

Is het Didam-arrest een aanslag op de rechtszekerheid?



Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie “Is het Didam-arrest een aanslag op de rechtszekerheid?”. Deze scriptie vormt het sluitstuk van de opleiding Master of Real Estate (MRE) en gaat dieper in over de mogelijke rechtsgevolgen van overeenkomsten die in strijd met het Didam-arrest zijn gesloten. Ik hoop dat de scriptie tot nieuwe inzichten zal leiden en kunnen bedragen aan de wetenschap. Op deze plaats wil ik graag iedereen bedanken die hieraan heeft bijgedragen. In het bijzonder wil ik graag mijn gezin bedanken voor de ruimte die zij mij hebben geboden om de MRE-opleiding te kunnen volgen waaronder het afronden van deze scriptie. Tevens wil ik graag mijn scriptiebegeleider Wim van der Post bedanken voor zijn tijd en inzet.

Samenvatting

Op 26 november 2021 werd het “Didam-arrest gewezen en daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheden bij de verkoop van grond gelegenheid moeten bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Dat betekent dat overheden niet zonder meer vrij zijn om grond te verkopen aan één partij naar keuze. Overheden moeten gelijke kansen bieden bij de uitgifte middels een verplichte selectieprocedure. Tot voornoemde datum verkeerden overheidslichamen, als privaatrechtelijke handelende partij, (nog) in de veronderstelling dat zij over contractsvrijheid beschikten en aldus vrij konden handelen om gronden aan een partij naar keuze te verkopen tegen een marktconforme prijs. Volgens de Hoge Raad druist een dergelijke handelswijze echter in tegen het gelijkheidsbeginsel en dit beginsel dient een overheidslichaam eveneens en dus wel degelijk in acht te nemen bij de verkoop van door haar in eigendom toebehorende onroerende zaken. In de praktijk doet zich de vraag voor welke gevolgen het Didam-arrest met zich meebrengt voor huidige projecten en reeds gesloten overeenkomsten, waarbij overheidslichamen geen mededingingsruimte hebben geboden aan eventuele andere gegadigden bij de verkoop van gronden. Zijn deze overeenkomsten met succes aan te tasten door benadeelden (bijvoorbeeld directe concurrenten die ook interesse hadden om de grond van het overheidslichaam te verwerven en dat ook kenbaar hadden gemaakt)?

Uit het onderzoek is gebleken dat benadeelden eigenlijk geen rechtsmiddelen tot hun beschikking hebben om een Didam-strijdige overeenkomst in rechte te kunnen aantasten. Artikel 3:40 BW biedt geen soelaas voor een benadeelde om een Didam-strijdige overeenkomst te laten vernietigen of nietig te laten verklaren. Nietigheid zal pas aan de orde zijn als er sprake is van ‘gekwalficeerde schending’ en daarvoor is meer nodig dan enkel in strijd handelen met de Didam-regels. Vernietigbaarheid op grond van voornoemd artikel zal bij ‘Didam-gevallen’ niet aan de orde zijn.

Voorts is uit het onderzoek gebleken dat een benadeelde niet geheel met lege handen staat. Als de levering nog niet heeft plaatsgevonden dan kan de uitvoering van de Didam-strijdige overeenkomst (alsnog) gefrustreerd worden door een verbodsactie door de benadeelde. Uit de rechtspraak volgt dat het overheidslichaam geen uitvoering mag geven aan de Didam-strijdige overeenkomst en alsnog de Didam-regels dient toe te passen. Een dergelijke verbodsactie heeft geen nut meer als de levering heeft plaatsgevonden. Na levering kan de

benadeelde wellicht (in een bodemprocedure) met succes een schadevergoeding afdwingen op grond van artikel 6:162 BW. Uit het onderzoek blijkt echter dat een benadeelde niet of nauwelijks in aanmerking zal komen voor een vergoeding voor het positieve contractbelang (een volledige schadevergoeding) omdat hij daarvoor zal moeten aantonen dat het stuk overheidsgrond aan hem zou zijn verkocht als het overheidslichaam wel de Didam-regels had gevolgd. Dit is vrijwel onmogelijk. Op grond van de literatuur en de (aanbestedings)rechtspraak kan een benadeelde -onder omstandigheden- wel in aanmerking komen voor de vergoeding van kansschade. De kwantificering van de geleden (kans)schade zal echter zeer complex zijn.

Gesteld kan worden dat het Didam-arrest geen aanslag betreft op de rechtszekerheid.

| Inhoudsopgave | Paginanummer |
|---|---------------------|
| 1. Inleiding | 6 |
| 1.1. Aanleiding | 6 |
| 1.2. Probleemstelling | 6 |
| 1.3. Doelstelling | 7 |
| 1.4. Centrale onderzoeksvraag | 7 |
| 1.5. Deelvragen | 7 |
| 1.6. Afbakening | 7 |
| 1.7. Methodologie | 8 |
| 1.8. Relevantie | 8 |
| 2. Het Didam-arrest | 9 |
| 2.1. Inleiding | 9 |
| 2.2. Het geschil | 9 |
| 2.3. Uitspraak voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland | 11 |
| 2.4. Uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden | 13 |
| 2.4.1. Opdracht van de Gemeente zou aanbestedingsplichtig zijn | 13 |
| 2.4.2. De Gemeente zou in strijd hebben gehandeld met het verbod op staatssteun | 14 |
| 2.4.3. Analoge toepassing mededingingsnorm bij afgifte schaarse vergunningen? | 15 |
| 2.4.4. Schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel | 15 |
| 2.5. Conclusie Procureur-Generaal | 17 |
| 2.6. Arrest van de Hoge Raad | 18 |
| 2.7. Tussenconclusie | 19 |
| 3. Rechtsgrondslag | 21 |
| 3.1. Inleiding | 21 |
| 3.2. Aanbestedingsrecht | 21 |
| 3.3. Gelijkheidsbeginsel | 22 |
| 3.4. Doorwerking van het beginsel van gelijke kansen | 26 |
| 3.5. Reikwijdte, verkooptransacties | 27 |
| 3.5.1. Schaarste | 27 |
| 3.5.2. Overheidslichaam | 28 |
| 3.5.3. Uitsluitingen | 29 |
| 3.5.4. Reikwijdte, andere privaatrechtelijke overeenkomsten | 31 |
| 3.5.5. Terugwerkende kracht | 31 |
| 3.5.6. Tussenconclusie | 32 |

| | |
|--|-----------|
| 4. Rechtsmiddelen | 34 |
| 4.1. Inleiding | 34 |
| 4.2. Aanbestedingsrecht als leidraad | 34 |
| 4.3. Artikel 3:40 BW | 36 |
| 4.4. Artikel 6:162 BW en 6:103 BW | 37 |
| 4.4.1. Onrechtmatige daad | 38 |
| 4.4.2. Vorm van schadevergoeding | 40 |
| 4.5. Tussenconclusie | 41 |
| 5. Rechtsgevolgen | 42 |
| 5.1. Inleiding | 42 |
| 5.2. Nietigheid op grond van artikel 3:40 BW | 42 |
| 5.2.1. Jurisprudentie met betrekking tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW | 43 |
| 5.2.2. Jurisprudentie met betrekking tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW | 46 |
| 5.3. Toepassing rechtsmiddelen op de Didam-zaak | 48 |
| 5.3.1. Nietig of vernietigbaar? | 48 |
| 5.3.2. Onrechtmatige daad? | 50 |
| 5.4. Rechtspraak na bekendmaking van het Didam-arrest | 52 |
| 5.4.1. Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022 | 52 |
| 5.4.2. Vzr. Rechtbank Noord-Nederland 25 oktober 2022 | 53 |
| 6. Eindconclusie | 56 |
| 6.1. Beantwoording van de hoofdvraag | 56 |
| 6.2. Advies | 57 |
| 6.2.1. Advies aan de wetgever | 57 |
| 6.2.2. Advies aan het gerechtshof 's-Hertogenbosch | 57 |
| 6.3. Aanbevelingen | 58 |
| 7. Literatuurlijst | 59 |
| 8. Jurisprudentielijst | 60 |

1. INLEIDING

1.1. Aanleiding

Op 26 november 2021 werd het “Didam-arrest gewezen en daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheden bij de verkoop van grond gelegenheid moeten bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Dat betekent dat overheden niet zonder meer vrij zijn om grond te verkopen aan één partij naar keuze. Overheden moeten gelijke kansen bieden bij de uitgifte middels een verplichte selectieprocedure.

Tot voornoemde datum verkeerden overheidslichamen, als privaatrechtelijke handelende partij, (nog) in de veronderstelling dat zij over contractsvrijheid beschikten en aldus vrij konden handelen om gronden aan een partij naar keuze te verkopen tegen een marktconforme prijs. Dit dus zonder eventuele andere gegadigden een kans te hoeven geven daarop te laten meedingen. Volgens de Hoge Raad druist een dergelijke handelwijze echter in tegen het gelijkheidsbeginsel en dit beginsel dient een overheidslichaam eveneens en dus wel degelijk in acht te nemen bij de verkoop van door haar in eigendom toebehorende onroerende zaken.

Een prangende vraag is natuurlijk wat de consequenties zijn voor huidige projecten en reeds gesloten overeenkomsten, waarbij overheidslichamen geen mededingingsruimte hebben geboden aan eventuele andere gegadigden bij de verkoop van gronden. Zijn deze overeenkomsten met succes aan te tasten door benadeelden (bijvoorbeeld directe concurrenten die ook interesse hadden om de grond van het overheidslichaam te verwerven en dat ook kenbaar hadden gemaakt)? Deze vraag verdient een nader onderzoek en vormt daarom de aanleiding voor het schrijven van mijn scriptie over dit onderwerp.

1.2. Probleemstelling

Zoals hiervoor reeds kort beschreven is op dit moment niet duidelijk welke consequenties het Didam-arrest zal hebben op reeds gesloten overeenkomsten, waarbij overheidslichamen hebben verzuimd om bij het verkoopproces van onroerende zaken mededingingsruimte te bieden aan eventuele andere gegadigden.

De impact van het “Didam”-arrest kan groot zijn voor de overheid. Zo kan het gevolg zijn dat op grond van artikel 3:14 BW jo. 3:40 BW wordt geoordeeld dat een overheidslichaam - bij het sluiten van voornoemde overeenkomsten - in strijd heeft gehandeld met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (het gelijkheidsbeginsel) en zulks tot nietigheid van de rechtshandeling leidt. Als de overeenkomst nietig is, dan heeft deze in juridische zin nimmer bestaan en is het overheidslichaam dus eigenaar van de grond gebleven. De partij die koper dacht te zijn heeft dan recht op terugbetaling van de koopsom. Voor de vastgoedpraktijk zou dit verstrekende gevolgen kunnen hebben, aangezien de door het overheidslichaam verkochte grond in de tussentijd veelal zal zijn bebouwd door een ontwikkelaar/aannemer en de koper in de veronderstelling verkeerde dat hij

de eigenaar was van de onderliggende grond (en het daarop gebouwde project) en de bouwkosten veelal zal hebben voorgefinancierd middels een forwardfunding-constructie.

Gezien de hierboven geschetste potentiële impact is het voor marktpartijen van belang om duidelijkheid te verkrijgen over de gevolgen van het “Didam-arrest”. Onderhavig onderzoek beoogt hieraan een bijdrage te leveren.

1.3. Doelstelling

Met de uitwerking van het onderzoek wordt inzichtelijk welke juridische rechtsgevolgen het Didam-arrest met zich zal meebrengen voor reeds gesloten overeenkomsten, waarbij overheidslichamen geen mededingingsruimte hebben geboden aan eventuele andere gegadigden bij de verkoop van gronden. Dit is van belang voor marktpartijen om hun juridische positie te kunnen bepalen.

1.4. Centrale onderzoeksvraag

“Wat zijn de gevolgen van het Didam-arrest voor reeds gesloten (en uitgevoerde) overeenkomsten, waarbij overheidslichamen gronden hebben verkocht zonder mededingingsruimte te hebben geboden aan andere (potentiële) gegadigden?”

1.5. Deelvragen

1. Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest?
2. Op welke juridische grondslag berust de Didam-uitspraak?
3. Welke juridische instrumenten hebben benadeelden (die door het handelen van overheidslichamen niet hebben kunnen meedingen in het verkoopproces) tot hun beschikking op grond van wet- en regelgeving om reeds gesloten overeenkomsten aan te kunnen tasten?
4. Is op grond van Nederlandse en Europese jurisprudentie de verwachting dat benadeelden met succes gesloten overeenkomsten kunnen aantasten?

1.6. Afbakening

Dit onderzoek is gericht op de institutionele context waarbinnen dit vraagstuk speelt, te weten de Nederlandse vastgoedmarkt. Ter analyse van de mogelijke effecten valt ook relevante Europese wetgeving en in het bijzonder jurisprudentie onder het onderzoeksgebied. De valorisatie van dit onderzoek is gericht op actoren die acteren alsmede geacteerd hebben op de Nederlandse vastgoedmarkt waarbij het Didam-arrest een potentiële rol speelt.

1.7. Methodologie

Het onderzoek betreft een juridisch onderzoek met een kwalitatief verkennend karakter. De basis wordt gevormd door een gedegen literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek, zowel nationaal als internationaal. Het onderzoek eindigt met een advies aan de wetgever, aan overheden in de rol van verkoper en aan marktpartijen die grond en eventuele opstallen zouden wensen te kopen.

1.8. Relevantie

Zoals eerder aangegeven is het Didam-arrest als een “bom” binnengekomen bij alle marktpartijen die betrokken zijn in de vastgoedpraktijk. Er zijn veel vragen die nog nader beantwoord dienen te worden door de rechtspraak, waaronder het gerechtshof waarnaartoe de zaak door de Hoge Raad is terugverwezen voor het (opnieuw) wijzen van arrest. Het is maatschappelijk en wetenschappelijk van belang om gedegen onderzoek te doen naar de mogelijke juridische gevolgen voor bestaande overeenkomsten die geraakt worden door het Didam-arrest. Betrokken partijen (waaronder benadeelden) verkeren momenteel namelijk in het ongewisse over hun rechtspositie en dat kan middels dit onderzoek deels worden weggenomen. Daarnaast kan het onderzoek dienen als een leidraad voor het gerechtshof om straks tot een gedegen arrest te komen in deze zaak.

2. HET DIDAM-ARREST

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de uitgangspunten van het geschil en de verschillende gerechtelijke uitspraken die zijn gedaan door respectievelijk de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (“het Hof”) en uiteindelijk de Hoge Raad. Het hoofdstuk vormt een beschrijvend gedeelte waarin de praktische situering van het geschil en de juridische uitgangspunten worden gepresenteerd. Het hoofdstuk sluit af met een concluderende paragraaf.

2.2. Het geschil

Het geschil heeft betrekking op de voorgenomen herontwikkeling van een perceel (kadastraal bekend Didam K 5046) (“Perceel”) dat is gelegen in het dorpscentrum van Didam aan de Raadhuisstraat. Dit Perceel behoort in eigendom toe aan de gemeente Montferland (“Gemeente”) en hierop is het oude (deels monumentale) gemeentehuis van Didam gevestigd. De herontwikkeling van het Perceel maakt onderdeel uit van het meeromvattende plan om het dorpscentrum van Didam ingrijpend te wijzigen. De eerste plannen tot de beoogde wijziging van het dorpscentrum van Didam staan omschreven in het Masterplan “De samenleving verandert” (“Masterplan”) dat op 26 mei 2016 is vastgesteld door de gemeenteraad.¹ In het Masterplan is het Perceel met het zich daarop bevindende oude gemeentehuis aangemerkt als een potentiële locatie voor de realisatie van een nieuwe supermarkt. Dit sluit aan bij de uitgesproken wens van de Gemeente om de in Didam gevestigde supermarkten meer te centraliseren in het dorpscentrum.² Deze liggen nu namelijk nog grotendeels verspreid over Didam.

Na vaststelling van het Masterplan heeft de lokale media herhaaldelijk bericht over de plannen tot herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Vanaf medio 2016 heeft het Montferland Nieuws hier verschillende artikelen aan gewijd op haar website. Daarin werd onder meer aangekondigd dat de herontwikkeling in handen is van Groenstaete B.V. (“de Ontwikkelaar”) en zij het Perceel in eigendom van de Gemeente verwerft, waarna op de plek van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis een nieuwe Coöp-supermarkt wordt gerealiseerd.³ Vervolgens wordt het pand van de oude Coöp-supermarkt (dat vrijwel naast het oude gemeentehuis is gelegen) gesloopt en wordt op die plek een nieuwe Aldi-supermarkt gerealiseerd in combinatie met eenentwintig (21) woonappartementen. De oude Aldi-supermarkt -die buiten het dorpscentrum van Didam is gelegen- verhuist daarmee naar het centrum van Didam.

¹ V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.7.

² V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.7.

³ V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.8.

Met Masterplan is in de daaropvolgende jaren verder uitgewerkt en dat heeft uiteindelijk geresulteerd in het bestemmingsplan “Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o.” dat op 14 oktober 2021 is vastgesteld.⁴ In dit bestemmingsplan is onder meer de onderstaande situatietekening opgenomen die goed weergeeft hoe de toekomstige inrichting van het plangebied eruit zal komen te zien.



Buiten het dorpscentrum van Didam is ook een Albert Heijn-supermarkt gevestigd. Deze supermarkt wordt geëxploiteerd door Didam Have B.V. (“Didam Have”) en dat is een dochteronderneming van het concern, Europa Have B.V. Dit concern is een zogeheten ‘multi-franchisenemer’ van de Albert Heijn-formule en deze formule wordt toegepast in tweeëntwintig (22) verschillende filialen die Europa Have B.V. in haar bezit heeft.⁵ Europa Have B.V. heeft daarmee een omvangrijke vastgoedportefeuille opgebouwd en in het verlengde daarvan houdt Europa Have B.V. zich ook bezig met de ontwikkeling van vastgoed. Deze taak is in handen van haar dochteronderneming Becedo Vastgoed Ontwikkeling Groep B.V. en de daaraan gelieerde vastgoedentiteiten die onder deze onderneming vallen.

Medio 2016 heeft Didam Have enkele keren mondeling aan de Gemeente laten weten dat zij haar huidige Albert Heijn-filiaal (ook) graag naar het dorpscentrum van Didam wenst te verplaatsen en daarom interesse

⁴ Bestemmingsplan “Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o.” d.d. 14 oktober 2021, https://www.ruimtelijkeplannen.nl/docu-ments/NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01/r_NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01.html#_3_Centrum.

⁵ Deze informatie is afkomstig van de website van Europa Have B.V.: <https://www.europahave.nl/ontwikkeling-van-vastgoed/>

heeft in de aankoop van de locatie van het oude gemeentehuis. In reactie daarop heeft de Gemeente Didam Have doorverwezen naar de Ontwikkelaar en daarbij aangeven dat het Perceel niet los te koop is aangezien deze onderdeel uitmaakt van de totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Op 18 juli 2018 heeft Didam Have nogmaals aan de Gemeente te kennen geven dat zij interesse heeft in de verwerving van het Perceel, waarna zij wederom is doorverwezen naar de Ontwikkelaar.

Omdat de gesprekken met de Gemeente kennelijk niet het gewenste effect hadden, heeft Europa Have op 7 augustus 2018 een sommatiebrief aan de Gemeente toegezonden.⁶ Daarin werd de Gemeente verzocht om - binnen een termijn van veertien dagen- aan Didam Have te bevestigen dat zij ieder overleg met de Ontwikkelaar over de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie staakt en zij een openbare biedprocedure start met betrekking tot de herontwikkeling van het oude gemeentehuis. Daaraan heeft Didam Have -kort gezegd- ten grondslag gelegd dat de gunning van de herontwikkeling aan de Ontwikkelaar onrechtmatig is verlopen. Didam Have heeft immers geen eerlijke kans gekregen om mee te dingen naar de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie.

2.3. Uitspraak voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland

De Gemeente heeft geen gehoor gegeven aan het verzoek van Didam Have om (alsnog) te kunnen meedingen. Dientengevolge hebben Didam Have, Becedo Vastgoed IV B.V. en Becedo Vastgoedontwikkeling B.V. (“Eisers”) zich genooddaakt gevoeld om de Gemeente in rechte te betrekken en het geschil in eerste aanleg ter beoordeling voor te leggen aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland. De procedure werd dus niet alleen ingesteld door supermarktexploitant Didam Have, maar ook door Becedo Vastgoed IV B.V. en Becedo Vastgoedontwikkeling B.V. Deze ondernemingen zijn gelieerd aan Didam Have en maken onderdeel uit van het concern Europa Have B.V. Zoals de namen van deze entiteiten doen vermoeden, houden zij zich bezig met vastgoedontwikkeling en vanuit die hoedanigheid hebben zij kennelijk gedacht een procesbelang te hebben om (ook) te kunnen meedingen naar het verkrijgen van de ontwikkelrechten die de Gemeente reeds aan de Ontwikkelaar heeft gegund.

Daartegenover staat het belang van de Ontwikkelaar tot het behoud van de ontwikkelrechten die aan haar zijn toebedeeld door de Gemeente. Om dit belang te verdedigen heeft de Ontwikkelaar primair verzocht tot tussenkomst in de procedure. Een dergelijke (incidentele) vordering kan door een derde worden ingediend op grond van artikel 217 Rv, als zij een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding. Een belang wordt overigens snel aangenomen en daarvan is al sprake als de verzoeker nadelige gevolgen kan ondervinden van de uitkomst van de procedure. Buiten kijf staat dat de uitkomst van de procedure nadelig voor de Ontwikkelaar kan uitpakken aangezien zij de aan haar toebedeelde ontwikkelrechten zou kunnen verliezen aan de Eisers. Het belang is daarmee gegeven en de voorzieningenrechter heeft het tussenkomstverzoek van de Ontwikkelaar

⁶ V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.11

dan ook gehonoreerd. Hierdoor is de Ontwikkelaar als zelfstandige procespartij tot de procedure toegetreden en werd zij ontvangen in haar ingestelde vordering.

In de kortgedingprocedure hebben de Eisers primair gevorderd dat de Gemeente het Perceel enkel en alleen mag verkopen en leveren nadat er een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure heeft plaatsgevonden, waarbij alle geïnteresseerde partijen (i) in de gelegenheid worden gesteld om een bod uit te brengen, (ii) daartoe minstens dertig dagen de tijd krijgen, (iii) iedereen dezelfde informatie krijgt en gunningsvoorwaarden toegezonden en (iv) er geen discriminatoire eisen worden gesteld.⁷ Subsidiair hebben Eisers gevorderd dat zij in de gelegenheid moeten worden gesteld om een bod uit te brengen op het Perceel en meer subsidiair dat de voorzieningenrechter voorzieningen beveelt en/of verbiedt die hem juist voorkomen. Zoals hiervoor reeds opgemerkt hebben Eisers hieraan ten grondslag gelegd dat de handelswijze van de Gemeente onrechtmatig is en zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het verbod van willekeur heeft gehandeld door het Perceel aan de Ontwikkelaar te gunnen, zonder Eisers een eerlijke kans te geven om mee te dingen naar de herontwikkeling van het oude gemeentehuis van Didam.

De Gemeente heeft -kort gezegd- daar tegenin gebracht dat Eisers geen spoedeisend belang hebben in de onderhavige procedure, zij hun rechten inmiddels zouden hebben verwerkt en van onrechtmatig handelen aan de zijde van de Gemeente geen sprake zou zijn. Voorts zou Becedo Vastgoed IV B.V. geen belang hebben in deze procedure. Al het vorenstaande dient er volgens de Gemeente toe te leiden dat de ingestelde vorderingen dienen te worden afgewezen, althans tot niet-ontvankelijkheid moet leiden. Uiteraard wordt deze conclusie ook onderschreven door de Ontwikkelaar als tussenkomende procespartij.

De voorzieningenrechter heeft in eerste aanleg de redenering van de Gemeente en de Ontwikkelaar gevolgd en geconcludeerd dat Eisers in het concrete geval geen spoedeisend belang hebben. De rechtbank meent dat Eisers het kort geding te laat hebben ingesteld. Medio 2016 heeft zij kennis genomen van het Masterplan, althans mondeling aan de Gemeente aangegeven dat zij interesse heeft in de aankoop van het Perceel om daarnaartoe haar Albert Heijn-supermarkt te verplaatsen. Daarna hebben Eisers ruim twee jaar laten verstrijken voordat zij in actie kwamen tegen het voornemen van de Gemeente om het Perceel te verkopen aan de Ontwikkelaar. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt weliswaar dat het enkel stilzitten er niet toe mag leiden dat het spoedeisend belang ontbreekt, maar dat laat onverlet dat een feitenrechter zelf mag beoordelen of -gelet op de omstandigheden van het geval- er nog voldoende spoedeisend belang bij de zaak aanwezig is.⁸ Om te bepalen of Eisers nog wel over een spoedeisend belang beschikken is de voorzieningenrechter van mening dat Eisers in ieder geval een deugdelijke verklaring dienen te geven voor het langdurig stilzitten. Eisers hebben hieromtrent verklaard dat zij eerst 'de uitkomst van het burgerinitiatief' wilde afwachten alvorens rechtsmaatregelen te nemen. Deze verklaring acht de voorzieningenrechter onvoldoende om de

⁷ V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.11.

⁸ HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2391, NJ 2001, 602 m.nt. H.M.H. Speyart.

belangenafweging in het voordeel van de Eisers te laten uitvallen. Dit initiatief ging namelijk over de verwachte toename van de verkeersdrukke door het vestigen van een nieuwe supermarkt in het dorpscentrum van Didam en had niets van doen over de vraag of er wel of geen Albert Heijn-supermarkt op het Perceel zou moeten komen.⁹ Daarbij komt dat de onderhandelingen tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar door het tijdsverloop inmiddels in een vergevorderd stadium waren gekomen en dit gegeven draagt er volgens de voorzieningenrechter ook toe bij dat Eisers te laat hebben geageerd tegen de verkoop van het Perceel. Kortom, de voorzieningenrechter heeft op basis van een waardering van de feiten (belangenafweging) geoordeeld dat Eisers geen spoedeisend belang hebben in deze zaak, en derhalve zijn hun ingestelde vorderingen niet-ontvankelijk verklaard. Hierdoor werd evenmin toegekomen aan de inhoudelijke behandeling van de zaak. Eisers kregen in eerste instantie dus de deksel op de neus, maar zij lieten zich nog niet uit het veld slaan.

2.4. Uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Eisers zijn bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (“het Hof”) tijdig in beroep gekomen tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter. Het Hof concludeerde -in tegenstelling tot het oordeel van de voorzieningenrechter- dat Eisers een spoedeisend belang hebben. Hoewel tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar reeds een koopovereenkomst (en een samenwerkingsovereenkomst) tot stand is gekomen, heeft de (juridische) levering van het Perceel nog niet plaatsgevonden.¹⁰ Hiermee is het spoedeisend belang gegeven, zo oordeelt het Hof.¹¹ Dat Eisers lang hebben stilgezeten doet daaraan niets af volgens het Hof en Eisers dienen ontvangen te worden in hun vorderingen. Er wordt in hoger beroep dus toegekomen aan een inhoudelijke behandeling van de zaak.

Kort samenvattend stellen Eisers in hoger beroep dat (i) de opdracht van de Gemeente tot herontwikkeling aanbestedingsplichtig zou zijn, (ii) de Gemeente in strijd zou hebben gehandeld met het verbod op staatssteun en (iii) de Gemeente in strijd zou hebben gehandeld met de mededingingsnorm bij uitgifte schaarse rechten en (iv) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel) zouden zijn geschonden door de Gemeente. Hieronder zal nader worden ingegaan op deze stellingen van Eisers.

2.4.1. Opdracht van de Gemeente zou aanbestedingsplichtig zijn

Op de eerste plaats zijn Eisers van mening dat de opdracht van de Gemeente aan de Ontwikkelaar tot herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam kwalificeert als een ‘overheidsopdracht’ en aanbestedingsplichtig zou zijn op grond van Europese aanbestedingsregels. Deze regels staan opgenomen in Richtlijn 2004/18/EG (“Richtlijn”). Op grond van deze richtlijn dienen overheidsopdrachten in beginsel openbaar vergund te worden en in de ogen van Eisers heeft de Gemeente dat ten onrechte niet gedaan. Het Hof moet zich daarom buigen over de vraag of er (i) sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn en (ii) het Europese aanbestedingsrecht daarop van toepassing is.

⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11

¹⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 3.16.

¹¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.2.

In artikel 2 onder a van de Richtlijn staat de definitie van een overheidsopdracht opgenomen. Deze luidt als volgt:

“Overheidsopdrachten” zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze Richtlijn”

Om aan de definitie van een overheidsopdracht te kunnen voldoen dient de schriftelijke overeenkomst te zijn aangegaan *onder bezwarende titel*. Wat daaronder dient te worden verstaan heeft het Europese Hof van Justitie (“HvJ EU”) uiteengezet in het *Helmut Müller*-arrest.¹² In dit arrest heeft het HvJ EU drie vereisten opgesomd waaraan cumulatief voldaan moet zijn om vast te kunnen stellen dat een overeenkomst is gesloten onder bezwarende titel. Als we deze vereisten toepassen op de onderhavige zaak dan dient de opdracht van de Gemeente aan de Ontwikkelaar te voldoen aan de volgende vereisten: (1) de Ontwikkelaar dient zich direct of indirect te hebben verbonden tot de uitvoering van de herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam, (2) de uitvoering daarvan dient in rechte te kunnen worden afgedwongen (bijvoorbeeld doordat aan de Ontwikkelaar een bouwplicht is opgelegd) en (3) de Gemeente moet een rechtstreeks economisch belang hebben bij de uitvoering van de opdracht. Volgens het Hof wordt niet volledig voldaan aan de voornoemde vereisten. In de tussentijd tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar gesloten koopovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst is volgens het Hof namelijk geen enkele aanwijzing te vinden dat er aan de Ontwikkelaar een (bouw)plicht is opgelegd op grond waarvan de opdracht tot herontwikkeling in rechte zou kunnen worden afgedwongen.¹³ Voorts is het Hof van mening dat de Gemeente geen rechtstreeks economisch belang heeft bij de uitvoering van de opdracht en Eisers ten aanzien daarvan geen bewijs hebben aangeleverd. Gezien het vorenstaande concludeert het Hof dat er in de onderhavige zaak geen sprake is van een overheidsopdracht en daardoor ook op grond van de Richtlijn geen aanbestedingsplicht kan bestaan die door de Gemeente dient te worden uitgevoerd. Daar komt bij dat de waarde van de opdracht (koopsom en exploitatiebijdrage) ruim onder de gestelde Europese drempel valt en de Richtlijn op grond daarvan al niet van toepassing kan zijn op de onderhavige zaak.¹⁴ Kortom, het verweer van Eisers kan niet slagen op dit punt.

2.4.2. De Gemeente zou in strijd hebben gehandeld met het verbod op staatssteun

Op de tweede plaats voeren Eisers aan dat de Gemeente in strijd zou hebben gehandeld met het verbod op staatssteun. Eisers hebben daaromtrent betoogd dat de Ontwikkelaar geen marktconforme prijs zou hebben betaald voor het Perceel. Het Hof kan deze stelling van Eisers niet volgen aangezien de Gemeente en Ontwikkelaar middels een taxatierapport genoegzaam hebben onderbouwd dat er een marktconforme prijs is overeengekomen voor de overdracht van het Perceel, hetgeen in lijn is met artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende

¹² Europese Hof van Justitie 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08 (*Helmut Müller*).

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6.

¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6.

de werking van de Europese Unie (2016/C262/01).¹⁵ Het Hof vervolgt dat onder bijkomende omstandigheden sprake zou kunnen zijn van staatssteun, maar dat daar in de onderhavige zaak geen sprake van is. Het verweer van Eisers treft aldus geen doel.

2.4.3. Analoge toepassing mededingingsnorm bij afgifte schaarse vergunningen?

Ten derde stellen Eisers zich op het standpunt dat de Gemeente in strijd zou hebben gehandeld met de mededingingsnorm die van toepassing is op de uitgifte van schaarse vergunningen en welke norm ook van toepassing zou moeten zijn op de uitgifte van grond. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt door Eisers verwezen naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“de Afdeling”) die op 2 november 2016 is geweest en bekend staat als de *Speelautomatenhal Vlaardingen-uitspraak*.¹⁶ In deze uitspraak kwam de Afdeling tot de conclusie dat er in het Nederlandse recht een rechtsnorm bestaat op grond waarvan een overheidslichaam verplicht is om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden gelijke kansen moeten worden geboden om mee te dingen naar een beschikbare schaarse vergunning. Deze rechtsnorm was ook reeds aangehaald door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (“CBB”) in haar uitspraak van 3 juni 2009, waarin zij oordeelde dat er ruimte tot mededinging moet worden geboden aan potentiële gegadigden indien zij aanspraak wensen te maken op een schaarse vergunning.¹⁷ Indachtig het vorenstaande stellen Eisers zich op het standpunt dat de ontwikkelde mededingingsnorm voor de uitgifte van schaarse vergunningen (hetgeen een uitwerking betreft van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel) analoog dient te worden toegepast op de uitgifte van schaarse grond. Nu er volgens Eiseres sprake zou zijn van een gronduitgifte op een toplocatie midden in het centrum van Didam (waarmee kennelijk wordt betoogd dat er sprake zou zijn van een schaarse ruimte), zou op basis van het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel aan alle potentiële gegadigden een gelijke kans moeten worden geboden om de grond te kunnen verwerven. Het Hof gaat echter niet mee in deze stelling. Zij is van mening dat de mededingingsnorm voor de uitgifte van schaarse vergunningen (nog) niet analoog kan worden toegepast op een gronduitgifte.¹⁸ In de overweging van het Hof kan een aarzeling worden gelezen en kennelijk wil zij de beoordeling daarvan aan de Hoge Raad overlaten. Mocht de mededingingsnorm toch van toepassing zijn, dan is het Hof van oordeel dat de rechtsnorm enkel van toepassing is bij schaarste. Volgens het Hof hebben Eisers echter niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de Locatie schaars zou zijn en daarom gaat het verweer van Eisers niet op.

2.4.4. Schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel

Ten vierde stellen Eisers zich op het standpunt dat de Gemeente in strijd heeft gehandeld met zowel het gelijkheids- als het vertrouwensbeginsel, welke zijn aan te merken als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan een overheidslichaam zich dient te houden (zie artikel 3:14 BW). Het gelijkheidsbeginsel zou

¹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6

¹⁶ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

¹⁷ CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466 (*Swiss Leisure Group*)

¹⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.10

zijn geschonden omdat de Gemeente geen gelijke kans heeft geboden aan andere potentiële gegadigden (waaronder Eisers) om de Locatie te kunnen verwerven.¹⁹ Daarvoor is volgens Eisers geen rechtvaardigingsgrond aanwezig, aangezien zij bereid zijn om de Locatie volledig overeenkomstig het Masterplan te ontwikkelen en te realiseren. Eisers pogen daarmee te benadrukken dat er geen verschillen bestaan tussen haar en de Ontwikkelaar op basis waarvan het gerechtvaardigd zou zijn dat de Gemeente de Locatie aan de Ontwikkelaar gunt. Schending van het vertrouwensbeginsel zou volgens Eisers volgen uit het feit dat de Gemeente heeft nagelaten om de verkoop van de Locatie op haar website te publiceren en dat had volgens vast beleid van de Gemeente wel moeten gebeuren.

In rechtsoverweging 5.11 zet het Hof uiteen dat zij niet kan meegaan in de redenering van Eisers. Het Hof laat daarbij eigenlijk in het midden of het gelijkheidsbeginsel door de Gemeente is geschonden.²⁰ Zij is namelijk van mening dat, ongeacht of het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden door de Gemeente, er onder de gegeven omstandigheden onvoldoende redenen aanwezig zijn om de vorderingen van Eisers toe te wijzen. Dit wordt door het Hof nader gemotiveerd aan de hand van een belangenafweging, waarbij het Hof oordeelt dat de belangen van de Gemeente dienen te prevaleren boven de belangen van Eisers. Daarbij valt op dat het Hof eigenlijk exact dezelfde redenering gebruikt als de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland dat deed bij de door haar gehanteerde belangafweging of er sprake was van een spoedeisend belang. Ook in de hoger beroepsprocedure wordt vooral het lange stilzitten van Eisers tot het treffen van rechtsmaatregelen hen (wederom) zwaar aangerekend en mede daardoor is het Hof van mening dat de belangenafweging in het voordeel van de Gemeente dient uit te vallen.²¹ In 2016 waren Eisers immers al op de hoogte van de (verkoop)onderhandelingen tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar en dat zij pas in 2018 hiertegen in actie kwamen, maakt dat haar belangen (waaronder de blokkering van de levering van de Locatie aan de Ontwikkelaar) nu minder zwaar wegen dan de belangen van de Gemeente om de verkoop van de Locatie te kunnen finaliseren. Eisers krijgen dus ook in hoger beroep de deksel op de neus omdat zij een lange periode hebben nagelaten om rechtsmaatregelen te treffen tegen de lopende (verkoop)onderhandelingen tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar.²² Tevens merkt het Hof nog op dat zij het evenwel van belang acht dat Eisers zich bereid hebben verklaard om de gehele gebiedsontwikkeling uit te voeren, maar dat zulks onvoldoende is onderbouwd.²³ Hieruit maak ik op dat het Hof deze stelling van Eisers niet heeft meegewogen in haar belangenafweging. Volgens het Hof is er ook geen sprake van een schending van het vertrouwensbeginsel.²⁴ De verkoop van de Locatie hangt samen met de herontwikkeling van het gehele dorpscentrum van Didam en kan bezwaarlijk worden aangemerkt als de verkoop van een losse kavel die overeenkomstig de bestendige praktijk dient te worden aangeboden op de

¹⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.10

²⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11

²¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11

²² Ook in eerste aanleg werd geoordeeld dat de belangenafweging in het voordeel van de Gemeente diende uit te vallen, nu was gebleken dat Eisers een lange tijd hadden stilgezeten en daarvoor geen rechtvaardigingsgrond bestond (Vzr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.11).

²³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11.

²⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.12.

website van de Gemeente. De Gemeente was dus niet verplicht om de verkoop van de Locatie op haar website te plaatsen en dientengevolge heeft zij ook niet in strijd gehandeld met het vertrouwensbeginsel.

Gezien al het bovenstaande wijst het Hof alle ingestelde vorderingen van Eisers jegens de Gemeente en de Ontwikkelaar af.

2.5. Conclusie Procureur-Generaal

Eisers laten zich niet uit het veld slaan nadat zij bakzeil hadden gehaald bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Er wordt door Eisers cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Conform artikel 3.4.12.1 van het procesreglement van de Hoge Raad brengt de procureur-generaal (“P-G”) op grond van de inhoud van het procesdossier eerst een advies uit, alvorens de Hoge Raad overgaat tot het wijzen van een arrest.²⁵ In de onderhavige zaak heeft P-G, de heer F.F. Langemeijer, op 12 maart 2021 zijn conclusie genomen en adviseerde de Hoge Raad tot verwerping van het door Eisers ingestelde cassatieberoep.

Eisers hebben twee cassatiemiddelen aangedragen. Het eerste ingestelde middel ziet -kort gezegd- op de toepasselijkheid van de in het bestuursrecht ontwikkelde mededingings- en transparantienorm, welke voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel. Deze normen dienen door een overheidslichaam in acht te worden genomen bij de uitoefening van haar bestuurlijke taken waaronder de verdeling van schaarse vergunningen.²⁶ Het is in de ogen van Eisers volstrekt logisch te noemen dat overheidslichamen (waaronder de Gemeente) deze normen ook moeten eerbiedigen bij haar privaatrechtelijke bevoegdheid tot verkoop (schaarse) gronden. De ontwikkelde rechtsnormen zouden immers analoog dienen te worden toegepast op de uitgifte van (schaarse) gronden. Hoewel de P-G deze opvatting van Eisers lijkt te delen, kan naar zijn oordeel het ingestelde middel niet gegrond worden verklaard.²⁷ Er dient namelijk bij de toepassing van de rechtsnormen sprake te zijn van ‘schaarse grond’ en dat is in de onderhavige zaak niet vast komen te staan. Dat er meer dan één gegadigde is voor de aankoop van de Locatie, wil volgens de P-G namelijk niet zeggen dat daarmee wordt voldaan aan het begrip ‘schaarste’.²⁸

Het tweede cassatiemiddel ziet op het feit dat volgens Eisers sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Eisers verwijten het Hof dat zij haar oordeel (vaststelling dat er een marktconforme prijs is betaald) heeft gevormd op de enkele stelling van de Gemeente dat er een taxatie zou zijn uitgevoerd, terwijl de rapportage daarvan ontbreekt als bewijsstuk. Evenmin valt niet te controleren of de vermeende taxatie voorafgaand aan de onderhandelingen tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar is uitgevoerd, hetgeen wordt vereist op grond van de

²⁵ Procesreglement Hoge Raad: <https://www.hogeraad.nl/reglementen-protocollen/reglementen/procesreglement-hr/#haac2092b-9e48-4fa9-8901-586db658c25b>.

²⁶ Zie ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

²⁷ Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.41.

²⁸ Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.41 en 2.42.

Mededeling staatsteun van de Europese Commissie.²⁹ Bij de inhoudelijke behandeling kortgedingprocedure is het Hof niet verplicht om bewijs op te vragen van gedane stellingen door partijen die niet vaststaan. Er wordt namelijk ‘slechts’ een voorlopig oordeel gevraagd in een kortgedingprocedure. Ook al is het taxatierapport (waaruit de marktconforme prijs zou moeten blijken) niet overlegd in de procedure, dan nog kon het Hof op basis van de gestelde feiten van de Gemeente (en Eisers) tot het oordeel komen dat er een marktconforme prijs is betaald.³⁰ Zij mag zich immers bij het vormen van haar oordeel baseren op de feiten die partijen over en weer hebben gesteld. Dat neemt niet weg dat de P-G van mening is dat het ingebrachte middel kan slagen aangezien het Hof niet voldoende heeft gemotiveerd dat de taxatie van de Locatie voldoet aan de Mededeling staatsteun.³¹ De taxatie is namelijk niet voorzien van een datum en daarom kan niet worden vastgesteld of deze voorafgaand aan de onderhandeling tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar is uitgevoerd. Dat laatste vormt een voorwaarde om te kunnen vaststellen of de prijs marktconform is. Mocht de Hoge Raad deze mening delen en oordelen dat er sprake is van ongeoorloofde staatsteun dan schieten Eisers daar waarschijnlijk niet veel mee op. Dit zal immers niet per definitie leiden tot ongedaanmaking van de verkooptransactie. De onrechtmatig verleende steun zal namelijk ook op een veel minder ingrijpende wijze kunnen worden opgeheven door de Ontwikkelaar het verschil tussen de marktwaarde en de initiële verkoopprijs (met de tot dan toe verschuldigde rente) te laten bijbetalen.³²

2.6. Arrest van de Hoge Raad

Op 26 november 2021 doet de Hoge Raad de vastgoedpraktijk op haar grondvesten schudden met de publicatie van zijn Didam-arrest. Vooraleerst overweegt de Hoge Raad dat op grond van artikel 3:14 BW de geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel) van toepassing zijn op de verkoop van onroerende zaken door overheidslichamen.³³ Volgens de Hoge Raad brengt dat het volgende met zich mee. Bij het voornemen tot verkoop van een onroerende zaak dient een overheidslichaam -op grond van het gelijkheidsbeginsel- ‘ruimte te bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak, indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn’.³⁴ Om dit te kunnen waarborgen dienen overheidslichamen (objectieve, toepasbare en redelijke) criteria op te stellen op basis waarvan een koper kan worden geselecteerd. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel brengt ook met zich mee dat een overheidslichaam -voorafgaand aan de selectieprocedure- informatie over de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdsschema en de toe te passen

²⁹ Mededeling 2016/C 262/01 betreffende het begrip ‘staatsteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0719%2805%29&from=NL>.

³⁰ Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.63.

³¹ Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.64.

³² Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.49.

³³ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3.

³⁴ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.

selectieprocedure op een (nader in te vullen) wijze openbaar zal moeten maken, zodat potentiële gegadigden daarvan tijdig kennis kunnen nemen.³⁵ Als vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één gegadigde is voor de aankoop van de onroerende zaak dan is een overheidslichaam niet verplicht tot het geven van de hiervoor genoemde ruimte tot mededinging. In dat geval is een overheidslichaam wel verplicht om dat nader te motiveren en dat tijdig voorafgaand aan de verkoop van de onroerende zaak bekend te maken op een wijze zodat dat een ieder daarvan kennis kan nemen.³⁶ Gezien al het vorenstaande slaagt het ingestelde eerste middel van Eisers. Het tweede middel dat betrekking op de vraag of er sprake is geweest van ongeoorloofde staatssteun, wordt door de Hoge Raad afgewezen. Hij meent dat de door het Hof aangedragen gronden (ieder zelfstandig) kunnen leiden tot afwijzing van de vordering van Eisers.³⁷ Nu het eerste door Eisers ingestelde cassatiemiddel slaagt, wordt het arrest van het Hof door de Hoge Raad vernietigd en wordt de zaak door hem terugverwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch (en dus niet naar het gerechtshof Arnhem Leeuwarden die de zaak in eerste instantie heeft beoordeeld) voor verdere behandeling en beslissing.

2.7. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de Didam-zaak uitvoerig beschreven. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de in het bestuursrecht ontwikkelde mededingingsnorm (die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel) bij de verlening van schaarse vergunningen ook geldt voor de verkoop van onroerende zaken door overheidslichamen. Het gelijkheidsbeginsel is immers van toepassing op de uitvoering van privaatrechtelijke taken waaronder de verkoop van een onroerende zaak door een overheidslichaam. In het arrest wordt door de Hoge Raad ook een nadere invulling gegeven aan het begrip 'schaarste' en volgens hem is daarvan reeds sprake als de verwachting bestaat dat er meerdere gegadigden zullen zijn die interesse hebben in de aankoop van een betreffende onroerende zaak. Om de vereiste mededingingsruimte te kunnen bieden moeten overheidslichamen een transparante verkoopprocedure inrichten en hij heeft daartoe enkele algemene handvatten aangereikt in rechtsoverweging 3.1.4 en 3.1.5. De ruimte tot mededinging hoeft niet te worden geboden als vaststaat of redelijkerwijs te verwachten valt dat er slechts één gegadigde is voor de aankoop van de onroerende zaak.

Doordat de Hoge Raad vooral algemene formuleringen heeft gehanteerd in het arrest (en heeft nagelaten om concrete handvatten te geven voor de invulling van onder andere het selectieproces), zijn er de nodige vragen opgekomen bij overheidslichamen en andere (commerciële) marktpartijen binnen de vastgoedpraktijk. Enkele voorbeelden daarvan zijn de volgende. Op welke wijze dient een overheidslichaam nu het selectieproces in te richten om te kunnen voldoen aan het arrest? Wanneer is er precies sprake van slechts één gegadigde zodat zou kunnen worden afgezien van de selectieprocedure? Welke mate van openbaarheid moet nu worden betracht om te kunnen voldoen aan het gelijkheidsbeginsel? Dit is een kleine greep uit tientallen vragen die naar voren kwamen naar aanleiding van het Didam-arrest. Vooruitlopend op de uitspraak van het gerechtshof 's-

³⁵ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.5.

³⁶ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6.

³⁷ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.2.

Hertogenbosch (waarnaar de zaak is terugverwezen door de Hoge Raad voor verdere behandeling) is in verschillende artikelen en annotaties bij het arrest reeds een eerste poging gedaan om deze vragen te beantwoorden. Vooral om de opgetreden onduidelijkheid (en veroorzaakte paniek) bij overheidslichamen en marktpartijen te kunnen wegnemen en te voorkomen dat daardoor de verkoop van onroerende zaken door de overheid volledig stil komt te liggen. Er ligt namelijk nog steeds een (onmogelijke) opgave op tafel om binnen tien jaar 900.000 nieuwe woningen te bouwen om het nijpende woningtekort in Nederland te kunnen oplossen.³⁸ Ik ben zelf benieuwd naar de beantwoording van de volgende vraag. Welke rechtsgevolgen heeft het Didam-arrest op gesloten overeenkomsten, waarbij overheidslichamen geen mededingingsruimte hebben geboden aan potentiële gegadigden? Het bieden van de mededingingsruimte vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel en dat beginsel is al sinds jaar en dag van toepassing. Dit lijkt erop te duiden dat een schending van het gelijkheidsbeginsel door een overheidslichaam terugwerkende kracht heeft en wellicht tot gevolg heeft dat een (in het verleden gesloten) koopovereenkomst nietig of vernietigbaar is. Om de voornoemde centrale vraag te kunnen beantwoorden zal ik hieronder eerst dieper ingaan op de juridische grondslag van het Didam-arrest, te weten gelijkheidsbeginsel. Tevens zal ik de reikwijdte van het arrest nader toelichten en de vraag beantwoorden of het Didam-arrest terugwerkende kracht heeft.

³⁸ Zie website van de Rijksoverheid: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/10/13/minister-hugo-de-jonge-maakt-provinciale-woningbouwafspraken-voor-900.000-nieuwe-woningen>

3. RECHTSGRONDSLAG

3.1. Inleiding

Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad bij veel marktpartijen in de vastgoedpraktijk insloeg als een bom, was de uitkomst van het arrest toch niet geheel verassend te noemen gezien de stand van de literatuur en de jurisprudentie. Van Ommeren gaf al bijna twintig jaar geleden aan dat overheidslichamen, vanwege de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur op privaatrechtelijk overheidshandelen, gelijke kansen zouden moeten bieden bij de verdeling van schaarse rechten (waaronder de uitgifte van overheidsgronden) en daarvoor een transparante procedure dienen in te richten.³⁹ Dit standpunt heeft de Hoge Raad nu bevestigd in het Didam-arrest. Om een beter begrip te krijgen van het Didam-arrest, zal ik hieronder eerst bespreken waarom het aanbestedingsrecht niet van toepassing is op de Didam-zaak. Daarna zal ik dieper ingaan op de gekozen rechtsgrond van de Hoge Raad, het gelijkheidsbeginsel en de reikwijdte daarvan. Tevens zal worden ingegaan op de vraag of het Didam-arrest terugwerkende kracht heeft.

3.2. Aanbestedingsrecht

Vóór de bekendmaking van het Didam-arrest was de heersende opvatting dat de overheid volledige vrijheid genoot om een stuk aan haar toebehorende grond te verkopen aan een partij naar keuze. Contractsvrijheid was het uitgangspunt en dat gold ook voor de overheid bij de verkoop van aan haar toebehorende onroerende zaken. De toen geldende contractsvrijheid werd ook niet doorbroken door beperkende (mededingings)regels uit Europese aanbestedingsrichtlijnen die zijn vervat in de Aanbestedingswet 2012.⁴⁰ De uit de Aanbestedingswet voortvloeiende regels (zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel welke beginselen mede zijn ontleend aan artikel 49 VWEU en 56 VWEU alsmede verschillende uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁴¹) zijn namelijk alleen van toepassing op het inkopen van diensten, werken en/of leveringen en deze regels zijn dus niet toepasbaar op de zuivere verkoop van overheidsgrond. Dit wordt anders indien de verkoop van de overheidsgrond gepaard zou gaan met het verstrekken van een overheids- of concessieopdracht onder bezwarende titel. Of sprake is van een bezwarende titel wordt aan de hand van de vastgestelde criteria uit het Helmut Muller-arrest beoordeeld.⁴² Het Hof heeft bij de behandeling van de Didam-zaak geconcludeerd dat er geen (concessie)opdracht door de Gemeente is verstrekt die op grond van de geldende

³⁹ F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunning als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-63.

⁴⁰ De Europese aanbestedingsrichtlijnen: Richtlijn 214/23/EU betreffende het plaatsen van concessieopdrachten, Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2004/25/EU betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

⁴¹ HvJ EG 7 december 2000, Telaustria, Jur. 2000, p. I-10745, HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, SIAC Construction Ltd/County Counsel of the County of Mayo, Jur. 2001, p. I-7725, HvJ EG 29 april 2004, zaak C-469/99 P, Commissie/Cas Succhi di Frutta, Jur. 2004, p. I-3801; HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99, Jur. 2002, p. I-11617, Universale-Bau e.a.

⁴² HvJ EU 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08 (*Helmut Müller*).

aanbestedingsregels aanbestedingsplichtig is, aangezien een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel ontbrak.⁴³ In rechte was namelijk niet komen vast te staan dat de Gemeente een bouwplicht had opgelegd aan de Ontwikkelaar en evenmin was vast komen te staan dat de Gemeente een rechtstreeks economisch belang had bij de voorgenomen (her)ontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Ook al was vast komen te staan dat er een opdracht onder bezwarende titel was verstrekt door de Gemeente aan de Ontwikkelaar dan zouden de aanbestedingsregels nog niet van toepassing worden, omdat de verkoop van de Locatie onder de drempelwaarde lag.⁴⁴ Deze drempelwaarde geldt niet als er sprake is van een duidelijk ‘grensoverschrijdend belang’. Dit belang dient -op basis van vaste jurisprudentie- te worden vastgesteld aan de hand van een concrete beoordeling van de opdracht.⁴⁵ Dat het project plaatsvindt in een grensstreek en de Gemeente een warme band zou onderhouden met nabijgelegen Duitse gemeenten is volgens het Hof onvoldoende om het grensoverschrijdende belang aan te nemen en ik acht dit oordeel volstrekt juist. De laatste mogelijkheid om de (Europese) aanbestedingsregels van toepassing te laten worden op de verkoop van de Locatie wordt dus ook gedwarsboord. Kortom, in het Didam-arrest is sprake van een zuivere overeenkomst voor de verkoop van grond zonder een ‘grensoverschrijdend belang’ en daarop zijn de (Europese) aanbestedingsregels niet van toepassing.

3.3. Gelijkheidsbeginsel

Ondanks het feit dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op de verkoop van de Locatie door de Gemeente, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er ruimte tot mededinging moet worden geboden aan potentiële gegadigden bij de zuivere verkoop van overheidsgronden. Hij ontleent dat aan het in het bestuursrecht ontwikkelde beginsel van gelijke kansen (dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel) en langs die route dient er toch een passende mate van mededinging te worden geboden. Hiermee wordt eigenlijk een indirecte toepassing van het aanbestedingsrecht (zij het gedeeltelijk en ongeclausuleerd) bereikt, hetgeen in mijn ogen -als groot voorstander van meer transparantie bij overheidshandelen- valt toe te juichen. Maar de gekozen route van de Hoge Raad verdient wel een kritische blik. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel (in de context van gelijke kansen) heeft immers verstrekken gevolgen voor de vastgoedpraktijk en de gekozen rechtsgrond dient daarom ‘waterdicht’ te zijn. Als dat niet het geval is dan komt de uitspraak op losse schroeven te staan en daarmee zou de rechtszekerheid in het geding kunnen komen.

Het gelijkheidsbeginsel is het meest fundamentele rechtsbeginsel dat het Nederlandse recht kent. Zij is verankerd in artikel 1 van de Grondwet (“Gw”) en daarin is onder andere opgenomen dat ‘allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen worden behandeld’. Voorts is in het artikel opgenomen dat discriminatie niet is toegestaan in Nederland. Het gelijkheidsbeginsel (en het daarmee samenhangende verbod op discriminatie) is eveneens opgenomen in diverse internationale verdragen, waaronder het Europees Verdrag voor de Rechten

⁴³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6.

⁴⁴ Zie onder meer artikel 2.1 Aanbestedingswet 2012 en artikel 2a.2 van de Aanbestedingswet 2012.

⁴⁵ HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:263 (Oftalma Hospital) en HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747 (Tecnoedi).

van de Mens (“EVRM”).⁴⁶ Op grond van artikel 1 Gw (en 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol van het EVRM) mag een overheidslichaam dus niet de verkoop van een stuk overheidsgrond weigeren aan personen met een bepaalde godsdienst en/of huidskleur. Hoewel het gelijkheidsbeginsel niet expliciet is opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”) is het beginsel wel erkend als (ongeschreven) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en bestuursorganen dienen zich daaraan te conformeren bij de uitoefening van hun taken. Bij de klassieke uitleg van het beginsel in het bestuursrecht wordt gekeken naar de uitkomst; een belanghebbende wenst hetzelfde te verkrijgen wat een ander reeds heeft gekregen. Voor een dergelijk beroep op het (materiele) gelijkheidsbeginsel verwijs ik naar het *Lichtenvoorde/Dusseldorp*-arrest.⁴⁷ In tegenstelling tot dit arrest wordt bij het Didam-arrest gekeken naar het proces (tot het bieden van gelijke kansen aan potentiële gegadigden) en dat betreft de toepassing van het formele (ofwel het processuele) gelijkheidsbeginsel.

Naast de klassieke vorm van het gelijkheidsbeginsel zijn er ook afgeleide vormen van dit beginsel waarneembaar in de rechtspraak. Uit de rechtspraak blijkt immers dat het gelijkheidsbeginsel ruim wordt toegepast en verschillende verschijningsvormen kent. Het in de jurisprudentie erkende ‘beginsel van de gelijkheid voor publieke lasten’, is daarvan een voorbeeld.⁴⁸ Op grond hiervan dienen onevenredige nadelige gevolgen door de toepassing van overheidshandelen niet volledig voor rekening te komen van een beperkte groep, maar dient de ‘financiële pijn’ daarvan over de gemeenschap te worden verdeeld. Daarnaast is ook het beginsel van gelijke kansen erkend als verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel is gaandeweg als juridische grondslag gaan dienen om bestuursorganen een passende mate van mededinging te laten verlenen aan potentiële gegadigden bij de verdeling van schaarse publieke vergunningen.

Ten overstaan van de bestuursrechter werd met grote regelmaat geprocedeerd over de wijze waarop bestuursorganen schaarse (gok)vergunningen uitgaven aan marktpartijen. Benadeelden -die achter het net hadden gevestigd en de gokvergunning aan hun neus voorbij hadden zien gaan- kwamen veelvuldig in het verweer tegen de in hun ogen ontransparante wijze waarop (gok)vergunningen werden verdeeld door de overheid.⁴⁹ De daaruit voortvloeiende rechtspraak heeft uiteindelijk geleid tot de erkenning van het beginsel van gelijke kansen en de totstandkoming daarvan zal ik hieronder nader toelichten.

Van Ommeren sprak in 2004 al de verwachting uit dat de normen voor de verdeling van schaarse vergunningen steeds strenger zouden gaan worden voor bestuursorganen en zij daarvoor een meer transparante procedure zouden moeten gaan inrichten.⁵⁰ In de periode daarna signaleerde Van Ommeren dat er in het bestuursrecht een algemene rechtswaarde werd aangenomen op basis waarvan bestuursorganen verplicht zijn om enige mate

⁴⁶ Op basis van artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde protocol bij het EVRM is ongelijke behandeling van gelijke gevallen niet toegestaan als dat discriminatie oplevert.

⁴⁷ Hoge Raad 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT0971, Gst. 2005/98, m.nt. J.A.E. van der Does.

⁴⁸ Hoge Raad 30 maart 2001, ECLI:HR:2001:AB0801.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Schindler*).

⁵⁰ F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunning als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-63.

van mededinging te bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen.⁵¹ Deze algemene rechtsnorm werd door bestuursrechters gebaseerd op verschillende rechtsgrondslagen. Het zorgvuldigheidsbeginsel werd daarbij uitdrukkelijk benoemd, maar ook het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel werden door bestuursrechters ingezet als rechtsgrondslag om bestuursorganen te dwingen tot het verlenen van reële mededingingsruimte bij de verdeling van schaarse vergunningen.⁵² Overigens is het opvallend te noemen dat er vrijwel geen beroep op het gelijkheidsbeginsel werd gedaan door benadeelden, terwijl dat naar mijn idee toch voor de hand ligt bij de verdeling van schaarse vergunningen.

Met de komst van de *Swiss Leisure Group*—uitspraak op 3 juni 2009 werd door de CBB uitdrukkelijk onderstreept dat er een algemene rechtsnorm bestaat op grond waarvan bestuursorganen reële mededingingsruimte dienen te verlenen bij de verdeling van schaarse vergunningen.⁵³ Het CBB baseerde deze algemene norm op het zorgvuldigheidsbeginsel dat is gecodificeerd in artikel 3:2 Awb. De ommezwaai naar het gelijkheidsbeginsel als rechtsgrondslag kwam in de rechtspraak pas enkele jaren later tot uitdrukking in de *Speelautomatenhal Vlaardingen*-uitspraak. In deze zaak heeft de Afdeling het beginsel van gelijke kansen (als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel) omarmd bij de verdeling van schaarse vergunningen door overheidslichamen.⁵⁴ De uitspraak van de Afdeling steunt op een zeer uitgebreide rechtsanalyse van A-G Widdershoven.⁵⁵ De Afdeling geeft in haar uitspraak aan dat er drie rechtsnormen bestaan. Met verwijzing naar de hiervoor genoemde *Swiss Leisure Group*—uitspraak wordt op de eerste plaats het bestaan van de mededingingsnorm aangenomen. Het bestaan daarvan werd daarmee (nogmaals) bevestigd, hetgeen namelijk ook al de heersende opvatting was (en is) in de literatuur.⁵⁶ Volgens de Afdeling vloeit uit de mededingingsnorm ook de tweede rechtsnorm voort, te weten dat een schaarse vergunning ‘in beginsel’ alleen tijdelijk kan worden verleend. Met deze zwakke formulering wordt er door de Afdeling toch nog enige ruimte gelaten om een vergunning voor onbepaalde tijd te verlenen. Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat het HvJ-EU in de zaak *Trijber en Harmsen* heeft geoordeeld dat schaarse vergunningen (die onder de Dienstenrichtlijn vallen) voor bepaalde tijd dienen te worden verleend.⁵⁷ De uitspraak van de Afdeling wijkt op dat punt dus enigszins af van de heersende opvatting in

⁵¹ F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, BJu 2011, p.264-265.

⁵² F.J. van Ommeren (2017). *Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag*. In M. Bosma e.a. (editor), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*. (blz. p. 191-208).

⁵³ CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466 (*Swiss Leisure Group*).

⁵⁴ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

⁵⁵ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 met annotatie van C.J. Wolswinkel.

⁵⁶ F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: BJu 2013, C.J. Wolswinkel, ‘De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?’, *JBplus* 2013, afl. 2, p. 62-80, S. Prechal, ‘De emancipatie van het ‘algemeen transparantiebeginsel’’, *SEW* 2008/145, p. 316-322, A. Drahmman, ‘Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?’, in: M.J.M. Verhoeven e.a., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Jonge VAR reeks 9, Den Haag; BJu 2010, p. 169-197;

⁵⁷ HvJ EU 1 oktober 2015, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman.

het Europese Recht aangezien zij de deur nog wel op een kier zet voor het verstrekken van vergunning voor een onbepaalde tijd. De derde rechtsnorm ziet op een ‘passende mate van openbaarheid’ die bij de verdeling van schaarse vergunningen moet worden betracht bij (1) de beschikbaarheid van de vergunning (2) de verdelingsprocedure, (3) het aanvraagtijdvak en (4) de toe te passen criteria. Over deze aspecten dient tijdig te worden geïnformeerd. Deze laatste norm lijkt overigens vrijwel een-op-een door de Afdeling te zijn overgenomen uit het Europese recht (zie de zaken *Telaustria* en *Sporting Exchange*).⁵⁸ Alle drie de rechtsnormen worden door de Afdeling gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Voor de eerste twee hiervoor besproken normen is dat eigenlijk geen verrassing te noemen, aangezien daarmee aansluiting wordt gezocht bij het Europese recht en de literatuur ook veelvuldig heeft gepleit voor toepassing van het gelijkheidsbeginsel als rechtsgrond voor de verlening van schaarse vergunningen.⁵⁹ Voor de derde rechtsnorm ligt dat anders. Deze norm van het verstrekken van een ‘passende mate van openbaarheid’ heeft namelijk een zeer nauwe verbondenheid met het transparantiebeginsel dat niet in Nederland is erkend als (geschreven en/of ongeschreven) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In het Europese recht is dit beginsel wel erkend en vervat in verschillende aanbestedingsrichtlijnen.⁶⁰ A-G-Widdershoven heeft in zijn advies de mogelijkheid beschreven om het transparantiebeginsel te erkennen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en daarmee een gedegen rechtsgrondslag te creëren die daarmee aansluit op het Europese recht.⁶¹ De Afdeling heeft dat niet aangedurfd. Zij beschouwt de verplichting tot het bieden transparantie als een uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel en volgt daarmee het standpunt van Wolswinkel en Drahmman in de literatuur.⁶² Dit standpunt sluit mijns inziens keurig aan op de rechtspraak van het HvJ-EU, waarin bij de behandeling van de zaak *Costa & Cifone* tot uitdrukking kwam dat het beginsel van gelijke kansen eist dat gegadigden voor de verlening van een schaarse kansspelconcessie dezelfde kansen moeten krijgen en daarvoor een passende mate van openbaarheid moet worden gewaarborgd.⁶³ Eenzelfde standpunt van het HvJ-EU valt te ontdekken in de zaken *Betfair* en *Garkalns*.⁶⁴ Ook in de zaak *Succhi di Frutta*-zaak benadrukt het HvJ-EU dat de mededingingsruimte dient te worden geboden op basis van het beginsel van gelijke behandeling en niet zozeer op het transparantiebeginsel.⁶⁵ De keuze van de Afdeling om voor het gelijkheidsbeginsel te kiezen is begrijpelijk te noemen omdat daarmee ontwikkelingen uit het Europese recht ten aanzien van de transparantieplichting

⁵⁸ HvJ EU 7 december 2000, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*) en HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17, m. nt. A.W.G.J. Buijze, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel.

⁵⁹ F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, BJu 2011, p.265 en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Zwolle: Kluwer 2015, p. 364-365.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 18 van de Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

⁶¹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 met annotatie van C.J. Wolswinkel.

⁶² C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: BJu 2013 en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Zwolle: Kluwer 2015, p. 364 -367.

⁶³ HvJ EU 16 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:80 (*Costa & Cifone*).

⁶⁴ HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*) en HvJ EU 19 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:505 (*Costa & Cifone*).

⁶⁵ HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

kunnen doorwerken in de nationale transparantieplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel. De transparantieplichting wordt daarmee van toepassing op aangelegenheden die buiten de reikwijdte vallen van het (Europese) aanbestedingsrecht, waaronder de verdeling van schaarse vergunningen door de overheid en -met de bekrachtiging van de Hoge Raad in het Didam-arrest- ook op het verkopen van schaarse overheidsgronden.

3.4. Doorwerking van het beginsel van gelijke kansen (artikel 3:14 BW)

Met de introductie van de *Speelautomaten Vlaardingen*-uitspraak is dus bevestigd dat het bieden van mededingingsruimte met in achtneming een ‘passende mate van openbaarheid’ de norm is bij het verlenen van schaarse vergunningen en deze norm wordt ontleend aan het gelijkheidsbeginsel die daarvoor de juridische basis vormt. Deze uitspraak speelde zich af binnen de kaders van het bestuursrecht, waarbij de benadeelde bezwaar had gemaakt tegen het besluit van de gemeente Vlaardingen tot verlening van een exploitatievergunning (voor het vestigen van een speelautomatenhal) aan Hommerson op grond van de Verordening Speelautomaten Vlaardingen 2008.⁶⁶ Dit in tegenstelling tot de Didam-zaak die zich afspeelt in het privaatrechtelijk domein. Op welke wijze kan de ontwikkelde mededingingsnorm uit het bestuursrecht nu van toepassing worden (of zijn) op privaatrechtelijk overheidshandelen, zoals de zuivere verkoop van een stuk overheidsgrond? Het antwoord op deze vraag ligt besloten in artikel 3:14 BW. De inhoud van dit artikel is gecodificeerd naar aanleiding van het *Amsterdam/Ikon*-arrest en op basis daarvan dienen overheidslichamen bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten (waaronder de overeenkomst tot verkoop van een stuk overheidsgrond) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.⁶⁷ Gelet hierop dient de Gemeente onder andere het gelijkheidsbeginsel (dat een erkend beginsel van behoorlijk bestuur is) in acht te nemen bij de verkoop van de Locatie. Langs die weg heeft de Hoge Raad vrijwel één op één de ontwikkelde rechtsnormen uit de *Speelautomaten Vlaardingen*-uitspraak toepasbaar geacht op de Didam-zaak. Op het eerste gezicht een logische uitkomst waarop niets valt af te dingen. Maar niet voor iedereen; Peters heeft namelijk een kritische kanttekening geplaatst bij de in zijn ogen ongenueanceerde wijze waarop de Hoge Raad de bestuursrechtelijke mededingingsnorm in het privaatrechtelijke domein laat ‘binnendringen’.⁶⁸ Volgens hem blijkt namelijk uit het *Amsterdam/Ikon*-arrest dat van doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur pas sprake kan zijn als er een duidelijk publiekrechtelijk aspect kleeft aan het privaatrechtelijke handelen van het overheidslichaam. Bij een gronduitgifteovereenkomst zal een overheidslichaam doorgaans een specifiek (ruimtelijk)beleid wensen na te streven en een dergelijke overeenkomst valt dus aan te merken als een beleidsovereenkomst.⁶⁹ Bij een zogeheten ‘potlodenovereenkomst’ (verwijzing naar een eenvoudige overeenkomst waarbij een overheidslichaam kantoorgerei inkoopt) wordt -in beginsel- geen concreet beleid nagestreefd en bij

⁶⁶ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 1.

⁶⁷ Hoge Raad 27 maart 1987, AB 1987, 273 (*gemeente Amsterdam/Ikon Beleidsconsulenten B.V.*).

⁶⁸ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, JIN 2022/76 met annotatie van J.A.F. Peters.

⁶⁹ R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

dergelijke overeenkomsten zal volgens Peters geen doorwerking kunnen plaatsvinden aan de hand van artikel 3:14 BW.⁷⁰ In het licht van *Amsterdam/Ikon*-arrest snijdt Peters een terecht punt aan, maar ik verwacht niet dat dit consequenties zal hebben voor de uitleg van het Didam-arrest. In mijn optiek heeft Heijnsbroek dit kritiekpunt al voldoende weerlegt met een verwijzing naar de inhoud van artikel 3:14 BW en het *Zeeland/Hoondert*-arrest⁷¹, waaruit de conclusie wordt getrokken dat een overheidslichaam ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen bij de zuivere gronduitgifte.⁷² Peters is overigens van mening dat zijn kritiek geen effect zal hebben op het Didam-arrest, aangezien de Gemeente het stuk grond heeft verkocht in het kader van de uitvoering van het Masterplan Didam ‘De samenleving verandert’ en de verkoop dus steunt op specifiek beleid.⁷³ Bij nader inzien is de doorwerking van de bestuursrechtelijke mededingingsnorm -met in achtneming van de kritiek van Peters- dus toch logisch te noemen in de Didam-zaak. Over de boeg van artikel 3:14 BW werkt het in het bestuursrecht ontwikkelde beginsel van gelijke kansen door in het privaatrecht en dienen overheidslichamen dat in acht te nemen bij de verkoop van overheidsgrond.

3.5. Reikwijdte, verkooptransacties

Hierboven is uitvoerig het beginsel van gelijke kansen geanalyseerd. Daarbij is toegelicht dat dit in het bestuursrecht ontwikkelde beginsel middels artikel 3:14 BW doorwerkt in het privaatrecht en overheidslichamen derhalve gehouden zijn (en waren) om bij de verkoop van overheidsgronden reële mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden. Na bestudering van het Didam-arrest kan worden geconcludeerd dat de reikwijdte van het beginsel van gelijke kansen wordt begrensd door (de invulling van) het begrip ‘schaarste’ en ‘overheidslichaam’. Daarnaast heeft de Hoge Raad in het Didam-arrest een uitsluitingsgrond meegegeven op grond waarvan een overheidslichaam de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte naast zich neer kan leggen. Het is van belang om kort stil te staan bij de voornoemde begrippen en de door de Hoge Raad geformuleerde uitsluitingsgrond, aangezien deze bepalend zijn of een overheidslichaam verplicht is om het beginsel van gelijke kansen toe te passen bij de verkoop van een onroerende zaak.

3.5.1. Schaarste

In de Didam-zaak heeft het Hof geoordeeld dat de Locatie niet kon worden aangemerkt als ‘schaars’ omdat er elders in het dorpscentrum van Didam ook geschikte plekken aanwezig zijn om een supermarkt te vestigen.⁷⁴ A-G Langemeijer heeft dit oordeel gevolgd, althans in zijn conclusie komt naar voren dat de in het bestuursrecht ontwikkelde mededingingsnorm voor de verdeling van schaarse vergunningen niet één op één in het

⁷⁰ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, JIN 2022/76 met annotatie van J.A.F. Peters.

⁷¹ Hoge Raad 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

⁷² P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid*, diss., Den Haag: SIBR 2013, hoofdstuk 12, p. 360 en 361.

⁷³ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, JIN 2022/76 met annotatie van J.A.F. Peters.

⁷⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.8.

privaatrecht kan worden overgenomen.⁷⁵ Dit heeft ertoe geleid dat de Gemeente op grond van het arrest van het Hof niet verplicht was tot het bieden van reële mededingingsruimte aan Eisers. Vooraleerst merk ik daarbij op dat het mij juist voorkomt dat overheidslichamen pas verplicht zijn tot het bieden van mededingingsruimte als de te verkopen grond daadwerkelijk ‘schaars’ is bevonden en dat deze vaststelling aan de hand van relevante feiten en omstandigheden heeft plaatsgevonden. Schaarste is de belangrijkste (en vrijwel de enige) reden om gelijke kansen te bieden aan potentiële gegadigden die interesse hebben in de aankoop van een door de overheid aangeboden stuk grond. Als er geen sprake is van schaarste dan is het toepassen van mededingingsruimte immers onzinnig te noemen. Dit geeft ook gelijk de reikwijdte van het beginsel gelijke kansen aan; het bieden van mededingingsruimte is niet noodzakelijk als er geen sprake is van schaarste. Dit standpunt wordt ook breed gedragen in de literatuur.⁷⁶ Omtrent de wijze waarop invulling dient te worden gegeven aan het begrip ‘schaarste’, bestaan verschillende opvattingen. De Hoge Raad houdt er bijvoorbeeld een andere gedachtegang op na dan het Hof en A-G Langemeijer. Volgens hem is schaarste een gegeven als te verwachten valt dat de vraag het aanbod overstijgt. Drahmman kan zich volledig verenigen met de wijze waarop de Hoge Raad hier invulling geeft aan het begrip ‘schaarste’.⁷⁷ Ook Van Ommeren onderschrijft het oordeel en meent dat de benaderingswijze van het Hof en A-G Langemeijer niet gevolgd kan worden.⁷⁸ In dat geval zou een overheidslichaam namelijk de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte kunnen ontlopen door een potentiële gegadigde naar een andere locatie te verwijzen, terwijl dat niet zijn/haar voorkeur heeft. Naar mijn mening slaat Van Ommeren hier de spijker op de kop. Het bieden van verplichte mededingingsruimte heeft mede tot doel om onder andere favoritisme en nepotisme uit te sluiten en het is in dat kader zeer onwenselijk als een overheidslichaam de mogelijkheid zou hebben om de reikwijdte van het beginsel van gelijke kansen te kunnen beïnvloeden. Zij is dan immers bij machte om het bieden van verplichte mededingingsruimte buiten spel te zetten en dat dient te allen tijde te worden voorkomen. Gelet hierop hebben Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel in de literatuur bepleit dat de schaarste van het recht moet worden bepaald door de voorkeur van de potentiële gegadigde en niet door de overheid als aanbieder.⁷⁹ Ik kan mij volledig vinden in deze opvatting aangezien dat recht doet aan het doel van het bieden van gelijke kansen aan (potentiële) gegadigden.

3.5.2. Overheidslichaam

Uit het Didam-arrest blijkt dat deze betrekking heeft op overheidslichamen. Volgens de Hoge Raad hebben overheidslichamen namelijk een andere positie dan private partijen en dienen zij op grond van artikel 3:14 BW het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Daaruit vloeit voort dat overheidslichamen passende mededingingsruimte dienen te bieden alvorens zij tot de verkoop van overheidsgronden kunnen overgaan. Daarbij komt bij

⁷⁵ Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243, r.o. 2.28.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld F.J. van Ommeren (2017). *Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag*. In M. Bosma e.a. (editor), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan JaapPolak*, p. 194.

⁷⁷ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Gst. 2022/76* met annotatie van A. Drahmman.

⁷⁸ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *JIN 2022/76* met annotatie van J.A.F. Peters.

⁷⁹ F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, *‘Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk’*, in F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 18 e.v.

mij wel de vraag op wat precies onder het begrip “overheidslichaam” dient te worden verstaan. Onder het begrip zullen uiteraard alle organen vallen die op grond van artikel 1:1 Awb kunnen worden aangemerkt als een bestuursorgaan. Maar er zijn ook grensgevallen te bedenken. Neem bijvoorbeeld woningcorporaties die een publieke taak uitvoeren, maar niet onder de definitie van artikel 1:1 Awb vallen. Vallen woningcorporaties nu wel of juist niet onder de begripsbepaling ‘overheidslichaam’? Peters heeft ook zijn onvrede uitgesproken over het feit dat de Hoge Raad geen nadere duiding heeft gegeven aan het begrip ‘overheidslichaam’.⁸⁰ Een nadere duiding ontbreekt ook in het *Amsterdam-Ikon*-arrest en het *BMV/Bladel*-arrest, waarin de Hoge Raad tevens veelvuldig gebruikt maakt van de aanduiding overheidslichaam.⁸¹ Volgens mij moet het antwoord op de voornoemde vraag gevonden worden in het *RZG-ComforMed*-arrest.⁸² Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn op het handelen van een ziekenfonds omdat het ziekenfonds niet valt aan te merken als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Op basis van dit arrest kan aldus geconcludeerd worden dat het begrip ‘overheidslichaam’ gelijkgesteld is aan het begrip bestuursorgaan uit de Awb. Dit lijkt mij ook een logische uitkomst te noemen. Toch mag volgens Van Ommeren niet uit het *RZG-ComforMed*-arrest de conclusie worden getrokken dat het beginsel van gelijke kansen enkel en alleen is beperkt tot bestuursorganen.⁸³ Hij verwijst daartoe naar de Aanbestedingswet 2012 waaruit volgt dat deze ook betrekking heeft verschillende aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven (bijvoorbeeld de NV Nederlandse Spoorwegen en regionale waterleidingbedrijven) die geen bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, maar wel de aanbestedingsregels in acht dienen te nemen bij de uitvoering van hun inkoopactiviteiten. Het zou vreemd zijn als deze partijen voor de inkoop gebonden zijn aan de regels uit de Aanbestedingswet 2012, maar bij de verkoop van roerende en onroerende zaken ‘buiten schot’ blijven omdat zij geen overheidslichaam zijn en derhalve ook niet verplicht zijn tot het bieden van reële mededingingsruimte op grond van het beginsel van gelijke kansen. Van Ommeren voorspelt dat deze ongelijkheid ertoe zal leiden dat het begrip ‘overheidslichaam’ door de Hoge Raad zal worden opgerekt als hij zich daarover zou mogen uitlaten.⁸⁴ Ik ben van mening dat de wetgever het niet zover mag laten komen en dat hij aan zet is om de door het Didam-arrest ontstane ongelijkheid en onduidelijkheid weg te nemen.

3.5.3. Uitsluitingen

Ook de door de Hoge Raad geformuleerde uitsluitingsgrond heeft invloed op de reikwijdte van het Didam-arrest. Als 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 van een stuk overheidsgrond dan hoeft een overheidslichaam geen mededingingsruimte te bieden middels een selectieprocedure.⁸⁵ Mocht

⁸⁰ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, JIN 2022/76 met annotatie van J.A.F. Peters.

⁸¹ Hoge Raad 27 maart 1987, AB 1987, 273 (*gemeente Amsterdam/Ikon Beleidsconsulenten B.V.*) en Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (*BMV/Bladel*).

⁸² Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:2003:AF2380, AB 2003/365, NJ 2004/35 (*RZG/ComforMed*).

⁸³ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 met annotatie van F.J. van Ommeren.

⁸⁴ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 met annotatie van F.J. van Ommeren.

⁸⁵ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

dit het geval zijn dan moet een overheidslichaam nader motiveren waarom naar zijn oordeel slechts één gegadigde in aanmerking komt en deze motivatie dient op een dusdanige wijze bekend te worden gemaakt zodat iedereen daarvan kennis kan nemen. Het is natuurlijk een wenselijke uitkomst dat de Hoge Raad oog heeft gehad voor deze uitsluitingsgrond die zich bijvoorbeeld voordoet bij de verkoop van snippergroen, waarbij het gezien de veelal kleine omvang van een het betreffende perceel overduidelijk zal zijn dat er maar één gegadigde zal zijn, te weten de aangrenzende eigenaar/buurman. Volgens Heijnsbroek doet deze uitsluitingsgrond ook recht aan het verschil tussen grondverkoop en vergunningverlening, waarmee hij indirect aangeeft dat de Hoge Raad oog heeft gehad voor de verschillen die bestaan met de *Speelautomaten-Vlaardingen*-uitspraak van de Afdeling waarin het beginsel van gelijke kansen werd toegepast op de verdeling van schaarse vergunningen en welke beginsel nu (één op één) wordt toegepast op de verdeling van onroerende zaken.⁸⁶ Maar er is nog een opvallend verschil te ontdekken en daar besteedt Heijnsbroek geen aandacht aan in zijn annotatie bij het Didam-arrest. In de *Speelautomaten-Vlaardingen*-uitspraak heeft de Afdeling namelijk geoordeeld dat de toepassing van het beginsel van gelijke kansen kan worden beperkt door wettelijk voorschriften als deze er ook blijk van geeft dat de beperking van de mededingingsruimte is meegewogen.⁸⁷ Deze beperkingsgrond is niet specifiek door de Hoge Raad opgenomen in het Didam-arrest, maar ik zie geen reden om aan te nemen dat de geformuleerde beperkingsgrond van de Afdeling daardoor niet van toepassing is bij de verkoop van onroerende zaken. Van Ommeren is eenzelfde mening toegedaan en lijkt zelfs een stapje verder te gaan.⁸⁸ In zijn annotatie bij het Didam-arrest stelt hij dat er aanvullende uitsluitingsgronden van toepassing kunnen zijn op het beginsel van gelijke kansen, indien daarvoor een objectieve, toetsbare en redelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is.⁸⁹ Ik weet niet of de Hoge Raad een dergelijke ruime toepassing heeft beoogd bij het wijzen van het Didam-arrest, maar met verwijzing naar het *Speelautomaten-Vlaardingen*-arrest zie ik zeker goede aanknopingspunten om aan te nemen dat het beginsel van gelijke kansen -in beginsel- beperkt zou kunnen worden door een wettelijk voorschrift, mits daarbij de beperking van de mededingingsruimte is meegewogen. De Aanbestedingswet 2012 zou zo'n wettelijk voorschrift kunnen zijn die beperkend werkt voor de toepassing van het beginsel van gelijke kansen. De regels uit de Aanbestedingswet 2012 zijn pas van toepassing als wordt voldaan aan de daarin vervatte drempelwaarde dan wel sprake is van een grensoverschrijdend belang.⁹⁰ Het is natuurlijk moeilijk uit te leggen dat er voor de verkoop van schaarse zaken (waaronder overheidsgronden) geen drempel bestaat en bij elke (kleine) verkoop een selectieprocedure moet worden opgetuigd als de verwachting bestaat dat er meerdere gegadigden geïnteresseerd zullen zijn. Ook hier verdient het de voorkeur dat de wetgever van zich laat horen en deze ongelijkheid wegneemt middels een wetsaanpassing.

⁸⁶ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Jaar 2022/1* met annotatie van P. Heijnsbroek.

⁸⁷ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

⁸⁸ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 met annotatie van F.J. van Ommeren.

⁸⁹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 met annotatie van F.J. van Ommeren.

⁹⁰ Zie onder meer artikel 2.1 Aanbestedingswet 2012 en artikel 2a.2 van de Aanbestedingswet 2012.

3.6. Reikwijdte, andere privaatrechtelijke overeenkomsten

Drahmann gaf in haar annotatie bij het Didam-arrest al aan dat het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) vermoedelijk niet alleen van toepassing is op overeenkomsten die een overheidslichaam sluit in het kader van de verkoop van een overheidsgrond, maar dat het gelijkheidsbeginsel ook bij andere overeenkomsten in acht dient te worden genomen, zoals (erf)pacht, opstal- en huurovereenkomsten.⁹¹ Ook Haverkate en Brand wezen hier al op na het verschijnen van het Didam-arrest.⁹² Geheel in lijn met deze verwachting is inmiddels in de rechtspraak aangenomen dat overheidslichamen de Didam-regels in acht dienen te nemen bij erfpachtuitgiften⁹³ en bij het sluiten van huurovereenkomsten⁹⁴ en pachtovereenkomsten⁹⁵. Het Didam-arrest heeft dus niet alleen betrekking op de verkoop van overheidsgrond, maar strekt zich ook uit op het sluiten van andere privaatrechtelijke overeenkomsten waarbij een schaars recht wordt verdeeld door een overheidslichaam.

3.7. Terugwerkende kracht

Bezit het Didam-arrest terugwerkende kracht en strekt de werking daarvan ook uit tot reeds gesloten overeenkomsten die in strijd met de Didam-regels tot stand zijn gekomen? Deze vraag wordt in de literatuur niet volledig eenduidig beantwoord. Vooral het betoog van Van Binsbergen en Schipperus springt eruit.⁹⁶ Zij zijn van mening dat de Hoge Raad met het uitvaardigen van de Didam-regels een ‘nieuw recht’ zou hebben gecreëerd en daaraan geen terugwerkende kracht mag worden gegeven. Zij vinden voor dit standpunt steun in de conclusie die AG-Franx in 1986 heeft genomen en waarin wordt betoogd dat aan een (koers)wijziging in de rechtspraak geen terugwerkende kracht zou mogen worden toegekend.⁹⁷ Terugwerkende kracht verbinden aan een plotselinge wijziging in de rechtspraak zou immers op gespannen voet staan met de rechtszekerheid. Ik ben echter van mening dat de Hoge Raad bij het Didam-arrest niet ineens een andere koers heeft ingezet die zou kunnen worden aangemerkt als een wijziging in de rechtspraak waaraan geen terugwerkende kracht zou moeten worden verbonden. Ik kan het betoog van Van Binsbergen en Schipperus dan ook niet helemaal volgen. In mijn optiek heeft de Hoge Raad bij het Didam-arrest -onder verwijzing naar de heersende doctrine in het bestuursrecht⁹⁸- voor het eerst verklaard hoe het gelijkheidsbeginsel (dat al jaren erkend wordt als algemeen

⁹¹ Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Gst.* 2022/76 met annotatie van A. Drahmann.

⁹² I. Haverkate & D.W.N. Brand, ‘*Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten*’, TvHB 2022/1, p. 7.

⁹³ V.zr. Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7, BR 2022/32.

⁹⁴ Rechtbank Noord-Nederland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

⁹⁵ Rechtbank Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82.

⁹⁶ C.J.R. van Binsbergen en C.J. Schipperus, *De gevolgen van het Didam-arrest voor lopende overeenkomsten*, 28 januari 2022, https://willedonker.nl/nieuws/de-gevolgen-van-het-didam-arrest-voor-lopende-overeenkomsten/#_ftn15.

⁹⁷ Conclusie P-G Franx, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347.

⁹⁸ Bij de uitleg hoe het gelijkheidsbeginsel dient te worden geïnterpreteerd verwijst de Hoge Raad expliciet naar de *Speelautomaten Vlaardingen*-uitspraak dat reeds in 2016 is gepubliceerd (zie Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.).

beginsel van behoorlijk bestuur) geïnterpreteerd dient te worden bij de verkoop van overheidsgronden en dat die uitleg meebrengt dat de gestelde Didam-regels altijd al gevolgd hadden moeten worden bij de verkoop van een stuk overheidsgrond. Deze benadering sluit aan bij de heersende opvatting in de literatuur dat aan gerechtelijke uitspraken terugwerkende kracht toekomt. Volgens Ancery en Haazen is terugwerkende kracht van uitspraken namelijk de hoofdregel en dient daarvan te worden uitgegaan als er geen bijzondere werking van de uitspraak is aangebracht door de rechter in kwestie.⁹⁹ Ook A-G R.H. de Bock gaat in zijn onlangs verschenen conclusie uit van deze benadering.¹⁰⁰ Nu de Hoge Raad in het Didam-arrest geen nadere overweging heeft gewijd aan de werking daarvan, dient te worden aangenomen dat de Didam-regels (welke voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel) terugwerkende kracht hebben. Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland volgt deze benadering en heeft onlangs geoordeeld dat aan het Didam-arrest terugwerkende kracht toekomt.¹⁰¹

3.8. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is vooraleerst vastgesteld dat de (Europese) aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op de zuivere verkoop van een stuk overheidsgrond. Daarna is dieper ingegaan op het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) dat de juridische grondslag vormt voor de uitspraak van de Hoge Raad in het Didam-arrest. De toepassing van het beginsel van gelijke kansen, dat voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel en is ontwikkeld in het bestuursrecht, heeft de Hoge Raad ontleent uit de *Speelautomaten Vlaardingen*-uitspraak en de totstandkoming van dit beginsel is nader uiteengezet. Op grond van artikel 3:14 BW past de Hoge Raad het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) toe op de verkoop van overheidsgronden. Bij de bespreking van de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) is geconcludeerd dat het moeilijk uit te leggen valt dat er voor de verkoop van schaarse zaken (waaronder overheidsgronden) geen ‘drempelwaarde’ bestaat en bij elke (kleine) verkoop een selectieprocedure moet worden opgetuigd als de verwachting bestaat dat er meerdere gegadigden geïnteresseerd zullen zijn. Dit betreft ook een discrepantie tussen de Didam-regels en de aanbestedingsregels aangezien de regels van de Aanbestedingswet 2012 pas van toepassing zijn bij overschrijding van de drempelwaarde (EUR 5.382.000,-). Ook is geconcludeerd dat de Aw 2012 niet alleen betrekking heeft op overheidslichamen, maar ook op speciale-sector bedrijven (bijvoorbeeld de NV Nederlandse Spoorwegen). Deze onder de Aw 2012 vallende bedrijven hoeven thans geen rekening te houden met de Didam-regel aangezien zij niet kunnen worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Voorts is gebleken dat er in de *Speelautomaten-Vlaardingen*-uitspraak goede aanknopingspunten te vinden zijn om aan te nemen dat het beginsel van gelijke kansen beperkt zou kunnen worden door een wettelijk voorschrift, mits daarbij de beperking van

⁹⁹ A.G.F. Ancery, ‘Rechtelijk overgangsrecht’, in: E.B. Rank-Berenschot c.s. (red.), *Alles afgewogen*(opstellen voor C.L. de Vries Lentsch-Kostense), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 7-15, p. 11-12 en O.A. Haazen, ‘Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht (diss. Tilburg), 2001, p 10 e.v.

¹⁰⁰ Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:137.

¹⁰¹ V.zr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

de mededingingsruimte is meegewogen. De Aw 2012 zou zo'n wettelijk voorschrift kunnen zijn die beperkend werkt voor de toepassing van het beginsel van gelijke kansen. Het is alleen niet duidelijk of het beginsel van gelijke kansen ook daadwerkelijk beperkt zou kunnen worden door een wettelijk voorschrift.

4. RECHTSMIDDELEN

4.1. Inleiding

De Didam-zaak bevindt zich momenteel in een kortgedingprocedure en het gerechtshof 's-Hertogenbosch (waarnaar de zaak is terugverwezen voor verdere behandeling) zal een voorlopige voorziening treffen die vermoedelijk inhoudt dat de Gemeente een selectieprocedure had moeten toepassen en -in lijn met de vordering van Eisers- een verbod aan de Gemeente zal opleggen tot levering van de locatie aan de Ontwikkelaar.¹⁰² Eisers hadden overigens ook in eerste aanleg gevorderd dat er aan de Gemeente een verbod tot verkoop moet worden opgelegd, maar na de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland is de koopovereenkomst toch tot stand gekomen tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar. Ten aanzien van deze vordering hebben Eisers geen belang meer, hetgeen tot afwijzing van het verbod tot verkoop zal leiden. Maar Eisers hebben dus nog wel een belang ten aanzien van het verbod tot levering en om de reeds gesloten koopovereenkomst aan te tasten. Welke rechtsmiddelen hebben Eisers daartoe tot hun beschikking als vast is komen te staan dat het gelijkheidsbeginsel (in de context van beginsel van gelijke kansen) door de Gemeente is geschonden? Deze vraag zal ik hieronder beantwoorden. Tevens zal ik ingaan op de vraag of benadeelden (waaronder Eisers) in algemene zin recht kunnen hebben op een schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad bij de vaststelling van een schending van de Didam-regels en wellicht langs die weg een Didam-strijdige overeenkomst zouden kunnen aantasten.

4.2. Aanbestedingsrecht als leidraad

Hoewel de (Europese) aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op de Didam-zaak, kan de inhoud van de Aanbestedingswet 2012 en de ontwikkelde aanbestedingsrechtspraak goed dienen als leidraad om te bezien welke rechtsmiddelen Eisers zouden kunnen inzetten om de koopovereenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar aan te tasten. In het aanbestedingsrecht zal immers ook de vraag hebben voorgelegen of een verliezende inschrijver na de gunningsfase nog kan ageren tegen een gesloten overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en een winnende inschrijver. Uit artikel 2 quinquies lid 1 van de Richtlijn 2007/66/EG blijkt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat een overeenkomst van een aanbestedende dienst in bepaalde gevallen onverbindend moet worden verklaard door een onafhankelijke beroepsinstantie.¹⁰³ Bijvoorbeeld in het geval een aanbestedende dienst overgaat tot gunning van een opdracht zonder passende mededingingsruimte te

¹⁰² Zie rechtsoverweging 3.1 van V.zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, waarin de rechtsvorderingen van Eisers staan opgenomen.

¹⁰³ Richtlijn 2007/66/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

hebben geboden middels aankondiging daarvan in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹⁰⁴ Deze situatie/overtreding is vrijwel gelijk aan de Didam-zaak aangezien de Gemeente op grond van het beginsel van gelijke kansen ook verplicht was (en is) om een transparantie selectieprocedure te houden en dat voorafgaand aan de verkoop van de Locatie bekend had moeten maken op een dusdanige wijze dat potentiële gegadigden daarvan kennis hadden kunnen nemen, maar dat heeft nagelaten. Voornoemde situatie is in artikel 4.15 lid 1 onder a Aw 2012 opgenomen en op grond daarvan is alsdan de onderliggende overeenkomst vernietigbaar. De vernietiging dient door de benadeelde te worden ingeroepen en in artikel 4.15 lid 2 staan de termijnen opgenomen waarbinnen dat moet geschieden. Daaruit volgt dat de vordering tot vernietiging van de bestreden overeenkomst in ieder geval uiterlijk binnen een periode van zes maanden na het sluiten van de overeenkomst dient te zijn ingesteld. Dit op straffe van verval. Als de aanbestedingsregels dus van toepassing waren geweest op de Didam-zaak dan hadden Eisers op grond van voornoemd artikel de mogelijkheid gehad om de gesloten koopovereenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar te vernietigen binnen de daartoe gestelde termijnen. Ook hier signaleer ik een taak voor de wetgever. Er dient een adequate regeling te komen die benadeelden (waaronder Eisers) in staat stelt om een overeenkomst tot verkoop van een stuk overheidsgrond te vernietigen binnen een (nader vast te stellen) termijn, indien deze tot stand is gekomen in strijd met de verplichting tot het bieden van een passende mededingingsruimte aan potentiële gegadigden. Het stellen van een termijn komt de rechtszekerheid ten goede omdat een overeenkomst -na het verstrijken van deze termijn- niet meer vernietigd kan worden en dat biedt zekerheid voor de betrokken partijen bij de overeenkomst. Het zou mij niet verbazen als het gerechtshof 's-Hertogenbosch (waarnaar de Didam-zaak is terugverwezen) hier ook een overweging aan zal wijden en daarbij wellicht aangeeft dat de wetgever aan zet is om daarvoor een adequate procedure in te richten, waarbij de Aanbestedingswet 2012 als inspiratiebron kan dienen.

Uit de aanbestedingsrechtspraak blijkt dat er nog andere mogelijkheden voorhanden zijn om een overeenkomst te kunnen aantasten die niet uit de Aanbestedingswet 2012 voortvloeien. In rechtsoverweging 3.7.3 van het *Xafax/Universiteit*-arrest heeft de Hoge Raad namelijk duidelijk gemaakt dat een aanbestedingsovereenkomst op grond van de genoemde gevallen in artikel 4.15 Aw 2012 vernietigd kan worden en dat deze overeenkomst in andere gevallen (dus op een andere grond dan strijd met de aanbestedingsregels) slechts aangetast kan worden op grond van wilsgebreken en nietigheid of vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 BW.¹⁰⁵ Daarbij dien ik gelijk op te merken dat Eisers zich niet met succes kunnen beroepen op een wilsgebrek bij de totstandkoming van een overeenkomst waar zij geen partij zijn. Uit de rechtspraak blijkt dat een derde niet de mogelijkheid heeft om een overeenkomst, waarbij hij geen partij is, te vernietigen op basis van een wilsgebrek.¹⁰⁶ Op grond van het vorenstaande staat aan Eisers dus enkel een beroep op artikel 3:40 BW open om de koopovereenkomst te kunnen aantasten. Ik zal de inhoud van dat artikel hieronder kort bespreken.

¹⁰⁴ Artikel 2 lid 1 onder a van de Richtlijn 2007/66/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

¹⁰⁵ Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:HR:2016:2638, NJ 2018/210 m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax/Universiteit*).

¹⁰⁶ Gerechtshof Den Bosch 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4294, r.o. 3.8.

4.3. Artikel 3:40 BW

Artikel 3:40 BW regelt voor alle rechtshandelingen de gevolgen indien deze in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde dan wel in strijd zijn met een (dwingende) wetbepaling. Het artikel valt uiteen in drie leden waarbij het tweede en derde lid in onderlinge samenhang moet worden gelezen/toegepast. Om een goed begrip van de systematiek van het artikel te krijgen zal ik hieronder eerst de werking van lid 2 en 3 toelichten en daarna de inhoud van eerste lid bespreken.

Lid 2 en 3 van artikel 3:40 BW luiden als volgt:

Lid 2: *“Strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meersijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.”*

Lid 3: *“Het vorige lid heeft geen betrekking op wetbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.”*

Uit het tweede lid 2 volgt dat strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met het begrip wetbepaling wordt bedoeld een wet in formele zin dan wel een bepaling die op een uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berust.¹⁰⁷ Tevens dient er sprake te zijn van een dwingend karakter en regelend recht valt per definitie dus niet onder de reikwijdte van dit artikel. Voorts volgt uit de parlementaire geschiedenis dat lid 2 enkel en alleen betrekking heeft op het *verrichten* van de rechtshandeling.¹⁰⁸ Bij toepassing op de Didam-zaak dient aldus te worden beoordeeld of het sluiten van de overeenkomst in strijd is met een dwingende wetbepaling. Uit lid 2 volgt ook dat indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één partij bij een meersijdige rechtshandeling, de betreffende rechtshandeling niet nietig maar vernietigbaar is. Tot slot staat in lid 2 opgenomen dat de betreffende wetbepaling de werking daarvan opzij kan zetten.

Het derde lid vormt een correctie op het tweede lid. Uit het derde lid volgt dat het tweede lid geen betrekking heeft op wetbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten. Het sluiten van een koopovereenkomst in strijd met de winkeltijdenwet zal bijvoorbeeld niet leiden tot nietigheid. Het sluiten van een dergelijke koop zal wellicht kunnen leiden tot een boete, maar de winkeltijdenwet heeft niet de strekking om een koopovereenkomst aan te tasten en derhalve is artikel 3:40 lid 2 BW niet van toepassing door de corrigerende werking van 3:40 lid 3 BW. Nu een beter begrip is verkregen van lid 2 en 3 van artikel 3:40 BW zal ik hieronder de werking van 3:40 lid 1 BW toelichten.

¹⁰⁷ MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 192.

¹⁰⁸ MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 191 en 192.

Lid 1: "Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig."

Wat er precies onder in strijd met de openbare orde wordt verstaan volgt uit rechtsoverweging 3.5.1 van het *Wijnen Bouw/Muller*-arrest. Daarin overweegt de Hoge Raad dat een rechtshandeling op grond van zijn inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden als er sprake is van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard.¹⁰⁹ Bij in strijd met de goede zeden dient gedacht te worden aan strijd met moraliteit.¹¹⁰ Uit het gemeente *Alkemade/Hornkamp*-arrest volgt dat een schending van het verbod van détournement de pouvoir (een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) in strijd kan zijn met de openbare orde en kan leiden tot nietigheid van de gesloten overeenkomst.¹¹¹ Hieruit volgt ook dat een overeenkomst die in strijd tot stand is gekomen met de Didam-regels (die voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel) mogelijk nietig kunnen zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.

Hierboven is globaal de werking/toepassing van artikel 3:40 BW besproken en daaruit kan al voorzichtig de conclusie worden getrokken dat overeenkomsten die in strijd met het Didam-arrest tot stand zijn gekomen wellicht met nietigheid kunnen worden gesanctioneerd op grond van artikel 3:40 BW. In het volgende hoofdstuk zal ik dieper ingaan op de vraag of nietigheid of vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 BW daadwerkelijk een mogelijkheid is. Daarbij zal tevens worden gekeken naar enkele belangrijke uitspraken die in dat kader zijn geweest in het aanbestedingsrecht. Alvorens ik daartoe overga zal ik hieronder eerst nog een aanvullend rechtsmiddel bespreken op basis waarvan een benadeelde wellicht een Didam-strijdige overeenkomst zou kunnen aantasten.

4.4. Artikel 6:162 BW en 6:103 BW

De vaststelling dat een overheidslichaam het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) heeft geschonden zou er -onder bepaalde omstandigheden- toe kunnen leiden dat zij daarmee een onrechtmatige daad pleegt jegens een benadeelde in de zin van artikel 6:162 BW en op grond daarvan schadeplichtig is. In dat geval zou een benadeelde op grond van artikel 6:103 BW een schadevergoeding in een andere vorm dan geld kunnen vorderen en dit biedt de mogelijkheid dat het overheidslichaam wordt veroordeeld tot het verrichten van een rechtshandeling. In de aanbestedingsrechtspraak wordt aangenomen dat een benadeelde daarmee alsnog een (reeds aan een derde vergeven) aanbestedingsopdracht toegewezen kan krijgen (onder opzegging van de opdracht aan de partij aan wie is gegund).¹¹² Hieronder zal ik toelichten of deze route ook door een (rechts)persoon kan worden bewandeld die is benadeeld doordat een overheidslichaam de Didam-

¹⁰⁹ Hoge Raad 11 december 2015, ECLI:HR:2015:3568, NJ 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*).

¹¹⁰ Hijma, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 3:40 BW, aantekening 2 onder a (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

¹¹¹ Hoge Raad 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (*Alkemade/Hornkamp*).

¹¹² Zie onder andere Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG2102, r.o. 7.

regels niet heeft toegepast bij de verkoop van overheidsgrond(en) en een reeds gesloten koopovereenkomst hierdoor kan worden aangetast.

4.4.1. Onrechtmatige daad

Alvorens een benadeelde een beroep kan doen op artikel 6:103 BW moet eerst vast komen te staan dat het betreffende overheidslichaam jegens hem aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW. De bewijslast daarvan ligt volledig bij de benadeelde. De benadeelde zal daarvoor moeten aantonen dat het overheidslichaam (1) jegens hem een onrechtmatige daad heeft gepleegd (2) dat de daad aan het overheidslichaam kan worden toegerekend, (3) er enige vorm schade is geleden, (4) aan de relativiteitseis is voldaan en (5) er causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de daad.¹¹³ Aan de eerste vier aansprakelijkheidsvereisten zal vermoedelijk snel kunnen worden voldaan als vast komt te staan dat een overheidslichaam in strijd met het gelijkheidsbeginsel geen passende mededingingsruimte heeft geboden aan potentiële gegadigden. Door dit onrechtmatige handelen van het overheidslichaam (dat aan haar valt toe te rekenen) zal een benadeelde immers geen kans hebben gekregen om mee te dingen bij de verkoop en daardoor zal hij vrij gemakkelijk kunnen aantonen dat er enige vorm van schade is geleden. Maar dat geldt niet voor het vijfde vereiste. Het aantonen van het causale verband tussen de schade en de daad vormt een bijzonder grote uitdaging voor een benadeelde en dat zal ik hieronder nader toelichten.

In het aanbestedingsrecht geldt als uitgangspunt dat er alleen een vergoedingsplicht bestaat indien de benadeelde kan aantonen dat hij de opdracht had verkregen als het overheidslichaam op een correcte wijze de aanbestedingsprocedure had gevolgd.¹¹⁴ De benadeelde komt daarmee in een schier onmogelijke bewijspositie te verkeren. Hoe kun je aantonen dat de opdracht aan jou verstrekt had moeten worden en niet aan een ander? Als de benadeelde evenwel slaagt in dat bewijs dan heeft hij recht op vergoeding van het 'positieve contractbelang'. Daaronder wordt verstaan dat de benadeelde in de situatie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de betreffende opdracht aan hem was vergeven en deze zou zijn nagekomen.¹¹⁵ Het is echter veel aannemelijker dat een benadeelde niet in dat bewijs slaagt en in dat geval zal er aldus -in beginsel- geen causaal verband bestaan tussen de daad en de vermeende schade en is er voor vergoeding geen plaats. De benadeelde zal alsdan met lege handen naar huis worden gestuurd. Deze alles of niets benadering kan -in sommige gevallen- tot een zeer onwenselijke uitkomst leiden. Akkermans en Pijnacker Hordijk hebben er derhalve voor gepleit dat de vergoeding van het verlies van een kans de aangewezen oplossing kan zijn als een rechter niet méér kan vaststellen dan dat de benadeelde een bepaalde kans zou hebben gehad tot het verkrijgen van de

¹¹³ Lindenbergh, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 6:162 BW, aantekening 1 (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

¹¹⁴ Zie onder andere J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten*, O&A 2011/37 en A.C.M. Fischer-Braams en A. Stellingwerff Beintema, 'Aansprakelijkheid bij (ontbreken) overheidsaanbesteding', O&A 2013/59.

¹¹⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2010, nr. 31.

opdracht.¹¹⁶ Zij pleiten daarmee voor toepassing van het leerstuk van kansschade. De Hoge Raad heeft het bestaan van het leerstuk van kansschade voor het eerst aanvaard in het *Beijangs*-arrest, waarbij een advocaat had verzuimd om hoger beroep in te stellen.¹¹⁷ In deze zaak stond de tekortkoming vast maar was het onzeker of het hoger beroep wel tot een succes had geleid. Daarmee was het ook onzeker of de client in kwestie wel schade had geleden door het feit dat de advocaat niet tijdig een hoger beroep had aangetekend. De Hoge Raad had geoordeeld dat de rechter in dit soort gevallen de schade moet schatten aan de hand van de “goede en kwade kansen” die de client in hoger beroep had gehad als de advocaat wel tijdig hoger beroep had aangetekend. Er dient dus een beoordeling plaats te vinden van een hypothetische situatie aan de hand van de feiten en omstandigheden die aan de rechter bekend zijn geworden. Dit arrest kan goed dienen als leidraad voor de aansprakelijkheidsproblematiek die kan opspelen bij ‘Didam-gevallen’. Bij aanbestedingszaken schrijven Akkerman en Pijnacker Hordijk voor dat de omvang van de schade dient te worden begroot op basis van een inschatting van de grootte van de kans die benadeelde zou hebben gehad op het verkrijgen van de opdracht en als de rechter begroot dat de kans van de benadeelde op het verkrijgen van de opdracht 20% bedraagt dan komt 20% van het positieve contractbelang voor vergoeding in aanmerking.¹¹⁸ Volgens Van Rijn van Alkemade is er slechts één gepubliceerde zaak bekend waarbij een rechter overging tot toekenning van kansschade aan een benadeelde nadat werd geconcludeerd dat het overheidslichaam op een onrechtmatige wijze de aanbestedingsprocedure had gevoerd.¹¹⁹ In deze zaak werd de kans van de benadeelde overigens gekoppeld aan het aantal inschrijvers op de aanbesteding en op basis daarvan werd beoordeeld dat de benadeelde in kwestie niet meer dan 1/6 kans had op gunning van de opdracht.¹²⁰ Toekenning van kansschade zal steeds afhankelijk zijn van alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval en dat zal ook gelden voor de begroting van de schadeomvang. Als al het vorenstaande wordt toegepast op ‘Didam-gevallen’ dan zal het vrijwel nooit gaan voorkomen dat een benadeelde in aanmerking zal komen voor het positieve contractbelang, aangezien hij in een haast onmogelijke positie verkeert om te bewijzen dat het stuk overheidsgrond aan hem was verkocht als het betreffende overheidslichaam de Didam-regels netjes had gevolgd. Dat neemt niet weg dat een benadeelde eventueel in aanmerking kan komen voor kansschade indien de feiten en omstandigheden daartoe aanleiding geven.

¹¹⁶ A.J. Akkermans en E.H. Pijnacker Hordijk, ‘Schadevergoeding en schadeberekening’, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 21.

¹¹⁷ Hoge Raad 27 oktober 1997, R 24 oktober 1997, LJN ZC2467, NJ 1998/257

¹¹⁸ A.J. Akkermans en E.H. Pijnacker Hordijk, ‘Schadevergoeding en schadeberekening’, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 21.

¹¹⁹ J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten*, O&A 2011/37.

¹²⁰ Rechtbank Utrecht 4 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1173 (Kans op gunning van het werk)

4.4.2. Vorm van schadevergoeding

Mocht een rechter hebben vastgesteld dat een overheidslichaam het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door het niet toepassen van passende mededingingsruimte en de benadeelde heeft recht op een schadevergoeding (positief contractbelang of kansschade) dan zou een benadeelde wellicht een de Didam-strijdige koopovereenkomst (die tussen het overheidslichaam en de derde) kunnen aantasten met een succesvol beroep op artikel 6:103 BW. In het aanbestedingsrecht bestaat immers de mogelijkheid om met een succesvol beroep op voornoemd artikel alsnog de opdracht toebedeeld te krijgen en wellicht kan dat analoog worden toegepast op een ‘Didam-geval’. Ik meen dat er geen plaats is voor een analoge toepassing indien de benadeelde in kwestie enkel en alleen in aanmerking komt voor de vergoeding van kansschade. Het recht op een dergelijke (geschatte) vergoeding zou er in redelijkheid niet toe mogen leiden dat een benadeelde daarmee alsnog een recht zou kunnen krijgen op de verkrijging van de onroerende zaak in kwestie. Een rechter bezit in discretionaire bevoegdheid om een beroep op artikel 6:103 BW toe te passen¹²¹ en ik verwacht niet dat een rechter tot toewijzing van de vordering zal overgaan als de benadeelde enkel recht heeft op kansschade. Dit ligt anders indien de benadeelde met succes heeft aangetoond dat hij in aanmerking komt voor een vergoeding van het positieve contractbelang (maar dat zal in de praktijk niet tot nauwelijks gaan voorkomen). In dat geval ligt het meer voor de hand dat een benadeelde zich met succes zou kunnen beroepen op 6:103 BW en de rechter het overheidslichaam alsnog verplicht dat zij een koopovereenkomst met hem sluit (als de levering van de onroerende zaak nog niet heeft plaatsgevonden aan een derde) en het overheidslichaam geen uitvoering mag geven aan de reeds gesloten overeenkomst met de derde. In theorie is het misschien zelfs wel mogelijk dat een benadeelde -voor overeenkomsten die ná het sluiten van het Didam-arrest tot stand zijn gekomen en waarbij de Didam-regels (waaronder een selectieprocedure) niet zijn toegepast- met verwijzing naar het *Gemeente Heusden/Verweerder*-arrest de overdracht van de betreffende overheidsgrond zou kunnen afdwingen van de derde waaraan het overheidslichaam de grond heeft verkocht en geleverd.¹²² Daarbij zou betoogd kunnen worden dat deze derde onrechtmatig tegen de benadeelde heeft gehandeld omdat zij de grond heeft kocht, terwijl deze derde wist (of had behoren te weten) dat het overheidslichaam in strijd handelde met het gelijkheidsbeginsel en bij de verkoop heeft nagelaten om een selectieprocedure te houden. Maar deze theoretische discussie zal in de praktijk denk ik niet gaan voorkomen omdat een benadeelde vrijwel nooit zal kunnen aantonen dat hij aanmerking komt voor een vergoeding van het positieve contractbelang (zie ook paragraaf 4.4.1). Gelet hierop acht ik het eveneens vrijwel onmogelijk dat een benadeelde op grond van artikel 6:103 BW alsnog de verkrijging van het stuk overheidsgrond naar zich toe zou kunnen trekken terwijl dat reeds aan een derde is verkocht (en wellicht geleverd) in strijd met de Didam-regels.

¹²¹ Lindenbergh, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 6:103 BW, aantekening 4 (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

¹²² In dit arrest (Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:HR:2017:309 (*Gemeente Heusden/Verweerder*) werd met succes een beroep op 6:103 BW gehonoreerd en langs die weg kon de Gemeente Heusden een stuk grond terugontvangen die Verweerder had verkregen door extinctieve verjaring;

4.5. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is naar het aanbestedingsrechtspraak gekeken en daarbij is geconcludeerd dat benadeelden alleen een beroep op artikel 3:40 BW kunnen doen om een Didam-strijdige overeenkomst te kunnen aantasten. Daarna is de inhoud van dit artikel toegelicht en bij de bespreking van de werking daarvan kon al voorzichtig de conclusie worden getrokken dat overeenkomsten die in strijd met het Didam-arrest tot stand zijn gekomen wellicht met nietigheid kunnen worden gesanctioneerd op grond van artikel 3:40 BW. Of deze conclusie stand houdt zal in het volgende hoofdstuk nader worden onderzocht. Tevens is onderzocht of een benadeelde recht heeft op een schadevergoeding als een overheidslichaam jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW door geen passende mededingingsruimte te bieden bij de verkoop van een stuk overheidsgrond. Daarbij is geconcludeerd dat een benadeelde vrijwel nooit in aanmerking zal komen voor een vergoeding van het positieve contractbelang omdat hij daarvoor zal moeten bewijzen dat het betreffende stuk overheidsgrond -in de hypothetisch situatie- aan hem zou zijn verkocht als het overheidslichaam netjes de Didam-regels had gevolgd. Een benadeelde zou -onder omstandigheden- wel aanspraak kunnen maken op kansschade. Voorts is nog gekeken of een benadeelde schade in een andere vorm zou kunnen vorderen en langs die weg misschien een Didam-strijdige overeenkomst zou kunnen aantasten. Ik meen dat daar alleen ruimte voor zou kunnen bestaan als de benadeelde kan aantonen dat hij in aanmerking komt voor het positieve contractbelang, maar dat zal in de praktijk niet of nauwelijks gaan voorkomen. Mocht die ruimte er zijn dan zal een rechter de belangen van de benadeelde en de derde (waaraan het overheidslichaam de grond heeft verkocht en wellicht) afwegen omdat toewijzing van een dergelijke vordering indruist tegen het rechtszekerheidsbeginsel. Uit de belangenafweging zou kunnen voortvloeien dat het belang van de derde in kwestie zwaarder weegt dan van de benadeelde en in dat geval zal een beroep op 6:103 BW alsnog stranden.

5. RECHTSGEVOLGEN

5.1. Inleiding

Nadat het Didam-arrest op het toneel verscheen, zijn in de literatuur de pennen volop in beweging gekomen en hebben verschillende schrijvers zich uitgelaten over de mogelijke (rechts)gevolgen van een overeenkomst die in strijd met de Didam-regels tot stand is gekomen. De discussie concentreert zich vooral op de vraag of een een Didam-strijdige overeenkomst kan worden gesanctioneerd met nietigheid of vernietigbaarheid. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties liet zich daarover uit in een factsheet.¹²³ Zonder enige onderbouwing werd daarin gesteld dat het niet voor de hand zou liggen dat ‘overeenkomsten waarin de door de Hoge Raad voorgestane mededingingsruimte destijds niet is geboden alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zouden zijn’. Maar er zijn ook verontrustende teksten te lezen, Verstappen sluit nietigheid namelijk niet uit en stelt dat daarvan sprake kan zijn.¹²⁴ Van der Werf meent in zijn artikel dat een Didam-strijdige overeenkomst voor vernietiging in aanmerking kan komen op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.¹²⁵ Daarentegen stellen Haverkate en Brand dat van nietigheid of vernietigbaarheid geen sprake is.¹²⁶ Bartels stelt op zijn beurt dat een Didam-strijdige overeenkomst, die vóór het Didam-arrest is gesloten, niet nietig of vernietigbaar is op grond van artikel 3:40 BW, maar dat nietigheid niet is uitgesloten voor overeenkomsten die ná het Didam-arrest zijn gesloten.¹²⁷ Kortom, in de literatuur valt geen eenduidig antwoord te ontdekken op de vraag welke rechtsgevolgen verbonden moeten worden aan een Didam-strijdige overeenkomst. Mede gelet hierop zal ik hieronder aan de hand van relevantie jurisprudentie en literatuur nader onderzoeken of een Didam-strijdige overeenkomst kan worden aangetast door nietigheid of vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 BW. Na dit onderzoek zal ik de resultaten daarvan toepassen op de Didam-zaak, waarbij tevens zal worden stilgestaan bij de vraag of Eisers recht hebben op een schadevergoeding. Tevens zal ik twee uitspraken bespreken die na het Didam-arrest zijn verschenen en tot slot eindigen met een afrondende conclusie.

5.2. Nietigheid op grond van artikel 3:40 BW

Nietigheid betreft de zwaarste sanctie die kan volgen uit artikel 3:40 BW. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds toegelicht kan dat oordeel uit de toepassing van zowel het eerste lid als het tweede lid volgen. Mocht voldaan zijn aan de vereisten van lid 1 of lid 2 dan is de overeenkomst nietig en heeft deze nimmer bestaan. Een dergelijk oordeel hangt als het zwaard van damocles boven de koopovereenkomsten die in strijd met de Didam-regels tot stand zijn gekomen. Tot het moment van de Didam-uitspraak was niemand op de hoogte van het feit dat overheidslichamen eigenlijk gehouden waren om op basis van het gelijkheidsbeginsel passende

¹²³ Factsheet van het Ministerie van BZK is geraadpleegd op de website: <https://www.volkshuisvestingnederland.nl/onderwerpen/grondbeleid/gronduitgifte-overheden-arrest-didam>

¹²⁴ L.C.A. Verstappen, ‘De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed’, WPNR 2022/7355.

¹²⁵ W.J.E. van der Werf, ‘Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte’, TvAR 2021, p. 570.

¹²⁶ Haverkate & D.W.N. Brand, ‘Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten’, TvHB 2022/1.

¹²⁷ S.E. Bartels, ‘Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?’, WPNR 2022/7392.

mededingingsruimte te bieden bij de (zuivere) verkoop van overheidsgronden. Er zullen dus naar verwachting veel overeenkomsten zijn gesloten in strijd met de Didam-regels die wellicht met nietigheid of vernietigbaarheid kunnen worden gesanctioneerd, indien benadeelden (waaronder Eisers in de Didam-zaak) zich met succes kunnen beroepen op artikel 3:40 BW dan wel een rechter ambtshalve tot toepassing van die sanctie overgaat. Vooral de zware sanctie van nietigheid brengt grote rechtsonzekerheid met zich mee. Gelet hierop is het van belang om naar de stand van jurisprudentie te kijken en te bezien of nietigheid daadwerkelijk een sanctie kan zijn waarmee marktpartijen in de vastgoedpraktijk te maken kunnen gaan krijgen. Ik zal hieronder enkele belangrijke uitspraken bepreken met betrekking tot artikel 3:40 lid 2 BW en daarna zullen enkele betekenisvolle uitspraken ten aanzien van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW aan bod komen.

5.2.1. Jurisprudentie met betrekking tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW

Uneto/De Vliert-arrest¹²⁸

In deze zaak had belangenvereniging Uneto een bodemprocedure tegen de aanbestedende dienst, De Vliert, aangespannen omdat laatstgenoemde in strijd met de (toen geldende) aanbestedingsregels een aannemingsovereenkomst zou hebben gesloten met Gibros. Uneto heeft in de bodemprocedure een verklaring voor recht gevorderd dat de aannemingsovereenkomst tussen De Vliert en Gibros nietig is op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Tevens had Uneto een kort geding aanhangig gemaakt met als inzet dat het aan Gibros opgedragen werk wordt stilgelegd totdat in de bodemprocedure is geoordeeld. Het Hof kwam in de kortgedingprocedure tot de conclusie dat het niet-leven van de aanbestedingsregels door De Vliert -ook al zou dat komen vast te staan in de bodemprocedure- niet tot nietigheid zou kunnen leiden en wees derhalve de primaire vordering af. Uneto liet het er niet bij zitten en stelde cassatie in. In alinea 2 van rechtsoverweging 3.3.4. zegt de Hoge Raad het volgende:

“Ook dit onderdeel faalt. Zoals hiervoor is overwogen, houden de regels betreffende aanbesteding van werken niet in dat een overeenkomst nietig is omdat de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd bij de aanbestedingsprocedure die tot die overeenkomst heeft geleid. Zoals is opgemerkt in de MvA bij art. 3:40 (Parl. Gesch. Boek 3, p. 192) zal een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, ook niet op grond van alleen die strijdigheid door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde kunnen worden geacht. Het enkele feit dat de aanbestedingsregels in het onderhavige geval niet zouden zijn nageleefd, wettigt aldus niet de conclusie dat de overeenkomst tussen De Vliert en Gibros nietig zou zijn. Dat zich in het onderhavige geval bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die tot een ander oordeel zouden moeten leiden, is in dit geding niet aangevoerd.”

De Hoge Raad oordeelt hier ten aanzien van cassatieonderdeel 1. c dat toezag op dat de overeenkomst nietig moet worden geacht op grond van artikel 3:40 lid 1 BW en daarnaast wordt ook verwezen naar de overweging

¹²⁸ Hoge Raad 22 januari 1999, ECLI:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*)

bij de bespreking van cassatieonderdeel 1. b dat toezag op het beroep van Uneto op artikel 3:40 lid 2 BW. Zoals blijkt uit de bovenstaande overweging worden de ingestelde middelen van Uneto afgewezen. Er is geen sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW omdat de werking van dit artikel wordt ‘gecorrigeerd’ door artikel 3:40 lid 3 BW. De (toen geldende) aanbestedingsregels bevatten namelijk geen nietigheidssanctie ten aanzien van overeenkomsten die in strijd daarmee tot stand zijn gekomen en daardoor belet artikel 3:40 lid 3 BW de toepassing van het tweede lid. Ondanks het feit dat de overeenkomst tussen De Vliert en Gibons in strijd met de aanbestedingsregels tot stand is gekomen, leidt deze niet tot nietigheid. De Hoge Raad sluit in de bovenstaande overweging overigens ook de nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW uit, nu er geen bijzondere omstandigheden zijn aangevoerd die tot een andersluidend oordeel kan leiden.

Xafax/Universiteit-arrest¹²⁹

Enkele jaren later komt -wanneer de Aanbestedingswet 2012 reeds in werking is getreden- de Hoge Raad tot eenzelfde standpunt als het hiervoor besproken *Uneto/De Vliert*-arrest. Er wordt in rechtsoverweging 3.7.2 onder meer het navolgende door de Hoge Raad overwogen:

“(…) “Wat betreft de vraag of het überhaupt mogelijk is op andere gronden tot vernietiging van een overeenkomst te komen, wijs ik op de in het Burgerlijk Wetboek al bestaande regeling volgens welke rechtshandelingen aantastbaar zijn wegens zogenaamde wilsgebreken. De wilsgebreken zijn dwaling (artikel 6:228 van het Burgerlijk Wetboek), bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 van het Burgerlijk Wetboek). Voorts wordt genoemd de vernietigingsgrond wegens een met wet of openbare orde strijdige strekking (artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek). Met betrekking tot laatstgenoemde grond heeft de Hoge Raad in het arrest Uneto/De Vliert (HR 22 januari 1999, NJ 2000/305) geoordeeld dat een overeenkomst die gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht geen met de wet strijdige strekking oplevert. Een overeenkomst kan wel door de inhoudelijke strekking in strijd met andere regelgeving dan de aanbestedingsregelgeving zijn. In dat geval is de overeenkomst mogelijk reeds nietig of kan de vernietiging worden gevorderd.”

Hiermee herhaalt de Hoge Raad zijn standpunt dat overeenkomsten in strijd met het aanbestedingsrecht niet tot nietigheid kunnen leiden op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, aangezien er -door de correctiemethodiek van lid 3- geen sprake is van een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsbepaling. Dat neemt niet weg dat een overeenkomst wel over de boeg van artikel 3:40 lid 1 BW nietig zou kunnen zijn met andere regelgeving dan de aanbestedingsregelgeving en dat wordt door de Hoge Raad benadrukt in de twee laatste zinnen van de hierboven opgenomen overweging uit het arrest.

¹²⁹ Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:HR:2016:2638, NJ 2018/210 m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax/Universiteit*)

Residex Capital IV CV/Rotterdam-arrest¹³⁰

Bij het *Residex Capital IV CV/Rotterdam*-arrest heeft De Hoge Raad een prejudiciële vraag voorgelegd aan het HvJ-EU inzake het volgende. Residex had aan Aerospace een krediet verstrekt en de gemeente Rotterdam had op haar beurt een (krediet)garantie verstrekt aan Residex voor een bedrag dat gelijkstond aan het verstrekte krediet. Nu Residex niet het volledige krediet had terugontvangen van Aerospace had zij de garantie ingeroepen en betaling van het resterende deel gevorderd van de gemeente Rotterdam. De gemeente Rotterdam stelde dat de door haar verstrekte garantie in strijd was met de staatssteunregels en derhalve nietig was. De Rechtbank en het Hof hebben dit verweer gevolgd en de geoordeeld dat de garantie nietig was. De Hoge Raad heeft zich daaromtrent afgevraagd of nietigverklaring wel zo effectief is om als maatregel te dienen tot herstel van de situatie voorafgaand aan de kredietverlening. Met enkel een nietigverklaring van de garantie wordt immers nog niet bewerkstelligd dat het concurrentievervalsende effect wordt weggenomen, inhoudende dat Aerospace een krediet heeft verkregen dat onder normale marktcondities niet voor haar beschikbaar zou zijn. Daarvoor is terugvordering noodzakelijk van het genoten concurrentievoordeel en dat kan ook worden gedaan zonder dat de garantie nietig wordt verklaard. De Hoge Raad heeft derhalve aan het Hof gevraagd of hij in deze situatie verplicht is tot het nietig verklaren van de garantie. Het HvJ-EU antwoordt daarop als volgt:

“De laatste volzin van artikel 88, lid 3, EG moet aldus worden uitgelegd dat de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om een garantie nietig te verklaren in een situatie zoals die in het hoofdgeding, waarin een onwettige steunmaatregel tot uitvoering is gebracht door middel van een door de overheid verstrekte garantie ter dekking van een lening die door een financiële maatschappij is toegekend aan een onderneming die een dergelijke financiering niet tegennormale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen. Bij de uitoefening van die bevoegdheid moeten genoemde rechterlijke instanties ervoor zorgen dat de steun wordt teruggevorderd en kunnen zij te dien einde de garantie nietig verklaren, met name wanneer bij gebreke van minderzwaarwegende procedurele maatregelen, deze nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingings-situatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld.”

In casu was het verrichten van de rechtshandeling tot sluiten van de garantie in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU, welk artikel de strekking heeft om de daarmee strijdige rechtshandeling aan te tasten. De correctie van artikel 3:40 lid 3 was dus niet van toepassing waardoor de rechtshandeling tot het sluiten van de garantie nietig is op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Desalniettemin stelt het HvJ-EU dat de Hoge Raad -vanuit het Europese recht bezien- niet verplicht is tot nietigverklaring, maar ook kan kiezen voor een minderzwaarwegende maatregel die ten doel heeft om het concurrentievervalsende effect te bestrijden dat was opgekomen. Volgens de HvJ-EU heeft de Hoge Raad dus enige beslissingsvrijheid, alleen vraag ik mij wel af hoeveel speelruimte hij heeft op grond van de inhoud van artikel 3:40 lid 2 BW. Dit artikel schrijft namelijk nietigheid voor. Dat neemt niet weg dat ook bij dit arrest enige bewegingsvrijheid wordt gesignaleerd voor het wel of

¹³⁰ HvJ-EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, TBR 2012/59 m.nt. I. Haverkate (*Residex Capital IV CV/Rotterdam*).

niet toepassen van nietigheid en er een belangenafweging mogelijk is alvorens wordt overgegaan tot het inzetten van het zwaardere geschut; de nietigverklaring.

Uit de hierboven besproken arresten kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad geen nietigheid van de overeenkomst aanneemt op grond van artikel 3:40 BW indien deze tot stand is gekomen in strijd met het aanbestedingsrecht. De Hoge Raad merkt daarbij wel op dat een overeenkomst voor nietigheid of vernietigbaarheid in aanmerking komt als deze door de inhoudelijke strekking in strijd zou zijn met andere regelgeving dan de aanbestedingsregels. Een terughoudende opstelling valt ook te bespeuren bij de HvJ-EU, zij heeft immers aangegeven dat een rechter enige beslissingsvrijheid geniet bij het toepassen van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, indien er andere (minderzwaarwegende) maatregelen voorhanden zijn om het gewenste effect te bereiken.

5.2.2. Jurisprudentie met betrekking tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW

Esmilo/Mediq Apotheken-arrest¹³¹

Het *Esmilo/Mediq Apotheken*-arrest is een belangrijk keerpunt in de rechtsontwikkeling van de toepassing van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. In zijn noot bij het arrest merkt Tjong Tjin Tai daarover op dat een eeuw geleden nietigheid evident was bij de constatering daarvan op grond van artikel 3:40 BW en in de hedendaagse rechtspraak wordt gesproken van een ‘onvolmaakte rechtshandeling’ die in principe tot gevolgen zou kunnen leiden maar daaraan in de praktijk het liefst aan voorbij wordt gegaan.¹³² In deze zaak ging het over de vraag of tussen Esmilo en Mediq een samenwerkingsovereenkomst tot stand was gekomen bij de verkoop van een tweetal apotheken en of deze overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid BW nietig was vanwege een verboden strekking. Weliswaar oordeelde het Hof dat de overeenkomst tussen partijen tot stand was gekomen, maar deze is nietig (en de overeenkomst heeft dus eigenlijk nimmer bestaan) omdat partijen bewust waren van het feit dat de afgesproken medicijnenexport in strijd was met de wet. Esmilo kon zich niet vinden in dit oordeel van het Hof en heeft de zaak ter beoordeling voorgelegd aan de Hoge Raad. In rechts-overweging 4.4. is het volgende door de Hoge Raad geoordeeld:

“Deze klacht treft doel. Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, p. 191). Maar zoals in de verdere wets-geschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, LJN AA5401, NJ 2000/652 en HR 11 mei 2001, LJN AB1555, NJ 2002/364), kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk

¹³¹ Hoge Raad 1 juni 2012, ECLI:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

¹³² Hoge Raad 1 juni 2012, ECLI:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.”

Uit de bovenstaande overweging volgt dat de Hoge Raad niet per definitie nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW aanneemt als een overeenkomst een verplichting bevat tot een door de wet verboden prestatie. Een overeenkomst met een verboden verplichting hoeft namelijk niet per definitie strijdig te zijn met de openbare orde en daarom dient een rechter vier omstandigheden bij zijn oordeel te betrekken bij de beantwoording van de vraag of er in de voorgelegde zaak nietigheid dient te worden toegepast als sanctie. En deze vier omstandigheden zijn: (1) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, (2) of de door de inbreuk op de regel fundamentele beginsel worden geschonden, (3) of partijen zich van inbreuk bewust waren, en (4) of de regel in een sanctie voorziet.

Ook ten aanzien van de toepassing van artikel 3:40 lid 1 BW is de Hoge Raad dus terughoudender geworden en wordt nietigheid (bij een overeenkomst met een verboden verplichting) niet meer per definitie als sanctie ingezet. Het door de Hoge Raad ontwikkelde toetsingskader om te bezien of er alsnog sprake is van nietigheid kan mijns inziens goed van pas komen bij de beoordeling of in strijd met de ontwikkelde Didam-regels tot stand gekomen overeenkomsten met nietigheid dienen te worden gesanctioneerd. In paragraaf 5.3 zal ik dat nader toelichten.

Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013¹³³

De gesignaleerde terughoudende toepassing van nietigheid als sanctie is ook zichtbaar in de uitspraak van het gerechtshof Den Haag op 29 januari 2013 die veel gelijkenis vertoont met de Didam-zaak. Bij deze zaak was een benadeelde in verweer gekomen tegen het feit dat de gemeente Dordrecht in strijd met het gelijkheidsbeginsel een stuk overheidsgrond had verkocht aan een derde. Alvorens het Hof de beslissing uitspreekt wordt het volgende meegegeven in rechtsoverweging 4:

“Het hof stelt met de rechtbank voorop dat ingevolge artikel, eerste lid, 3:40 BW een rechtshandeling die door de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, nietig is, en dat handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur tot dat rechtsgevolg kan leiden.

¹³³ Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014.

Het hof deelt ook de opvatting van de rechtbank, dat niet elk handelen door een overheidslichaam in strijd met de bedoelde beginselen tot dat rechtsgevolg leidt, doch dat daarvoor een gekwalificeerde schending nodig is.”

Uit het bovenstaande blijkt dat in strijd handelen met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (zoals het gelijkheidsbeginsel) niet voldoende lijkt te zijn maar daarvoor ook sprake zou moeten zijn van een gekwalificeerde schending. Helaas verduidelijkt het Hof hier niet wat er precies onder een kwalificeerde schending zou moeten worden verstaan. Daarbij valt natuurlijk gelijk te denken aan favoritisme, nepotisme en/of fraudegevallen, maar het is niet zeker of daar ook minderzwaarwegende omstandigheden onder kunnen worden geschaard zoals het niet bekend zijn van een selectieprocedure terwijl dat wel had moeten. Of er sprake is van een gekwalificeerde schending zal in ieder geval telkens per situatie moeten worden beoordeeld aan de hand van de betreffende feiten en omstandigheden van de zaak. Hopelijk geeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch straks duidelijkheid over de invulling van het begrip ‘gekwalificeerde schending’.

Uit de analyse van de bovenstaande arresten komt hetzelfde beeld naar voren; in de rechtspraak wordt niet snel overgegaan tot een directe nietigheidverklaring op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Om een overeenkomst nietig te verklaren is meer nodig dan het vaststellen dat de rechtshandeling door de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Aan de hand van het *Esmilo/Mediq Apotheken*-arrest dient een rechter bijvoorbeeld een nader ontwikkelde belangenafweging uit te voeren om te kunnen beoordelen of de overeenkomst nietig is als deze een bij de wet verboden verplichting tot een prestatie bevat. Ook valt uit de jurisprudentie op te maken dat het in strijd handelen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet per definitie tot nietigheid van de overeenkomst leidt maar daarvoor ook sprake moet zijn van een kwalificeerde schending. Er is dus eigenlijk een ‘dubbele toets’ aangelegd die doorlopen dient te worden alvorens een overeenkomst gesanctioneerd wordt met nietigheid in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW.

5.3. Toepassing rechtsmiddelen op de Didam-zaak

Inmiddels is bekend welke rechtsmiddelen Eisers voorhanden hebben om de gesloten koopovereenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar te kunnen aantasten. Nietigheid op grond van artikel 3:40 BW betreft het zwaarste middel en de inzet daarvan heeft verstrekkende gevolgen voor de vastgoedpraktijk. Bij de bespreking van de aanbestedingsrechtspraak is echter geconcludeerd dat nietigheid terughoudend wordt toegepast, maar daarbij dient gelijk te worden opgemerkt dat de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op de Didam-zaak waardoor de vergelijking met het aanbestedingsrecht niet geheel kan opgaan. Met inachtneming van het vorenstaande zal ik hieronder toetsen of de tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar gesloten koopovereenkomst nietig of vernietigbaar is op grond van artikel 3:40 BW, waarbij verondersteld wordt dat de Gemeente het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door geen passende mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden. Tevens zal de mogelijkheid tot het instellen van een onrechtmatige daadsactie worden besproken die Eisers wellicht met succes zou kunnen instellen jegens de Gemeente.

5.3.1. Nietig of vernietigbaar?

Bij die veronderstelling heeft de Gemeente aldus artikel 3:14 BW geschonden, op grond waarvan zij verplicht is om het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen bij het sluiten van de koopovereenkomst met de Ontwikkelaar. Dit betreft een wetsartikel in formele zin die op grond van artikel 81 Gw tot stand is gebracht door de regering en Staten-Generaal. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat artikel 3:14 BW daarmee onder het begrip ‘wet’ valt zoals genoemd in artikel 3:40 lid 2 en 3 BW.¹³⁴ Volgens het voornoemde lid 2 dient de geschonden wet ook een dwingend karakter te hebben. Uit artikel 3:14 BW volgt mijns inziens duidelijk dat daarvan niet kan worden afgeweken door de Gemeente en zij dient bij alle overheidsverkopen (waaronder de verkoop van de grond door de Gemeente aan de Ontwikkelaar) de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht in acht te nemen. Het dwingende karakter volgt ook duidelijk uit de woorden ‘mag niet worden uitgeoefend in strijd met’, die staan opgenomen in het artikel. Voorgaande maakt dat het sluiten van de overeenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar in strijd is met de dwingende wetsbepaling artikel 3:14 BW. Nu uit het artikel niet volgt dat deze uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen, is de rechtshandeling in beginsel nietig en kan de koopovereenkomst niet worden vernietigd op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Ik ben van mening dat deze nietigheid wordt gecorrigeerd door de werking van artikel 3:40 lid 3 BW, hetgeen ik hieronder kort zal toelichten.

Uit artikel 3:14 BW valt geenszins af te leiden dat deze de strekking heeft om de geldigheid van de koopovereenkomst aan te tasten indien deze in strijd met het gelijkheidsbeginsel tot stand is gekomen. Daar komt bij dat uit het hiervoor besproken *Xafas-Universiteit*-arrest en het *Uneto-DeVliert*-arrest volgt dat een overeenkomst, die is gesloten in strijd met de aanbestedingsregels, geen met de wet strijdige strekking oplevert in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW en evenmin met nietigheid wordt gesanctioneerd.¹³⁵ Gezien het feit dat het beginsel van gelijke kansen (en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel) grotendeels is ontleend aan het Europese aanbestedingsrecht (zie uiteenzetting in hoofdstuk 2), ligt het niet voor de hand dat een schending daarvan nietigheid met zich meebrengt. De zware (Europese) aanbestedingsregels schrijven al geen nietigheid voor bij de overheidsinkoop dus dat zal ook niet gelden voor de zuivere verkoop van overheidsgrond waarbij de Didam-regels niet in acht zijn genomen door een overheidslichaam. Deze conclusie wordt ook door Bartels gevolgd.¹³⁶

Bovenstaande neemt niet weg dat de tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar gesloten koopovereenkomst mogelijk (alsnog) nietig kan worden bevonden als aan de vereisten van artikel 3:40 lid 1 BW wordt voldaan. Uit het Didam-arrest volgt dat de Hoge Raad zijn uitspraak baseert op het gelijkheidsbeginsel en een schending daarvan valt onder de reikwijdte van artikel 3:40 lid 1 BW. Dat volgend, is de tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar gesloten koopovereenkomst nietig. Maar gezien de heersende opvatting in de rechtspraak zal de

¹³⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

¹³⁵ Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:HR:2016:2638, NJ 2018/210 m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax/Universiteit*) en Hoge Raad 22 januari 1999, ECLI:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*).

¹³⁶ S.E. Bartels, ‘*Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?*’, WPNR 2022/7392.

zware sanctie van nietigheid niet worden toegepast. Daaruit valt af te leiden dat er een ‘dubbele toets’ wordt uitgevoerd (en doorlopen dient te zijn) alvorens een rechter de bestreden rechtshandeling nietig zal verklaren. Uit het besproken arrest van het gerechtshof Den Haag volgt dat de rechtshandeling niet alleen in strijd moet zijn met de openbare orde of goede zeden, maar dat er ook sprake moet zijn van een gekwalificeerde schending. Hoewel het begrip ‘gekwalificeerde schending’ niet nader is uitgewerkt, durf ik wel de conclusie te trekken dat daarvan geen sprake is in de Didam-zaak. Voor deze conclusie vind ik steun in het Europese aansprakelijkheidsrecht (met name het *Dillenkofer*-arrest¹³⁷ en het *Frankovich*-arrest¹³⁸) waarin onder het begrip ‘volgende gekwalificeerde schending’ wordt verstaan een ‘*kennelijke en ernstige miskennis*’. Nu de Gemeente bij het sluiten van de overeenkomst niet op de hoogte was van het feit dat zij handelde in strijd met het gelijkheidsbeginsel, kan het niet toepassen van de Didam-regels in mijn optiek niet leiden tot een gekwalificeerde schending die met nietigheid zou moeten worden gesanctioneerd. Voor deze conclusie kan ook steun worden gevonden in het *Mediq/Apotheken*-arrest. Daaruit volgt dat de Hoge Raad een belangenafweging in het leven heeft geroepen die een rechter bij zijn oordeel dient te betrekken om te beoordelen of de overeenkomst daadwerkelijk met nietigheid dient te worden gesanctioneerd als deze een bij de wet verboden verplichting tot een prestatie bevat. Uit de voorgeschreven belangenafweging volgt dat een rechter in zijn beslissing onder meer dient mee te wegen of partijen van de inbreuk bewust waren.¹³⁹ Ik ben van mening dat deze omstandigheid zwaar dient te wegen bij de beoordeling van de Didam-zaak. De Gemeente (en de Ontwikkelaar) was immers niet op de hoogte van het feit dat zij bij het sluiten van de koopovereenkomst in strijd handelde met het gelijkheidsbeginsel door geen reële mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden, waaronder Eisers. Dit wordt wellicht anders, indien partijen wel op de hoogte waren van het feit dat zij passende mededingingsruimte hadden moeten bieden op grond van het gelijkheidsbeginsel en het doelbewust nalaten. Dat laatste doet zich in de Didam-zaak niet voor. Gezien de huidige stand van de jurisprudentie kom ik derhalve tot de conclusie dat de gesloten koopovereenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar niet door Eisers kan worden aangetast op grond van artikel 3:40 BW.

5.3.2. Onrechtmatige daad?

Bij de bespreking van de rechtsmiddelen is ook besproken dat een benadeelde eventueel met succes een schadevergoeding kan vorderen als het overheidslichaam onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door in strijd met het gelijkheidsbeginsel geen passende mededingingsruimte te bieden waardoor hij niet heeft kunnen mededingen bij de verkoop van het betreffende stuk overheidsgrond. Eisers zullen binnen de aanhangige kortgedingprocedure geen schadevergoeding op grond van artikel 6:162 BW kunnen verkrijgen, aangezien zij deze vordering niet hebben ingesteld en daarbij komt dat in kort geding geen vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld. Een voorschot op een schadevergoeding vorderen behoort wel tot de mogelijkheden in kort

¹³⁷ HvJ EU 8 oktober 1996, *Dillenkofer* e.a., C-178/94, C-179/94 en C-188/94–C-190/94, Jurispr. blz. I-4845.

¹³⁸ HvJ EU 19 november 1991, *Francovich* e.a., C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357 punt 35; 5 maart 1996.

¹³⁹ Hoge Raad 1 juni 2012, ECLI:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

geding, maar een voorzieningenrechter gaat daar zeer terughoudend mee om.¹⁴⁰ Het is voor Eisers dus alleen mogelijk om in een bodemprocedure een vordering ex. 6:162 BW in te stellen op grond daarvan schadevergoeding te vorderen.

Als wordt uitgegaan van de veronderstelling dat Eisers geen kans meer krijgen om (alsnog) mee te dingen en de overeenkomst tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar niet meer kan worden aangetast, dan kunnen Eisers in een bodemprocedure wellicht met succes een schadevergoeding vorderen op grond van artikel 6:162 BW. Zoals reeds gezien bij de bespreking van de rechtsmiddelen in hoofdstuk 4 zal het voor Eisers nagenoeg onmogelijk zijn om te kunnen aantonen dat zij als winnaar uit de bus waren gekomen als de Gemeente wel de Didam-regels in acht had genomen bij de verkoop van de Locatie. De Ontwikkelaar is immers ook een goede kanshebber. Ik acht het daarom uitgesloten dat Eisers in aanmerking kunnen komen voor een vergoeding van het positieve contractbelang. Voorts dient te worden bekeken of Eisers dan wellicht aanspraak kunnen maken op kansschade. Bij de beoordeling daarvan dient onder meer te worden bepaald welke kans Eisers -in een hypothetische situatie- hadden gehad als de Gemeente netjes de Didam-regels had gevolgd. Dat is in de onderhavige zaak lastig vast te stellen. Er is namelijk geen selectieprocedure uitgeschreven door de Gemeente en het is dus niet duidelijk of er nog andere gegadigden zijn die hadden willen meedingen. Als dat er meerdere gegadigden zouden zijn geweest dan wordt de kans van Eisers kleiner en dat heeft ook een negatief effect op de hoogte van het schadebedrag. Ook zullen er allerlei vragen opkomen bij de kwantificering van de schade. Eisers kunnen wellicht aantonen dat zij meer winst kunnen maken als zij een supermarkt op de Locatie (die in het centrum van Didam is gelegen) hadden kunnen vestigen in tegenstelling tot de huidige locatie die buiten het stadcentrum ligt. Een dergelijke schadepost zou makkelijker te berekenen zijn als er sprake is van een eenmalige opdracht zoals in het aanbestedingsrecht doorgaans het geval is. Maar de schade (winstderving) doordat Eisers een lucratieve locatie voor hun supermarkt mislopen zou in theorie tot in de eeuwigheid kunnen doorlopen. Hoe kwantificeer je een dergelijke schadepost en tot welke moment dient deze te lopen? Is een periode van 15 jaar een redelijke termijn om de schade te berekenen? Tevens kan betoogd worden dat de schade geheel (of mede) is ontstaan door eigen schuld van Eisers en dat dient te worden meegewogen in de zin van artikel 6:101 BW. Bij de bespreking van de Didam-zaak is namelijk duidelijk geworden dat Eisers (na bekend te zijn geworden met de onderhandeling tussen de Gemeente en de Ontwikkelaar over de aan-/verkoop van de Locatie) lang hebben stilgezeten alvorens zij kenbaar hebben gemaakt ook interesse te hebben in de Locatie.¹⁴¹ Daarvan kan gesteld worden dat Eisers eerder hadden moeten 'piepen' en de schade alsdan niet was opgetreden. Er zijn denk ik nog tal van andere vragen te bedenken die de kwantificeerbaarheid van de schade zeer complex zullen gaan maken en tevens invloed kunnen hebben op de vraag of de Gemeente in het onderhavige geval wel schadeplichtig is. De uitwerking daarvan valt alleen buiten het bestek van dit onderzoek.

¹⁴⁰ Vzr. Rechtbank Alkmaar 13 oktober 2011, ECLI:RBALK:2011:BT7532 en Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2009, ECLI:RBSGR:2009:BH4957.

¹⁴¹ Het lange stilzeten werd al zwaar aan Eisers aangerekend door de Voorzieningenrechter en het Hof (zie Vzr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 2.11 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11).

Voor nu kan worden vastgesteld dat Eisers in een bodemprocedure een vergoeding voor het verliezen van een kans zouden kunnen vorderen op grond van artikel 6:162 BW, maar dat de toewijzing daarvan nog geen uitgemaakte zaak is.

5.4. Rechtspraak na bekendmaking van het Didam-arrest

Na het Didam-arrest zijn enkele uitspraken van rechters (voornamelijk voorzieningenrechters in kort geding) gepubliceerd die betrekking hadden op de vraag of een gesloten overeenkomst in strijd met de Didam-regels nietig of vernietigbaar is op grond van artikel 3:40 BW. Ik zal hieronder twee uitspraken bespreken om te bezien of mijn conclusie, dat een met de Didam-regels strijdige overeenkomst niet vernietigbaar of nietig is op grond van artikel 3:40 BW als deze tot stand is gekomen vóór het Didam-arrest, thans ook gevolgd wordt in de lagere rechtspraak.

5.4.1. Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022¹⁴²

Deze zaak had betrekking op de vraag of de gemeente Nieuwegein uitvoering mag geven aan de overeenkomst die zij met Shell had gesloten tot verkoop van een stuk overheidsgrond. Eiser stelde zich op het standpunt dat de gemeente Nieuwegein in strijd had gehandeld met de Didam-regels en dat zij op grond van het gelijkheidsbeginsel gehouden is om passende mededingingsruimte te bieden aan potentiële gegadigden. Eisers vorderde derhalve een verbod tot uitvoering van de koopovereenkomst. Deze zaak vertoont aldus veel gelijkenis met de Didam-zaak. De voorzieningenrechter oordeelt in deze zaak dat de gemeente Nieuwegein -ondanks het feit dat de koopovereenkomst vóór het sluiten van het Didam-arrest heeft plaatsgevonden- in strijd heeft gehandeld met de Didam-regels en het daaruit voortvloeiende gelijkheidsbeginsel. In rechtsoverweging 2.43 en 2.44 oordeelt zij als volgt:

2.42.

De voorzieningenrechter komt op basis van het voorgaande tot de conclusie dat de vorderingen van [eiser] kunnen worden toegewezen. Er zal vooralsnog geen uitvoering gegeven mogen worden aan de koopovereenkomst tussen Gemeente Nieuwegein en Shell.

2.43.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding om daarnaast te bepalen dat Gemeente Nieuwegein in de gelegenheid wordt gesteld om alsnog het juiste traject te volgen. Er zal een gemotiveerde bekendmaking moeten plaatsvinden van de beslissing dat gelet op de duurzaamheidseisen en het verwijderen van vulpunten op andere locaties in de gemeente slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop van kavel A2 . Dit zal er mogelijk toe kunnen leiden dat vastgesteld moet worden dat er één serieuze gegadigde is en dat een

¹⁴² Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, JAAN 2022 m.nt. P. Heijnsbroek

onderhandse verkoop kan plaatsvinden. Het kan er echter ook toe leiden dat niet aan de eisen is voldaan zodat alsnog een selectieprocedure gevolgd zal moeten worden met vooraf bekend gemaakte objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

2.44.

Het is dus niet uitgesloten dat Gemeente Nieuwegein tekort zal schieten in de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst met Shell. Zij zal kavel A2 mogelijk niet kunnen leveren. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter staat dit aan de toewijsbaarheid van de vorderingen echter niet in de weg, temeer niet omdat de levering van de kavel nog niet heeft plaatsgevonden en Gemeente Nieuwegein dus nog steeds eigenaar is. Het algemene belang dat burgers er op moeten kunnen vertrouwen dat een overheidslichaam handelt met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel weegt naar het oordeel van de voorzieningenrechter dermate zwaar dat het belang van Gemeente Nieuwegein om uitvoering te kunnen geven aan de koopovereenkomst met Shell daarvoor moet wijken.

De voorzieningenrechter wijst het gevorderde verbod van eiser tot uitvoering van de koopovereenkomst toe en legt daaraan ten grondslag dat de burgers erop moeten kunnen vertrouwen dat overheidslichamen handelen overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) en dat zulks zwaarder weegt dan het belang van de gemeente Nieuwegein om uitvoering te kunnen geven aan de koopovereenkomst die zij heeft gesloten met Shell zonder daarbij de Didam-regels in acht te nemen. Voorts wordt de gemeente Nieuwegein in de gelegenheid gesteld om alsnog de Didam-regels in acht te nemen. Dat zou ertoe kunnen leiden dat Shell niet wordt gekozen op grond van de te volgen selectieprocedure en de gemeente Nieuwegein jegens Shell schadeplichtig zal zijn omdat zij alsdan de grond niet kan leveren. Helaas heeft de voorzieningenrechter geen uitspraak gedaan over de rechtsgevolgen van de tussen de gemeente Nieuwegein en de Shell gesloten koopovereenkomst. Maar uit deze uitspraak volgt wel dat de koopovereenkomst niet kan worden uitgevoerd (het rechtszekerheidsbeginsel weegt daarbij zwaar) en de gemeente Nieuwegein alsnog de Didam-regels moet gaan volgen voor de verkoop van het betreffende stuk overheidsgrond.

5.4.2. V zr. Rechtbank Noord-Nederland 25 oktober 2022¹⁴³

In deze zaak was de eiser van mening dat de koopovereenkomst tussen bouwbedrijf Lith en de gemeente Heemskerk in strijd met de Didam-regels tot stand was gekomen. De voorzieningenrechter kwam uiteindelijk tot de conclusie dat de gemeente Heemskerk niet in strijd met het Didam-arrest had gehandeld. In rechtsoverweging 6.6 wordt nog het navolgende gemeld over het rechtsgevolg van een Didam-strijdige overeenkomst:

“De gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel kan de vordering alleen dragen als de overeenkomst strijdig geoordeeld moet worden met de goede zeden of openbare orde en op grond van artikel 3:40 BW nietig is.

¹⁴³ V zr. rechter Rechtbank Noord-Holland 25 oktober 2022, ECLI:RBNHO:2022:9333.

Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter tot dat rechtsgevolg leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig. (...)

Hier herhaalt de voorzieningenrechter vrijwel letterlijk overweging 4 van het gerechtshof Den Haag in de uitspraak van 29 januari 2013. Nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW is enkel aan de orde als er ook sprake is van een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel. Dat een overheidslichaam in strijd met het Didam-arrest heeft gehandeld is dus niet voldoende, er dient ook sprake te zijn van verzwarende omstandigheden die het oordeel van nietigheid kunnen dragen.

Uit de hierboven besproken uitspraken lijkt ook te volgen dat een koopovereenkomst pas nietig is op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, indien wordt vastgesteld dat er sprake is van een gekwalificeerde schending. Dat neemt niet weg dat met succes een verbod op uitvoering van de koopovereenkomst, die in strijd met de Didam-regels is gesloten, gevorderd kan worden, aangezien het rechtzekerheidsbeginsel met zich meebrengt dat burgers er op moeten vertrouwen dat een overheidslichaam handelt met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van de gelijke kansen) en dat zulks zwaarder dient te wegen dan het belang van een overheidslichaam om uitvoering te kunnen geven aan de bestreden overeenkomst. Een benadeelde kan dus met succes ageren tegen de uitvoering van de koopovereenkomst en afdwingen dat de Didam-regels alsnog worden nagekomen, zonder deze in rechte te kunnen aantasten middels een beroep op artikel 3:40 BW. Daarbij opgemerkt dat een verbodsactie tot uitvoering van een overeenkomst weinig zal uithalen als de levering reeds heeft plaatsgevonden.

5.5. Tussenconclusie

Uit de hiervoor besproken Europese en nationale jurisprudentie (die vóór en ná het Didam-arrest tot stand zijn verschenen) kan geconcludeerd worden dat nietigheid op grond van artikel 3:40 BW niet snel zal worden aangenomen. De Hoge Raad heeft voor de beoordeling van nietigheid een ‘dubbele’ toets aangelegd. Nietigheid komt pas aan de orde als er sprake is van een ‘gekwalificeerde schending’. Hoewel de inhoudt van dit begrip nog nadere duiding behoeft, kan geconcludeerd worden dat er meer voor nodig is dan een enkele schending van de Didam-regels. Voor deze conclusie is steun te vinden in het *Uneto/De Vliert*-arrest, op grond waarvan is geoordeeld dat het in strijd handelen met de aanbestedingsregels niet kan volgen tot nietigheid van de overeenkomst op grond 3:40 BW. Met die wetenschap ligt het niet voor de hand dat een enkele schending van de Didam-regels leidt tot nietigheid. Daarbij komt dat de Hoge Raad artikel 3:40 BW zeer terughoudend toepast. Voorts is bij de toepassing van de rechtsmiddelen op de Didam-zaak geconcludeerd dat vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW evenmin een Didam-strijdige overeenkomst kan aantasten omdat uit de inhoud van artikel 3:14 BW niet volgt dat deze uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen. Vorenstaande neemt niet weg dat met succes een verbod op uitvoering van de koopovereenkomst (die in strijd met de Didam-regels is gesloten) gevorderd kan worden, aangezien het rechtzekerheidsbeginsel met zich meebrengt dat burgers er op moeten vertrouwen dat een overheidslichaam handelt met inachtneming van het

gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van de gelijke kansen) en dat zulks zwaarder dient te wegen dan het belang van een overheidslichaam om uitvoering te kunnen geven aan de bestreden overeenkomst. Een benadeelde kan dus met succes ageren tegen de uitvoering van de koopovereenkomst en afdwingen dat de Didam-regels alsnog worden nagekomen, zonder deze in rechte te kunnen aantasten middels een beroep op artikel 3:40 BW. Daarbij opgemerkt dat een verbodsactie tot uitvoering van een overeenkomst weinig zal uithalen als de levering reeds heeft plaatsgevonden. Ook zouden Eisers in de Didam-zaak wellicht (in een bodemprocedure) met succes een onrechtmatige daadsactie instellen om daarmee de geleden kansschade vergoed te kunnen krijgen. Daarbij is geconcludeerd dat het bijzonder moeilijk zal worden om de schade te kunnen vaststellen en/of Eisers daarop wel aanspraak kunnen maken om dat hen ook eigen schuld verweten zou kunnen worden.

6. EINDCONCLUSIE

6.1. Beantwoording van de hoofdvraag

“Wat zijn de gevolgen van het Didam-arrest voor reeds gesloten (en uitgevoerde) overeenkomsten, waarbij overheidslichamen gronden hebben verkocht zonder mededingingsruimte te hebben geboden aan andere (potentiële) gegadigden?”

Voorafgaand aan het onderzoek is de bovenstaande centrale onderzoeksvraag geformuleerd en deze dient thans als volgt te worden beantwoord. Uit het onderzoek is gebleken dat benadeelden geen rechtsmiddelen tot hun beschikking hebben om een Didam-strijdige overeenkomst (die tussen een overheidslichaam en een derde tot stand is gekomen) aan te kunnen tasten. Uit de Europese en nationale jurisprudentie (die zowel vóór en ná het Didam-arrest tot stand is gekomen) blijkt dat een beroep op grond van artikel 3:40 BW niet zal leiden tot nietigheid en/of vernietigbaarheid. De Hoge Raad is zeer terughoudend bij de toepassing van dit artikel en heeft daarvoor een ‘dubbele toets’ aangelegd die doorlopen dient te worden alvorens wordt overgegaan tot een nietigverklaring. Deze toets komt ook terug in recente jurisprudentie en daaruit volgt dat nietigheid pas aan de orde is als er (naast de schending van de Didam-regels) een gekwalificeerde schending is geconstateerd. Er dient dus sprake te zijn van verzwarende omstandigheden die het oordeel van nietigheid kunnen dragen. Uit de rechtspraak valt echter nog niet op te maken wat er precies onder het begrip ‘gekwalificeerde schending’ dient te worden verstaan. Als met een schuin oog naar het Europese aansprakelijkheidsrecht wordt gekeken dan lijkt daaronder te worden verstaan dat er sprake moet zijn van een ‘*kennelijke en ernstige miskennis*’ en daarvan is dus pas sprake als een overheidslichaam zich bewust is van haar handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel en daarbij sprake is van een ernstige miskennis. Er kan dus worden vastgesteld dat het enkel in strijd handelen met de Didam-regels niet tot nietigheid of vernietigbaarheid zal leiden en een Didam-strijdige overeenkomst alsdan niet kan worden aangetast. Hiervoor zijn verzwarende omstandigheden nodig.

Voorts is uit het onderzoek gebleken dat een benadeelde niet geheel met lege handen staat. Als de levering nog niet heeft plaatsgevonden dan kan de uitvoering van de Didam-strijdige overeenkomst (alsnog) gefrustreerd worden door een verbodsactie door de benadeelde. Uit de rechtspraak volgt dat het overheidslichaam geen uitvoering mag geven aan de overeenkomst en alsnog de Didam-regels dient toe te passen. Een dergelijke verbodsactie heeft geen nut meer als de levering heeft plaatsgevonden. Na levering kan de benadeelde wellicht met succes een schadevergoeding afdwingen op grond van artikel 6:162 BW. Uit het onderzoek blijkt echter dat een benadeelde niet of nauwelijks in aanmerking zal komen voor een vergoeding voor het positieve contractbelang omdat hij daarvoor zal moeten aantonen dat het stuk overheidsgrond aan hem zou zijn verkocht als het overheidslichaam wel de Didam-regels had gevolgd. Dit is vrijwel onmogelijk. Op grond van de literatuur en de (aanbestedings)rechtspraak kan een benadeelde -onder omstandigheden- in aanmerking komen voor de vergoeding van kansschade. De kwantificering van de geleden (kans)schade zal echter complex worden/zijn en een nader onderzoek naar de uitwerking daarvan valt buiten het bestek van dit onderzoek.

6.2. Advies

6.2.1. Advies aan de wetgever

Het is natuurlijk wrang dat een belanghebbende geen Didam-strijdige overeenkomst kan aantasten indien het overheidslichaam (zonder dat er sprake is van een verzwarende omstandigheid) de Didam-regels niet heeft nageleefd en hij daardoor geen kans heeft om mee te dingen naar de verkoop van een stuk grond. Dit terwijl in het aanbestedingsrecht wel rechtsmiddelen openstaan als een overheidslichaam bij een verplichte aanbestedingsprocedure de regels aan zijn laars lapt. Op grond van 4.15 Aw 2012 kan een benadeelde immers binnen een bepaalde termijn en onder bepaalde omstandigheden de vernietiging van een overeenkomst vorderen als deze in strijd met de aanbestedingsregels tot stand is gekomen. Bij de bespreking van de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel (in de context van het beginsel van gelijke kansen) is gesignaleerd dat het moeilijk uit te leggen valt dat er voor de verkoop van schaarse zaken (waaronder overheidsgronden) geen 'drempelwaarde' bestaat en bij elke (kleine) verkoop een selectieprocedure moet worden opgetuigd als de verwachting bestaat dat er meerdere gegadigden geïnteresseerd zullen zijn. Dit betreft ook een discrepantie tussen de Didam-regels en de aanbestedingsregels aangezien de regels van de Aanbestedingswet 2012 pas van toepassing zijn bij overschrijding van de drempelwaarde (EUR 5.382.000,-). Ook is gesignaleerd dat de Aw 2012 niet alleen betrekking heeft op overheidslichamen, maar ook op speciale-sector bedrijven (bijvoorbeeld de NV Nederlandse Spoorwegen). Deze onder de Aw 2012 vallende bedrijven (die geen bestuursorgaan zijn in de zin van artikel 1:1 Awb) hoeven thans geen rekening te houden met de Didam-regels. Dit lijkt mij niet juist en het verdient de voorkeur om dat aan te passen.

De hiervoor genoemde discrepanties en ongewenste verschillen tussen de toepassing van de Didam-regels en de Aw 2012 kunnen eenvoudig door de wetgever worden weggenomen. Het advies aan de wetgever luidt dan ook om de Aw 2012 op korte termijn te herzien en daarin nadere regels op te nemen die in acht dienen te worden genomen bij een (overheids)verkoop.

6.2.2. Advies aan het gerechtshof 's-Hertogenbosch

Uit paragraaf 3.5.3. is gebleken dat er in de *Speelautomaten-Vlaardingen*-uitspraak goede aanknopingspunten te vinden zijn om aan te nemen dat het beginsel van gelijke kansen beperkt zou kunnen worden door een wettelijk voorschrift, mits daarbij de beperking van de mededingingsruimte is meegewogen. De Aw 2012 zou zo'n wettelijk voorschrift kunnen zijn die beperkend werkt voor de toepassing van het beginsel van gelijke kansen. Het advies aan het gerechtshof 's-Hertogenbosch (waarnaar de Didam-zaak door Hoge Raad is terugverwezen voor verder behandeling en beslissing) luidt om duidelijkheid te scheppen of de vraag of het beginsel van gelijke kansen -onder omstandigheden- kan worden beperkt door een wettelijk voorschrift.

6.3. Aanbevelingen

Uit het onderzoek is gebleken dat een benadeelde mogelijk met succes een vordering tot vergoeding van kansschade kan verkrijgen op grond van artikel 6:162 BW. Over dit leerstuk binnen het aanbestedingsrecht is vrijwel geen jurisprudentie te vinden en ik zie voorzie dat de vaststelling van de omvang van kansschade zeer complex kan worden bij 'Didam-gevallen'. Het verdient aanbeveling om hier nader onderzoek naar te doen.

7. LITERATUURLIJST

- A. Drahmman, ‘*Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?*’, in: M.J.M. Verhoeven e.a., *Europees of-fensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Jonge VAR reeks 9, Den Haag; BJu 2010.
- A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Zwolle: Kluwer 2015.
- A.G.F. Ancery, ‘*Rechtelijk overgangsrecht*’, in: E.B. Rank-Berenschot c.s. (red.), *Alles afgewogen (opstellen voor C.L. de Vries Lentsch-Kostense)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- A.J. Akkermans en E.H. Pijnacker Hordijk, ‘*Schadevergoeding en schadeberekening*’, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2010, nr. 31.
- Bestemmingsplan “Didam, Herontwikkeling Schoolstraat e.o.” d.d. 14 oktober 2021, https://www.ruimtelijkeplannen.nl/documents/NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01/r_NL.IMRO.1955.HerontwSchoolstr-VA01.html#_3_Centrum.
- C.J. Wolswinkel, ‘*De verdeling van schaarse vergunningen. Convergentie in de jurisprudentie?*’, JBplus 2013, afl. 2, p. 62-80, S. Prechal, ‘*De emancipatie van het ‘algemeen transparantiebeginsel’*’, SEW 2008/145.
- C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: BJu 2013 en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Zwolle: Kluwer 2015.
- C.J.R. van Binsbergen en C.J. Schipperus, *De gevolgen van het Didam-arrest voor lopende overeenkomsten*, 28 januari 2022, https://wiledonker.nl/nieuws/de-gevolgen-van-het-didam-arrest-voor-lopende-overeenkomsten/#_ftn15.
- F.J. van Ommeren (2017). *Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag*. In M. Bosma e.a. (editor), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*.
- F.J. van Ommeren, ‘*Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?*’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, BJu 2011.
- F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, Den Haag: BJu 2013.
- F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, ‘*Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk*’, in F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011.
- Haverkate & D.W.N. Brand, ‘*Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten*’, TvHB 2022/1, p. 7.
- Hijma, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, commentaar op artikel 3:40 BW, aantekening 2 onder a (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige verdeling van schaarse publieke rechten*, O&A 2011/37.

L.C.A. Verstappen, *De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed*, WPNR 2022/7355.

Lindenbergh, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 6:162 BW, aantekening 1 (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

Lindenbergh, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek, commentaar op artikel 6:103 BW, aantekening 4 (online bijgewerkt tot 15 februari 2023).

MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981.

O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht (diss. Tilburg)*, 2001.

Procesreglement Hoge Raad: <https://www.hogeraad.nl/reglementen-protocollen/reglementen/procesreglement-hr/#haac2092b-9e48-4fa9-8901-586db658c25b>.

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

S.E. Bartels, *Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?*, WPNR 2022/7392.

W.J.E. van der Werf, *Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte*, TvAR 2021, p. 570.

8. JURISPRUDENTIELIJST

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

ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 met annotatie van C.J. Wolswinkel.

ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Schindler*).

CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466 (*Swiss Leisure Group*).

Conclusie P-G Franx, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347.

Conclusie P-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:243.

Conclusie A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:137.

Europese Hof van Justitie 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08 (*Helmut Müller*).

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

Gerechtshof Den Bosch 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4294.

Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014.

Gerechtshof Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG2102.

Hoge Raad 1 juni 2012, ECLI:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq Apotheken*).

Hoge Raad 11 december 2015, ECLI:HR:2015:3568, NJ 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*).

Hoge Raad 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT0971, Gst. 2005/98, m.nt. J.A.E. van der Does.

Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:HR:2016:2638, NJ 2018/210 m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax/Universiteit*).

Hoge Raad 22 januari 1999, ECLI:HR:1999:ZC2826 (*Uneto/De Vliert*)

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11 met annotatie van F.J. van Ommeren.

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Gst.* 2022/76 met annotatie van A. Drahmman.

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Jaan* 2022/1 met annotatie van P. Heijnsbroek.

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, JIN 2022/76 met annotatie van J.A.F. Peters.

Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

Hoge Raad 27 maart 1987, AB 1987, 273 (*gemeente Amsterdam/Ikon Beleidsconsulenten B.V.*).

Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (*BMV/Bladel*).

Hoge Raad 27 oktober 1997, R 24 oktober 1997, LJN ZC2467, NJ 1998/257.

Hoge Raad 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, m.nt. A.R. Bloembergen (*Alkemade/Hornkamp*).

Hoge Raad 30 maart 2001, ECLI:HR:2001:AB0801.

Hoge Raad 24 april 1992, NJ 1993, 232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:2003:AF2380, AB 2003/365, NJ 2004/35 (*RZG/ComforMed*).

Hoge Raad 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2391, NJ 2001, 602 m.nt. H.M.H. Speyart

HvJ EG 7 december 2000, Telaustria, Jur. 2000, p. I-10745

HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, SIAC Construction Ltd/County Counsel of the County of Mayo, Jur. 2001.

HvJ EG 29 april 2004, zaak C-469/99 P, Commissie/Cas Succhi di Frutta, Jur. 2004, p. I-3801

HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99, Jur. 2002, p. I-11617, Universale-Bau e.a.

HvJ EU 1 oktober 2015, AB 2015/437, m.nt. A. Drahmman.

HvJ EU 16 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:80 (*Costa & Cifone*).

HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:263 (*Oftalma Hospital*)

HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747 (*Tecnoedi*).

HvJ EU 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08 (*Helmut Müller*).

HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*) en HvJ EU 19 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:505 (*Costa & Cifone*).

HvJ EU 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357 punt 35; 5 maart 1996.

HvJ EU 7 december 2000, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*)

HvJ EU 3 juni 2010, AB 2011/17, m. nt. A.W.G.J. Buijze, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel.

HvJ-EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, TBR 2012/59 m.nt. I. Haverkate (*Residex Capital IV CV/Rotterdam*).

Rechtbank Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82.

Rechtbank Noord-Nederland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

Rechtbank Utrecht 4 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1173 (Kans op gunning van het werk)

Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, JAAN 2022 m.nt. P. Heijnsbroek

Vzr. Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7, BR 2022/32.

Vzr. Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

Vzr. Rechtbank Noord-Holland 25 oktober 2022, ECLI:RBNHO:2022:9333.

Vzr. Rechtbank Alkmaar 13 oktober 2011, ECLI:RBALK:2011:BT7532.

Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2009, ECLI:RBSGR:2009:BH4957.