

Publicatie

Auteur: W.J. Bosma
Verschenen in: Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP)
Datum: September 2022
Titel: Het *Didam*-arrest praktisch belicht

Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad beslist dat een overheidslichaam dat tot gronduitgifte wil overgaan in beginsel ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak, door het organiseren van een openbare selectieprocedure waarin op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria wordt bepaald wie in aanmerking komt. Hiervan kan volgens de Hoge Raad slechts worden afgezien, indien op voorhand vaststaat of aannemelijk is dat er slechts één serieuze gegadigde is. In deze bijdrage wordt ingegaan op de praktische betekenis van dit arrest.

Inleiding

In het arrest *Bedeco/gemeente Montferland* van 26 november 2021,¹ dat in de praktijk inmiddels bekend staat als het ‘*Didam*-arrest’, oordeelde de Hoge Raad dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, op grond van het gelijkheidsbeginsel - dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen - in beginsel ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak. Het arrest staat daarmee

niet alleen haaks op de oordelen van rechtbank en hof in feitelijke instanties alsmede de conclusie van A-G Langemeijer, maar ook en vooral druist het arrest in tegen de tot 26 november 2021 heersende opvatting in de praktijk. Het rechtstreekse gevolg van dit arrest is dat het overheidslichamen niet langer zonder meer vrijstaat om ‘*één-op-één*’ hun vastgoed te vervreemden. Het arrest heeft dan ook grote consequenties voor de praktijk, zodat het geen verbazing mag wekken dat de overwegingen van de Hoge Raad inmiddels een groot aantal pennen in beweging heeft gebracht. In deze bijdragen is vooral aandacht geschonken aan de achtergronden van het arrest en de juridische duiding daarvan,² de verhouding met het aanbestedingsrecht,³ de gevolgen voor lopende onderhandelingen en reeds gesloten overeenkomsten,⁴ alsmede de gevolgen voor gebiedsontwikkeling.⁵ Dit artikel beoogt een bijdrage aan deze publicaties te leveren door in te gaan op de praktische betekenis van het arrest, dit mede aan de hand van de inmiddels verschenen (lagere) rechtspraak die voortborduurde op het arrest.

¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *AB* 2022/11, m.nt. Van Ommeren; «JB» 2022/21, m.nt. Peters; *NJ* 2022/149, m.nt. Jansen; «JOR» 2022/81, m.nt. Bartels; «JAAN» 2022/1, m.nt. Heijnsbroek; *TvAR* 2021/8079, m.nt. Van der Werf; *BR* 2022/7, m.nt. De Groot, Elbertsen & De Vries.

² W.H.E. Parlevliet, A.D.L. Knook & M.J.E. Boudesteijn, ‘Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid’, *BR* 2022/25, en T.H.G. Robbe, ‘Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar *Didam*: tijd voor de terugreis?’, *NTV* 2022/183.

³ 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, en A. Jurgens-Boot, ‘Gelijke kansen voor gronduitgifte: van *Roanne* naar *Didam*’, *BR* 2022/24.

⁴ I. Haverkate & D.W.N. Brand, ‘Het *Didam*-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten’, *TvHB* 2022/1, en S. Tichelaar, ‘Het *Didam*-arrest van de Hoge Raad: onderhandse verkoop van onroerende zaken aan banden’, *VGR* 2022/1.

⁵ A.G. Bregman, ‘Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het *Didam* arrest’, *TBR* 2022/12.

Aanleiding voor het arrest

De gemeente Montferland wilde een perceel grond in Didam verkopen aan een projectontwikkelaar, met het oog op de realisatie en exploitatie van een supermarkt. Een andere gegadigde had echter ook zijn oog laten vallen op dit perceel en al eerder bij de gemeente kenbaar gemaakt interesse te hebben in de koop hiervan. Desondanks besloot de gemeente om het perceel grond te verkopen aan de projectontwikkelaar. Dit was tegen het zere been van de andere gegadigde, die een kort geding startte om de verkoop aan de projectontwikkelaar te verhinderen. Daarin vorderde deze andere gegadigde voor zover van belang een verbod voor de gemeente om, anders dan na het doorlopen van een biedingsprocedure, het perceel grond aan de projectontwikkelaar te verkopen en te leveren. Rechtbank en hof wezen deze vordering af, en ook A-G Langemeijer concludeerde tot verwerping van het hiertegen ingestelde cassatieberoep. De Hoge Raad oordeelde echter anders, overigens in een kort en (helaas) zeer beperkt gemotiveerd arrest.

Kern van het arrest

Uit het Didam-arrest volgt dat, wanneer er meerdere gegadigden zijn, of dit redelijkerwijs is te verwachten, een overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria zal moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel brengt volgens de Hoge Raad ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Staat daarentegen bij voorbaat vast of mag redelijkerwijs worden aangenomen dat op

grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, dan hoeft de hiervoor bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure volgens de Hoge Raad niet te worden geboden. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop echter wel tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Hoewel de nieuwe maatstaf bij gronduitgifte gelijkenissen vertoont met het aanbestedingsrecht, is deze daar niet op gebaseerd. De Hoge Raad baseert deze maatstaf op het gelijkheidsbeginsel, dat via het bepaalde in art. 3:14 BW doorwerkt in het privaatrechtelijke optreden van een overheidslichaam. Dat geldt dus ook bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, in die zin dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en daarmee het gelijkheidsbeginsel, ook dan in acht moeten worden genomen. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over het verlenen van schaarse vergunningen. De hoogste bestuursrechter oordeelde daarin dat het gelijkheidsbeginsel bij de uitgifte van schaarse vergunningen - in de woorden van de Afdeling bestuursrechtspraak - 'in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen'. De Hoge Raad bezigt in het Didam-arrest in zoverre dus exact dezelfde bewoordingen als de Afdeling bestuursrechtspraak eerder heeft gedaan.

Reikwijdte van het arrest

Anders dan in geval van de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is de reikwijdte van de maatstaf die de Hoge Raad in het Didam-arrest heeft aangelegd niet beperkt tot schaarse rechten. Deze heeft betrekking op alle grondposities van een overheidslichaam, dat wil zeggen ongeacht of die al of niet als schaars zijn aan te

merken. Bovendien beperkt deze maatstaf zich niet tot koopovereenkomsten; het arrest is weliswaar gewezen naar aanleiding van een situatie waarin een overheidslichaam (de gemeente Montferland) een koopovereenkomst was aangegaan, maar er is geen reden om te veronderstellen dat de toepassing daartoe is beperkt. Niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.3 van het arrest overweegt dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten - een koopovereenkomst is daar een voorbeeld van - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.

In de praktijk,⁶ de literatuur⁷ en de inmiddels verschenen (lagere) rechtspraak wordt dan ook algemeen aangenomen dat het arrest tevens van toepassing is op andere vormen van gronduitgifte, zoals (ver)huur, grondruil,⁸ en de uitgifte van erfpacht- of opstalrechten.⁹ Verdedigbaar is bovendien dat het arrest ook van toepassing is bij verlenging van dergelijke rechten,¹⁰ bijvoorbeeld ingeval de looptijd van een erfpacht- of opstalrecht eindigt door het verstrijken van de periode waarvoor dit recht is gevestigd en het overheidslichaam (de bloot eigenaar) voornemens is om het recht te verlengen, al dan niet door heruitgifte.

Uit de rechtspraak volgt dat een overheidslichaam geen misbruik mag maken van de machtspositie waarin zij in dat geval verkeert en dat zij, ook na ommekomst van

de oorspronkelijk overeengekomen erfpachttermijn, tot de erfpachter in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste relatie staat.¹¹ Dit betekent echter niet dat zij, na ommekomst van de oorspronkelijke termijn waarbinnen het recht van erfpacht is uitgegeven, ook gehouden is om tot verlenging over te gaan. Daargelaten dat hiertoe geen verplichting bestaat,¹² lijkt uit het Didam-arrest te moeten worden afgeleid dat (ook) in dat geval in beginsel een openbare selectieprocedure moet worden gevolgd, zodat het bepaald geen zekerheid is dat het recht van erfpacht opnieuw aan de voormalige erfpachter zal worden uitgegeven.

Toepassing van het arrest in de praktijk

De hoofdregel is dat bij gronduitgifte door een overheidslichaam een selectieprocedure moet plaatsvinden indien er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Een overheidslichaam zal voor dat geval, met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte, criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. De Hoge Raad heeft geen voorbeelden gegeven van dergelijke criteria, maar uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak zou kunnen worden afgeleid dat een selectie criterium dat uitgaat van de volgorde van binnenkomst van inschrijvingen voldoet aan de door de Hoge Raad gestelde eisen.¹³ Dat geldt volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland ook, en zelfs, wanneer op voorhand niet uitdrukkelijk kennisgeving is

⁶ Vgl. de 'Factsheet Didam-arrest', zoals gepubliceerd op de website van de rijksoverheid (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/01/10/factsheet-didam-arrest---advies-van-landsadvocaat>) en het advies van het kantoor van de landsadvocaat dat hieraan ten grondslag ligt.

⁷ Zie voetnoot 1 t/m 5.

⁸ Vgl. rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

⁹ Vgl. GiEA 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7.

¹⁰ In een (ongepubliceerd) vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland van 4 augustus 2022 (inzake C15/329409 / KG ZA 22-322), waarbij het ging om een huurverlenging, werd voor wat betreft de vraag of de

in het Didam-arrest geformuleerde criteria in huursituaties zoals de onderhavige onverkort van toepassing zijn, overigens nog uitdrukkelijk een slag om de arm gehouden.

¹¹ Rb. Rotterdam 2 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7762, r.o. 4.2.

¹² Zie o.a. hof 's-Hertogenbosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1901, hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608, rb. Midden-Nederland 9 mei 2019,

ECLI:NL:RBMNE:2019:2280, en rb. Rotterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5620.

¹³ Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

gedaan van dit selectie criterium, maar de toepassing hiervan volgt uit een bestendig gebruik van een gemeente, waarbij eerder wel is medegedeeld dat dit criterium wordt toegepast.¹⁴ De Hoge Raad heeft op de hoofdregel dat bij gronduitgifte door een overheidslichaam een selectieprocedure moet plaatsvinden slechts één uitzondering geformuleerd, namelijk als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. De Hoge Raad heeft (ook) geen voorbeelden genoemd van situaties waarin een overheidslichaam mag aannemen dat sprake is van één serieuze gegadigde, maar uit een vonnis van 8 juli 2022 van de rechtbank Oost-Brabant, gewezen in kort geding,¹⁵ kan worden afgeleid dat ervan mag worden uitgegaan dat er slechts één serieuze gegadigde is, als een onderhandelingstraject heeft plaatsgevonden waarin deze gegadigde als enige is overgebleven. In een vonnis van 4 augustus 2022, eveneens gewezen in kort geding, waarbij het ging om een huurverlenging, overwoog de rechtbank Noord-Holland dat de door de zittende huurders gedane investeringen een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zijn op grond waarvan het overheidslichaam in kwestie (de gemeente Beverwijk) aan zittende huurders een voorrangspositie mocht geven. Daaraan deed volgens de rechtbank niet af dat voor de overdracht van die investeringen mogelijk oplossingen zijn te verzinnen.¹⁶ In voornoemd vonnis van 8 juli 2022 van de rechtbank Oost-Brabant werd eveneens belang toegekend aan de investeringen die door de, door het overheidslichaam als enige serieuze gegadigde geselecteerde, gegadigde waren gedaan.¹⁷

In de *Factsheet Didam-arrest*,¹⁸ die is uitgegeven door het ministerie van BZK, is verder nog aangegeven dat in dit verband gedacht kan worden aan de situatie dat gelet

op de beoogde beleidsdoelstellingen slechts één ontwikkelplan redelijkerwijs in aanmerking komt. Zo is volgens deze factsheet in beginsel denkbaar dat er slechts één potentiële koper is die voldoet aan bepaalde technische bekwaamheidseisen, die op zichzelf objectief, redelijk en toetsbaar zijn. Daarnaast kan volgens deze factsheet worden gedacht aan de situatie dat slechts één gegadigde beschikt over de benodigde (schaarse) vergunning om op het uit te geven perceel een onderneming te exploiteren en deze vergunning reeds door middel van een transparante verdeelprocedure is verleend. Ook kunnen bestaande grondposities maken dat slechts één partij als serieuze gegadigde in aanmerking komt, al dan niet in combinatie met een doelmatig gebruik van de grond. In een brief van 24 juni 2022 van de DG Volkshuisvesting en Bouwen van het ministerie van BZK is verder opgemerkt dat sprake kan zijn van een serieuze gegadigde ingeval van een preferente partner of ingeval van vaste partners, zoals woningbouwcorporaties. Corporaties zijn vanwege de aan hen opgedragen (wettelijke) taak en eerder opgedane ervaring volgens het ministerie van BZK vaak een serieuze gegadigde voor de aankoop van gronden ten behoeve van woningbouw.¹⁹ Hierdoor zou de uitkomst van een selectieprocedure op voorhand vaststaan (waardoor het volgen van zo'n procedure in die situaties zinledig zou zijn).

Daarentegen maakt een toezegging uit het verleden volgens het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet dat zonder meer mag worden geconcludeerd dat, gelet op die toezegging, er slechts sprake is van één serieuze gegadigde. Een dergelijke toezegging kan weliswaar worden uitgelegd als verplichting om in onderhandeling te treden, maar kan er niet aan afdoen dat de belangen en wensen van overige (potentiële)

¹⁴ Vzr. rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.

¹⁵ Zie voetnoot 8.

¹⁶ Zie voetnoot 10.

¹⁷ Zie r.o. 4.18 van het in voetnoot 8 genoemde vonnis.

¹⁸ Zie voetnoot 6.

¹⁹ Zie: file:///H:/Downloads/brief-over-onroerende-zaken-en-het-biedenvan-gelijke-kansen.pdf.

gegadigden moeten worden geïnventariseerd en bij die onderhandelingen in acht worden genomen, een en ander met inachtneming van de procedurele eisen en eisen van openbaarheid die uit het Didam-arrest voortvloeien.²⁰ De door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel en de uitzondering hierop staan enigszins op gespannen voet met elkaar, omdat de hoofdregel wel van toepassing is als redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn, maar juist niet van toepassing is als redelijkerwijs mag worden aangenomen dat die er niet zijn, althans er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Zowel de hoofdregel als de uitzondering daarop gaan dus uit van verwachtingen, maar hoe die verwachtingen in de praktijk concreet moeten worden ingevuld, vermeldt het arrest niet. Tegelijkertijd geeft het arrest hiervoor wel een aanwijzing: een voornemen tot verkoop zal tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend dienen te worden gemaakt dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het overheidslichaam dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Hoewel het arrest dat niet expliciet vermeldt, is duidelijk dat deze kennisgeving zowel een controle- als een rechtsbeschermingsfunctie heeft. Een controlefunctie, omdat het overheidslichaam aan de hand van deze kennisgeving - en eventuele reacties die het naar aanleiding daarvan ontvangt - kan beoordelen of de verwachting van het overheidslichaam dat er slechts één serieuze gegadigde is, juist is geweest. Een rechtsbeschermingsfunctie, omdat potentiële gegadigden door de kennisgeving de kans krijgen om het overheidslichaam te laten weten dat zij (eveneens) interesse hebben in het

verwerven van het perceel grond dat het overheidslichaam voornemens is om van de hand te doen.²¹ Tegen die achtergrond is begrijpelijk dat in de inmiddels verschenen lagere rechtspraak wel is geoordeeld dat, wanneer géén openbare kennisgeving is gedaan van een voornemen tot gronduitgifte, een overheidslichaam géén beroep toekomt op de uitzondering.²² Wordt er daarentegen wel een kennisgeving van het voornemen tot verkoop gedaan, dan zijn er twee smaken: er dienen zich ofwel geen andere gegadigden aan binnen de in de kennisgeving gestelde termijn, of zij melden zich wel. In het eerste geval zou gesteld kunnen worden dat daarmee genoegzaam gebleken is dat van andere gegadigden (inderdaad) geen sprake is. Het overheidslichaam heeft dan immers de bevestiging gekregen van de juistheid van zijn initiële verwachting dat van andere gegadigden geen sprake is. Daarvan uitgaande, is voldaan aan de door de Hoge Raad aangelegde maatstaf in het Didam-arrest, dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat slechts één (serieuze) gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop.

Problematisch is echter wel dat niet duidelijk is welke termijn deze potentiële gegadigden moet worden gegund om hun interesse kenbaar te maken. Daarover zegt het Didam-arrest niets, terwijl in theorie voorstelbaar is dat een gegadigde zich pas na lange tijd meldt. Het ligt niet voor de hand om in dat geval te oordelen dat het overheidslichaam - achteraf - ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat er geen andere serieuze gegadigden waren. Het lijkt dus redelijk om een termijn te stellen. Welke termijn redelijk is, is niet op voorhand te zeggen. Hierbij spelen verschillende belangen een rol: enerzijds het belang van de oorspronkelijke gegadigde om snel duidelijkheid te verkrijgen over zijn positie en anderzijds de belangen van andere (potentiële) gegadigden om te kunnen

overigens tot een ander oordeel, omdat het Didam-arrest ten tijde van het maken van afspraken over gronduitgifte (een huurverlenging) nog niet was geweest, zodat de gemeente Beverwijk redelijkerwijs niet kon worden verweten de publicatieplicht te hebben veronachtzaamd.

²⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

²¹ Rb. Midden-Nederland 11 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.40.

²² Zie vorige voetnoot. De rechtbank Noord-Holland kwam in het in voetnoot 10 genoemde vonnis

meedingen. In de inmiddels verschenen literatuur is, in navolging van art. 4.15 lid 2 aanhef en onder b van de Aanbestedingswet, wel een termijn van zes maanden voorgesteld,²³ maar in de praktijk tot dusverre worden ook wel kortere termijnen gehanteerd (veelal twintig dagen, overeenkomstig art. 4.16 Aanbestedingswet). Of een termijn als voldoende kan worden beschouwd om gegadigden een kans te geven, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.²⁴ In ieder geval doet het overheidslichaam er verstandig aan om niet een te korte termijn te hanteren. In dat geval loopt het overheidslichaam immers het risico dat in rechte zal worden geoordeeld dat het te snel de conclusie heeft getrokken dat er geen andere gegadigden zijn, en dus ten onrechte geen openbare selectieprocedure heeft gevolgd. De oorspronkelijke gegadigde loopt gezien de lagere rechtspraak bovendien het risico dat geen uitvoering kan worden gegeven aan een met het overheidslichaam gesloten overeenkomst.²⁵

Wanneer zich binnen een redelijke termijn een andere gegadigde meldt die stelt en onderbouwt dat hij (eveneens) aan de door het overheidslichaam gehanteerde objectieve, toetsbare en redelijke criteria voldoet, ligt het voor de hand dat alsnog een openbare selectieprocedure wordt gevolgd. Dat is immers de hoofdregel uit het Didam-arrest. De vraag is echter of het overheidslichaam daarvan mag afzien, wanneer het van oordeel is dat deze andere gegadigde niet als een serieuze gegadigde is te beschouwen, hetzij omdat deze gegadigde (toch) niet aan deze criteria voldoet of dit niet voldoende heeft aangetoond. Daar lijkt het arrest wel enige ruimte voor te bieden, maar wel moet goed voor ogen worden gehouden dat het volgen van een selectieprocedure de hoofdregel is. Indien aanstonds duidelijk is dat een gegadigde niet aan de gehanteerde criteria kan voldoen, is voorstelbaar dat in dat geval geen openbare selectieprocedure hoeft te worden gevolgd.

Is dit niet aanstonds duidelijk, dan lijkt het volgen van een selectieprocedure onvermijdelijk. Juist in zo'n selectieprocedure kan immers duidelijk worden welke van de partijen het best scoort op de gehanteerde criteria. Voorkomen moet worden dat de uitzondering op de hoofdregel, de hoofdregel zelf wordt.

Een andere vraag is, of een overheidslichaam het houden van een openbare selectieprocedure afhankelijk mag stellen van de uitkomst van een door een andere gegadigde te entameren kort geding. In veel kennisgevingen van voorgenomen grondverkoop die sinds het Didam-arrest zijn verschenen, is aangegeven dat binnen een gestelde termijn een kort geding aanhangig dient te zijn gemaakt. Die voorwaarde volgt echter niet uit het Didam-arrest en lijkt bovendien voorbij te gaan aan de hierin geformuleerde hoofdregel dat in beginsel een openbare selectieprocedure moet worden gevolgd. Daarvan uitgaande zou voor het volgen van die openbare selectieprocedure voldoende moeten zijn dat zich binnen een redelijke termijn na de kennisgeving een andere gegadigde heeft gemeld, die stelt en onderbouwt eveneens aan de toepasselijke objectieve, toetsbare en redelijke criteria te voldoen. In dat geval is de uitzondering op de hoofdregel immers niet (meer) van toepassing.²⁶ Als die gegadigde géén kort geding aanhangig maakt en het overheidslichaam besluit om haar gronden toch te verkopen aan de oorspronkelijke gegadigde, zonder eerst alsnog een openbare biedingsprocedure te volgen, dan handelt dit overheidslichaam mogelijk in strijd met de in het Didamarrest geformuleerde maatstaf. Dit neemt niet weg dat een andere gegadigde die te lang wacht met het starten van een kort geding (bijvoorbeeld tot kort voor de levering ter uitvoering van een koopovereenkomst), zou kunnen worden verweten te lang stilgezeten te hebben. In dat geval zou geoordeeld kunnen worden dat dit afbreuk doet aan het spoedeisend belang, of zou dit kunnen

²³ Zie voetnoot 5.

²⁴ Vgl. de brief van 24 juni 2022 van de DG Volkshuisvesting en Bouwen van het ministerie van BZK, aangehaald in voetnoot 19.

²⁵ Rb. Midden-Nederland 11 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.42.

²⁶ Vgl. rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618, r.o. 4.8.

bijdragen aan het oordeel dat de belangenafweging redelijkerwijs in het voordeel van het overheidslichaam (en de oorspronkelijke gegadigde) moet uitvallen. Het is daarentegen echter niet zonder meer zo dat wanneer een gegadigde niet binnen een in een kennisgeving gestelde termijn een kort geding start, met succes verweten kan worden haar rechten te hebben verspeeld, althans dit volgt niet uit het Didam-arrest, noch uit de inmiddels verschenen lagere rechtspraak. Daarbij moet ook worden bedacht dat de Hoge Raad heeft overwogen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en daarmee het gelijkheidsbeginsel, niet alleen in acht moeten worden genomen bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten, maar ook bij het uitvoeren daarvan. Dit impliceert dat ook na het aangaan van een overeenkomst, bij de uitvoering daarvan, kan worden geklaagd over een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel.

Start de gegadigde daarentegen wel een kort geding, dan is voor het al of niet toewijzen van de ingestelde vordering niet zonder meer doorslaggevend of de criteria uit het Didamarrest zijn gevolgd, maar is de uitkomst van de belangenafweging die in kort geding zal moeten worden verricht, daarvoor ook en vooral van belang. Die belangenafweging geeft ruimte om rekening te houden met bestaande afspraken. In het hiervoor al aangehaalde vonnis van 8 juli 2022 overwoog de rechtbank Oost-Brabant dat, zelfs indien zou moeten worden geoordeeld dat de in deze kwestie geselecteerde gegadigde niet als de enige serieuze gegadigde is te beschouwen, een belangenafweging in dit specifieke geval in het voordeel van het betrokken overheidslichaam (de provincie Noord-Brabant) en deze gegadigde moet uitvallen.²⁷ Daartoe achtte de rechtbank van belang dat de provincie al sinds 2017 bezig is om de aan haar opgedragen natuuropgaven te bewerkstelligen. In redelijkheid kan van de provincie, in een situatie waarin de kring van gegadigden beperkt is tot twee partijen en waarbij één van hen na een langdurig

onderhandelingstraject is afgehaakt, niet verwacht worden dat zij nog langer wacht met de uitvoering van dit project, waardoor tijdige vervulling van haar publieke taak (in casu het realiseren van de gestelde natuurdoelen) nog verder in het gedrang komt. Daarnaast had de rechtbank oog voor de belangen van de gegadigde waarmee de provincie (wel) tot overeenstemming omtrent een grondruil was gekomen. In het kader van de voorgenomen transactie diende het bedrijf van deze gegadigde verplaatst te worden, terwijl daartoe al verschillende voorbereidingen waren getroffen, zoals het regelen van financiering, de verkoop van een aantal in eigendom behorende bouwblokken en het verkrijgen van planologische medewerking. Volgens de rechtbank mag deze gegadigde er op vertrouwen dat de overheid met wie zij in het kader van een bedrijfsverplaatsing ter facilitering van publieke doeleinden overeenstemming heeft bereikt, haar afspraken nakomt. Aldus kende de rechtbank in het kader van de belangenafweging die in kort geding moest worden gemaakt, uitdrukkelijk betekenis toe aan de omstandigheid dat er met deze gegadigde al afspraken waren gemaakt.

Afronding

Gezien de aandacht in de praktijk voor het Didam-arrest en het feit dat er inmiddels verschillende uitspraken van lagere rechters zijn verschenen, is aannemelijk dat een aantal van de in deze bijdrage genoemde vragen binnen afzienbare termijn zal worden beantwoord dan wel dat de in de (lagere) rechtspraak inmiddels gegeven antwoorden op die vragen, verder worden uitgekristalliseerd. Tot die tijd doen overheidslichamen er verstandig aan om niet te snel te oordelen dat er geen andere serieuze gegadigden zijn. Tegelijkertijd is er ook geen aanleiding om in elk dossier te concluderen dat het Didam-arrest een obstakel vormt voor het maken van nieuwe of het uitvoeren van bestaande afspraken. Uit de inmiddels verschenen lagere rechtspraak volgt immers dat in voorkomend geval aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria (met succes) valt te betogen dat er slechts één serieuze gegadigde is. Daarbij

²⁷ Zie voetnoot 8.

VAN DER FELTZ

advocaten

kan de belangenafweging in kort geding ook een belangrijke rol spelen, zeker daar waar het gaat om bestaande afspraken. Is daarentegen louter sprake van 'favoritisme',²⁸ dan zal uiteraard niet hard gemaakt kunnen worden dat er slechts één serieuze gegadigde is. Waar de grens precies ligt, zal afhankelijk zijn van de concrete

omstandigheden van het geval. De rechtspraak die de komende tijd - onvermijdelijk - nog zal verschijnen, zal hopelijk (verdere) duidelijkheid brengen.

Dit artikel is afgesloten op 16 augustus 2022.

Auteur: W.J. Bosma

²⁸ 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.