomende beleidsruimte objectieve, toetsbare en

13 Kamerstukken II 2023/24, 36410, nr. 27.

14 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.

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

16 Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916, r.o. 4.8 en 4.9. Het oordeel van de voorzieningenrechter is in hoger beroep bevestigd

(Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5383, BR 2023/69, m.nt. N.E.M. Soliana & W.J. Gootjes).

redelijke criteria vastgesteld waarvan toepassing in dit geval ertoe leidt dat zij bij voorbaat redelijkerwijze heeft mogen aannemen dat slechts de exploitant van het Pannekoekschip in aanmerking komt voor de bruikleen van het in geding zijnde perceel. (...) Dat het Pannekoekschip, zoals de gemeente heeft gesteld, niet persé weg hoeft van haar plaats aan het Schuitediep en dat er ook volgens het door de gemeente uitgevoerde locatie-onderzoek andere geschikte locaties waren dan het Perceel aan de Oosterhaven, neemt niet weg dat de gemeente binnen de haar toekomstige beleidsruimte het Perceel in redelijkheid heeft kunnen en mogen aanwijzen als meest geschikte locatie voor het Pannekoekschip. Dat de gemeente mede op grond van de wens van de exploitant van het Pannekoekschip voor die locatie heeft gekozen, maakt het vorenstaande niet anders. De voorzieningenrechter overweegt in algemene zin dat de publieke taak van een gemeente als redelijk handelende overheid toelaat dat zij haar beleid laat beïnvloeden door private initiatieven als die initiatieven in lijn zijn met de meer algemene beleidskaders en de maatschappelijke ontwikkelingen. De keuze voor de locatie aan de Oosterhaven voor het Pannekoekschip valt naar voorshands oordeel op zichzelf dan ook binnen de beleidsruimte die de gemeente had en heeft. (...)” (onderstr. TS/JW)

Uit deze uitspraak – en ook diverse andere uitspraken<sup>17</sup> – volgt dat als het om gebiedsontwikkeling gaat, overheidslichamen aanzienlijke beleidsruimte toekomt en dat overheidslichamen grondposities kunnen en mogen inzetten om beleidsdoelen te realiseren.<sup>18</sup> Bovendien worden de keuzes die het overheidslichaam daarbij maakt terughoudend beoordeeld.<sup>19</sup> Verder laat de rechtspraak zien dat het overheidslichaam zich bij zijn keuzes mag laten leiden door private (burger)initiatieven<sup>20</sup> als die initiatieven in lijn zijn met de meer algemene beleidskaders en de maatschappelijke ontwikkelingen<sup>21</sup> en mits andere (potentiële) gegadigden niet worden genegeerd.<sup>22</sup> Het afgelopen jaar is aldus steeds duidelijker geworden dat overheden nog steeds veel beleidsruimte hebben bij de uitgifte van grond. Wij zien dan ook nog niet goed in dat het primaat van de politiek op de tocht zou komen te staan. En voor zover de verdelende

overheid bij de selectie van een contractspartij kiest voor de hoogste prijs en dus de partij met de diepste zakken, dan is dat volgens ons niet zozeer het gevolg van het *Didam*-arrest, maar veeleer juist van het primaat van de politiek. Het *Didam*-arrest dwingt overheden immers niet om (uitsluitend) op prijs te selecteren. Integendeel. In de praktijk komen wij veel voorbeelden tegen van overheidslichamen die juist afstappen van het principe ‘wie-het-eerst-komt-die-het-eerst-maakt’ en in het *Didam*-arrest juist kansen zien om te selecteren op kwaliteiten als duurzaamheid, circulariteit, lokaliteit of toegevoegde maatschappelijke waarde. Dat het *Didam*-arrest overheden dwingt tot economisch denken en kleine, lokale burgerinitiatieven het nakijken geeft, zien wij dan ook nog niet zo.

### 3. Welke selectiecriteria zijn bruikbaar?

In het verlengde van de hiervoor besproken beleidsruimte die het overheidslichaam toekomt, is het interessant om na te gaan welke selectiecriteria geschikt zijn om daaraan invulling te geven. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het formuleren van selectiecriteria die het overheidslichaam hanteert bij het maken van een keuze tussen de gegadigden die zich melden voor het schaarse goed en anderzijds het formuleren van criteria aan de hand waarvan het overheidslichaam beredeneert dat een partij de enige serieuze gegadigde voor de transactie is. De in beide gevallen te hanteren criteria zijn als het goed is in belangrijke mate dezelfde, met dien verstande dat in de situatie waar wordt aangenomen dat er maar één serieuze gegadigde is, er slechts één partij is die aan de gehanteerde criteria voldoet. Toch is het zinvol om beide situaties hier van elkaar te onderscheiden, omdat er ook *omstandigheden* kunnen zijn die maken dat op voorhand sprake is van één serieuze gegadigde. Daarbij is dus niet altijd sprake van echte *selectiecriteria*.<sup>23</sup> In deze paragraaf bespreken wij enkele aspecten die ons opvielen als het gaat om het gebruik van selectiecriteria, zonder daarbij volledig te willen zijn.

#### 3.1 Toeschrijven criteria naar gegadigde is niet toegestaan

In de eerste plaats is het uiteraard niet toegestaan selectiecriteria te hanteren die naar een bepaalde partij zijn toegeschreven.<sup>24</sup> Op die manier is immers op voorhand geen sprake van het bieden van gelijke kansen. Toch is dit iets dat in de praktijk nog regelmatig voorkomt, met name in situaties waarin het overheidslichaam al (ver) vóór het *Didam*-arrest met een bepaalde partij in gesprek was en dat gesprek tot een goed einde wil brengen (lees: de transactie aan die ene partij wil gunnen).<sup>25</sup> In die gevallen is

17 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.7; Rb. Rotterdam 7 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8254, r.o. 4.6; Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368, r.o. 6.10; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170, r.o. 4.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307, r.o. 4.7; Rb. Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713, r.o. 5.9; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882, r.o. 5.4.  
18 Zij het dat die ruimte beperkt wordt door onder meer de gronden mensenrechten, vgl. Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846, r.o. 4.6. Zie daarover uitvoeriger de volgende paragraaf.  
19 Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307, r.o. 4.7.  
20 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882, r.o. 5.4; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.8.  
21 Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916, r.o. 4.9.  
22 Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.7; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882, r.o. 5.5.

23 Zie voor een overzicht van omstandigheden c.q. criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of er slechts één serieuze gegadigde is: A.G. Bregman, *Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling*, BZK, BEPROM, VNG en VvG, Voorburg: november 2022.  
24 Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, r.o. 4.26; Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316, r.o. 4.6.  
25 Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6.

het overheidslichaam in zekere zin overvallen door het *Didam*-arrest en probeert het aan de hand van achteraf geformuleerde selectiecriteria de transactie alsnog naar een bepaalde partij toe te schrijven. Daarbij speelt een rol dat inmiddels meermaals geoordeeld is dat het *Didam*-arrest terugwerkende kracht heeft, in die zin dat het gelijkheidsbeginsel niet kan worden gezien als nieuwe regelgeving.<sup>26</sup> Dit betekent dat ook vóór het *Didam*-arrest bij het vergeven van schaarse onroerende zaken objectieve, toetsbare en redelijke criteria transparant hadden moeten worden toegepast teneinde gelijke kansen te bieden aan potentiële gegadigden. In gevallen waarin dit niet is gebeurd, proberen overheidslichamen dit te repareren door alsnog criteria te formuleren aan de hand waarvan kan worden beredeneerd dat die ene partij waarmee het in gesprek is de enige serieuze gegadigde is. Het zal niet verbazen dat daarbij het risico groot is dat die criteria naar de desbetreffende partij worden toegeschreven.

Hoewel het toeschrijven van selectiecriteria naar één gegadigde (uiteraard) niet is toegestaan, betekent dit niet dat het in het geheel niet is toegestaan om, voorafgaand aan de publicatie van het voornemen om een schaars goed te vergeven, overleg te hebben met een beoogde contractspartij.<sup>27</sup> Overheidslichamen mogen met partijen bespreken in hoeverre zij vrij zijn om percelen aan een bepaalde partij uit te geven, omdat die partij de enige serieuze gegadigde is. Zoals wij in onze eerdere bijdrage echter al hebben opgemerkt, dient daarbij uiteraard wel de nodige voorzichtigheid te worden betracht. Dergelijk contact mag immers niet uiteindelijk toch uitmonden in het toeschrijven van selectiecriteria naar één partij.

### 3.2 *Beperking door grond- en mensenrechten en rechtsbeginselen*

De beleidsruimte die het overheidslichaam toekomt bij het formuleren van beleid en daaraan koppelen van selectiecriteria, wordt begrensd door grond- en mensenrechten en rechtsbeginselen. Illustratief in dit verband is een uitspraak over de toewijzing van een vrijgekomen woonwagendstandplaats in de gemeente Tynaarlo.<sup>28</sup> Bij het toewijzen van standplaatsen aan woonwagendbewoners hanteerde de gemeente als criteria voor inschrijving en (rangorde voor) toewijzing: (1) volwassen eerstegraads of tweedegraads familieleden van bewoners van de locatie waar de standplaats vrijkomt, (2) volwassen standplaatszoekenden die wel voldoen aan het afstammingsbeginsel, geen familie zijn van de locatie, maar wel inwoner zijn van de gemeente Tynaarlo en (3) volwassen standplaatszoekenden die in de afgelopen tien jaar minimaal zes jaar aaneengesloten op de locatie of op een woonwagenlocatie elders in Nederland hebben gewoond. Een standplaatszoekende werd door de gemeente van deelname aan de selectieprocedure uitgesloten, omdat hij weliswaar aan het afstammingscriterium voldeed, maar

niet aan de andere criteria voor inschrijving. In de procedure bij de rechtbank lag vervolgens de vraag voor of de door de gemeente gehanteerde inschrijvings- en selectiecriteria mochten worden gehanteerd.

De kantonrechter stelt voorop dat bij de huisvesting van woonwagendbewoners rekening dient te worden gehouden met het recht op huisvesting, het recht op bescherming van het privé- en familieleven en het recht op gelijke behandeling (art. 8 EVRM). Volgens de door de kantonrechter aangehaalde rechtspraak van het EHRM geldt als wezenskenmerk van de identiteit van woonwagendbewoners het wonen in een woonwagen waarbij familieverbanden in onderlinge verbondenheid een belangrijke rol spelen. Trek-vrijheid kan ook worden aangemerkt als een cultureel kenmerk dat nadere invulling geeft aan de 'wezenskenmerken' woonvorm en familiebanden. De overheid heeft volgens de rechtspraak van het EHRM daarom een positieve verplichting om deze cultuur te beschermen en het woonwagendleven te faciliteren. De kantonrechter oordeelt dat hierin een voldoende legitimering kan worden gevonden voor het voortrekken van personen die binnen de doelgroep van woonwagendbewoners vallen boven andere woningzoekenden, waarbij nog meer voorrang gegeven mag worden aan personen die (eerstegraads of tweedegraads) familiebanden hebben met bewoners van de locatie waar de standplaats vrijkomt.<sup>29</sup> In zoverre is het maken van een onderscheid in de selectiecriteria dus toegestaan. De kantonrechter ziet zich vervolgens echter voor de vraag gesteld of de gemeente (daarnaast) bindingseisen mag stellen, in die zin dat bij de inschrijf- en toewijzingsprocedure mag worden geëist dat een inschrijver ook inwoner is van de gemeente Tynaarlo (criterium 2). Dit vereiste houdt immers geen verband met de hiervoor bedoelde wezenskenmerken. De kantonrechter ziet niet in op welke gronden dit onderscheid zou kunnen worden gelegitimeerd. Door de bindingseis te stellen, is sprake van onevenwichtigheid tussen wat de gemeente meent te moeten bereiken met de bindingseis en het belang van de woonwagendstandplaatszoekende, zodat naar het oordeel van de kantonrechter het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden.<sup>30</sup> Deze uitspraak laat aldus zien dat als uitgangspunt geldt dat het overheidslichaam beleidsruimte heeft bij het formuleren van selectiecriteria, maar dat deze ruimte begrensd wordt door de grond- en mensenrechten en door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo mogen de selectiecriteria niet in strijd zijn met bepalingen uit het EVRM en het evenredigheidsbeginsel.

26 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.33 e.v.; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170, r.o. 4.3.

27 Rb. Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713, r.o. 5.13.

28 Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846.

29 Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846, r.o. 4.7.

30 Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846, r.o. 4.7. De kantonrechter verwijst hierbij naar de 'standaarduitspraak' van de Afdeling over het evenredigheidsbeginsel (ABRVs van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285). Het oordeel van de kantonrechter dat de bindingseis niet mocht worden gesteld, is in hoger beroep bevestigd (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:4353).

3.3 **Integrale gebiedsontwikkeling in combinatie met strategische grondpositie**

Uit de rechtspraak volgt dat wanneer een bouwplan dan wel een beoogde ontwikkeling is geprojecteerd op gronden die gedeeltelijk eigendom zijn van de gemeente maar ook gedeeltelijk eigendom zijn van een marktpartij die bereid en ook in staat is om de beoogde ontwikkeling te realiseren in overeenstemming met de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering, het volgen van een openbare selectieprocedure in redelijkheid niet van de gemeente kan worden gevraagd. De gemeente hoeft immers de gronden niet te verkopen (of anderszins over te dragen) aan een partij die vervolgens niet in staat is de gewenste ontwikkeling te realiseren, aangezien deze ook na verwerving van de gemeente niet alle daarvoor benodigde gronden in handen heeft. In die situatie is dus verdedigbaar dat de gemeente, ter bevordering van een integrale, samenhangende ontwikkeling van het betreffende gebied, de in het plangebied reeds aanwezige grondeigenaar (met een strategische grondpositie) als enige serieuze gegadigde aanmerkt. Anders gezegd, het bestaan van een belemmerende grondpositie van een marktpartij voor de realisatie van het door de gemeente (beleidsmatig) gewenste plan, die slechts door middel van onteigening kan worden verkregen, kan worden aangemerkt als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente met deze marktpartijen een samenwerking kan aangaan.<sup>31</sup> Andere partijen zijn niet aan te merken als gelijk geval.<sup>32</sup>

3.4 **De verlenging van voortdurende overeenkomsten**

Een ander onderwerp dat bespreking verdient, is de situatie waarin sprake is van de (stilzwijgende) verlenging van aflopende overeenkomsten. De rechtspraak hierover heeft vooral betrekking op de verlenging van aflopende huur- en (erf)pachtovereenkomsten. De vraag die daarbij rijst, is of de zittende huurder of (erf)pachter kan worden beschouwd als enige serieuze gegadigde. Preciezer gesteld, is het feit dat iemand reeds huurder of (erf)pachter is op zichzelf een objectief, toetsbaar en redelijk criterium aan de hand waarvan kan worden gemotiveerd dat diegene als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor verlenging of vernieuwing van de aflopende overeenkomst?

De Hoge Raad heeft in het *Didam*-arrest geoordeeld 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.<sup>33</sup> Uitgangspunt is aldus dat een overheidslichaam de te verhuren of in (erf)pacht uit te geven zaak aanbiedt door middel van een selectieprocedure. De verlenging van aflopende huur- en (erf)pachtovereenkomsten valt dus ook onder de reikwijdte van het *Didam*-arrest.<sup>34</sup> Er geldt met andere woorden geen uitzondering op de toepasselijkheid van het *Didam*-arrest op de verlenging van die overeenkomsten. Dat neemt niet weg dat aan het feit dat sprake is van een zittende huurder of (erf)pachter omstandigheden kunnen worden ontleend die kunnen bijdragen aan het oordeel dat de zittende huurder of (erf)pachter de enige serieuze gegadigde is om een nieuwe overeenkomst mee aan te gaan. In de eerste plaats zou volgens ons een rol kunnen spelen of in de aflopende overeenkomst een verlengingsoptie is opgenomen.<sup>35</sup> Is dit het geval, dan heeft de zittende huurder of (erf)pachter volgens ons – op basis van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel – een streepje voor op andere gegadigden. Dit mag er echter niet toe leiden dat een overeenkomst tot in het oneindige wordt verlengd. Er dient immers voorkomen te worden dat mededinging geheel wordt uitgesloten. Net als in het aanbestedingsrecht en bij de verdeling van schaarse publieke rechten (zoals vergunningen en subsidies) moet volgens ons gelden dat andere gegadigden wel op enig moment in aanmerking moeten kunnen komen voor het schaarse recht of goed. In de tweede plaats kan het zo zijn dat een zittende huurder of (erf)pachter reeds investeringen heeft gedaan in het gehuurde of gepachte.<sup>36</sup> Vereist is dan wel dat die investeringen enige omvang hebben en specifiek gericht zijn op het gehuurde of gepachte.<sup>37</sup> Ten derde kunnen wij ons voorstellen dat uit de aard van de onroerende zaak voortvloeit dat de zittende huurder of erfpachter de enige serieuze gegadigde is voor een nieuwe overeenkomst (de facto dus een verlenging). Dat lijkt ons het geval als het gaat om (particuliere) woonruimte. Het fundamentele recht op woonruimte maakt, naar wij aannemen, dat het moeilijk is om te betogen dat de zittende huurder of erfpachter niet als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor een nieuwe overeenkomst. Als dat anders zou zijn, zou er wel heel veel onrust op de woningmarkt ontstaan. Een huurwoning of een woning op grond die in erfpacht is uitgegeven (zoals een groot deel van de Amsterdamse woningen) is dan immers geen rustig bezit meer. Kortom, als het gaat om verlenging van bestaande huur- en (erf)pachtovereenkomsten dan geldt dat in beginsel een selectieprocedure moet worden doorlopen, maar dat dikwijls sprake zal zijn van feiten of omstandigheden die maken dat de zittende huurder of (erf)pachter de enige serieuze gegadigde is.

31 Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368, r.o. 6.13; Rb. 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.18; Hof Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:278; Rb. Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713, r.o. 5.11; Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99 (in deze zaak slaagde beroep op integrale ontwikkeling niet); Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163; Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887. Zie tevens A.G. Bregman, *Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling*, BZK, Neprom, VNG en VvG, Voorburg: november 2022, par. 5.3.

32 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.10.

33 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1776, r.o. 3.1.3.

34 Zie Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, waarin het ging om de verlenging van aflopende huurovereenkomsten voor strandkavels en Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739, waarin het ging om de verlenging van een pachtovereenkomst.

35 Hoewel wij deze situatie in onze praktijk een aantal keer zijn tegengekomen is hierover nog geen rechtspraak.

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

37 Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739, r.o. 4.6.5.

Een andere vraag is of het *Didam*-arrest noopt tot het actief beëindigen van bestaande overeenkomsten. De rechtspraak is hier niet eenduidig over. In de eerste plaats wijzen wij op een zaak die ging over de verdeling van schaarse afmeerplaatsen voor rondvaartboten in Amsterdam. De voorzieningenrechter in die zaak oordeelde dat het *Didam*-arrest niet noodzaakt tot het opzeggen van bestaande rechtsverhoudingen. Integendeel, naar het oordeel van de voorzieningenrechter is opzegging van bestaande overeenkomsten in beginsel in strijd met het vertrouwensbeginsel.<sup>38</sup> Anderzijds kan worden gewezen op een uitspraak over een door het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) in 2003 met twee uitgevers aangegane licentieovereenkomst voor het uitgeven van verkeersleermiddelen.<sup>39</sup> In 2021 is tussen partijen een discussie ontstaan over de vraag of ook andere partijen leermiddelen zouden mogen uitgeven. De twee geselecteerde uitgevers stelden zich op het standpunt dat uitgeven door derden niet is toegestaan, omdat alleen zij auteursrechthebbende zijn op de leermiddelen en een exclusief licentierecht hebben verkregen. Het CBR stelde zich daarentegen op het standpunt dat het bevoegd is om de licentieovereenkomst op te zeggen, ook als het zou gaan om een exclusieve duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Interessant is vervolgens de overweging van de voorzieningenrechter dat het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in het *Didam*-arrest, zonder meer een zwaarwegende grond oplevert voor beëindiging van de exclusiviteit. Het staat het CBR immers niet vrij om eventuele andere gegadigden uit te sluiten van de leermiddelenmarkt, die nu eenmaal bepaald wordt door het CBR. De twee hierboven genoemde uitspraken laten zien dat nog niet helemaal duidelijk is wat het *Didam*-arrest betekent voor lopende duurovereenkomsten. Zoals hiervoor reeds betoogd gaan wij er in aansluiting op het aanbestedingsrecht en het bestuursrechtelijke leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten vooralsnog van uit dat (lang)lopende duurovereenkomsten niet eeuwig mogen voortduren als deze betrekking hebben op schaarse goederen of rechten, zoals ligplaatsen, standplaatsen en licentieovereenkomsten. Dit vloeit volgens ons echter voort uit het gelijkheidsbeginsel – in deze context op te vatten als het gelijke kansen-beginsel – en niet zozeer uit het *Didam*-arrest zelf. Het *Didam*-arrest ziet immers op de verdeling van schaarse goederen.

Tot slot staan wij kort stil bij het overdragen van lopende (huur)overeenkomsten aan een andere partij. Uit de rechtspraak volgt dat ook daarbij mededingingsruimte moet worden geboden aan andere (potentiële) gegadigden. De contractspartij van het overheidslichaam kan dus niet zonder meer zelf op zoek gaan naar een geschikte kandidaat voor het overnemen van zijn onderneming en daarmee het overnemen van zijn (huur)overeenkomst met het overheidslichaam.<sup>40</sup>

38 Rb. Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529, r.o. 4.22.

39 Rb. Den Haag 9 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:12208.

40 Rb. Rotterdam 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831.

### 3.5 *Varia*

Het enkele feit dat een bepaalde (vastgoed)transactie een ‘win-winsituatie’ oplevert, omdat zowel het (commerciële) belang van de verkrijgende partij als het belang van de gemeente wordt gediend als de grond wordt verkocht of verhuurd aan de verkrijgende partij, is geen objectief criterium aan de hand waarvan kan worden getoetst of er slechts sprake is van één serieuze gegadigde.<sup>41</sup>

Soms kan het feit dat een bepaalde partij vooruitlopend op de verwerving van het schaarse goed reeds investeringen heeft gedaan, bijdragen aan het oordeel dat die partij de enige serieuze gegadigde is,<sup>42</sup> maar dit kan niet een dragend criterium zijn aan de hand waarvan een partij als de enige serieuze gegadigde kan worden aangemerkt. Dit betreft immers een omstandigheid die bezwaarlijk als selectiecriterium kan worden aangemerkt.<sup>43</sup>

### 3.6 *Naleven van selectiecriteria*

Tot besluit van deze paragraaf is het van belang erop te wijzen dat als het overheidslichaam selectiecriteria heeft geformuleerd, het uiteraard de bedoeling is dat deze vervolgens ook daadwerkelijk en zorgvuldig worden toegepast.<sup>44</sup>

## 4. **Juridisch gevolgen van schending van de *Didam*-regels**

De vraag die het afgelopen jaar misschien wel de meeste aandacht heeft gekregen, is die naar de gevolgen van het niet naleven van de door de Hoge Raad in het *Didam*-arrest geformuleerde regels. De belangrijkste vraag daarbij is of een *Didam*-strijdige overeenkomst nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig is. Deze vraag zullen wij dan ook als eerste bespreken. Daarna komt een aantal nuanceringen aan bod. Ten eerste kunnen verschillende *Didam*-schendingen worden onderscheiden, die mogelijk niet allemaal even ‘erg’ zijn. Ten tweede is het gelijkheidsbeginsel geen absoluut beginsel. Soms levert een honorering van het gelijkheidsbeginsel een schending van andere beginselen, in het bijzonder het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel, op. Er dient dan een belangenafweging te worden gemaakt die niet altijd in het voordeel van het gelijkheidsbeginsel uitpakt. Tot slot bespreken wij de situatie waarin weliswaar sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel, maar er niemand is die daar werkelijk door wordt geraakt. Ook in die situatie heeft schending van het gelijkheidsbeginsel niet altijd consequenties.

41 Rb. Midden Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, r.o. 4.25, BR 2023/23, m.nt. M.J.E. Boudesteijn.

42 Bijv. Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170, r.o. 4.7, zij het dat de gedane investeringen in de sleutel van een belangenafweging werden geplaatst, hetgeen maakte dat als al sprake zou zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel zou moeten prevaleren.

43 Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.15.2.

44 Rb. Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2645.

## 4.1 Juridische gevolgen voor Didam-strijdige overeenkomsten

Vrij snel na het verschijnen van het *Didam*-arrest rees de vraag of een overeenkomst die in strijd met het *Didam*-arrest is gesloten nietig, vernietigbaar of (in beginsel) onaantastbaar is. Het antwoord op deze vraag is voor de praktijk van groot belang, omdat dit bepalend is voor de geldigheid van de titel die ten grondslag ligt aan leveringen die reeds vóór het *Didam*-arrest hebben plaatsgevonden en voor de afdwingbaarheid van overeenkomsten die vóór het *Didam*-arrest zijn gesloten, maar nog niet zijn nagekomen. Voor de goede orde zij opgemerkt dat de in deze paragraaf centraal staande vraag vooral ziet op de situatie waarin er al een overeenkomst tot stand is gekomen en de rechter oordeelt dat deze in strijd met het *Didam*-arrest is gesloten, meestal omdat ten onrechte geen selectieprocedure is toegepast. Daarnaast is er veel rechtspraak, waarin juist het voornemen om tot een overeenkomst te komen voorligt. Dit betreft de zaken waarin naar aanleiding van de publicatie van dat voornemen een kort geding wordt gestart door een partij die zegt geen eerlijke kans te hebben gekregen om naar de desbetreffende onroerende zaak mee te dingen. In die zaken draait het doorgaans niet om de vernietiging van een reeds gesloten overeenkomst, maar wordt veeleer een verbod gevorderd om de voorgenomen overeenkomst te sluiten. De vraag naar nietigheid of vernietigbaarheid komt dan logischerwijs (nog) niet aan de orde.

In de literatuur is vanaf het begin druk gespeculeerd over de mogelijke consequenties voor *Didam*-strijdige overeenkomsten. De opvattingen lopen daarbij uiteen. De meest sombere opvatting gaat ervan uit dat het door de overheid ten onrechte niet bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van grond, leidt tot nietigheid van de verkoop.<sup>45</sup> De meeste auteurs vinden evenwel dat nietigverklaring van bestaande overeenkomsten tot te verstrekkinge gevolgen zou kunnen leiden. Zij achten *Didam*-strijdige overeenkomsten in beginsel onaantastbaar, maar sluiten niet uit dat in geval van schending van het *Didam*-arrest een overheidslichaam kan worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad.<sup>46</sup> Slechts onder bijzondere omstandigheden kan sprake zijn van vernietigbaarheid. Dat geldt echter niet voor overeenkomsten die dateren van vóór het *Didam*-arrest. Behoudens evidente gevallen van bijvoorbeeld corruptie of vriendjespolitiek zijn die gewoon geldig. De gedachte die daaraan ten grondslag ligt, is dat remedies niet verder dienen te gaan dan nodig is voor verwezenlijking van de onderliggende norm en de omstandigheid dat de wetgever nergens heeft laten blijken dat schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet leiden

tot civielrechtelijke nietigheid. Sommige auteurs trekken tot slot een parallel met het aanbestedingsrecht en betogen dat een schending van de *Didam*-regels, net als een schending van het aanbestedingsrecht, geen met de wet strijdige strekking oplevert, waardoor een overeenkomst in strijd met deze regels slechts vernietigbaar is, waarbij omwille van de rechtszekerheid de mogelijkheid van vernietiging in tijd gelimiteerd is (zes maanden). Nadien rest een gedupeerde nog slechts een schadevergoedingsactie.<sup>47</sup>

Voor de praktijk belangrijker dan de literatuur, is hoe rechters denken over de gevolgen van het niet naleven van het *Didam*-arrest. Helaas laat ook de rechtspraak (nog) geen eenduidig beeld zien. Wij noemen hier de meest in het oog springende uitspraken. De eerste uitspraak die vermelding verdient is een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 22 maart 2023, die – getuige de vele verontwaardigde berichten daarover op sociale media – insloeg als een bom.<sup>48</sup> In die zaak ging het om een door de gemeente Rhenen op 28 augustus 2020 – dus ruim een jaar voor het *Didam*-arrest – gesloten koopovereenkomst voor de verkoop van een monumentaal pand. Begin 2023 publiceerde de gemeente het voornemen tot levering. Eiseres maakte daarop een kort geding aanhangig en betoogde dat de koopovereenkomst nietig was. De voorzieningenrechter oordeelde dat, hoewel de koopovereenkomst vóór het *Didam*-arrest was gesloten, de gemeente gehouden was het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. De gemeente had echter nagelaten om een selectieprocedure te doorlopen. Aldus was naar het oordeel van de voorzieningenrechter sprake van een *Didam*-strijdige overeenkomst. De vraag was vervolgens waar dat toe zou moeten leiden. Volgens de voorzieningenrechter heeft de gemeente door schending van het gelijkheidsbeginsel in strijd met een dwingende wetsbepaling gehandeld. Op grond van artikel 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot nietigheid, tenzij de bepaling strekt tot bescherming van een der partijen bij een meezijdige rechtshandeling. Het gelijkheidsbeginsel strekt er in dit geval juist toe om ook derden die geen partij zijn bij de overeenkomst te beschermen. Nietigheid is dan echter alleen aan de orde als de wetsbepaling waarmee in strijd is gehandeld de strekking heeft om de geldigheid van de daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (art. 3:40 lid 3 BW). Omdat de in artikel 3:14 BW neergelegde verplichting om bij het sluiten van een overeenkomst het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen ertoe strekt de geldigheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst aan te tasten, is het rechtsgevolg van de schending van dit beginsel nietigheid van de overeenkomst. Dit oordeel heeft in de praktijk veel stof doen opwaaien. In de eerste plaats, omdat nietigheid een zeer vergaande sanctie is. Een overeenkomst die nietig is, heeft immers nooit bestaan. In de tweede plaats betekent

45 L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', *WPNR* 2022, afl. 7355, p. 42.

46 I. Haverkate & D.W.N. Brand 'Het *Didam*-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1; T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/948, afl. 15, p. 1127-1128; W.G. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het *Didam*-arrest vanuit notarieel perspectief', *Juridische Berichten voor het Notariaat*, september 2022, p. 4 e.v.; S.E. Bartels, 'Zijn *Didam*-strijdige overeenkomst nietig?', *WPNR* 2022/7392, p. 859-867.

47 J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers & M. Stainer, 'De gevolgen van het *Didam*-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?', *TA* 2023/54, p. 5-11.

48 Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244. Zie uitvoeriger over deze uitspraak o.a. J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers & M. Stainer, 'De gevolgen van het *Didam*-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?', *TA* 2023/54, p. 5-11.

deze uitspraak dat de nietigheidssanctie zich ook (en vooral) uitstrekt over overeenkomsten die dateren van vóór het *Didam*-arrest. Terwijl algemeen werd aangenomen, dat deze overeenkomsten in beginsel geldig waren. Deze uitspraak doet dan ook in ernstige mate afbreuk aan de rechtszekerheid.

Niet veel later werden de gemoederen weer een beetje tot bedaren gebracht door een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023.<sup>49</sup> Deze uitspraak betreft het hoger beroep in de bodemprocedure in de *Didam*-zaak. Het hof oordeelt allereerst dat de gemeente ten onrechte geen ruimte voor mededinging heeft geboden. Ook hier was de vraag vervolgens waar dat toe zou moeten leiden. Het hof oordeelt dat vernietiging (en dus geen nietigheid) een passende sanctie is. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat, hoewel de koopovereenkomst op 3 oktober 2019 en dus geruime tijd voor het *Didam*-arrest, is gesloten, de gemeente op dat moment al wist dat er nog een andere partij belangstelling had voor de locatie. Onder deze omstandigheden<sup>50</sup> is naar het oordeel van het hof vernietiging van de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW op vordering van de gepasseerde geïnteresseerde ondernemer de passende remedie tegen de niet-naleving van de regels uit het *Didam*-arrest. Een andere beslissing zou het voor een overheidslichaam te gemakkelijk maken om de rechter voor een voldongen feit te plaatsen door de koopovereenkomst aan te gaan nog vóór diens uitspraak. Het hof zoekt voor de sanctie van vernietiging aansluiting bij het aanbestedingsrecht. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten geoordeeld dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling.<sup>51</sup> Naar analogie van deze rechtspraak en van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 heeft het hof daarom de vernietiging van de koopovereenkomst van 3 oktober 2019 uitgesproken. Wij hebben begrepen dat er inmiddels cassatie is ingesteld tegen deze uitspraak van het hof.

Een andere interessante uitspraak die niet onvermeld mag blijven betreft een uitspraak van de rechtbank Limburg van 17 mei 2023.<sup>52</sup> In die zaak ging het om een koopovereenkomst die in 2010 tot stand was gekomen tussen de gemeente Leudal en HG Beheer. HG Beheer vordert nakoming van de overeenkomst in die zin dat de gemeente wordt veroordeeld om mee te werken aan levering van de percelen. De gemeente beroept zich onder meer op nietigheid van de koopovereenkomst, omdat voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst geen selectieprocedure zou zijn doorlopen zoals het *Didam*-arrest voorschrijft. Niet in geschil is dat de gemeente geen objectieve, toetsbare en

redelijke beleidscriteria heeft vastgesteld en geen passende mate van openbaarheid heeft verzekerd. Ook heeft geen bekendmaking plaatsgevonden van de voorgenomen verkoop aan HG Beheer en heeft de gemeente niet gemotiveerd waarom bij voorbaat vaststond of redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat alleen HG Beheer in aanmerking kwam als koper van de percelen. De rechtbank oordeelt dat het vorenstaande betekent dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen op een wijze die niet in overeenstemming is met de eisen die voortvloeien uit de mededingingsmaatstaf uit het *Didam*-arrest. De normschending bestaat aldus uit de niet-naleving van de verplichting om de bedoelde openbare selectieprocedure te volgen, welke procedure is gericht op het voorkomen van schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van een of meer concrete (rechts)perso(o)n(en). De rechtbank maakt vervolgens onderscheid tussen normschending van formeelrechtelijke aard en normschending van materieelrechtelijke aard. De vastgestelde normschending is in elk geval formeelrechtelijk van aard. Er is immers geen openbare selectieprocedure gevolgd, zoals het gelijkheidsbeginsel eist. Niet in alle gevallen hoeft een formele normschending ook te leiden tot een materiële schending van het gelijkheidsbeginsel. Dat is alleen het geval als er daadwerkelijk een gepasseerde, geïnteresseerde gegadigde is, die bovendien contractspartij zou hebben kunnen en moeten worden in plaats van degene die dat daadwerkelijk is geworden. Een dergelijke gegadigde was in dit geval niet bekend, zodat louter sprake was van een normschending van formeelrechtelijke aard. In die situatie moet worden aangenomen dat de geschonden norm niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten als bedoeld in artikel 3:40 lid 3 BW. Dat betekent dat aan de vastgestelde normschending geen rechtsgevolgen worden verbonden.<sup>53</sup> Deze uitleg is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid toe te juichen. Immers, het enkel niet volgen van een openbare selectieprocedure leidt niet tot een nietige koopovereenkomst in het geval er in werkelijkheid helemaal geen sprake is van enige daadwerkelijke schending van het gelijkheidsbeginsel in materiële zin.

Tot slot is van belang dat de rechtbank Midden-Nederland (nota bene de rechtbank die zelf het verstrekkende oordeel over nietigheid van *Didam*-strijdige overeenkomsten heeft

49 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, BR 2023/47, m.nt. S. Elbertsen & E.W. J. de Groot.

50 Dit past bij de benadering van Bartels, die ervan uitgaat dat *Didam*-strijdige overeenkomsten die dateren van vóór het *Didam*-arrest rechtsgeldig zijn, behoudens evidente gevallen. Bekendheid met andere geïnteresseerden is zo'n evident geval.

51 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*); HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Van der Stroom/Staat*) en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax/UU*).

52 Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086.

53 Hetgeen overigens onverlet laat dat de vastgestelde normschending een onrechtmatige daad zou kunnen vormen jegens een gepasseerde potentiële gegadigde. Vgl. S.E. Bartels, 'Zijn *Didam*-strijdige overeenkomst nietig?', *WPNR* 2022/7392, p. 859-867. Zie echter ook Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487 (r.o. 4.16), waar in het kader van de schadevergoedingsactie ook de vraag aan de orde kwam of de geschonden norm (gelijkheidsbeginsel) wel strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept (relativiteitsvraag).



geveld!) voornemens is onder meer<sup>54</sup> de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen:<sup>55</sup>

1. Zijn door de overheid gesloten privaatrechtelijke (koop-) overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, die niet conform de in het *Didam*-arrest genoemde procedurevoorschriften tot stand zijn gekomen, nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig?
2. Maakt het daarbij verschil of de overeenkomst voor of na 26 november 2021 (de datum van het *Didam*-arrest) tot stand is gekomen?
3. Als het antwoord op vraag 2 ja is, wat zijn dan de rechtsgevolgen voor een overeenkomst die voor 26 november 2021 tot stand is gekomen, maar waarvan de levering op die datum nog niet heeft plaatsgevonden?
4. Indien het antwoord op vraag 1 luidt dat niet *Didam*-conforme overeenkomsten nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, kan de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan een beroep hierop? Zo ja, welke omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen?

Het laatste woord over het lot van *Didam*-strijdige overeenkomsten is dus nog niet gesproken. Tot die tijd blijft onzeker wat de precieze consequenties zijn als de *Didam*-procedure niet, of niet op de juiste wijze, is of wordt gevolgd en welke omstandigheden daarbij een rol spelen. Dit betekent dat overeenkomsten die in strijd met het *Didam*-arrest tot stand zijn gekomen tot op zekere hoogte vogelvrij zijn. Steeds bestaat immers het risico dat een rechter oordeelt dat de overeenkomst vernietigd dient te worden of, erger nog, nietig is. Het is voor de praktijk van belang dat de Hoge Raad op korte termijn meer duidelijkheid geeft over het lot van *Didam*-strijdige overeenkomsten.

#### 4.2 Soorten schendingen van het *Didam*-arrest

In de rechtspraak valt een onderscheid te maken tussen verschillende soorten schendingen van de *Didam*-regels, waarbij niet elke schending het overheidslichaam even zwaar wordt aangerekend.<sup>56</sup> Uit de hierboven besproken rechtspraak volgt dat het niet volgen van een openbare selectieprocedure – terwijl niet valt uit te sluiten dat er andere geïnteresseerde zijn en op voorhand niet is uitgesloten dat, als zij een eerlijke kans hadden gekregen, ook zij contractspartij van het overheidslichaam hadden kunnen worden – doorgaans niet zonder gevolgen is. In die gevallen ligt vernietiging in beginsel voor de hand, omdat de

geconstateerde normschending ertoe leidt dat die andere geïnteresseerde gegadigden geen eerlijke kans hebben gekregen om mee te dingen naar het door het overheidslichaam te vergeven schaarse goed.

Er zijn echter ook schendingen van de *Didam*-regels denkbaar die overheidslichamen minder zwaar kunnen worden aangerekend. Dit betreft met name publicatiegebreken. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de twee soorten publicaties die het *Didam*-arrest noemt. In de eerste plaats is er de aankondiging door het overheidslichaam dat er een schaars goed te vergeven is, dat in dat verband een selectieprocedure zal worden gevolgd en welke selectiecriteria daarbij zullen worden gevolgd. Dit betreft de publicatie die moet plaatsvinden als de hoofdregel uit het *Didam*-arrest (het bieden van mededingingsruimte door het volgen van een selectieprocedure) wordt toegepast.<sup>57</sup> Daarnaast is er de aankondiging die het overheidslichaam moet doen als het voornemens is een schaars goed te vergeven aan een partij waarvan bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat dit de enige serieuze gegadigde is. Dit betreft de publicatie die moet plaatsvinden als de uitzondering uit het *Didam*-arrest wordt toegepast.<sup>58</sup> Het verschil tussen beide publicaties is dat de eerstbedoelde publicatie een onlosmakelijk onderdeel is van de selectieprocedure. Als die publicatie niet of gebrekkig plaatsvindt, is er geen sprake van het bieden van ruimte aan (potentiële) gegadigde om mee te dingen naar het schaarse goed. Op de juiste wijze publiceren is dan een constitutief vereiste voor het bieden van (voldoende) mededingingsruimte. Dat is anders bij publicatie van het voornemen om het schaars goed aan de enige serieuze gegadigde te vergeven. In dat geval leidt niet publiceren niet automatisch tot het oordeel dat de contractspartij niet de enige serieuze gegadigde is. Publicatie is in dat geval geen constitutief vereiste om aan het *Didam*-arrest te kunnen voldoen.

In gevallen waarin sprake is van één serieuze gegadigde, maar geen publicatie heeft plaatsgevonden van het voornemen om met die partij te contracteren wordt dit overheidslichamen meestal niet tegengeworpen. De redenering is dan vaak dat, hoewel de door de Hoge Raad in het *Didam*-arrest geformuleerde regels geacht kunnen worden het tevoren reeds geldende recht weer te geven (en dus de mededingingsnorm altijd geacht moet worden te hebben gegolden), in praktische zin de precieze inhoud daarvan op voorhand niet volledig was te overzien. Dat het overheidslichaam ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met een contractspartij de – op dat moment nog niet bekende – regel over de bekendmaking en motivering van het voornemen niet heeft nageleefd, is dan dus niet fataal.<sup>59</sup>

Is daarentegen sprake van het niet of gebrekkig publiceren van de beschikbaarheid van een schaars goed, de te volgen

54 De rechtbank heeft verder ook gevraagd of op grond van de aard van het goed redelijkerwijs kan worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de verkoop (bagatelsituaties) en of er omstandigheden denkbaar zijn waaronder de voor de in het *Didam*-arrest genoemde uitzonderingsmogelijkheid noodzakelijke openbare aankondiging door het overheidslichaam niet hoeft te worden gedaan.

55 Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418, r.o. 4.15, BR 2023/70, m.nt. T.A. Terlien & L.S. Overmeire.

56 De rechtbank Midden-Nederland is voornemens ook hierover een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen. Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418, zie vraag 5b: “Heeft het enkele niet voldoen aan het vereiste van de openbare aankondiging door het overheidslichaam al tot gevolg dat de overeenkomst nietig of vernietigbaar is?”

57 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1776, r.o. 3.1.5.

58 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1776, r.o. 3.1.6.

59 Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.20.

selectieprocedure en/of de daarbij toe te passen selectiecriteria, dan leidt dit al snel tot het oordeel dat sprake is van het niet of onvoldoende bieden van mededingingsruimte. Dat leidt dan vaak tot een verbod om met de geselecteerde partij verder te gaan, althans zonder andere partijen eerst een fatsoenlijke kans te bieden om alsnog mee te dingen.<sup>60</sup>

#### 4.3 *Gelijkheidsbeginsel is niet absoluut*

Uit de rechtspraak volgt dat het gelijkheidsbeginsel geen absolute gelding heeft. Soms staan andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel – in de weg aan vernietiging van een overeenkomst of het verbieden van een rechtshandeling wegens strijd met het in het *Didam*-arrest uitgewerkte gelijke kansen-beginsel.

Op grond van artikel 3:14 BW mag een bevoegdheid die een overheidslichaam krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van het 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 in acht moet nemen.<sup>61</sup> Dat geldt niet alleen voor het gelijkheidsbeginsel – waar het in het *Didam*-arrest om draaide – maar ook voor de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Soms botsen die beginselen met elkaar. In de eerste plaats kan een dergelijke botsing zich voordoen op het moment dat het overheidslichaam door middel van levering uitvoering wil geven aan een reeds gesloten (koop)overeenkomst, maar een gegadigde zich meldt die met een beroep op het *Didam*-arrest vernietiging van de overeenkomst, dan wel een verbod op levering vordert.<sup>62</sup> Het overheidslichaam (en vaak ook de contractspartij van het overheidslichaam) verweert zich dan soms met een beroep op het vertrouwens- of rechtzekerheidsbeginsel. In de tweede plaats kan zich een botsing voordoen als een overheidslichaam zich naar aanleiding van het *Didam*-arrest bedenkt en de uitgifteprocedure staakt of weigert om (verdere) uitvoering te geven aan de reeds gesloten (koop)overeenkomst omdat geen mededingingsruimte is geboden.<sup>63</sup> In die situatie is het juist de partij waarmee het overheidslichaam in gesprek was en soms zelfs als een overeenkomst heeft gesloten die zich beroept op gewekt vertrouwen. In beide gevallen rijst de vraag wat de ‘waarde’ is van de onderhandelingen die tot dan toe hebben plaatsgevonden en een eventuele overeenkomst die

reeds tot stand is gekomen, maar waaraan nog geen uitvoering is gegeven (levering heeft nog niet plaatsgevonden).

Hiervoor merkten wij op dat het adagium ‘afpraak is afspraak’ niet altijd opgaat. De rechtspraak laat zien dat ook overeenkomsten die vóór het *Didam*-arrest tot stand zijn gekomen, maar waaraan nog geen uitvoering is gegeven, niet onschendbaar zijn. Reeds gesloten overeenkomsten zijn op zichzelf dan ook geen valide criterium aan de hand waarvan kan worden betoogd dat de partij waarmee het overheidslichaam een overeenkomst heeft gesloten de enige (overgebleven) serieuze gegadigde is. Het *Didam*-arrest heeft immers terugwerkende kracht. Dus ook bij de totstandkoming van die overeenkomst moet op enigerlei wijze mededingingsruimte zijn geboden, tenzij destijds kon worden betoogd dat de geselecteerde partij de enige serieuze gegadigde was.<sup>64</sup> Dat betekent echter niet dat reeds gemaakte afspraken of gesloten overeenkomsten helemaal geen waarde hebben. Soms wegen die afspraken namelijk dusdanig zwaar dat ondanks het feit dat geen mededingingsruimte is geboden, de rechter toch niet tot een vernietiging van de reeds gesloten overeenkomst of een verbod op de uitvoering daarvan komt. Wij zullen hier een aantal aspecten bespreken die bij de in dat kader te maken belangenafweging een rol kunnen spelen.<sup>65</sup>

Voor het laten prevaleren van het vertrouwensbeginsel boven het gelijkheidsbeginsel lijkt vooral relevant of partijen al vóór het *Didam*-arrest een overeenkomst hebben gesloten of in een vergevorderd stadium van onderhandelingen waren. Op dat moment wisten partijen immers nog niet van het op handen zijnde *Didam*-arrest. Hoewel al meermaals is uitgemaakt dat het *Didam*-arrest terugwerkende kracht heeft,<sup>66</sup> legt het gelijkheidsbeginsel in die gevallen toch iets minder gewicht in de schaal.<sup>67</sup> Dat kan overigens anders zijn als partijen weliswaar vóór het *Didam*-arrest al met elkaar in gesprek waren over de uitgifte van een onroerende zaak, maar daarbij voorbehouden hebben gemaakt, die (om andere redenen) maken dat het overheidslichaam niet zonder meer gehouden is de gemaakte afspraken na te komen.<sup>68</sup> Het vorenstaande sluit ook aan bij het betoog van Bartels dat (koop)overeenkomsten die vóór het *Didam*-arrest tot stand zijn gekomen, in beginsel rechtsgeldig tot stand zijn gekomen en daaraan dus uitvoering kan en moet worden

60 Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685, r.o. 4.6-4.10.

61 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*).

62 Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170; Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368.

63 Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184; Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831; Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82; Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086.

64 Volgens ons gaat het er daarbij om dat op het moment van selecteren van de desbetreffende partij, die partij de enige serieuze gegadigde was. Dat er op een later moment nog een potentiële gegadigde is, is niet relevant.

65 Voor de goede orde merken wij hierbij op dat een dergelijke belangenafweging pas aan de orde komt als niet alsnog met succes kan worden betoogd dat de destijds door het overheidslichaam ‘geselecteerde’ onderhandelings- en contractspartij partij op het moment van het aangaan van de onderhandelingen en/of sluiten van de overeenkomst de enige serieuze gegadigde was. Immers, als dat wel het geval is, dan is strikt genomen geen sprake van het *ten onrechte* niet organiseren van een selectieprocedure. Een schending van het gelijkheidsbeginsel is dan dus niet aan de orde.

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

67 Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82, r.o. 4.23; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170, r.o. 4.7.

68 Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184.

gegeven, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.<sup>69</sup> Voor onderhandelingen die zijn gestart en overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na het *Didam*-arrest geldt dat veel moeilijker nog met succes een beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan om een *Didam*-strijdige transactie doorgang te laten vinden. In die situatie weten partijen immers dat het *Didam*-arrest verplicht tot het organiseren van een selectieprocedure.<sup>70</sup>

Ook kan sprake zijn van bijzondere omstandigheden die maken dat, hoewel partijen al (ver) voor het *Didam*-arrest met elkaar in gesprek waren, toch geen beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel. Zo'n bijzondere omstandigheid kan zijn dat het overheidslichaam bekend is met een andere (potentiële) gegadigde voor het te vergeven schaarse goed maar niettemin met één partij onderhandelt en tot overeenstemming komt. Het negeren van andere (potentiële) gegadigden maakt dat het vertrouwen van de onderhandelingspartner van het overheidslichaam dat overeenstemming zou worden bereikt weinig gewicht in de schaal legt.<sup>71</sup> Dit deed zich ook voor in de *Didam*-casus, waarin de gemeente Montferland wist dat een franchisenemer van een Albert Heijn-supermarkt ook belangstelling had in de gemeentehuislocatie in het dorpscentrum van Didam, maar die belangstelling negeerde en stug bleef dooronderhandelen met Groenstaete die een Coop-supermarkt in het oude gemeentehuis wilde vestigen.

Tot slot wijzen wij erop dat niet altijd sprake hoeft te zijn van contractueel gewekt vertrouwen dat het gelijkheidsbeginsel opzijzet. Ook het vaststellen van een bestemmingsplan ten behoeve van een ruimtelijke ontwikkeling waaraan de door het overheidslichaam voorgenomen transactie uitvoering geeft, kan maken dat erop mocht worden vertrouwd dat de transactie doorgang zou vinden.<sup>72</sup>

#### 4.4 Belang bij vordering

Relevant voor de consequenties van een schending van het *Didam*-arrest is tot slot in hoeverre een dergelijke schending daadwerkelijk iemand raakt. In de rechtspraak is te zien dat dit vaak als een soort voorvraag wordt beschouwd, waarbij de rechter eerst nagaat of de partij die een beroep doet op het *Didam*-arrest zelf wel als een potentiële gegadigde is te beschouwen en derhalve een belang heeft

bij haar vordering.<sup>73</sup> Over het algemeen wordt daarbij de lat van de stelplicht niet zo hoog gelegd en hoeft alleen in enigerlei mate aannemelijk te worden gemaakt dat sprake is van reële belangstelling.<sup>74</sup> Een enkele keer wordt de lat wat hoger gelegd en wordt van een partij gevergd dat zij een concreet, deugdelijk en geloofwaardig plan presenteert als alternatief voor het plan van de door het overheidslichaam geselecteerde partij.<sup>75</sup>

Maar zelfs als aan de stelplicht van de vraag of iemand gegadigde is geen hoge eisen worden gesteld, gebeurt het nog wel eens dat een partij niet als (serieuze) gegadigde wordt aangemerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een eisende partij beweert dat zij samen met een andere partij de door het overheidslichaam beoogde ontwikkeling tot stand wil brengen, maar niet aan de hand van verklaringen van die andere partij kan onderbouwen dat die met haar wil samenwerken.<sup>76</sup> Als op enig moment afstand is gedaan van de positie van gegadigde, kan daar achteraf niet op worden teruggekomen.<sup>77</sup> Ook kan het feit dat een partij niet beschikt over toegang tot kennis, ervaring en/of financiële middelen die benodigd zijn voor de uitvoering van het project aanleiding zijn om te oordelen dat een partij geen serieuze gegadigde is.<sup>78</sup> Tot slot kan het feit dat een partij zich in eerste instantie als omwonende presenteert en zich in die hoedanigheid verzet tegen een bepaald project niet ineens – in het kader van een *Didam*-procedure – pretenderen te willen meedingen naar dat project. In dat geval wordt onaannemelijk geacht dat de betreffende partij de verlangde beschikingsmacht over de grond zal gebruiken om het project te realiseren.<sup>79</sup> In wezen gaat het hierbij steeds om formele schendingen van het gelijkheidsbeginsel die niet ook een materiële schending van het gelijkheidsbeginsel oplevert.<sup>80</sup>

#### 4.5 Hoe nu verder?

In deze paragraaf hebben wij een uiteenlopend beeld geschetst dat oprijst uit de rechtspraak en literatuur over het *Didam*-arrest. Wij wachten met smart op komende richtinggevendende uitspraken van de Hoge Raad, die hopelijk volgen op het hoger beroep in de *Didam*-bodemzaak en de prejudiciële

69 Vgl. S.E. Bartels, 'Zijn *Didam*-strijdige overeenkomst nietig?', *WPNR* 2022/7392, p. 859-867.

70 Voor zover ons bekend is tot op heden slechts één keer een beroep op het vertrouwensbeginsel gehonoreerd in een zaak waarin de onderhandelingen (overigens zeer kort) na het *Didam*-arrest waren gestart. Zie Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831, r.o. 4.13. In die zaak ging het om het verhuren van een pand door de gemeente aan een sportschoolhouder. Hoewel er ook een andere gegadigde was voor het pand, en er dus gelijke kansen moesten worden geboden, prevaleerde in dit geval toch het belang van de sportschoolhouder. De reden daarvoor was dat het niet gestand doen van de gemaakte afspraken voor de sportschoolhouder zeer verstrekende gevolgen zou hebben, aangezien hij zijn oude pand binnen anderhalve maand na de uitspraak moest verlaten, omdat het gesloopt zou worden. Het belang van de andere gegadigde op een gelijke behandeling woog daar niet tegenop.

71 Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618, r.o. 4.8.

72 Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368, r.o. 6.11.

73 Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310, r.o. 5.8; Rb. 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:997, *BR* 2023/40, m.nt. M. Fokkema & F. de Boer; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144, r.o. 5.6.

74 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144, r.o. 5.6.

75 Rb. Oost-Brabant 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:997, *BR* 2023/40, m.nt. M. Fokkema & F. de Boer. Overigens denken wij dat de rechtbank in deze zaak de lat te hoog legt. In dat kader kan worden gewezen op Hof Arnhem-Leeuwarden, 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.6, waarin werd overwogen dat juist doordat er geen passende mate van openbaarheid was geboden, andere marktpartijen de kans was ontnomen om aan de gemeente een aantrekkelijk plan te presenteren, *BR* 2023/47, m.nt. S. Elbertsen & E.W.J. de Groot.

76 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144, r.o. 5.7; Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.19.

77 Rb. Gelderland 25 april 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:2660, r.o. 5.14.

78 Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.19; Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892.

79 Rb. Noord-Holland van 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.7, *BR* 2023/16, m.nt. T.A. Terlien.

80 Vgl. Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086.

vragen die de rechtbank Midden-Nederland voornemens is te stellen. Vanuit maatschappelijk oogpunt lijkt het ons het meest wenselijk als wordt geoordeeld dat overeenkomsten die dateren van vóór het *Didam*-arrest in beginsel geldig zijn, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals de door Bartels genoemde corruptie of vriendjespolitiek, maar ook de wetenschap dat er andere gegadigden zijn voor de te vergeven onroerende zaak. Voor *Didam*-strijdige overeenkomsten gesloten na het *Didam*-arrest, zou volgens ons moeten gelden dat deze weliswaar vernietigbaar zijn, maar alleen als sprake is van een voldoende zware schending van het gelijkheidsbeginsel. Het enkel niet (juist) publiceren of het passeren van geen reële gegadigden levert volgens ons hooguit een formele, en geen materiële schending van het gelijkheidsbeginsel op en rechtvaardigt een vernietiging niet. Omwille van een goede balans tussen rechtsbescherming enerzijds en rechtszekerheid anderzijds achten wij het voorts van belang de mogelijkheid van vernietiging in tijd te limiteren. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de termijn van zes maanden uit het aanbestedingsrecht. Nadien resteert voor een gepasseerde potentiële gegadigde nog slechts een schadevergoedingsactie wegens de vastgestelde normschending (onrechtmatige daad).<sup>81</sup> Tot slot kan zich de situatie voordoen waarin een *Didam*-strijdige overeenkomst al is nagekomen. Vernietiging zou ook dan vanuit een oogpunt van rechtszekerheid niet voor de hand moeten liggen, behoudens gevallen waarin sprake is van bijzondere omstandigheden zoals corruptie, vriendjespolitiek of het bewust negeren van andere gegadigden. Is van dit laatste geen sprake, dan resteert ook in dit geval slechts een schadevergoedingsactie voor een gepasseerde gegadigde.

## 5. Slotbeschouwing

Het *Didam*-arrest is inmiddels twee jaar oud. Dat neemt niet weg dat het arrest onverminderd in de belangstelling staat. Dat blijkt niet alleen uit het grote aantal uitspraken dat inmiddels over het arrest is verschenen, maar vooral ook uit de vele vragen die wij in onze dagelijkse praktijk over het *Didam*-arrest krijgen. Wij denken nog steeds dat het *Didam*-arrest niet de gamechanger is die in de eerste commentaren op het arrest was voorspeld. Overheden hebben immers nog steeds veel beleidsruimte bij het formuleren van selectiecriteria en het inzetten van grondposities om beleidsdoelen te realiseren. Zij kunnen op die manier nog steeds goed sturen op de (soort) partij waarmee zij willen contracteren. De in de literatuur en politiek te beluisteren kritische geluiden doen daar volgens ons niet aan af. In zoverre is er dus niet veel veranderd met het *Didam*-arrest. Wat wel is veranderd, is dat overheden er met het *Didam*-arrest een hoop huiswerk bij hebben gekregen. En inmiddels is ook het besef ingedaald dat zij dat huiswerk goed moeten maken om een voorgenomen transactie ongeschonden de

eindstreep te laten halen. In ons vorige artikel merkten wij daarover op dat overheden meestal vrij makkelijk wegwamen met de toedeling van schaarse onroerende zaken aan één bepaalde partij, mits zij maar een beetje hun best deden dat aan de hand van fatsoenlijke criteria te beargumenteren. Het afgelopen jaar hebben wij echter gezien dat rechters kritischer zijn gaan kijken naar de toegepaste selectiecriteria en de doorlopen procedure. Wij merken dat overheden zich hier ook steeds meer bewust van worden. In dat opzicht kan worden gesteld dat het *Didam*-arrest niet zozeer een gamechanger is, als wel een *mindset-changer*. Overheden moeten wel werk maken van het vergeven van schaarse goederen. Tegelijkertijd zien wij ook dat er als gevolg van de vele vaak wisselende rechtspraak in de praktijk onzekerheid bestaat over wat nu wel en niet mag als het om het bieden van mededingingsruimte gaat. Welke selectiecriteria kunnen wel worden toegepast en welke niet? Ook de nogal wisselende rechtspraak over de precieze consequenties van niet *Didam*-conform handelen zorgt voor onrust. Wij concluderen dan ook dat de *Didam*-praktijk vooralsnog bestaat uit navigeren in woelig vaarwater. Het wachten blijft op de Hoge Raad die de praktijk meer houvast moet geven. Wij zijn benieuwd of bij de derde verjaardag van het *Didam*-arrest de storm geluwd is.

81 Vgl. Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487. De rechtbank oordeelde dat, omdat de gemeente jegens eiseres het gelijkheidsbeginsel niet in acht genomen heeft, zij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die eiseres als gevolg daarvan heeft geleden (r.o. 4.16).