

ECLI:NL:PHR:2024:567

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	24-05-2024
Datum publicatie	24-05-2024
Zaaknummer	23/02556 23/02541
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2024:1661
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Overheidsprivaatrecht. Vervolg Didamzaak. Wanneer is overheid bij de verkoop van onroerende zaak verplicht om mededingingsruimte te bieden? Mogelijkheid om een uitzondering te maken op die plicht. Grondpositie projectontwikkelaar grond voor uitzondering op die plicht? Sanctie op niet-naleving van deze plicht: nietigheid, vernietigbaarheid, analoge toepassing art. 4.15 Aanbestedingswet of (alleen) onrechtmatige daad? Wanneer handelt wederpartij onrechtmatig bij strijd met deze plicht? Ook plicht tot het bieden van mededingingsruimte in het stadium van het opstellen van plan voor gebiedsontwikkeling? Vergelijking met Unierecht, aanbestedingsrecht en bestuursrecht. Motivering kostenveroordeling in incident.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Module Aanbesteding 2024/2327 JAAN 2024/95 BR 2024/56 met annotatie van E.W.J. de Groot, S. Elbertsen

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 23/02556 en 23/02541

Zitting 24 mei 2024

CONCLUSIE

G. Snijders

In de zaak 23/02556:

de gemeente Montferland,
eiseres in het principaal cassatieberoep, tevens verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: T. van Malsen,

tegen

1. [verweerster 1] B.V.

2. Bedeco Vastgoed IV B.V.

3. Bedeco Vastgoed Ontwikkeling B.V.

verweersters in het principaal cassatieberoep, tevens eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: R.L.M.M. Tan,

en

4. de vennootschap onder firma Bruil Groenstaete Projectontwikkeling,
niet verschenen,

en in de zaak 23/02541:

de vennootschap onder firma Bruil Groenstaete Projectontwikkeling,
eiseres in het principaal cassatieberoep, tevens verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: M.W. Scheltema,

tegen

1. [verweerster 1] B.V.

2. Bedeco Vastgoed IV B.V.

3. Bedeco Vastgoed Ontwikkeling B.V.

verweersters in het principaal cassatieberoep, tevens eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: R.L.M.M. Tan,

en

4. de gemeente Montferland,

niet verschenen.

Inhoudsopgave

1. Inleiding

2. Feiten en procesverloop

Feiten (2.1)

Vordering, grondslag vordering en verweer (2.2-2.4)

Oordeel rechtbank (2.5-2.9)

Oordeel hof (2.10-2.15)

Cassatieberoepen (2.16)

3. Inzet cassatieberoepen; bespreking betekenis Didamarrest

Inzet cassatieberoepen (3.1-3.4)

Herkomst en rechtsgrond regels van Didamarrest (3.5)

Rechtspraak bestuursrechter over schaarse publieke rechten (3.6-3.8)

Deze toepassing van het gelijkheidsbeginsel (3.9-3.11)

Het gelijkheidsbeginsel (3.12-3.16)

Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op het moeten bieden van mededingingsruimte (3.17)

Toepasselijkheid bestuursrecht op privaatrechtelijk handelen overheid (3.18-3.22)

Toepassing gelijkheidsbeginsel op privaatrechtelijk handelen overheid (3.23-3.24)

Analoge toepassing van rechtspraak bestuursrechter over schaarse publieke rechten vóór het Didamarrest (3.25-3.30)

Bespreking Didamarrest aan de hand van het voorgaande (3.31-3.41)

Unierecht en nationaal aanbestedingsrecht (3.42-3.49)

4. Sanctie op niet-naleving van regels Didamarrest

Art. 3:40 BW (4.2-4.8)

Toepassing van art. 3:40 BW op de niet-naleving van de Didamregels (4.9-4.11)

Nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW? (4.12-4.14)

Vergelijking met het aanbestedingsrecht (4.15-4.17)

Slotsom m.b.t. art. 3:40 BW (4.18)

Vernietigbaarheid op een andere grond? (4.19-4.20)

Slotsom m.b.t. sanctie van nietigheid en vernietigbaarheid (4.21)

Schadevergoeding in natura? (4.22)

5. Bespreking cassatieberoepen

Bespreking middel gemeente (5.1-5.7)

Bespreking middel Groenstaete (5.8-5.19)

Bespreking middel [verweersters] (5.20-5.26)

6. Slotopmerkingen; afsluiting

7. Conclusie

Partijen worden hierna aangeduid als de gemeente en Groenstaete, respectievelijk [verweerster 1] , Becedo Vastgoed en Becedo Vastgoed Ontwikkeling, tezamen [verweersters]

In deze twee cassatiezaken neem ik één conclusie. Tot en met het arrest van het hof was sprake van één zaak van [verweersters] tegen de gemeente en Groenstaete en de vorderingen in die zaak en deze twee cassatieberoepen hangen sterk samen. De door [verweersters] in beide cassatiezaken ingestelde incidentele cassatieberoepen zijn ook als ik goed zie nagenoeg gelijklopend. Hierna wordt dan ook veelal gesproken over deze zaak of deze procedure (in enkelvoud dus).

1 Inleiding

- 1.1 Deze zaak is de bodemprocedure van het kort geding dat is geëindigd met het bekende volgens sommigen zelfs beruchte Didamarrest van de Hoge Raad.¹ Het gaat in deze zaak, in de eerste plaats, om de vraag of en in hoeverre een overheidslichaam dat een goed wil vervreemden, gehouden is om aan potentiële gegadigden gelegenheid te geven om dat goed te verwerven.
- 1.2 Deze vraag speelt in deze zaak, de Didamzaak, tegen de achtergrond van de herontwikkeling van het centrum van de voormalige gemeente Didam, welke gemeente in 2005 is opgegaan in de gemeente Montferland, welke gemeente thans dus eiseres tot cassatie is. Als onderdeel van de herontwikkeling heeft die gemeente besloten om het perceel waarop het voormalige gemeentehuis van de gemeente staat, te verkopen aan Groenstaete. Die verkoop is ook tot stand gekomen, maar de levering heeft als gevolg van het Didamarrest en het arrest van het hof in deze bodemzaak (nog) niet plaatsgevonden. [verweersters] eisen namelijk, aanvankelijk in het kort geding en nu in de bodemzaak, dat haar alsnog de kans wordt geboden om het perceel te verwerven. Haar daarop gerichte vordering is in kort geding in beide feitelijke instanties afgewezen, maar het arrest van het hof is in het Didamarrest door de Hoge Raad vernietigd.² Het hof heeft hierna in deze bodemzaak de vordering van [verweersters] alsnog toegewezen, op grond van de beslissing in het Didamarrest. Daartegen keren zich de cassatieberoepen van de gemeente en Groenstaete. Het incidentele cassatieberoep van [verweersters] is voorwaardelijk ingesteld.
- 1.3 In het Didamarrest is overwogen (voetnoten uit het origineel):
 - “3.1.2 Het gaat in deze zaak om een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een aan hem toebehorende onroerende zaak verkoopt. In cassatie is niet bestreden het oordeel van het hof in rov. 5.6 dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of van een duidelijk grensoverschrijdend belang.
 - 3.1.3 Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.³ Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.
 - 3.1.4 Uit het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn.⁴ In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

3.1.5 Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.⁵

3.1.6 De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.”

1.4 Blijkens de commentaren en reacties is deze beslissing duidelijk als een verrassing gekomen voor de praktijk. Het is blijkens de commentaren en reacties ook duidelijk dat die beslissing een grote impact heeft op de praktijk. De praktijk ging niet uit van het bestaan van die regels en de gelding ervan heeft voor de praktijk nogal wat gevolgen. De beslissing doet ook een reeks van vragen rijzen (zie hierna in 1.5). De beslissing heeft dan ook geleid tot een niet aflatende, vrij aanzienlijke stroom van artikelen, blogs, andere publicaties, webinars en lagere rechtspraak (tientallen uitspraken inmiddels) waarop in artikelen dan weer wordt gereageerd. Inmiddels verschijnen ook de nodige overzichtsartikelen met vaak veelzeggende titels, om de praktijk van alle gedachten en ontwikkelingen op de hoogte te houden en in de (soms vergeefse) hoop dat zich eenstemmigheid met betrekking tot de antwoorden op de vragen aftekent.⁶

Voorts heeft de beslissing meerdere keren aanleiding gegeven tot Kamervragen en tot brieven aan de Tweede Kamer van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.⁷ In januari 2022 heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties al gelijk een zeer uitvoerige factsheet uitgegeven om de mogelijke gevolgen van het arrest voor de praktijk te duiden.⁸ In november 2022 hebben dat ministerie, de VNG, de NEPROM (Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen) en de VvG (Vereniging van Grondbedrijven) een nog uitvoerigere Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte) beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling het licht doen zien om de praktijk te helpen om met het arrest om te gaan.

1.5 De vragen waartoe het arrest aanleiding geeft, hebben betrekking op uiteenlopende onderwerpen, namelijk het toepassingsbereik van de daarin vervatte regels, de precieze betekenis van die regels, de gevolgen van de niet-naleving ervan en de temporele werking van die regels.

Wat betreft het toepassingsbereik is de vraag of de beslissing van het arrest alléén ziet op de verkoop van onroerend goed, zoals in rov. 3.1.4 en 3.1.5 van het arrest wordt gezegd, of ook op andere rechtshandelingen en op andere goederen van de overheid. Het laatste ook andere rechtshandelingen en andere goederen lijkt nogal voor de hand te liggen waarom zou daarvoor immers iets anders gelden?, maar dat wordt in het arrest niet gezegd, waardoor daarover twijfel kan bestaan. Voorts is de vraag die ook in dit cassatieberoep speelt of de regels van het arrest ook zien op samenstellen van rechtshandelingen, zoals het eerst bestemmen van een locatie voor een bepaald gebruik en het in samenhang daarmee aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling met betrekking tot die locatie.

Wat betreft de precieze betekenis van de regels is de vraag hoe strikt deze volgens de letter van het arrest moeten worden toegepast. Kan de overheid bijvoorbeeld wat nogal praktisch zou zijn volstaan met een beleidsregeling voor alle gevallen, in plaats van selectiecriteria per geval vast te stellen, zoals het arrest inhoudt? En, zo ja, aan welke eisen moeten die regels dan voldoen? En hoe ruim of beperkt is de uitzondering voor het geval dat er kan worden aangenomen dat er maar één gegadigde is, waarvan in de eerste zin van rov. 3.1.6 van het arrest wordt gerept? En geldt de eis van transparantie

die in de tweede zin van rov. 3.1.6 wordt genoemd in alle gevallen, dus ook bijvoorbeeld als duidelijk is dat de naleving daarvan geen redelijk doel dient?

Wat betreft de gevolgen van de niet-naleving van de regels van het arrest is de vraag of de overeenkomst en overdracht die in strijd met die regels worden aangegaan, nietig of vernietigbaar zijn dan wel (alleen) een onrechtmatige daad opleveren. Het is met name deze vraag waarop in het arrest in het geheel niet wordt ingegaan die tot veel beschouwingen aanleiding heeft gegeven. Die vraag speelt natuurlijk in de eerste plaats voor het verleden: zijn de in het verleden tot stand gekomen overeenkomsten ook nietig of vernietigbaar? En hoever gaat dat dan terug? En als terugwerkende kracht wordt aangenomen, kan dan onder omstandigheden een beroep worden gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel om die terugwerkende kracht te ontgaan?

Daarmee is ook gezegd wat de vraag naar de temporele werking van de regels van het arrest inhoudt: gelden die regels ook voor overeenkomsten en overdrachten die dateren van vóór het arrest en bij de totstandkoming waarvan geen rekening is gehouden met de gelding van die regels? En, zo ja, geldt anderszins een temporele beperking?

In de hiervoor in 1.4 bedoelde literatuur en rechtspraak komen vrijwel al deze vragen in meer of mindere mate aan de orde. Daarbij blijken de antwoorden nogal eens (flink) uiteen te lopen.

- 1.6 Alleen al de onduidelijkheid over het antwoord op deze vragen leidt tot rechtsonzekerheid, die deels aanmerkelijk en bepaald onwenselijk is. Dat geldt met name voor de vraag of de niet-naleving van de regels van het arrest leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van overdrachten die in het verleden hebben plaatsgevonden. Diverse auteurs vermelden dat volgens de regels van de KNB de notaris gelet op zijn verantwoordelijkheid om te zorgen dat de door partijen beoogde rechtsgevolgen intreden niet kan meewerken aan een overdracht als niet behoorlijk blijkt dat de regels van het arrest bij de titel én bij eventuele eerdere overdrachten in acht zijn genomen.⁹ Wie onroerend goed bezit dat in het verleden van de overheid is geweest, heeft dus evident een probleem. Aangezien bouwgrond nogal eens is uitgegeven door de overheid, is dat ook een maatschappelijk probleem van niet geringe proporties.¹⁰
- 1.7 In een vonnis van 24 mei 2023 heeft de rechtbank Midden-Nederland het voornemen uitgesproken om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over de gevolgen van de niet-naleving van de regels van het arrest en de temporele werking daarvan.¹¹ De zaak waarin dit vonnis is gewezen, is echter beëindigd voordat de rechtbank de vragen daadwerkelijk kon stellen. De vragen zijn daardoor niet gesteld.¹²
- 1.8 In de onderhavige cassatieberoepen, die als gezegd de bodemprocedure van de Didamzaak betreffen, komen de vragen die de rechtbank had willen stellen, ook aan de orde, waardoor het stellen van die vragen als prejudiciële vraag door een rechtbank of hof niet meer nodig is. Tevens zijn in de onderhavige cassatieberoepen nog een aantal andere van de hiervoor genoemde vragen aan de orde. Hierna zal dan ook in meer of mindere mate op vrijwel al die vragen worden ingegaan.
- 1.9 Ik vermeld in deze inleiding tot slot nog dat de Tweede Kamer afgelopen najaar een motie heeft aangenomen waarin de regering wordt verzocht om na te gaan of reparatiewetgeving tot stand moet worden gebracht naar aanleiding van het Didamarrest. In de motie wordt de vrees uitgesproken dat het arrest gemeenten te zeer in hun mogelijkheden beperkt.¹³ De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in reactie op de motie laten weten de uitspraak van de Hoge Raad op de onderhavige cassatieberoepen te willen afwachten alvorens te beoordelen of "wetgeving nodig en wenselijk is".¹⁴

2 Feiten en procesverloop

Feiten

2.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹⁵

- (i) De gemeente is eigenaar van de locatie van het voormalige gemeentehuis aan de Raadhuisstraat 14 te Didam. Naast de gemeentehuislocatie bevinden zich percelen waarop de bibliotheek van Montferland en het postkantoor waren gevestigd en zich een parkeerterrein bevindt. Naast het

parkeerterrein bevindt zich een Coop-supermarkt. Elders in Didam zijn voorts onder meer een Aldi-supermarkt en de door [verweersters] geëxploiteerde Albert Heijn-supermarkt gevestigd.

(ii) In 2007 heeft het college van B&W van de gemeente een plan van aanpak opgesteld met betrekking tot een nieuwe structuurvisie voor Didam, waarvan onderdeel uitmaakte de herontwikkeling van de omgeving van het centrum van Didam. Bij de totstandkoming van dit plan was een klankbordgroep betrokken, bestaande uit bewoners, verenigingen en lokale ondernemersplatformen. De uiteindelijke structuurvisie is in 2009 door de raad van de gemeente vastgesteld. De structuurvisie gaf op hoofdlijnen aan op welke vlakken (het centrum van) Didam diende te worden ontwikkeld.

(iii) In het kader van de ontwikkeling van een deelgebied van het centrum is het plan opgevat de gemeente een nieuw gemeentehuis te laten betrekken, met als gevolg dat het oude gemeentehuis leeg zou komen te staan. De gemeente heeft vervolgens met de woningbouwcorporatie Plavei in 2012 een intentieovereenkomst gesloten, waarbij Groenstaete is opgetreden als vertegenwoordiger van Coop. Groenstaete heeft in het kader van die overeenkomst de mogelijkheden onderzocht voor het vestigen van zowel een nieuwe Coop-supermarkt als een Aldi-supermarkt in het centrum van Didam en heeft daarvoor de nodige contacten gelegd, onder andere met de supermarkteigenaren en de eigenaren van de oude postkantoor- en bibliotheeklocatie. De intentieovereenkomst heeft uiteindelijk tot niets concreets geleid.

(iv) In juli 2014 heeft het college van B&W van de gemeente een plan van aanpak vastgesteld voor de ontwikkeling van het zogenaamde Masterplan Didam. Daarover is een nieuwsbericht verschenen in de plaatselijke media.

(v) Het masterplan zou in navolging van de structuurvisie een uitgewerkt kader bieden voor de herontwikkeling van het centrum van Didam (waarbinnen onder meer de voormalige gemeentehuislocatie en de bibliotheek-, postkantoor- en Coop-supermarkt-locatie vallen). In 2015 is voor de uitwerking van het masterplan een klankbordgroep opgericht. Onder meer Groenstaete heeft deelgenomen aan deze klankbordgroep, als belangenbehartiger van Coop. [verweersters] zijn niet uitgenodigd voor de klankbordgroep en hebben niet aan de vergaderingen deelgenomen.¹⁶ Het masterplan is afgerond en bij besluit van 12 april 2016 door het college van B&W goedgekeurd en voorgelegd aan de gemeenteraad.

(vi) De gemeenteraad heeft het masterplan op 26 mei 2016 vastgesteld. Het masterplan vermeldt onder meer:

“6.2 RAADHUISPLEIN

()

De klankbordgroep benoemde het voormalig gemeentehuis al als potentiële supermarktlocatie. Dit sluit namelijk aan bij hun wens om de supermarkten geconcentreerd in het centrum te vestigen.

Dit sluit ook aan bij de visie van de supermarkten. Een tweetal supermarkten is samen aan het bekijken hoe ze elkaar kunnen versterken. De supermarkten hebben goede ervaring met concentratievoordeel van een budgetsupermarkt met een supermarkt uit het hogere segment. Het idee is dat op de locatie van het oude gemeentehuis met aansluitend een supermarkt op de locatie nabij de kruising van de Hoofdstraat en de Schoolstraat. De bebouwing van de bibliotheek en het voormalige postkantoor worden gesloopt ten behoeve van een voor beide supermarkten gecombineerd parkeerterrein.

(...)”

De in dit citaat bedoelde supermarkten zijn de Coop en de Aldi.

(vii) Op verzoek van Groenstaete heeft de gemeente bij brief van 28 juni 2016 bevestigd dat zij vooralsnog op basis van exclusiviteit met Groenstaete zal onderhandelen over realisatie van het masterplan. Deze brief vermeldt:

“In het verleden is in overleg tussen Groenstaete Vastgoed en gemeente Montferland reeds gesproken over herontwikkeling van de voormalige gemeentehuislocatie ten behoeve van een tweetal supermarkten. Dit plan haalde de eindstreep uiteindelijk niet. In de tussentijd is door en in opdracht van de gemeente een visie opgesteld voor de toekomstige ontwikkeling van het centrum van Didam.

Bij de totstandkoming van deze visie zijn diverse belanghebbenden betrokken, waaronder Groenstaete Vastgoed, Coop en Aldi, plaatselijke ondernemers, wijk- en dorpsraden en woningcorporatie Plavei. Deze visie is als Masterplan Didam vastgesteld door de gemeenteraad op 26 mei 2016. Wij kunnen dan ook instemmen met de uitwerking van de herontwikkelingsplannen voor de gemeentehuislocatie door Groenstaete Vastgoed bv binnen het kader van het Masterplan Didam.

(...) Gelet op de complexiteit en diverse belangen in het geheel achten wij het van belang om voorafgaand aan de uitwerking van de plannen afspraken tussen partijen vast te leggen in één of meerdere overeenkomsten die ter goedkeuring aan de gemeente worden voorgelegd.

In de overeenkomsten dient onderscheid gemaakt te worden tussen te verwerven eigendommen van gemeente en eigendom van derden (...). Uitgangspunt van de gemeente daarbij is dat in het geval Groenstaete Vastgoed geen overeenkomst weet te sluiten ten aanzien van gronden van derden, als gevolg waarvan de herontwikkeling geen doorgang kan vinden de gemeente, na overleg met Groenstaete Vastgoed, vrij is om met alternatieve partijen alternatieve plannen uit te werken voor de gemeentehuislocatie."

(viii) In een brief van 25 april 2016 heeft [verweerster 1] de gemeente verzocht betrokken te worden in de discussie over de herinrichting van het centrum en te worden geïnformeerd over de inhoud van de voorgenomen wijzigingen. Op deze brief heeft de gemeente niet gereageerd. In een gesprek op 7 juli 2016 van [betrokkene 1] van [verweerster 1] met een wethouder en een gemeenteambtenaar is de gemeente kenbaar gemaakt dat [verweerster 1] met haar supermarkt wil verhuizen naar het centrumgebied.

(ix) Groenstaete heeft op 20 juni 2018 de oude postkantoorlocatie van woningbouwcorporatie Plavei gekocht en nadien in eigendom overgedragen gekregen. Groenstaete heeft op 25 september 2019 de bibliotheeklocatie gekocht en nadien in eigendom overgedragen gekregen.

(x) [verweersters] heeft in juli 2018 nadat bewonersprotesten tegen het masterplan definitief niet tot wijziging van dat plan hadden geleid en daarover publiciteit was geweest contact gezocht met de gemeente over het masterplan en de mogelijkheden die dit plan [verweersters] zou kunnen bieden. In een gesprek daarover op 18 juli 2018 heeft de (toenmalige) wethouder grondzaken namens de gemeente kenbaar gemaakt dat Groenstaete een voorkeurspositie heeft bij de verdere uitwerking van de plannen. In reactie daarop heeft [verweersters] de gemeente meerdere malen gesommeerd haar gelijke kansen te bieden, maar dat heeft niet tot het door haar gewenste resultaat geleid.

(xi) Groenstaete heeft [verweersters] laten weten niet geïnteresseerd te zijn in samenwerking met hen.

(xii) In december 2018 hebben [verweersters] een kort geding tegen de gemeente en Groenstaete aangespannen om te bewerkstelligen dat, kort gezegd, de gemeente de voormalige gemeentehuislocatie te koop aanbiedt in een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure. Hun vorderingen zijn in beide feitelijke instanties afgewezen.¹⁷ De procedure heeft geleid tot het hiervoor in 1.1 al genoemde Didamarrest van de Hoge Raad.

(xiii) Tussen de gemeente en Groenstaete is op 1 oktober 2019 tijdens het hoger beroep van de kort geding procedure een koopovereenkomst met betrekking tot de voormalige gemeentehuislocatie en een samenwerkingsovereenkomst gesloten. De koopovereenkomst vermeldt onder meer het volgende:

"in aanmerking nemende dat

()

C. verkoper en koper in het kader van de ontwikkeling van het gebied waartoe de te verkopen percelen behoren tevens een samenwerkingsovereenkomst hebben gesloten d.d. 1 oktober 2019 (hierna: de Samenwerkingsovereenkomst), welke onlosmakelijk verbonden is met onderhavige koopovereenkomst, in die zin dat deze koopovereenkomst van rechtswege zal eindigen indien de Samenwerkingsovereenkomst wordt beëindigd op grond van artikel 11.2 van de Samenwerkingsovereenkomst, in welk geval partijen geen rechten meer kunnen ontlenen aan de koopovereenkomst ()"

(xiv) De samenwerkingsovereenkomst betreft de ontwikkeling van het projectplan, dat in hoofdzaak de Coop-supermarkt-, gemeentehuis-, bibliotheek- en postkantoorlocatie omvat. Die overeenkomst vermeldt onder meer:

“Nemen in overweging:

- de gemeenteraad heeft op 26 mei 2016 het Masterplan Didam vastgesteld. In het Masterplan is onder meer de ruimtelijke visie van de Gemeente voor (de herontwikkeling van) het Raadhuisplein e.o. vastgelegd. Deze visie komt er in het kort op neer dat een deel van het voormalige gemeentehuis wordt gesloopt, voor zover het geen gemeentelijk monument is, en dat aldaar de vestiging van een supermarkt mogelijk wordt gemaakt. Bovendien zullen de bebouwing van de bibliotheek en het voormalige postkantoor gesloopt worden ten behoeve van de aanleg van een parkeerterrein. (...)
- het Masterplan heeft onder meer betrekking op het Plangebied;
- voor wat betreft de realisatie van de twee supermarkten die onderdeel zijn van het project, geldt dat de bestaande Coop zal worden uitgebreid en verplaatst en dat de bestaande Aldi-supermarkt (...) naar het Plangebied zal worden verplaatst;”

(xv) De raad van de gemeente heeft op 14 oktober 2021 hangende het cassatieberoep van de hiervoor onder (xii) genoemde kort geding procedure het bestemmingsplan “Didam. Herontwikkeling Schoolstraat e.o.” vastgesteld. Het plangebied omvat in hoofdzaak de Coop-supermarkt-, gemeentehuis-, bibliotheek- en postkantoorlocatie en bestrijkt daardoor een beperkter gebied dan het masterplan. Het bestemmingsplan maakt de vestiging van een supermarkt op de gemeentehuislocatie en de aanleg van een parkeerterrein op de bibliotheek- en postkantoorlocatie mogelijk. De realisatie van het plan is volgens de toelichting op het plan gewaarborgd, omdat Groenstaete de kosten van uitvoering draagt.

(xvi) Aan Groenstaete is op 2 november 2021 een omgevingsvergunning verleend voor alle werkzaamheden in het plangebied.

(xvii) De beroepen tegen het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verworpen, behoudens een enkele hier niet relevante uitzondering met betrekking tot het bestemmingsplan, waarin de Afdeling zelf heeft voorzien.¹⁸ Daardoor zijn het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning onherroepelijk geworden.

Vordering, grondslag vordering en verweer

- 2.2 Bij de deze bodemprocedure inleidende dagvaarding van 26 juni 2020 hebben [verweersters] de gemeente en Groenstaete gedagvaard voor de rechtbank Gelderland en gevorderd (i) dat voor recht wordt verklaard (a) dat de gemeente en Groenstaete onrechtmatig hebben gehandeld tegenover [verweersters] en (b) dat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koop- en samenwerkingsovereenkomst nietig zijn, (ii) dat de gemeente wordt verboden om de gemeentehuislocatie geheel of gedeeltelijk te verkopen en te leveren, anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die voldoet aan de te stellen eisen, (iii) dat de gemeente en Groenstaete wordt geboden dat zij, voor het geval de gemeentehuislocatie al verkocht of geleverd is alle met verkoop en levering gemoeide (rechts)handelingen ongedaan maken, en (iv) dat de gemeente en Groenstaete worden veroordeeld tot vergoeding van schade op te maken bij staat.¹⁹
- 2.3 [verweersters] hebben het volgende aan hun vorderingen ten grondslag gelegd. De gemeente heeft de verplichting om bij de uitgifte van schaarse rechten mededingingsruimte te creëren. Schaarse rechten vertegenwoordigen een bepaalde waarde en het berust daarom op willekeur om zonder transparante gunningsprocedure, waarbij aan alle geïnteresseerden gelijke kansen worden geboden, een bepaalde partij te bevoordelen bij het verwerven van dergelijke rechten. De gemeente heeft die gelijke kansen niet geboden, omdat zij bij de hiervoor in 2.1 onder (vii) genoemde brief van 28 juni 2016 aan Groenstaete een mededeling heeft gedaan die erop neerkomt dat Groenstaete kosteloos het exclusieve en waardevolle recht is gegund om de voormalige gemeentehuislocatie in het centrum van Didam te ontwikkelen. De gemeente heeft geen objectieve criteria aan de uitgifte van dit schaarse recht ten grondslag gelegd, zodat transparantie daarin ontbreekt. Dit leidt ertoe dat de gemeente onrechtmatig jegens [verweersters] heeft gehandeld. Ditzelfde geldt voor de uitgifte van schaarse grond door de

overheid. De hier aan de orde zijnde mededingingsnorm dient op grond van art. 3:14 BW ook op die uitgifte te worden toegepast, zodat alle geïnteresseerde partijen een gelijke kans hadden moeten krijgen om naar de verwerving daarvan mee te dingen. Nu meerdere partijen geïnteresseerd zijn in de voormalige gemeentehuislocatie en deze locatie slechts eenmaal beschikbaar is, is deze grond per definitie schaars. Daarnaast is er geen alternatief voor de vestiging van een supermarkt in het centrum van Didam, zodat het belang bij eerlijke mededinging voor [verweersters] groot is.²⁰

- 2.4 De gemeente en Groenstaete hebben, voor zover van belang in cassatie, ieder afzonderlijk het verweer gevoerd dat geen sprake is van een exclusief ontwikkelrecht voor Groenstaete, dat de aangehaalde mededingingsnorm niet van toepassing is op gronduitgifte en dat, mocht dat wel zo zijn, geen sprake is van schaarste, zodat ook op grond daarvan niet tot een openbare verkoopprocedure hoefde te worden overgegaan.²¹ Hiernaast hebben de gemeente en Groenstaete aangevoerd dat de gemeente op gerechtvaardigde gronden ervoor heeft gekozen met Groenstaete in zee te gaan.²²

Oordeel rechtbank

- 2.5 De rechtbank heeft bij incidenteel vonnis van 19 augustus 2020 een inhoudelijk in cassatie niet meer van belang zijnde vordering van [verweersters] tot inzage in of afschrift van bepaalde documenten afgewezen, met veroordeling van [verweersters] in de kosten van het incident.

- 2.6 De rechtbank heeft bij vonnis van 10 november 2021 de vorderingen in de hoofdzaak afgewezen.²³ De rechtbank heeft, voor zover van belang in cassatie, als volgt geoordeeld.

Van een exclusief ontwikkelrecht voor Groenstaete is geen sprake (rov. 4.3).

[verweersters] hebben aangevoerd dat volgens de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij de verdeling van schaarse publieke rechten onder omstandigheden een mededingingsnorm geldt, en dat deze norm ook dient te gelden voor schaarse grond. Op dit moment kan echter niet worden aangenomen dat de in het publiekrecht ontwikkelde mededelingsnorm ook van toepassing is op de verkoop van de voormalige gemeentehuislocatie, zodat de gemeente niet was gehouden dit perceel via een openbare biedingsprocedure in de markt te zetten (rov. 4.4).

Daarbij komt dat de voormalige gemeentehuislocatie niet per definitie als schaars kan worden aangemerkt in die zin dat op de uitgifte van deze locatie in algemene zin de publiekrechtelijke mededingingsnorm van toepassing is, aangezien de situatie dat de overheid met die private gronduitgifte op verkapte wijze publieke rechten verdeelt, zich hier niet voordoet. De omstandigheid dat deze locatie slechts één keer beschikbaar is voor verkoop en in ieder geval zowel Groenstaete als [verweersters] daarin interesse hadden en hebben, is daarvoor onvoldoende (rov. 4.5).

- 2.7 Hierna heeft de rechtbank overwogen:

"4.6. Voor zover al sprake zou zijn van enige vorm van schaarste heeft verder te gelden dat de gemeente en Groenstaete een voldoende gemotiveerd beroep op de exceptie van uniciteit hebben gedaan. Ten aanzien van de verkoop van de voormalige gemeentehuislocatie staat voorop dat (ook) een gemeente als eigenaar van grond in beginsel de vrijheid heeft deze naar eigen inzicht uit te geven. Die vrijheid wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het verbod op willekeur. De gemeente diende op grond daarvan bij de selectie van de koper voor de voormalige gemeentehuislocatie (onder andere) zakelijke criteria te hanteren om enige vorm van willekeur te voorkomen. De gemeente heeft in dat verband aangevoerd dat zij zich daarvan rekenschap heeft gegeven en bij de keuze voor een geschikte koper ook drie zakelijke criteria heeft gehanteerd, te weten (i) gebleken interesse, (ii) de bestaande positie met betrekking tot het Raadhuisplein en (iii) afspraken met twee complementaire supermarkten. Hoewel [verweersters] zich erop heeft beroepen dat deze criteria achteraf zijn opgesteld en aldus niet vooraf transparant kenbaar waren voor derden, heeft zij die stelling in het geheel niet onderbouwd zodat daarvan in dit geding niet kan worden uitgegaan. Wel staat als onweersproken vast dat Groenstaete de enige projectontwikkelaar is en was die al geruime tijd contact had met zowel de Coop als de Aldi supermarkt en tevens met de eigenaren van zowel de voormalige postkantoor- als de bibliotheeklocatie, welke partijen daardoor alleen (nog) bereid waren met Groenstaete samen te werken en aan Groenstaete te verkopen. Verder moet worden geconstateerd dat [verweerster 1] op 25 april 2016 bij de gemeente enkel heeft geïnformeerd naar de inhoud van de wijzigingen die de gemeente in het kader van de uitvoering van het Masterplan voornemens is door te voeren in het verkeer en de infrastructuur in het centrumgebied

van Didam. Daaruit blijkt geen interesse in de aankoop van de voormalige gemeentehuislocatie. Die interesse bleek eerst medio 2018, toen

[verweerster 1] samen met de inmiddels opgerichte Becedo vennootschappen met de gemeente daarover in gesprek is gegaan. Uit dit alles volgt dat [verweersters] aan geen van de drie criteria voldoet en dat Groenstaete, gelet op haar gevestigde positie, de enige partij is die alle drie de criteria kan afvinken en daarmee aan de door de gemeente gestelde eisen voldoet. De stelling van [verweersters] dat zij het Masterplan alsnog zou kunnen uitvoeren, kan vanwege het ontbreken van de benodigde grondpositie en de samenwerking met een complementaire supermarkt niet worden gevolgd.

4.7. Verder is ook, anders dan [verweersters] stelt, geen sprake van gelijke gevallen die daarom gelijk zouden moeten worden behandeld. In eerste instantie heeft [verweerster 1], zoals hiervoor reeds vermeld, enkel contact gelegd met de gemeente over de infrastructurele gevolgen van het voornemen van de gemeente tot herontwikkeling van het centrum van Didam. Dat deed zij als supermarktexploitant en niet als projectontwikkelaar. De Becedo vennootschappen waren op dat moment nog niet opgericht en [verweerster 1] heeft, gelet op de betwisting daarvan door de gemeente en Groenstaete, onvoldoende gemotiveerd gesteld en onderbouwd dat [betrokkene 1] als ontwikkelaar bekend stond zodanig dat de gemeente daarvan bij het eerste contact met [verweerster 1] reeds op de hoogte was, althans had moeten zijn. Dit terwijl moet worden geconstateerd dat Groenstaete daarentegen altijd in haar hoedanigheid van projectontwikkelaar met de gemeente en overige betrokken partijen heeft gecommuniceerd. ()

4.8. Van strijd met het vertrouwensbeginsel is evenmin sprake. [verweersters] stelt wel dat de gemeente bij de verkoop van de voormalige gemeentehuislocatie is afgeweken van een bestendige praktijk op grond waarvan de gemeente vergelijkbare locaties altijd via een openbare biedingsprocedure in de markt zet, maar de gemeente heeft het bestaan van een dergelijke praktijk uitdrukkelijk betwist. Volgens de gemeente bestaat er geen beleid op dit punt en is zij daarom (tot op zekere hoogte) vrij te bepalen op welke wijze zij haar in eigendom toebehorend onroerend goed verkoopt. Gelet op deze betwisting, had het op de weg van [verweersters] gelegen om voldoende te stellen en te onderbouwen dat er wel een bestendige praktijk bestaat waaraan zij het vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat (ook) de voormalige gemeentehuislocatie in Didam openbaar zou worden verkocht. Het door [verweersters] aangehaalde enkele voorbeeld van de openbare verkoop van het oude gemeentehuis in s-Heerenberg is daartoe onvoldoende. Dit leidt ertoe dat [verweersters] ook op dit punt niet kan worden gevolgd."

2.8 Tot slot heeft de rechtbank overwogen dat, vanwege het ontbreken van een exclusief ontwikkelrecht en het niet van toepassing zijn van de publiekrechtelijke mededingingsnorm op de verkoop van (schaarse) grond door de overheid, niet kan worden geoordeeld dat [verweersters] door middel van een openbare biedingsprocedure de kans hadden moeten krijgen de herontwikkeling van het centrum van Didam uit te voeren en de voormalige gemeentehuislocatie te kopen. Dat [verweersters] die kans niet is geboden, kwalificeert dan ook niet als onrechtmatig (rov. 4.10).

2.9 [verweersters] hebben van genoemde vonnissen van de rechtbank hoger beroep ingesteld bij het hof Arnhem-Leeuwarden.

Oordeel hof

2.10 Bij arrest van 4 april 2023 heeft het hof het eindvonnis van de rechtbank vernietigd en opnieuw rechtdoende (1) voor recht verklaard dat de gemeente onrechtmatig tegenover [verweersters] hebben gehandeld door de koopovereenkomst over de gemeentehuislocatie te sluiten, (2) de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst over de gemeentehuislocatie en de samenwerkingsovereenkomst vernietigd, (3) de gemeente verboden diverse percelen, waaronder de voormalige gemeentehuislocatie, te verkopen en te leveren, anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die in overeenstemming is met het Didamarrest, en (4) de gemeente veroordeeld tot vergoeding van de door [verweersters] geleden schade, op te maken bij staat.²⁴ Het hof heeft voorts het vonnis van de rechtbank in het incident vernietigd, voor zover het de proceskostenveroordeling betreft, en de gemeente en Groenstaete alsnog

in de kosten van het incident veroordeeld. Het hof heeft afgewezen wat verder is gevorderd.

2.11 Het hof heeft als volgt geoordeeld.

De beslissing van de rechtbank dat de gemeente niet verplicht was om voorafgaande aan de verkoop van de gemeentehuislocatie ruimte voor mededinging te bieden, is in strijd met het Didam-arrest (rov. 3.3).

Het staat vast dat de gemeente de uit het Didam-arrest voortvloeiende regels niet in acht heeft genomen, omdat zij aan (potentiële) gegadigden geen ruimte heeft geboden om mee te dingen naar de gemeentehuislocatie en evenmin een passende mate van openbaarheid heeft verzekerd noch objectieve, toetsbare en redelijke beleidscriteria heeft vastgesteld. Verder heeft de gemeente de voorgenomen verkoop aan Groenstaete niet bekendgemaakt, evenmin als de motivering waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat alleen Groenstaete in aanmerking komt als koper van de gemeentehuislocatie (rov. 3.4).

2.12 Hierna heeft het hof overwogen, onder meer met betrekking tot het verweer van de gemeente en Groenstaete dat de gemeente op gerechtvaardigde gronden ervoor heeft gekozen om met Groenstaete in zee te gaan:

“3.5 De gemeente en Groenstaete hebben betwist dat er sprake is van schaarste, althans hebben gesteld dat alleen Groenstaete een serieuze gegadigde was gezien haar eigendomspositie in het plangebied en haar contacten met Coop en Aldi. De rechtshandelingen die de gemeente voornemens was aan te gaan, betroffen niet alleen de verkoop van de gemeentehuislocatie, maar ook de samenwerkingsovereenkomst tot realisatie op kosten van de projectontwikkelaar van het projectplan. Daartoe was alleen Groenstaete in staat. [verweersters] waren daartoe niet in staat en hadden bovendien geen belangstelling dit plan te realiseren.

3.6. Deze argumenten gaan niet op. In de totstandkomingsfase van het Masterplan werd duidelijk dat in het kader van het beleid om supermarkten in het centrumgebied te concentreren, herbesteding van de gemeentehuislocatie tot een supermarkt een interessante of wenselijke optie was. Op p. 25 van het Masterplan van 18 maart 2016 is vermeld dat het oude gemeentehuis ook als potentiële supermarktlocatie is opgemerkt. Kort daarop is de gemeente exclusief in onderhandeling getreden met Groenstaete over het opstellen van, wat later is geworden, het projectplan tot realisering van onder meer een supermarkt op de gemeentehuislocatie en een parkeerplaats op de bibliotheek/postkantoorlocatie. Die beslissing van de gemeente verdraagt zich niet met de regels van de Hoge Raad uit het Didam-arrest. In plaats van het voeren van exclusieve onderhandelingen met Groenstaete had de gemeente ruimte voor mededinging moeten creëren conform de in rechtsoverwegingen 3.1.4-3.1.5 van het Didam-arrest vermelde regels. Op dat moment was er geen sprake van een uitzonderingspositie van Groenstaete die het volgen van de in rechtsoverweging 3.1.6 genoemde procedure van de enige serieuze gegadigde rechtvaardigde, nog daargelaten dat de gemeente ook die procedure (zie rechtsoverweging 3.1.6 van het Didam-arrest) niet heeft gevolgd. Groenstaete had de bibliotheek- en postkantoorlocatie nog niet gekocht. Dat Groenstaete bij de ontwikkeling van een eerder plan heeft samengewerkt met Woningstichting Plavei, eigenaar van de postkantoorlocatie, is onvoldoende concreet om als relevante factor te laten meewegen. Een opdrachtrelatie van Groenstaete met Coop, die eigenaar van de Cooplocatie is, vormt evenmin een reden om aan te nemen dat Coop/Groenstaete de enige serieuze gegadigde was voor verwerving van de gemeentehuislocatie. Dat wordt niet anders als Groenstaete ook contacten had met Aldi en kon verzorgen dat twee supermarkten die complementair waren (full service tegenover discount) zich zouden vestigen in het projectgebied. [verweersters] hebben er terecht erop gewezen dat de samenwerkingsovereenkomst Groenstaete niet verplicht om in het projectgebied een full-service-supermarkt en een discounter te vestigen. Dat Groenstaete de enige geïnteresseerde gegadigde zou zijn wat [verweersters] betwisten is als zodanig geen geldig argument. De passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de gemeentehuislocatie is er vooral om partijen te informeren die anders niet op de hoogte zouden zijn geraakt van de voorgenomen verkoop. Ter zitting heeft de gemeente verder bevestigd dat zij geen beleid voert dat onderscheid maakt tussen [verweester 1] enerzijds en Coop of Aldi anderzijds als exploitanten van een supermarkt. Juist omdat de passende mate van openbaarheid niet in acht is genomen, is ten slotte aan marktpartijen als

[verweersters] de kans ontnomen om aan de gemeente een aantrekkelijk plan te presenteren. Daarom moet het argument van de gemeente en Groenstaete dat [verweersters] het door hen tezamen vastgestelde projectplan niet kunnen uitvoeren, worden verworpen. Om deze reden verwerpt het hof ook het beroep op het ontbreken van relativiteit (): de Didam-regels strekken juist tot bescherming tegen de schade die een geïnteresseerde partij als [verweersters] lijdt, waarbij het er in dit geval niet toe doet of die partij een projectontwikkelaar of een supermarktexploitant is. Dat de gemeente en Groenstaete in weerwil van sommaties door [verweersters] en eerst de kort-geding-procedure en daarna deze bodemprocedure zijn doorgedaan met hun plan voor het projectgebied, waardoor mogelijk kosten zijn gemaakt die nu nodeloos blijken te zijn, komt voor hun rekening.”

2.13 Het hof heeft geoordeeld dat de sanctie op schending van de Didamregels vernietigbaarheid is. Het heeft in dat verband, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen (voetnoten weggelaten):

“3.7. De gemeente en Groenstaete hebben verdedigd dat er aanleiding is de koopovereenkomst in stand te laten, omdat de beslissingen in het Didam-arrest in het algemeen worden gezien als een verrassende afwijking van de daarvóór geldende rechtsopvattingen en als een forse afwijking van de tot dat moment bestaande gebruiken bij projectontwikkeling. Dat verweer wordt verworpen. De gemeente wist vanaf 2016 dat [verweester 1] belangstelling had om haar supermarkt te verplaatsen naar het centrumgebied. [verweersters] hebben in 2018 de gemeente en Groenstaete gesommeerd de koopovereenkomst niet te sluiten met argumenten die grosso modo overeenkomen met de regels uit het Didam-arrest en zijn daarop een kort geding begonnen. Niettemin hebben de gemeente en Groenstaete de koopovereenkomst gesloten op 3 oktober 2019, kort voor de mondelinge behandeling bij dit hof in de kort-geding-procedure. Zij hebben daarmee het risico genomen dat de rechter achteraf hun standpunt niet zou volgen. Onder deze omstandigheden is vernietiging van de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW op vordering van de gepasseerde geïnteresseerde ondernemer de passende remedie tegen de niet-naleving van de regels uit het Didam-arrest. Een andere beslissing zou het voor een overheidslichaam te gemakkelijk maken om de rechter voor een voldongen feit te plaatsen door de koopovereenkomst aan te gaan nog vóór diens uitspraak. Het hof zoekt voor de sanctie van vernietiging aansluiting bij het aanbestedingsrecht. De door de Hoge Raad in het Didam-arrest geformuleerde regels die een overheidsinstantie moet naleven in (zoals in dit geval bij) de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Het gebrek van de (koop)overeenkomst die is gesloten in strijd met de Didam-regels ziet op de totstandkoming van die overeenkomst, niet op de strekking of inhoud ervan. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten beslist dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Naar analogie van deze rechtspraak en van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 zal het hof daarom de vernietiging van de koopovereenkomst van 3 oktober 2019 op vordering van [verweersters] uitspreken. [verweersters] hebben weliswaar een verklaring voor recht gevorderd dat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst van 3 oktober 2019 nietig is, maar het hof zal de vernietiging van de koopovereenkomst als de minder verstrekkende sanctie ten opzichte van de sanctie van nietigheid toewijzen. ()

3.8. [verweersters] hebben () gesteld dat ook de samenwerkingsovereenkomst nietig is, omdat zij onlosmakelijk verbonden is met de koopovereenkomst. Dat zou volgen uit artikel 7.5 van de samenwerkingsovereenkomst, waarin is bepaald dat de koopovereenkomst is verbonden met de samenwerkingsovereenkomst. De gemeente en Groenstaete hebben bevestigd dat de koop- en samenwerkingsovereenkomst onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Zij hebben niet betwist dat de aantastbaarheid van de koopovereenkomst ook de aantastbaarheid van de samenwerkingsovereenkomst meebrengt. Daaruit volgt dat het hof bij gebreke van verweer op dit punt de samenwerkingsovereenkomst wegens de onlosmakelijke samenhang met de koopovereenkomst zal vernietigen. ()

3.9. Een en ander brengt mee dat de vordering van [verweersters] tot het verbieden aan de gemeente om de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van, kort gezegd, een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure die in overeenstemming is met het Didam-arrest, in de in het dictum opgenomen formulering zal worden toegewezen. () Omdat de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst is vernietigd en zij nog geen uitvoering hadden

gegeven aan de koopovereenkomst, zal de vordering tot ongedaanmaking van deze rechtshandelingen worden afgewezen.”

- 2.14 Het hof heeft daarop geoordeeld dat de gemeente ook onrechtmatig tegenover [verweersters] heeft gehandeld, maar dat dit niet geldt voor Groenstaete. Het heeft in dat verband voor zover van belang overwogen:

“3.10. Verder zal de verklaring voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld tegenover [verweersters] door de koopovereenkomst met Groenstaete te sluiten, worden toegewezen. De gemeente heeft immers door de koopovereenkomst te sluiten in strijd met het in artikel 3:14 BW verankerde gelijkheidsbeginsel gehandeld, bovendien op een moment dat een vordering aanhangig was tot het verkrijgen van een verbod deze overeenkomst te sluiten. Omdat de kans dat [verweersters] schade hebben geleden door de onrechtmatige daad van de gemeente aannemelijk is, ook als alsnog maar dan wel met vertraging de door [verweersters] gevorderde openbare en niet-discriminatoire biedingsprocedure wordt doorlopen, zal ook de vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat worden toegewezen. ()

3.11. De vorderingen die betrekking hebben op de stelling van [verweersters] dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld, zullen worden afgewezen. De omstandigheid dat de gemeente bij het aangaan van een koopovereenkomst met Groenstaete een op haar rustende verplichting het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van haar grond op een onrechtmatige manier heeft geschonden, betekent niet zonder meer dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld tegenover [verweersters] Dat is alleen zo als sprake is van bijkomende omstandigheden, die door [verweersters] niet zijn gesteld en ook overigens niet zijn gebleken. Omdat de beslissingen in het Didam-arrest bovendien afweken van de toen gebruikelijke manier van onderhandse verkopen van gemeentegrond, kan niet worden gezegd dat Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld door toe te werken naar het sluiten van de koopovereenkomst met de gemeente. Een en ander wordt niet anders doordat de koopovereenkomst is gesloten terwijl er een verbodsvordering tegen niet alleen de gemeente maar ook Groenstaete was ingesteld. Dit onderdeel van de vorderingen van [verweersters] zal worden afgewezen. ()”

- 2.15 Het hof heeft hierna geoordeeld dat met het oordeel dat de koopovereenkomst tussen de gemeente en Groenstaete zal worden vernietigd, de tevens door [verweersters] aan de orde gestelde vragen of de door de gemeente bedongen verkoopprijs onder de marktwaarde was en of de gemeente zich daarmee schuldig heeft gemaakt aan een steunmaatregel in de zin van art. 108 VWEU, zonder belang zijn geworden (rov. 3.13).

Het hof heeft de gemeente en Groenstaete alsnog in de kosten van het incident in eerste aanleg veroordeeld omdat zij [verweersters] met betrekking tot één document onnodig hebben gedwongen de incidentele vordering tot overlegging daarvan in te stellen (rov. 3.14).

Cassatieberoepen

- 2.16 De gemeente en Groenstaete hebben ieder tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof.²⁵ [verweersters] hebben bij verweerschrift verzocht de beroepen te verwerpen en tevens zelf in beide beroepen voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Groenstate is niet in het cassatieberoep van de gemeente verschenen en de gemeente is niet verschenen in het cassatieberoep van Groenstaete.²⁶ De gemeente en Groenstaete hebben beide tot verwerping van het incidenteel beroep geconcludeerd. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. De gemeente en Groenstaete hebben ieder gerepliceerd en [verweersters] hebben gedupliceerd.

3 Inzet cassatieberoepen; bespreking betekenis Didamarrest

Inzet cassatieberoepen

- 3.1 De middelen stellen het volgende aan de orde.

- 3.2 Onderdeel 1 van het middel van de gemeente klaagt dat het hof met het oordeel in rov. 3.6-3.10 dat de gemeente in strijd met de regels van het Didamarrest heeft gehandeld, heeft miskend dat die

regels pas gelden vanaf de datum van dat arrest. Het onderdeel betoogt dat de praktijk voordien geen rekening met de gelding van die regels behoefde te houden.

De onderdelen 2 en 3 keren zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat het handelen in strijd met de regels van het Didamarrest leidt tot vernietigbaarheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst. Dat is volgens de onderdelen niet het geval.

Onderdeel 4 wordt voorgesteld voor het geval dat de Hoge Raad de beslissing van het hof tot vernietiging van de overeenkomsten casseert op grond van de voorgaande klachten van het middel. Het onderdeel klaagt dat het hof in dat geval het verbod op uitvoering van die overeenkomsten niet toewijsbaar heeft kunnen oordelen in rov. 3.9.

- 3.3 De onderdelen 2.1-2.4 van het middel van Groenstaete (onderdeel 1 van dat middel bevat slechts een inleiding) keren zich eveneens tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat het handelen in strijd met de regels van het Didamarrest leidt tot vernietigbaarheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst. De onderdelen voeren aan dat die strijd leidt tot vernietigbaarheid noch nietigheid. Onderdeel 2.5 bevat een daarop voortbouwende klacht die zelfstandige betekenis mist en daarom geen bespreking behoeft.²⁷

De onderdelen 2.6-2.7 klagen dat het hof ten onrechte in rov. 3.6 het verweer van de gemeente en Groenstaete heeft verworpen dat de gemeente op gerechtvaardigde gronden ervoor heeft gekozen om met Groenstaete in zee te gaan. De onderdelen voeren onder meer aan dat de gemeente doende was met een mede in een bestemmingsplan uit te werken masterplan voor het gehele plangebied, dat Groenstaete de enige was die op de door de gemeente gestelde zakelijke en objectieve voorwaarden in aanmerking kwam om dat plan uit te voeren, onder meer omdat zij een bestaande grondpositie in het plangebied had (de grondpositie van Coop voor wie Groenstaete optrad) en zij, anders dan [verweersters], projectontwikkelaar is, en dat, anders dan het hof in rov. 3.6 tot uitgangspunt neemt, de regels van het Didamarrest niet inhouden dat potentiële gegadigden ook de mogelijkheid moet worden gegeven om een eigen ontwikkelingsplan in te dienen voor een bepaald plangebied.

Onderdeel 2.8 keert zich tegen de kostenveroordeling in het incident. Voor subonderdeel 2.9 geldt hetzelfde als voor onderdeel 2.5. Ook dit onderdeel behoeft daarom geen bespreking.

- 3.4 [verweersters] heeft in beide beroepen incidenteel beroep ingesteld onder de voorwaarde dat het principale beroep slaagt.²⁸ Zij heeft bij die voorwaarde een uitzondering gemaakt voor het slagen van onderdeel 2.8 van het middel van Groenstaete: als dat onderdeel slaagt, dan is de voorwaarde waaronder zij incidenteel beroep instelt in de zaak tegen Groenstaete niet vervuld.

Voor het geval rov. 3.7 aldus begrepen zou moeten worden dat het hof daarin oordeelt dat de sanctie op niet-naleving van de regels van het Didamarrest geen nietigheid is, klaagt onderdeel I van het middel van [verweersters] dat dit oordeel onjuist is omdat dit in dit geval wel de sanctie daarop is, gelet op de door het hof vastgestelde dan wel door [verweersters] aangevoerde omstandigheden en het gegeven dat het gaat om een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Onderdeel II berust op de veronderstelling dat de afwijzing door het hof van de vordering tot ongedaanmaking van de koop- en samenwerkingsovereenkomst niet alleen berust op zijn oordeel in rov. 3.9 dat het die overeenkomsten in zijn arrest vernietigt, maar ook op de grond dat deze niet kan worden gedragen door de art. 3:14 en 3:296 BW. Het klaagt dat dit oordeel onjuist is. In het onderdeel wordt er onder b op gewezen dat [verweersters] met het oog op de procedure na verwijzing belang kan hebben bij behandeling van deze klacht door de Hoge Raad.

Onderdeel III keert zich tot slot tegen het oordeel van het hof in rov. 11 dat Groenstaete niet onrechtmatig jegens [verweersters] hebben gehandeld door de overeenkomsten met de gemeente te sluiten. Volgens het onderdeel geeft het oordeel van het hof dat daartoe onvoldoende is gesteld, blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel niet voldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweersters]

Herkomst en rechtsgrond regels van Didamarrest

- 3.5 Zoals uit het voorgaande volgt en hiervoor in 1.8 al is opgemerkt, stellen de middelen de meeste en belangrijkste van de hiervoor in 1.5 genoemde vragen aan de orde. Om die vragen te kunnen beantwoorden is het nodig om de regels van het arrest nader tegen het licht te houden, om die beter

te kunnen duiden. Het is immers duidelijk dat de precieze betekenis van de regels van het arrest het antwoord bepaalt op de vragen.

Hierna zullen die regels dan ook nader worden onderzocht. Het ligt voor de hand om daarbij te beginnen met de herkomst en de rechtsgrond van die regels. De Hoge Raad verwijst daarvoor in het arrest naar in omgekeerde volgorde van het arrest gezegd (a) de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over schaarse publieke rechten, (b) het gelijkheidsbeginsel zoals dat in die rechtspraak wordt toegepast,²⁹ en (c) het gegeven dat de overheid ook bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:14 BW en de rechtspraak van de Hoge Raad), waartoe het gelijkheidsbeginsel behoort.³⁰ Ieder van die gronden zal ik hierna bespreken.

Rechtspraak bestuursrechter over schaarse publieke rechten

- 3.6 De uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling bestuursrechtspraak is geweest door een grote kamer van de Afdeling met daarin mede als lid de toenmalige voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb).³¹ Dat pleegt te betekenen dat de uitspraak mede wordt gedragen door dat college. In de uitspraak wordt ook verwezen naar eerdere rechtspraak van het CBb waarin al in dezelfde zin is beslist. Nadien heeft het CBb ook uitdrukkelijk nog eens de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* zelf herhaald, onder verwijzing naar die uitspraak.³² Ook dat is een bekende techniek van de hoogste rechters, om rechtseenheid te markeren. Aangezien de andere hoogste bestuursrechters, de Hoge Raad (belastingkamer) en de Centrale Raad van Beroep, niet te maken hebben met gevallen waarin de verdeling van schaarse publieke rechten aan de orde is, kan hetgeen in de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* is beslist, worden aangemerkt als de rechtspraak van de bestuursrechter (of zo men wil van de hoogste bestuursrechters).
- 3.7 De uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* is geweest na een uitvoerige en zeer fraaie conclusie van staatsraad A-G Widdershoven.³³ Hem waren door de voorzitter van de Afdeling de vragen voorgelegd of (a) er naar Nederlands recht een rechtsnorm bestaat die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte wordt geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen, (b) op welke rechtsgrondslag die norm is gebaseerd en (c) of er uitzonderingen op de norm zouden kunnen bestaan.

De conclusie hierover van Widdershoven bevat allereerst een uitvoerige uiteenzetting van het Unierecht (onder 3.1-3.14), omdat dit van grote invloed is geweest op de rechtspraak van de bestuursrechter (conclusie onder 2.4 en 3.1, dit blijkt ook uit de weergave van die rechtspraak in 4.1-4.16). Een van de verklaringen voor de invloed is dat niet altijd duidelijk is of het Unierecht van toepassing is en het daarom verstandig is om bij twijfel van de gelding van dat recht uit te gaan (conclusie onder 3.6 en 6.1). Het Unierecht dat de revue passeert in de conclusie, is het aanbestedingsrecht, de Dienstenrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de Unievrijheden van de art. 49 VWEU (vrijheid van vestiging) en 56 VWEU (vrij verkeer van diensten) en de verdeling van beperkt beschikbare Europese subsidie.

De conclusie komt uiteindelijk op basis van de nationale (echter door het Unierecht dus sterk beïnvloede) rechtspraak over schaarse vergunningen vooral die van het CBb (aangehaald onder 4.2-4.10 van de conclusie) en in mindere mate die van de Afdeling (aangehaald onder 4.12-4.15 van de conclusie) en de literatuur (aangehaald onder 5) tot een bevestigende beantwoording van vraag (a) (onder 6.2-6.8).³⁴

De conclusie kiest bij vraag (b) voor het antwoord dat de rechtsgrondslag van die jurisprudentiële norm het gelijkheidsbeginsel is, en dan niet, zoals de conclusie zegt, het materiële gelijkheidsbeginsel, maar het formele gelijkheidsbeginsel, dat wil zeggen het beginsel van gelijke kansen. De conclusie acht de in de rechtspraak van het CBb tot dan toe gehanteerde rechtsgrondslag het zorgvuldigheidsbeginsel (en het rechtszekerheidsbeginsel) eveneens juist, maar vindt dat deze geen informatie geeft over de ratio van de rechtsnorm en het gelijkheidsbeginsel verdient daarom volgens de conclusie als rechtsgrondslag de voorkeur. Het formele gelijkheidsbeginsel kan volgens de conclusie ook beter sommige van de jurisprudentiële regels verklaren (de eis van transparantie en het moeten vasthouden aan een eenmaal bekendgemaakte selectieprocedure). Die rechtsgrondslag sluit bovendien volgens de conclusie ook goed aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie EU. Wat betreft de regel dat een schaarse vergunning niet voor onbepaalde tijd kan worden uitgegeven, verwijst de conclusie

wel naar het materiële gelijkheidsbeginsel (6.9 van de conclusie; zie ook onder 6.15).

Uit de aldus geformuleerde rechtsnorm het moeten geven van gelijke kansen vloeit volgens de conclusie voort dat bij het bieden van mededingingsruimte tevens het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen, zoals de rechtspraak inhoudt. Anders bestaan immers niet daadwerkelijk gelijke kansen (6.10-6.14).

Wat betreft vraag (c) wijst de conclusie op de nogal beperkte uitzonderingen die het Unierecht toelaat op de gelding van de Unievrijheden en de Dienstenrichtlijn alleen als sprake is van een dringende reden van algemeen belang in de zin van art. 36 VWEU, de wettelijke uitzonderingen die buiten het Unierecht op de geformuleerde rechtsnorm gemaakt kunnen worden en, tot slot, de rechtvaardiging die in het algemeen kan bestaan voor een verschil in behandeling (6.17-6.18).³⁵

De conclusie gaat in op het in de zaak van de conclusie spelende probleem dat het bestemmingsplan beperkingen kan stellen aan de locatie(s) waarop een speelautomatenhal kan worden gevestigd en dat een mogelijke exploitant dan mede afhankelijk is van de eigenaar van die locatie. Daaraan valt volgens de conclusie weinig te doen, nu voor het opstellen van een bestemmingsplan een zelfstandige norm geldt (namelijk: een goede ruimtelijke ordening, die als eis ook een dwingende reden van algemeen belang oplevert die een afwijking van het Unierecht kan rechtvaardigen) en de eigenaar van de aangewezen locatie vrij is te beslissen met wie hij contracteert (7.4-7.5).

3.8 De Afdeling heeft de conclusie van Widdershoven in haar uitspraak geheel gevolgd, met (begrijpelijk(er)wijs) weglating van de aarzelingen, de slagen om de arm en de verantwoording van de gemaakte keuzes. In rov. 8, de rechtsoverweging waarnaar de Hoge Raad in het Didamarrest verwijst, overweegt zij:

“Mededingingsruimte, algemeen

8. De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBb geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. De Afdeling sluit in zoverre aan bij de uitspraken van het CBb van 15 mei 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW6630) en van 24 augustus 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX6540).

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de

aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.”

Deze overwegingen vormen sindsdien het vaste toetsingskader van de bestuursrechter in dit verband.³⁶ De Afdeling past dit kader niet alleen toe bij schaarse vergunningen, zoals voor een speelautomatenhal, maar ook bij beperkt beschikbare subsidies.³⁷ Bij het geven van mededingingsruimte heeft het bestuur de nodige vrijheid. Iedere verdelingswijze is toegestaan, mits deze gelijke kansen geeft. Er kan dus bijvoorbeeld ook worden gekozen voor verloting of het hanteren van het principe wie het eerst komt, wie het eerst maalt.³⁸

Deze toepassing van het gelijkheidsbeginsel

3.9 Zoals uit het voorgaande volgt, gaat het in deze rechtspraak om een *bijzondere* toepassing van het gelijkheidsbeginsel, namelijk het geven van gelijke kansen door het bieden van mededingingsruimte. Zoals al valt af te leiden uit de hiervoor kort aangehaalde bespreking door Widdershoven van de rechtspraak van het CBB van vóór 2016 ten aanzien van vraag (b) (zie hiervoor in 3.7 vierde alinea), kan deze bijzondere toepassing niet volledig worden gedragen door het gelijkheidsbeginsel zelf. Het CBB verwees daarvoor in zijn rechtspraak van vóór 2016 dan ook naar het zorgvuldigheidsbeginsel, wat volgens de conclusie juist is.

Jansen wijst er in zijn noot in de NJ onder het Didamarrest op dat de grond voor het gelijke kansen moeten bieden niet wordt genoemd in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen en het Didamarrest. Volgens Jansen verwijst Widdershoven in zijn conclusie voor die grond naar het gelijkheidsbeginsel zoals dat geldt in het Unierecht. Daar valt echter, anders dan Widdershoven meent, voor het nationale recht die grond niet aan te ontleen, aldus Jansen. In het Unierecht is het moeten bieden van gelijke kansen namelijk geen doel op zichzelf, maar steeds een middel tot een ander doel, namelijk: het op de gewenste wijze functioneren van de interne markt. Ook in de bestuursrechtelijke discussie over de nationaalrechtelijke norm die naar hij opmerkt is aangevangen met de oratie van Van Ommeren uit 2004³⁹ is de grond voor het gelijke kansen moeten bieden, onderbelicht gebleven. Het is evident dat deze grond naar de opvatting van Jansen niet kan worden gevonden in het gelijkheidsbeginsel zélf, dat in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen en het Didamarrest wel wordt genoemd.

Kort daarvoor heeft Jansen, samen met Van Ommeren en Van Boom, dezelfde, maar deels meer uitvoerige analyse gepubliceerd in het NJB.⁴⁰ Deze auteurs zijn ook gezamenlijk van opvatting dat de grond voor de verplichting om gelijke kansen te bieden, als zodanig niet kan worden gevonden in het gelijkheidsbeginsel zelf en die grond niet wordt genoemd in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen en het Didamarrest. Zij stellen dan ook in hun artikel andere gronden daarvoor voor (die hierna nog aan de orde zullen komen).

3.10 De juistheid van de opvatting van Jansen, Van Ommeren en Van Boom valt moeilijk te bestrijden. De verplichting om potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden, valt immers alléén aan te nemen als er een grond bestaat om die gegadigden in de gegeven context gelijk te behandelen. Dit blijkt alleen al uit de uitzondering op die verplichting voor het geval dat vooraf vaststaat dat slechts één gegadigde in aanmerking komt, welke uitzondering gebaseerd is op het feit dat die grond dan niet aanwezig is.

Een grond om potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden, is niet a priori (dus vooraf of van begin af aan) al zonder meer aanwezig. Die is er alléén als de potentiële gegadigden in gegeven context a priori gelijk zijn of als gelijk moeten worden aangemerkt of behandeld. Dat hangt dus af van de context.

Zoals Jansen, Van Ommeren en Van Boom terecht opmerken, is in het Unierecht de grond van de verplichting om potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden, steeds het functioneren van de interne markt. Het Unierecht is doortrokken van de gedachte dat marktwerking op de interne markt voorspoed brengt en daaruit volgt dat marktpartijen moeten kunnen concurreren onder gelijke voorwaarden, dus gelijke kansen moeten hebben. Al het in de conclusie van Widdershoven genoemde Unierecht het aanbestedingsrecht, de Dienstenrichtlijn, de Unievrijheden en de verdeling van beperkt beschikbare Europese subsidie berust op dit economische ordeningsprincipe. Uit het Unierecht valt dus anders dan Widdershoven in zijn conclusie lijkt te doen niet af te leiden dat uit het gelijkheidsbeginsel als zodanig al de verplichting voortvloeit tot het geven van gelijke kansen (zie aldus ook Jansen, Van Ommeren en

Van Boom).

Buiten het Unierecht zal de rechtsgrond voor het gelijke kansen moeten bieden dus ergens anders in moeten worden gevonden.

3.11 In de gevallen waarop de rechtspraak van de bestuursrechter over schaarse publieke rechten ziet, valt die rechtsgrond goed aan te wijzen. Bij beperkt beschikbare vergunningen, ontheffingen en subsidie waarbij de overheid in het door haar gediende algemene belang zelf de schaarste in het leven heeft geroepen, door de mogelijkheid van een bepaalde activiteit sterk te beperken of slechts beperkt middelen voor een bepaalde activiteit ter beschikking te stellen heeft het bestuursorgaan normaal gesproken geen enkele reden of grond om verschil te maken tussen potentiële gegadigden. Wie van de gegadigden die voldoet aan de eisen voor verlening van de schaarse vergunning of ontheffing of de beperkt beschikbare subsidie, zal hem normaal gesproken niet uitmaken én behoort hem normaal gesproken ook niet uit te maken, vanuit het perspectief van het door hem gediende algemene belang (dat enkel bestaat uit het belang van de beperking van de activiteit of het limiteren van de middelen die beschikbaar worden gesteld aan wie dat wil en daarvoor in aanmerking komt). Omdat het bestuursorgaan als zodanig is gebonden aan het gelijkheidsbeginsel (waarover hierna nader), zal het de gegadigden dan gelijk moeten behandelen, wat in deze context dan dus wil zeggen: gelijke kansen geven. Dit volgt echter mede of misschien wel meer nog uit het zorgvuldigheidsbeginsel (te weten de jegens potentiële gegadigden in acht te nemen zorgvuldigheid), waarnaar het CBb in zijn hiervoor in 3.7 bedoelde rechtspraak van vóór 2016 verwees, en ook het verbod op willekeur: het voortrekken van de ene gegadigde boven de andere zou immers in bedoeld geval een zuivere daad van willekeur zijn.⁴¹

Een en ander verklaart waarom de bestuursrechter tot zijn rechtspraak is gekomen ook waar het Unierecht hem daartoe niet dwong en waarom die rechtspraak op (brede) instemming mag rekenen. In de genoemde context waarvoor zij is gegeven, is of lijkt zij vanzelfsprekend.

Het gelijkheidsbeginsel

3.12 Het voorgaande neemt niet weg dat de rechtsgrond voor het geven van gelijke kansen er in andere gevallen niet is of niet hoeft te zijn. Ter nadere bespreking hiervan sta ik eerst stil bij het gelijkheidsbeginsel als zodanig.

Het gelijkheidsbeginsel eist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld.⁴² Het gelijkheidsbeginsel vormt zowel een fundamenteel grondrecht of constitutioneel beginsel als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel als grondrecht is onder meer vastgelegd in art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR. Die bepalingen verbieden in de eerste plaats discriminatie dat wil zeggen het onderscheid maken tussen *personen* op basis van een *irrelevant* kenmerk⁴³, maar schrijven ook een gelijke behandeling van personen voor. De rechtspraak vertoont de neiging deze bepalingen ruim uit te leggen, in die zin dat zij tegen iedere inbreuk op het gelijkheidsbeginsel beschermen.⁴⁴

3.13 De vraag of sprake is van gelijke gevallen en of daarom sprake is van een ongelijke behandeling, is in de praktijk vaak lastig te beantwoorden. Gevallen zijn immers nagenoeg nooit geheel gelijk. Of sprake is van relevant gelijke gevallen, is onder meer een kwestie van het gekozen gezichtspunt. En het gekozen gezichtspunt bepaalt ook mede of al dan niet sprake is van een verschil in behandeling.⁴⁵ Omdat het bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel uiteindelijk draait om de vraag of voor een verschil in behandeling een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat zo ja, dan is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel is de meest doelmatige wijze van toetsen aan het gelijkheidsbeginsel dan ook om aanstonds na te gaan of voor het onderscheid dat tussen twee gevallen wordt gemaakt, een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat *vanwege de verschillen die bestaan tussen die twee gevallen*. Daarbij moet dan in het kader van de vraag of sprake is van een redelijke en objectieve rechtvaardiging eerst worden vastgesteld met welk doel het onderscheid wordt gemaakt. Dat doel moet legitiem zijn. Het gemaakte onderscheid moet voorts voor het dienen van het doel passend (doelmatig) en geboden (noodzakelijk) zijn. Aldus kan helder en inzichtelijk worden nagegaan en beredeneerd of voor het gemaakte onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat, zodat geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Bestaat die rechtvaardiging dan kan gelijk gezegd worden dat (dus ook) geen sprake is van (relevant) gelijke gevallen.

Deze wijze van toetsen is afkomstig uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU en gecodificeerd in de Unieregelgeving en langs die weg geïmplementeerd in nationale wetgeving zoals art. 2 lid 1 Algemene wet gelijke behandeling en art. 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Het EHRM legt een vergelijkbare maatstaf aan.⁴⁶ In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de hiermee gegeven toetsingsmaatstaven aangemerkt als de algemene maatstaven voor toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, dus ook in het kader van art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR.⁴⁷ Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel valt dus van die maatstaven uit te gaan.⁴⁸

3.14 Vaste rechtspraak is dat de wetgever bij het tot stand brengen van wetgeving (een zekere) beoordelingsvrijheid toekomt bij de beantwoording van de vraag of gevallen als gelijk moeten worden beschouwd en of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om gevallen in verschillende zin te regelen.⁴⁹ Die vrijheid kan soms betrekkelijk groot zijn. De hanteerbaarheid van een tariefstelsel levert bijvoorbeeld al snel een objectieve rechtvaardiging op, overeenkomstig genoemde maatstaven voor een verschil in behandeling dan wel een gelijke behandeling. Het maken van allerlei (fijnmazige) onderscheiden die recht doen aan de diverse verschillen tussen gevallen, is immers vaak niet goed praktisch uitvoerbaar of niet uitvoerbaar dan tegen onevenredige kosten. Het levert dan een objectieve rechtvaardiging op om, met een forfaitaire benadering, met een zekere ruwheid verschil te maken tussen gevallen, dan wel juist vrij uiteenlopende gevallen over één kam te scheren. Met name bij de tarieven die in het belastingrecht aan de orde zijn, is dat meermalen in de rechtspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad uitgesproken.⁵⁰ Ook het EHRM heeft dit principe onderschreven, voor pensioenen en sociale zekerheid.⁵¹

3.15 Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is, anders dan het gelijkheidsbeginsel als grondrecht, specifiek gericht tot het bestuur. Net als het vertrouwensbeginsel, is het echter niet gecodificeerd in de Awb.⁵² De algemene beginselen van behoorlijk bestuur spelen een rol als het bestuursorgaan beslis-, beleids- of beoordelingsvrijheid of -ruimte heeft, wat bij de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden vrijwel steeds het geval is (dus: de beslissing niet geheel door de wet wordt voorgeschreven, met andere woorden het niet gaat om een zogeheten gebonden beschikking). Die vrijheid of ruimte wordt beperkt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder dus het gelijkheidsbeginsel.

De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is sterk verweven met de eis van consistentie van het beleid, dat wil zeggen de consistentie van het gebruik dat het bestuursorgaan maakt van de hem toekomende vrijheid of ruimte.⁵³ Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en dus doordacht bestuursbeleid bij het gebruik van die vrijheid of ruimte en veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen, aldus de Afdeling.⁵⁴ Voor een afwijking daarvan moet een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaan. De verplichting voor een bestuursorgaan om overeenkomstig een door hem vastgestelde beleidsregel te handelen volgt ook uit art. 4:84 Awb.⁵⁵

De bestuursrechter neemt in het algemeen niet snel aan dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Vaak wordt geoordeeld dat ingeroepen gevallen niet of onvoldoende vergelijkbaar zijn of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling. Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat daarbij mede de vrijheid of ruimte van het bestuursorgaan wordt betrokken om zelf zijn beleid te bepalen.⁵⁶ Het ligt daarom voor de hand om voor het vaststellen van beleid door het bestuursorgaan dat een vorm van regelgeving is, net als bij wetgeving, een zekere beoordelingsvrijheid voor het bestuursorgaan aan te nemen met betrekking tot de vraag of gevallen als gelijk moeten worden beschouwd en of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen in verschillende zin te regelen.⁵⁷

3.16 Het voorgaande laat zien dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur deels een wat andere betekenis en invulling heeft en dus niet geheel samenvalt met het gelijkheidsbeginsel als grondrecht, zij het dat de toetsingsmethode als zodanig niet lijkt te verschillen.⁵⁸

Toepassing van het gelijkheidsbeginsel op het moeten bieden van mededingingsruimte

3.17 Uit het voorgaande volgt dat op grond van uitsluitend het gelijkheidsbeginsel geen grond bestaat voor het bieden van mededingingsruimte of gelijke kansen als de potentiële gegadigden in de gegeven context geen gelijke gevallen betreffen of als een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor

een verschil in behandeling tussen hen. Bij de vragen of in de gegeven context sprake is van gelijke gevallen en of sprake is van een redelijke en objectieve rechtvaardiging, komt het bestuursorgaan een zekere beoordelingsvrijheid toe. Zoals uit het voorgaande volgt, is het antwoord op deze vragen mede afhankelijk van de context. Dat bevestigt hetgeen hiervoor in 3.10-3.12 eerste zin werd opgemerkt.

Toepasselijkheid bestuursrecht op privaatrechtelijk handelen overheid

- 3.18 De overheid bestuurt niet alleen door het gebruik van haar bestuursrechtelijke bevoegdheden, maar ook door het gebruik van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. De wetgever heeft de overheid uitdrukkelijk rechtssubject in het privaatrecht gemaakt.⁵⁹ Het gebruik door de overheid van het privaatrecht voor de behartiging van publieke belangen is dan ook wijdverbreid. Dat gebruik is haar in ons recht in beginsel toegestaan.⁶⁰ Veel bestuur vindt dan ook plaats langs privaatrechtelijke weg (denk aan het uiteenlopende gebruik van overheidseigendom en overeenkomsten, onder meer in de vorm van (bestuurs)convenanten, bevoegdhedenovereenkomsten, enz.).
- 3.19 Toen eenmaal het inzicht was gevestigd dat aan de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden eigen algemene beperkingen naar ongeschreven recht inherent zijn behoorlijksnormen en dat dit de beginselen zijn die al snel zijn aangeduid als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, rees al snel de vraag of die beginselen dan ook niet eveneens van toepassing moesten zijn op het bestuurlijke privaatrechtelijk handelen van de overheid. Die toepasselijkheid werd in de rechtspraak van de Hoge Raad tot in de jaren 80 van de vorige eeuw aanvankelijk nog slechts indirect aangenomen. Nadat in de toelichting op het reeds lang bestaande ontwerp van art. 3:14 BW was opgemerkt dat deze bepaling als kapstok kon dienen voor een verdere ontwikkeling van de rechtspraak op dit punt (een steuntje in de rug van de rechter dus),⁶¹ heeft de Hoge Raad in 1987 het in het Didamarrest genoemde arrest Amsterdam/Ikon gewezen, waarin is aanvaard dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn op het privaatrechtelijk handelen van de overheid. Sindsdien is de doorwerking van algemene bestuursrechtelijke normen in het privaatrecht een gegeven.
- 3.20 Die doorwerking is nader vormgegeven en uitgewerkt in art. 3:1 lid 2 Awb, dat bepaalt dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de in de afdelingen 3.2-3.4 Awb geregelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. In de toelichting op art. 3:1 lid 2 Awb wordt op het hiervoor in 3.19 vermelde gewezen en opgemerkt dat de voorgestelde bepaling de verdere ontwikkeling beoogt te codificeren.⁶² Uit deze passages en de wetsgeschiedenis van art. 3:14 BW blijkt dat beide bepalingen op elkaar zijn afgestemd.⁶³ Deze moeten dan ook als één geheel worden beschouwd.⁶⁴
- 3.21 Art. 3:14 BW is daarmee, net als art. 3:1 lid 2 Awb, in wezen een schakelbepaling: het publiek recht is van overeenkomstige toepassing op privaatrechtelijke bevoegdheden, voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Dat ligt ook voor de hand, want voor de toepasselijkheid van het privaatrecht in het bestuursrecht, die deels via de schakelbepalingen van het BW verloopt, geldt over de hele linie hetzelfde.⁶⁵ In de toelichting op art. 3:1 lid 2 Awb is toegelicht wanneer de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid achterwege dient te blijven op grond van het slot van die bepaling (dus de aard van de handeling zich tegen overeenkomstige toepassing verzet). Opgemerkt is:
- “Men bedenke in dit verband dat de situaties waarin een bestuursorgaan moet optreden, sterk uiteen kunnen lopen. Soms voert het een beleid uit met behulp van privaatrechtelijke rechtshandelingen, terwijl het gebruik van het instrument van de beschikking ook goed in aanmerking had kunnen komen. Zo worden de meeste subsidies in de vorm van een beschikking toegekend, maar worden soms overeenkomsten over subsidiering gesloten. In een dergelijk geval ligt het voor de hand de beginselen van behoorlijk bestuur ongeacht de gehanteerde rechtsfiguur op dezelfde wijze toe te passen. Het kan echter ook zijn dat het bestuur handelt in een situatie waarbij het kader wordt bepaald door een veelheid van privaatrechtelijke (rechts)personen, en de overheid slechts een van de marktpartijen is. Met die omstandigheid moet rekening worden gehouden bij het beantwoorden van de vraag welke specifieke eisen voor het handelen van de overheid uit de toepassing van hoofdstuk 3 voortvloeien, dan wel of het slot van het tweede lid van artikel 3.1.1 van toepassing is.”⁶⁶

En:

“De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing in alle gevallen waarin bestuursorganen privaatrechtelijke en feitelijke handelingen verrichten, tenzij de aard van de handelingen zich daartegen verzet. In dit tenzij... ligt een voldoende restrictie besloten om te voorkomen dat de in beginsel van overeenkomstige toepassing zijnde artikelen tot ongerechtvaardigde of onpraktische uitkomsten zouden voeren. Zo moet de keuze van een bestuursorgaan voor één bepaalde contractpartner uit vele concurrenten steeds na een zorgvuldige belangenafweging tot stand komen. Irrelevante belangen mogen de voorkeur niet bepalen. Maar het zal duidelijk zijn dat de noodzaak te kiezen nu eenmaal met zich meebrengt, dat bij een vergelijkbare prijs-kwaliteitverhouding de uiteindelijke belangenafweging nauwelijks aangegeven kan worden. Dit gegeven gevoegd bij het feit dat bestuursorganen bij de keuze van contractpartners een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt, zal ertoe leiden dat alleen bij een duidelijk onjuiste belangenafweging de keuze voor een contractpartner als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.”⁶⁷

- 3.22 In de literatuur worden deze passages aangemerkt als geldend recht: de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is indringender naarmate de privaatrechtelijke handeling meer een bestuurlijk karakter heeft. De spreekwoordelijke aankoop van potloden heeft in principe niets bestuurlijks en daarbij zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan ook nauwelijks van betekenis, aldus met zoveel woorden de literatuur, op basis van beide citaten.⁶⁸

Toepassing gelijkheidsbeginsel op privaatrechtelijk handelen overheid

- 3.23 De Hoge Raad heeft, voordat het Didamarrest werd gewezen, een aantal keer beslist over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op privaatrechtelijk handelen van de overheid. De in het Didamarrest genoemde arresten Amsterdam/Ikon en Zeeland/Hoondert waarin die toepassing plaatsvond, betroffen deels als bestuurlijk te kenmerken handelen (toestemming voor gebruik van een pand als kantoor op grond van erfpachtsvoorwaarden die het gebruik van het onroerend goed in de gemeente reguleren, respectievelijk aanbesteding van infrastructuur). In het arrest Amsterdam/Ikon ging het om een typisch bestuursrechtelijk toets: was de weigering in strijd met het gevoerde beleid en dáárom in strijd met het gelijkheidsbeginsel? In het arrest Zeeland/Hoondert ging het om een aanbesteding waarbij een voorwaarde werd opgenomen die kennelijk alleen ten doel had om de gegadigde aan wie eerder wel was gegund, om een oneigenlijke reden uit te sluiten. Het hof had dit in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geoordeeld, hetgeen volgens de Hoge Raad geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. In dit arrest is dus anders dan het Didamarrest in rov. 3.1.3 zegt niet over het gelijkheidsbeginsel beslist.⁶⁹

In het vaak ook in dit verband genoemde arrest Körfer/Heerlen, dat ging over de verhuur van gemeentegrond, is niet inhoudelijk over het gelijkheidsbeginsel beslist, maar enkel geoordeeld dat het hof op het beroep daarop had moeten ingaan.⁷⁰

Het arrest Lichtenvoorde/Dusseldorp ging over gemeentelijke gronduitgifte.⁷¹ Dusseldorp verweet de gemeente in deze zaak dat zij in strijd had gehandeld met het gelijkheidsbeginsel door voor eenzelfde stuk terrein aan Dusseldorp een hogere grondprijs in rekening te brengen dan aan Stork. In cassatie stond vast dat de verkoop aan Stork vóór en de verkoop aan Dusseldorp ná vaststelling van de uitgifteprijs in een gemeenteraadsbesluit had plaatsgevonden. Omdat de overwegingen van de Hoge Raad illustratief zijn voor de wijze waarop naar gangbaar inzicht aan het gelijkheidsbeginsel wordt getoetst, haal ik deze hier vrij uitvoerig aan:

“3.4.3 Het voorgaande brengt met het oog op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel mee dat moet worden onderscheiden tussen de situatie vóór het raadsbesluit van 4 april 1991, waarin de uitgifteprijs van f 51,-- per m² werd vastgesteld, en de situatie daarna. Vóór dit raadsbesluit behoefden burgemeester en wethouders zich in hun onderhandelingen met Stork niet gebonden te voelen aan enig ander beleid met betrekking tot de uitgifte van gronden in het industrieterrein dan het door het hof in rov. 2.6 van het eindarrest vermelde uitgangspunt van de Gemeente dat “het binnen de gemeente in beginsel niet aanvaardbaar [is] dat voor verschillende bestemmingsplannen verschillende uitgifteprijzen worden gehanteerd”, welk uitgangspunt, naar het hof - in cassatie onbestreden - heeft geoordeeld, meebracht dat binnen hetzelfde bestemmingsplan van industrieterrein in beginsel dezelfde grondprijzen in rekening worden gebracht. Dit uitgangspunt liet evenwel burgemeester en wethouders van de Gemeente alle ruimte om in de onderhandelingen met Stork rekening te houden met publieke belangen, zoals stabiliteit op het gebied van de werkgelegenheid en een toenemende aantrekkelijkheid

voor andere bedrijven, en om, mede aan de hand van een weging van die publieke belangen, met Stork tot overeenstemming te komen omtrent een lagere grondprijs dan de Gemeente mogelijk met andere gegadigden zou willen overeenkomen. De Gemeente was geenszins verplicht derden op de hoogte te stellen van de invloed die dergelijke publieke belangen in de onderhandelingen met andere gegadigden zouden kunnen hebben, en evenmin verplicht andere gegadigden die met het oog op de door de Gemeente nagestreefde publieke belangen niet in een gelijke positie verkeerden als Stork een zelfde uitgifteprijs te bieden als aan Stork.

3.4.4 Na het raadsbesluit van 4 april 1991 waarin de uitgifteprijs van f 51,-- per m² werd vastgesteld, diende de Gemeente in het kader van het onderhavige privaatrechtelijke uitgiftebeleid met het oog op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zich in beginsel te houden aan die grondprijs, tenzij een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond voor een afwijking daarvan. Op 4 april 1991 was echter al overeenstemming met Stork bereikt, waaraan de raad bij zijn besluit goedkeuring verleende. Dit beleid gold derhalve niet ten aanzien van Stork, maar wel ten aanzien van Dusseldorp en andere gegadigden met wie de Gemeente op 4 april 1991 nog niet tot overeenstemming was gekomen.

3.4.5 Het voorgaande brengt mee dat met het oog op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet van belang is of de Gemeente een redelijke verklaring kan geven voor een ongelijke behandeling (zoals door het hof in rov. 2.8 van het eindarrest signaleerd) van Stork en Dusseldorp met betrekking tot de elementen die ten grondslag liggen aan de kostprijsberekening die uiteindelijk in een uitgifteprijs van f 51,-- per m² heeft geresulteerd. Die berekening berust immers juist op het uitgangspunt dat Stork, nu daarover reeds voor 4 april 1991 overeenstemming was bereikt, voor 83.811 m² (koop inclusief optie) een prijs van f 44,-- per m² zou betalen, waardoor met het oog op de uitgifte van de nog resterende grond een aanpassing van de reeds gemaakte berekening noodzakelijk werd.

3.4.6 Wel zou nog van belang kunnen zijn of de Gemeente in de aan het raadsbesluit van 4 april 1991 voorafgaande periode een ongeoorloofd onderscheid heeft gemaakt tussen Stork enerzijds en andere gegadigden anderzijds. Daarbij zal het in 3.4.3 vermelde uitgangspunt van de Gemeente van belang kunnen zijn en zal derhalve moeten worden beoordeeld of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond voor het in zoverre maken van een onderscheid tussen Stork en Dusseldorp dat de eerste wel en de tweede niet in aanmerking kwam voor een grondprijs van f 44,-- per m².

3.5.1 Tegen deze achtergrond worden in de onderdelen terecht bezwaren aangevoerd tegen de wijze waarop het hof in rov. 2.13 de door de Gemeente aangevoerde publieke belangen niet toereikend heeft geacht als objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het verschil in uitgifteprijs tussen Stork en de andere gegadigden, onder wie Dusseldorp. Indien die rechtsoverweging aldus moet worden verstaan dat het hof heeft geoordeeld dat het de Gemeente niet vrijstond op de wijze als hiervoor in 3.4.3 vermeld, voorafgaand aan de totstandkoming van - en dus bij gebreke van - een gronduitgiftebeleid met een gegadigde overeenstemming te bereiken over de uitgifteprijs van gronden, slaagt onderdeel 8, dat een hierop gerichte klacht bevat. Indien het hof dit niet heeft miskend, heeft het hof, zoals onderdeel 9 terecht aanvoert, uit het oog verloren dat de met Stork bereikte overeenstemming niet een afwijking inhield van het immers eerst later, met het raadsbesluit van 4 april 1991 vastgestelde gronduitgiftebeleid. Zoals uit het hiervoor in 3.4 overwogene volgt, is voor de vraag of de Gemeente op het punt van de uitgifteprijzen tussen Stork en Dusseldorp een onderscheid mocht maken, hoewel zij beiden gegadigde waren voor de binnen hetzelfde bestemmingsplan gelegen gronden, niet zo zeer van belang of sprake is van een ongelijke behandeling (zoals door het hof in rov. 2.8 van het eindarrest signaleerd) van Stork en Dusseldorp in de wijze waarop ten aanzien van hen de uiteindelijk in een uitgifteprijs van f 51,-- per m² resulterende kostprijsberekening is opgebouwd, maar of de Gemeente zonder schending van het gelijkheidsbeginsel wel met Stork tot overeenstemming mocht komen over een uitgifteprijs van

f 44,-- per m² en niet met Dusseldorp.”

3.24 Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel dient dus goed gekeken te worden naar de omstandigheden waarin de potentiële gegadigden zich bevinden (voor en na invoering van beleid), en in het geval van het arrest naar de vraag of de betrokken publieke belangen een objectieve en redelijke rechtvaardiging opleveren voor een verschil in behandeling.

Analoge toepassing van rechtspraak bestuursrechter over schaarse publieke rechten vóór het Didamarrest

3.25 Vóór het Didamarrest is in de literatuur bepleit dat het bieden van gelijke kansen niet alleen zou moeten plaatsvinden bij de uitgifte van schaarse publieke rechten, maar ook bij de uitgifte van schaarse privaatrechtelijke goederen door de overheid. De gedachte is dat daarvoor hetzelfde heeft te gelden, omdat niet valt in te zien dat er een wezenlijk verschil tussen beide bestaat. Als voorbeeld wordt genoemd de uitgifte van bouwgrond door de overheid. Is geen sprake van een schaars privaatrechtelijk goed, dan is er volgens de literatuur geen grond voor een analoge toepassing, omdat gegadigden het betrokken goed dan ook elders kunnen verkrijgen en er dus geen aanleiding bestaat voor het geven van gelijke kansen.⁷²

3.26 Uitgaande van de gedachtegang die hiervoor in 3.11 is vermeld, bestaat voor dit betoog goede grond. Ook als de overheid schaarse privaatrechtelijke goederen uitgeeft, zal zij immers normaal gesproken geen reden hebben om verschil te maken tussen potentiële gegadigden. Ook hier geldt dat het de overheid in dat geval niet uitmaakt en het haar ook niet behoort uit te maken wie het goed verkrijgt. Zij is dan in beginsel, uitgaande van de gedachtegang die hiervoor in 3.11 is vermeld, op grond van, kort gezegd, het gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en verbod op willekeur gehouden te achten om mededingingsruimte te bieden.

Dit betoog sluit ook aan bij wat in Nederland vaak al (lang) praktijk is bij de overheid, namelijk dat bij de verkoop of verhuur van overheidseigendom een openbare aanbidding daarvan plaatsvindt, waarmee dus mededingingsruimte wordt geboden. Weliswaar is het voorschrijven van die openbare aanbidding soms ingegeven door de gedachte dat de overheid dan een juiste prijs krijgt en dat minder juist handelen bij medewerkers wordt voorkomen, maar dat neemt niet weg dat dit mede kan worden gezien als een uitwerking van het gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en verbod op willekeur op grond van de hiervoor in 3.11 weergegeven gedachtegang.

Zo schrijft de regelgeving op grond van de Comptabiliteitswet 2016 een openbare aanbidding voor bij de verkoop van onroerend goed van het rijk.⁷³ Ook kan worden gewezen op de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen (lees de verkooppunten langs de snelwegen), die overigens weer geheel berust op de wenselijkheid van een goede marktwerking.⁷⁴ Voorts kennen zoals wat googelen leert vele gemeenten regelingen van deze aard.⁷⁵

3.27 Het voorgaande laat echter onverlet dat als de overheid reden heeft om het privaatrechtelijke goed aan een bepaalde gegadigde te gunnen, al zeer snel kan worden aangenomen dat die reden maakt dat ten aanzien van andere gegadigden geen sprake is van gelijke gevallen dan wel dat die reden een objectieve en redelijke rechtvaardiging oplevert voor het verschil in behandeling met andere gegadigden. Dat de overheid reden heeft om het schaarse privaatrechtelijke goed aan een bepaalde gegadigde te gunnen, kan zich veel sneller en gemakkelijker voordoen dan bij schaarse publieke rechten, omdat het perspectief bij de uitgifte van privaatrechtelijk goederen wezenlijk anders is. Bij het creëren van schaarse publieke rechten (schaarse vergunningen en gelimiteerde subsidie) dient de overheid daarmee steeds een bepaald algemeen belang en geldt vanuit het perspectief van dat belang dat het voor de overheid in de regel niet uitmaakt wie van de gegadigden die aan voorwaarden voldoet, het recht verkrijgt. Bij de uitgifte van schaarse privaatrechtelijke goederen kan dat echter gemakkelijk anders liggen. Het bij die uitgifte door de overheid gediende algemene of publieke belang kan dan namelijk al zeer snel meebrengen dat voor een bepaalde gegadigde wordt gekozen omdat daaraan, gelet op dat belang, bepaalde relevante voordelen zijn verbonden (bijvoorbeeld bij de inzet als ruilmiddel) of dat belang anders niet of minder goed wordt gediend.

3.28 Bij het antwoord op de vraag of het betrokken belang in het gegeven geval een voldoende reden oplevert om voor een bepaalde gegadigde te kiezen, geldt de al genoemde beslisvrijheid of -ruimte van de overheid (zie hiervoor in 3.17 en 3.22). Van een voldoende reden is daarom al snel sprake of

kan al snel sprake zijn als de betrokkenen, door de overheid af te wegen publieke belangen de keuze of een voorkeurspositie voor een bepaalde gegadigde meebrengen, zoals in het arrest Lichtenvoorde/Dusseldorp aan de orde was. Ook praktische argumenten die overigens ook zijn aan te merken als publieke belangen (al was het maar die van de schatkist, waaruit de publieke uitgaven moeten worden bekostigd) kunnen echter een doorslaggevende rol spelen. Het bieden van mededingingsruimte kost bijvoorbeeld tijd en geld, die bespaard worden als met een bekende relatie of de dichtstbijzijnde afnemer in zee wordt gegaan, en een onderhandse verkoop brengt soms aantoonbaar méér op dan het bieden van mededingingsruimte.⁷⁶ Geredeneerd vanuit alléén het gelijkheidsbeginsel en dat is waar het hier om gaat is dan al geen sprake meer van gelijke gevallen en leveren de verschillen tussen die gevallen op zichzelf al een voldoende objectieve en redelijke rechtvaardiging op voor een verschil in behandeling. Er bestaat immers, als al gezegd (zie hiervoor in 3.9 en 3.10), niet a priori al een verplichting om potentiële gegadigden gelijk te behandelen.⁷⁷ Ook het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op willekeur leveren dan geen beletsel op, omdat geen sprake is van gelijke gevallen of, zo men wil, het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is.

Alleen als wél a priori een verplichting bestaat om potentiële gegadigden gelijk te behandelen, vallen hogere eisen te stellen aan het niet bieden van gelijke kansen (welke hogere eisen dan ook in het Unierecht gelden als daarin de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat). Aan het maken van een uitzondering op een bestaande verplichting zijn immers hogere eisen te stellen omdat dan het feit dat een uitzondering wordt gemaakt, moet worden gerechtvaardigd, waarbij steeds mede moet worden gelet op de aard en strekking van de verplichting, omdat die (mede) bepalen óf en in hoeverre een uitzondering kán worden gemaakt (hoe hoog de daaraan te stellen eisen zijn; sommige verplichtingen laten naar hun aard of strekking niet of nauwelijks een uitzondering toe).⁷⁸

Het bijzondere van het Unierecht, onder meer van het daarvan deel uitmakende aanbestedingsrecht, is juist dat het genoemde soort van praktische argumenten dat bij aanbestedingen op zichzelf ook zeer wel kan zijn dat de overheid graag met een vertrouwde partij in zee gaat (voor wie geldt dat niet?) in beginsel irrelevant en dan ook geheel taboe verklaart. De mogelijkheden om vooraf al aan te kunnen nemen dat slechts één van de gegadigden in aanmerking komt, zijn daarbij begrijpelijkerwijs uiterst beperkt.⁷⁹ Dat is echter dus het geval omdat in het Unierecht, om de hiervoor in 3.9 en 3.10 genoemde economische reden, wél a priori de verplichting bestaat om potentiële gegadigden gelijk te behandelen, en dat bovendien een zeer stringente verplichting betreft.

Daarbij valt echter onmiddellijk weer aan te tekenen dat ook het Unierecht, desalniettemin, de validiteit van genoemde praktische argumenten tot op zekere hoogte erkent. Soms kan wel een beroep worden gedaan op het feit dat slechts één van de gegadigden in aanmerking komt, en beneden een bepaald drempelbedrag bestaat geen aanbestedingsplicht. Voor dat laatste wordt mede als argument genoemd dat de kosten en tijd van het bieden van mededingingsruimte dan onevenredig zijn.

3.29 In de hiervoor in 3.25 genoemde literatuur lijkt wel te worden onderkend dat het moeten bieden van mededingingsruimte niet als zodanig uit het gelijkheidsbeginsel volgt. De meeste auteurs verwijzen voor het moeten bieden van mededingingsruimte dan ook mede naar het zorgvuldigheidsbeginsel waarop deze verplichting tot 2016 in de rechtspraak van het CBb werd gebaseerd, en het willekeurverbod.⁸⁰ In overeenstemming met het voorgaande, wordt in die literatuur aanvaard dat een uitzondering kan bestaan als de overheid een goede reden heeft om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan. Zo merkt Van Tilborg bijvoorbeeld op, naar aanleiding van het arrest Lichtenvoorde/Dusseldorp:

“Het te snel aanvaarden van een verplichting om mededingingsruimte te creëren, kan naar mijn oordeel op gespannen voet komen te staan met de ruime mate van vrijheid die een gemeente (blijkens voornoemd arrest) heeft om publieke belangen te laten meewegen in de keuze om al dan niet met een bepaalde partij tot overeenstemming te komen over de uitgifte van gronden. Deze publieke belangen kunnen zie bijvoorbeeld de casus Lichtenvoorde ertoe nopen dat met een bepaalde partij afspraken dienen te kunnen worden gemaakt over een schaarse grondpositie, zonder dat er mededingingsruimte dient te worden geboden. Wellicht zou daarom gesteld kunnen worden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet verplichten tot het bieden van mededingingsruimte indien publieke belangen daartoe nopen. In dat verband zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de situatie waarin een bedrijf dient te worden uitgeplaatst uit de kern om aan bepaalde (milieu)eisen

te kunnen voldoen en daartoe buiten de kern gronden aan dat bedrijf dienen te worden uitgegeven. In dat verband lijkt het niet op zijn plaats om een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte aan te nemen.”⁸¹

Het lijkt dus duidelijk dat de hiervoor in 3.25 genoemde literatuur berust op de hiervoor in 3.11 en 3.26 eerste alinea genoemde (voor de hand liggende) gedachte. Ook de vrij spaarzame lagere rechtspraak van de burgerlijke rechter van vóór het Didamarrest luidde in deze zin. Daarin wordt vooral getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod.⁸²

3.30 Heijnsbroek gaat in zijn proefschrift echter verder. Hij neemt daarin zonder meer tot uitgangspunt dat de overheid gehouden is om bij de uitgifte van goederen gelijke kansen te bieden. Die plicht bestaat zijns inziens dus ook als er geen schaarste bestaat (anders dus dan andere auteurs; zie hiervoor in 3.25). Heijnsbroek meent dat dit zonder meer volgt uit het gelijkheidsbeginsel, maar onderbouwt dat niet. Hetgeen hiervoor in 3.10 is vermeld, wordt niet op enige wijze in het proefschrift besproken.⁸³ Ook het geval dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om met een bepaalde gegadigde in zee in te gaan, komt in het proefschrift niet aan de orde. Heijnsbroek merkt overigens herhaaldelijk in zijn proefschrift op dat zijn opvatting geen geldend recht is, wat hij betreurt.⁸⁴ Zijn proefschrift komt neer op een pleidooi dat zijn zienswijze wél als recht zou moeten worden aanvaard.

Bespreking Didamarrest aan de hand van het voorgaande

3.31 De beslissing van het Didamarrest kan dus, zoals Jansen, Van Ommeren en Van Boom terecht hebben betoogd, niet worden gedragen door alleen het gelijkheidsbeginsel, waarnaar het arrest in navolging van de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen van de Afdeling verwijst. Dat kan ook niet langs de weg van de redenering die hiervoor in 3.11 en 3.26 is weergegeven. In de eerste plaats wijst de Hoge Raad in het arrest uitdrukkelijk de gedachte af dat van belang is dat sprake is van een schaars goed, wat in dat verband een schakel in de redenering had kunnen zijn (en in de hiervoor in 3.25 genoemde literatuur een essentiële schakel is). Het hof had zijn afwijzing van de vorderingen van [verweersters] gegrond op het oordeel dat in dit geval geen sprake is van een schaars goed. De daartegen gerichte klacht van [verweersters] slaagt naar het oordeel van de Hoge Raad. Hij overweegt:

“3.1.8. Onderdeel I.b klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 5.8 dat eiseressen in dit kort geding niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

3.1.9. Het onderdeel slaagt. Het bestreden oordeel van het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting als het hof heeft miskend dat in deze context niet beslissend is of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel niet voldoende gemotiveerd nu het hof niet is ingegaan op de stelling van eiseressen dat meerdere partijen (Groenstaete en [verweersters]) geïnteresseerd zijn in het onderhavige perceel terwijl niet alle partijen dit zullen kunnen verwerven.”⁸⁵

In de tweede plaats overweegt de Hoge Raad in het arrest niets wat erop wijst dat hij deze redenering volgt.

3.32 Jansen, Van Ommeren en Van Boom die het arrest bepaald toejuichen als een (in beginsel) goede ontwikkeling stellen als gezegd voor de beslissing van het arrest een alternatieve rechtsgrond voor, die deze huns inziens wel kan dragen. Dat is het verbod op favoritisme en het verbod van willekeur. Zij merken (onder 2.3 van hun artikel) op:

“Wij menen dat de ratio van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte () in de eerste plaats moet worden gezocht in het beheersen van het risico van favoritisme, strijd met het verbod van willekeur en mogelijk zelfs nepotisme. Een overheidslichaam mag uiteraard zijn eigen beleidskeuzes maken, maar door mededingingsruimte en gelijke kansen te bieden voorkomt het overheidslichaam dat beslissingen worden genomen op grond van persoonlijke vooroordelen, een te grote persoonlijke betrokkenheid, vriendjespolitiek, corruptie en professionele belangenvermenging.”

Het is echter de vraag of het verbod op favoritisme en het verbod van willekeur de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte als zodanig wel zonder meer kunnen dragen. Daarvoor zal het gevaar van favoritisme en willekeur immers zodanig aanwezig moeten zijn, dat die verplichting op haar plaats is te achten. Dat lijkt niet zonder meer gezegd te kunnen worden.⁸⁶ De beoordeling hiervan en de afweging of dit tot de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte moet leiden, lijken ook aan de wetgever en niet aan de rechtspraak.⁸⁷

3.33 Een sterkere rechtvaardiging kan dan ook worden gevonden in het door het CBb genoemde zorgvuldigheidsbeginsel, eventueel in combinatie met het willekeurverbod: de zorgvuldigheid jegens potentiële gegadigden brengt mee dat zij in beginsel gelijk worden behandeld en dat hen dus gelijke kansen wordt gegeven, en dat volgt ook mede uit het willekeurverbod (de overheid mag niet zonder grond de één bevoordelen boven de ander). Bij deze benadering volgt de verplichting om gelijke kansen te bieden, dus niet als zodanig uit het gelijkheidsbeginsel, maar (in de eerste plaats) uit het zorgvuldigheidsbeginsel. Deze gedachtegang sluit ook goed aan bij die van de rechtspraak van de bestuursrechter, die zoals hiervoor bleek (onder 3.7 en 3.8) onmiskenbaar mede is gegrond op het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij sluit ook aan bij de lagere rechtspraak van de burgerlijke rechter van vóór het Didamarrest, die op het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod is gebaseerd (zie hiervoor in 3.29 slot).

3.34 Nu het Didamarrest uitdrukkelijk is gegrond op de rechtspraak van de bestuursrechter, kunnen de in dat arrest gegeven regels, op de hiervoor weergegeven wijze, mede op het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod worden gebaseerd. Dat betekent dan echter wel dat als een goede reden bestaat om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan, geen mededingingsruimte behoeft te worden geboden. In dat geval doet de grond voor het moeten bieden van mededingingsruimte zich immers niet voor. Die verplichting kan dan immers aan geen van de orde zijnde beginselen en verboden worden ontleend. Kan het arrest zo worden begrepen?

3.35 Dat lijkt me wel. De tekst van het arrest verzet zich niet daartegen. Het arrest gaat niet in op de vraag of de gemeente een goede reden had om met Groenstaete in zee te gaan, zoals in deze bodemzaak in beide instanties aan de orde was. Met de eis dat de selectiecriteria van de overheid objectief, toetsbaar en redelijk zijn, lijkt het arrest ook onmiskenbaar mede te refereren aan de maatstaf dat voor een gemaakt onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Zoals hiervoor vermeld, heeft het hof in het kort geding de vorderingen van [verweersters] afgewezen omdat naar zijn oordeel geen sprake is van een schaars goed, en is het die grond die in het Didamarrest onjuist wordt bevonden. Uit de gepubliceerde stukken van het kort geding die alle dateren van vóór deze bodemprocedure blijkt niet dat in het kort geding überhaupt aan de orde is gesteld dat de gemeente een goede reden had om met Groenstaete in zee te gaan en dit daarom geoorloofd is.⁸⁸ In cassatie ging het daarover in elk geval niet, voor zover blijkt. Het arrest kan daarop dus niet worden betrokken.

Een deel van de praktijk, literatuur en lagere rechtspraak ziet dan ook de nodige ruimte in het Didamarrest om af te zien van het bieden van mededingingsruimte als daarvoor een goede reden bestaat. Daarvoor biedt de tekst van het arrest ook positief steun doordat in rov. 3.1.4 uitdrukkelijk wordt verwezen naar de beleidsruimte die de overheid toekomt bij het opstellen van selectiecriteria (lees mede: de keuze van een gegadigde).

Zo noemt Van Ommeren een belangrijke auteur in dit verband in zijn noot in de AB onder het Didamarrest (onder 5 Geen uitzonderingen en beperkingen? en 6 Bagatel en bestuurlijke lasten) al een reeks van gevallen waarin afwijken redelijkerwijs mogelijk is, onder meer, zoals in het aanbestedingsrecht, in verband met de geringe omvang van het betrokken belang. Vaak want dat komt vaak voor wordt ook het geval genoemd dat de overheid bij de verkoop van grond in het kader van de uitvoering van een stedenbouwkundig plan mag kiezen voor een bepaalde partij omdat deze reeds bepaalde grond in het plangebied in eigendom heeft en de overheid dus niet om deze partij heen kan.⁸⁹ Maar er is ook een reeks van andere gevallen waarin een goede reden in de hier bedoelde zin wordt aangenomen.⁹⁰

Een en ander is in overeenstemming met hetgeen hiervoor in 3.27 en 3.28 al werd opgemerkt. Dat ligt ook voor de hand, want waarom zou hetgeen daar is vermeld, niet meer gelden? Een overweging in deze zin, laat staan onderbouwing van de koerswijziging, bevat het arrest niet, zodat kan worden

aangenomen dat geen wezenlijke wijziging van de regels is bedoeld.⁹¹

3.36 Wordt uitgegaan van het voorgaande, dan betekent dat tevens dat, als een goede reden bestaat om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan, evenmin grond bestaat voor transparantie, die in het arrest in rov. 3.1.6 voor alle gevallen lijkt te worden voorgeschreven. De eis van transparantie vloeit immers uitsluitend voort uit de verplichting van het moeten bieden van gelijke kansen (daarbuiten wordt zij in het Unierecht en de rechtspraak van de bestuursrechter dan ook niet aangenomen).⁹² Als laatstgenoemde verplichting niet bestaat, valt daarom ook de eis van transparantie niet te stellen.⁹³ Gelet op de daaraan verbonden tijd en kosten behoort die eis dan ook niet te worden gesteld.

Rov. 3.1.6 kan echter ook aldus worden gelezen dat dit alléén betrekking heeft op het geval dat op zichzelf mededingingsruimte moet worden geboden, maar bij of kort na het vaststellen van de selectiecriteria die objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn blijkt dat er (waarschijnlijk) slechts één gegadigde in aanmerking komt, en dus niet op het geval dat de overheid a priori al een goede reden heeft om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan en daarom geen mededingingsruimte behoeft te bieden. Bij die lezing heeft hetgeen in die rechtsoverweging wordt overwogen, dus geen betrekking op het laatstgenoemde geval.

3.37 Wordt het arrest in de hiervoor genoemde zin verstaan, dan sluit het arrest allicht ook beter aan bij de bestaande praktijk en zijn de gevolgen ervan voor de praktijk veel minder groot, dan wanneer het arrest aldus wordt begrepen dat de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte stéeds zonder meer bestaat en daaraan uitsluitend en alleen valt te ontkomen in het in rov. 3.1.6 genoemde geval. De hiervoor in 1.4-1.6 genoemde grote impact van het arrest lijkt voor een belangrijk deel zijn oorzaak te vinden in de breuk die het arrest bij deze uitleg betekent met het voorheen geldende recht: de in het verleden gesloten overeenkomsten en overdrachten zijn daarbij vrijwel steeds in strijd met de regels van het arrest. Dat probleem is veel geringer bij de hiervoor in 3.34-3.36 genoemde lezing, omdat veelal wel een goede reden voor de overheid bestond om met de betrokken wederpartij in zee te gaan. Bovendien wordt het bij deze lezing ook veel makkelijker om rekening te houden met het vertrouwen dat in het verleden bestond op de geldigheid van overeenkomsten met en toezeggingen van de overheid waarbij de regels van het arrest niet in acht zijn genomen. Ook (het moeten honoreren van) dat vertrouwen kan immers een goede reden in de hiervoor genoemde zin opleveren.⁹⁴

3.38 Deze lezing lijkt te meer wenselijk te kunnen worden genoemd, gelet op de hiervoor in 1.5 al genoemde, alleszins begrijpelijke en waarschijnlijk ook terechte neiging van de praktijk om het arrest mede van toepassing te achten op andere rechtshandelingen en andere goederen van de overheid, dan de verkoop van een onroerende zaak door de overheid.⁹⁵ Ook ten aanzien van andere rechtshandelingen en goederen bestond en bestaat immers om genoemde, uiteenlopende redenen de (legitieme) behoefte om te kunnen volstaan met één gegadigde.

3.39 Wordt deze lezing gevolgd dan kan ook rekening worden gehouden met het geval dat het bieden van mededingsruimte tot onevenredige kosten of tot een te lage opbrengst zou leiden, waartoe de tekst van het arrest bij de hiervoor in 3.37 eerste zin bedoelde lezing geen ruimte lijkt te bieden. Aan die feiten kan dan een rechtvaardiging worden ontleend om geen mededingingsruimte te bieden, wat een mogelijkheid is die allicht nogal voor de hand ligt.

Bij deze lezing van het arrest bestaat voorts evenmin het probleem dat voorbij zou moeten worden gegaan aan het feit dat de verkoop van onroerend goed onderdeel is van een meeromvattend plan of een samenstel van rechtshandelingen, zoals in dit geval naar de stellingen van de gemeente en Groenstaete het geval is. De vraag is dan uitsluitend of aan dat plan een voldoende rechtvaardiging kan worden ontleend voor een verkoop aan een bepaalde gegadigde (in dit geval dus Groenstaete). Het hof heeft in rov. 3.6 het Didamarrest aldus gelezen dat die vraag irrelevant is, omdat hoe dan ook mededingingsruimte moet worden geboden. Dat is echter, ervan uitgaande dat de keuze voor Groenstaete om de door de gemeente en Groenstaete genoemde redenen zonder meer gerechtvaardigd was welke stelling in dit geding niet onjuist is bevonden, een nogal merkwaardige uitkomst.

3.40 Uitgaande van de hiervoor in 3.34-3.36 genoemde lezing heeft het arrest dus bevredigende uitkomsten en leidt het niet tot problemen, anders dan het geval is als wordt uitgegaan van de lezing die hiervoor in 3.37 eerste zin is genoemd. De uitkomsten bij die lezing lopen ook in de pas met

hetgeen in het Unierecht en het aanbestedingsrecht geldt, waaraan de regels van het arrest, zoals hiervoor bleek, (indirect) zijn ontleend. Om dat te adstrueren, ga ik hierna nader op het Unierecht en het aanbestedingsrecht in.

- 3.41 Het is duidelijk dat het hof in deze zaak het Didamarrest anders heeft gelezen, namelijk wel in de hiervoor in 3.37 eerste zin genoemde zin (rov. 3.6). De gemeente gaat blijkens haar cassatiemiddel ook van die lezing uit. Dat middel bevat tegen die lezing van het Didamarrest geen klachten. Het middel van Groenstaete bevat wel klachten die deze lezing bestrijden en wel, kort gezegd, op de hiervoor in 3.35 en 3.36 genoemde gronden. Het middel van Groenstaete voert dan ook aan dat het hof had moeten ingaan op het verweer van Groenstaete (en de gemeente) dat de gemeente een goede reden had om voor Groenstaete te kiezen en daarom niet in strijd met de regels van het Didamarrest heeft gehandeld. Deze klachten slagen, gelet op het voorgaande, zoals hierna nog verder zal worden uitgewerkt en besproken (zie hierna in 5.10-5.17).

Unierecht en nationaal aanbestedingsrecht

- 3.42 Als gezegd berust de verplichting om mededingingsruimte te bieden in het Unierecht en het aanbestedingsrecht op het al genoemde economisch ordeningsprincipe. Wat betreft het Europese aanbestedingsrecht volgt dit al onmiddellijk uit de preambule van de twee belangrijkste richtlijnen, Richtlijn 2014/23/EU betreffende concessieopdrachten en Richtlijn 2014/24/EU betreffende overheidsopdrachten.⁹⁶

Oprachten en concessies die op grond van het Unierecht aanbestedingsplichtig zijn, betreffen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Oprachten en concessies die onder het drempelbedrag van de richtlijnen blijven, vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen.⁹⁷ Die opdrachten en concessies worden echter eventueel wel geraakt door de vrije verkeersbepalingen van het VWEU, in het bijzonder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening (de art. 49 en 56 VWEU), namelijk wanneer er een duidelijk grensoverschrijdend belang is.⁹⁸ In dat geval moeten in elk geval het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Voor deze opdrachten en concessies hoeft geen aanbesteding uitgeschreven te worden. Wel moet een passende mate van openbaarheid worden betracht. In ieder geval zal een oproep tot mededinging moeten worden gedaan zodat alle geïnteresseerde (potentiële) inschrijvers kennis kunnen nemen van de opdracht.⁹⁹

Oprachten en concessies die onder de drempelwaarde blijven, en die geen grensoverschrijdend belang hebben, blijven buiten het bereik van het Unierecht en worden uitsluitend door het nationale recht beheerst.¹⁰⁰

- 3.43 Het transparantiebeginsel dat in het aanbestedingsrecht geldt, volgt noodzakelijkerwijs uit het gelijkheidsbeginsel omdat anders naleving van het gelijkheidsbeginsel niet kan worden gecontroleerd en de aanbestedingsprocedure niet op onpartijdigheid kan worden getoetst.¹⁰¹ Het voorgaande wordt ook overwogen in de standaarduitspraak over het aanbestedingsrecht van het Hof van Justitie EU, het arrest *Succhi di Frutta*:

“108 Er zij aan herinnerd dat uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat, wat openbare inschrijvingen betreft, de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers moet respecteren ().

109 Uit de rechtspraak volgt eveneens dat dit beginsel tot transparantie verplicht, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd ().

110 Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze offertes voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden.

111 Het beginsel van doorzichtigheid, dat er het corollarium van vormt, heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het

aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.”¹⁰²

3.44 Aan het nationale recht voor zover niet bestreken door het Unierecht(elijke aanbestedingsrecht), stelt het Unierecht geen eisen. De lidstaten zijn dus vrij om dit naar eigen voorkeur in te richten. Nederland heeft de hiervoor in 3.42 genoemde richtlijnen geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Vóór 2012 golden diverse regelingen, waaronder het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (het Bao).

De Aanbestedingswet 2012 bevat voor het nationale recht voor zover niet bestreken door het Unierechtelijke aanbestedingsrecht, de algemene bepaling van art. 1.4 Aanbestedingswet 2012. Deze houdt in dat een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria bepaalt hoe hij een overeenkomst sluit en met welke ondernemer. Hij draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een overeenkomst. Desgewenst geeft hij een ondernemer de motivering voor zijn keuze. Voor het overige laat de Aanbestedingswet 2012 de aanbestedende dienst geheel vrij in zijn keuzes.

Dat is anders als de aanbestedende dienst heeft gekozen voor een (aankondiging van de) aanbesteding als bedoeld in art. 1.11 Aanbestedingswet 2012 (een vrijwillige nationale aanbesteding). Dan gelden voor de aanbestedende dienst op grond van art. 1.12 Aanbestedingswet 2012 het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Hij is dan echter niet gebonden aan alle procedurevoorschriften van het Unierechtelijke aanbestedingsrecht. De wetgever heeft voor dit stelsel gekozen omdat hij enerzijds ook voor het nationale recht het economische ordeningsprincipe van het Unierecht op haar plaats achtte (als wordt gekozen voor een aanbesteding), maar anderzijds inzag dat de kosten van het voldoen aan alle procedurevoorschriften dan onevenredig zijn.¹⁰³

Hiernaast kan de aanbestedende dienst, als het Unierecht niet van toepassing is, kiezen voor een zogeheten meervoudig onderhandse aanbesteding als bedoeld in art. 1.14 Aanbestedingswet 2012. Dat is het geval dat hij ervoor kiest om meerdere *door hem uitgekozen* ondernemers te laten inschrijven op een opdracht (bij de keuze van welke ondernemers hij dus geheel vrij is, afgezien van het in art. 1.4 Aanbestedingswet 2012 bepaalde). De aanbestedende dienst is dan gehouden om *die* ondernemers gelijk te behandelen en aan hen de redenen voor zijn keuze mee te delen (art. 1.15 Aanbestedingswet 2012).

3.45 In een arrest uit 2016 heeft de Hoge Raad beslist dat in de art. 1.12 en 1.14 Aanbestedingswet 2012 neergelegde uitgangspunten van gelijke behandeling en transparantie, ook voor de periode van vóór 2012 al als geldend recht dienen te worden aangemerkt met betrekking tot een vrijwillige nationale aanbesteding of de meervoudig onderhandse procedure. Daarvoor verwijst de Hoge Raad in het arrest naar het arrest Zeeland/Hoondert.¹⁰⁴ Dat oordeel sluit aan bij de gedachtegang die hiervoor in 3.28 is vermeld.

3.46 Het nationale aanbestedingsrecht laat de aanbestedende dienst dus betrekkelijk veel vrijheid. Hij kan kiezen voor een enkelvoudige onderhandse aanbesteding. Dan geldt uitsluitend art. 1.4 Aanbestedingswet 2012, dat slechts verplicht tot het hanteren van objectieve criteria. Hetgeen hiervoor in 3.28 is opgemerkt, is dan dus van overeenkomstige toepassing. Ook de meervoudig onderhandse aanbesteding geeft veel vrijheid: de aanbestedende dienst kan laten inschrijven wie hij wil, mits hij voldoet aan de eisen van art. 1.4 Aanbestedingswet 2012.

3.47 De Dienstenrichtlijn bevat een regeling die specifiek van toepassing is op de verlening van schaarse vergunningen. Ook deze richtlijn is blijkens zijn considerans en inhoud gericht op het behoorlijk functioneren van de interne markt (zie bijvoorbeeld art. 1 lid 1 Dienstenrichtlijn).

Art. 12 lid 1 Dienstenrichtlijn schrijft voor dat wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden (de natuurlijk schaarse vergunningen), de lidstaten een selectie maken uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening,

uitvoering en afsluiting van de procedure. Deze bepaling is niet geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, maar volgens het Hof van Justitie EU heeft zij rechtstreekse werking.¹⁰⁵ Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU over de Dienstenrichtlijn volgt dat vergunningen voor het verrichten van diensten die beleidsmatig schaars zijn, ook onderworpen zijn aan het op mededinging gerichte gelijkheids- en transparantiebeginsel, met dien verstande dat dit beginsel dan niet voortvloeit uit de Dienstenrichtlijn maar uit het primaire Unierecht.¹⁰⁶ Bij diensten die buiten het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen, maar niettemin een grensoverschrijdend belang kennen, moet het bestuursorgaan eveneens op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel garanderen dat de procedure voor verkrijging van de vergunning openstaat voor mededinging.¹⁰⁷

- 3.48 De rechtspraak van de bestuursrechter over schaarse publieke rechten is dus inderdaad zoals hiervoor in 3.7 al aan de orde kwam, voor zover het gaat om schaarse vergunningen voor diensten, niet meer dan een uitwerking van het Unierecht. De Dienstenrichtlijn werpt geen ander licht op het voorgaande, maar vormt daarvan eerder alleen een bevestiging, zoals al opgemerkt.
- 3.49 Als een vergelijking wordt gemaakt tussen het aanbestedingsrecht en de regels van het Didamarrest, dan valt op dat als wordt uitgegaan van de hiervoor in 3.37 eerste zin genoemde lezing van het Didamarrest het aanbestedingsrecht veel meer vrijheid geeft in het geval dat de opdracht onder de drempelbedragen blijft van de Europese richtlijnen en geen grensoverschrijdend karakter heeft. De overheid kan dan zelf kiezen wat zij wil, zij het met de hiervoor genoemde beperkingen van art. 1.4 Aanbestedingswet 2012 en, eventueel, die van de art. 1.12 en 1.14 Aanbestedingswet 2012. Dat verschil tussen de regels van het arrest en het aanbestedingsrecht valt niet goed te verklaren, zeker nu de regels van het aanbestedingsrecht een bijzondere rechtvaardiging kennen met het daaraan ten grondslag liggende economische motief en een dergelijke rechtvaardiging voor de regels van het Didamarrest juist geheel ontbreekt. Wordt uitgegaan van de lezing van het arrest waarvan hiervoor is opgemerkt dat deze meer voor de hand ligt, dan zijn het aanbestedingsrecht en de regels van het Didamarrest veel meer met elkaar in overeenstemming. Dat vormt een volgend argument ten gunste van die lezing. Hierna, in het vervolg van deze conclusie volgen er nog meer.

4 Sanctie op niet-naleving van regels Didamarrest

- 4.1 Zoals hiervoor opgemerkt, behoort tot de belangrijkste vragen waartoe het Didamarrest aanleiding geeft, wat de gevolgen zijn van het niet-naleven van de regels van het arrest. Leidt die niet-naleving tot nietigheid of vernietigbaarheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst of is enkel sprake van onrechtmatigheid of mogelijk zelfs dat niet eens? In het arrest wordt op deze vraag in het geheel niet ingegaan, als gezegd.

Art. 3:40 BW

- 4.2 Het antwoord op deze vraag wordt in de eerste plaats beheerst door de algemene regeling van art. 3:40 BW. De lagere rechtspraak komt aan de hand van die regeling echter tot uiteenlopende antwoorden op deze vraag. Ik ga daarom nader in op de opzet en inhoud van die regeling.
- 4.3 Art. 3:40 BW regelt de nietigheid en vernietigbaarheid van overeenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden, de openbare orde en de wet. Daarbij gaat het uit van drie soorten van gevallen van die strijd: (i) het sluiten van de overeenkomst is in strijd met de goede zeden, de openbare orde of de wet, (ii) de inhoud van de overeenkomst is in strijd de goede zeden, de openbare orde of de wet en (iii) de strekking van de overeenkomst is in strijd met de goede zeden, de openbare orde of de wet.
- 4.4 De betekenis die de begrippen het sluiten van de overeenkomst en de inhoud van de overeenkomst hebben, moge duidelijk zijn. Die hebben betrekking op het aangaan van de overeenkomst en hetgeen de overeenkomst bepaalt. Met de strekking van de overeenkomst is blijkens de Toelichting Meijers op art. 3:40 BW bedoeld: "de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven van de rechtshandeling".¹⁰⁸
- 4.5 De begrippen goede zeden en openbare orde verwijzen naar de in een bepaalde maatschappelijke constellatie als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht. Bij de goede zeden staat de moraliteit centraal, bij de openbare orde met name de wijze waarop de maatschappij is ingericht. Bij strijd met de goede zeden en de openbare orde gaat het erom dat het rechtsgeldig zijn van de

overeenkomst naar de bestaande, fundamentele maatschappelijke opvattingen niet aanvaardbaar zou zijn. Voor onaanvaardbaarheid op deze grond moet sprake zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard.¹⁰⁹

Onder wet is in art. 3:40 BW uitsluitend te verstaan wetgeving in formele zin en bepalingen die op een uitdrukkelijke delegatie van de formele wetgever berusten. Niet gedelegeerde lagere wetgeving zoals gemeentelijke verordeningen vallen dus niet onder dat begrip.¹¹⁰

4.6 De regels waaraan de wetgever heeft gedacht, zijn enigszins onvolkomen in de wet neergelegd. Art. 3:40 BW bepaalt:

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

2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.”

Art. 3:40 lid 1 BW vermeldt ten onrechte niet dat ook het geval waarin het sluiten van de overeenkomst in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, dit tot nietigheid leidt.¹¹¹ Blijkens de toelichting is bedoeld te bepalen dat als een overeenkomst in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, deze per definitie nietig is.¹¹²

Voorts is blijkens de Toelichting Meijers bedoeld te bepalen dat als de inhoud of strekking van de overeenkomst in strijd is met de wet, dat tot nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW leidt, dus wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, en dat dit geval dus niet wordt geregeld door art. 3:40 leden 2 en 3 BW.¹¹³

Art. 3:40 leden 2 en 3 BW hebben betrekking op het specifieke geval dat de wet het sluiten van de overeenkomst verbiedt. De bepalingen ervan stellen buiten twijfel dat als dit gebeurt in een dwingende wetsbepaling in beginsel mag worden aangenomen dat de overeenkomst nietig is (toetsing aan het ongeschreven recht, dus de goede zeden en de openbare orde, is dan niet meer nodig). De Toelichting Meijers vermeldt dat bij strijd met een dwingende wetsbepaling veelal ook sprake zal zijn van strijd met de openbare orde.¹¹⁴

De slotwoorden van art. 3:40 lid 2 BW bedoelen tot uitdrukking te brengen dat ook als een wettelijke bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen nietigheid kan worden aangenomen als de strekking van de bepaling dat meebrengt. Dat is volgens de toelichting een kwestie van uitleg van die bepaling.¹¹⁵

De betekenis van art. 3:40 lid 3 BW is na het voorgaande duidelijk. Ter verduidelijking is in de toelichting opgemerkt dat deze bepaling niet eraan in de weg staat dat strijd met een bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, wel kan leiden tot nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW, namelijk als die strijd in het gegeven geval ook leidt tot strijd met de goede zeden of openbare orde.¹¹⁶

4.7 Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de rechter bij de toepassing van art. 3:40 BW de nodige vrijheid heeft willen geven. Naar aanleiding van kritiek op de behandeling van de verboden prestatie (inhoud van de overeenkomst) en het gemaakte onderscheid tussen een verboden overeenkomst en een verboden prestatie (wat categorieën zijn die in elkaar overlopen) heeft de regeringscommissaris onder meer opgemerkt:

“Ik moet vooropstellen dat het een materie is die zich heel moeilijk voor regeling leent. Een van de karakteristieken van artikel 3.2.7 is dan ook dat het niet erg veel meer is dan een kapstok voor de huidige rechtspraak.”

Een andere opzet van de bepaling zou naar de regeringscommissaris opmerkt geen soelaas bieden. Hij vervolgt:

“Wat is namelijk de achtergrond van de hele geschiedenis? Er is een heel groot aantal gedeeltelijk formeel wettelijke bepalingen en gedeeltelijk bepalingen zoals allerlei ministeriële beschikkingen en lagere verordeningen van gemeenten, provincies, en dergelijke, waarmee rechtshandelingen op de een of andere manier kunnen botsen. Al die hogere en lagere wetgevers en ik denk hierbij aan wetgeving van andere departementen hebben de privaatrechtelijke gevolgen niet voor ogen als zij regels maken. Dat betekent dat je niet veel verder komt dan dat je aan de rechter overlaat te bepalen wat in concreto de meest redelijke regeling is.

Je kunt het op twee manieren aan de rechter overlaten. Je kunt zeggen dat het een kwestie is van openbare orde en goede zeden. Dit is een algemene term, maar huiselijk gezegd komt het erop neer dat je het aan de hand van die maatstaf aan die rechter overlaat. Een andere methode is dat je stelt: in strijd met de wet brengt in beginsel dit of dat mee, tenzij”. Beide varianten doen zich bij de rechtspraak voor en beide hebben een kapstok gekregen.”¹¹⁷

Overigens valt op te merken dat onder het huidige BW een zekere tendens valt waar te nemen tot het terugdringen van nietigheid.¹¹⁸

- 4.8 Uit het voorgaande volgt dat bij de toepassing van art. 3:40 BW allereerst moet worden gekeken op welke grond de overeenkomst mogelijk aantastbaar is. Is dat een specifieke dwingende wetsbepaling die het aangaan van de overeenkomst verbiedt, dan zijn de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW van toepassing. In andere gevallen wordt de aantastbaarheid geregeld door art. 3:40 lid 1 BW.

Toepassing van art. 3:40 BW op de niet-naleving van de Didamregels

- 4.9 Bij toepassing van art. 3:40 BW op een overeenkomst die in strijd met de regels van het Didamarrest tot stand is gekomen, is dus allereerst de vraag of bij die strijd sprake is van handelen in strijd met een dwingende wetsbepaling. Het arrest verwijst voor de regels daarvan naar art. 3:14 BW. Die bepaling verbiedt als gezegd het aangaan van een overeenkomst als zodanig niet en is, zoals eveneens hiervoor opgemerkt (in 3.19-3.22), niet meer dan een schakelbepaling, evenals als het hier mede relevante art. 3:1 lid 2 Awb (zie hiervoor in 3.20). De relevante normen zijn dus de regels die op grond van die schakelbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn. De art. 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb zijn hiernaast ook als wettelijke bepalingen te weinig bepaald voor het geval waarop art. 3:40 lid 2 BW het oog heeft (een specifieke wettelijke bepaling die het sluiten van de overeenkomst verbiedt) en ontberen bovendien ook de vereiste strekking (gericht op aantasting van de rechtshandeling) om als dwingende wetsbepaling in de zin van art. 3:40 lid 2 BW kunnen te gelden.¹¹⁹

Daarmee is de vraag of het gelijkheidsbeginsel waarnaar het arrest verwijst, dan als dwingende wetsbepaling in de zin van art. 3:40 lid 2 BW kan gelden. Als gezegd kunnen de regels van het arrest niet alleen worden gedragen door het gelijkheidsbeginsel en valt voor de gelding van die regels mede te verwijzen naar het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod. Voor dat beginsel en dat verbod geldt dus dezelfde vraag.

- 4.10 Het gelijkheidsbeginsel waarnaar het arrest verwijst en waarnaar de rechtspraak van de bestuursrechter over de uitgifte van schaarse publieke rechten verwijst, is het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zoals hiervoor opgemerkt (in 3.15), is het gelijkheidsbeginsel niet gecodificeerd. In dit verband wordt soms verwezen naar het wel in de wet vastgelegde discriminatieverbod van art. 1 Grondwet, maar dat heeft, zoals eveneens hiervoor bleek, een iets andere inhoud en betekenis (zie met name hiervoor in 3.15-3.16) en daarnaar wordt in het arrest bovendien niet verwezen. Er is dus, wat betreft het gelijkheidsbeginsel, geen sprake van een wettelijke bepaling. Wordt toch uitgegaan van art. 1 Grondwet, wat gelet op de hiervoor in 3.12 genoemde ruime uitleg die aan die bepaling wordt gegeven, niet onmogelijk lijkt, dan geldt dat die bepaling (in dit geval) op een zonnegrote groep van uiteenlopende gevallen betrekking heeft iedere niet-toegestane ongelijke behandeling valt daar dan immers onder dat die bepaling bezwaarlijk kan worden aangemerkt als een specifieke wettelijke bepaling die het aangaan van de overeenkomst verbiedt als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW.

- 4.11 Het zorgvuldigheidsbeginsel en het willekeurverbod zijn wel gecodificeerd in de Awb, maar niet in heel herkenbare vorm. Art. 3:2 Awb bevat het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding, dat in dit verband niet speelt. Art. 3:4 Awb bevat mede het materiële zorgvuldigheidsbeginsel waar het hier wel om gaat en het willekeurverbod, naar blijkt uit de op die bepaling gegeven toelichting.¹²⁰ Ook art. 3:4

Awb ziet op een grote groep van uiteenlopende gevallen en kan in verband daarmee niet worden aangemerkt als een specifieke wettelijke bepaling die het aangaan van de overeenkomst verbiedt als bedoeld in art. 3:40 lid 2 BW.

Nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW?

4.12 Art. 3:40 lid 2 BW is dus niet van toepassing te achten. Daarmee blijft art. 3:40 lid 1 BW over. In het arrest Alkemade/Hornkamp is in het geval van een ander gecodificeerd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), de aantastbaarheid van de overeenkomst dan ook beoordeeld op grond van die bepaling.¹²¹ In de zaak van dat arrest hadden de gemeente en Hornkamp een overeenkomst gesloten op grond waarvan Hornkamp was gehouden om door hem te bouwen woningen te verkopen of te verhuren aan ingezetenen of economisch gebonden van de gemeente en een bijdrage aan de kosten voor wijziging van het bestemmingsplan te betalen. In ruil hiervoor verleende de gemeente medewerking aan een vrijstelling van het vigerende bestemmingsplan. Het hof oordeelde dat de gemeente daarmee haar bevoegdheid onder de toenmalige Wet op de Ruimtelijke Ordening voor een ander doel had gebruikt dan waarvoor zij is verleend, en dat de aldus met schending van het verbod van détournement de pouvoir tot stand gekomen overeenkomst in strijd was met de openbare orde en daarom nietig. Dat oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Ook in de lagere rechtspraak¹²² en de literatuur¹²³ wordt aangenomen dat het in strijd handelen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur beoordeeld moet worden aan de hand van art. 3:40 lid 1 BW.

4.13 Als gezegd is voor strijd met de goede zeden en de openbare orde nodig dat sprake is van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard (zie hiervoor in 4.5). Bij het enkele handelen in strijd met regels die gelden op grond van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel of het willekeurverbod waarop de regels van het Didamarrest als gezegd berusten kan bezwaarlijk van strijd met dergelijke fundamentele regels gesproken worden. Van een directe strijd met het willekeurverbod of het gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel is daarbij immers geen sprake. Het gaat bij de Didamregels (slechts) om procedurele regels, die gelden op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en die een gelijke behandeling beogen te bevorderen en willekeur te voorkomen. Het gaat daarmee niet om regels die van zodanig fundamenteel maatschappelijk belang of gewicht zijn te achten dat strijd met de goede zeden en de openbare orde en dus nietigheid valt aan te nemen.¹²⁴ Ook bij schending van grondrechten pleegt niet zonder meer strijd met de goede zeden en de openbare orde te worden aangenomen.¹²⁵ Weliswaar is in het arrest Alkemade/Hornkamp wel strijd met de openbare orde aangenomen of, nauwkeuriger gezegd, het oordeel dat van die strijd sprake is, niet onjuist bevonden, maar een overeenkomst waarvan de inhoud *direct* in strijd is met het beginsel van détournement de pouvoir, betreft een nogal ander geval.

4.14 In het geval dat het handelen in strijd met bepaalde normen op zichzelf geen strijd met de goede zeden of de openbare orde oplevert, kan toch sprake zijn van die strijd als een of beide partijen het oogmerk hadden om die normen te ontgaan. In dat geval kan de strijd met die normen wel voldoende ernstig zijn om tot strijd met de goede zeden of de openbare orde te kunnen concluderen. In dat geval wordt wel gesproken van een gekwalificeerde schending.¹²⁶ Bij de niet-achtneming van de regels van het Didamarrest lijkt me van een dergelijke gekwalificeerde schending alleen sprake te kunnen zijn als de overheid daarbij ten minste bewust in strijd met die regels heeft gehandeld. En in elk geval is daarvan sprake als de overheid zich bewust schuldig heeft gemaakt aan willekeur of favoritisme.¹²⁷

Vergelijking met het aanbestedingsrecht

4.15 Het aannemen van nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW zou zich ook niet goed verdragen met hetgeen in het aanbestedingsrecht geldt. Zoals het hof in rov. 3.7 terecht heeft overwogen, heeft de Hoge Raad diverse malen beslist dat de niet-naleving van het aanbestedingsrecht niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst die in strijd met dat recht tot stand is gekomen.¹²⁸ Dat is blijkens het laatste arrest van de Hoge Raad dat het hof daarbij noemt, uit 2016 dat een cassatieberoep in het belang der wet betreft alleen anders sinds de Aanbestedingswet 2012 geldt en sindsdien alléén in het geval dat art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 een vernietiging mogelijk maakt. Art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 bevat in lid 1 een limitatieve opsomming van de

gronden voor vernietiging van een overeenkomst wegens strijd met het aanbestedingsrecht (die gronden zijn beperkt tot de niet-inachtneming van de meest belangrijke regels van het aanbestedingsrecht) en in lid 2 een korte termijn waarbinnen de vernietigingsvordering moet worden ingesteld. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat buiten het in art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 bepaalde geen nietigheid of vernietigbaarheid van de in strijd met aanbestedingsrecht tot stand gekomen overeenkomst kan worden aangenomen.¹²⁹

4.16 Het ligt niet erg voor de hand dat als in het aanbestedingsrecht waarin de verplichting tot het geven van gelijke kansen als gezegd een sterk ankerpunt heeft in het economisch motief dat de Unie- en nationale wetgever daarvoor heeft geen nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW kan worden aangenomen buiten het nauw omschreven geval van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012, die nietigheid of vernietigbaarheid wel het rechtsgevolg zou zijn als de regels van het Didamarrest niet zijn nageleefd, die een dergelijk (wettelijk) ankerpunt in het geheel niet hebben¹³⁰ en (dus) een veel zwakkere rechtvaardiging kennen.

4.17 In het hiervoor in 3.45 genoemde arrest van de Hoge Raad uit eveneens 2016 is over een aanbesteding waarop het aanbestedingsrecht niet van toepassing is, uitdrukkelijk beslist dat de schending van de in dat geval in acht te nemen beginselen van gelijke behandeling en transparantie kan leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.¹³¹ Van (mogelijke) nietigheid of vernietigbaarheid van de met schending van die beginselen gesloten overeenkomst wordt in het arrest dus niet gerept. Uit dit arrest volgt dus dat de sanctie op die schending moet worden gezocht in een vordering uit onrechtmatige daad. Het ligt voor de hand dat hetzelfde geldt voor de niet-naleving van de regels van het Didamarrest.

Slotsom m.b.t. art. 3:40 BW

4.18 Op grond van art. 3:40 BW valt dus in beginsel geen nietigheid of vernietigbaarheid aan te nemen als sanctie op de niet-naleving van de regels van het Didamarrest. Dit strookt ook met art. 4.9 Comptabiliteitswet 2016 dat voor onder meer de niet-naleving van de voorschriften die bij of krachtens die wet zijn gesteld over verkoop en verhuur van goederen van de Staat welke voorschriften deels overeenkomen met die van het Didamarrest (zie hiervoor in 3.26), bepaalt dat deze de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen door de Staat niet aantast.

Vernietigbaarheid op een andere grond?

4.19 Het hof verwijst in rov. 3.7 voor zijn oordeel naar art. 3:40 lid 2 BW, maar lijkt de vernietigbaarheid van de overeenkomst uiteindelijk onmiskenbaar op een andere grond aan te nemen, namelijk dat dit een passende sanctie is op de niet-naleving van de regels van het Didamarrest als de vernietiging op vordering van [verweersters] als derden kan worden uitgesproken, dit naar analogie van het aanbestedingsrecht (art. 4.15 Aanbestedingswet 2012). Dat is een wezenlijk andere soort van vernietigbaarheid dan die waarop art. 3:40 BW het oog heeft. Art. 3:40 BW heeft immers blijkens zijn inhoud en toelichting uitsluitend betrekking op de vernietiging door (een van) partijen bij de overeenkomst (ook dat is een grond om geen vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW aan te nemen). De vernietigingsvordering op grond van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 kan juist alleen worden ingesteld door derden, namelijk de ondernemers die (mogelijk) door de overeenkomst benadeeld zijn. Die figuur lijkt op die van de pauliana (art. 3:45-3:48 BW), die eveneens alleen door een derde kan worden ingesteld (de benadeelde schuldeiser) en niet door de partijen bij de overeenkomst.

4.20 Aan het hof kan worden toegegeven dat ook bij de niet-naleving van de regels van het Didamarrest voor een sanctie als deze gekozen zou kunnen worden. Die keuze is dan echter aan de wetgever. In de eerste plaats is opnieuw de vraag of wel zo ver moet worden gegaan om de naleving van die regels af te dwingen. Over een dergelijke ingreep moet de wetgever beslissen. Voorts vraagt die sanctie evident om een evenwichtige regeling waarin met de gerechtvaardigde belangen van alle partijen rekening is gehouden. De Aanbestedingswet 2012 kent die regeling voor het aanbestedingsrecht met de hiervoor in 4.15 weergegeven regeling van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012, met wettelijke bepaalde (beperkte) gronden en (korte) termijnen voor het invoeren van de vernietiging,¹³² die de aanbestedende dienst en de wederpartij aan wie zij de opdracht heeft gegund, beschermt.¹³³ Hetzelfde geldt voor de pauliana die eveneens eigen gronden en een eigen termijn kent (de art. 3:45-3:48 en 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW).¹³⁴ Het opstellen van een dergelijke regeling gaat, gelet

op de diverse daarbij te maken afwegingen en keuzes, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. De oplossing van het hof vernietiging is zonder meer mogelijk binnen de algemene termijn van drie jaar van art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW is gelet op het rechtszekerheidsbelang van de overheid en haar wederpartijen onmiskenbaar niet een evenwichtige regeling in de hiervoor bedoelde zin, zeker niet in vergelijking met het aanbestedingsrecht, waaraan de regels van het Didamarrest, zoals hiervoor bleek, nauw verwant zijn en waaruit zij goeddeels afkomstig zijn. Analoge toepassing van alléén de vernietigingstermijn van art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 ligt hier niet voor de hand, omdat daarmee willekeurig één element van de regeling van de Aanbestedingswet 2012 zou worden overgenomen.¹³⁵

Slotsom m.b.t. sanctie van nietigheid en vernietigbaarheid

- 4.21 De sanctie op de niet-naleving van de regels van het Didamarrest is dus alleen te zoeken in een vordering uit onrechtmatige daad. Dat is ook, als ik het goed zie, de opvatting van de meerderheid van de literatuur over het Didamarrest.¹³⁶ De lagere rechtspraak is als gezegd wisselend.¹³⁷ Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad lijkt ook een voldoende sanctie. De overheid die niet behoorlijk kan uitleggen waarom hij voor een bepaalde gegadigde heeft gekozen, kan daarmee aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade (in de regel slechts kansschade).¹³⁸ Voor het verleden kan met deze sanctie anders dan met de sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid maatwerk worden geleverd, omdat dan mede rekening kan worden gehouden met het antwoord op de vraag of het betrokken overheidslichaam op het betrokken tijdstip rekening moest houden met de gelding van die regels. Voor de toekomst is deze sanctie genoeg.¹³⁹ De overheid pleegt zich in het algemeen aan de regels te (willen) houden, onderdeel als zij is van de rechtsstaat. Zij behoort en pleegt als zodanig ook het goede voorbeeld te geven. Voor de meest vergaande sanctie nietigheid of vernietigbaarheid lijkt daarom geen plaats, zeker nu met vernietigbaarheid om de hiervoor in 4.20 genoemde redenen geen maatwerk kan worden geleverd (geen evenwichtige regeling zou bestaan). Daarbij valt voorts te bedenken dat de wederpartij lang niet altijd erop bedacht zal zijn dat de regels van het arrest niet naar behoren zijn nageleefd.¹⁴⁰ Ook voor de overheid zelf behoeft dat in veel gevallen niet duidelijk te zijn, ook als wordt uitgegaan van de lezing van het Didamarrest die in 3.31-3.40 is vermeld.

Schadevergoeding in natura?

- 4.22 Bij een onrechtmatige daadsvordering zou in het onderhavige verband kunnen worden gedacht aan schadevergoeding in natura. De koper zou kunnen worden veroordeeld om het in strijd met de regels overgedragen goed op zijn beurt over te dragen aan de derde die het goed zou hebben verkregen als de regels in acht waren genomen. In de rechtspraak is een dergelijke vordering in het verleden toegewezen in een geval waarin de overdragende partijen beide welbewust hadden gehandeld in strijd met een koopoptie van de derde.¹⁴¹ Voor toewijzing van een dergelijke vordering is wel vereist dat ook de verkrijger onrechtmatig jegens de derde heeft gehandeld, dus ten minste wist dat met de overdracht in strijd met de regels werd gehandeld en dat de derde het goed zou hebben verkregen als de regels wel in acht waren genomen. In een geval zoals in deze zaak, waarin nog niet is overgedragen, maar wel gekocht, zou mede op basis van art. 3:298 BW (botsende rechten op levering) en de daar genoemd maatstaven tot hetzelfde resultaat kunnen worden gekomen. Nu deze vordering in deze zaak niet is ingesteld (zie hiervoor in 2.2), ga ik daarop verder niet in.

5 Bespreking cassatieberoepen

Bespreking middel gemeente

- 5.1 Onderdeel 1 van het middel van de gemeente klaagt als gezegd dat het hof heeft miskend dat de regels van het Didamarrest pas gelden vanaf de datum van dat arrest. Het onderdeel betoogt dat de praktijk voordien geen rekening met de gelding van die regels behoefde te houden. Daarom kunnen die regels pas vanaf de datum van het arrest gelden. Blijkens de uitwerking van deze klacht, de andere klachten van het middel en het standpunt van de gemeente, gaat het onderdeel uit van de lezing van het Didamarrest die hiervoor in 3.37 eerste zin is vermeld, waarbij dat arrest, zoals het onderdeel het omschrijft, zou kunnen worden gekenschetst als een verrassende vrucht van de rechtsvormende taak

van de Hoge Raad en een trendbreuk, waarop de praktijk niet heeft hoeven rekenen.¹⁴²

5.2 Zoals hiervoor in 3.31-3.40 is vermeld, valt het Didamarrest niet aldus te lezen. Ware het anders, dan had, om de in het onderdeel aangeduide redenen, het arrest overgangsrecht bevat.¹⁴³ Het ontbreken van overgangsrecht vormt dan ook juist een volgende, sterke aanwijzing dat het arrest moet worden gelezen in de hiervoor in 3.31-3.40 bedoelde zin. Uitgaande van die lezing bestaat niet echt behoefte aan overgangsrecht bij de regels van het arrest. Die regels zijn dan immers niet meer dan een zekere aanscherping van hetgeen daarvoor al gold (mededingingsruimte bieden, tenzij er een goede reden is om daarvan af te zien). Het onderdeel berust dus op een verkeerde opvatting over de betekenis van de regels van het Didamarrest en faalt daarom.

5.3 Subonderdeel 2.1 klaagt dat het hof in rov. 3.7 ten onrechte art. 3:40 lid 2 BW heeft toegepast. Die bepaling ziet op de situatie waarin een rechtshandeling is verricht in strijd met een dwingende wetsbepaling en die situatie doet zich hier niet voor, nu de regels van het Didamarrest niet zijn vervat in een dwingende wetsbepaling, aldus het subonderdeel.

Subsidiar klaagt subonderdeel 2.2 dat die regels en art. 3:14 BW, waarop het Didamarrest mede berust, niet de strekking hebben om de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten die in strijd daarmee zijn verricht als bedoeld in art. 3:40 lid 3 BW. Het subonderdeel verwijst in dat verband naar hetgeen in het aanbestedingsrecht geldt volgens de arresten die het hof in voetnoot i van zijn arrest heeft genoemd.

Onderdeel 3 gaat uit van de veronderstelling dat de sanctie op niet-naleving van de regels van het Didamarrest wel vernietigbaarheid kan zijn op grond van art. 3:40 BW. Subonderdeel 3.1 klaagt dat het hof in dat geval heeft miskend dat het rechtszekerheidsbeginsel aan vernietiging in de weg kan staan. De gemeente heeft aangevoerd dat Groenstaete op de rechtsgeldigheid van de overeenkomst heeft mogen vertrouwen. Subonderdeel 3.2 voert aan dat het hof in elk geval in de omstandigheden van dit geval de overeenkomsten niet heeft kunnen vernietigen.

5.4 Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 4.9-4.11 is opgemerkt, is subonderdeel 2.1 als zodanig gegrond. Dat kan, gelet op het hiervoor vermelde niet zonder meer worden gezegd van de subonderdelen 2.2-3.2, maar ik lees de onderdelen 2 en 3 als geheel aldus dat deze mede zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat naar analogie van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 de mogelijkheid van vernietiging door derden zoals in dit geval [verweersters] kan worden aangenomen, welk oordeel onjuist is om de hiervoor in 4.20 genoemde redenen. De onderdelen keren zich immers als geheel onmiskenbaar tegen het oordeel van het hof dat de overeenkomsten in dit geval vernietigbaar zijn.¹⁴⁴ Dat betekent dat ook de onderdelen als geheel in zoverre tot cassatie leiden. Voor het overige behoeven ze geen behandeling.

5.5 Onderdeel 4 is voorgesteld voor het geval dat de voorgaande klachten van het middel slagen. Voor dat geval klaagt subonderdeel 4.1 dat het hof in rov. 3.9 heeft miskend dat een verbod op uitvoering van een niet-aantastbare overeenkomst niet mogelijk is. Het doet daarvoor mede een beroep op rov. 3.7.5 van het hiervoor in 4.15 genoemde arrest van de Hoge Raad van 18 november 2016, waarin is beslist dat de uitvoering van een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst alleen kan worden verboden in de gevallen dat deze op grond van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 is aan te tasten.

Voor het geval dat deze klacht faalt, voert subonderdeel 4.2 aan dat het oordeel van het hof geen stand kan houden, nu het uitsluitend is gegrond op het oordeel dat de overeenkomsten vernietigd worden en het dus het lot van dat oordeel moet delen.

5.6 Subonderdeel 4.1 kan niet tot cassatie leiden. Het hof heeft in rov. 3.9 geoordeeld dat de vernietiging van de overeenkomsten meebrengt dat het gevorderde verbod op uitvoering van de overeenkomsten toewijsbaar is. Dat een verbod op uitvoering van een niet-aantastbare overeenkomst niet mogelijk is, zoals het subonderdeel 4.1 stelt, wordt dus gesteld dat dit zo zou zijn niet door het hof miskend in rov. 3.9. Het subonderdeel berust dus op een onjuiste lezing van het oordeel van het hof en kan daarom niet tot cassatie leiden. Overigens is onjuist dat een verbod op uitvoering van een niet-aantastbare overeenkomst niet mogelijk is, zoals het subonderdeel stelt. Dat verbod kan immers onder omstandigheden op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid op zijn plaats zijn, terwijl ook kan worden gedacht aan schadevergoeding in natura, zoals hiervoor in 4.22 is besproken. De

beslissing van rov. 3.7.5 van het arrest van de Hoge Raad van 18 november 2016 is in dit geval niet van toepassing. Het gaat hier immers niet om een aanbesteding waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, waarop die beslissing ziet.

Subonderdeel 4.2 bouwt geheel voort op de voorgaande onderdelen en slaagt daarom in het voetspoor van onderdelen 2 en 3, nu het oordeel van het hof dat het gevorderde verbod op uitvoering van de overeenkomsten toewijsbaar is, als gezegd berust op zijn vernietiging van de overeenkomsten. De klacht van het subonderdeel was echter niet nodig om eerstgenoemd oordeel in cassatie onderuit te laten gaan. Het slagen van een cassatieklacht heeft immers van rechtswege tot gevolg dat niet alleen het daardoor bestreden oordeel na cassatie en verwijzing niet langer geldt, maar ook dat op dat oordeel voortbouwende oordelen in de bestreden uitspraak niet meer gelden. Goed beschouwd, ontbreekt dus belang bij de klacht van het subonderdeel.¹⁴⁵

- 5.7 Ik heb mij nog afgevraagd of het verbod tot uitvoering van de overeenkomsten niet zelfstandig ten opzichte van de gemeente gedragen kan worden door het oordeel van het hof in rov. 3.10 dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de koopovereenkomst met Groenstaete aan te gaan. Dat lijkt me niet het geval, omdat dat verbod op de grond dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld, in een geval als het onderhavige alleen kan worden toegewezen als ook Groenstaete onrechtmatig jegens [verweersters] hebben gehandeld door de overeenkomst aan te gaan (zie hiervoor in 4.22) en het hof in rov. 3.11 oordeelt dat dit laatste niet het geval is.

Bespreking middel Groenstaete

- 5.8 De onderdelen 2.1-2.4 van het middel van Groenstaete keren zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat het handelen in strijd met de regels van het Didamarrest leidt tot vernietigbaarheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst. De onderdelen bestrijden dat dit op grond van de art. 3:14 BW, 3:40 BW en 4.15 Aanbestedingswet 2012 het geval is en noemen daarbij diverse van de hiervoor genoemde gezichtspunten. Zij bestrijden ook dat op grond van de art. 3:14 BW en 3:40 BW sprake is van nietigheid. De onderdelen 2.2-2.4 bevatten subsidiaire klachten.
- 5.9 Op grond van hetgeen hiervoor is vermeld in 4.9-4.11 en 4.15-4.21, slaagt onderdeel 2.1. De onderdelen 2.2-2.4 behoeven in verband daarmee geen behandeling.
- 5.10 De onderdelen 2.6-2.7 klagen dat het hof ten onrechte in rov. 3.6 het verweer van de gemeente en Groenstaete heeft verworpen dat de gemeente op gerechtvaardigde gronden ervoor heeft gekozen om met Groenstaete in zee te gaan. Onderdeel 2.6 voert onder meer aan dat de gemeente doende was met een mede in een bestemmingsplan uit te werken masterplan voor het gehele plangebied, dat Groenstaete de enige was die op de door de gemeente gestelde zakelijke en objectieve voorwaarden in aanmerking kwam om dat plan uit te voeren, onder meer omdat zij een bestaande grondpositie in het plangebied had (de grondpositie van Coop voor wie Groenstaete optrad) en zij, anders dan [verweersters], projectontwikkelaar is (Groenstaete heeft nog enige andere argumenten in dit verband aangevoerd, die het onderdeel eveneens aanhaalt, maar ik korthedshalve weglaat). Het hof heeft de juistheid van deze stellingen in het midden gelaten, zodat in cassatie van de juistheid ervan mag worden uitgegaan, aldus het onderdeel. Dat voert voorts aan dat, anders dan het hof in rov. 3.6 tot uitgangspunt neemt, de regels van het Didamarrest niet inhouden dat potentiële gegadigden ook de mogelijkheid moet worden gegeven om een eigen ontwikkelingsplan in te dienen voor een bepaald plangebied.

Onderdeel 2.7 klaagt dat het hof heeft miskend dat als Groenstaete de enige serieuze kandidaat was om het ontwikkelingsplan van de gemeente uit te voeren, de gemeente de procedure van rov. 3.1.6 van het Didamarrest niet behoefde te doorlopen.

- 5.11 De in onderdeel 2.6 genoemde stellingen zijn inderdaad door Groenstaete gemotiveerd en onderbouwd aangevoerd, op de in het onderdeel genoemde plaatsen.¹⁴⁶ Zie wat betreft de stelling die daarvan m.i. de belangrijkste is, de memorie van antwoord, die afsluit met:

“82. De conclusie luidt dat de Gemeente gelet op de (grond)positie van Coop en Groenstaete niet om hen heen kon en kan. Coop en Groenstaete hebben de sleutel naar de door de Gemeente beoogde herontwikkeling van het Centrumgebied in handen. Groenstaete was en is daarom de enige serieuze gegadigde voor de Gemeentehuislocatie. Anders gezegd, als de Gemeente de Gemeentehuislocatie aan een andere partij zou (moeten) verkopen, komt het Centrumplan er niet. Het is daarom begrijpelijk en

redelijk dat de Gemeente de drie selectiecriteria heeft gehanteerd. Met name vanwege criterium 'bestaande positie met betrekking tot het Raadhuisplein' heeft de Gemeente Groenstaete in redelijkheid als enige serieuze gegadigde mogen aanmerken en mogen besluiten om één-op-één met Groenstaete te contracteren."

5.12 Dit verweer van Groenstaete dat ook zo door de gemeente is gevoerd¹⁴⁷ is door de rechtbank gegrond geoordeeld (rov. 4.6 en 4.7, hiervoor in 2.7 aangehaald). Het hof haalt dit verweer in verkorte vorm aan in rov. 3.5. Het hof verwerpt dit verweer in rov. 3.6 naar de kern genomen op grond van het argument dat het niet relevant is: het Didamarrest verplicht tot het bieden van mededingingsruimte en die verplichting heeft de gemeente niet nageleefd. Over het argument dat de gemeente niet om Groenstaete heen kon en kan, gelet op de grondpositie van Coop, overweegt het hof niet meer dan: "Een opdrachtrelatie van Groenstaete met Coop, die eigenaar van de Coop-locatie is, vormt evenmin een reden om aan te nemen dat Coop/Groenstaete de enige serieuze gegadigde was voor verwerving van de gemeentehuislocatie." Bij zijn overwegingen in rov. 3.6 maakt het hof zich langzaam los van de hoofdregel van het Didamarrest, dat de overheid bij de verkoop van een onroerend goed mededingingsruimte moet geven. Het eindigt in rov. 3.6, het gedrag van de gemeente onjuist oordelend, met de overweging dat aan marktpartijen als [verweersters] de kans is ontnomen om aan de gemeente een aantrekkelijk ontwikkelingsplan te presenteren. Om deze reden verwerpt het hof het argument van de gemeente en Groenstaete dat [verweersters] het vastgestelde projectplan niet kunnen uitvoeren.

5.13 Onderdeel 2.6 klaagt terecht dat het hof met dit laatste andere regels heeft toegepast dan het Didamarrest inhoudt. De regels van het Didamarrest hebben betrekking op de verkoop van onroerend goed. Een ontwikkelingsplan als het onderhavige moet uiteindelijk worden vastgesteld door de gemeentelijke wetgever de gemeenteraad, omdat het bestemmingsplan het plan mogelijk moet maken en bestemmingsplannen als gemeentelijke wetgeving door de gemeenteraad worden vastgesteld. In dit geval is het masterplan ook als bestemmingsplan door de gemeenteraad vastgesteld (zie hiervoor in 2.1 onder (xv) en (xvii)).

Voor de vaststelling van een bestemmingsplan kent de wet ten tijde van het arrest van het hof nog de Wet op de ruimtelijke ordening (inmiddels heet een bestemmingsplan een omgevingsplan en wordt dat plan geregeld in de Omgevingswet) eigen regels. Tegen de vaststelling van een bestemmingsplan bestaat anders dan normaal gesproken bij wetgeving het geval is rechtsbescherming en wel in de vorm van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat is dus de bevoegde rechter met betrekking tot de vraag aan welke eisen (de totstandkoming van) een ontwikkelingsplan als het onderhavige moet voldoen.

Bij het vaststellen van een bestemmingsplan bestaat niet de verplichting om mededingingsruimte te geven, laat staan, zoals het hof in de hiervoor in 5.12 aangehaalde overweging oordeelt, dat aan marktpartijen, zoals in dit geval [verweersters], de kans moet worden geboden om een aantrekkelijk ontwikkelingsplan te presenteren. Een bestemmingsplan komt volgens de in de wet voorziene weg tot stand aan de hand van de maatstaf van een goede ruimtelijke ordening. Het bieden van mededingingsruimte maakt van deze wettelijke procedure geen deel uit.

Aan de toepassing van de maatstaf van een goede ruimtelijke ordening valt in beginsel een volledige rechtvaardiging te ontleen voor een verschil in behandeling van grondeigenaren (en achterliggende belanghebbenden dus, naar ik in verband met deze zaak toevoeg) die uit het bestemmingsplan voortvloeit.¹⁴⁸ Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling behoeft bij de vaststelling van een bestemmingsplan (dan ook) geen rekening te worden gehouden met het geven van mededingsruimte. Zo overweegt de Afdeling in een uitspraak van 21 juli 2021:

"8.1 De Afdeling stelt voorop dat algemene planologische besluiten, zoals onder meer een bestemmingsplan, het gebruik van gronden weliswaar territoriaal of kwantitatief bindend kunnen beperken, maar zelf in beginsel geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. De Afdeling verwijst naar de conclusie die staatsraad-advocaat generaal Widdershoven heeft uitgebracht op 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, paragrafen 4.4 en 4.24. Ook dit bestemmingsplan is niet een besluit dat zelf schaarse rechten toedeelt. In dit geval gaat het om schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond beperkt is tot de daartoe bestemde locatie."¹⁴⁹

In de procedure die [verweersters] bij de Afdeling hebben gevoerd tegen het onderhavige bestemmingsplan, hebben zij kennelijk getracht om de Afdeling op andere gedachten te brengen wat betreft dit laatste. In haar hiervoor in 2.1 onder (xvii) genoemde uitspraak van 1 februari 2023 overweegt de Afdeling:

“15. () Daarnaast verzoeken Becedo Vastgoed en anderen de Afdeling haar jurisprudentie over schaarse rechten nogmaals te bezien.

()

15.4. In de uitspraak van 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:283, heeft de Afdeling overwogen dat bestemmingsplannen geen schaarse rechten toedelen. In vervolg daarop heeft de Afdeling in haar uitspraak van 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2221, overwogen dat planologische besluiten, zoals bestemmingsplannen, in beginsel geen besluiten zijn die schaarse rechten toedelen. De Afdeling ziet in wat Becedo Vastgoed en anderen betogen, geen aanleiding deze lijn in de jurisprudentie aan te passen.”

5.15 Gelet op het voorgaande kan het moeten bieden van mededingingsruimte niet worden betrokken op het opstellen van een ontwikkelingsplan als het onderhavige.¹⁵⁰ Uiteraard is mogelijk dat een bestemmingsplan en eventueel daaraan voorafgaande ontwikkelingsplannen als de onderhavige oneigenlijk zijn toegeschreven naar een bepaalde gegadigde en om die reden jegens andere marktpartijen onrechtmatig zijn, maar als die gegadigde gelet op zijn grondpositie onmisbaar is en dat de reden is om met hem in zee te gaan, valt die onrechtmatigheid bezwaarlijk aan te nemen.¹⁵¹ Overigens valt aan een dergelijk plan juist een rechtvaardiging te ontleen om met een bepaalde gegadigde in zee te gaan. Als het plan waarvoor op grond van de betrokken publieke belangen, waaronder dat van een goede ruimtelijke ordening, mag worden gekozen door de (democratisch gelegitimeerde) lagere wetgever anders niet uitvoerbaar is, door de grondpositie van die gegadigde, levert dat immers in beginsel een (alleszins) redelijke en objectieve rechtvaardiging op.

5.16 De Afdeling heeft (dan) ook (begrijpelijkerwijs) tot uitdrukking gebracht dat zij niet bij voorbaat ervan overtuigd is dat de gemeente in dit geval in strijd met de regels van het Didamarrest heeft gehandeld. Zij overweegt namelijk voorts (cursivering toegevoegd):

“15. Volgens Becedo Vastgoed en anderen is niet zeker dat het plan uitvoerbaar is. Na het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (hierna: het Didam-arrest), is immers niet zeker dat [Groenstaete] de in het plan opgenomen functies kan realiseren. Niet is uitgesloten dat de verkoopprocedure opnieuw dient plaats te vinden. Omdat dan een andere partij het plan kan ontwikkelen en met die partij geen anterieure overeenkomst is gesloten, had de raad een exploitatieplan moeten vaststellen. ()

15.1. In haar uitspraak van 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157, is de Afdeling ingegaan op het Didam-arrest. Becedo Vastgoed en anderen hebben niet aannemelijk gemaakt dat de raad op voorhand had moeten inzien dat het bestemmingsplan niet kan worden uitgevoerd zonder dat de daarvoor benodigde gemeentelijke gronden in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zoals nader uitgewerkt in het Didam-arrest, aan [Groenstaete] zijn verkocht. Immers, over de vraag of de gronden in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn verkocht, wordt nog steeds geprocedeerd. *Dat er strijd is, is niet evident en het is aan de civiele rechter om daar een uitspraak over te doen.* De raad heeft dus de vaststelling van het plan niet om deze reden achterwege moeten laten.

()¹⁵²

5.17 Zoals hiervoor in 3.35 al opgemerkt, kan de door Groenstaete in dit geval beheerste grondpositie van Coop dus wel degelijk een rechtvaardiging opleveren om geen mededingingsruimte te bieden. Ook in zoverre slaagt onderdeel 2.6. Voor het overige kan het onderdeel onbehandeld blijven, gelet op het slagen van de hiervoor genoemde klachten. Onderdeel 2.7 slaagt eveneens, gelet op het hiervoor in 3.36 opgemerkte.

5.18 Onderdeel 2.8 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.14 over de kostenveroordeling in het incident, die in grief 10 van [verweersters] aan de orde werd gesteld. Anders dan de rechtbank (in

haar incidentele vonnis van 19 augustus 2020), heeft het hof de gemeente en Groenstaete in de kosten van het incident in eerste aanleg veroordeeld. Weliswaar is de incidentele vordering van [verweersters] afgewezen bij genoemd vonnis; daarover is in hoger beroep niet geklaagd, maar dat was mede omdat de gemeente een van de stukken waarop de vordering zag, het taxatierapport van de gemeentehuislocatie, bij antwoord in het incident heeft overgelegd, zodat [verweersters] daarover vanaf toen beschikten. Het hof heeft overwogen dat de gemeente en Groenstaete geen gevolg hebben gegeven aan het eerdere verzoek van [verweersters] om het taxatierapport aan hen ter beschikking te stellen, zodat [verweersters] genoodzaakt waren daarvoor een incidentele vordering in te stellen. Dat rechtvaardigt volgens het hof dat de gemeente en Groenstaete in de kosten van het incident worden veroordeeld.

Het onderdeel klaagt dat de gemeente het rapport bij de eerste gelegenheid heeft overgelegd en verwijst naar een passage in de processtukken waarin Groenstaete aanvoert dat [verweersters] buiten rechte niet om de stukken hebben gevraagd waarop de vordering ziet, dat de gemeente bereid is om die stukken voor een groot deel te geven en dat [verweersters] daarom in de kosten van het incident moeten worden veroordeeld.¹⁵³ Voorts voert het onderdeel aan dat [verweersters], omdat de vordering met betrekking tot de andere stukken niet toewijsbaar is geoordeeld, als de voor het grootste deel in het ongelijk gestelde partij zijn te beschouwen. Hiernaast betoogt het onderdeel dat het hof Groenstaete niet in de kosten heeft kunnen veroordelen, nu alleen de gemeente over de stukken beschikte en zij dus niet.

- 5.19 Het onderdeel lijkt me gegrond. Art. 237 Rv is ook van toepassing op incidenten. Ook in een incident geldt dus dat de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld.¹⁵⁴ Op deze regel maakt art. 237 Rv een uitzondering voor onder meer het geval dat kosten nodeloos zijn veroorzaakt. Kennelijk berust het oordeel van het hof in rov. 3.14 op deze grond (de gemeente en Groenstaete hebben [verweersters] onnodig genoodzaakt om met betrekking tot het taxatierapport de incidentele vordering in te stellen en aldus proceskosten te maken). In dat geval is het oordeel van het hof echter onvoldoende gemotiveerd in het licht van de stelling van Groenstaete waarnaar het onderdeel verwijst: [verweersters] hebben buiten rechte niet om de betrokken stukken gevraagd; zij hebben de overlegging daarvan rauwelijks in de inleidende dagvaarding incidenteel gevorderd. Uitgaande van de juistheid van deze stellingen kan niet worden gezegd dat de gemeente en Groenstaete de kosten van het instellen van de incidentele vordering wat blijkens de gedingstukken de enige kosten van [verweersters] zijn waarop de kostenveroordeling in het incident ziet nodeloos hebben veroorzaakt door niet desgevraagd het rapport aan [verweersters] te geven. [verweersters] hadden die kosten immers al gemaakt toen hun verzoek de gemeente en Groenstaete bereikte. In het licht van de stellingen van Groenstaete heeft het hof dus niet tot zijn beslissing op dit punt kunnen komen. Dat geldt temeer nu de juistheid van die stellingen wordt bevestigd door de onderbouwing van de grief van [verweersters] die het hof in rov. 3.14 gegrond oordeelt (grief 10 dus). Die luidt dat de gemeente en Groenstaete geen gehoor hebben gegeven aan de sommatie in de inleidende dagvaarding om de stukken uiterlijk op 7 juli 2020 aan [verweester 1] over te leggen en dat zij daarom in de kosten van het incident dienen te worden veroordeeld. [verweersters] bevestigen dus dat zij eerst bij de inleidende dagvaarding om de stukken hebben verzocht.¹⁵⁵

Voor het overige behoeft het onderdeel geen behandeling. Ik merk nog wel op dat uit het middel niet blijkt dat Groenstaete heeft aangevoerd dat zij niet over de stukken beschikte. Zij noemt daarvoor wel een vindplaats, maar op die plaats staat dat niet.

Bespreking middel [verweersters]

- 5.20 De voorwaarde waaronder de (gelijkluidende) incidentele cassatieberoepen van [verweersters] zijn ingesteld kort gezegd dat de principale cassatieberoepen slagen (zie hiervoor in 3.4) is vervuld, zodat wordt toegekomen aan behandeling daarvan.
- 5.21 Onderdeel I van het middel bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 3.7 voor het geval dat aldus begrepen zou moeten worden dat dit inhoudt dat de sanctie op niet-naleving van de regels van het Didamarrest geen nietigheid is.
- 5.22 Dit onderdeel faalt, omdat het hof niet op de eventuele nietigheid van de overeenkomsten is ingegaan. Het onderdeel gaat dus uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Dat neemt

niet weg dat niet valt aan te nemen dat strijd met de regels van het arrest in beginsel tot nietigheid leidt. Dat is mogelijk anders als sprake is van de hiervoor genoemde gekwalificeerde schending (zie hiervoor in 4.14). [verweersters] betogen in het onderdeel onder meer dat op grond van de vaststelling van het hof in rov. 3.7 dat de gemeente en Groenstaete bij het aangaan van de overeenkomsten in oktober 2019 wisten dat de juistheid van hun standpunt over het bieden van mededingingsruimte door [verweersters] werd bestreden en in rov. 3.10 dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met de Didamregels te handelen, vaststaat dat van een gekwalificeerde schending sprake is. Dit betoog berust evenwel op een onjuiste lezing van het arrest van het hof. In rov. 3.11 stelt het hof immers vast dat de regels van het Didamarrest afwijken van hetgeen ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten de gebruikelijke manier van onderhandse verkopen van gemeentegrond was. Met andere woorden: de gemeente en Groenstaete behoefden niet uit te gaan van de juistheid van de bestrijding van hun zienswijze door [verweersters] en hebben dus niet bewust tegen de Didamregels gehandeld, zoals ten minste is vereist om een gekwalificeerde schending te kunnen aannemen.

- 5.23 Onderdeel II berust op de veronderstelling dat de afwijzing door het hof van de vordering tot ongedaanmaking van de koop- en samenwerkingsovereenkomst niet alleen berust op zijn oordeel in rov. 3.9 dat het die overeenkomsten in zijn arrest vernietigt, maar ook op de grond dat deze niet kan worden gedragen door de art. 3:14 en 3:296 BW. Het klaagt dat deze laatste grond onjuist is. In het onderdeel wordt er onder b op gewezen dat [verweersters] met het oog op de procedure na verwijzing belang kan hebben bij behandeling van deze klacht door de Hoge Raad.
- 5.24 Ook dit onderdeel gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof en faalt dus bij gebrek aan feitelijke grondslag. Overigens blijkt niet dat [verweersters] de art. 3:14 en 3:296 BW als (zelfstandige) grondslag voor hun vordering hebben aangevoerd (zie hiervoor in 2.3). Het onderdeel noemt geen vindplaatsen.
- 5.25 Onderdeel III keert zich tot slot tegen het oordeel van het hof in rov. 3.11 dat Groenstaete niet onrechtmatig jegens [verweersters] hebben gehandeld door de overeenkomsten met de gemeente te sluiten. Volgens het onderdeel geeft het oordeel van het hof dat daartoe onvoldoende is gesteld, blijkt van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel niet voldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweersters]
- 5.26 Het onderdeel faalt. Het hof heeft terecht in rov. 3.11 vooropgesteld dat de omstandigheid dat de gemeente bij het aangaan van de koopovereenkomst met Groenstaete een op haar rustende verplichting het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van haar grond heeft geschonden, niet betekent dat Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld en dat om dit te kunnen aannemen bijkomende omstandigheden nodig zijn (zie hiervoor in 4.22). Het oordeel van het hof dat dergelijke omstandigheden niet zijn gesteld, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk in het licht van zijn vaststelling dat de regels van het Didamarrest afwijken van hetgeen ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten de gebruikelijke manier van het onderhands verkopen van gemeentegrond was. De omstandigheden die [verweersters] in dit verband hebben aangevoerd en waarnaar het onderdeel verwijst, behelzen niet meer dan dat de gemeente en Groenstaete voor het arrest al van het bestaan en de gelding van die regels hadden moeten uitgaan (omdat in het Didamarrest is beslist dat die regels gelden). Dat is echter onmiskenbaar onvoldoende om aan te nemen dat Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁵⁶

6 Slotopmerkingen; afsluiting

- 6.1 In het voorgaande zijn de belangrijkste van de hiervoor in 1.5 genoemde vragen beantwoord. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad, ten behoeve van de praktijk, die vragen in zijn arrest in deze zaak beantwoordt, ook als de behandeling van de aangevoerde cassatieklachten daartoe niet noopt. Antwoorden waarbij de rechtszekerheid vooropstaat, lijken daarbij wenselijk, gelet op de eisen van het rechtsverkeer. Dit is als gezegd ook de reden waarom in het aanbestedingsrecht aanvankelijk in het geheel geen nietigheid en vernietigbaarheid kon worden aangenomen bij strijd met dat recht en daarna uitsluitend vernietigbaarheid in het geval van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 (zie hiervoor in 4.15-4.17 en 4.19-4.20). Wat voor het aanbestedingsrecht geldt, zou ten minste moeten gelden voor

de Didamregels. Een beroep op nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW is dan niet of alleen in extreme gevallen van een gekwalificeerde schending mogelijk.

- 6.2 Voorts zou de Hoge Raad in zijn arrest ten behoeve van de praktijk kunnen ingegaan op de in deze zaak niet spelende vraag of de regels van het Didamarrest ook gelden voor andere rechtshandelingen en andere goederen van de overheid dan verkoop en onroerende zaken (zie daarover hiervoor in 3.38). Voorts ligt het voor de hand dat duidelijkheid wordt gegeven over het antwoord op de vraag of overheden de naleving van de regels van het Didamarrest kunnen regelen in een beleidsregeling en met name aan welke eisen die regeling dan in grote trekken zou moeten voldoen.¹⁵⁷ Dat zou eveneens de rechtszekerheid en de uitvoerbaarheid van die regels immers bepaald ten goede komen. Hiernaast zou het goed zijn als wordt geëxpliciteerd op welke wijze mededingingsruimte kan worden geboden. In de hiervoor in 1.9 genoemde motie wordt ervan uitgegaan dat een veiling moet worden georganiseerd, waarbij het goed naar de hoogste bieder gaat. Gelet op de grote vrijheid die de overheid hier heeft, blijkt de rechtspraak van de bestuursrechter (zie hiervoor in 3.8 slot), die ook in het Didamarrest lijkt te worden uitgesproken (rov. 3.1.4), is die gedachte niet juist, maar het zou goed zijn als ook daarover meer duidelijkheid bestaat. Daarbij valt te bedenken dat een arrest als het onderhavige niet alleen door goed ingevoerde juristen wordt gelezen en toegepast, met andere woorden de praktijk behoefte heeft aan meer guidance dan gewoonlijk.
- 6.3 In deze conclusie is de vorige Didamzaak deels tot op zekere hoogte overgedaan. Dat was onvermijdelijk (zie hiervoor in 3.5). Opmerking verdient dat nogal wat van hetgeen in deze conclusie is vermeld, in de vorige Didamzaak niet aan de orde is geweest dat blijkt althans niet uit de daarvan gepubliceerde uitspraken en stukken, kennelijk in verband met de (andere) wijze waarop het debat zich in die zaak heeft ontwikkeld.
- 6.4 De regels van het Didamarrest zijn op zichzelf goed ontvangen velen juichen ze toe, maar goed beschouwd geldt dat alleen voor zover het arrest wordt gelezen in de in deze conclusie genoemde zin, waarbij voldoende mogelijkheid bestaat voor de overheid om die regels niet te volgen als daarvoor een goede reden bestaat. Die lezing ligt om meerdere redenen voor de hand, waaronder dat het arrest dan tot bevredigende en werkbare resultaten leidt (zie hiervoor in 3.6-3.49, 5.2 en 5.11-5.17, m.n. 3.31-3.40 en 5.2). Als sanctie op de niet-naleving van de regels van het Didamarrest komt alleen een vordering uit onrechtmatige daad in aanmerking, behoudens (mogelijk) in het geval (dat blijkt) dat de regels van het Didamarrest welbewust zijn ontdoken, om de betrokken wederpartij te bevoordelen (zie hiervoor in 4.1-4.22 en 6.1).

7 Conclusie

De conclusie strekt in de principale cassatieberoepen tot vernietiging en in de incidentele cassatieberoepen tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen (Didam). De aanduiding berucht kwam ik tegen een van de hierna te noemen overzichtsartikelen.

² Partijen hebben afgesproken om de kort geding procedure niet voort te zetten na het arrest, maar te volstaan met het verder uit procederen van de bodemprocedure. Zie o.m. voetnoot 2 van de procesinleiding in cassatie van Groenstaete en de schriftelijke toelichting van [verweersters] onder 4.

³ Vgl. HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, [NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/Ikon),] rov. 3.3; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, [NJ 1993/232, m.nt. M.

Scheltema (Zeeland/Hoondert),] rov. 3.3.

- ⁴ Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, [AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel,] rov. 8, met betrekking tot het verlenen van schaarse vergunningen.
- ⁵ Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, [AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel,] rov. 8.
- ⁶ Zie bijvoorbeeld G.K. den Uyl-Slagter en J. Wieland, Een jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?, BR 2022/84, A.G. Bregman en N. van Wijk-van Gilst, Twee jaar na Didam: stand van zaken, TBR 2024/12, G.K. den Uyl-Slagter en J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80, J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers en M. Stainer, De gevolgen van het Didam-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?, TA 2023/54, M. Fokkema, Het tsunami-effect van het Didam-arrest. Deel 5, Grondzaken 2024/6 (er zijn ook delen 1-4), en R.J. Lucassen, Gronduitgifte door de overheid na Didam, een update (deel 3), LTB 2024/15.
- ⁷ Zie o.m. de antwoorden op de Kamervragen in Aanhangsel Handelingen II 2021/22, nr. 1351, en Aanhangsel Handelingen II 2023/24, nr. 1138.
- ⁸ Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen, 10 januari 2022. Dit stuk is gebaseerd op een advies van de landsadvocaat.
- ⁹ Zie o.m. E. Dutmer, De notaris en het Didam-arrest, VGR 2023-3, p. 105-106, en W.G. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief', JBN 2022/34, p. 7-8. De gemeente en Groenstaete vermelden in hun schriftelijke toelichtingen nog meer literatuur hierover. Zie voetnoot 26 van de schriftelijke toelichting van de gemeente en voetnoot 37 van de schriftelijke toelichting van Groenstaete.
- ¹⁰ Volgens de gemeente (schriftelijke toelichting onder 2.7) is sprake van een verlamdend effect op de vastgoed- en gebiedsontwikkelingspraktijk. Uit de hiervoor genoemde antwoorden op Kamervragen in Aanhangsel Handelingen II 2021/22, nr. 1351, blijkt dat na het arrest in veel gemeenten de uitgifte van bouwgrond, zelfs aan woningbouwverenigingen, onmiddellijk is stilgelegd.
- ¹¹ Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418, AB 2023/290, m.nt. F.J. van Ommeren en A.H.J. Hofman onder 289.
- ¹² Dit blijkt uit een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank van 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782, rov. 3.6.12.
- ¹³ Kamerstukken II 2023/24, 36410, nr. 27.
- ¹⁴ Zie de brief van de minister van de Tweede Kamer van 19 december 2023, Kamerstukken II 2023/24, 36410 VII, nr. 85, p. 4.
- ¹⁵ Vgl. voor de vaststaande feiten rov. 2.1-2.20 van het eindvonnis van de rechtbank. Het hof is blijkens rov. 2.4 van die feiten uitgegaan, met de in die rechtsoverweging genoemde aanpassingen. Met die aanpassingen is hierna in de tekst na deze voetnoot bij de weergave van de feiten rekening gehouden. Het hof heeft voorts in rov. 2.1 een aantal van de door de rechtbank vastgestelde feiten enigszins verduidelijkt vergelijk rov. 2.1 met rov. 2.1-2.20 van het eindvonnis van de rechtbank en voorts in rov. 2.1 slot en 2.6 feiten vastgesteld die zich na het eindvonnis van de rechtbank hebben voorgedaan. Ook daarmee is bij de weergave van de feiten in deze conclusie rekening gehouden. Niet alle door de rechtbank vastgestelde feiten zijn in cassatie nog van belang. Voor zover dat niet het geval is, zijn die feiten hierna weggelaten.
- ¹⁶ Uit de stukken blijkt dat zij niet zijn uitgenodigd omdat zij geen ondernemingen ter plaatste waren.
- ¹⁷ Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.
- ¹⁸ ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:407.
- ¹⁹ Vgl. de vaststelling in rov. 2.2 van het arrest van het hof.
- ²⁰ Vgl. de vaststelling in rov. 4.1 eerste alinea van het eindvonnis van de rechtbank.
- ²¹ Vgl. de vaststelling in rov. 4.1 tweede alinea van het eindvonnis van de rechtbank.
- ²² Vgl. rov. 4.6 van het eindvonnis van de rechtbank, dat hierna in 2.7 wordt aangehaald.
- ²³ Het vonnis is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, JAAN 2023/86, m.nt. P. Heijnsbroek, BR 2023/47, m.nt. E.W.J. de Groot en S. Elbertsen, AB 2023/289, m.nt. F.J. van Ommeren en A.H.J. Hofman.

²⁵ De procesinleidingen van de gemeente en Groenstaete zijn beide op 3 juli 2023 bij de Hoge Raad ingediend, dus vóór het verstrijken van de cassatietermijn op 4 juli 2023.

²⁶ Weliswaar zijn de gemeente en Groenstaete in deze zaak mede-gedaagden en gaat het in deze zaak niet om een ondeelbare rechtsverhouding, maar volgens het hof is sprake van een vordering tot vernietiging (die het ook heeft toegewezen) en volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad moeten dan op grond van art. 3:51 lid 2 BW alle partijen bij de overeenkomst in het geding worden betrokken. Zie HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177, NJ 2021/54, rov. 3.2.1, en HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, NJ 2021/126, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, rov. 3.3. De gemeente en Groenstaete hebben elkaar dus terecht over en weer in hun cassatieberoepen betrokken. Nu daardoor in beide cassatieberoepen alle betrokken partijen zijn getrokken, is, anders dan de gemeente meent (schriftelijke toelichting onder 1.5 en 1.6), geen probleem dat [verweersters] hun incidentele cassatieberoep in de zaak tegen de gemeente niet mede hebben gericht tegen Groenstaete en hun incidentele cassatieberoep in de zaak tegen Groenstaete niet mede hebben gericht tegen de gemeente.

²⁷ Dergelijke klachten zijn niet nodig. De Hoge Raad behoeft ze (dan) ook niet te behandelen. Zie mijn conclusie in zaak 21/04365, ECLI:NL:PHR:2022:842, onder 3.22, met verdere verwijzingen.

²⁸ Zie ik goed dan zijn de middelen van [verweersters] in beide cassatieberoepen gelijk ([verweersters] hadden dan ook kunnen volstaan met één stuk in beide beroepen).

²⁹ Zie voor (a) en (b) rov. 3.1.4 en 3.1.5 van het arrest, beide met verwijzing naar ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Vlaardingen), rov. 8.

³⁰ Rov. 3.1.3 van het Didamarrest, met verwijzing naar de standaardarresten van de Hoge Raad Amsterdam/Ikon en Zeeland/Hoondert, die overigens beide nog op het oude BW betrekking hebben.

³¹ Zie voor dit feit bijvoorbeeld de noot van C.J. Wolswinkel onder de uitspraak in de AB onder 6.

³² CBb 20 december 2022, ECLI:NL:CBB:2022:821, AB 2023/38, m.nt. C.J. Wolswinkel, rov. 4.2.

³³ Gepubliceerd onder meer op de website van de Raad van State (zaaknr. 201406676/2/A3), en als ECLI:NL:RVS:2016:1421, en, met de uitspraak, in AB 2016/426.

³⁴ De conclusie verwijst onder 4.17 ook naar de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad over het aanbestedingsrecht, maar baseert daarop terecht niet de bevestigende beantwoording van vraag (a), nu die rechtspraak alléén gaat over het aanbestedingsrecht.

³⁵ Voor dat laatste verwijst de conclusie naar algemene literatuur over het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

³⁶ Vgl. de hiervoor in voetnoot 32 genoemde uitspraak van het CBb. Vgl. voorts het overzicht bij C.J. Wolswinkel, Zeven jaar na Vlaardingen: is de cirkel van het verdelingsrecht rond?, JBplus 2024/1.

³⁷ Zie, naast de in de conclusie van Widdershoven onder 4.11 en 4.16 genoemde uitspraken, ook ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen, ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. Van den Brink en Drahmman, en ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, AB 2019/320.

³⁸ Zie bijv. onder 6.4 van de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven voor de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingen.

³⁹ F.J. van Ommeren, Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004. Zie ook 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, Schaarse publieke rechten, Den Haag: BJu 2011, en F.J. van Ommeren, W. den Ouden en 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. Vgl. voorts C.J. Wolswinkel, De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten (diss. VU), Den Haag: BJu 2013.

- ⁴⁰ C. Jansen, F. van Ommeren & W. van Boom, De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen, NJB 2022/746.
- ⁴¹ Ook Jansen, Van Ommeren en Van Boom wijzen het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op willekeur aan als de rechtsgrond voor het moeten geven van gelijke kansen.
- ⁴² En dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Zie over deze en andere uitwerkingen, die hier niet spelen, onder 2.9-2.10 van mijn conclusie in zaak 20/01766, ECLI:NL:PHR:2021:589, met nadere verwijzingen.
- ⁴³ Dat is de betekenis van het begrip discriminatie waarvan is uitgegaan bij de totstandkoming van art. 1 Grondwet. Zie bijv. T&C Grondwet en Statuut, aantek. 4 op art. 1 Grondwet (D.E. Bunschoten), met vermelding van de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis.
- ⁴⁴ Vgl. bijv. HR 30 september 1992, NJ 1994/495, m.nt. E.A. Alkema, HR 15 juli 1998, NJ 2000/168, HR 17 augustus 1998, NJ 2000/169, en 12 mei 1999, NJ 2000/170, alle m.nt. A.R. Bloembergen onder nr. 170. In de laatstgenoemde uitspraken wordt tot uitdrukking gebracht dat een onderscheid dat discriminatie zou kunnen opleveren (dus op basis van een van de in art. 1 Grondwet genoemde kenmerken), moeilijker te rechtvaardigen is.
- ⁴⁵ Vgl. aldus bijv. R.J.N. Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/326, en G.H. Addink, Algemene beginselen van bestuursrecht 2023/10.4, p. 293. Zie ook Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/21b.
- ⁴⁶ Met dien verstande dat het EHRM wel eerst beoordeelt of sprake is een verschil in behandeling van personen die zich in een overeenkomstige of vergelijkbare positie bevinden en de eisen van doelmatigheid en noodzakelijkheid samenvoegt in een proportionaliteitstoets. Zie bijv. recent EHRM 19 december 2018, zaaknr. 20452/14 (Molla Sali/Griekenland), rov. 133-136, en vgl. hoofdstuk III van de Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention (laatstelijk bijgewerkt op 29 februari 2024) en de daar vermelde rechtspraak.
- ⁴⁷ Zie o.m. HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424, NJ 2005/117, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, rov. 3.4.2, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, NJ 2015/447, m.nt. E. Verhulp, rov. 3.3 (Minimumloon 13- en 14-jarigen) en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206, rov. 3.3.1.
- ⁴⁸ De bestuursrechter volstaat veelal met te toetsen of een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor het verschil in behandeling bestaat. Zie bijv. Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/328, met verwijzing naar rechtspraak.
- ⁴⁹ Zie o.m. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, NJ 2015/447, m.nt. E. Verhulp, rov. 3.3, met verwijzing naar HR 15 juli 1998, NJ 2000/168, m.nt. A.R. Bloembergen onder nr. 170, en HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.2. Vgl. voorts, met meer verwijzingen, Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/15d. Zie van de bestuursrechter ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7700, rov. 11.6, ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4457, rov. 3.1-3.2, en CRvB 11 april 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:707, rov. 4.2.1. Zie specifiek m.b.t. een ministeriële regeling HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1931, NJ 1998/217.
- ⁵⁰ Zie o.m. HR 21 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5139, BNB 1993/29, rov. 3.2, HR 19 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8529, BNB 1993/242, en HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, BNB 1999/271, NJ 2000/170, rov. 3.10.
- ⁵¹ Zie met name EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, nr. 42184/05, EHRC 2010/60 (Carson e.a. vs Verenigd Koninkrijk), par. 62.
- ⁵² A.W.M. Bijloos & Th.J.M. Lindner, De Algemene wet bestuursrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 74-75, merken op dat dit is omdat het gelijkheidsbeginsel reeds voldoende verankerd werd geacht in de discriminatieverboden van art. 1 Grondwet en de Europese en internationale mensenrechtenverdragen. Dat blijkt uit echter niet uit de wetsgeschiedenis, waarin op deze kwestie niet wordt ingegaan, maar is volstaan met de herhaalde opmerking dat het bestuur en de rechter ook na de inwerkingtreding van de Awb aan het ongeschreven recht moeten toetsen (waaronder dus het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur). Dit zou bovendien ook haaks staan op het gegeven dat veelal (toch) een wezenlijk verschil wordt gezien tussen het gelijkheidsbeginsel als vervat in art. 1 Grondwet en internationale regelingen en het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie

daarvoor hierna in 3.16.

- ⁵³ Zie o.m. D.W.P. Ruiten, Het ongrijpbare gelijkheidsbeginsel, in: Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht (preadvies VAR 1985), p. 45-46, Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/328, A.T. Marseille e.a. (red.), Inleiding bestuursrecht, Den Haag: Bju 2021, par. 5.4.3, Addink, Algemene beginselen van bestuursrecht 2023/10.2, en Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/21c.
- ⁵⁴ Zie o.m. ABRvS 19 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU4565, AB 2006/59, m.nt. F.R. Vermeer, rov. 2.1, en ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3537, AB 2020/40, m.nt. L. Hillary, rov. 2.1.
- ⁵⁵ Zie over de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en beleidsregels uitvoerig H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), Bestuursrecht 1, Den Haag: Bju 2022, p. 402-404 en 427-433.
- ⁵⁶ Vgl. de overzichten in Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/328, Addink, Algemene beginselen van bestuursrecht 2023/10.5 en Marseille e.a. (red.), Inleiding bestuursrecht, par. 5.4.3.
- ⁵⁷ Zie uitdrukkelijk in die zin Centrale Raad van Beroep 29 februari 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:304, JBplus 2024/71, rov. 4.3.
- ⁵⁸ Zie in deze zin ook de bestuursrechtelijke literatuur, bijv. Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/327, Addink, Algemene beginselen van bestuursrecht 2023/10.5 (p. 293) en Marseille e.a. (red.) Inleiding bestuursrecht, par. 5.4.3 (p. 165). Zie in deze zin ook P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB), Deventer: Kluwer 2019, par. 10.7.6.
- ⁵⁹ Dit is de ratio van art. 2:1 BW, dat de belangrijkste overheidslichamen rechtspersoonlijkheid toekent en dus dit gevolg heeft. Om dat gevolg is het de wetgever ook uitdrukkelijk te doen geweest bij art. 2:1 BW. Zie Parl. Gesch. Boek 2, p. 65. Vgl. ook Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/2a en 5a.
- ⁶⁰ Zie in deze zin o.m. HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:497, NJ 2023/273, m.nt. L.A.D. Keus, rov. 3.4 (expliciet), en HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393, m.nt. M. Scheltema (Windmill), rov. 3.2 (impliciet), in welk arrest ook wordt ingegaan op de vraag wanneer de overheid geen gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Zie voorts uitdrukkelijk PG Awb I, p. 85, l.k.: "Het privaatrechtelijke handelen is een belangrijke vorm van bestuurlijk handelen" (deze opmerking wordt herhaald op p. 188, l.k.).
- ⁶¹ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1054, met vermelding van genoemde rechtspraak.
- ⁶² PG Awb I, p. 188-189 (MvT) en 191-192 (MvA II) en Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 60 en Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 5, p. 49. Zie ook PG Awb I, p. 85-86.
- ⁶³ Zie wat betreft de wetsgeschiedenis van art. 3:14 BW Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1016 (MvA I Inv., onder a).
- ⁶⁴ Zie aldus ook met zoveel woorden de toenmalige regeringscommissaris voor Boek 3 BW, W. Snijders, in WPNR 6074 (1992), p. 999 (r.k.). Vgl. voorts over beide bepalingen en de directe en sterke samenhang daartussen Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/4c, 4d en 6b.
- ⁶⁵ Zie daarover uitvoerig, met verdere verwijzingen, Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/7a.
- ⁶⁶ PG Awb I, p. 189, l.k. (MvT), en Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 60.
- ⁶⁷ PG Awb I, p. 192, l.k. (MvA) en Kamerstukken II 1990/91, 21221, nr. 5, p. 49.
- ⁶⁸ Zie bijv. de toenmalige regeringscommissaris voor de Awb M. Scheltema, samen met M.W. Scheltema, in Gemeenschappelijk recht, Deventer: Kluwer 2013, p. 149 (die ook het optreden als aandeelhouder in deze categorie noemen), alsmede Schlössels e.a., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1 (SBR Wetenschap) 2024/375 (p. 455) en 559 (p. 638-639), Huisman en Van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB) 2019/10.5.3 (p. 470), Marseille e.a. (red.) Inleiding bestuursrecht, par. 5.6.2, p. 183-184, Overheidsprivaatrecht, algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/6b en Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel (Mon. BW nr. A26b) 2016/15c.

⁶⁹ Uiteraard zou men dit wel in het arrest kunnen lezen, maar dat ligt niet voor de hand. De door het hof in die zaak aangenomen onrechtmatigheid van het handelen van de provincie lag immers duidelijk meer in de strijd met het verbod op willekeur of op favoritisme. Dat maakt ook begrijpelijk waarom hof en Hoge Raad niet naar het gelijkheidsbeginsel verwijzen.

⁷⁰ HR 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0176, NJ 1991/399.

⁷¹ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971, NJ 2005/163.

⁷² Zie reeds de hiervoor in 3.9 al genoemde oratie van Van Ommeren, *Schaarse vergunningen*. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-62. In deze oratie heeft Van Ommeren het bieden van gelijke kansen bij de uitgifte van schaarse publieke rechten al bepleit vóórdát deze plicht was aanvaard in de rechtspraak van de bestuursrechter. Zie voorts D. van Tilborg, *Schaarste en mededinging bij gronduitgifte en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten*, BR 2012/31, onder 4.2, Huisman en Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB)*, p. 501-505, en T.H.G. Robbe, *Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten*, NTB 2019/35, p. 360, r.k. Zie ook de hierna in 3.30 te bespreken opvatting van Heijnsbroek.

⁷³ Vgl. art. 9 Regeling beheer onroerende zaken Rijk 2017, dat berust op art. 4.20 lid 5 Comptabiliteitswet 2016.

⁷⁴ Zie aldus de memorie van toelichting Kamerstukken II 2004/05, 29951, nr. 3, p.1. Uit deze memorie blijkt overigens dat reeds lang een vorm van eerlijke verdeling van deze verkooppunten gangbaar was, maar dan op basis van uitsluitend een ministeriële regeling.

⁷⁵ [verweersters] hebben in deze zaak aangevoerd dat de gemeente ook dit beleid heeft (zij het niet schriftelijk vastgelegd), maar zich daaraan in dit geval niet geeft gehouden. De gemeente heeft betwist dat het om een vast beleid gaat.

⁷⁶ Het is niet voor niets dat het civielrechtelijke executierecht de mogelijkheid geeft om van een openbare verkoop af te zien en in plaats daarvan het goed waarop een schuldeiser verhaal zoekt, onderhands te verkopen. En niet valt in te zien dat de overheid niet voor de hoogste prijs zou mogen gaan bij de verkoop van haar goederen.

⁷⁷ Laat staan a priori een *aanspraak* van potentiële gegadigden op die gelijke behandeling. Er is (dan ook) geen auteur die dit laatste verdedigt of uitspraak waarin dit wordt aangenomen, naar ik volledigheidshalve opmerk.

⁷⁸ Dit is ook de benadering van het Hof van Justitie EU. Vgl. bijv. HvJ EU 14 juli 2022, C-436/20, rov. 86-91 en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁷⁹ Vgl. de art. 2:32 e.v. Aanbestedingswet 2012.

⁸⁰ Zie aldus Huisman & Van Ommeren en Van Tilborg t.a.p.

⁸¹ Zie Van Tilborg t.a.p.

⁸² Zie de uitspraken vermeld door Van Ommeren en Huisman in hun noot onder het kort geding arrest van het hof in deze zaak in AB 2020/116, onder 5. Ook de rechtbank heeft in haar vonnis in deze zaak op deze wijze getoetst (zie hiervoor in 2.7).

⁸³ P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: SIBR 2013, i.h.b. p. 1 en 14-17. Genoemd (te ruim) uitgangspunt wordt in het proefschrift nergens in twijfel getrokken.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld p. 365, waar hij signaleert dat de lagere rechtspraak de overheid soms gehouden acht tot het bieden van gelijke kansen, maar dan helaas niet op grond van het gelijkheidsbeginsel (maar op het grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en verbod op willekeur).

⁸⁵ In het licht van deze overwegingen is de poging van Van Ommeren in zijn noot onder het arrest in de AB (onder 4) om in het arrest te lezen dat ook de Hoge Raad uitgaat van de eis van schaarste, niet houdbaar m.i. Van Ommeren meent, anders dan het hof en plv. P-G Langemeijer in zijn conclusie voor het arrest, dat in dit geval wél sprake is van een schaars goed. Volgens de Hoge Raad is dit echter dus irrelevant. Als de opvatting van Van Ommeren juist zou zijn geweest, had de Hoge Raad immers beslist dat het hof is uitgegaan van een onjuiste opvatting over de betekenis van het in dit verband te hanteren vereiste van

schaarste. Overigens kan bij een privaatrechtelijke goed ook helemaal geen schaarste worden aangenomen op basis van het door de Hoge Raad genoemde criterium of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende zaak. Ook voor potloden kan immers aan dit criterium zijn voldaan en van potloden is wel duidelijk dat deze geen schaars goed zijn (hetzelfde kan gelden voor onroerende zaken; denk aan een willekeurig rijtjeshuis).

⁸⁶ Jansen, Van Ommeren en Van Boom geven op dit punt geen onderbouwing. Die onderbouwing is wel te vinden bij Heijnsbroek, proefschrift, p. 19, maar is daar vrij mager (want daar wordt vooral gewezen op de neiging die bij kleinere gemeenten zou bestaan om opdrachten te gunnen aan vaste relaties, met voorbijgaan aan de aanbestedingsregels).

⁸⁷ Zoals Heijnsbroek signaleert, is in het verleden in 2001 en 2009 welbewust door regering en parlement van wetgeving afgezien op het onderhavige vlak. Zie zijn proefschrift, p. 41.

⁸⁸ Laat staan dat daarover een behoorlijk debat heeft plaatsgevonden.

⁸⁹ Zie bijv. A.G. Bregman & N. van Wijk-van Gilst, Twee jaar na Didam: stand van zaken, TBR 2024/12, onder 4.2, met verwijzing naar de hiervoor in 1.4 genoemde Handreiking onder 5 waar nog meer voorbeelden worden genoemd en Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368, BR 2023/78.

⁹⁰ Zie voor een uitvoerig overzicht van lagere rechtspraak in deze zin die een verrassende hoeveelheid en variëteit van gevallen laat zien M. el Morabet, Twee jaar na het Didam-arrest. De uitzondering op de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte, MvV 2024/2.

⁹¹ Zie in deze trant o.m. ook G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80, onder 2 en 3, die menen dat het arrest om deze reden geen gamechanger kan worden genoemd (maar ten hoogste een mindsetchanger).

⁹² Zie daarover ook de hiervoor in 3.7 aangehaalde conclusie van staatsraad A-G Widdershoven.

⁹³ Tenzij men zou menen dat de overheid onder curatele moet worden gesteld van potentiële gegadigden. (Ook) daarvoor bestaat in het geldende stelsel echter geen grond.

⁹⁴ In de lagere rechtspraak en literatuur wordt het vertrouwensbeginsel vooral nogal eens in stelling gebracht als grond waarom geen nietigheid of vernietigbaarheid wegens strijd met de Didamregels kan of moet worden aangenomen. Zie daarover bijvoorbeeld A.G. Bregman & N. van Wijk-van Gilst, Twee jaar na Didam: stand van zaken, TBR 2024/12, onder 4.4, en N. Thorborg & N. van Triet, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam, NTBR 2023/20, onder 5. Ook Groenstaete doet hierop in haar middel (onderdelen 2.1 en 2.2) en schriftelijke toelichting (3.6 e.v.) een beroep. Hetzelfde geldt voor de gemeente (onderdeel 3).

⁹⁵ Rechtspraak en literatuur zijn hier als ik het goed zie unaniem in. Zie bijv. G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80, onder 1 en 3.4, die uitspraken signaleren waarin erfpacht, pacht, huur, grondruil, bruikleen en de verlenging van duurovereenkomsten, respectievelijk aandelen, onder het arrest worden gebracht. Zie voorts o.m. S.E. Bartels, Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?, WPNR 2022/7392, p. 860, die de nodige literatuur in deze zin noemt. Ook in de al genoemde brief van de minister aan de Tweede Kamer van 19 december 2023, Kamerstukken II 2023/24, 36410 VII, nr. 85, wordt hiervan uitgegaan als een vaststaand gegeven.

⁹⁶ Zie preambule (1) van Richtlijn 2014/23/EU en Richtlijn 2014/24/EU, die naar de interne markt verwijzen. Zie hierover uitgebreid C. Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, Oxford: Oxford University Press, 2015, par. 1.4-1.15.

⁹⁷ Dat bedrag was ten tijde van het arrest van het hof voor werken 5.382.000,- en voor diensten en leveringen aan andere aanbestedende diensten dan de staat 215.000,-. Zie de 2.1 en 2.3 Aanbestedingswet 2012, art. 4 onder a en c van Richtlijn 2014/24/EU en art. 1 lid 1 onder a en c Verordening (EU) 2021/1952. Per 1 januari 2024 zijn de bedragen iets verhoogd in art. 1 lid 1 onder a en c Verordening (EU) 2023/2495.

⁹⁸ Zie bijv. HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, rov. 19. Zie ook het overzicht van relevante Europese rechtspraak hierover in M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbesteding voor overheden*, Deventer: Vakmedianet 2017, p. 33-35.

⁹⁹ Zie bijv. H.D. van Romburgh, *Aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017, par. 3.2.3, en Essers & Lombert, a.w., p. 34. Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, onder 4.1.2, p.

14-15.

¹⁰⁰ Zie bijv. HvJ EG 9 september 1999, C-108/98, rov. 20-23.

¹⁰¹ Zie bijv. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, rov. 62.

¹⁰² HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di frutta). Het beroep op het uitbannen van favoritisme en willekeur is na het beroep op het gelijkheidsbeginsel in deze context enigszins dubbelop.

¹⁰³ Zie aldus Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 14. Om vergelijkbare redenen wordt in de Aanbestedingswet bij nationale aanbestedingen gesproken van uitgangspunten (kopjes afdelingen 1.2.3 en 1.2.4) in plaats van beginselen (kopje 1.2.2). Het eerste laat meer ruimte dan het laatste, zo is de gedachte. Zie Kamerstukken I 2011/12, 32440, C, p. 10-11.

¹⁰⁴ HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, NJ 2017/383, m.nt C.E.C. Jansen, rov. 4.2.2.

¹⁰⁵ HvJ EU 20 april 2023, C-348/22, rov. 67-72.

¹⁰⁶ HvJ EU 14 juli 2016, C-458/14 en 67/15, rov. 64.

¹⁰⁷ Vgl. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, rov. 39-41.

¹⁰⁸ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 190, met verwijzing naar rechtspraak onder het oude recht.

¹⁰⁹ Zie voor deze omschrijving HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, NJ 2017/59, m.nt. J. Hijma (Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw), rov. 3.5.1. Zie voorts bijv. T&C BW, commentaar op art. 3:40 BW (J. Hijma, actueel t/m 01-03-2024), aantek. 2a, en Asser/Sieburgh 6-III 2022/330 e.v. en 345 e.v.

¹¹⁰ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 192 (MvA II). Deze betekenis ligt voor de hand, nu de lagere wetgevers in ons staatsrecht niet de bevoegdheid hebben om het privaatrecht te regelen. Zie aldus ook de uitleg in Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1139.

¹¹¹ Vermoedelijk omdat Meijers vond dat in dat geval de *inhoud* van de overeenkomst in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Vgl. de volgende opmerking in de Toelichting Meijers (cursivering toegevoegd): "Het tweede lid heeft betrekking op rechtshandelingen, die in strijd met een dwingende wetsbepaling zijn. Veelal zal een zodanige rechtshandeling tevens moeten worden aangemerkt als een waarvan de *inhoud* in strijd met de openbare orde is" (Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 190). Zie in deze trant ook GS Vermogensrecht, art. 3:40 BW, aant. 7.12 (H.J. van Kooten, actueel t/m 15-02-2019), met verdere verwijzingen.

¹¹² Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1138, waar de minister opmerkt: "Strijd met de openbare orde en de goede zeden is per definitie nietig." Zie ook iets verderop de regeringscommissaris: "Het bezwaar is dat u een uitzondering schijnt te maken op de strijd met de openbare orde en goede zeden, in die zin dat iets wel in strijd is met de openbare orde en goede zeden maar toch niet nietig. Dat is een casus non dabilis. Als u vindt dat een verordening van een gemeente niet tot nietigheid moet leiden, dan is de weg om aan te nemen () dat die rechtshandeling, ondanks de strijd met de gemeenteverordening, niet in strijd is met de openbare orde en de goede zeden."

¹¹³ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 191 (laatste alinea). Het uitgangspunt dat als de inhoud of strekking van de overeenkomst in strijd is met de wet, dat tot nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW leidt, is in de loop van de wetsgeschiedenis (dit geldt in beginsel) en later in de rechtspraak afgezwakt. Zie met name HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq), rov. 4.4.

¹¹⁴ Zie het hiervoor in voetnoot 111 aangehaalde.

¹¹⁵ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 192 (M.v.A. II).

¹¹⁶ Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 192 (M.v.A. II).

¹¹⁷ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1138-1139.

¹¹⁸ Zie aldus Asser/Sieburgh 6-III 2022/330. Zie ook aldaar in nr. 314. Zie voorts HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, NJ 2016/90, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.6.2 (met een verwijzing die m.i. niet correct is) en HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq), rov. 4.4. Zie ook Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, Rechtshandeling en Overeenkomst (SBR 3), Deventer: Kluwer 2022/147, eerste alinea slot.

- ¹¹⁹ Zie aldus ook o.m. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, J.P.M. van Beers & M.P. Peters, De aangewezen sanctie voor het niet-naleven van de Didam-regels; equilibreren tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid, Gst. 2023/63, T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2022/948, de BR-noot van Elbertsen & De Groot onder het arrest van het hof. Anders: I. Haverkate & D.W.N. Brand, Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten, TvHB 2022/1 (deel 1) en TvHB 2022/6 (deel 2).
- ¹²⁰ Zie PG Awb I, p. 210.
- ¹²¹ HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, NJ 1998/588, m.nt. A.R. Bloembergen, rov. 3.3.2.
- ¹²² Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, rov. 4.
- ¹²³ Zie o.m. J.C.E. Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 80, en Huisman & Van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen (HSB) 2019/10.9.2, en GS Verbintenissenrecht, Overeenkomsten met overheidslichamen, aant. II.7.2.4 (G.A. van der Veen, bijgewerkt t/m 30 oktober 2017), met verdere verwijzingen. Van der Veen acht zelf overigens onduidelijk of strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden gebracht onder lid 1 of 2.
- ¹²⁴ Vgl. voor gevallen waarin dat wel kan worden aangenomen de voorbeelden genoemd in Asser/Sieburgh 6-III 2022/337-344 en GS Vermogensrecht, art. 3:40 BW, aant. 7.8 (H.J. van Kooten, actueel t/m 15-02-2019).
- ¹²⁵ Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2022/346a en 347c, laatste alinea.
- ¹²⁶ Zie voor een voorbeeld HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, NJ 2017/59, m.nt. J. Hijma (Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw), rov. 3.7. Zie ook het hiervoor al genoemde HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq), rov. 4.4, waarin de bewustheid van partijen van de overtreding van de betrokken norm een relevant gezichtspunt wordt genoemd.
- ¹²⁷ Zie aldus ook o.m. S.E. Bartels, Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?, WPNR 2022/7392, p. 865, T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2022/946, en I. Haverkate & D.W.N. Brand, Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten, TvHB 2022/1, p. 8-9.
- ¹²⁸ HR 22 januari 1999, HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, NJ 2000/305 (Uneto/De Vliert), rov. 3.3.4, HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806, NJ 2006/204, m.nt M.R. Mok, rov. 4.1.2, en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, NJ 2018/210, m.nt C.E.C. Jansen, rov. 3.7.1-3.7.5, die het hof noemt in voetnoot i van zijn arrest.
- ¹²⁹ Zie (opnieuw) rov. 3.7.1-3.7.5 van dat arrest.
- ¹³⁰ Als gezegd heeft de wetgever bij herhaling *welbewust* afgezien van wetgeving. Zie hiervoor in voetnoot 87.
- ¹³¹ HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, NJ 2017/383, m.nt C.E.C. Jansen, rov. 4.2.2, laatste alinea.
- ¹³² Vgl. ook de korte termijn die ex de art. 2.127 en 2.131 Aanbestedingswet 2012 geldt voor derden om op te komen tegen de gunningsbeslissing.
- ¹³³ Vgl. in dit verband ook het door Groenstaete onder 3.13 van haar schriftelijke toelichting aangehaalde HvJ EU 26 november 2015, zaak C-166/14. Daarin wordt (in rov. 40) als de keerzijde van een vernietiging wegens strijd met het aanbestedingsrecht genoemd dat deze leidt tot een wezenlijke inmenging van de bestuurlijke of rechterlijke instantie in de contractuele relatie tussen particulieren en overheidsinstellingen, die een aanzienlijke verstoring en economische verliezen kan veroorzaken, niet alleen voor diegene aan wie de betrokken overheidsopdracht werd gegund, maar ook voor de aanbestedende dienst en bijgevolg voor de bevolking.
- ¹³⁴ Een en ander geldt ook voor de vernietiging van een bestuursbesluit door de bestuursrechter, waarmee in de schriftelijke toelichting van [verweersters] onder 11 een vergelijking wordt gemaakt, maar dan vooral in de vorm van een korte termijn voor beroep (slechts zes weken). Overigens wordt bij de toetsing van bestuursbesluiten het belang van degene die door het besluit wordt begunstigd, per definitie ondergeschikt gemaakt aan dat van de rechtmatigheid van het besluit, hetgeen de begunstigde weet. Niet valt in te zien

dat dit ook zonder meer bij het sluiten van een overeenkomst door de overheid zou moeten gelden.

¹³⁵ Zie dezelfde zin over de toepassing van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 bij niet naleving van de Didamregels J.P.M. van Beers & M.P. Peters, De aangewezen sanctie voor het niet-naleven van de Didamregels; equilibreren tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid, Gst. 2023/63.

¹³⁶ Zie o.m. A.S. Hartkamp, 'Nieuw nulliteitenrecht - Enkele opmerkingen bij het gedachtegoed van Jaap Hijma', WPNR 2023/7399, p. 47, G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80, J.P.M. van Beers & M.P. Peters, De aangewezen sanctie voor het niet-naleven van de Didam-regels; equilibreren tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid, Gst. 2023/63, S.E. Bartels, Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?, WPNR 2022/7392, p. 863, M.N. Bende & H. Reijnen, Reactie op "Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?" van prof. Mr. S.E. Bartels, WPNR 2023/7405, T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2022/948, S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries, Verkoop onroerende zaken door overheden. Mededingingsnorm (en transparantienorm) in acht nemen, BR 2022/7, D.J.L. van Ee & J. Berckenkamp, Consequenties Didam: het hof heeft gesproken en wat nu?, Vastgoed Fiscaal & Civiel 2023/4, W.J. Bosma & P. Ligtenberg, Het Didam-arrest praktisch belicht (deel II), ORP 2023/83, I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', TvHB 2022/1, Asser/Valk 7-III 2024/91a, en de BR-noot van Elbertsen & De Groot en de JAAN-noot van P. Heijnsbroek onder het arrest van het hof. Anders: L.C.A. Verstappen, De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed, WPNR 2022/7355, W.J.E. van der Werf, Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte, TvAR 2021/12, en J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers & S. Stainer, De gevolgen van het Didam-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?, TA 2023/54.

¹³⁷ Zie bijv. de rechtspraakoverzichten bij G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80, onder 4.1, en N. Thorborg & N. van Triet, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam, NTBR 2023/20, onder 4.2.

¹³⁸ Zie daarover kort N. Thorborg & N. van Triet, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam, NTBR 2023/20, onder 4.1, met verder verwijzingen.

¹³⁹ Zie evenzo Hartkamp t.a.p.

¹⁴⁰ Vgl. ook hetgeen hiervoor in voetnoot 94 is opgemerkt over het vertrouwensbeginsel.

¹⁴¹ Zie het standaardarrest HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42, m.nt. G.J. Scholten (Pos/Van den Bosch).

¹⁴² Zie ook de toelichting op het onderdeel in de schriftelijke toelichting van de gemeente onder 2.5, waar literatuur wordt aangehaald die uitgaat van de lezing van het Didamarrest die hiervoor in 3.37 eerste zin is vermeld en waarin in dezelfde trant wordt gesproken van baanbrekend, opzienbarend, explosief en het hiervoor al genoemde gamechanger. Zie ook de citaten in voetnoot 28 van de schriftelijke toelichting van de gemeente.

¹⁴³ Vgl. de literatuur die de gemeente zelf in 2.2-2.4 van haar schriftelijke toelichting aanhaalt.

¹⁴⁴ Cassatieklachten zijn allicht niet alleen naar de letter te lezen, maar ook naar hun strekking.

¹⁴⁵ Zie nader mijn in voetnoot 27 al genoemde conclusie in zaak 21/04365, ECLI:NL:PHR:2022:842, onder 3.22, met verdere verwijzingen.

¹⁴⁶ Zie o.m. haar memorie van antwoord onder 42-50, 64-65, 81 (p. 33) en 82.

¹⁴⁷ Zie o.m. haar conclusie van antwoord onder 6.7-6.27 en haar memorie van antwoord onder 9.1-9.23.

¹⁴⁸ Zie ook hiervoor in 3.7 laatste alinea.

¹⁴⁹ ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1615 (Haarlemmerweg). Zie ook ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, AB 2019/111, m.nt. C.J. Wolswinkel (windpark Zeewolde), r.o. 17.3. De in het citaat genoemde conclusie van Widdershoven is niet alleen (in een slecht leesbare versie) te vinden op rechtspraak.nl, maar ook in o.m. AB 2019/111. Vgl. over een en ander voorts C.J. Wolswinkel, Zeven jaar na Vlaardingen: is de cirkel van het verdelingsrecht rond?, JBplus 2024/1, onder 3.2, met verdere verwijzingen.

¹⁵⁰ Ook aan het verlenen van een omgevingsvergunning staat het niet-bieden van mededingingsruimte niet in de weg, nu dit geen weigeringsgrond is voor de verlening van die vergunning. Die vergunning moet verplicht worden verleend als aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. Vgl. bijv. G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Een jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?, BR 2022/84, onder 7.2, en N. Thorborg & N. van Triet, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam, NTBR 2023/20, onder 6.2. Overigens heeft Groenstaete in dit geval een omgevingsvergunning en is die inmiddels na beroep bij de Afdeling onherroepelijk (zie hiervoor in 2.1 onder (xvi) en (xvii)).

¹⁵¹ Overigens heeft Groenstaete aangevoerd, zoals in onderdeel 2.6 wordt aangehaald, dat het masterplan niet door of in overleg met haar is ontwikkeld en al evenmin op haar is toegesneden. Het hof heeft daarover niet duidelijk anders beslist.

¹⁵² Het criterium van de uitspraak van 20 april 2022 is vaste rechtspraak van de Afdeling naar aanleiding van het Didamarrest. Zie de uitspraken die Groenstaete in voetnoot 40 van haar schriftelijke toelichting noemt.

¹⁵³ Conclusie van antwoord in het incident van Groenstaete onder 24.

¹⁵⁴ Waarbij het antwoord op de vraag wie in het ongelijk is gesteld, uitsluitend wordt bepaald door het dictum van het vonnis. Vgl. bijv. GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 237 Rv, aant. 1 (P. de Bruin, actueel t/m 15-08-2023).

¹⁵⁵ In de tekst bij voetnoot 105 van hun schriftelijke toelichting suggereren [verweersters] nog dat zij bij de inleidende dagvaarding onder 6 hebben gesteld dat zij eerder al in het kort geding om het rapport hebben verzocht, maar dat staat op die vindplaats niet te lezen (daar wordt alleen over een weigering gesproken om het rapport over te leggen, welke weigering niet noodzakelijk behoeft te zijn gevolgd op een verzoek (van [verweersters])). [verweersters] hebben bij hun grief 10 ook op niet op deze stelling gewezen, zodat op dit punt ook sprake lijkt van een feitelijk en dus niet toelaatbaar novum in cassatie.

¹⁵⁶ In dit verband kan erop worden gewezen dat Groenstaete op basis van de door gemeente gestelde onderhandelingsvoorwaarden in de hiervoor in 2.1 onder (vii) genoemde brief is overgegaan tot de aankoop van postkantoor- en bibliotheeklocaties (zie hiervoor in 2.1 onder (ix)). Als zij serieus rekening had gehouden met het gelijk van [verweersters] had zij dat vermoedelijk niet gedaan.

¹⁵⁷ Ook de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gaat in zijn meergenoemde brief aan de Tweede Kamer van 19 december 2023, Kamerstukken II 2023/24, 36410 VII, nr. 85, p. 5, ervan uit dat de gemeenten een beleidsregeling opstellen.
