

Drie jaar *Didam*-regels: het *Didam II*-arrest als nieuw baken?

BR 2025/2

1. Inleiding

Inmiddels is het ruim drie jaar geleden dat de Hoge Raad het in vastgoedkringen als baanbrekend beschouwde *Didam*-arrest wees.² In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel³ voortvloeit dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak. Althans, als er meerdere gegadigden zijn voor de desbetreffende onroerende zaak of dit redelijkerwijs te verwachten is. Belangrijk voor de praktijk is de in het *Didam*-arrest geformuleerde uitzondering. 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. Wel moet ook dan het voornemen tot verkoop met de daaraan ten grondslag liggende motivering waarom de desbetreffende partij de enige serieuze gegadigde is vooraf worden gepubliceerd.

Het *Didam*-arrest wordt als baanbrekend beschouwd, omdat het een einde maakte aan een reeds lang bestaande praktijk waarin overheden vastgoed een-op-een verkochten aan marktpartijen. De algemene opvatting was lange tijd namelijk dat er geen verplichting bestond mededingingsruimte te bieden bij de verkoop van grond. Daarnaast heeft het *Didam*-arrest tot veel beroering geleid, omdat in het arrest weliswaar een duidelijke verplichting voor overheden werd geformuleerd om bij de verkoop van vastgoed mededingingsruimte te bieden, maar het arrest tegelijkertijd veel voor de praktijk relevante vragen onbeantwoord liet. Dit betreft vragen over de reikwijdte van het arrest, de geschiktheid van bepaalde selectiecriteria en de consequenties voor overeenkomsten die in strijd met de *Didam*-regels tot stand zijn gekomen. Deze vragen houden de praktijk al drie jaar in hun greep en zorgen nog steeds voor veel *Didam*-rechtspraak, vooral van lagere rechters.⁴ Wij schreven daar

eerder twee artikelen over.⁵ In ons laatste artikel concludeerden wij dat de *Didam*-praktijk als gevolg van de vele in de praktijk levende vragen bestaat uit navigeren in woelig vaarwater en wij gaven dan ook aan in spanning een volgend arrest van de Hoge Raad over de *Didam*-kwestie af te wachten, in de hoop dat dat de praktijk meer houvast zou geven.

De verwachtingen van een nieuw arrest waren hooggespannen, vooral na de conclusie van de A-G in de bodemprocedure in de *Didam*-zaak.⁶ In zijn conclusie gaat de A-G uitvoerig in op veel van de vragen waarmee de praktijk sinds het *Didam*-arrest worstelt. Daarbij lijkt de A-G bovendien een aanzienlijk beperktere lezing van het *Didam*-arrest voor te staan dan waar tot dan toe in zowel de rechtspraak als de literatuur van uit werd gegaan. Ook geeft de A-G er blijk van oog te hebben voor de praktijk. Hij besluit zijn conclusie immers met de opmerking dat het voor de hand ligt dat de Hoge Raad, ten behoeve van de praktijk, de in de praktijk levende en in de conclusie geïdentificeerde vragen in zijn arrest beantwoordt, ook als de behandeling van de aangevoerde cassatieklachten daartoe niet noopt. Antwoorden waarbij de rechtszekerheid vooropstaat, lijken daarbij wenselijk, gelet op de eisen van het rechtsverkeer, aldus de A-G. Wij hadden hierdoor goede hoop dat de Hoge Raad de in de praktijk levende vragen op een voor de praktijk werkbare wijze zou beantwoorden. Op 15 november 2024 was het zover en wees de Hoge Raad arrest.⁷ Helaas stelt het arrest enigszins teleur. De Hoge Raad geeft weliswaar antwoord op de vraag naar de juridische gevolgen voor overeenkomsten die in strijd met de *Didam*-regels tot stand zijn gekomen, maar geeft weinig verduidelijking ten aanzien van het toepassingsbereik van de *Didam*-regels, terwijl de A-G die bal keurig voor het doel had gelegd. Ook roept het arrest op sommige onderdelen weer nieuwe vragen op. Redenen genoeg om een vervolg te geven aan onze twee eerdere artikelen en de belangrijkste overwegingen uit het *Didam II*-arrest te bespreken.

In dit artikel zullen wij aan de hand van de meest in het oog springende overwegingen uit het *Didam II*-arrest ingaan op een aantal belangrijke *Didam*-thema's. Welke openstaande vragen worden nu (alsnog) beantwoord en welke vragen staan nog open? Daarbij zullen wij ook de lagere rechtspraak

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, BR 2022/7, m.nt. S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries en AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren.

3 Dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen, aldus HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4. Zie voor een kritische beschouwing over de aldus door de Hoge Raad gegeven invulling van het gelijkheidsbeginsel G.J. Huith, G.J. van Midden & M.C. Briaire, 'Gelijkheid als bron van (on)zekerheid?', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2024/72, p. 6-17.

4 De teller staat inmiddels op ongeveer 150 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken (zoekterm 'ECLI:NL:HR:2021:1778').

5 G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar *Didam*-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', BR 2022/84, afl. 12 en G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Twee jaar *Didam*-arrest: navigeren in woelig vaarwater', BR 2023/80, afl. 12.

6 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, BR 2024/56, m.nt. S. Elbertsen & E.W.J. de Groot.

7 HR 15 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1661. Dit arrest zullen wij hierna aanduiden als het *Didam II*-arrest, ter onderscheiding van het eerdere *Didam*-arrest, dat wij hierna zullen aanduiden als het *Didam I*-arrest.

betrekken die is verschenen sinds ons vorige artikel.⁸ Achtereenvolgens zullen wij ingaan op de reikwijdte en toepassing van de *Didam*-regels, de door overheden te hanteren selectiecriteria en de juridische gevolgen van schending van de *Didam*-regels. Daarna zullen wij nog enkele onderwerpen bespreken die niet in het *Didam II*-arrest, maar wel afgelopen jaar in lagere rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Wij sluiten af met een slotbeschouwing waarin wij de balans opmaken. Vormt het *Didam II*-arrest een nieuw baken in het woelige water van de *Didam*-praktijk?

2. De reikwijdte en toepassing van de *Didam*-regels

Een eerste kwestie die de praktijk sinds het *Didam I*-arrest bezighoudt, betreft de reikwijdte van de *Didam*-regels. Relevante vragen in dat verband zijn: (1) of de *Didam*-regels alleen zien op de verkoop van onroerend goed, zoals in de *Didam*-casus aan de orde was of ook op andere rechtshandelingen en op andere goederen van de overheid; (2) of de *Didam*-regels zich ook uitstrekken over in het verleden (vóór het wijzen van het *Didam I*-arrest) gesloten overeenkomsten en dus terugwerkende kracht hebben; (3) of er drempels zijn, vergelijkbaar met die uit het aanbestedingsrecht, waaronder de *Didam*-regels niet gelden (bagatellen); en (4) of de *Didam*-regels tevens van toepassing zijn op de uitgifte van onroerende zaken door overheidsvennootschappen (zoals NS, Schiphol, TenneT, havenbedrijven, etc.).

De eerste drie vragen zijn in de rechtspraak de afgelopen drie jaar veelvuldig aan de orde gekomen. In de eerste plaats wordt algemeen aangenomen dat de verplichting om mededingingsruimte te creëren niet alleen geldt voor verkoop, zoals in het *Didam I*-arrest het geval was, maar voor vrijwel elke situatie waarin een overheidslichaam voornemens is een onroerende zaak uit te geven: verkoop, erfpacht,⁹ pacht,¹⁰ verhuur,¹¹ grondruil¹² of bruikleen.¹³ Ook is geoordeeld dat de *Didam*-regels zich niet beperken tot de verkoop van onroerende zaken, maar zich in meer algemene zin uitstrekken tot de verkoop van al dan niet schaarse goederen, waaronder de verkoop van aandelen.¹⁴ In de tweede

plaats is in de lagere rechtspraak meermaals uitgemaakt dat de *Didam*-regels zich ook uitstrekken over in het verleden (vóór het wijzen van het *Didam I*-arrest) gesloten overeenkomsten.¹⁵ Tot slot zijn de *Didam*-regels ook meer dan eens toegepast op de uitgifte van snippergroen en kleine reststroken, zodat aangenomen moet worden dat er geen ondergrens geldt voor de toepassing van de *Didam*-regels.¹⁶ De vierde vraag is in de rechtspraak nog niet aan de orde geweest, maar wel in de literatuur besproken.¹⁷

2.1 Geen verduidelijking ten aanzien van materiële reikwijdte

In zijn conclusie in de *Didam II*-procedure heeft de A-G de Hoge Raad in overweging gegeven om, hoewel de *Didam*-casus daar op zichzelf geen aanleiding toe geeft, ten behoeve van de praktijk in te gaan op de in de praktijk levende vragen naar de precieze reikwijdte van de *Didam*-regels, waaronder de vraag of de *Didam*-regels ook gelden bij andere rechtshandelingen dan de verkoop van onroerende zaken.¹⁸ De Hoge Raad gaat in het *Didam II*-arrest helaas niet op deze vraag in. Ook zegt de Hoge Raad niets over drempels waaronder de *Didam*-regels niet zouden gelden. Er moet volgens ons dan ook van uit worden gegaan dat de *Didam*-regels gelden bij *alle* privaatrechtelijke overeenkomsten¹⁹ die een overheidslichaam sluit met betrekking tot zaken,²⁰ behoudens voor zover het aanbestedingsrecht van toepassing is. De reikwijdte van de *Didam*-regels blijft daarmee onverminderd ruim.

Het vermelden waard in dit verband is een uitspraak van de rechtbank Den Haag, waarin het niet ging om de verkoop van vastgoed, maar om de *aankoop* daarvan.²¹ De rechtbank oordeelde onder verwijzing naar het *Didam I*-arrest dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten gehouden is aan de algemene

8 Dit artikel is afgerond op 4 december 2024. Met uitspraken die na die datum zijn gepubliceerd, is geen rekening gehouden.
 9 Bijv. Gemeenschappelijk Hof 5 december 2023, ECLI:NL:OGHACMB:2023:308; Rb. Den Haag 3 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14892 en Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368.
 10 Bijv. Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739.
 11 Bijv. Rb. Den Haag 29 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:18519; Rb. Rotterdam 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115 en Rb. Gelderland 14 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:713.
 12 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4816; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:381; Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121; Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584 en Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.
 13 Bijv. Rb. Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782, r.o. 3.6.4; Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477 en Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916.
 14 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.

15 Zie voor het eerst Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.33. Zie bijv. ook Rb. Rotterdam 4 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5184 en Rb. Gelderland 29 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3314, r.o. 5.3.
 16 Bijv. Rb. Gelderland 3 juli 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:4024; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1772 en Rb. Den Haag 17 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17931. Zie echter ook C.J. Wolswinkel, 'Zeven jaar na Vlaardingen: is de cirkel van het verdelingsrecht rond?', *JBplus* 2024/1, par. 4.2; C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren & W.H. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746, afl. 12, p. 894-895 en de noot van F.J. van Ommeren bij het *Didam I*-arrest, *AB* 2022/11, par. 6, die allen bepleiten dat er ruimte zou moeten bestaan voor een bagatelregeling onder het mom van 'de kosten van het bieden van mededingingsruimte moeten wel opwegen tegen de baten daarvan'.
 17 Zie G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar *Didam*-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', *BR* 2022/84, afl. 12, par. 3.3 en de noot van F.J. van Ommeren bij het *Didam I*-arrest, *AB* 2022/11, par. 8.
 18 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 6.1.
 19 Zie ook Rb. Noord-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:195 (r.o. 4.17), waarin de rechtbank in algemene zin oordeelde dat o.g.v. de *Didam*-regels de gemeente het gelijkheidsbeginsel in acht dient te nemen bij privaatrechtelijke rechtshandelingen.
 20 Zowel onroerend, als roerend. Zie o.a. C.J. Wolswinkel, 'Zeven jaar na Vlaardingen: is de cirkel van het verdelingsrecht rond?', *JBplus* 2024/1, par. 4.2 en C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren & W.H. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746, afl. 12, p. 892-893.
 21 Rb. Den Haag 8 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17895.

beginselen van behoorlijk bestuur. Dit geldt dus ook voor de beslissing onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot *koop* van een onroerende zaak sluit. Overigens betekent dat in dit geval niet zozeer dat er gelijke kansen moeten worden geboden, maar wel dat er in overeenstemming met het zorgvuldigheids- (art. 3:2 en 3:4 lid 1 Awb) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) moet worden gehandeld.²² In dat verband is het goed om er op te wijzen dat de overheid zowel bij het aangaan²³ van privaatrechtelijke overeenkomsten als bij de uitvoering²⁴ daarvan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dus het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen, maar dat dit niet altijd ook betekent dat de *Didam*-regels van toepassing zijn. De *Didam*-regels zijn immers een uitwerking of verschijningsvorm van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een specifieke situatie (de uitgifte van overheidsvastgoed).²⁵

2.2 Wel verduidelijking ten aanzien van temporele reikwijdte

Hoewel de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest dus nagenoeg niets zegt over de materiële reikwijdte van de *Didam*-regels, schenkt hij wel klare wijn over de temporele reikwijdte van de *Didam*-regels:

“3.1.2 De in de rov. 3.1.4-3.1.6 van het *Didam*-arrest geformuleerde regels zijn, met toepassing van art. 3:14 BW, gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad heeft in het *Didam*-arrest niet bepaald dat die regels pas gelden vanaf de uitspraak of dat schending van die regels geen gevolgen behoort te hebben voor zover die schending heeft plaatsgevonden vóór die uitspraak. Gelet op de aard en achtergrond van die regels bestaat voor een dergelijke beperking van de temporele reikwijdte van de *Didam*-regels ook geen aanleiding. De *Didam*-regels zijn dus ook van toepassing op handelen van een overheidslichaam dat heeft plaatsgevonden voorafgaande aan het *Didam*-arrest.” (onderstr. TS/JW)

Hiermee bevestigt de Hoge Raad datgene waarvan in lagere rechtspraak reeds werd uitgegaan, namelijk dat de *Didam*-regels zich ook uitstrekken tot handelen van overheidslichamen dat heeft plaatsgevonden voorafgaand aan het *Didam I*-arrest (derhalve vóór 26 november 2021).²⁶

22 Rb. Den Haag 8 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17895, r.o. 4.7 en 4.12.

23 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, r.o. 3.3 (*Zeeland/Hoondert*).

24 Zie ook reeds HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, r.o. 3.3 (*Amsterdam/Ikon*).

25 Voor de goede orde wijzen wij erop dat wij in par. 2.6 uitvoeriger terugkomen op de ogenschijnlijk onverkorte gelding van het gelijkheidsbeginsel en de *Didam*-regels die het *Didam II*-arrest lijkt voor te schrijven, maar waarbij kritische kanttekeningen te plaatsen zijn.

26 Zie voor het eerst Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.33. Zie bijv. ook Rb. Rotterdam 4 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5184 en Rb. Gelderland 29 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3314, r.o. 5.3.

2.3 Het pleidooi van de A-G over het toepassingsbereik van de *Didam*-regels

Waar in de praktijk in het bijzonder naar werd uitgekeken, was het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de uitvoerige en doorwrochte beschouwing van de A-G over het toepassingsbereik van de *Didam*-regels.²⁷ Zijn belangrijkste kritiek betreft de invulling die de Hoge Raad in het *Didam I*-arrest geeft aan het gelijkheidsbeginsel – namelijk als een verplichting tot het bieden van gelijke kansen – en de daaruit haast logischerwijs voortvloeiende (nagenoeg) absolute gelding van de verplichting om mededingingsruimte te bieden.²⁸ De A-G wijst er in zijn conclusie op dat de mededingingsnorm niet alleen uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit, maar, gelet op de ratio van die norm (het beheersen van het risico van favoritisme en het realiseren van maximale waarde)²⁹ ook uit het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod op *détournement de pouvoir* en het willekeurverbod.³⁰ Dat betekent volgens de A-G dat alleen als daadwerkelijk sprake is van gelijke gevallen, mogelijk aanleiding bestaat tot het bieden van mededingingsruimte. Als potentiële gegadigden daarentegen geen gelijke gevallen betreffen, of als een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor een verschil in behandeling, dan bestaat op grond van uitsluitend het gelijkheidsbeginsel daarvoor geen grond.³¹ De Hoge Raad lijkt bij het volledig ophangen van de mededingingsnorm aan het gelijkheidsbeginsel onvoldoende oog te hebben gehad voor de specifieke context waarin het gelijkheidsbeginsel hier wordt toegepast.

De door de A-G bepleitte invulling van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende minder absolute mededingingsnorm brengt met zich dat als er een – in de woorden van de A-G – goede reden bestaat om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan, er geen mededingingsruimte hoeft te worden geboden. In dat geval doet de reden voor het bieden van mededingingsruimte – het tegengaan van favoritisme en willekeur – zich immers niet voor.³² Dit betekent dan ook dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in de context van het

27 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, i.h.b. randnr. 3.31-3.41.

28 Zie voor een uitvoerige bespreking van deze kritiek o.a. G.J. Huith, G.J. van Midden & M.C. Briaire, ‘Gelijkheid als bron van (on)zekerheid?’, *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2024/72, p. 6-17. Zij betogen dat de Hoge Raad te eenvoudig is meegegaan in een bestuursrechtelijke doctrine (waarin het schaarse-element een belangrijke rol speelt), zonder rekening te geven van de privaatrechtelijke context waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur o.g.v. art. 3:14 BW worden toegepast (waarin het schaarse-element in veel mindere mate een rol speelt) en zonder de ratio van de norm van het gelijkheidsbeginsel adequaat toe te lichten.

29 Zie over die ratio o.a. ook G.J. Huith, G.J. van Midden & M.C. Briaire, ‘Gelijkheid als bron van (on)zekerheid?’, *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2024/72, p. 6-17; C.E.C. Jansen, F.J. van Ommeren & W.H. van Boom, ‘De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen’, *NJB* 2022/746, afl. 12, p. 889-896 en de noot van F.J. van Ommeren bij het *Didam I*-arrest, *AB* 2022/11.

30 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.32-3.34. Zie in deze zin ook de bestuursrechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten van vóór de *Speelautomatenhal Vlaardingen*-uitspraak van de Afdeling uit 2016 (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927), bijv. Cbb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:B16466, r.o. 6.3.5 (*Hommerson's*).

31 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.17.

32 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.34.

Nederlandse (verdelings)recht, anders dan in de context van het Unierecht en het aanbestedingsrecht, niet a priori een verplichting met zich brengt om potentiële gegadigden gelijk te behandelen en daartoe mededingingsruimte te bieden. Anders gezegd, dat de overheid bij het aangaan en de uitvoering van privaatrechtelijke overeenkomsten op grond van artikel 3:14 BW de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen, betekent niet dat die beginselen *ieder voor zich* absolute werking hebben.³³ Dat geldt dus ook voor het gelijkheidsbeginsel. Soms prevaleren andere beginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, maar ook het vertrouwensbeginsel.³⁴ Dus juist door de *algemene* binding van overheidslichamen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur³⁵ bieden de *Didam*-regels de ruimte om, als een overheidslichaam een 'goede reden' heeft om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan, af te zien van het bieden van mededingingsruimte. Die 'goede reden' vormt dan een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor een verschil in behandeling.³⁶ Er bestaat in die gevallen ook geen grond voor de eis van transparantie, die volgens de A-G ten onrechte in het *Didam I*-arrest lijkt te worden voorgeschreven. De eis van transparantie vloeit immers voort uit de verplichting om gelijke kansen te bieden.

De in overweging 3.1.6 van het *Didam I*-arrest geformuleerde uitzondering op de verplichting om mededingingsruimte te bieden, moet volgens de A-G in vorenbedoelde context worden gelezen.³⁷ In de situatie waarin niet op voorhand vaststaat dat er goede redenen zijn om met een bepaalde partij te contracteren, zal de overheid objectieve, toetsbare en redelijke criteria moeten formuleren aan de hand waarvan een contractspartij kan worden geselecteerd. Als vervolgens (dus *na* het formuleren van criteria) blijkt dat er slechts één partij is die aan die criteria voldoet, dan hoeft vervolgens niet alsnog een selectieprocedure te worden doorlopen. *Dat* is volgens de A-G de situatie waarop de uitzondering uit de *Didam*-regels van toepassing is. De hiervoor beschreven lezing van het *Didam I*-arrest moet – mede vanuit de praktijk bezien – volgens de A-G als wenselijk worden beschouwd, omdat de impact van de *Didam*-regels voor de vastgoedpraktijk dan wordt teruggebracht tot normale proporties en het bieden van mededingingsruimte dan niet tot onevenredige kosten leidt.³⁸

2.4 Drie *Didam*-scenario's

Wij lezen het pleidooi van de A-G ten aanzien van de interpretatie van het *Didam I*-arrest aldus, dat er volgens hem

drie *Didam*-scenario's kunnen worden onderscheiden.³⁹ Scenario 1 is de situatie waarin de overheid op voorhand geen idee heeft met wie zij bij de uitgifte van vastgoed wil contracteren. In dat geval nopen de *Didam*-regels tot het formuleren van selectiecriteria en het doorlopen van een selectieprocedure (de hoofdregel uit het *Didam I*-arrest). Scenario 2 is de situatie waarin de overheid op voorhand nog geen idee heeft met wie zij wil contracteren, maar waarin zij na het formuleren van de selectiecriteria tot het inzicht komt dat op voorhand vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er maar één partij is die aan die criteria voldoet. In dat geval hoeft niet ook nog eens een selectieprocedure te worden doorlopen, maar kan, na het voornemen daartoe te hebben gepubliceerd, worden gecontracteerd met die ene partij (de uitzondering uit overweging 3.1.6 van het *Didam I*-arrest).⁴⁰ Tot slot is scenario 3 de situatie waarin de overheid op voorhand een goede reden heeft om met één bepaalde partij te contracteren. In dat geval hoeven geen selectiecriteria te worden geformuleerd en hoeft geen selectieprocedure te worden doorlopen. Ook is dan geen publicatie van het voornemen tot contracteren verplicht. In deze laatste situatie speelt het gelijkheidsbeginsel niet en zijn de *Didam*-regels dus ook niet van toepassing.⁴¹ Volgens de A-G zijn er veel situaties die onder dit derde scenario vallen. Hij noemt onder andere de geringe omvang van het betrokken belang (bagatellen) en de situatie waarin de overheid bij de verkoop van grond in het kader van de uitvoering van een stedenbouwkundig plan mag kiezen voor een bepaalde partij, omdat deze reeds een strategische grondpositie heeft in het plangebied en de overheid dus niet om deze partij heen kan.⁴² Met deze door de A-G bepleitte aanmerkelijke inperking van het toepassingsbereik van de *Didam*-regels leek de rust in de vastgoedwereld te kunnen terugkeren.

2.5 Het oordeel van de Hoge Raad over het toepassingsbereik van de *Didam*-regels

De Hoge Raad gaat helaas niet mee in het pleidooi van de A-G (althans daar lijkt het op):

33 Zie in die zin ook T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart?', *NTB* 2019/35, p. 357-364.

34 Zie hierover nader par. 2.7.

35 Zie ook T.H.G. Robbe, 'Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?', *NTB* 2022/183, afl. 6, p. 356.

36 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.35.

37 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.37.

38 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnrs. 3.37-3.39. Zie voor een vergelijkbaar pleidooi om af te zien van het aanbesteden van overheidsopdrachten op sociaal-maatschappelijk terrein, zoals de exploitatie van dorpshuizen, J. van der Lans, 'Ontsnappen aan aanbesteden. Buurten en wijken als vitale democratische arena's', *Ministerie van VWS*, 2023.

39 Zie in dezelfde zin G.J. Huith, G.J. van Midden & M.C. Briaire, 'Gelijkheid als bron van (on)zekerheid?', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2024/72, p. 14.

40 Overigens bepleiten G.J. Huith, G.J. van Midden & M.C. Briaire, 'Gelijkheid als bron van (on)zekerheid?', *Tijdschrift aanbestedingsrecht en staatssteun* 2024/72, p. 14, dat ook in die situatie geen verplichting bestaat om de voorgenomen transactie te publiceren, o.m. omdat in de praktijk soms geen duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen situaties waarin a priori vaststaat dat slechts één gegadigde in aanmerking komt (*Didam*-scenario 3) en situaties waarin dat pas bij vaststelling van de selectiecriteria blijkt (*Didam*-scenario 2).

41 Strikt genomen is het dan ook niet juist om dit scenario als een *Didam*-scenario aan de duiden. Dit scenario valt immers buiten het toepassingsbereik van de *Didam*-regels.

42 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 3.35. Op de keper beschouwd gaat het om heel veel gevallen waarin tot op heden in de rechtspraak werd aangenomen dat de uitzondering uit het *Didam I*-arrest van toepassing was. Volgens de A-G hoeft in het gros van die gevallen helemaal geen mededingingsruimte te worden geboden en hoeft dus ook het voornemen tot contracteren niet te worden gepubliceerd. Eigenlijk is de uitzondering uit het *Didam I*-arrest dan dus niet eens van toepassing.

“3.5.1 De onderdelen 2.6 en 2.7 in zaak 23/02541 richten zich tegen rov. 3.6 van het bestreden arrest en klagen in de kern genomen dat het hof heeft miskend dat Groenstaete de enige serieuze gegadigde was die de door de Gemeente vastgelegde beleidsdoelstellingen kon realiseren en dat de Gemeente daarom de in rov. 3.1.6 van het Didam-arrest genoemde procedure niet behoefde te doorlopen.

3.5.2 De onderdelen berusten op het uitgangspunt dat in het geval een overheidslichaam een plan heeft ontwikkeld waarin zakelijke (objectieve) voorwaarden zijn gesteld waaraan slechts één partij zou kunnen voldoen, de Didam-regels niet van toepassing zijn. Dit uitgangspunt is onjuist.

De Didam-regels laten de aan het overheidslichaam toekomende ruimte om ontwikkelingsplannen en ruimtelijke plannen vast te stellen onverlet. Wel is het zo dat **op het moment dat zo'n plan leidt tot** (het voornemen tot) verkoop van een onroerende zaak door het overheidslichaam, het overheidslichaam de Didam-regels zal moeten toepassen. Ingevolge rov. 3.1.6 van het Didam-arrest zal in het geval dat 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, het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend moeten maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Daarbij moet het overheidslichaam motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat, of redelijkerwijs mag worden aangenomen, dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Deze regel strekt ertoe een gegadigde die meent volgens de gestelde criteria in aanmerking te komen voor aankoop, of die meent dat de criteria niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen, alsnog de mogelijkheid te bieden op een gelijke kans bij aankoop van de onroerende zaak. Ook **in het geval dat een overheidslichaam een plan heeft ontwikkeld** waarin zakelijke (objectieve) voorwaarden zijn gesteld waaraan volgens hem slechts één partij zal kunnen voldoen, zal het overheidslichaam zich tijdig voorafgaand aan de verkoop aan deze regel moeten houden.” (onderstr. en vet TS/JW)

In overweging 3.5.2 herhaalt de Hoge Raad overweging 3.1.6 uit het *Didam I*-arrest. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad onverminderd vasthoudt aan de lijn die is ingezet in het *Didam I*-arrest en dus geen derde *Didam*-scenario introduceert. Uit de eerste commentaren op het *Didam II*-arrest in blogs⁴³ en op LinkedIn maken wij op dat wordt aangenomen dat het *Didam II*-arrest inderdaad zo moet worden gelezen en de Hoge Raad onverkort vasthoudt aan de uitleg van het *Didam I*-arrest, waarvan de afgelopen

drie jaar in de lagere rechtspraak uit is gegaan. Dat betekent dat steeds wanneer een overheidslichaam onroerende zaken uitgeeft, het mededingingsruimte moet bieden, met dien verstande dat als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is, geen selectieprocedure hoeft te worden doorlopen. In dat geval moet wel vooraf aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria worden gemotiveerd en gepubliceerd waarom dit het geval is. Als het *Didam II*-arrest inderdaad zo moet worden gelezen, dan beschouwen wij het als een gemiste kans dat de Hoge Raad nu niet het toepassingsbereik van de *Didam*-regels heeft ingeperkt. Zeker gelet op de enorme impact die het *Didam I*-arrest heeft gehad voor de praktijk. Daarnaast hebben wij meer dogmatische twijfels bij een absolute uitleg van de *Didam*-regels. Een dergelijke uitleg noopt immers tot het bieden van mededingingsruimte in alle gevallen, niet alleen wanneer sprake is van gelijke gevallen, maar ook wanneer sprake is van ongelijke gevallen. Wij achten dat niet juist, aangezien het gelijkheidsbeginsel waar de mededingingsnorm bij deze lezing volledig aan wordt opgehangen, niet alleen noopt tot het gelijk behandelen van gelijke gevallen, maar ook tot het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen. En dat laatste gebeurt nu niet. Ook sluit deze lezing van de *Didam*-regels volgens ons niet goed aan bij de ratio van de mededingingsnorm, namelijk het beheersen van het risico op favoritisme en willekeur.

2.6 Een andere lezing van het *Didam II*-arrest

Wij vragen ons dan ook af het *Didam II*-arrest zo beperkt moet worden opgevat en of de Hoge Raad in overweging 3.5.2 niet toch de deur voor de door de A-G bepleitte uitleg van de *Didam*-regels openhoudt. Uit de door ons vet gemaakte passages in deze overweging kan volgens ons worden afgeleid dat de Hoge Raad de *Didam*-regels van toepassing acht in gevallen waarin de overheid een plan ontwikkelt, welk plan vervolgens leidt tot (het voornemen tot) uitgifte van een onroerende zaak. In die situatie lijkt het ons logisch dat onverkort wordt vastgehouden aan de *Didam*-regels. Wanneer de overheid het initiatief neemt, heeft zij vooraf immers nog geen idee met wie zij wil contracteren. Dit zijn de door de A-G onderscheiden scenario's 1 en 2. Maar hoe zit het als het initiatief niet bij de overheid ligt, maar bij een marktpartij? En helemaal wanneer dit initiatief enigszins uniek is, bijvoorbeeld vanwege een bestaande strategische grondpositie of het unieke karakter van de te realiseren ontwikkeling als zodanig? En hoe zit het als de overheid wordt geconfronteerd met bepaalde 'externe' ontwikkelingen die een dwingende reden vormen voor het uitgeven van een onroerende zaak? Denk bij dit laatste bijvoorbeeld aan de situatie waarin een maatschappelijke organisatie die sinds jaar en dag een ruimte huurt van een woningcorporatie op enig moment op straat komt te staan, omdat de woningcorporatie gaat herontwikkelen. Wij achten goed voorstelbaar dat een gemeente in dat geval uit maatschappelijke overwegingen de sterke behoefte voelt die organisatie te herhuisvesten, zo nodig in eigen vastgoed. Of de situatie waarin een partij die een specifieke wettelijke taak uitoefent (zoals een

43 Zie voor een willekeurige greep uit de talloze blogs bijv. www.mr-online.nl/hoge-raad-schenkt-klare-wijn-in-tweede-didam-arrest/; www.loyensloeff.com/nl/insights/news--events/news/didam-ii-hoge-raad-verduidelijkt-gevolgen-van-niet-naleven-didam-regels/ en www.vbk.nl/legalupdate/het-didam-ii-arrest-er-wat-betekent-dat.

woningcorporatie,⁴⁴ Prorail⁴⁵ of Liander⁴⁶) zich tot de overheid wendt, omdat zij ter uitvoering van die wettelijke taak grond van de overheid nodig heeft. In deze situaties is geen sprake van een door de overheid ontwikkeld plan. Volgens ons laat het *Didam II*-arrest de ruimte om in dergelijke gevallen de *Didam*-regels niet toe te passen en het vastgoed te vergeven zonder mededingingsruimte te hoeven bieden en dus ook zonder het voornemen daartoe te publiceren,⁴⁷ simpelweg omdat het *Didam II*-arrest niet op deze situaties ziet.

Een bevestiging voor de door ons gegeven uitleg van overweging 3.5.2, vinden wij ook in de volgende daarin opgenomen zin:

“Deze regel strekt ertoe een gegadigde die meent volgens de gestelde criteria in aanmerking te komen voor aankoop, of die meent dat de criteria niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen, alsnog de mogelijkheid te bieden op een gelijke kans bij aankoop van de onroerende zaak.” (onderstr. TS/JW)

Hier wordt gerefereerd aan de situatie waarin de verdelende overheid criteria ontwikkelt. In *die* situatie is het van belang dat ook als volgens die overheid sprake is van één serieuze gegadigde, het voornemen tot uitgifte van de onroerende zaak aan die ene serieuze gegadigde wordt gemotiveerd en gepubliceerd. Dit biedt een gegadigde die meent volgens de gestelde criteria ook in aanmerking te komen voor aankoop, of die meent dat de criteria niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen, alsnog de mogelijkheid op een gelijke kans. Deze zin ziet dus specifiek op scenario 2 uit de conclusie van de A-G. Dat laat onverlet dat er ook situaties kunnen zijn waarin er geen criteria worden ontwikkeld, omdat er een – in de woorden van de A-G – goede reden is om met één bepaalde partij in zee te gaan. Het ontwikkelen van selectiecriteria is dan niet nodig. En in die situatie hoeft het voornemen tot uitgifte van de onroerende zaak ook niet te worden gepubliceerd.

De vraag is nog wel wat een goede reden kan zijn om met één bepaalde partij in zee te gaan en geen mededingingsruimte te bieden. Die reden kan zijn gelegen in andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het

zorgvuldigheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel (waarover later meer), maar ook in het primaat van de politiek. In dat verband wijzen wij op de kritische beschouwingen van Robbe over het *Didam I*-arrest.⁴⁸ Hij stelt zich kort gezegd op het standpunt dat het onverkort vasthouden aan de verplichting om mededingingsruimte te bieden, miskent dat bestuursorganen in een democratische rechtsstaat niet alleen juridische, maar ook politieke actoren zijn. Dat betekent dat overheden in bepaalde gevallen politiek gemotiveerde keuzes moeten kunnen maken. Een (absolute) verplichting om mededingingsruimte te bieden, zoals die wordt afgeleid uit het *Didam I*-arrest – en, als we de eerste commentaren mogen geloven, wordt bevestigd in het *Didam II*-arrest – beperkt die mogelijkheid, zonder dat rechtsstatelijke waarden deze beperking volledig kunnen rechtvaardigen. Want wat maakt nu dat het beschermen van de private belangen van gegadigden die potentieel geïnteresseerd zijn in bepaalde – zowel publieke als private – rechten die de gemeente verleent altijd zwaarder weegt dan de belangen van het (democratisch gelegitimeerde) gemeentebestuur zelf of andere belangen die de gemeente uit het oogpunt van het algemeen belang ook in het oog wil of zelfs moet houden?⁴⁹ Een probleem dat daarbij voorts speelt, is dat de mededingingsnorm zoals die in de *Didam*-rechtspraak – en overigens ook in de bestuursrechtelijke rechtspraak over de verdeling van schaarse publieke rechten⁵⁰ – is ontwikkeld, een in de rechtspraak ontwikkelde norm is. Gaat de rechter daarmee niet te zeer op de stoel van de wetgever (en de politiek) zitten door het gelijkheidsbeginsel tot een bijna absoluut beginsel te verheffen als het om de verdeling van overheidsvastgoed gaat? De ruimte die wij in het *Didam II*-arrest bespeuren om soms af te zien van het bieden van mededingingsruimte komt volgens ons in belangrijke mate tegemoet aan de kritiek van Robbe op het *Didam I*-arrest.

2.7 Geslaagd beroep op vertrouwensbeginsel zet *Didam*-regels opzij

Tot slot zien wij ook in de lagere rechtspraak die is ontstaan na het *Didam I*-arrest aanknopingspunten die pleiten voor een uitleg van het *Didam II*-arrest die ruimte laat voor het afzien van het bieden van mededingingsruimte. Het betreft zaken waarin een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel werd gedaan. In dit verband wijzen wij op een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland die ging over de verplaatsing van een AH-supermarkt in Zuidlaren.⁵¹ AH was al geruime tijd voor het *Didam I*-arrest in gesprek met de gemeente over een nieuwe locatie. In 2023 was de gemeente echter (onder invloed van de *Didam*-rechtspraak) voornemens een tender uit te schrijven voor de koop en ontwikkeling van de supermarktlocatie. AH was daar niet

44 Vgl. Rb. Limburg 10 juli 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:4182; Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865 en Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350.

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

46 Rb. Gelderland 12 november 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:7902 en Rb. Noord-Holland 9 september 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:10221.

47 Zie in deze in ook Rb. Den Haag 9 oktober 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:16332, waarin werd overwogen: “5.4 De wens van [gedaagde, sub 1] en [gedaagde, sub 2] om de onroerende zaak van de Staat te kopen, of om daarover met de Staat in onderhandeling te treden, staat ook niet aan de ontruiming in de weg. Op grond van het *Didam*-arrest en de Regeling beheer onroerende zaken is een dergelijke onderhandse verkoop (zonder openbare aanbieding) alleen mogelijk indien op voorhand zou vaststaan dat [gedaagde, sub 1] en [gedaagde, sub 2] de enige serieuze gegadigden zijn voor de onroerende zaak. Gelet op de woningnood in Nederland is dat niet aannemelijk. (...)” (onderstr. TS/JW). Uit de onderstreepde zin kan worden afgeleid dat als een partij als enige serieuze gegadigde kan worden aangemerkt, er geen verplichting bestaat tot het bieden van mededingingsruimte.

48 T.H.G. Robbe, ‘Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?’, *NTB* 2022/183, afl. 6 en T.H.G. Robbe, *Verdelingsrecht en democratische rechtsstaat* (diss. VU), Den Haag: Boom juridisch 2024.

49 Vgl. T.H.G. Robbe, ‘Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?’, *NTB* 2022/183, afl. 6, p. 356.

50 Zie o.m. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*); ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86 (*Tjalling Koopmans*) en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (*Geobox*).

51 Rb. Noord-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:195.

van gediend en heeft de gemeente gesommeerd geen tender uit te schrijven, althans de gronden benodigd voor een permanente winkel hiervan uit te sluiten. In kort geding vordert AH kort gezegd dat de gemeente wordt verboden enige tender te houden en de locatie voor de permanente winkel van AH ook aan AH te verkopen. De rechtbank oordeelt niet alleen dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met het vertrouwensbeginsel door toezeggingen niet na te komen, maar tevens dat dit beginsel prevaleert boven het gelijkheidsbeginsel. Aan de vraag of AH als enige serieuze gegadigde kwalificeert – de uitzondering van het *Didam I*-arrest – wordt daarmee niet meer toegekomen, aldus de rechtbank. Daarmee illustreert deze uitspraak dat de gemeente bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten in algemene zin aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden en dat het gelijkheidsbeginsel daarbij niet absoluut is. In dit geval vormt het vertrouwensbeginsel (en in zekere zin misschien ook het zorgvuldigheidsbeginsel) een rechtvaardiging voor het niet bieden van mededingingsruimte.⁵² Een lezing van het *Didam II*-arrest die uitgaat van een onverkorte en absolute gelding van het gelijkheidsbeginsel past daar volgens ons uit systematisch oogpunt niet goed bij.

2.8 Rechtsbescherming

Een belangrijk punt van aandacht bij het accepteren van een derde *Didam*-categorie, waarbij geen mededingingsruimte hoeft te worden geboden en ook geen publicatie van de voorgenomen transactie hoeft plaats te vinden, is de rechtsbescherming van (potentiële) gegadigden als een overheidslichaam ten onrechte afziet van het bieden van mededingingsruimte of als het dat om onjuiste redenen doet. Omdat er bij de derde categorie geen publicatie van het voornemen plaatsvindt, wordt controle vooraf moeilijker. Meestal is in dat geval alleen nog 'reparatie' achteraf mogelijk in de vorm van een vordering tot schadevergoeding. Alleen wanneer het overheidslichaam bewust en tegen beter weten in geen mededingingsruimte heeft geboden en niet heeft gepubliceerd, dan kan mogelijk nog vernietiging of nietigverklaring van de overeenkomst worden gevorderd.⁵³ Het vorderen van een verbod tot verkoop of levering zal doorgaans een gepasseerd station zijn.⁵⁴ Kortom, niet kan worden ontkend dat het accepteren van een derde *Didam*-categorie wel in enige mate afbreuk doet aan de rechtsbescherming van ten onrechte gepasseerde (potentiële) gegadigden. De vraag is echter of dat erg is in het licht van de voordelen van het accepteren van een derde *Didam*-categorie. Een belangrijk voordeel is het beperken van de (maatschappelijke) kosten die zijn verbonden aan het in alle gevallen moeten bieden van mededingingsruimte. Daarnaast doet de derde *Didam*-categorie meer recht aan de politieke rol die bestuursorganen ook, of misschien wel in de eerste plaats, spelen en waarvoor zij nota bene politiek ter verantwoording kunnen worden geroepen.

52 Zie in gelijke zin Rb. Noord-Holland 26 april 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:4303, r.o. 4.11.

53 Zie hierover verder par. 4.

54 Zie ook hierover verder par. 4.

3. Selectiecriteria

Een andere vraag die de afgelopen jaren tot de nodige rechtspraak heeft geleid, is welke selectiecriteria als objectief, toetsbaar en redelijk kunnen worden beschouwd en daarmee geschikt zijn om een partij te selecteren om mee te contracteren. Uiteraard is het niet toegestaan om de selectiecriteria naar een bepaalde partij toe te schrijven.⁵⁵ Afgezien daarvan hebben overheidslichamen veel beleidsruimte om selectiecriteria te formuleren,⁵⁶ zij het dat de gemaakte beleidskeuzes uiteraard wel goed moeten worden onderbouwd en de daaruit voortvloeiende criteria kenbaar en openbaar moeten zijn.⁵⁷ In de rechtspraak zijn als selectiecriteria onder meer geschikt bevonden technische en financiële eisen,⁵⁸ duurzaamheidseisen,⁵⁹ de wens om vastgoed als één geheel te verkopen⁶⁰ of te ontwikkelen,⁶¹ de wens om een onlogische begrenzing van eigendomsverhoudingen te voorkomen,⁶² samenhangende grondtransacties⁶³ en de uitoefening van een wettelijke taak.⁶⁴

3.1 Het oordeel van de Hoge Raad over selectiecriteria

Ook in het *Didam II*-arrest gaat de Hoge Raad – zij het summier – in op de vraag welke selectiecriteria kunnen worden toegepast.

“3.5.3 Verder verdient opmerking dat de *Didam*-regels niet dwingen tot een veiling of tot verkoop aan de hoogste bieder. Aan welke gegadigde een onroerende zaak zal mogen worden verkocht is afhankelijk van de door het overheidslichaam, met inachtneming van de hem

55 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 en Rb. Noord-Holland 9 september 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:10221, r.o. 4.17. Zie voor een voorbeeld waarin het toeschrijven van selectiecriteria naar een bepaalde gegadigde zonder gevolgen was, omdat degene die daarover klaagde zelf geen gegadigde was Rb. Noord-Nederland 3 september 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:3440.

56 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4816, r.o. 3.4; Rb. Den Haag 13 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:9119, r.o. 5.12; Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436, r.o. 3.10; Rb. Midden-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:507, r.o. 4.10; Rb. Den Haag 17 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17931 en Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121, r.o. 4.15. Daarbij geldt overigens wel dat als de gemeente beleid voert t.a.v. de uitgifte van gronden (i.c. reststroken) zij dat beleid ook daadwerkelijk moet toepassen, vgl. Rb. Gelderland 3 juli 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:4024.

57 Rb. Noord-Holland 9 september 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:10221, r.o. 4.16. Overigens accepteerde de rechtbank in Rb. Gelderland 26 juni 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:4224, r.o. 4.17, dat hoewel de motivering van een gunning al bij de gunningsbeslissing had moeten worden verstrekt, dit pas gebeurde in de kortgedingprocedure tegen die beslissing.

58 Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887.

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

60 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1772 en Rb. Gelderland 28 augustus 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5141.

61 Rb. Den Haag 13 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:9119, r.o. 5.12 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4816, r.o. 3.4.

62 Rb. Den Haag 17 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17931, r.o. 4.5.

63 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4816, r.o. 3.4.

64 Rb. Gelderland 12 november 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:7902; Rb. Noord-Holland 9 september 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:10221; Rb. Limburg 10 juli 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:4182; Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865; Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3743 en Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350.

toekomstige beleidsruimte, te stellen objectieve, toetsbare en redelijke criteria. De Didam-regels bieden ruimte om deze criteria in een beleidsregeling op te nemen.” (onderstr. TS/JW)

Uit deze overweging volgt in de eerste plaats dat de criteria op basis waarvan een gegadigde wordt geselecteerd niet economisch of financieel van aard hoeven te zijn. Aldus kunnen ook allerhande andere (kwalitatieve) criteria worden gebruikt. Daarmee wordt de bestaande praktijk, zoals die hiervoor zeer beknopt is geschetst, bevestigd.

In de tweede plaats herhaalt de Hoge Raad hetgeen hij in het *Didam I*-arrest ook al had geoordeeld, namelijk dat het overheidslichaam beleidsruimte toekomt bij het formuleren van selectiecriteria.⁶⁵ Daaraan voegt de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest nu toe dat de *Didam*-regels ruimte bieden om deze criteria in een beleidsregeling op te nemen. Maar dat is dus niet verplicht. Ook dat sluit aan bij de praktijk zoals die zich tot nu toe heeft ontwikkeld. Daarbij geven wij in onze praktijk overheden wel mee dat het verstandig is om van tevoren goed na te denken over het beleid dat zij willen voeren ten aanzien van de uitgifte van bepaalde onroerende zaken en dat beleid zo mogelijk wel ergens vast te leggen. Dat maakt het een stuk eenvoudiger om de keuze voor bepaalde selectiecriteria te motiveren. Verder is het belangrijk om, ongeacht of het beleid vooraf is vastgelegd in een beleidsregeling, zorgvuldig te werk te gaan bij het formuleren van selectiecriteria⁶⁶ en vooraf de te hanteren criteria kenbaar te maken. Het meest voor de hand ligt het daarbij om de selectiecriteria op te nemen in de publicatie van de voorgenomen transactie.⁶⁷

3.2 Objectieve selectiecriteria kunnen intrinsiek subjectief zijn

Interessant is ook nog een uitspraak, waarin de rechtbank Gelderland nader ingaat op de vraag wanneer een door een overheidslichaam gehanteerd selectie criterium objectief is, zoals de *Didam*-regels voorschrijven.⁶⁸ In algemene zin wordt vooropgesteld dat de voorwaarde dat de selectiecriteria objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn, niet betekent dat een overheidslichaam alleen mag selecteren op zuiver objectieve criteria zoals hoogste prijs, volgorde van binnenkomst of loting. Een overheidslichaam heeft de beleidsvrijheid om kwaliteitscriteria op te stellen die (min of meer) subjectief zijn en daarmee een vergelijkende toets uit te voeren. Dergelijke criteria maken de uitkomst van de procedure echter wel minder voorspelbaar waardoor (de schijn

van) favoritisme, willekeur of ongelijkheid dreigt. Het overheidslichaam moet daarom duidelijk motiveren waarop zij haar uiteindelijke keuze heeft gebaseerd. Daarbij geldt dat het overheidslichaam ook bij de beoordeling van subjectieve criteria niet achteraf mag selecteren op basis van punten waarvan vooraf onvoldoende bekend was of had kunnen zijn dat deze relevant(er) waren voor de beoordeling, ook niet als zij haar keuze duidelijk motiveert. Deze overweging valt goed te begrijpen in het licht van het aanbestedingsrecht en het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten waarop de *Didam*-regels gebaseerd zijn. Ook op die twee terreinen geldt dat selectiecriteria – mits goed gemotiveerd – een intrinsiek subjectief karakter kunnen hebben. Deze uitspraak onderstreept daarmee de sterke verwantschap tussen een aanbestedingsprocedure en de verdeling van schaarse publieke rechten enerzijds en het volgen van een openbare selectieprocedure bij de vervreemding van onroerende zaken door overheden anderzijds. De voorzieningenrechter maakt hier duidelijk dat ook bij een *Didam*-procedure met een ‘objectief’ criterium niet is bedoeld dat het gehanteerde criterium als zodanig per se objectief moet zijn. Bestuursorganen mogen aan de selectie van partijen best subjectieve beleidskeuzes ten grondslag leggen.

4. Juridische gevolgen van schending van de *Didam*-regels

De vraag die sinds het wijzen van het *Didam I*-arrest misschien wel het meest in de belangstelling heeft gestaan, is die naar de gevolgen van het niet naleven van de door de Hoge Raad in het *Didam I*-arrest geformuleerde regels. De belangrijkste vraag daarbij was of een *Didam*-strijdige overeenkomst nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig is. Het antwoord op deze vraag is voor de praktijk van groot belang. Enerzijds is dit bepalend voor de afdwingbaarheid van reeds gesloten overeenkomsten die tot stand zijn gekomen zonder dat de *Didam*-regels daarbij (volledig) zijn nageleefd. Anderzijds is dit bepalend voor de geldigheid van de titel die ten grondslag ligt aan leveringen en voortvloeien uit *Didam*-strijdige overeenkomsten. Dit geldt in het bijzonder voor overeenkomsten die vóór het *Didam I*-arrest zijn gesloten en leveringen die vóór dat arrest hebben plaatsgevonden. Weliswaar volgt uit de rechtspraak – en nu dus ook het *Didam II*-arrest – dat de *Didam*-regels ook vóór 26 november 2021 al golden, maar de praktijk hield daar destijds – logischerwijs – geen rekening mee. Bij de meeste vastgoedtransacties met de overheid die voordien hebben plaatsgevonden, zijn in veel gevallen de *Didam*-regels dan ook niet (volledig) in acht genomen, al was het maar omdat niet bekend was dat het gelijkheidsbeginsel tevens inhoudt dat het voornemen tot het aangaan van die transacties moest worden gepubliceerd. Zou dat betekenen dat al die overeenkomsten nietig of vernietigbaar zijn? Als dat zo is, dan leidt dat tot grote rechtsonzekerheid en hoge maatschappelijke kosten die daarvan het gevolg zijn.⁶⁹ Niettemin waren de opvattingen

65 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4816, r.o. 3.4; Rb. Den Haag 13 juni 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:9119, r.o. 5.12; Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436, r.o. 3.10; Rb. Midden-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:507, r.o. 4.10; Rb. Den Haag 17 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17931 en Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121, r.o. 4.15.

66 Rb. Oost-Brabant 12 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:381.

67 Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121, r.o. 4.16.

68 Rb. Gelderland 19 februari 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:829, TBR 2024/61, m.nt. J. Wieland.

69 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3167, r.o. 3.24.

in zowel de rechtspraak als de literatuur sterk verdeeld over de vraag of een *Didam*-strijdige overeenkomst nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig is. In ons vorige artikel hebben wij de verschillende opvattingen uitvoerig besproken.⁷⁰ Daarbij wezen wij erop dat de rechtbank Midden-Nederland voornemens was prejudiciële vragen te stellen over de gevolgen van handelen in strijd met de *Didam*-regels voor daaruit voortvloeiende overeenkomsten.⁷¹ Helaas zijn deze vragen uiteindelijk nooit gesteld, omdat de onderliggende procedure is ingetrokken.⁷² Dat de vraag naar de consequenties van het niet in acht nemen van de *Didam*-regels bij reeds tot stand gekomen overeenkomsten onverminderd actueel is, blijkt wel uit het feit dat ook in het afgelopen jaar verschillende rechters die vraag expliciet hebben gesteld in uitspraken.⁷³ De behoefte aan duidelijkheid op dit punt is derhalve groot, zodat de rechtbank Gelderland overwoog de eerder door de rechtbank Midden-Nederland geformuleerde prejudiciële vragen alsnog aan de Hoge Raad te stellen.⁷⁴

4.1 *Het standpunt van de A-G over de gevolgen van schending van de Didam-regels*

In zijn conclusie in de *Didam II*-zaak gaat de A-G uitgebreid in op de vraag wat de sanctie zou moeten zijn op de niet-naleving van de *Didam*-regels. Volgens hem valt in beginsel geen nietigheid of vernietigbaarheid aan te nemen van overeenkomsten bij de totstandkoming waarvan de *Didam*-regels niet (volledig) zijn nageleefd. Dit is slechts anders als sprake is van een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel. Daarvan is sprake als de overheid bewust in strijd met de *Didam*-regels heeft gehandeld en zich schuldig heeft gemaakt aan willekeur of favoritisme. In alle andere gevallen is de sanctie op de niet-naleving van de *Didam*-regels alleen te zoeken in een vordering uit onrechtmatige daad en dus schadevergoeding, aldus de A-G.⁷⁵

4.2 *Het oordeel van de Hoge Raad over de gevolgen van het schenden van de Didam-regels*

De Hoge Raad schenkt in het *Didam II*-arrest ook op dit punt nu klare wijn. Relevant is in de eerste plaats overweging 3.2.3:

“3.2.3 De *Didam*-regels zijn, met toepassing van art. 3:14 BW, gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (...). Handelen door een overheidslichaam in strijd met die regels levert geen strijd op met een dwingende wetsbepaling zoals bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW. De *Didam*-regels hebben ook niet de strekking

om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen met nietigheid of vernietigbaarheid te treffen. Een koopovereenkomst die in strijd met de *Didam*-regels is gesloten, is dan ook niet op die grond nietig of vernietigbaar. (...)” (onderstr. TS/JW)

Daarmee is de kogel door de kerk. *Didam*-strijdige overeenkomsten zijn geldig en dus niet nietig of vernietigbaar. Een hele opluchting voor de vastgoedpraktijk. Aandacht verdienen nog wel de woorden ‘op die grond’. Wij nemen aan dat de Hoge Raad hier heeft bedoeld te zeggen dat overeenkomsten niet nietig of vernietigbaar zijn vanwege de enkele schending van de *Didam*-regels. Maar wat zijn dan wel gronden voor nietigheid of vernietigbaarheid? De Hoge Raad gaat hier verder niet op in. Mogelijk heeft de Hoge Raad bedoeld dat als sprake is van een gekwalificeerde schending van de *Didam*-regels, nietigheid of vernietigbaarheid nog wel aan de orde is. In dat kader ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij de conclusie van de A-G. Een *Didam*-strijdige overeenkomst is volgens die conclusie nietig of vernietigbaar als de overheid bewust in strijd met de *Didam*-regels heeft gehandeld en zich schuldig heeft gemaakt aan willekeur of favoritisme.⁷⁶

4.3 *Schadevergoeding en verbod tot verkoop of levering*

In het kader van de juridisch gevolgen van schending van de *Didam*-regels is ook relevant overweging 3.4.2:

“3.4.2 (...). Een overheidslichaam dat in strijd met de regels uit het *Didam*-arrest overgaat tot verkoop van een onroerende zaak, handelt in beginsel onrechtmatig jegens een (potentiële) gegadigde die bij die verkoop ten onrechte geen gelijke kans heeft gekregen. Dat overheidslichaam kan op die grond schadeplichtig zijn jegens die gegadigde. Ook kan, zolang er geen overeenkomst is gesloten die het overheidslichaam verplicht tot levering of zolang de levering aan een ander nog niet heeft plaatsgevonden, onder omstandigheden aanleiding bestaan om op vordering van de gegadigde het overheidslichaam op die grond te verbieden om tot verkoop of tot levering aan een ander over te gaan.” (onderstr. TS/JW)

Uit deze overweging volgt in de eerste plaats dat, hoewel het niet (volledig) in acht nemen van de *Didam*-regels bij de uitgifte van overheidsvastgoed (in beginsel) niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst leidt, dit (in beginsel) wel een onrechtmatige daad is die tot een schadevergoedingsplicht kan leiden. Dit betekent dat een andere (potentiële) gegadigde die daardoor geen gelijke kans heeft gekregen om naar de onroerende zaak mee te dingen een schadevergoeding kan vorderen. Hoewel de Hoge Raad niet aangeeft op welke wijze de schadevergoedingsplicht wordt vastgesteld, ligt het voor de hand in dit verband aansluiting te zoeken bij het aanbestedingsrecht, waarbij in het

70 G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, ‘Twee jaar *Didam*-arrest: navigeren in woelig vaarwater’, *BR* 2023/80, afl. 12, par. 4.

71 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.

72 Dit volgt uit Rb. Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782, r.o. 3.6.12.

73 Rb. Gelderland 11 september 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:6201, r.o. 4.15; Gemeenschappelijk Hof 30 juli 2024, ECLI:NL:OGHACMB:2024:210, r.o. 2.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3167; Rb. Gelderland 3 juli 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:4024, r.o. 5.8 en Rb. Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782.

74 Rb. Gelderland 29 mei 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:3314.

75 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnrs. 4.9-4.22.

76 Zie in dit verband ook reeds S.E. Bartels, ‘Zijn *Didam*-strijdige overeenkomst nietig?’, *WPNR* 2022/7392, p. 859-867.

kader van het ten onrechte niet laten meedingen van partijen voor een overheidsopdracht het leerstuk van de kansschade⁷⁷ wordt toegepast. Dit is ook waar de A-G in zijn conclusie van uitgaat.⁷⁸ Als eisende partij zal de benadeelde (potentiële) gegadigde dan moeten stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden als gevolg van het feit dat hij niet de kans heeft gekregen de specifieke onroerende zaak die het overheidslichaam heeft aangeboden, te verwerven. Daarbij hoeft die benadeelde partij niet aan te tonen dat hij – in het geval dat het overheidslichaam de juiste procedure had gevolgd – de onroerende zaak daadwerkelijk zou hebben verworven, maar wel dat hem een reële kans op verwerving van de gronden is ontnomen.⁷⁹ De schadevergoeding betreft dan een redelijke vergoeding voor de gemiste kans om de gronden te verwerven.⁸⁰ Uit rechtspraak volgt dat de waarde van de verloren kans wordt bepaald, enerzijds door de omvang van de kans en anderzijds door het financiële belang van de te verwerven opdracht.⁸¹ De (reële) kans op de verwerving van de gronden alsook het financieel nadeel nu de gronden niet zijn verworven, zullen door de benadeelde (potentiële) gegadigde aannemelijk moeten worden gemaakt en moeten worden onderbouwd. Daarbij zal een rechter, in het geval van andere (potentiële) gegadigden die eveneens menen dat hun een kans op verwerving is ontnomen, ook kijken naar de (gemiste) kansen van die andere (potentiële) gegadigden in een hypothetische *Didam*-procedure.⁸² De aanbestedingsrechtspraktijk leert dat het doorgaans geen gemakkelijke opgave is om schadevergoeding toegekend te krijgen. We zijn benieuwd hoe dit leerstuk zich verder zal ontwikkelen in *Didam*-situaties. Ook interessant is de vraag in hoeverre stilzitten door een gepasseerde (potentiële) gegadigde in dat kader van invloed kan zijn op de kans van slagen van een vordering uit onrechtmatige daad. Als die gegadigde heeft nagelaten rechtsmiddelen aan te wenden tegen de voorgenomen uitgifte, dan zou hem wellicht eigen schuld kunnen worden verweten. Tot slot ligt het voor de hand dat overheden potentiële schadeclaims zullen doorleggen naar contractspartijen.

In de tweede plaats volgt uit vorenbedoelde overweging van de Hoge Raad dat, zolang er nog geen overeenkomst is gesloten die het overheidslichaam verplicht tot levering of zolang de levering aan een ander nog niet heeft

plaatsgevonden, een benadeelde gegadigde onder omstandigheden een verbod tot verkoop of levering kan vorderen. De eerste vraag die hierbij rijst is wat de Hoge Raad bedoelt met de woorden 'onder omstandigheden'. Kennelijk zijn er dus ook omstandigheden waaronder een dergelijk verbod niet kan worden gevorderd. Aan welke omstandigheden hier moet worden gedacht, wordt in het arrest helaas niet verduidelijkt. Wij kunnen ons echter voorstellen dat het hierbij bijvoorbeeld gaat om langdurig stilzitten door een benadeelde gegadigde nadat publicatie van een voorgenomen grondtransactie heeft plaatsgevonden, gewekt vertrouwen aan de zijde van de door het overheidslichaam 'geselecteerde' contractspartij of andere zwaarwegende belangen aan de zijde van het overheidslichaam of de 'geselecteerde' contractspartij die aan het toewijzen van de vordering in de weg staan. Relevant hier nog te vermelden, is dat uiteraard alleen een (potentiële) gegadigde een vordering zal kunnen indienen. Als een partij niet als (potentiële) gegadigde kwalificeert, heeft hij immers geen belang bij toewijzing van de vordering.⁸³

Verder wijzen wij erop dat de Hoge Raad overweegt dat een verbod tot verkoop of levering kan worden gevorderd *zolang* er geen overeenkomst is gesloten die het overheidslichaam verplicht tot levering of *zolang* de levering aan een ander nog niet heeft plaatsgevonden. Als dus een overeenkomst is gesloten die tot levering verplicht of als de levering eenmaal heeft plaatsgevonden,⁸⁴ dan kan een dergelijk verbod niet meer worden gevorderd. Dat is op zichzelf logisch, maar dat betekent ook dat als het overheidslichaam de voorgenomen verkoop en/of levering niet publiceert, andere (potentiële) gegadigden daar pas achteraf van op de hoogte kunnen raken en hen dan nog slechts een vordering tot het betalen van een schadevergoeding rest. De ratio hiervan lijkt dezelfde als de ratio van de in het aanbestedingsrecht bestaande mogelijkheid om tot zes maanden na de gunning van een opdracht in strijd met de aanbestedingsregels de vernietiging daarvan in te roepen,⁸⁵ zij het dat de termijn die de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest definieert veel korter is. De ratio van die termijn is gelegen in het belang van het overheidslichaam om door te gaan met de levering, tegenover het belang van een benadeelde (potentiële) gegadigde om het overheidsvastgoed te verwerven.

4.4 Verjaring

Tot slot wijzen wij nog op de verjaringsregels uit artikel 3:310 lid 1 BW. In dat artikellid is bepaald dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In ieder geval verjaart de rechtsvordering door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. De gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, is het niet

77 Dit leerstuk is voor het eerst aanvaard in het *Baijings*-arrest, HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467.

78 Concl. A-G 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, randnr. 4.21.

79 Zie in dit verband o.m. A.J. van Heeswijck, 'De vergoeding van het verlies van een kans op gunning', *Tender Nieuwsbrief* augustus 2014 en de daarin aangehaalde jurisprudentie, waaronder HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/H&H*) en specifiek in aanbestedingsgeschillen Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622 en Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456. Vgl. recenter de tussenuitspraak van Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256 n.a.v. het ten onrechte niet aanbesteden van concessies voor buitenreclame. Voor zover ons bekend is in deze zaak nog geen einduitspraak gewezen.

80 Vgl. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1677, r.o. 4.6.

81 Vgl. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456, r.o. 4.13.

82 Vgl. Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256. Dit betreft een tussenuitspraak. Voor zover ons bekend is er nog geen einduitspraak gewezen.

83 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:2128.

84 Dit laatste kan een reden voor andere (potentiële) gegadigden zijn om leveringsbeslag te leggen op een reeds verkochte onroerende zaak.

85 Art. 4.15 lid 2, aanhef en onder b, Aw 2012.

naleven van de *Didam*-regels. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om te bepalen wanneer dat is, omdat het daarbij vaak gaat om een niet-doen, bijvoorbeeld het niet organiseren van een selectieprocedure of het niet publiceren van een voornemen tot verkoop of levering van een onroerende zaak. Dat maakt dat niet altijd precies te bepalen is wanneer de schade is veroorzaakt. Volgens ons ligt het voor de hand om daarvoor aan te sluiten bij de datum waarop de overeenkomst tot verkoop van de onroerende zaak is ondertekend door het overheidslichaam of de datum van levering. Voor de praktijk relevanter is de vraag wanneer een benadeelde met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon geacht moet worden bekend te zijn geworden. Is dat het moment van bekend worden met het sluiten van de overeenkomst tot verkoop van de onroerende zaak of de levering daarvan? Of moet hiervoor de datum van het wijzen van het *Didam I*-arrest of juist die van het *Didam II*-arrest als startdatum worden gehanteerd, omdat de Hoge Raad met die uitspraken deze kennis van de benadeelde heeft bewerkstelligd? In een uitspraak van de rechtbank Limburg van 19 juli 2023 waarin verjaring van schadevergoedingsvorderingen ter zake van zowel onrechtmatig handelen in verband met staatssteunregels als de *Didam*-regels aan de orde was, wordt uitgegaan van het bekend zijn met het sluiten van de overeenkomst van alle (potentieel) betrokkenen.⁸⁶ Dit lijkt ons – ook na *Didam II* – een logische conclusie, gelet op de belangrijke overweging van de Hoge Raad dat de *Didam*-regels geen temporele beperking kennen en altijd al van toepassing zijn geweest.

5. Verdeelsystematiek en procedurele perikelen

In deze paragraaf zullen wij nog stilstaan bij twee interessante *Didam*-uitspraken uit het afgelopen jaar, waarin onderwerpen aan bod komen die voor de *Didam*-praktijk relevant zijn, maar die in het *Didam II*-arrest niet of nauwelijks aan bod komen.

5.1 Wezenlijke wijzigingen in het aangeboden

Interessant is de vraag hoe moet worden omgegaan met een wijziging in hetgeen door het overheidslichaam wordt aangeboden *gedurende* de selectieprocedure. Dit was aan de orde in een zaak die ging over de uitgifte van vijftien bouwkavels door de gemeente Haarlemmermeer.⁸⁷ Geïnteresseerden voor de kavels konden zich inschrijven voor een of meer kavels, waarna per kavel bij de notaris een loting zou plaatsvinden. Na deze loting kwam de gemeente erachter dat bij twee kavels een strook grond niet bij haar, maar bij Staatsbosbeheer in eigendom was en de kavels dus niet in hun aangeboden vorm en omvang konden worden uitgegeven. Ook dienden de bestemmingsplanregels te worden herzien om deze in overeenstemming te brengen met de nieuwe oppervlakte van de kavels. De gemeente

heeft daarna de reeds geselecteerde kopers voor de twee kavels bericht zich genoodzaakt te zien de kavels opnieuw via een openbare verkoopprocedure aan te bieden, waarbij iedere geïnteresseerde zich kan inschrijven, omdat de nieuwe kavels – doordat deze met 630 m² afnemen, aanzienlijk goedkoper worden en de bestemmingsplanregels veranderen – zodanig wijzigen dat sprake is van een nieuw product. Deze nieuwe kavels zouden in potentie nieuwe, andere belangstellenden kunnen trekken en de gemeente acht zich op grond van het gelijkheidsbeginsel verplicht deze kandidaten naar de verkrijging van de kavels mee te laten dingen. De gemeente lijkt daarmee een beroep te doen op het leerstuk van de wezenlijke wijziging, zoals we dat ook kennen uit het aanbestedingsrecht. De rechtbank gaat daar evenwel niet in mee en oordeelt dat in dit geval geen mededingingsruimte hoeft te worden geboden, omdat: (1) de afwikkeling van de transactie voortbouwt op de uitkomst van een selectieproces dat in overeenstemming met de *Didam*-regels heeft plaatsgevonden en die regels geacht moeten worden niet zover te gaan dat het de gemeente de mogelijkheid ontnemt daarin gemaakte fouten binnen de grenzen van haar mogelijkheden op te lossen; (2) in de aanbestedingsprocedure voor een volgens de gemeente met de verkleinde kavel vergelijkbare kavel geen geïnteresseerden waren; en (3) de *Didam*-regels beogen geïnteresseerden die zich ten opzichte van de overheid in een gelijke positie bevinden een gelijk speelveld te bieden. Door de werking van het vertrouwensbeginsel is echter van zodanige gelijkheid van posities in dit geval niet langer sprake. Kortom, de gemeente moet de kavel verkopen aan de aanvankelijk geselecteerde koper, met dien verstande dat de koopprijs naar rato van de vermindering van het oppervlak van de kavel wordt verminderd. Deze uitspraak vormt daarmee (onbedoeld) een illustratie van het derde *Didam*-scenario, zoals de A-G die in zijn conclusie onderscheidt.⁸⁸

5.2 De verlamme werking van de *Didam*-regels

Tot slot wijzen wij op een uitspraak die de soms verlamme werking van de *Didam*-regels illustreert. Het betreft een beslagzaak, waarin voor de verandering een keer de gemeente de eisende partij in kort geding was.⁸⁹ De casus is een veelvoorkomende. De gemeente was al lange tijd (sinds 2020) een-op-een in gesprek met een potentiële koper voor een bedrijfskavel. Met het oog op de aankoop heeft de koper, met toestemming van de gemeente, alvast sonderingswerkzaamheden laten verrichten en was zij bezig met het regelen van een elektriciteitsaansluiting op de kavel. Er is kortom sprake van vergevorderde onderhandelingen, totdat opeens het *Didam I*-arrest wordt gewezen en er paniek ontstaat bij de gemeente. Zij zet vervolgens de verkoop aan de eerste koper *on hold*. Inmiddels heeft zich ook een andere partij gemeld met interesse in de kavel. De gemeente volgt vervolgens een uitgifteprocedure, waartegen de eerste koper uiteraard bezwaar heeft, mede gelet op het bij haar gewekte vertrouwen. In de nieuwe procedure wint – nota bene door

⁸⁶ Zie over verjaarde vordering ter zake *Didam* Rb. Limburg 19 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361, r.o. 8.14.

⁸⁷ Rb. Noord-Holland 26 april 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:4303.

⁸⁸ Zie par. 2.4.

⁸⁹ Rb. Gelderland 11 september 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:6201.

loting! – de tweede koper. De eerste koper is het daar niet mee eens, start een bodemprocedure en laat conservatoir leveringsbeslag leggen op de kavel. Het kort geding gaat (in conventie) om opheffing van dit beslag. In reconventie vordert koper 1 dat geen uitvoering wordt gegeven aan de verkoop van de kavel aan koper 2. De rechtbank oordeelt in de eerste plaats dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat er een koopovereenkomst onder opschortende voorwaarden tot stand is gekomen tussen de gemeente en koper 1 (er is sprake van aanbod en aanvaarding en partijen waren het eens over de essentialia). Vervolgens komt de vraag aan de orde of die koopovereenkomst nietig, dan wel vernietigbaar is wegens strijd met de *Didam*-regels. In dat kader wijst de rechtbank op de (destijds) bestaande onduidelijkheid over de vraag of overeenkomsten, gesloten vóór het *Didam I*-arrest, rechtsgeldig zijn. Volgens de rechtbank is daarmee de summierlijke ondeugdelijkheid van het door koper 1 ingeroepen recht niet gebleken. Tot slot maakt de rechtbank dan een belangenafweging, waarbij het belang van de gemeente en koper 2 niet opweegt tegen dat van koper 1. Het beslag wordt daarom niet opgeheven en de gemeente mag geen uitvoering geven aan de tussen haar en koper 2 tot stand gekomen koopovereenkomst. Deze uitspraak laat goed zien hoezeer het *Didam I*-arrest als een onverwachte verrassing is gekomen voor veel overheidslichamen en ervoor heeft gezorgd dat zij in lopende verkooptrajecten in de kramp schieten, reeds gemaakte afspraken openbreken en allerlei procedures als de onderhavige veroorzaken. In dat opzicht valt het toe te juichen dat de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest heeft bepaald dat overeenkomsten die in strijd met de *Didam*-regels tot stand zijn gekomen in de regel geldig zijn. Wij hopen dat overheden daardoor weer wat rustiger slapen.

6. Slotopmerkingen

Het *Didam I*-arrest is inmiddels drie jaar oud, maar zorgt nog steeds voor veel uitspraken en – niet in de laatste plaats, zo blijkt bijna dagelijks in onze praktijk – onrust bij overheden en ontwikkelaars. Dit komt mede doordat de Hoge Raad in het *Didam I*-arrest weliswaar een op zichzelf heldere verplichting voor overheden heeft geformuleerd om bij de uitgifte van overheidsvastgoed mededingingsruimte te bieden, maar veel vragen over de uitwerking van die verplichting onbeantwoord heeft gelaten. Het betreft vragen over de exacte reikwijdte en toepassingsbereik van de *Didam*-regels, de toe te passen selectiecriteria en de gevolgen van het schenden van de *Didam*-regels voor vastgoedtransacties met de overheid. In mei 2024 verscheen de uitvoerige conclusie van de A-G in de bodemprocedure in de *Didam*-zaak, waarin hij ingaat op veel van de in de praktijk levende vragen. Een belangrijk onderwerp van deze conclusie vormt de beperktere lezing van het *Didam I*-arrest die volgens de A-G mogelijk is en de *Didam*-geest weer voor een deel terug in de fles moet duwen. De A-G riep de Hoge Raad op om met het oog op de voor de praktijk zo gewenste duidelijkheid alle in de conclusie geïdentificeerde vragen te beantwoorden, ook als de behandeling van de aangevoerde

cassatieklachten in de bodemprocedure daartoe niet noopt. Gelet op deze oproep hadden wij hoge verwachtingen van het arrest van de Hoge Raad. Helaas maakt de Hoge Raad die verwachtingen maar ten dele waar. Het belangrijkste punt waarop nu duidelijkheid is gekomen, is dat overeenkomsten die in strijd met de *Didam*-regels tot stand zijn gekomen – behoudens in uitzonderlijke gevallen van vriendschapspolitiek – geldig zijn. Daarnaast maakt de Hoge Raad duidelijk dat de temporele reikwijdte van de *Didam*-regels zich naar het verleden toe uitstrekt. Tot zover is het *Didam II*-arrest dus winst. Helaas roept het arrest ook weer nieuwe vragen op. Wat zijn bijvoorbeeld de omstandigheden waaronder een benadeelde gegadigde een verbod tot verkoop of levering kan vorderen? De grootste gemiste kans achten wij echter dat de Hoge Raad niet de door de A-G uitvoerig bepleitte mogelijkheid om de *Didam*-regels beperkter uit te leggen door een derde *Didam*-scenario te introduceren, niet heeft aangegrepen. Althans, de algemene opvatting lijkt te zijn dat de Hoge Raad in het *Didam II*-arrest vasthoudt aan de lijn die is ingezet in het *Didam I*-arrest en dus geen derde *Didam*-scenario heeft willen introduceren. Dat betekent dat overheden bij elke uitgifte van overheidsvastgoed gehouden blijven om mededingingsruimte te bieden, althans in elk geval vooraf selectiecriteria te formuleren en de voorgenomen uitgifte te publiceren. Dat geldt dan dus ook als er goede redenen zijn om met een bepaalde partij te contracteren. In dit artikel hebben wij uiteengezet dat wij in het arrest nog steeds ruimte zien voor een beperktere lezing van de *Didam*-regels. Toekomstige rechtspraak moet echter uitwijzen hoe de Hoge Raad zijn overwegingen over het toepassingsbereik van de *Didam*-regels precies bedoeld heeft. Kortom, het *Didam II*-arrest biedt voor de praktijk zeker houvast, maar laat nog steeds vragen onbeantwoord en roept ook weer nieuwe vragen op. In zoverre is het dus niet het nieuwe baken waarop wij hadden gehoopt. Hoewel de wind dus enigszins van richting is veranderd, verwachten wij dat de *Didam*-storm nog wel even zal aanhouden.