Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen

Inleiding

Deze factsheet geeft informatie over het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:2021:1778, in de zaak Didam. Het is opgesteld door het Ministerie van BZK. De factsheet kunt u vinden op https://www.woningmarktbeleid.nl/onderwerpen/grondbeleid.

Deze factsheet geeft inzicht in het arrest en gaat in op de gevolgen hiervan voor overheidslichamen en marktpartijen. Daarbij wordt niet beoogd om vooruit te lopen op toekomstige rechtspraak waarmee nadere duiding wordt gegeven aan het arrest. Het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen hoe het arrest precies moet worden uitgelegd en hoe in concrete situaties en met inachtneming van alle omstandigheden van het geval in overeenstemming met het arrest kan worden gehandeld.

Hoewel alles in het werk is gesteld om de juiste en meest actuele informatie te verstrekken, kan niet worden gegarandeerd dat de informatie juist is op het moment waarop deze wordt ontvangen, of dat de informatie na verloop van tijd nog steeds juist is. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend. Het Ministerie of de Staat is niet aansprakelijkheid voor eventuele schade die ontstaat door het gebruik van de verstrekte informatie.

Deze factsheet bevat de volgende vragen en antwoorden:

1. **Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest?**
2. **Wat is de reikwijdte van het arrest? Is het arrest ook van toepassing op andere vormen van gronduitgifte?**
3. **Aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?**
4. **Wanneer dient er een selectieprocedure te worden toegepast?**
5. **Welke selectiecriteria kan een overheidslichaam hanteren?**
6. **Wanneer kan een overheidslichaam afzien van een selectieprocedure?**
7. **Wanneer is sprake van 'slechts één serieuze gegadigde'?**
8. **De conclusie dat er maar één serieuze gegadigde is, moet op 'objectieve, toetsbare en redelijke criteria' worden gebaseerd. Zijn dit dezelfde criteria die een overheidslichaam kan hanteren bij een selectieprocedure?**
9. **Geldt er een ondergrens voor de plicht om een selectieprocedure toe te passen?**
10. **De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel in door een passende mate van openbaarheid voor te schrijven. Wat is een passende mate van openbaarheid?**
11. **Welke termijnen kunnen worden gehanteerd?**
12. **Wat betekent het arrest voor reeds verkochte en geleverde onroerende zaken?**
13. **Wat betekent het arrest voor lopende onderhandelingen?**

14. **Kan een overheidslichaam schadeplichtig zijn wegens het afbreken van onderhandelingen omdat het aangaan van een overeenkomst niet in lijn is met het arrest?**
15. **Wat kunnen overheidslichamen en marktpartijen doen om te voorkomen dat in de toekomst wordt gehandeld in strijd met het Didam-arrest?**

1. Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest?

Bij de verkoop van onroerende zaken moet een overheidslichaam mededingingsruimte bieden
De Hoge Raad heeft op 26 november 2021 geoordeeld dat een overheidslichaam dat een onroerende zaak wil verkopen, gelegenheid 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. Dit houdt in dat het overheidslichaam de koper moet selecteren aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Deze verplichting vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen (overweging 3.1.4 van het arrest). Een overheidslichaam dient dit beginsel in acht te nemen bij een beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst sluit tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam met die van een private partij (overweging 3.1.3 van het arrest).

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

Het bieden van mededingingsruimte is niet vereist indien slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt
De mededingingsruimte 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 voorafgaand aan de verkoop zijn voornemen daartoe op een dusdanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Ook moet het overheidslichaam in dat geval motiveren waarom er naar zijn oordeel slechts één gegadigde in aanmerking komt (overweging 3.1.6 van het arrest).

Verhouding schaarse vergunningen
Voor dit arrest heeft de Hoge Raad inspiratie ontleend aan de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de plicht om mededingingsruimte te bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen. De Hoge Raad verwijst expliciet naar de Vlaardingen-uitspraak van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, waarin de Afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State de mededingingsnorm voor schaarse vergunningen heeft geïntroduceerd. De Hoge Raad past deze norm in dit arrest analoog toe op de verkoop van onroerende zaken. Een belangrijk verschil is dat de mededingingsnorm in het bestuursrecht alleen van toepassing is als sprake is van een schaars (publiek) recht, terwijl volgens de Hoge Raad beslissend is of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak.

Gevolgen Didam-arrest voor de praktijk
Het arrest van de Hoge Raad heeft consequenties voor de wijze waarop en voorwaarden waaronder overheidslichamen onroerende zaken kunnen verkopen. Een overheidslichaam kan niet langer onroerende zaken (gebouwd of ongebouwd) exclusief aan één partij te koop aanbieden zonder dit vooraf kenbaar te maken. In deze factsheet wordt ingegaan op de gevolgen van het arrest van 26 november 2021 voor overheidslichamen en marktpartijen.

Het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 kan hier worden geraadpleegd of via www.rechtspraak.nl.

2. Wat is de reikwijdte van het arrest? Is het arrest ook van toepassing op andere vormen van gronduitgifte?

Uit het arrest volgt 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.

De Hoge Raad oordeelt dat dit dus ook geldt voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het overheidslichaam een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit.

Gelet op deze algemene formulering dient er terdege rekening mee te worden gehouden dat het arrest ook van belang kan zijn voor andere vormen van gronduitgifte, zoals erfpacht- en opstalrechten, maar ook persoonlijke gebruiksrechten zoals huur, ruil, bruikleen, pacht en andere (aan de ontwikkeling en realisatie van) vastgoed gerelateerde overeenkomsten zoals publiek-private samenwerkingsovereenkomsten waarin dergelijke rechten worden vergeven.

De precieze reikwijdte van het arrest zal zich uiteindelijk moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie.

3. Aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat een selectieprocedure aan de volgende vereisten moet voldoen.

- Het overheidslichaam dient in de eerste plaats ‘met in achtneming van de hem toekomende beleidsruimte’ criteria op te stellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.’ Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn (zie hierover vraag 5).

- Het overheidslichaam dient vervolgens een passende mate van openbaarheid te verzekeren met betrekking tot:
    - de beschikbaarheid van de onroerende zaak;
    - de selectieprocedure;
    - het tijdschema en
    - de toe te passen selectiecriteria.
- Het overheidslichaam dient tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure informatie over deze aspecten bekend te maken op een zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen (zie hierover vraag 10 en 11).

4. Wanneer dient er een selectieprocedure te worden toegepast?

Een overheidslichaam moet ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar een 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.

Volgens de Hoge Raad is niet beslissend of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn (overweging 3.1.9 van het arrest). Het enkele feit dat andere partijen mogelijk belangstelling hebben om de onroerende zaak te kopen, is dus reeds voldoende.

Dit neemt niet weg dat het overheidslichaam criteria mag stellen aan de (potentiële) koper. In zoverre kan het overheidslichaam de kring van potentiële gegadigden op voorhand afbakenen (zie hierover vraag 5).

Indien op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, kan het overheidslichaam afzien van een selectieprocedure (zie hierover vraag 6). In alle andere gevallen zal er een selectieprocedure moeten worden toegepast.

5. Welke selectiecriteria kan een overheidslichaam hanteren?

Bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten heeft een overheidslichaam contractsvrijheid. Het overheidslichaam heeft daarbij ook beleidsruimte om criteria vast te stellen aan de hand waarvan de uiteindelijke koper wordt geselecteerd. Op die manier kan een overheidslichaam vorm geven aan het grondbeleid. Deze beleidsruimte is weliswaar ruim, maar tegelijkertijd niet onbegrensd.

De Hoge Raad noemt in het arrest drie voorwaarden waar de criteria aan moeten voldoen:

- De criteria moeten objectief zijn.
- De criteria moeten kunnen worden getoetst door de rechter.
- De criteria moeten redelijk zijn.

Bij het opstellen van de criteria zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen. Aan de te stellen criteria zal aldus een zorgvuldige afweging ten grondslag moeten worden gelegd, waarbij alle relevante belangen zijn betrokken. De criteria zullen redelijk en proportioneel moeten zijn. Dit zal afdoende moeten kunnen worden gemotiveerd. Tot welke verplichtingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een privaatrechtelijke context exact leiden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en het toepasselijke beginsel. Het vereiste van objectiviteit houdt in dat de criteria ondubbelzinnig en zo duidelijk mogelijk moeten worden geformuleerd zodat een onpartijdige behandeling kan worden verzekerd en willekeur wordt voorkomen. Het is niet toegestaan de criteria toe te schrijven naar één bepaalde gegadigde. De criteria zullen in de praktijk vervolgens consistent moeten worden toegepast op de verschillende gegadigden. De rechter zal in voorkomend geval moeten kunnen toetsen of aan genoemde voorwaarden is voldaan.

De te stellen criteria kunnen in de eerste plaats betrekking hebben op de persoon of hoedanigheid van (potentiële) gegadigden. Daarbij kan gedacht worden aan geschiktheidseisen waaraan de gegadigde moet voldoen, zoals eisen die betrekking hebben op een vereiste (minimale) financiële draagkracht – bijvoorbeeld solvabiliteit van de koper – en aantoonbare kennis van en ervaring met bepaalde ontwikkelactiviteiten. Verder zouden (deels geïnspireerd op aanbestedingsregelgeving) bepaalde uitsluitingsgronden kunnen worden geformuleerd die op voorhand aan deelname in de weg staan. Denk bijvoorbeeld aan het verkeren in staat van faillissement of liquidatie. Ook een Bibob-toets is denkbaar.

Daarnaast zullen er (objectieve, toetsbare en redelijke) criteria moeten worden geformuleerd om ‘de winnende aanbieding’ te kunnen selecteren. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de hoogte van de geboden (koop)prijs. Eventueel in combinatie met de hoogste prijs kunnen criteria worden gesteld om ‘de beste’ aanbieding te selecteren; deze kunnen betrekking hebben op de aard en/of de kwaliteit van de beoogde (her)ontwikkeling van de onroerende zaak. Daarbij kan worden gedacht aan de kwaliteit van het (ontwikkel)plan, de mate van duurzaamheid van het (ontwikkel)plan, of de mate waarin het plan inpasbaar is in de omgeving en aldus kan voldoen aan de beoogde beleidsdoelstellingen.

Het ligt voor de hand dat een overheidslichaam ook kan verlangen dat de koper zich conformeert aan het vigerende publiekrechtelijke kader of de ruimtelijke plannen van het overheidslichaam voor de te verkopen locatie. Denk daarbij bijvoorbeeld aan woningbouwcategorieën, zoals percentages sociale huur, sociale koop of middenhuur. Ook is denkbaar dat het overheidslichaam ruimtelijke eisen stelt die niet of nog niet publiekrechtelijk zijn vastgelegd. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de eis een minimaal percentage aan sociale woningbouw te realiseren of de eis dat de kopende partij zich conformeert aan een stedenbouwkundig- of beeldkwaliteitsplan. Het stellen van dergelijke criteria kan tot gevolg hebben dat de kring van potentiële gegadigden die kunnen meedoen aan de selectieprocedure op voorhand wordt beperkt.

Een belangrijke voorwaarde is dat met het stellen van privaatrechtelijke criteria de publiekrechtelijke kaders niet worden doorkruist. Van een onaanvaardbare doorkruising kan sprake zijn als aan het overheidslichaam bij publiekrechtelijke regeling bepaalde bevoegdheden ter behartiging van zekere belangen zijn toegekend en het overheidslichaam deze belangen langs

privaatrechtelijke weg wil bereiken. Zo kan artikel 122 van de Woningwet in de weg staan aan het stellen van bepaalde duurzaamheidseisen (voor zover die verder gaan dan het Bouwbesluit).

Ten slotte is van belang dat overheidslichamen telkens aan de hand van alle rechten en plichten die voorvloeien uit een voorgenomen koopovereenkomst moeten bezien of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet.

6. Wanneer kan een overheidslichaam afzien van een selectieprocedure?

De mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden, indien bij voorbaat vaststaat óf redelijkerwijs mag worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Ook dit dient te worden vastgesteld op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Er is immers geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel als er voor het maken van onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging is. In dat geval hoeft dus geen selectieprocedure te worden toegepast.

Wel zal in dat geval nog moeten worden voldaan aan twee (procedurele) vereisten.

- Het voornemen tot verkoop dient tijdig voorafgaand aan de verkoop bekend te worden gemaakt op een zodanige wijze dat een ieder daarvan kennis kan nemen.
- Daarbij dient aan de hand van de gestelde criteria tevens te worden gemotiveerd waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Er meldt zich geen andere gegadigde
Indien zich geen andere gegadigden melden naar aanleiding van de kennisgeving, kan worden afgezien van een selectieprocedure en zal de overeenkomst kunnen worden gesloten.

Er meldt zich wel een andere gegadigde
Indien zich wél een of meerdere andere gegadigden melden naar aanleiding van de kennisgeving, zal in de eerste plaats moeten worden beoordeeld of het inderdaad gaat om serieuze gegadigden. Hiertoe zal moeten worden getoetst of de andere gegadigden voldoen aan de in de kennisgeving gestelde criteria op basis waarvan werd vermoed dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam. Indien blijkt dat aan die criteria is voldaan, ligt het in de rede alsnog een selectieprocedure te starten.

Indien daarentegen wordt geconcludeerd dat de andere gegadigden niet aan de criteria voldoen, ligt het in de rede deze partijen hiervan in kennis te stellen, waarbij tevens een termijn zou kunnen worden gesteld waarbinnen de kwestie aan de rechter kan worden voorgelegd voordat de koopovereenkomst gesloten wordt (zie hierover vraag 11). Deze termijn zal voldoende lang moeten zijn voor de afgewezen gegadigden om zich te kunnen beraden over de motivering van de afwijzing.

7. Wanneer is sprake van 'slechts één serieuze gegadigde'?

Of sprake is van slechts één serieuze gegadigde die in aanmerking komt als koper, dient te worden vastgesteld op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Partijen die niet aan deze criteria voldoen, kunnen niet als serieuze gegadigde worden aangemerkt.

Gedacht kan worden aan de situatie dat gelet op de beoogde beleidsdoelstellingen slechts één ontwikkelplan redelijkerwijs in aanmerking komt. Zo is in beginsel denkbaar dat er slechts één potentiële koper is die voldoet aan bepaalde technische bekwaamheidseisen. Deze eisen zullen op zichzelf steeds objectief, redelijk en toetsbaar moeten zijn. Daarnaast kan worden gedacht aan de situatie dat slechts één gegadigde beschikt over de benodigde (schaarse) vergunning om op het uit te geven perceel een onderneming te exploiteren en deze vergunning reeds door middel van een transparante verdeelprocedure is verleend. Ook kunnen bestaande grondposities maken dat slechts één partij als serieuze gegadigde in aanmerking komt, al dan niet in combinatie met een doelmatig gebruik van de grond.

In dit verband zou wellicht inspiratie kunnen worden ontleend aan het onteigeningsrecht. In het onteigeningsrecht kan aan een beroep op zelfrealisatie voorbij worden gegaan indien de eigenaar niet in staat of bereid is aan het plan van het bestuursorgaan uitvoering te geven, voor zover dat plan dienstig is aan het algemeen belang. Andere situaties die een beroep op zelfrealisatie in de weg kunnen staan, zijn dat de grondeigenaar niet over voldoende aaneengesloten grond beschikt om de bestemming op doelmatige wijze zelf te kunnen realiseren of als de te onteigenen gronden geen afzonderlijk deel van het uit te voeren project kunnen vormen. Dit vormen naar hun aard objectieve, toetsbare en redelijke criteria om (1) een plan van een gegadigde te beoordelen, of (2) te constateren dat er maar één serieuze gegadigde is die in aanmerking komt voor de te verkopen onroerende zaak (namelijk de partij die met de te verwerven grond het plan wel kan realiseren). Uiteraard is de bruikbaarheid van deze criteria afhankelijk van de specifieke omstandigheden.

8. De conclusie dat er maar één serieuze gegadigde is, moet op 'objectieve, toetsbare en redelijke criteria' worden gebaseerd. Zijn dit dezelfde criteria die een overheidslichaam kan hanteren bij een selectieprocedure?

De criteria die leiden tot de conclusie dat er slechts één serieuze gegadigde is, komen niet noodzakelijkerwijs overeen met de – eveneens – objectieve, toetsbare en redelijke criteria die een overheidslichaam in een selectieprocedure moet hanteren (zie hierover vraag 5). De criteria die bij het bieden van mededingingsruimte moeten worden gesteld hebben immers ten doel de verschillende gegadigden respectievelijk hun aanbiedingen tegen elkaar te kunnen afzetten opdat aan de hand van de selectiecriteria 'de beste' aanbieder, respectievelijk aanbieding kan worden geselecteerd. Aan die selectiecriteria ligt dus een andere aanname ten grondslag dan aan de criteria ter motivering dat er aannemelijk maar één serieuze gegadigde is, namelijk dat er meerdere (serieuze) gegadigden zullen zijn die onder concurrentie een aanbieding zullen formuleren.

9. Geldt er een ondergrens voor de plicht om een selectieprocedure toe te passen?

Anders dan in bijvoorbeeld het aanbestedings- of staatssteunrecht, geldt in uitgangspunt geen de-minimisgrens; ook bij ogenschijnlijke bagatelzaken (bijvoorbeeld een stukje snippergroen) kunnen

er immers meerdere (potentiële) gegadigden zijn. Wel is denkbaar dat de aard respectievelijk bewerkelijkheid van de selectieprocedure door het overheidslichaam wordt afgestemd op het belang van de uit te geven onroerende zaak.

10. De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel in door een passende mate van openbaarheid voor te schrijven. Wat is een passende mate van openbaarheid?

Indien een overheidslichaam mededingingsruimte moet bieden door middel van een selectieprocedure, dient het overheidslichaam de voorwaarden en modaliteiten van deze procedure (te weten: de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria) tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure bekend te maken. Dat moet op een zodanige wijze plaatsvinden dat '(potentiële) gegadigden' daarvan tijdig kennis kunnen nemen.

Indien een overheidslichaam voornemens is tot (onderhandse) verkoop – omdat er op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt – dient het voornemen volgens de Hoge Raad tijdig voorafgaand aan de verkoop op een zodanige wijze bekend te worden gemaakt dat 'een ieder' daarvan kennis kan nemen.

De Hoge Raad heeft in het arrest niet bepaald in welk medium de kennisgevingen moeten worden gepubliceerd. Waar het om gaat, is dat geïnteresseerden de kennisgevingen gemakkelijk kunnen vinden. Hiertoe is het wenselijk dat (zowel) de publicatie van een selectieprocedure als een voornemen tot (onderhandse) verkoop zoveel mogelijk op identieke wijze en op een vaste plek bekend wordt gemaakt. Gedacht kan worden aan (een vaste rubriek op) de algemene website van het overheidslichaam, een speciaal voor dit type kennisgevingen ingerichte webpagina of het Gemeenteblad. Het verdient overigens de voorkeur dat de verschillende afdelingen/onderdelen van het betreffende overheidslichaam de kennisgevingen op een uniforme wijze publiceren.

Overwogen kan worden eenmalig aan te geven waar toekomstige kennisgevingen zullen worden gepubliceerd. Maatwerk is en blijft echter steeds van belang. Zo kan afhankelijk van de aard van de uit te geven onroerende zaak – naast de vaste publicatieplek met een zo breed mogelijk bereik – ook het lokale weekblad (denk bijv. aan een stuk snippergroen) en/of een vakblad (bijvoorbeeld bij een grootschalige ontwikkellocatie) in aanmerking komen.

11. Welke termijnen kunnen worden gehanteerd?

Termijnen binnen een selectieprocedure
De te hanteren termijnen binnen een selectieprocedure zullen steeds redelijk moeten zijn en kunnen dus per selectieprocedure verschillen. Zo zal de aanmeld- of indieningstermijn moeten zijn afgestemd op de mate van inspanningen die van de (potentiële) gegadigden in de specifieke selectieprocedure worden verwacht om een serieuze aanmelding of aanbieding te kunnen overwegen en voorbereiden. Daarbij geldt uiteraard dat langere termijnen in de rede liggen naar mate meer inspanningen worden gevraagd. Ook ligt het doorgaans in de rede dat er in de selectieprocedure enige ruimte wordt geboden voor het stellen van vragen door (potentiële) gegadigden.

Het is aan te bevelen dat afgevallen gegadigden aan het slot van de selectieprocedure een termijn wordt geboden om (al dan niet in rechte) op te komen tegen de (gemotiveerde) selectiebeslissing. Het overheidslichaam kan besluiten gedurende deze termijn te wachten met het aangaan van de voorgenomen overeenkomst.

Al naar gelang de complexiteit van de selectieprocedure zal de lengte van de te hanteren termijnen dus moeten worden vastgesteld. Waar passend zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de in het aanbestedingsrecht gehanteerde termijnen. Zie nader voor een overzicht: https://www.pianoo.nl/nl/document/12961/factsheet-termijnen-aanbestedingswet-2012.

Termijnen bij voornemen tot verkoop aan de enige serieuze gegadigde
Indien het overheidslichaam van oordeel is dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, dient het voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst te worden gepubliceerd.

De Hoge Raad heeft ook hier niet gespecificeerd welke termijn in acht moet worden genomen. Ook in dit geval hangt de exacte termijn af van alle omstandigheden van het geval. Het is verstandig om het voornemen tot (onderhandse) verkoop in een zo vroeg mogelijk stadium te publiceren. Daarmee kan worden voorkomen dat later blijkt dat er toch andere gegadigden zijn die aan de gestelde criteria voldoen en er dus alsnog een selectieprocedure dient te worden toegepast.

Het is raadzaam in de kennisgeving een uiterste termijn op te nemen waarbinnen andere gegadigden zich dienen te melden indien zij menen dat zij op grond van de toepasselijke criteria eveneens in aanmerking komen. Als wordt geconcludeerd dat deze partijen niet als serieuze gegadigden kunnen worden aangemerkt omdat zij niet aan de in de kennisgeving vermelde criteria voldoen, zou (wederom) een termijn kunnen worden gesteld waarbinnen zij de kwestie aan de rechter kunnen voorleggen. Bij het bepalen van de lengte van de termijnen zal acht moeten worden geslagen op de toepasselijke criteria (bijvoorbeeld mate van complexiteit), zodat geïnteresseerden daadwerkelijk in staat worden gesteld om na te gaan of zij kwalificeren als 'serieuze' gegadigde en of zij eventueel tegen de voorgenomen onderhandse verkoop wensen op te komen.

Een overheidslichaam kan ervoor kiezen gedurende deze termijnen het sluiten van de voorgenomen overeenkomst op te schorten (*standstill*). Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om de koopovereenkomst te sluiten onder opschortende of ontbindende voorwaarden, bijvoorbeeld in de vorm van een totstandkomingsvoorbehoud.

12. Wat betekent het arrest voor reeds verkochte en geleverde onroerende zaken?

Het ligt op dit moment niet voor de hand dat overeenkomsten waarin de door de Hoge Raad voorgestane mededingingsruimte destijds niet is geboden alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zouden zijn. Een en ander zal steeds mede afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij zal aannemelijk een rol kunnen spelen dat de verplichting

voor overheidslichamen om bij gronduitgifte mededingingsruimte te bieden, voor veel partijen als een nieuwe ontwikkeling wordt gezien.

13. Wat betekent het arrest voor lopende onderhandelingen*?*

In gevallen waarin sprake is van lopende onderhandelingen waarbij nog geen overeenkomst tot stand is gekomen (en nog geen selectieprocedure is toegepast die voldoet aan het arrest), ligt het in de rede dat de onderhandelingen door het overheidslichaam waar mogelijk tijdelijk worden opgeschort. Voordat hiertoe wordt besloten, zullen alle relevante omstandigheden in kaart moeten worden gebracht. Hierbij kunnen onder meer goedkeuringsvoorbehouden of andere opschortende/ontbindende voorwaarden van belang zijn.

Gedurende de opschorting van de onderhandelingen zal het overheidslichaam zo nodig een nadere afweging kunnen maken of het genoegzaam kan motiveren dat de beoogde contractuele wederpartij redelijkerwijs als enige serieuze gegadigde is aan te merken op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria (zie hierover nader vraag 7-8). Indien dit het geval is, zal het voornemen tot (onderhandse) verkoop moeten worden gepubliceerd. In deze kennisgeving zal moeten worden gemotiveerd waarom op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat / redelijkerwijs mag worden aangenomen dat alleen deze partij als serieuze gegadigde in aanmerking komt. Zo nodig dient daarbij te worden bepaald of overeengekomen dat in het geval zich toch een andere serieuze gegadigde aandient, alsnog een selectieprocedure wordt gevolgd. Daarbij zal bijzondere aandacht moeten worden gegeven aan de vraag hoe in een dergelijke selectieprocedure een *level playing field* kan worden gewaarborgd, gelet op de eerdere betrokkenheid van de partij waarmee tot dan toe is onderhandeld.

14. Kan een overheidslichaam schadeplichtig zijn wegens het afbreken van onderhandelingen omdat het aangaan van een overeenkomst niet in lijn is met het arrest?

Het afbreken van (vergevorderde) onderhandelingen kan onder omstandigheden leiden tot schadeplichtigheid. Partijen zijn evenwel in beginsel vrij lopende onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Voor het kunnen aannemen van die onaanvaardbaarheid geldt volgens vaste rechtspraak een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf.

Bij de vraag of dat gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt kunnen uiteraard ook de onder vraag 13 bedoelde goedkeuringsvoorbehouden of eventueel andere in dit verband relevante opschortende/ontbindende voorwaarden een rol spelen. Veel hangt hier dus af van de concrete omstandigheden van het geval. De vraag of er schadeplichtigheid zou kunnen ontstaan, vereist dus steeds een concrete toetsing.

15. Wat kunnen overheidslichamen en marktpartijen doen om te voorkomen dat in de toekomst wordt gehandeld in strijd met het Didam-arrest?

Overheidslichamen en marktpartijen zullen gezamenlijk in goed overleg tot een werkwijze moeten komen die strookt met het Didam-arrest.
Overheidslichamen die reeds beschikken over een vastgesteld beleid voor het selecteren van partijen voor verkoop van (bebouwde of onbebouwde) onroerende zaken, doen er verstandig aan na te gaan of dit beleid nog in overeenstemming is met het arrest. Zo nodig kunnen zij dit beleid herijken. Overheidslichamen die nog geen selectiebeleid hebben geformuleerd en regelmatig onroerende zaken verkopen, zouden kunnen overwegen een dergelijk beleid te formuleren.
Tot slot is het van belang de ontwikkelingen in de rechtspraak waarin nadere duiding wordt gegeven aan het arrest van de Hoge Raad, goed te volgen.