

MASTER'S THESIS

Het Didam-arrest: een stap in het duister ?

Een onderzoek naar de rechtsgevolgen van schending van artikel 3:14 BW voor door de overheid gesloten overeenkomsten.

Anoniem

Award date:

2024

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 06. Oct. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Het Didam-arrest: een stap in het duister ?

Een onderzoek naar de rechtsgevolgen van schending van artikel 3:14 BW voor door de overheid gesloten overeenkomsten.

Naam:
Studentnummer:
E-mailadres:
Cursuscode: RM99062223
Accent: Privaatrecht
Aantal woorden: 13.921
Begeleider: Dhr. mr. J.J. Ebbinga
Examinator: Mw. prof. mr. dr. S. Krusinga
Inleverdatum: 3 maart 2024

**“ It is not wisdom
but Authority that makes a law “**

- *Thomas Hobbes*

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	3
Lijst met afkortingen	5
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	7
1.1 Aanleiding en oriëntatie.....	7
1.2 Probleemanalyse.....	8
Hoofdstuk 2 Artikel 3:14 Burgerlijk wetboek.....	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Wetsgeschiedenis	11
2.3 Algemene beginselen: gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel	13
2.3.1 <i>Het gelijkheidsbeginsel</i>	13
2.3.2 <i>Vertrouwensbeginsel binnen het privaatrecht</i>	15
2.4 Sanctionering: bedoeling van de wetgever	16
2.5 Tussenconclusie	17
Hoofdstuk 3 Het Didam-arrest en de bodemprocedure.....	19
3.1 Inleiding	19
3.2 Het Didam-arrest.....	19
3.3 Bodemprocedure hof Arnhem-Leeuwarden	21
3.4 Artikel 3:40 BW en de Aanbestedingswet 2012	22
3.5 Tussenconclusie	23
Hoofdstuk 4 Lagere rechtspraak en Literatuur	25
4.1 Inleiding	25
4.2 Overeenkomsten gesloten voor Didam	26
4.2.1 <i>Overeenkomst blijft geldig met schadevergoedingsplicht overheid jegens derden dan wel de contractspartij</i>	26
4.2.2 <i>Overeenkomst is nietig/vernietigbaar met eventuele schadevergoedingsplicht van de overheid jegens de (beoogde) contractspartij</i>	28
4.3 Na Didam gesloten overeenkomsten	32

4.3.1 Uitzonderingssituatie voor het doorlopen van een mededingingsprocedure	33
4.4 Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 5 Conclusie	39
5.1 Antwoord op de probleemstelling	39
5.2 Oplossingsrichting voor gesloten overeenkomsten bij schending van artikel 3:14 BW	42
<i>Overeenkomsten gesloten voor het Didam-arrest</i>	42
<i>Situatie na het Didam-arrest</i>	44
Literatuur	47
Jurisprudentie	51
Kamerstukken	53

Lijst met afkortingen

Abbb.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
AW.	Aanbestedingswet 2012
Awb.	Algemene wet bestuursrecht
BW.	Burgerlijk Wetboek
De Afdeling bestuursrechtspraak	De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ECLI	European Case Law Identifier
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en Politieke Rechten
MvA	Memorie van Antwoord
Min. BZK	Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Par. Gesch.	Parlementaire geschiedenis
Rb	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
T&C	Tekst & Commentaar
T.M.	Toelichting Meijers
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding en oriëntatie

“It is not wisdom but Authority that makes a law”, zo luidt het citaat direct na het voorblad. En zo heeft de wetgever ook besloten om artikel 3:14 onderdeel te laten uitmaken van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Artikel 3:14 BW luidt als volgt:

“Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht”.

Artikel 3:14 BW schrijft voor dat de rechten en bevoegdheden die rechtssubjecten toekomen op grond van het burgerlijk recht, onderworpen zijn aan de grenzen die worden gesteld door het publiekrecht.¹ Met andere woorden, de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden mag niet in strijd zijn met regels die zijn vastgesteld in het publiekrecht, zowel gecodificeerd in de wet als afgeleid uit ongeschreven rechtsbeginselen. Het artikel beoogt een balans te creëren tussen individuele rechten en het algemeen belang dat wordt gediend met het publiekrecht.²

In 2021 kreeg artikel 3:14 BW onverwacht veel aandacht toen de Hoge Raad het Didam-arrest wees.³ Daarin staat de mate van gebondenheid aan de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk overheidshandelen, in het specifieke geval bij verkoop van onroerende zaken, centraal. In de eerste plaats benadrukt de Hoge Raad in het Didam-arrest dat het ingevolge artikel 3:14 BW voor een overheidsorgaan verboden is om in strijd met het publiekrecht te handelen. Deze uitspraak bevestigt opnieuw en duidelijk de sinds 1987 in de rechtspraak heersende leer dat de overheid in beginsel weliswaar over contractsvrijheid beschikt, maar dat deze vrijheid – met name vanwege de dominante positie van de overheid in de samenleving – begrensd wordt door publiekrechtelijke voorschriften.⁴ De Hoge Raad oordeelt in het Didam arrest:

“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.”⁵

De Hoge Raad oordeelt dat het gelijkheidsbeginsel nadrukkelijk van toepassing is op verkoop van onroerende zaken door overheidsorganen en beschrijft hoe overheidsorganen hier uitvoering aan moeten geven:

“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. 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”.⁶

¹ Parl. gesch. Inv., p. 1052.

² Parl. gesch. Inv., p. 1052. En zie ook HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

³ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam).

⁴ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.

⁵ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3-3.1.4.

⁶ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778. r.o. 3.1.4.

In de Didam-bodemprocedure heeft het hof Leeuwarden-Arnhem in april 2023 uitspraak gedaan.⁷ Tegen deze uitspraak is inmiddels een cassatieprocedure gestart bij de Hoge Raad.⁸ Het Didam-arrest is voor de rechtbank Midden-Nederland aanleiding geweest om in mei 2023 prejudiciële vragen te stellen. In beide gevallen is het wachten op een oordeel van de Hoge Raad.⁹

1.2 Probleemanalyse

De cruciale rechtsvraag betreft de gevolgen van het Didam-arrest voor overeenkomsten die door overheidsorganen gesloten zijn in strijd met het gelijkheidsbeginsel en die daardoor in strijd met artikel 3:14 BW zijn. Naar aanleiding van het door de Hoge Raad gewezen Didam-arrest bestaat er zowel in de rechtspraak als in de literatuur veel onduidelijkheid over de gevolgen van deze uitspraak voor overeenkomsten die in strijd met artikel 3:14 BW zijn gesloten.¹⁰ De jurisprudentie over deze gevolgen is divers. Ook in de literatuur wordt breeduit gediscussieerd over de implicaties van het arrest en de mogelijke rechtsgevolgen van overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met het Didam-arrest. Er komen verschillende opties aan de orde: nietigheid van de overeenkomst, vernietigbaarheid, blijvende geldigheid en een schadevergoedingsplicht voor het overheidsorgaan jegens derden aan wie geen gelijke kans is geboden dan wel jegens een (beoogde) contractspartij.¹¹

Naast het gelijkheidsbeginsel speelt in de lagere rechtspraak ook het vertrouwensbeginsel een belangrijke rol. Het gaat dan om contractspartijen die hebben vertrouwd op een geldige overeenkomst en die nu geconfronteerd worden met mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. De rechtsgevolgen voor overeenkomsten die door overheidsorganen en marktpartijen in strijd met artikel 3:14 BW zijn gesloten kunnen verstrekkend zijn.¹² Onduidelijkheid over de rechtsgevolgen betekent rechtsonzekerheid voor alle bij een dergelijke overeenkomst betrokken partijen (en eventuele derde verkrijgers van de door de overheid verkochte onroerende zaak). Ondanks uitgebreide lagere jurisprudentie en literatuur over dit onderwerp zijn de contouren van een antwoord nog niet eenduidig afgebakend. Het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023, gewezen in de bodemprocedure van de Didam-zaak, draagt ook bij aan deze complexiteit.¹³

⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796. Op basis van mailcontact d.d. 14 oktober 2023 met de heer mr. Lam (Hekkelman advocaten & notarissen), advocaat voor Bruil Groenstaete Projectontwikkeling in de bodemprocedure tegen Didam Have B.V. c.s.

⁹ Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld uitspraken van: Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418; Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6446, Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350 en Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865. Zie ook: P.J. Huisman & N. Jak, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter, NTBR 2022/24. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 864; I. Haverkate & D.W.N. Brand, Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten, TvHB 2022, afl. 1, p. 4-10 en W.H.E. Parlevliet, A.D.L. Knook & M.J.E. Boudesteijn, Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid, BR 2022/25.

¹¹ W.J.E. van der Werf, 'Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte', TVar 2021, p. 570 en L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', WPNR 2022/7355.

¹² Artikel 3:84 BW. G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', BR 2022/84; N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', NTBR 2023/20, afl. 5.

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796. Zie verder paragraaf 3.3.

De probleemstelling in dit onderzoek luidt derhalve:

“ Wat zijn de rechtsgevolgen van schending van artikel 3:14 BW voor door de overheid gesloten overeenkomsten? ”

Literatuur- en jurisprudentieonderzoek wordt als methode voor dit onderzoek gehanteerd, waarbij de relevante lagere jurisprudentie in de periode van het Didam-arrest (26 november 2021) tot en met 5 december 2023 is onderzocht. Het betoog is als volgt opgebouwd:

In hoofdstuk 2 wordt onderzocht of de wetgever een sanctie (en zo ja, welke) verbindt aan schending van artikel 3:14 BW. Daartoe wordt aan de hand van de Parlementaire Geschiedenis onderzocht wat de ratio is van artikel 3:14 BW. Tevens wordt onderzocht hoe het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zich in de jurisprudentie van de Hoge Raad verhouden tot privaatrechtelijk overheidshandelen. In hoofdstuk 3 wordt de onderbouwing van de Hoge Raad in het Didam-arrest geanalyseerd en wordt onderzocht welke juridische vragen dit arrest en de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure oproepen. In hoofdstuk 4 wordt onderzocht hoe in de lagere rechtspraak wordt geoordeeld over de in hoofdstuk 3 geconstateerde rechtsvragen die voortvloeien uit het Didam-arrest. Daarnaast wordt in hoofdstuk 4 onderzocht welke oplossingsrichtingen in de literatuur worden voorgesteld ten aanzien van de in hoofdstuk 3 vastgestelde problemen. Hoofdstuk 5 bevat de conclusie.

Hoofdstuk 2 Artikel 3:14 Burgerlijk wetboek

2.1 Inleiding

Artikel 3:14 BW vormt in combinatie met het gelijkheidsbeginsel de juridische grondslag voor het oordeel van de Hoge Raad in het Didam-arrest.¹⁴ In dit hoofdstuk staan daarom zowel artikel 3:14 BW als het gelijkheidsbeginsel centraal. In paragraaf 2 wordt de wetsgeschiedenis van artikel 3:14 BW geanalyseerd. In paragraaf 3 wordt specifiek onderzocht of de wetgever een sanctie (en zo ja, welke) heeft beoogd bij schending van artikel 3:14 BW. De in het kader van dit onderzoek meest relevante abbb zijn het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel kan door een contractspartij van de overheid worden ingeroepen om een overheidsorgaan te houden aan nakoming van een gesloten overeenkomst. Het gelijkheidsbeginsel ziet in het kader van de Didam-arrest op het bieden van gelijke kansen en wordt ingeroepen door derden die menen ten onrechte niet in aanmerking te zijn gekomen als mogelijke contractspartij voor de overheid.¹⁵ In de literatuur wordt geconstateerd dat de civiele rechter steeds vaker een belangenafweging (gelijkheidsbeginsel versus vertrouwensbeginsel) maakt in de beoordeling of overheidsorganen een toezegging moeten nakomen.¹⁶ In paragraaf 4 wordt daarom onderzocht welk belang in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt toegekend aan de abbb en in het bijzonder het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel. Paragraaf 5 bevat de tussenconclusie.

2.2 Wetsgeschiedenis

In 1923 oordeelde de Hoge Raad in het arrest Schielandse Hooge Zeedijk dat de eigenaar van een zeedijk bij het uitoefenen van zijn privaatrechtelijk eigendomsrecht rekening dient te houden met de (ongeschreven) publiekrechtelijke beperkingen die van toepassing zijn op die dijk.¹⁷

¹⁴ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam).

¹⁵ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017; Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6446.

¹⁶ ABRvS, 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (Amsterdamse dakopbouw).

N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', NTBR 2023/20, afl. 5. Zie bijvoorbeeld: HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957; Rb. Overijssel 8 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4682 en Rb. Rotterdam 9 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:937.

¹⁷ HR 12 januari 1923, NJ 1923/307. In het arrest Schielandse Hooge Zeedijk kwam een casus voor de Hoge Raad, waarin aan een private persoon een plicht werd opgelegd door het bestuur van het waterschap Hoogheemraadschap van Schieland om de werkzaamheden die nodig waren voor het verzwaren van de dijk aan de Hollandse IJssel op zijn grond toe te staan. Daarmee was sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht van deze grondeigenaar. De bevoegdheid om deze verplichting aan een persoon op te leggen was volgens het waterschapsbestuur verkregen uit de in die periode geldende Waterstaatswet. Uit deze wet volgde volgens het waterschap de mogelijkheid om particulieren te verplichten aan de werkzaamheden die nodig waren voor dijkverzwaring mee te werken. Er bestond echter geen wettelijke bepaling die specifiek toe zag op de verplichting die door het Waterschap was opgedragen. In cassatie bij de Hoge Raad werd dan ook de vraag voorgelegd of deze door het waterschap opgelegde verplichting onrechtmatig was. De Hoge Raad oordeelde dat: " *de eigenaar van den dijk ook deze beperking van zijn eigendomsrecht naast vele andere beperkingen, als uitloeijsel van den op den dijk rustenden publieken last, moet gedoogen...*" En dat: " *mitsdien, al moge in reglement en keur van Schieland en evenmin in eenige andere bepaling van geschreven (curs. bew.) recht voor dezen plicht van den eigenaar van den dijk eenige grondslag zijn te vinden, door de gewraakte handelingen van Schieland ten opzichte van van Stolk toch geen ongeoorloofde rechtskrenking heeft plaats gehad.*" Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat een historische ongeschreven en gegroeide opdracht was van Waterschappen om alles te doen dat nodig was voor het goed kunnen uitoefenen van zijn taken, zoals bijvoorbeeld het beschermen van het land tegen overstromingen.

De opvatting van de Hoge Raad in dit arrest “dat de eigenaar van den dijk ook deze beperking van zijn eigendomsrecht naast vele andere beperkingen, als uitvloeisel van den op den dijk rustenden publieken last, moet gedoogen”¹⁸ is in 1954 voor Meijers aanleiding geweest om artikel 3:14 BW op te nemen in het wetsontwerp (Ontwerp Meijers) voor de Inleidende Titel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.¹⁹ De inhoud van artikel 3:14 BW is nog hetzelfde als in het Ontwerp Meijers en luidt:

Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

De Hoge Raad oordeelt in het arrest Schielandse Hooge Zeedijk dat het publiekrecht niet uitsluitend uit geschreven regels bestaat.²⁰ In de Toelichting Meijers wordt dan ook bij artikel 3:14 BW geconstateerd dat naast geschreven regels ook ongeschreven regels een plaats in de bepaling verdienen.²¹ De abbb zijn op dat moment nog ongeschreven.

Na de Tweede wereldoorlog worden de abbb in de literatuur nader uitgewerkt en in de jaren zestig ontwikkelden ze zich tot een toetsingskader binnen het privaatrecht.²² De Hoge Raad oordeelde in de Landsmeerarresten nog dat het niet aan de civiele rechter was om direct te toetsen aan de abbb, maar dat de abbb wel degelijk betrokken dienen te worden bij de beoordeling of een overheidsorgaan redelijk heeft gehandeld.²³ Vervolgens heeft de Hoge Raad in meerdere arresten geoordeeld dat privaatrechtelijk overheidshandelen rechtstreeks aan de abbb getoetst moet worden.²⁴ De bekendste van deze arresten is Amsterdam – Ikon uit 1987.²⁵

¹⁸ HR 12 januari 1923, NJ 1923/307.

¹⁹ Parl. gesch. Inv., p. 1052.

²⁰ HR 12 januari 1923, NJ 1923/307

²¹ Parl. gesch. Inv., p. 1052.

²² Preadvies van Wiarda. G.J. Wiarda, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur’, Geschriften van de vereniging voor administratief recht; R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1, p. 329 e.v. en H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., Bestuursrecht 1, p. 303 e.v.

²³ HR 4 januari 1963, NJ 1964/202 en 204. De Landsmeer arresten betreffen een casus waarin de gemeente Landsmeer met financiële ondersteuning van een tweetal maatschappijen arbeiderswoningen had gebouwd voor werknemers van diezelfde maatschappijen. Er waren afspraken gemaakt tussen de gemeente Landsmeer en de maatschappijen over de verhuur van de arbeiderswoningen. Onderdeel van deze verhuurovereenkomst waren afspraken over het ontruimen van de arbeiderswoningen indien de werknemer niet meer werkzaam was bij de maatschappij. Toen een tweetal werknemers ontslag nam bij de maatschappijen, bleek dat deze werknemers hun woningen weigerden te ontruimen waarop de gemeente Landsmeer besloot de woningen te vorderen. In cassatie bij de Hoge Raad werd het verweer aangevoerd dat het vorderen van de woningen door de gemeente Landsmeer in strijd zou zijn met behoorlijk bestuur en met de tussen hen en de gemeente gesloten overeenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat indien een overheidsorgaan een discretionaire bevoegdheid gebruikt, zij in beginsel vrij is om op basis van een bepaalde rangorde in de verschillende belangen te bepalen wat passend is. Verder oordeelde de Hoge Raad dat indien er sprake is van een handelen dat strijdig is met de gesloten overeenkomst, dat geoorloofd is indien overheidsorganen de omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst niet hadden kunnen voorzien. Ook oordeelde de Hoge Raad dat een directe toetsing aan de abbb. buiten de taken van de civiele rechter valt, maar dat deze wel degelijk “onder bepaalde omstandigheden in het oordeel van de rechter betrokken zullen worden”. Zie ook M.W. Scheltema, noot HR 22 maart 1987, NJ 1987, 727 en ook HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.

²⁴ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (Amsterdam/Ikon), HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland/Hoondert) en HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2822 (Coevorden – BV Gasfabriek).

²⁵ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565. In het arrest Amsterdam – Ikon komt een zaak aan de orde waarin de gemeente Amsterdam een privaatrechtelijke bevoegdheid in de vorm van eigendom van een stuk grond had dat in erfpacht was uitgegeven aan Ikon. Op het perceel grond gebruikte Ikon een woning als kantoor en om die reden verzocht Ikon de gemeente Amsterdam toestemming voor woningonttrekking. Dit verzoek werd vervolgens door de gemeente Amsterdam niet gehonoreerd, maar door de provincie Noord-Holland toegewezen. Hierop poogde de gemeente Amsterdam om op basis van een privaatrechtelijke bevoegdheid gelegen in de erfpachtvoorwaarden alsnog het gebruik van de woning als kantoor tegen te gaan. Ikon beroept zich in cassatie op het feit dat de gemeente

Daarin oordeelde de Hoge Raad dat overheidsorganen bij de uitoefening van privaatrechtelijk overheidshandelen gebonden zijn aan de abbb en dat het gelijkheidsbeginsel in het burgerlijke recht geen “zwakkere werking” heeft dan in het bestuursrecht.²⁶ Het uitgangspunt dat de abbb door civiele rechters direct getoetst moeten worden is door de Hoge Raad in latere rechtspraak bevestigd.²⁷ Bij de behandeling van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW begin jaren tachtig concludeert de wetgever op basis van deze ontwikkelingen in de rechtspraak dat het belang van publiekrechtelijke beperkingen op privaatrechtelijke bevoegdheden is toegenomen.²⁸ Over de functie van artikel 3:14 BW wordt stevig gediscussieerd in het Parlement. De invoering van het artikel wordt door een aantal commissieleden gezien als “*een stap in het duister*”.²⁹ Desondanks wordt artikel 3:14 BW met algemene instemming aangenomen.³⁰

2.3 Algemene beginselen: gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel

2.3.1 Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel is vastgelegd in artikel 1 van de Grondwet. Op grond van het fundamentele gelijkheidsbeginsel moeten gelijke gevallen gelijk behandeld worden. Ongelijke gevallen mogen ongelijk behandeld worden, indien daar een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat.³¹ Het gelijkheidsbeginsel is ook gecodificeerd in internationale verdragen, met als belangrijkste artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.³² Uit de Parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet blijkt dat het expliciet de bedoeling van de wetgever is dat artikel 26 IVBPR ook van toepassing is op andere rechtsgebieden, zoals het privaatrecht.³³

Amsterdam in strijd met het gelijkheidsbeginsel zou hebben gehandeld, aangezien het handelen van de gemeente niet aansluit bij het geldende gemeentelijke beleid. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat de gemeente Amsterdam bij het uitoefenen van de privaatrechtelijke bevoegdheid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht had moeten nemen.

²⁶ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (Amsterdam-Ikon). De Hoge Raad oordeelt: “*Voor zover het slot van het onderdeel onder a, betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting.*”

²⁷ HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (Kunst- en Antiekstudio/Lelystad); HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland/Hoondert) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540 (Gemeente Apeldoorn/Duisterhof).

²⁸ Parl. gesch. Inv., p. 1052.

²⁹ Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1052 (nr. 3). Zie ook Parl. gesch. Inv., p. 1052. Diverse Parlementariërs waren namelijk van mening dat een kapstokbepaling onnodig was, gezien een aantal arresten dat reeds als kapstok fungeerde voor de rechtspraak en ook HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 en ook HR 27 maart 1987, NJ 1987,727. VV II Inv., Parl. gesch., p. 1054. Het Parlement stemt uiteindelijk in met het opnemen van artikel 3:14 in het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

³⁰ VV II Inv., Parl. gesch., p. 1054. De wetgever stemt in met het (via art. 3:14 BW) rechtstreeks van toepassing verklaren van de abbb op privaatrechtelijk overheidshandelen.

³¹ Art. 1 Grondwet en zie ook HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971.

³² In samenhang met artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM. Volgens artikel 26 IVBPR zijn alle mensen gelijk voor de wet en kunnen zij gelijke bescherming claimen.

³³ Kamerstukken II, vergaderjaar 1975-1976, 13 932, nr. 1-6, blz. 35; HR 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC4289 en ook HR 17 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5505.

Ook de belastingrechter en de sociale verzekeringsrechter toetsen regelmatig aan het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR.³⁴ Het gelijkheidsbeginsel als abbb kent eveneens doorwerking in het privaatrecht via de open norm van redelijkheid en billijkheid in de artikelen 6:2 en 6:248 BW.³⁵ Zo oordeelde de Hoge Raad in 2003 dat op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid een partij die niet als bestuursorgaan optrad (RZG) alsnog gehouden is aan het gelijkheidsbeginsel (arrest RZG/ComforMed).³⁶ Het gelijkheidsbeginsel is bovendien een fundamenteel uitgangspunt van de Aanbestedingswet.³⁷

2.3.1.1 Invloed bestuursrecht op privaatrecht t.a.v. het gelijkheidsbeginsel

Het vertrouwensbeginsel als abbb binnen het bestuursrecht houdt in dat niet voorbij mag worden gegaan aan gewekte gerechtvaardigde verwachtingen.³⁸ Indien een overheidsorgaan jegens een burger het vertrouwen wekt dat het op een voor die burger gunstige wijze zal besluiten of handelen, is een overheidsorgaan gehouden om naar dat opgewekte vertrouwen te handelen.³⁹ Indien een beroep op het vertrouwensbeginsel gegrond is, is het overheidsorgaan gehouden aan het nakomen van de gedane toezegging. Hoewel het vertrouwensbeginsel is ontwikkeld binnen het bestuursrecht, kent het een duidelijke invloed op het privaatrecht door middel van invulling van open normen, zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid bij de onrechtmatige daad in artikel 6:162 lid 2 BW en de redelijkheid en billijkheid.

De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde in 2016 dat overheidsorganen bij de verdeling van schaarse vergunningen moeten handelen op een manier die gelijke rechten en gelijke kansen voor alle partijen garandeert en daarnaast ook transparant is.⁴⁰

³⁴ HR 15-07-1998, ECLI:NL:PHR:1998:AC4289, HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288 en HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756. CRvB 5 januari 1988, AB 1988/252-254 en CRvB 7 december 1988, AB 1989/10. Ten slotte wordt in lagere rechtspraak geoordeeld dat wat als gelijk en wat als ongelijk wordt aangemerkt, afhankelijk is van de heersende maatschappelijke omstandigheden en politieke ideeën. Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ0504; Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434. En zie ook Bovend'Eert 2018, p.12.

³⁵ M.W. Scheltema, "De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht" (Maandblad voor Vermogensrecht, aflevering 7, 2013, HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, m.nt. A.R. Bloembergen (Kinderdagverblijf Snoopy).

³⁶ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830. Zo kwam in het artikel 3:14 BW aan de orde in een zaak over een aanbestedingsprocedure en een reeds gesloten overeenkomst tussen een ziekenfonds organisatie en een leverancier van medicijnen. Daarbij lag de vraag voor of de ziekenfonds organisatie op grond van artikel 3:14 BW in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur had gehandeld en of de organisatie meer in het bijzonder in strijd had gehandeld met het gelijkheidsbeginsel nu aangezien er voorzien werd in het algemeen belang en de organisatie ook gefinancierd werd met overheidsgeld. De Hoge Raad was de mening toegedaan dat de ziekenfonds organisatie aan te merken was als een zogenaamd B-orgaan die bij het inkopen van medicijnen geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Desondanks is de ziekenfondsorganisatie volgens de Hoge Raad gehouden aan de abbb.

³⁷ Artikel 1.15 Aanbestedingswet 2012. Op grond van artikel 1.15 AW 2012 moet een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelen.

³⁸ H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., Bestuursrecht 1, p.303 e.v. en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1, p. 329 e.v.

³⁹ H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., Bestuursrecht 1, p.303 e.v. en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1, p. 329 e.v.

⁴⁰ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927(Speelautomatenhal Vlaardingen). In de casus Speelautomatenhal Vlaardingen had de gemeente Vlaardingen op basis van haar lokale speelautomatenbeleid een exploitatievergunning verleend aan een partij: Hommerson. Een concurrent ging in bezwaar tegen het besluit van de gemeente Vlaardingen om de exploitatievergunning te verlenen vanwege het feit dat de vergunningverlening oneerlijk zou zijn verlopen en er aan hem geen eerlijke kans was geboden om ook een exploitatievergunning te verkrijgen: het proces was oneerlijk ingericht volgens de concurrent. De Afdeling bestuursrechtspraak vernietigde het gemeentelijke besluit om een vergunning te verlenen aan Hommerson. Het besluit was een strijdigheden van de gemeentelijke verordening op basis waarvan het besluit was genomen en het gelijkheidsbeginsel. De gemeente Vlaardingen had daarmee haar bevoegdheid overschreven en niet voldaan aan het transparantievereiste. De gemeente Vlaardingen moest na deze uitspraak opnieuw besluiten over de vergunningverlening. En zie ook P.J. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak is hierbij een bepaalde mate van openbaarheid vereist waarin de wijze van verdeling, de aanvraagprocedure, de te hanteren selectiecriteria, et cetera bekend worden gemaakt aan potentiële gegadigden. De Afdeling bestuursrechtspraak volgt in haar uitspraak de conclusie van A-G Widdershoven die concludeert dat het gelijkheidsbeginsel de grondslag vormt voor de verplichting voor overheidsorganen om gelijke kansen te bieden.⁴¹

Deze norm geldt volgens A-G Widdershoven ook voor de verdeling van andere schaarse publieke rechten en niet enkel voor de verdeling van schaarse vergunningen.⁴² Deze verplichting voor overheidsorganen om gelijke kansen te bieden aan derden wordt door de Hoge Raad in het Didam-arrest ingevuld door te oordelen dat overheidsorganen bij verkoop van onroerende zaken mededingingsruimte moeten bieden aan potentiële gegadigden op grond van het gelijkheidsbeginsel.⁴³ Aangezien de bestuursrechtelijke bevoegdheid in de meeste gevallen afhankelijk is van een voor beroep vatbaar 'besluit',⁴⁴ biedt de bestuursrechter géén rechtsbescherming bij privaatrechtelijk overheidshandelen.⁴⁵ Om die reden toetst de burgerlijke rechter in veel gevallen privaatrechtelijk overheidshandelen aan de abbb via de privaatrechtelijke open normen, waaronder de maatschappelijke (on)zorgvuldigheid in artikel 6:162 lid 2 BW.⁴⁶ Indien een beroep op het gelijkheidsbeginsel van een gepasseerde derde gegrond wordt verklaard, kan dat schending van het vertrouwensbeginsel jegens de contractspartij van het overheidsorgaan opleveren. De contractspartij van de overheid kan dan nakoming van de met het overheidsorgaan gesloten overeenkomst vorderen op grond van het vertrouwensbeginsel.

2.3.2 Vertrouwensbeginsel binnen het privaatrecht

De Hoge Raad oordeelt in december 2021 (Toezegging aanleg brug) dat het civiele recht weliswaar een andere grondslag kent (art. 6:2 lid 2 BW: redelijkheid en billijkheid) als het bestuursrecht, maar dat zowel civiele rechters als bestuursrechters dezelfde uitgangspunten moeten toepassen bij het toetsen van overheidshandelen aan het vertrouwensbeginsel.⁴⁷ De Hoge Raad oordeelt in datzelfde arrest dat toezeggingen in beginsel nagekomen moeten worden door overheidsorganen (vertrouwensbeginsel), tenzij het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is overheidsorganen die toezegging te laten nakomen.⁴⁸ Volgens de Hoge Raad kan dat *"in het bijzonder het geval zijn indien het overheidsorgaan voorziet in een alternatief of compensatie, waardoor het nadeel door het niet nakomen van de toezegging op adequate wijze wordt ondervangen."*⁴⁹

burgerlijke rechter', NTBR 2022/24, afl. 6. Zie ook ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310; HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam) en ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

⁴¹ Conclusie staatsraad A-G onder punt 6, in het bijzonder 6.2 en 6.9.

⁴² ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421; ABRvS 18 januari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:86 (Tjalling Koopmans). ABRvS 11 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2310 (Geobox).

⁴³ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (Didam).

⁴⁴ Art. 8:1 Awb.

⁴⁵ Art. 8:1 Awb; H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., Bestuursrecht 1, p. 303 e.v. en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1, p. 329.

⁴⁶ K.J. de Graaf e.a., Bestuursrecht 1, p. 303 en R.J.N. Schlössels/S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1, p. 329.

⁴⁷ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957 (Toezegging aanleg brug).

⁴⁸ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957 (Toezegging aanleg brug). N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', NTBR 2023/20, afl. 5.

⁴⁹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957 R.O. 3.2.3.

De Hoge Raad baseert dit oordeel op een eerdere uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2020 waarin werd geoordeeld dat een belangenafweging door de overheid ertoe kan leiden dat een toezegging van de overheid ondanks een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel door de contractspartij van de overheid niet nagekomen hoeft te worden.⁵⁰ Bovendien oordeelt de Hoge Raad dat het vertrouwensbeginsel in de civiele rechtspraak getoetst moet worden op basis van dezelfde rechtsregels die in het bestuursrecht worden gehanteerd (arrest: Toezegging aanleg brug). Er moet sprake zijn van uitlating of gedraging die zich kwalificeert als een toezegging en die kan worden toegerekend aan het bevoegde orgaan. Bovendien mogen er geen zwaarder wegende belangen zijn die in de weg staan aan het nakomen van verwachtingen die het bevoegd orgaan heeft gewekt jegens een burger.⁵¹ Indien een toezegging niet wordt nagekomen, of indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt daar in het privaatrecht een oplossing voor gezocht in schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 lid 2 BW.⁵²

2.4 Sanctionering: bedoeling van de wetgever

In de wetsgeschiedenis zijn geen aanwijzingen te vinden ten aanzien van mogelijke privaatrechtelijke sancties in geval van schending van artikel 3:14 BW door de overheid. Die aanwijzingen zijn wel te vinden in de rechtspraak uit de periode waarin het nieuwe BW werd ingevoerd. De Hoge Raad oordeelt in Zeeland-Hoondert (1992) evenals in Amsterdam-Ikon (1987) dat de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht (ook de abbb) rechtstreeks (en niet marginaal) bij de beoordeling van overheidshandelen betrokken moeten worden.⁵³ Ongeacht of het gaat om privaatrechtelijk of publiekrechtelijk optreden.⁵⁴ In Zeeland-Hoondert volgt de Hoge Raad de conclusie van A-G Mok en oordeelt dat de Provincie Zeeland in strijd met de abbb en onrechtmatig heeft gehandeld op grond van artikel 6:162 lid 2.⁵⁵ Op grond daarvan was de Provincie Zeeland schadevergoeding verschuldigd aan Hoondert. A-G Mok verbond de abbb nadrukkelijk aan de onrechtmatigheidscriteria van artikel 6:162 lid 2 BW.⁵⁶

⁵⁰ ABRvS, 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1362. De Afdeling overweegt: "Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent niet dat daaraan altijd moet worden voldaan. Zwaarder wegende belangen, zoals het algemeen belang of de belangen van derden, kunnen daaraan in de weg staan. Bij deze belangenafweging kan ook een rol spelen of de betrokkene op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft verricht of nagelaten als gevolg waarvan hij schade heeft geleden of nadeel heeft ondervonden. Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de geleden schade te vergoeden als onderdeel van de besluitvorming."

⁵¹ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302 (Dakterras); HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, r.o. 3.2.1. En zie ook Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEM:2022:7; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184 en Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795. En zie ook M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', NJB 2004, p. 768.

⁵² G. Snijders, Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel, Serie: Monografieën BW, 2016. Andere oplossingen werden gevonden in pacta sunt servanda en de wilsvertrouwensleer.

⁵³ HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, m.nt. M.W. Scheltema (Zeeland / Hoondert).

⁵⁴ HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, m.nt. M.W. Scheltema (Zeeland / Hoondert).

⁵⁵ HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582. De Hoge Raad stelt aanvullend dat: "Verwijzend naar het arrest Amsterdam/Ikon van de Hoge Raad (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, m.nt. M. Scheltema, AB 1987, 273, m.nt. F.H. v.d. Burg.) heeft het hof overwogen dat overheidshandelen getoetst moet worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat niet kan worden volstaan met een slechts marginale toetsing. Daaraan heeft het hof toegevoegd dat niet valt in te zien waarom de algemene beginselen niet tevens van invloed zouden zijn op de precontractuele sfeer. Voor zover dit door het hof toegepaste criterium wordt bestreden, treft het geen doel."

⁵⁶ HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland-Hoondert). In deze zaak heeft de Provincie Zeeland een bestek uitgegeven voor het onderhoud van de Provinciale Wegen, waarin de eis wordt gesteld dat enkel de bij de Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid aangesloten bedrijven in aanmerking komen. Hoondert heeft op dit bestek ingeschreven.. Hoondert is niet aangesloten bij deze vereniging, maar bij de Bedrijfsvereniging voor het Agrarisch bedrijf. De inschrijving van Hoondert blijkt fors lager dan de aanneemsom van de op één na laagste inschrijver. Het

Die onrechtmatigheidscriteria zijn volgens artikel 6:162 lid 2 BW: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. A-G Mok refereert aan het criterium “doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht” en concludeert (Zeeland-Hoondert):

“Toepassing van het arrest Amsterdam/Ikon in het onrechtmatige daadrecht betekent dat de abbb inhouden wat voor de overheid, in de woorden van art. 6:162, lid 2, BW “volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat overheidshandelen in strijd met een gecodificeerd algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zoals het in art. 1 Gw. en art. 26 IVBPR neergelegde gelijkheidsbeginsel (waarop in deze zaak mede een beroep is gedaan), een onrechtmatige daad kan opleveren, behoeft nauwelijks betoog. In zulk een geval is sprake van handelen in strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 BW.”⁵⁷

2.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of de wetgever een sanctie (en zo ja, welke) verbindt aan schending van artikel 3:14 BW. Tevens is onderzocht op welke wijze het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zich verhouden tot privaatrechtelijk overheidshandelen. In de wetsgeschiedenis zijn geen aanwijzingen te vinden ten aanzien van mogelijke sancties in geval van schending van artikel 3:14 BW. De voornaamste functie van artikel 3:14 BW is dan ook om als “kapstok” te dienen voor het rechtstreeks toetsen van privaatrechtelijk overheidshandelen aan de abbb. Daarbij is niet langer een indirecte toetsing nodig is via de open norm van redelijkheid en billijkheid.⁵⁸ Het oordeel van de Hoge Raad in het Didam-arrest bouwt derhalve voort op de opvatting van de Hoge Raad in de arresten Amsterdam-Ikon en Zeeland-Hoondert dat overheidsorganen zich bij alle privaatrechtelijk overheidshandelen dienen te houden aan de abbb. Artikel 3:14 BW heeft derhalve bij invoering in 1992 meer betekenis dan enkel het inperken van privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht. Overheidsorganen hebben zich aan aanvullende en strengere regels te houden (de abbb) en worden daar ex. artikel 3:14 juncto artikel 6:162 BW rechtstreeks aan getoetst.

De abbb, waaronder het voor dit onderzoek relevante gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel, hebben in het privaatrecht dezelfde reikwijdte als in het bestuursrecht. De rechtsbescherming tegen privaatrechtelijk overheidshandelen moet in de meeste gevallen geboden worden door de civiele rechter. De bestuursrechter beperkt zich immers (uitzonderingen daargelaten) tot het toetsen van appellabele besluiten aan de abbb. Het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel zijn van groot belang voor het privaatrecht, aangezien in het bijzonder deze abbb natuurlijk- en rechtspersonen beschermen in hun rechtspositie jegens de overheid. Natuurlijke- en rechtspersonen moeten erop kunnen vertrouwen dat zij als gelijke worden behandeld en dat gedane toezeggingen van de overheid worden nagekomen. Mogelijke sancties bij schending van artikel 3:14 BW worden in de wetsgeschiedenis niet behandeld. Bovendien heeft de wetgever bij invoering van het nieuwe BW in 1992 geen bijzondere bepalingen opgenomen omtrent de aansprakelijkheid van overheidsorganen bij onrechtmatig handelen.⁵⁹

werk werd echter niet aan Hoondert gegund, aangezien Hoondert de enige inschrijver was die niet bij het SFB was aangesloten. Hoondert vordert schadevergoeding, omdat de Provincie Zeeland in strijd met de abbb heeft gehandeld (zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel) Daarmee is volgens Hoondert sprake van onrechtmatig handelen.

⁵⁷ HR 21 februari 1992, ECLI:NL:PHR:1992:19. r.o. 2.4. en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582.

⁵⁸ Parl. Gesch. Inv., p. 1055.

⁵⁹ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/341. Tot de jaren tachtig werd overheidshandelen als onrechtmatig aangemerkt indien in strijd werd gehandeld met een wettelijk voorschrift of inbreuk werd gemaakt op een anders recht. Vanaf de jaren tachtig wordt overheidshandelen naast handelen in strijd met een wettelijk voorschrift of inbreuk op een anders recht ook onrechtmatig verklaard indien gehandeld wordt in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Overeenkomstig de geldende opvattingen in de rechtspraak (Zeeland-Hoondert) ligt het voor de hand dat bij schending van artikel 3:14 BW onrechtmatig handelen door de wetgever werd aangenomen op grond van artikel 6:162 lid 2 BW.

Hoofdstuk 3 Het Didam-arrest en de bodemprocedure

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het alom bekende Didam-arrest centraal. In paragraaf 2 wordt de onderbouwing van de Hoge Raad in het Didam-arrest nader geanalyseerd en wordt onderzocht welke juridische vragen het arrest oproept. Het Didam-arrest volgde op een cassatie verzoek in de kort-geding procedure tussen Didam Have c.s. en de gemeente Montferland. Tegelijkertijd was door eiser Didam Have c.s. ook een bodemprocedure aanhangig gemaakt. Daarin is op 4 april 2023 uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden.⁶⁰ Het hof oordeelt dat de gesloten overeenkomst vernietigbaar is op grond van artikel 3:40 lid 2 BW en zoekt daarbij aansluiting bij het aanbestedingsrecht. Echter kent het aanbestedingsrecht enkel vernietiging als sanctie voor gesloten overeenkomsten.⁶¹ In paragraaf 3 wordt het oordeel van het hof en de onderbouwing om te komen tot vernietiging op grond van artikel 3:40 lid 2 BW en het naar analogie toepassen van de Aanbestedingswet nader geanalyseerd. In paragraaf 4 wordt daartoe de samenhang tussen artikel 3:40 BW en de Aanbestedingswet nader onderzocht. Paragraaf 5 bevat de tussenconclusie.

3.2 Het Didam-arrest

De gemeente Montferland bezit een stuk grond in het centrum van Didam waarop voorheen het gemeentehuis stond. Met het oog op ingrijpende wijzigingen aan het dorpscentrum, heeft de gemeente samengewerkt met projectontwikkelaar Groenstaete. Groenstaete heeft de intentie om op dit stuk grond een Coöp-supermarkt te vestigen. Een andere vastgoedonderneming, Didam Have c.s., heeft plannen om op dezelfde locatie een filiaal van Albert Heijn te exploiteren. Didam Have c.s. heeft de gemeente geïnformeerd over hun interesse in diezelfde locatie. Niettemin heeft de gemeente vertrouwelijk overleg gevoerd met Groenstaete over de herontwikkeling van de voormalige gemeentehuislocatie. Als resultaat van deze besprekingen is een overeenkomst tot aankoop van de grond tot stand gekomen tussen de gemeente en Groenstaete. Hierop heeft Didam Have c.s. een kort geding aangespannen. In dit kort geding wordt verzocht om een gerechtelijk verbod op de verkoop en overdracht van de gemeentehuislocatie aan Groenstaete, tenzij dit proces verloopt via een openbare en niet-discriminerende biedingsprocedure.⁶² Didam Have c.s. stelt dat er sprake is van onrechtmatig handelen door de gemeente aangezien die handelt in strijd met meerdere abbb, waaronder het gelijkheidsbeginsel. In het kort geding betoogden Groenstaete en de gemeente Montferland dat Groenstaete de enige gegadigde was, aangezien zij een eigendomspositie had in het plangebied en reeds contacten had met Coöp. In het kort geding oordeelde de rechtbank de vordering niet-ontvankelijk, aangezien geen sprake was van een spoedeisend belang. Hierna volgde een hoger beroep bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.⁶³ Daarin vorderde Didam Have c.s. aanvullend dat Groenstaete en gemeente Montferland hoofdelijk worden veroordeeld de koop en levering ongedaan te maken. Ook in deze procedure werd Didam Have c.s. niet in het gelijk gesteld, aangezien het hof de mening is toegedaan dat geen sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel door de gemeente.⁶⁴ Didam Have c.s. besluit vervolgens om in cassatie te gaan bij de Hoge Raad, alwaar zij aanvoert dat de gemeente Montferland bij de uitgifte van de grond reële ruimte had moeten bieden om mee te dingen. Nu deze ruimte door de gemeente Montferland niet is geboden aan Didam Have c.s., is er volgens Didam Have c.s. gehandeld in strijd met het beginsel van "gelijke kansen".⁶⁵

De Hoge Raad stelt, anders dan het hof, Didam Have c.s. in het gelijk. Volgens de Hoge Raad was de gemeente bij verkoop van de locatie gehouden aan het gelijkheidsbeginsel op grond van artikel 3:14 BW:

⁶⁰ Hof of Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

⁶¹ Art. 4.15 lid 1 AW 2012.

⁶² Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

⁶³ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

⁶⁵ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

*“ 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. ”*⁶⁶

Zoals in paragraaf 2.3 is uiteengezet, beperkte de Afdeling bestuursrechtspraak zich in 2016 tot het bieden van gelijke kansen bij de verdeling van schaarse vergunningen en publieke rechten.⁶⁷ De Hoge Raad verbreedt dit uitgangspunt in het Didam-arrest naar de verkoop door overheidsorganen van onroerende zaken door te oordelen dat overheidsorganen voldoende transparantie moeten waarborgen met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, het selectieproces, de planning en de gehanteerde selectiecriteria:

*“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. 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... 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 ”*⁶⁸

De Hoge Raad formuleert een uitzondering op het bieden van gelijke kansen, namelijk de situatie waarin er sprake is van één serieuze gegadigde. De Hoge Raad oordeelt:

*“ De hiervoor 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. ”*⁶⁹

Aan overheidsorganen komt beleidsvrijheid toe bij het bepalen van deze objectieve, toetsbare en redelijke criteria:

*“Het overheidslichaam zal met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. ”*⁷⁰

Het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van het bieden van mededingingsruimte aan potentiële gegadigden bij verkoop van onroerende zaken, wijkt af van het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden dat *“ een dergelijke ‘mededingingsnorm bij schaarse vergunningen’ niet van toepassing is op gronduitgifte buiten de aanbestedingsrechtelijke context ”*.⁷¹

⁶⁶ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.

⁶⁷ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927; Raad van State 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

⁶⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.3.

⁶⁹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6. Het arrest uit november 2019 wordt door de Hoge Raad vernietigt en voor verdere behandeling wordt de zaak doorverwezen naar het gerechtshof van 's-Hertogenbosch.

⁷⁰ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.

⁷¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911. Dit oordeel van het hof is in lijn met een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2016. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Daarin beperkte de Afdeling bestuursrechtspraak zich tot een verplichting voor overheidsorganen tot het bieden van mededingingsruimte in situaties waarbij sprake is van de verdeling van schaarse vergunningen. Deze verplichting tot

De Hoge Raad oordeelt dat overheidsorganen de verplichting hebben om mededingingsruimte te bieden door middel van een selectieprocedure, waarbij een passende mate van openbaarheid wordt geboden door het overheidsorgaan. Het volgen van een selectieprocedure met een passende mate van openbaarheid vertoont veel gelijkenissen met het aanbestedingsrecht, maar de Hoge Raad verbindt een zuivere grondverkoop door overheidsorganen niet expliciet aan het aanbestedingsrecht.⁷² De Hoge Raad oordeelt dat *“In cassatie niet is bestreden het oordeel van het hof dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of van een duidelijk grensoverschrijdend belang.”*⁷³ Meest opmerkelijk aan de uitspraak is dat de Hoge Raad in het Didam-arrest niet ingaat op het mogelijke rechtsgevolg voor bestaande overeenkomsten die gesloten zijn in strijd met art. 3:14 BW. De belangrijkste vraag die het Didam-arrest oproept is dan ook of Didam-strijdige overeenkomsten nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig zijn. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft daar gepoogd een antwoord op te geven in de bodemprocedure.

3.3 Bodemprocedure hof Arnhem-Leeuwarden

In het Uneto – De Vliert arrest oordeelde de Hoge Raad dat het niet naleven van de Aanbestedingswet niet kan leiden tot nietigheid van de gesloten overeenkomst, omdat de Aanbestedingswet uitsluitend vernietigbaarheid als sanctie kent.⁷⁴ Het hof Arnhem - Leeuwarden baseert haar uitspraak in de bodemprocedure op dit Uneto - De Vliert-arrest.⁷⁵ Het hof past de Aanbestedingswet naar analogie toe en oordeelt tot vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Het hof acht vernietiging de passende oplossing voor het niet nakomen van de Didam-regels, nu de gemeente Montferland en ontwikkelaar Groenstaete de overeenkomst hebben gesloten nog voor het hof uitspraak had gedaan in de kortgeding procedure. *“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.”*⁷⁶

Op vernietigbaarheid ex. art. 3:40 lid 2 BW moet expliciet een beroep worden gedaan door een contractspartij, dan wel door een derde. In de Didam-procedure vordert eiser Didam Have c.s. nietigheid van de overeenkomst. Het hof ziet vernietiging van de overeenkomst echter als de minder verstrekkende sanctie. Om tot analoge toepassing van de aanbestedingsregels te komen doet het hof de aanname dat de uitgangspunten die de Hoge Raad formuleert in het Didam-arrest zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht.⁷⁷ Hoewel de Hoge Raad in het Didam-arrest niet expliciet verwijst naar het aanbestedingsrecht, wordt het ook niet uitgesloten.⁷⁸ Het tegen de vernietiging van de overeenkomst gevoerde verweer van de gemeente Montferland en ontwikkelaar Groenstate 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 daarvoor geldende rechtsopvattingen en als een forse afwijking van de tot dat moment bestaande gebruiken bij projectontwikkeling”*,⁷⁹ wordt door het hof Arnhem-Leeuwarden verworpen.

het bieden van mededingingsruimte wordt later ook uitgebreid naar de verdeling van andere schaarse rechten. ABRvS 18 januari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:86 (Tjalling Koopmans). ABRvS 11 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2310 (Geobox).

⁷² HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, R.O. 3.1.2.

⁷³ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.2.

⁷⁴ HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826. Artikel 4:15 lid 1 AW 2012.

⁷⁵ HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826.

⁷⁶ Gerechtshof of Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7.

⁷⁷ Gerechtshof of Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7.

⁷⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

⁷⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

Het hof oordeelde dat de gemeente al vanaf 2016 wist dat eiser Didam Have c.s. interesse had in dezelfde locatie.⁸⁰ Naast vernietiging van de overeenkomst, wordt aan Didam Have c.s. een schadevergoeding toegekend op grond van onrechtmatig handelen door de gemeente.⁸¹ Tenslotte is het opmerkelijk dat het hof in haar oordeel niet ingaat op de voorwaarden voor vernietiging in artikel 3:40 lid 2 en 3 BW, maar zich uitsluitend richt op het naar analogie toepassen van de Aanbestedingswet.

3.4 Artikel 3:40 BW en de Aanbestedingswet 2012

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in hoger beroep in de Didam-casus dat geen sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht, aangezien de waarde van de onroerende zaak (de gemeentehuis locatie) ruim onder de Europese drempel blijft.⁸² Het hof Arnhem-Leeuwarden zoekt in de bodemprocedure desalniettemin aansluiting bij de Aanbestedingswet.⁸³ Van vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW is sprake indien de overeenkomst in strijd is met een wetsbepaling die het belang van slechts één van de bij de overeenkomst betrokken partijen beoogt te beschermen.⁸⁴ Het hof past artikel 4.15 lid 1 sub a AW 2012 naar analogie toe. Op grond van dat artikel is een gesloten overeenkomst vernietigbaar indien de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten zonder dat voorafgaand bekend te maken in het Publicatieblad van de Europese Unie.⁸⁵ Op grond van artikel 4.15 lid 2 kan de vordering tot vernietiging worden ingeroepen door een ondernemer die benadeeld is door de gunningsbeslissing.⁸⁶

Naast vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW is theoretisch ook nietigheid van in strijd met artikel 3:14 BW gesloten overeenkomsten op grond van artikel 3:40 lid 1 BW mogelijk. Nietigheid heeft tot gevolg dat geen overeenkomst tot stand is gekomen. Van nietigheid op grond van lid 1 is sprake indien schending van artikel 3:14 BW in strijd wordt geacht met de openbare orde.⁸⁷ In de literatuur wordt betoogd dat voor een beroep op nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW een "gekwalificeerde schending" nodig is. Met het stellen van een extra voorwaarde om strijd met de openbare orde aan te nemen wordt een evenwicht beoogd tussen de bescherming van de belangen van contractspartijen en het beschermen van de openbare orde.⁸⁸

⁸⁰ Hof of Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7.

⁸¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.10. Het hof redeneert als volgt:

“ 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 Didam Have c.s. schade hebben geleden door de onrechtmatige daad van de gemeente aannemelijk is, ook als alsnog – maar dan wel met vertraging - de door Didam Have c.s. 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. “

⁸² Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

⁸⁴ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

⁸⁵ Artikel 4.15 lid 1 sub a AW 2012. Andere gronden voor vernietiging zijn: de aanbestedende dienst heeft de termijnen niet in acht genomen; de aanbestedende dienst heeft een opdracht gegund waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het toepasselijke bedrag (drempel).

⁸⁶ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (Xafax/Universiteit Utrecht).

⁸⁷ S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 864.

⁸⁸ T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946; I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, p. 8-9; de annotatie van S. Elbertsen e.a., bij het *Didam*-arrest in *BR* 2022/7, par. 6.1 en de annotatie van S.E. Bartels bij het *Didam*-arrest in *JOR* 2022/81. In de literatuur wordt aangenomen dat van een gekwalificeerde schending sprake is indien er een substantiële inbreuk op contractuele verplichtingen wordt gemaakt en die een significant effect heeft op de kern van de overeenkomst (N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', *NTBR* 2023/20, afl. 5.). Binnen het concept van een "gekwalificeerde schending" worden schendingen van contractuele verplichtingen beoordeeld op basis van de ernst van de inbreuk en de gevolgen ervan. Deze juridische benadering tracht een evenwicht te vinden tussen de bescherming van contractuele belangen en de

Aangezien de gemeente Montferland in de Didam-casus geen mededingingsprocedure had doorlopen, wordt in de literatuur om twee redenen aangenomen dat sprake was van een “gekwalficeerde schending”. Allereerst omdat er geen selectieprocedure had plaatsgevonden en ten tweede omdat gemeente Montferland en Groenstaete een overeenkomst hadden gesloten nog voor een uitspraak was gedaan in het kortgeding dat was aangespannen door eiser Didam Have c.s.⁸⁹

Tenslotte bestaat er ook een grondslag voor nietigheid in artikel 3:40 lid 2 BW. Daarvan is sprake indien wordt aangenomen dat artikel 3:14 BW enkel de bij de overeenkomst betrokken partijen beschermt (en geen derden / potentiële gegadigden) en dat artikel 3:14 BW tot doel heeft daarmee strijdige overeenkomsten aan te tasten.

3.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de onderbouwing van de Hoge Raad in het Didam-arrest geanalyseerd en is onderzocht welke juridische vragen dit arrest en de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure oproepen. Het Didam-arrest maakt duidelijk dat de Hoge Raad sinds Amsterdam-Ikon een vaste koers vaart bij het toetsen van privaatrechtrechtelijk overheids-handelen aan de abbb.⁹⁰ Voortbouwend op eerdere jurisprudentie, geeft de Hoge Raad invulling aan het gelijkheidsbeginsel door te oordelen dat een overheidsorgaan bij verkoop van een onroerende zaak, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Volgens de Hoge Raad impliceert het gelijkheidsbeginsel dat het overheidsorgaan voldoende transparantie moet waarborgen ten aanzien van de beschikbaarheid van de door het overheidsorgaan te verkopen onroerende zaak, het selectieproces, de planning en de door het overheidsorgaan gehanteerde selectiecriteria om te komen tot één serieuze gegadigde. Deze informatie moet door het overheidsorgaan tijdig voorafgaand aan het selectieproces verstrekt worden, zodat potentiële belangstellenden op de hoogte zijn van deze aspecten.⁹¹

De Hoge Raad oordeelt dat overheidsorganen beleidsruimte toekomt bij het bepalen van de te hanteren selectiecriteria om tot één serieuze gegadigde te komen. In het arrest wordt niet duidelijk of een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel en daardoor een schending van artikel 3:14 BW, leidt tot nietigheid, vernietigbaarheid of geldigheid van een reeds gesloten overeenkomst dan wel tot een schadevergoedingsplicht voor een overheidsorgaan jegens potentiële gegadigden of contractspartijen. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft daar in de Didam-bodemprocedure gepoogd een antwoord op te geven. De keuze van het hof om het aanbestedingsrecht naar analogie toe te passen draagt bij aan de onduidelijkheid over de mogelijke sancties voor gesloten overeenkomsten bij schending van artikel 3:14 BW.

proportionaliteit van de reactie op contractbreuk. Anders dan bij een lichte of geringe schending, waarbij vaak enkel recht op schadevergoeding bestaat, kan bij een gekwalficeerde schending een bredere reeks remedies beschikbaar zijn, waaronder bijvoorbeeld ook het nietig verklaren van een overeenkomst (N. Thorborg & N. van Triet, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam’, NTBR 2023/20, afl. 5.). Bij de beoordeling van een schending als gekwalficeerd worden verschillende criteria gehanteerd door de rechter : de mate van afwijking van de overeengekomen verplichtingen, de impact van de inbreuk op de beoogde doelen van het contract en of de schending al dan niet opzettelijk of nalatig is begaan. (HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609.). Daarmee vormt de gekwalficeerde schending een benadering waarbij contractbreuk niet als een uniform fenomeen wordt beschouwd, maar eerder wordt beoordeeld op basis van de mate van schending en de daarmee samenhangende gevolgen.

⁸⁹ S. Elbertsen e.a., ‘Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest’, BR 2022/7, par. 6.1 en S.E. Bartels, ‘Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?’, WPNR 2022/7392, p. 865.

⁹⁰ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582.

⁹¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.5.

Bovendien gaat het hof in de bodemprocedure niet in op de uitzonderingsgronden voor het aannemen van vernietigbaarheid in artikel 3:40 BW lid 2 en 3. Het is derhalve nog onduidelijk wat de rechtspositie is van contractspartijen van de overheid, dan wel van derden aan wie geen gelijke kansen zijn geboden. Voor de rechtbank Midden-Nederland is deze onduidelijkheid in mei 2023 aanleiding geweest tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.⁹² Die vragen gaan over het rechtsgevolg van door de overheid gesloten overeenkomsten die niet volgens de uitgangspunten in het Didam-arrest tot stand zijn gekomen en of er ten aanzien van het rechtsgevolg verschil is tussen overeenkomsten die zijn gesloten voor of na 26 november 2021.

Aanvullend is er onduidelijkheid over de in het Didam-arrest genoemde criteria op basis waarvan een overheidsorgaan kan aannemen dat sprake is van één serieuze gegadigde voor de aankoop van een onroerende zaak. De belangrijkste rechtsvraag die het arrest oproept is derhalve: “*Zijn door de overheid gesloten privaatrechtelijke (koop)overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, die niet conform de in het Didam-arrest genoemde procedurevoorschriften tot stand zijn gekomen, nietig, vernietigbaar of geldig?*”⁹³ In het volgende hoofdstuk zal aan de hand van de lagere rechtspraak en literatuur worden onderzocht hoe wordt geoordeeld over deze vragen.

⁹² Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418. Inmiddels is bekend dat de prejudiciële vragen niet gesteld zullen worden, aangezien de procedure (zeer recent) is ingetrokken: Rechtbank Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782, r.o. 3.6.12.

⁹³ Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

Hoofdstuk 4 Lagere rechtspraak en Literatuur

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke wijze in de lagere rechtspraak en in de literatuur is gereageerd op de juridische problemen die volgen uit het Didam-arrest en het vonnis van het hof Arnhem - Leeuwarden in de bodemprocedure. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten gesloten voor en overeenkomsten gesloten na het Didam-arrest.

Met betrekking tot voor het Didam-arrest gesloten overeenkomsten is binnen het rechtskader van artikel 3:14 BW sprake van twee conflicterende abbb. Enerzijds het vertrouwensbeginsel dat door de gesloten (dan wel beoogde) overeenkomst contractueel verankerd is. Dat wil zeggen dat een contractspartij jegens de overheid mag vertrouwen op nakoming van de gesloten overeenkomst. Anderzijds het in het Didam-arrest uitgewerkte uitgangspunt dat overheidsorganen bij verkoop van onroerende zaken gelijke gevallen gelijk moeten behandelen: het gelijkheidsbeginsel. Op welke wijze in de lagere rechtspraak wordt geoordeeld over deze conflicterende abbb wordt in paragraaf 2 onderzocht.

De Hoge Raad vermeldt in het Didam-arrest niets over het rechtsgevolg voor Didam-strijdige overeenkomsten. Om die reden wordt in dit hoofdstuk eveneens onderzocht welke rechtsgevolgen in de lagere rechtspraak en in de literatuur worden verbonden aan overeenkomsten die in strijd met art. 3:14 BW zijn gesloten. Zoals in paragraaf 3.4 is uiteengezet, heeft een potentiële gegadigde, dan wel een overheidsorgaan, in geval van een bestaande overeenkomst die gesloten is in strijd met art. 3:14 BW de theoretische mogelijkheid om een aantal vernietigingsgronden in te roepen.⁹⁴ Dat zijn: nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met de openbare orde), nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW (strijd met de wet), vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 (strijd met de wet) of vernietigbaarheid op grond van artikel 4:15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 juncto art. 3:40 lid 2 BW.

Naast vernietiging van de overeenkomst, kan schending van de abbb bij privaatrechtelijk overheidshandelen leiden tot een schadevergoedingsplicht van een overheidsorgaan jegens derden aan wie geen gelijke kans is geboden.⁹⁵ De mogelijke vernietigingsgronden en de potentiële schadevergoedingsplicht van een overheidsorgaan jegens derden aan wie geen gelijke kans is geboden, worden aan de hand van de lagere rechtspraak en literatuur geanalyseerd in de paragrafen 4.2.1 en 4.2.2.

In het Didam-arrest blijft tevens onduidelijk onder welke juridische voorwaarden sprake is van de uitzondering van één serieuze gegadigde. Daarom wordt in paragraaf 4.3.1 onderzocht op welke wijze in lagere jurisprudentie wordt geoordeeld over de criteria die overheidsorganen dienen te hanteren om te komen tot één serieuze gegadigde. In paragraaf 4.3.1 wordt eveneens onderzocht wat de rechtsgevolgen voor na Didam gesloten overeenkomsten zijn, indien het overheidsorgaan naar het oordeel van de rechter onjuiste selectiecriteria heeft gehanteerd. Paragraaf 4.4 bevat de tussenconclusie.

⁹⁴ Rb. Midden-Nederland, 25 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

⁹⁵ HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland – Hoondert); Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065; Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487.

4.2 Overeenkomsten gesloten voor Didam

4.2.1 Overeenkomst blijft geldig met schadevergoedingsplicht overheid jegens derden dan wel de contractspartij

Na het Didam-arrest rees de vraag of (een) in strijd met artikel 3:14 BW gesloten overeenkomst nietig, vernietigbaar of (in beginsel) onaantastbaar is. In de lagere jurisprudentie zijn er veelal drie partijen betrokken bij geschillen waarin deze vraag aan de orde komt, namelijk een overheidsorgaan, diens wederpartij (verder contractspartij te benoemen) en een gepasseerde derde, dan wel derden. In de lagere rechtspraak komen verschillende gevallen aan de orde. In de meeste gevallen is sprake van de situatie waarin een overheidsorgaan een locatie wil verkopen met daaraan gekoppeld een functie die door meerdere partijen ingevuld kan worden. Een gepasseerde derde procedeert in die gevallen tegen het overheidsorgaan en diens contractpartner en vordert een verbod op nakoming van de overeenkomst, een schadevergoeding of het alsnog doorlopen van een mededingingsprocedure. Er komen ook gevallen voor waarin een overheidsorgaan niet langer uitvoering wil geven aan een gesloten overeenkomst of uitgifte van grond staakt om daarmee strijd met het gelijkheidsbeginsel ex art. 3:14 BW juncto art. 6:162 BW schadevergoeding jegens een gepasseerde derde te voorkomen.

In de onderzochte lagere rechtspraak wordt veelal in zaken die door een gepasseerde derde jegens een overheidsorgaan (en diens contractspartij) zijn aangespannen, geoordeeld dat een beroep op het vertrouwensbeginsel van de contractspartij jegens het overheidsorgaan prevaleert boven het beroep op het gelijkheidsbeginsel van de gepasseerde derde.⁹⁶ De contractspartij van het overheidsorgaan vordert in die gevallen nakoming van de gesloten overeenkomst. De juridische argumentatie in dergelijke gevallen is dat aangezien de overeenkomst (ruim) voor het Didam-arrest is gesloten, de contractspartijen met de uitgangspunten die door de Hoge Raad in het Didam-arrest zijn geformuleerd geen rekening hebben gehouden.⁹⁷ Dat één op één verkoop door overheidsorganen voor Didam staande praktijk was, speelt in de beoordeling door lagere rechters derhalve een doorslaggevende rol.⁹⁸ In de lagere rechtspraak wordt daarbij voortgebouwd op de toezeggingsjurisprudentie van de Hoge Raad (arrest Toezegging aanleg brug).⁹⁹

⁹⁶ G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater', BR 2023/80.

⁹⁷ Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82, r.o. 4.23; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170, r.o. 4.7. Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170; De rechtbank Amsterdam baseert haar oordeel op het feit dat de andere gegadigde zich ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet als geïnteresseerde heeft gemeld en de omstandigheid dat de contractpartner al jarenlang heeft geïnvesteerd in het project; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.7. Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618, r.o. 4.8. Een van de uitzonderingen op deze gedachtegang is een uitspraak van de rechtbank Gelderland die oordeelde dat een beroep op het vertrouwensbeginsel door de contractspartij van het overheidsorgaan niet gegrond was, aangezien het overheidsorgaan ervan op de hoogte was dat er andere gegadigden waren en desondanks uitsluitend met één partij heeft onderhandeld om tot een overeenkomst te komen.

⁹⁸ Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831; Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEEA:2022:332; Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739 en Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170. Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310, r.o. 5.8; Rb. Oost-Brabant 7 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:997, Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144, r.o. 5.6. Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.9. Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.11. De rechtbank Noord-Holland gebruikte als argument dat het niet aannemelijk was dat een derde de grond daadwerkelijk zou gebruiken om de vergunde plannen uit te voeren.

⁹⁹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957 (Toezegging aanleg brug). Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEEA:2022:7; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184 en

Indien het gelijkheidsbeginsel ex. artikel 3:14 BW door een overheidsorgaan wordt geschonden, en een beroep op het vertrouwensbeginsel door het overheidsorgaan dan wel diens wederpartij wordt toegewezen, kan het overheidsorgaan ex art. 6:162 BW schadeplichtig zijn jegens de gepasseerde derde. Zo oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat de met de overheid gesloten overeenkomst op grond van het vertrouwensbeginsel in stand dient te blijven, maar dat het overheidsorgaan op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de geleden schade van een derde jegens wie het gelijkheidsbeginsel is geschonden.¹⁰⁰ De rechtbank Limburg oordeelde in juli 2023 dat een dergelijke vordering tot schadevergoeding verjaart na vijf jaren.¹⁰¹ De rechtbank oordeelde dat de vordering uit onrechtmatige daad in casu beheerst wordt door artikel 3:310 BW en dat de termijn van 5 jaren op grond van dat artikel begint te lopen op het moment dat de verkoop gepubliceerd werd.

Literatuur

De heersende opvatting in de literatuur is dat bij overeenkomsten die zijn gesloten voor Didam, het vertrouwensbeginsel zwaar moet wegen, omdat één op één verkoop voor Didam staande praktijk was. Partijen waren op het moment dat de overeenkomst werd gesloten immers nog niet bekend met het Didam-arrest. De overeenkomst blijft dan geldig, tenzij een overheidsorgaan onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien een overheidsorgaan en diens contractspartij samenspannen om een andere gegadigde en diens belang bewust te negeren. In de literatuur wordt schending van artikel 3:14 BW verbonden aan onrechtmatige daad voor het overheidsorgaan. Nietigheid van een gesloten overeenkomst wordt echter een brug te ver gevonden, omdat het vertrouwensbeginsel bij een afweging met het gelijkheidsbeginsel zwaarder zou moeten wegen.¹⁰² Bovendien, zo zijn Huijgen en Weijers van mening, had de Hoge Raad overgangsrechtelijke regels benoemd in het Didam-arrest indien nietigheid dan wel vernietigbaarheid van bestaande overeenkomsten was beoogd bij schending van artikel 3:14 BW. Nu daarvan geen sprake is, lijkt het hen vanzelfsprekend dat de Hoge Raad geen nietigheid of vernietigbaarheid van gesloten overeenkomsten heeft beoogd.¹⁰³

In de literatuur wordt betoogd dat het vaststellen van de omvang van een dergelijke schadevergoeding van de (beoogde) contractspartij niet eenvoudig is. Het is immers niet zeker of de benadeelde partij daadwerkelijk contractspartij zou zijn geworden.¹⁰⁴

Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448, r.o. 3.10.

¹⁰⁰ Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487. Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065. Ook de rechtbank Gelderland oordeelde dat indien een overheidsorgaan de gesloten overeenkomst niet kan nakomen, het overheidsorgaan op grond van artikel 6:162 BW schadeplichtig is jegens de (beoogde) contractspartij.

¹⁰¹ Rb. Limburg 19 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361.

¹⁰² S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomst nietig?', WPNR 2022/7392, p. 859-867; T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2022/948, afl. 15, p. 1127-1128; I. Haverkate & D.W.N. Brand 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', TvHB 2022/1;; W.G. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief', Juridische Berichten voor het Notariaat, september 2022, p. 4 e.v.

¹⁰³ W.G. Huijgen & H.J. Weijers, "Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief", Juridische Berichten voor het Notariaat, nummer 9, september 2022. En zie ook: Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geeft eveneens aan dat het niet voor de hand ligt dat voor Didam gesloten overeenkomsten nietigheid dan wel vernietigbaarheid het rechtsgevolg is. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en het Ministerie geeft aan dat de door Didam ontstane situatie in de praktijk als een nieuwe ontwikkeling wordt gezien.

¹⁰⁴ N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', NTBR 2023/20, afl. 5. Voor de schadevergoeding aan potentiële gegadigden komt onder andere in aanmerking: geleden verlies, vermogensschade en gedeelde winst. Artikel 6:95 BW en 6:96 BW.

Bovendien kan een dergelijke vordering zeer omvangrijk zijn. Op grond van artikel 6:95 BW komt immers ook gedeelde winst in aanmerking. Een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel betekent dan ook niet dat het overheidsorgaan in alle gevallen alsnog moet nakomen.¹⁰⁵ Redelijkheid en billijkheid kunnen er aan in de weg staan dat overheidsorganen een gedane toezegging moeten nakomen, bijvoorbeeld indien dat ernstige financiële gevolgen met zich meebrengt.¹⁰⁶

4.2.2 Overeenkomst is nietig/vernietigbaar met eventuele schadevergoedingsplicht van de overheid jegens de (beoogde) contractspartij

In de meeste zaken die door een gepasseerde derde jegens een overheidsorgaan (en diens contractspartij) zijn aangespannen, prevaleert in de lagere jurisprudentie het vertrouwensbeginsel veelal boven het gelijkheidsbeginsel van de gepasseerde derde en blijft de gesloten overeenkomst rijst de vraag wat het rechtsgevolg van de gesloten overeenkomst is. Dat doet zich in een tweetal gevallen voor, namelijk indien een beroep van een gepasseerde derde op het gelijkheidsbeginsel slaagt en indien een overheidsorgaan zich actief onttrekt aan een overeenkomst om strijd met het gelijkheidsbeginsel te voorkomen. In de lagere rechtspraak komen verschillende opties naar voren: nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW bij strijd met de openbare orde, nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW bij strijd met de wet en vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW bij strijd met de wet en het naar analogie toepassen van de Aanbestedingswet.

4.2.2.1 De overeenkomst is nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW

In het arrest Alkemade/Hornkamp oordeelde de Hoge Raad dat handelen van een overheidsorgaan in strijd met een abbb kan leiden tot nietigheid van een gesloten overeenkomst wegens strijd met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW).¹⁰⁷ In de lagere rechtspraak is tot op heden nog niet geoordeeld tot nietigheid van een gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. De rechtbank Midden-Nederland heeft geoordeeld dat het niet is uitgesloten dat in strijd met art. 3:14 BW gesloten overeenkomsten nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, aangezien het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel van de Nederlandse rechtsorde is.¹⁰⁸ Het is opmerkelijk dat de rechtbank deze mogelijkheid alleen benoemt en niet toepast in haar oordeel. De rechtbank oordeelt namelijk tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

Voor de beoordeling of sprake is van strijd met de openbare orde op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, wordt in de lagere rechtspraak de in paragraaf 3.4 beschreven leer van de “gekwalficeerde schending” gehanteerd.

¹⁰⁵ Zie hoofdstuk 2. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957. Volgens de Hoge Raad kan dat “in het bijzonder het geval zijn indien het overheidsorgaan voorziet in een alternatief of compensatie, waardoor het nadeel door het niet nakomen van de toezegging op adequate wijze wordt ondervangen.”; N. Thorborg & N. van Triet, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam’, NTBR 2023/20, afl. 5. HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland/Hoondert). Artikel 6: 162 lid 1 BW bepaalt: “Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.” En lid 2: “Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.”

¹⁰⁶ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

¹⁰⁷ HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655 (Alkemade/Hornkamp).

¹⁰⁸ Rb. Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782, r.o. 3.6.12.

Zo oordeelde de rechtbank Noord-Holland in oktober 2022 dat bij schending van het gelijkheidsbeginsel ex art. 3:14 BW overeenkomsten uitsluitend nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (strijd met de openbare orde) indien sprake is van een “gekwalficeerde schending”¹⁰⁹ Daarvan is volgens de rechtbank Midden-Nederland sprake indien een overheidsorgaan het gelijkheidsbeginsel bewust heeft geschonden.¹¹⁰ De rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat het stellen van een extra voorwaarde in de vorm van een gekwalficeerde schending om nietigheid aan te nemen, enkel in het systeem van de wet past ten aanzien van artikel 3:40 lid 1 BW en niet ten aanzien van artikel 3:40 lid 2 BW (strijd met de wet). Volgens de rechtbank wordt in lid 2 van artikel 3:40 BW uitsluitend als voorwaarde voor nietigheid gesteld dat de geschonden bepaling (art. 3.14 BW) de strekking moet hebben om de daarmee strijdige overeenkomst aan te tasten.¹¹¹

In de lagere rechtspraak wordt gedifferentieerd geoordeeld over de vraag of het Didam-arrest beoogt om bestaande overeenkomsten die gesloten zijn in strijd met art. 3:14 BW actief te beëindigen.¹¹² De rechtbank Limburg oordeelde dat het niet op de juiste wijze waarborgen van het gelijkheidsbeginsel niet kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst op grond van art. 3:40 BW, aangezien het organiseren van een mededingingsprocedure gericht is op voorkomen van schending van artikel 3:14 BW. Volgens de rechtbank Limburg is er in casus sprake van een formele schending (en geen materiele) van het gelijkheidsbeginsel, aangezien de schending van artikel 3:14 BW niet is gelegen in een daadwerkelijke schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van een specifieke rechtspersoon.¹¹³ De rechtbank Midden-Nederland overwoog in mei 2023 in een zaak tussen een gemeente die een gesloten overeenkomst niet wilde nakomen jegens een contractspartij die nakoming vorderde, dat het aannemen van nietigheid van voor het Didam-arrest gesloten overeenkomsten niet voor de hand ligt.¹¹⁴

Volgens de rechtbank werd er voor het Didam-arrest in de markt vanuit gegaan dat een-op-een grondverkoop niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Volgens de rechtbank blijkt uit de Parlementaire geschiedenis bovendien niet dat schending van een abbb moet leiden tot nietigheid en “*Dienen remedies niet verder te gaan dan nodig is voor verwezenlijking van de onderliggende*

¹⁰⁹ Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333. En zie ook hoofdstuk 3.

¹¹⁰ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹¹¹ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244. r.o. 3.28.

¹¹² Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065. De gemeente Zevenaar staakte in 2022 een uitgifteprocedure om handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel te voorkomen. De rechtbank Gelderland oordeelde dat het staken van de uitgifteprocedure in strijd was met het vertrouwensbeginsel jegens de beoogde contractspartijen en dat de gemeente daarmee onrechtmatig jegens die contractspartij had gehandeld. De beoogde contractspartij mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de kavels door de gemeente daadwerkelijk overgedragen zouden worden. Rb. Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529, r.o. 4.22. Evenals de rechtbank Gelderland oordeelde de rechtbank Amsterdam dat de gemeente de uitgifte onterecht had gestaakt en dat een nieuwe selectie- dan wel uitgifteprocedure niet kon worden doorgezet. De rechtbank Amsterdam oordeelde, in een casus waarin de gemeente Amsterdam bestaande overeenkomsten voor afmeerplaatsen wilde beëindigen, dat beëindiging van bestaande overeenkomsten in de voorliggende casus in beginsel in strijd is met het vertrouwensbeginsel. Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831; Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065; Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184; Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086. G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80.

¹¹³ Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086. De gemeente Leuven weigerde in 2023 om een voor het Didam-arrest gesloten overeenkomst na te komen om schending van artikel 3:14 BW te voorkomen aangezien er geen mededingingsruimte is geboden. De contractspartij vorderde daarop nakoming van de gesloten overeenkomst. De rechtbank oordeelt dat een formele schending van art. 3:14 BW in zijn algemeenheid niet leidt tot nietigheid dan wel vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 BW. Het niet bieden van mededingingsruimte aan derden kan volgens de rechtbank wel een onrechtmatige daad van het overheidsorgaan opleveren. Ook in deze situatie oordeelde de rechtbank derhalve dat het vertrouwensbeginsel prevaleert boven het gelijkheidsbeginsel.

¹¹⁴ Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

norm.”¹¹⁵ Dat wil zeggen dat de oplossing voor gevallen waarbij sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel ex artikel 3:14 BW niet gericht moet zijn op vernietiging van een gesloten overeenkomst, maar op het (alsnog) bieden van gelijke kansen bij verkoop van onroerende zaken zoals de Hoge Raad in het Didam-arrest heeft beoogd.

4.2.2.2 De overeenkomst is vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW

De rechtbank Midden-Nederland oordeelde in maart en december 2023 dat in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomsten nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW (eerste zinsdeel). Artikel 3:14 BW heeft volgens de rechtbank (ex art. 3:40 lid 3 BW) de strekking om de geldigheid van de daarmee in strijd gesloten overeenkomst aan te tasten.¹¹⁶ De rechtbank redeneert als volgt:

“Gelet op de ratio van het gelijkheidsbeginsel heeft dit beginsel ook tot doel om zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de samenleving te realiseren. De economische en de totale maatschappelijke waarde die een schaars recht in handen van een overheidsorgaan vertegenwoordigt, komt immers toe aan de samenleving. En die optimale maatschappelijke waarde wordt gerealiseerd door het bieden van gelijke kansen/mededingingsruimte. Bovendien is het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel en zelfs een grondrecht dat in onder meer artikel 1 van de Grondwet is verankerd. Dit alles maakt dat de hier aan de orde zijnde wettelijke bepaling de strekking heeft om de geldigheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst aan te tasten.”¹¹⁷

4.2.2.3 De overeenkomst is vernietigbaar op grond van artikel 4:15 lid 1 AW 2012

In de lagere rechtspraak heeft tot op heden enkel het hof Arnhem-Leeuwarden (in de Didam-bodemprocedure) geoordeeld tot vernietigbaarheid ex art. 3:40 lid 2 BW op grond van het naar analogie toepassen van artikel 4.15 lid 1 sub a AW 2012.¹¹⁸ Volgens het hof heeft de Hoge Raad het oordeel in het Didam-arrest gebaseerd op analoge toepassing van de Aanbestedingswet. Om die reden past het hof de aanbestedingsregels eveneens naar analogie toe.

Literatuur

Ook een aantal auteurs is van mening dat er voor een succesvol beroep op art. 3:40 lid 1 BW (strijd met openbare orde) sprake moet zijn van een “gekwalificeerde schending”.¹¹⁹ Bartels is van mening dat bij een schending van artikel 3:14 BW nietigheid als rechtgevolg niet voor de hand ligt, aangezien de Aanbestedingswet 2012 uitsluitend vernietigbaarheid als sanctie kent en artikel 3:14 BW te onbepaald is om als dwingende wetsbepaling aangemerkt te worden.¹²⁰

Artikel 3:14 BW beschrijft immers niet expliciet op welke geschreven en ongeschreven regels het artikel van toepassing is. Verstappen komt tot de conclusie dat in strijd met artikel 3:14 BW gesloten overeenkomsten zowel op grond van artikel 3:40 lid 1 als lid 2 BW nietig zijn. Volgens

¹¹⁵ HR. 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), r.o. 4.7; NJ 2006/378. Dit uitgangspunt wordt gevolgd in de lagere rechtspraak en in de literatuur: Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418; S.E. Bartels, Zijn Didam-strijdige overeenkomst nietig?, WPNR 2022/7392, pag. 859-867.

¹¹⁶ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹¹⁷ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244. En Rb. Limburg, 19 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4361: De rechtbank Limburg komt aan de beoordeling of sprake is van vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 niet toe, omdat er volgens de rechtbank bij een beroep op vernietigbaarheid een verjaringstermijn van drie jaren geldt. Art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d. BW.

¹¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796. r.o. 3.7.

¹¹⁹ Zie hoofdstuk 3 van deze scriptie.

¹²⁰ S.E. Bartels, ‘Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?’, WPNR 2022/7392, p. 864. De rechtbank Noord-Nederland oordeelde, zoals eerder aangegeven, over diezelfde Aanbestedingswet dat het aanbestedingsrecht niet van toepassing verklaard kan worden bij gemeentelijke grondverkoop, omdat in het aanbestedingsrecht met name sprake is van de inkoop van diensten, goederen en werken en niet van de verkoop van onroerende zaken: Rb. Noord-Nederland 21-07-2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3037.

Verstappen kan strijd met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) worden aangenomen aangezien het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel in de Nederlandse rechtsorde is. Bovendien is volgens Verstappen dan sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling (art. 3:14 juncto 3:40 lid 2 BW) die ook derden die niet bij de overeenkomst zijn betrokken beoogt te beschermen.¹²¹

In de literatuur gaat alleen Van der Werf bij schending van artikel 3:14 BW uit van vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.¹²² Bartels is van mening dat er voor vernietiging op grond van art. 3:40 lid 2 BW geen grondslag bestaat.¹²³ Hij baseert zich daarbij op de uitzonderingen voor het aannemen van vernietiging in art. 3:40 (lid 2 en 3) BW.¹²⁴ Volgens Bartels beschermt artikel 3:14 BW ook derden die niet bij de overeenkomst betrokken zijn. Volgens Bartels en Verstappen heeft artikel 3.14 BW bovendien niet de strekking om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (art. 3:40 lid 3 BW).¹²⁵ In de literatuur verdedigen enkel Den Uyl-Slagter en Wieland vernietiging op grond van artikel 3:40 lid 2 BW van overeenkomsten die gesloten zijn in strijd met artikel 3:14 BW. Volgens hen moet dan wel sprake zijn van een ernstige schending van het gelijkheidsbeginsel die verder gaat dan het enkel niet of onjuist publiceren van een voorgenomen verkoop door het overheidsorgaan.¹²⁶

Volgens Bartels leidt enkel het naar analogie toepassen van de Aanbestedingswet tot het rechtsgevolg vernietigbaarheid.¹²⁷ Ook Kohlen c.s. zien een oplossing in het geval van schending van artikel 3:14 BW in analoge toepassing van de Aanbestedingswet. Zij zijn van mening dat een in strijd met art. 3:14 BW gesloten overeenkomst vernietigbaar is, aangezien de in de Aanbestedingswet opgenomen sanctie eveneens leidt tot vernietigbaarheid. Vernietigbaarheid kan op grond van artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet door een derde worden ingeroepen tot 6 maanden na de dag waarop de overeenkomst is gesloten. Na het verstrijken van deze termijn is enkel nog een vordering tot schadevergoeding door een derde jegens het overheidsorgaan mogelijk, zo betogen zij.¹²⁸ In de literatuur wordt eveneens analoge toepassing van de Aanbestedingswet bepleit ten aanzien van de door overheidsorganen toe te passen criteria, termijnen en procedures om te komen tot één serieuze gegadigde.¹²⁹

Bartels is eveneens van mening dat er een grondslag ontbreekt in artikel 3:40 BW voor het aannemen van nietigheid dan wel vernietigbaarheid van voor het Didam-arrest in strijd met art. 3:14 BW gesloten overeenkomsten, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden zoals corruptie of vriendjespolitiek.¹³⁰

¹²¹ L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', WPNR 2022/7355.

¹²² W.J.E. van der Werf, 'Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte', TvAR 2021, p. 570.

¹²³ L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', WPNR 2022/7355. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 864.

¹²⁴ Art. 3:40 lid 2 en 3 BW. Zoals in hoofdstuk 3 toegelicht, zijn dat: artikel 3:14 BW mag enkel strekken tot het beschermen van de bij de overeenkomst betrokken partijen (en geen derden) en artikel 3:14 BW moet de strekking hebben om strijdige overeenkomsten aan te tasten.

¹²⁵ S.E. Bartels, 'Zijn Didamstrijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 859-867 en L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', WPNR 2022/7355.

¹²⁶ G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80.

¹²⁷ Zie paragraaf 4.2.2.2. en S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 864.

¹²⁸ J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers & M. Stainer, 'De gevolgen van het Didam-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?', TA 2023/54, p. 5-11.

¹²⁹ G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater, BR 2023/80.

¹³⁰ S.E. Bartels, 'Zijn Didamstrijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 859-867.

Voor derden aan wie geen gelijke kansen zijn geboden resteert dan volgens Bartels c.s. een schadevergoedingsactie op grond van onrechtmatig handelen door het overheidsorgaan.¹³¹

4.3 Na Didam gesloten overeenkomsten

In de jurisprudentie ten aanzien van voor Didam gesloten overeenkomsten draait het vooral om een afweging van het gelijkheidsbeginsel versus het vertrouwensbeginsel. In jurisprudentie ten aanzien van na Didam gesloten overeenkomsten staan met name het niet doorlopen van een openbare selectieprocedure, gebreken in het openbaar publiceren van een voornemen tot verkoop en de door een overheidsorgaan toegepaste selectiecriteria in de mededingingsprocedure ter discussie.¹³²

Voor overheidsorganen is het bij het sluiten van overeenkomsten na het Didam-arrest vanzelfsprekend van groot belang om zich aan 3:14 BW te houden. Een beroep op het vertrouwensbeginsel zal na Didam minder zwaar wegen dan een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Zowel overheidsorganen als potentiële gegadigden worden sinds de Didam uitspraak immers verondersteld bekend te zijn met de in dat arrest geformuleerde uitgangspunten. Bovendien wordt het risico op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voor een overheidsorgaan jegens derden groter, nu de zorgvuldigheidnorm van artikel 6:162 lid 2 BW door Didam nader is ingevuld met richtlijnen voor door overheidsorganen te hanteren criteria voor het bieden van mededinging.

Bovendien kan worden aangenomen dat het overheidsorgaan sinds Didam handelt in strijd met een wettelijke plicht (art. 3:14 BW) indien geen mededingingsprocedure wordt georganiseerd, of indien het overheidsorgaan onjuiste criteria hanteert om te komen tot één serieuze gegadigde. Het handelen in strijd met een wettelijke plicht is eveneens één van de onrechtmatigheidscategorieën in artikel 6:162 lid 2 BW. Indien na Didam het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel beginsel van de Nederlandse rechtstaat ex. artikel 3:14 BW wordt geschonden, rijst de vraag of die schending leidt tot een strijd met de openbare orde en daarmee tot nietigheid van de gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.

Indien de contractspartijen wisten of behoorden te weten dat zij in strijd met het Didam-arrest handelden, zijn overeenkomsten die gesloten zijn na het Didam-arrest volgens de rechtbank Midden-Nederland 'gevoelig voor nietigheid' op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (handelen in strijd met de openbare orde).¹³³ Door de rechtbank Gelderland is geoordeeld dat het door een overheidsorgaan niet (of niet op de juiste wijze) voldoen aan de in het Didam-arrest gestelde vereisten voor de mededingings- en selectieprocedure kan leiden tot een schadevergoedingsplicht (ex art. 6:74 BW) jegens de contractspartij op grond van onrechtmatige daad. Het gewekte vertrouwen jegens de contractspartij kan dan immers niet worden nagekomen.

¹³⁴

¹³¹ S.E. Bartels, 'Zijn Didamstrijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 859-867. Idem. T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2022/948, afl. 15, p. 1127-1128; I. Haverkate & D.W.N. Brand 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', TvHB 2022/1; W.G. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief', Juridische Berichten voor het Notariaat, september 2022, p. 4 e.v.

¹³² Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685, r.o. 4.6-4.10; Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.20.

¹³³ Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

¹³⁴ Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065. r.o. 5.12.

In de literatuur stelt Bartels eveneens dat overeenkomsten die zijn gesloten na het Didam-arrest gevoelig zijn voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Voor Didam werd er volgens Bartels in de markt van uit gegaan dat één-op-één verkoop niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Na het Didam-arrest wisten of behoorden contractspartijen te weten dat zij in strijd met het Didam-arrest handelden.¹³⁵ Het in die zin bewust schenden van het gelijkheidsbeginsel moet dan volgens hem worden gezien als schending van de openbare orde, die leidt tot nietigheid.

4.3.1 Uitzonderingssituatie voor het doorlopen van een mededingingsprocedure

De Hoge Raad geeft in het Didam-arrest ex art. 3:14 BW invulling aan het gelijkheidsbeginsel door te oordelen dat overheidsorganen bij de verkoop van onroerende zaken mededingingsruimte moeten organiseren. Een uitzondering hierop is het geval waarin op basis van door een overheidsorgaan vastgestelde objectieve, toetsbare en redelijke criteria aangenomen kan worden dat sprake is van één serieuze gegadigde voor aankoop van de onroerende zaak. De Hoge Raad biedt overheidsorganen in het Didam-arrest beleidsruimte bij het bepalen van die selectiecriteria.¹³⁶ Er geldt bij deze uitzonderingssituatie echter wel een verplichting tot openbare publicatie voor het overheidsorgaan.¹³⁷ Deze uitzonderingsmogelijkheid in Didam heeft al geleid tot veel lagere rechtspraak, waarin de rechter afweegt of er inderdaad sprake is van één serieuze gegadigde.¹³⁸ In de lagere rechtspraak wordt de beleidsvrijheid voor overheidsorganen ingeperkt door het EVRM en de abbb.¹³⁹ Bovendien mogen de selectiecriteria niet worden toegeschreven naar één bepaalde partij.¹⁴⁰ De rechtspraak is derhalve sterk casuïstisch van aard en er valt daardoor ook geen eenduidige lijn uit te destilleren, aan de hand waarvan we kunnen vaststellen onder welke juridische voorwaarden sprake is van een uitzonderingssituatie.

Gevallen waarin werd geoordeeld dat er sprake is van één serieuze gegadigde zijn onder andere: een voor een gebiedsontwikkeling belangrijke grondpositie van een partij, de inzet van een koper gericht op een bepaalde doelgroep of segment (sociale huur), de wens van overheden om een perceel uitsluitend als geheel te verkopen waarvoor maar één partij in aanmerking kwam en een partij die aan bepaalde natuurdoelstellingen kan voldoen.¹⁴¹

¹³⁵ S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 865.

¹³⁶ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.4.

¹³⁷ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, r.o. 3.1.6.

¹³⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

¹³⁹ Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846.

¹⁴⁰ Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, r.o. 4.26; Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6 en Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316, r.o. 4.6.

¹⁴¹ Rb. Den Haag, 3 oktober 2023 ECLI:NL:RBDHA:2023:14892; Rb. Den Haag, 4 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:15640; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144. Rb. Gelderland 28 augustus 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5141, Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962 en Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584; Rb. Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163; Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017. Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147; Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170; Rb. Rotterdam 7 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8254; Hof Den Haag 18 juli 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1368; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307; En zie ook G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?, BR 2022/84. Den Uyl-Slagter & Wieland halen als voorbeeld artikel 122 Woningwet aan, waarin wordt bepaald dat gemeenten bij privaatrechtelijk handelen geen strengere eisen mogen stellen dan in de wet wordt bepaald.

In deze gevallen procedeert een derde op grond van onrechtmatige daad tegen het overheidsorgaan en stelt de derde dat het overheidsorgaan onterecht een andere partij als enige gegadigde heeft aangemerkt, dan wel dat het overheidsorgaan onjuiste criteria heeft gehanteerd bij de selectieprocedure om te komen tot één gegadigde. De derde vordert in die gevallen veelal dat de selectieprocedure opnieuw en met andere criteria doorlopen moet worden.¹⁴² De rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat voor het aannemen van een uitzonderingssituatie aansluiting kan worden gezocht bij de Aanbestedingswet. De rechtbank redeneert: “ *Het aanbestedingsrecht is, waar het gaat om de verkoop van een onroerende zaak door een overheidslichaam, niet van toepassing, maar er zijn wel raakvlakken.* ”¹⁴³

In de lagere rechtspraak worden gevallen waarin een overheidsorgaan een voornemen tot verkoop aan één serieuze gegadigde niet openbaar heeft gepubliceerd niet zwaar aangerekend. Betoogd wordt in die gevallen dat de uitgangspunten die de Hoge Raad in Didam heeft gesteld niet volledig te overzien waren en dat er na Didam sprake is van een situatie die dusdanig afwijkt van de voor Didam geldende staande praktijk, dat gebreken in de publicatie van een voornemen tot verkoop een overheidsorgaan niet zwaar aangerekend kunnen worden.¹⁴⁴ Indien een overheidsorgaan daarentegen in het geheel niets heeft bekendgemaakt ten aanzien van de beschikbare zaak, de selectieprocedure en de te hanteren selectiecriteria, wordt dat het overheidsorgaan zwaar aangerekend. In de lagere rechtspraak wordt in die gevallen het overheidsorgaan verboden om met de beoogde contractspartij verder te gaan en verplicht een mededingingsprocedure te organiseren.¹⁴⁵

Literatuur

Den Uyl-Slagter & Wieland betogen dat de mate waarin een overheidsorgaan met de selectiecriteria privaatrechtelijk strenge(re) eisen oplegt aan potentiële contractspartijen, wordt begrensd door de doorkruisingsleer.¹⁴⁶ Dat betekent volgens hen dat indien het wettelijk kader eisen stelt aan een overheidsorgaan en/of diens contractspartij, overheidsorganen via de privaatrechtelijk weg geen aanvullende of strengere eisen mogen stellen.¹⁴⁷ Bovendien betogen Den Uyl-Slagter & Wieland dat overheidsorganen bij de toe te passen criteria om te komen tot één serieuze gegadigde het aanbestedingsrecht als inspiratiebron kunnen gebruiken. Zij wijzen erop dat de Aanbestedingswet, evenals de Hoge Raad in het Didam-arrest, voorschrijft dat de selectiecriteria objectief, eenduidig, transparant, proportioneel en in verhouding tot de opdracht moeten staan.¹⁴⁸

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht op welke wijze de lagere rechtspraak antwoord tracht te geven op de in hoofdstuk 3 geconstateerde rechtsvragen die voortvloeien uit het Didam-arrest. Daarnaast is in dit hoofdstuk onderzocht welke oplossingsrichtingen in de literatuur worden voorgesteld ten aanzien van de in hoofdstuk 3 vastgestelde juridische problemen.

¹⁴² Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685; Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317.

¹⁴³ Rb. Midden-Nederland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2645.

¹⁴⁴ Rb. Rotterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5317, r.o. 4.20.

¹⁴⁵ Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685, r.o. 4.6-4.10.

¹⁴⁶ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (Windmill).

¹⁴⁷ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (Windmill).

¹⁴⁸ G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?, BR 2022/84. Art. 3.65 AW 2012.

Voor Didam

In de lagere rechtspraak komen verschillende soorten schendingen van de Didam-regels aan de orde, waaronder het niet doorlopen van een openbare selectieprocedure om te komen tot één serieuze gegadigde hoewel er sprake was van andere potentiële gegadigden. Uit de analyse van de lagere rechtspraak blijkt dat er verschillende uitspraken van lagere rechters zijn in procedures die door derden jegens een overheidsorgaan zijn aangespannen. De derde doet daarbij ex artikel 3:14 BW een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel en stelt dat het overheidsorgaan ex art. 6:162 BW onrechtmatig handelt door de derde ten onrechte niet in aanmerking te laten komen als mogelijke contractspartij.¹⁴⁹ De gepasseerde derde vordert in die gevallen een nieuwe selectieprocedure waarbij de derde alsnog als potentiële gegadigde wordt aangemerkt, dan wel schadevergoeding van het overheidsorgaan. In dat geval verweert het overheidsorgaan zich door te stellen dat op basis van het vertrouwensbeginsel de gesloten overeenkomst moet worden nagekomen.¹⁵⁰

Er komen ook gevallen voor waarin een overheidsorgaan niet langer uitvoering wil geven aan een gesloten overeenkomst of uitgifte van grond staakt om daarmee strijd met het gelijkheidsbeginsel ex art. 3:14 BW juncto art. 6:162 BW schadevergoeding jegens een gepasseerde derde te voorkomen. Het overheidsorgaan beoogt in die gevallen schending van artikel 3:14 BW en daarmee onrechtmatig handelen jegens derden te voorkomen en stelt dat de overeenkomst om die reden niet in stand kan blijven of niet gesloten kan worden.

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de (beoogde) contractspartij in dat geval nakoming vraagt van de met een overheidsorgaan gesloten overeenkomst op grond van het vertrouwensbeginsel. Indien het beroep op het vertrouwensbeginsel wordt toegewezen, blijft de gesloten overeenkomst in stand en resteert een vordering tot schadevergoeding van de gepasseerde derde jegens het overheidsorgaan. Indien een beroep op het vertrouwensbeginsel niet slaagt, rijst de vraag wat het rechtsgevolg van de gesloten overeenkomst is. Dat is in een tweetal gevallen aan de orde, namelijk indien een beroep van een gepasseerde derde op het gelijkheidsbeginsel slaagt en indien een overheidsorgaan zich actief onttrekt aan een overeenkomst om strijd met het gelijkheidsbeginsel te voorkomen. In de lagere rechtspraak is geoordeeld tot nietigheid, vernietigbaarheid en geldigheid van de gesloten overeenkomst (al dan niet met schadevergoeding voor de gepasseerde derde). In die gevallen resteert een vordering tot schadevergoeding van de contractspartij jegens het overheidsorgaan.

Uit de onderzochte lagere rechtspraak blijkt dat bij overeenkomsten die zijn gesloten voor Didam het vertrouwen van de contractspartij van het overheidsorgaan zwaar weegt. Dat is een aanwijzing dat het gelijkheidsbeginsel geen absolute werking heeft ten opzichte van andere abbb, zoals het vertrouwensbeginsel. Dat partijen er voor Didam vanuit gingen dat één op één verkoop van onroerende zaken door een overheidsorgaan geen strijdigheid opleverde met het gelijkheidsbeginsel, speelt in die afweging een belangrijke rol. Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in de bodemprocedure echter tot vernietiging van de overeenkomst en past daarbij de Aanbestedingswet naar analogie toe. Het is opvallend dat deze, potentiële richtinggevende uitspraak in de Didam-bodemprocedure, nog niet in de lagere rechtspraak wordt gevolgd.

¹⁴⁹ Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487.

¹⁵⁰ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

Ook de literatuur is niet eenduidig over het rechtsgevolg voor gesloten overeenkomsten die in strijd met artikel 3:14 BW zijn gesloten. Echter, de overheersende opvatting in de literatuur is dat overeenkomsten die zijn gesloten voor het Didam-arrest geldig dienen te blijven, omdat één-op-één verkoop van onroerende zaken door overheidsorganen voor Didam staande praktijk was. Onrechtmatig handelen van het overheidsorgaan jegens derden wiens belangen men kende, kan hieraan in de weg staan. Van onrechtmatig handelen is bijvoorbeeld sprake indien een overheidsorgaan en diens contractspartij samenspannen om een andere gegadigde en diens belang bewust te negeren.

Na Didam

In de lagere rechtspraak komen verschillende soorten schendingen van de uitgangspunten die de Hoge Raad in Didam heeft geformuleerd aan de orde. Veelal gaat het daarbij over het niet doorlopen van een openbare selectieprocedure om te komen tot één serieuze gegadigde terwijl er sprake was van andere potentiële gegadigden, over de selectiecriteria die door het overheidsorgaan zijn gehanteerd, of over gebreken in de openbare publicatie door het overheidsorgaan bij voorgenomen verkoop van een onroerende zaak. Uit mijn analyse van de lagere rechtspraak blijkt dat op basis van het specifieke individuele geval wordt beoordeeld of door een overheidsorgaan objectieve, toetsbare en redelijke criteria zijn gehanteerd om te komen tot één serieuze gegadigde. In de lagere rechtspraak worden door een overheidsorgaan gehanteerde selectiecriteria getoetst aan de abbb en het EVRM en is geoordeeld dat de selectiecriteria niet naar één specifieke partij toegeschreven mogen worden.¹⁵¹ Aangezien er in de lagere rechtspraak sprake is van een casuïstische benadering ten aanzien van de door overheidsorganen gehanteerde selectiecriteria, kunnen geen juridische voorwaarden rechtsnormen vastgesteld worden waaraan een overheidsorgaan zich dient te houden bij het bepalen van die selectiecriteria.

Indien een overheidsorgaan in het geheel niets heeft bekendgemaakt ten aanzien van de beschikbare zaak, de selectieprocedure en de te hanteren selectiecriteria, wordt dat het overheidsorgaan zwaar aangerekend en wordt geoordeeld dat het overheidsorgaan verboden wordt om met de beoogde contractspartij verder te gaan en alsnog een openbare selectieprocedure moet organiseren.¹⁵² Volgens de rechtbank Midden-Nederland zijn na Didam gesloten overeenkomsten gevoelig voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, waarbij het al dan niet bewust handelen van partijen een belangrijke rol speelt in de beoordeling of sprake is van strijd met de openbare orde.¹⁵³

In de literatuur wordt door onder andere Den Uyl-Slagter & Wieland voorgesteld om voor de door een overheidsorgaan te hanteren selectiecriteria aan te sluiten bij het Aanbestedingsrecht. In de literatuur wordt aangenomen dat overeenkomsten die zijn gesloten na Didam en in strijd zijn met artikel 3:14 BW vernietigbaar zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, indien sprake is van een aanzienlijke schending van het gelijkheidsbeginsel die verder gaat dan het niet correct publiceren van een voornemen van verkoop.

¹⁵¹ Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846; Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316; Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029; Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402.

¹⁵² Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685, r.o. 4.6-4.10.

¹⁵³ Rb. Midden-Nederland, 21 juli 2023 ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

Aanvullend wordt in de literatuur voorgesteld om een evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid te waarborgen door de mogelijkheid voor een beroep op vernietiging te beperken in tijd. In de literatuur wordt opgemerkt dat dit mogelijk is door aan te sluiten bij de zesmaandelijke termijn uit het aanbestedingsrecht. Daarna resteert voor een gepasseerde derde een schadevergoedingsvordering jegens het overheidsorgaan op grond van onrechtmatige daad. Indien een overeenkomst reeds is nagekomen, ligt vernietiging niet voor de hand. Behalve in het geval sprake is van onrechtmatig handelen door het overheidsorgaan. In die gevallen pleit men in de literatuur voor nietigheid van de na Didam gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, aangezien het fundamentele gelijkheidsbeginsel in die gevallen bewust wordt geschonden en dat strijd met de openbare orde oplevert.

Hoofdstuk 5 Conclusie

5.1 Antwoord op de probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie luidt: Wat zijn de rechtsgevolgen van schending van artikel 3:14 BW voor door de overheid gesloten overeenkomsten? Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat er zowel in de lagere rechtspraak als in de literatuur veel onduidelijkheid bestaat over de gevolgen van het Didam-arrest voor de praktijk. De belangrijkste rechtsvraag die het Didam-arrest oproept is of door de overheid gesloten overeenkomsten die niet volgens de door de Hoge Raad in het Didam-arrest gestelde uitgangspunten zijn gesloten rechtsgeldig, nietig of vernietigbaar zijn. Daarnaast bestaat onduidelijkheid over de in het Didam-arrest genoemde uitzonderingsmogelijkheid voor het doorlopen van een mededingingsprocedure en de selectiecriteria die daarbij door overheidsorganen gehanteerd moeten worden.

De Parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 BW biedt geen specifieke aanknopingspunten ten aanzien van het rechtsgevolg van schending van artikel 3:14 BW voor door de overheid gesloten overeenkomsten. Artikel 3:14 BW is bedoeld als codificatie van bestaande rechtspraak en als referentiekader voor directe toetsing van privaatrechtelijk overheidshandelen aan abbb zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het Didam-arrest, maar ook eerdere arresten zoals Amsterdam-Ikon, benadrukken dat overheidsorganen zich bij privaatrechtelijk handelen aan het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel moeten houden. Ondanks het ontbreken van specifieke sancties bij schending van artikel 3:14 BW in de Parlementaire geschiedenis, impliceert de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Zeeland-Hoondert in 1992, dat schending van een abbb door een overheidsorgaan als onrechtmatig handelen kan worden aangemerkt en het overheidsorgaan in een dergelijk geval schadevergoeding jegens een derde of een contractuele wederpartij verschuldigd is op grond van artikel 6:74 dan wel 6:162 BW.

Het Didam-arrest bevestigt de consistente benadering van de Hoge Raad bij het toetsen van privaatrechtelijk overheidshandelen aan de abbb. Mijns inziens past het arrest in de naoorlogse lijn dat overheidsorganen ook bij privaatrechtelijk handelen gehouden zijn aan het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De Hoge Raad heeft in het Didam-arrest de uit het bestuursrecht afkomstige leerstuk van het bieden van gelijke kansen bij schaarse rechten doorgetrokken naar het privaatrechtelijke overheidshandelen. De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel daarbij nader in door te stellen dat een overheidsorgaan bij de verkoop van een onroerende zaak transparantie moet waarborgen omtrent beschikbaarheid, selectieproces, planning en criteria, en deze informatie tijdig moet verstrekken aan potentiële belanghebbenden. De Hoge Raad laat in het Didam-arrest echter ook veel vragen open. Zoals de vraag of er omstandigheden denkbaar zijn waaronder een overheidsorgaan geen openbare aankondiging hoeft te doen van een voorgenomen verkoop.

De belangrijkste rechtsvraag die open blijft staan is wat het rechtgevolg is voor overeenkomsten die zijn gesloten na Didam en waarbij een overheidsorgaan niet heeft voldaan aan het vereiste van de openbare aankondiging of onjuiste criteria heeft gehanteerd. Een andere belangrijke rechtsvraag die open staat is wat het rechtsgevolg is van na Didam gesloten overeenkomsten en waarbij het overheidsorgaan aangeeft dat er sprake is van één serieuze gegadigde of waarbij het overheidsorgaan zichzelf actief wil onttrekken van de uitvoering van een overeenkomst om strijd met artikel 3:14 BW te voorkomen.

Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft gepoogd een antwoord te geven op de vraag of overeenkomsten die niet volgens de Didam-uitgangspunten zijn gesloten nietig, vernietigbaar dan wel rechtsgeldig zijn.¹⁵⁴

Het hof oordeelt namelijk dat de gesloten overeenkomst vernietigbaar is ex. art. 3:40 lid 2 BW en past daarbij de Aanbestedingswet naar analogie toe. Het naar analogie toepassen van de aanbestedingswet heeft in de lagere rechtspraak geen navolging gekregen en deze toepassing is ook in de literatuur op kritiek gestuit, aangezien de Hoge Raad in het Didam-arrest niet expliciet verbinding zoekt met de Aanbestedingswet.

Overeenkomsten gesloten voor het Didam-arrest

In het merendeel van de uitspraken in de lagere rechtspraak met betrekking tot overeenkomsten die zijn gesloten voor het Didam-arrest, wordt door een gepasseerde derde een beroep gedaan op schending van het gelijkheidsbeginsel en vordert de gepasseerde derde een verbod op nakoming van de gesloten overeenkomst, schadevergoeding en/of alsnog een mededingingsprocedure om kans te maken op de aankoop van de onroerende zaak. Het overheidsorgaan en dien contractspartner beroepen zich in dat geval op het vertrouwensbeginsel, waarbij de contractspartij nakoming vordert van de gesloten overeenkomst. In een beperkt aantal gevallen onttrekt een overheidsorgaan zich actief aan een overeenkomst om schending van het gelijkheidsbeginsel en daarmee aansprakelijkheid te voorkomen. Het overheidsorgaan roept in die gevallen de nietigheid in van de koopovereenkomst op grond van artikel 3:40 BW vanwege het bepaalde in het Didam-arrest.¹⁵⁵

Uit een analyse van de lagere rechtspraak blijkt dat overeenkomsten die vóór het Didam-arrest zijn gesloten veelal als geldig worden aangemerkt, omdat het vertrouwensbeginsel jegens de contractspartij zwaarder wordt gewogen dan schending van het gelijkheidsbeginsel jegens de derde. Hoewel het feit dat een overeenkomst gesloten was voor het Didam-arrest op zichzelf geen criterium was om aan te nemen dat sprake was van één serieuze gegadigde, kunnen toezeggingen of afspraken van een overheidsorgaan met een contractspartij zo zwaar wegen dat de rechter niet oordeelt tot vernietiging van de gesloten overeenkomst. Indien een beroep op vertrouwensbeginsel gegrond wordt verklaard, resteert een schadevergoeding voor de gepasseerde potentiële gegadigde. Naast blijvende geldigheid van de gesloten overeenkomst is in de lagere rechtspraak geoordeeld tot nietigheid van de gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2 BW en vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW met analoge toepassing van de Aanbestedingswet.

Literatuur

Hoewel men in de literatuur niet eenduidig is over de rechtsgevolgen voor overeenkomsten die zijn gesloten voor het Didam-arrest, is een meerderheid van mening dat gesloten overeenkomsten geldig dienen te blijven, omdat één-op-één verkoop van onroerende zaken door overheidsorganen voor Didam staande praktijk was. Onrechtmatig handelen van het overheidsorgaan jegens derden wiens belangen men kende zoals in Didam, kan eraan in de weg staan om geldigheid van de gesloten overeenkomst aan te nemen. Vernietigbaarheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW wordt in de literatuur eveneens niet verdedigd.

¹⁵⁴ Zie paragraaf 3.3 van deze scriptie en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

¹⁵⁵ Rb. Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086.

Enkel Verstappen betoogt dat gesloten overeenkomsten nietig verklaard kunnen worden op grond van zowel artikel 3:40 lid 1 als lid 2 BW, terwijl de meeste auteurs van mening zijn dat dit een te verstrekkend rechtsgevolg is.¹⁵⁶ Ter onderbouwing wordt in de literatuur betoogd dat remedies niet verder dienen te gaan dan nodig is voor verwezenlijking van de onderliggende norm. Dat wil zeggen dat de oplossing niet gericht moet zijn op vernietiging van de gesloten overeenkomst, maar op het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel door overheidsorganen en het bieden van gelijke kansen bij verkoop van onroerende zaken. Of zoals Bartels zegt: “nietigheid van de overeenkomst zou iets stuk maken dat niet stuk hoeft”.¹⁵⁷ Bovendien heeft de wetgever volgens verscheidene auteurs nergens laten blijken dat schending van de abbb moet leiden tot civielrechtelijke nietigheid. Het ligt volgens de literatuur dan ook voor de hand om voor Didam gesloten overeenkomsten geldig te laten blijven, waarmee er voor een gedupeerde alleen nog het instellen van een schadevergoedingsactie rest op grond van artikel 6:162 BW. Die schadevergoeding kan overigens potentieel aanzienlijk zijn.

Situatie na het Didam-arrest

Bij overeenkomsten die zijn gesloten na het Didam-arrest, heeft een beroep op het vertrouwensbeginsel door de contractspartij mijns inziens weinig kans van slagen. Het belangrijkste argument in de lagere rechtspraak en in de literatuur om Didam-strijdige overeenkomsten als geldig aan te merken is immers dat voor Didam sprake was van staande praktijk. Daarvan is na Didam simpelweg geen sprake meer. Partijen zijn dan op de hoogte van de verplichte mededingingsprocedure die georganiseerd moet worden om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen. Logischerwijs wordt na Didam het risico op aansprakelijkheid voor een overheidsorgaan op grond van onrechtmatige daad jegens derden ook groter, nu de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW door Didam nader is ingevuld met uitgangspunten over door overheidsorganen te hanteren criteria voor het bieden van mededinging.

Voor het formuleren door het overheidsorgaan van objectieve, toetsbare en redelijke criteria om één serieuze gegadigde te selecteren komt het overheidsorgaan volgens de Hoge Raad in Didam beleidsvrijheid toe.¹⁵⁸ In de lagere rechtspraak worden de selectiecriteria getoetst aan de abbb en het EVRM. Hoewel uit de lagere rechtspraak kan worden afgeleid dat de selectiecriteria niet naar één specifieke partij toegeschreven mogen worden. Deze casuïstische benadering in de lagere rechtspraak heeft tot gevolg dat er geen rechtsnorm aan ontleend kan worden, op basis waarvan kan worden vastgesteld dat een overheidsorgaan een juist criterium hanteert om te komen tot één serieuze gegadigde. De lagere rechtspraak vertoont een casuïstische benadering ten aanzien van situaties na het Didam-arrest.

In de jurisprudentie komen verschillende schendingen van de Didam-regels aan de orde komen. Het gaat onder andere over het niet doorlopen van een openbare selectieprocedure, het door overheidsorganen hanteren van onjuiste selectiecriteria bij de mededingingsprocedure en gebreken in de publicatie bij verkoop van onroerende zaken. Ook in deze gevallen vordert een gepasseerde derde een verbod op uitvoering van de gesloten of nog te sluiten overeenkomst, dan wel schadevergoeding of een mededingingsprocedure waarbij andere selectiecriteria worden gehanteerd.

¹⁵⁶ Zie paragraaf 4.2.2.3 van deze scriptie en ook L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', WPNR 2022/7355.

¹⁵⁷ S.E. Bartels, 'Zijn Didamstrijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022/7392, p. 859-867.

¹⁵⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 r.o. 3.1.4.

Literatuur

Ook In de literatuur worden ten aanzien van het rechtsgevolg voor na Didam gesloten overeenkomsten verschillende rechtsgevolgen verdedigd. Aangenomen wordt dat overeenkomsten die zijn gesloten na Didam en in strijd zijn met artikel 3:14 BW vernietigbaar zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, indien sprake is van een aanzienlijke schending van het gelijkheidsbeginsel dat verder gaat dan het niet correct publiceren van een voornemen van verkoop.

Ook de optie van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, wordt verdedigd, aansluitend op het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland dat na Didam gesloten overeenkomsten gevoelig zijn voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, met als belangrijkste argument dat partijen na Didam wisten of behoorden te weten hoe zij moesten handelen.¹⁵⁹ In die gevallen wordt betoogd dat het gelijkheidsbeginsel van dusdanige fundamentele aard is, dat bewuste schending ervan leidt tot strijd met de openbare orde. Of zoals Bartels schrijft: “*Veel fundamentele dan het gelijkheidsbeginsel krijg je een beginsel immers niet*”.¹⁶⁰

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat uit de Parlementaire geschiedenis, maar ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, de lagere rechtspraak en de literatuur geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op de vraag wat bij schending van artikel 3:14 BW het rechtgevolg voor gesloten overeenkomsten is. De opvattingen lopen zeer uiteen en verschillende opties worden verdedigd. Voor overeenkomsten die zijn gesloten vóór het Didam-arrest wordt in de lagere rechtspraak en in de literatuur in de meerderheid van de gevallen gekozen voor blijvende geldigheid van de overeenkomst. Indien de overeenkomst is gesloten na het Didam-arrest ligt blijvende geldigheid van de overeenkomst niet voor de hand, zo blijkt uit de lagere rechtspraak en literatuur, aangezien partijen na Didam wisten of behoorden te weten hoe zij moesten voldoen aan de uitgangspunten in het Didam-arrest. Gesloten overeenkomsten zijn in dat geval gevoelig voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Aangezien de huidige situatie onbevredigend is voor overheidsorganen, diens contractspartijen en derden, wordt in de volgende paragraaf mijn oplossingsrichting beschreven indien sprake is van schending van artikel 3:14 BW.

5.2 Oplossingsrichting voor gesloten overeenkomsten bij schending van artikel 3:14 BW

Overeenkomsten gesloten voor het Didam-arrest

Artikel 3:14 BW schrijft voor dat overheidsorganen bij privaatrechtelijk handelen niet mogen handelen in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht. Desalniettemin strekt artikel 3:14 BW er mijns inziens niet toe daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

¹⁶¹ Dat artikel 3:14 BW daarmee strijdige rechtshandelingen wil doen aantasten blijkt niet uit de bepaling zelf en evenmin uit de Parlementaire Geschiedenis. De Hoge Raad heeft mijns inziens in het Didam-arrest het gelijkheidsbeginsel willen beschermen en uitgangspunten meegegeven waarmee gewaarborgd wordt dat overheidsorganen gelijke kansen bieden bij verkoop van onroerende zaken. Het is mijns inziens niet de insteek van de Hoge Raad geweest om gesloten overeenkomsten aan te tasten.

¹⁵⁹ Rb. Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

¹⁶⁰ S.E. Bartels, ‘Zijn Didamstrijdige overeenkomsten nietig?’, WPNR 2022/7392, p. 859-867.

¹⁶¹ Zie hoofdstuk 2 van deze scriptie t.a.v. art. 3:14 BW.

In de lagere rechtspraak wordt ten aanzien van overeenkomsten die zijn gesloten voor het Didam-arrest, mijns inziens terecht, het vertrouwensbeginsel zwaar gewogen en geoordeeld dat de gesloten overeenkomst geldig blijft.¹⁶² De wederpartij van het overheidsorgaan heeft dan al veel tijd en geld in een ontwikkeling gestoken. Bovendien dienen: *“Remedies niet verder te gaan dan nodig is voor verwezenlijking van de onderliggende norm”*.¹⁶³ Dat wil zeggen dat de oplossing niet gericht moet zijn op vernietiging van de gesloten overeenkomst, maar op het bieden van gelijke kansen bij verkoop van onroerende zaken. De remedie moet aansluiten bij de bedoeling van de Hoge Raad: het beschermen van het gelijkheidsbeginsel. Het ligt dan ook voor de hand om de gesloten overeenkomst in stand te houden met een schadevergoedingsplicht op grond van 6:162 BW voor het overheidsorgaan jegens derden aan wie geen gelijke kans is geboden. Dat doet recht aan de positie van derden als ook aan de positie van de contractspartij die mag vertrouwen op een geldige overeenkomst.

Indien het overheidsorgaan onrechtmatig heeft gehandeld door bijvoorbeeld bewust andere gegadigden en hen belangen te negeren, ligt nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW mijns inziens voor de hand.¹⁶⁴ Het overheidsorgaan heeft dan bewust in strijd met het fundamentele gelijkheidsbeginsel gehandeld en dat is mijns inziens voldoende om strijd met de openbare orde aan te nemen. Nietigheid kan mijns inziens niet worden aangenomen op grond van artikel 3.40 lid 2 BW. Volgens artikel 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot nietigheid van de rechtshandeling. De gesloten overeenkomst is dan in strijd met de wet. Er is geen sprake van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, indien de (geschonden) bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één bij de overeenkomst betrokken partijen of indien de geschonden wetsbepaling niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdig gesloten overeenkomsten aan te tasten. Naar mijn mening beoogt artikel 3:14 BW juist een ieders belang te beschermen.¹⁶⁵ Analoge toepassing van de Aanbestedingswet kan eveneens niet leiden tot nietigheid, maar uitsluitend tot vernietigbaarheid op grond van artikel 4:15 lid 1 ex. artikel 3:40 lid 2 BW.¹⁶⁶

Het door het hof Arnhem-Leeuwarden naar analogie toepassen van de Aanbestedingswet is mijns inziens opmerkelijk. De Hoge Raad zoekt in het Didam-arrest geen expliciete aansluiting bij de Aanbestedingswet, maar benoemt wel uitgangspunten die aan het aanbestedingsrecht ontleend lijken. Bovendien is van een gunningstraject in het kader van de Aanbestedingswet geen sprake in Didam gerelateerde zaken. Om van een gunningstraject in het kader van de Aanbestedingswet te kunnen spreken moet immers sprake zijn van een aankondiging van de gunning, alsook van uitsluiting van andere partijen en van een selectie.

¹⁶² Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

¹⁶³ HR. 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures), r.o. 4.7; NJ 2006/378. Dit uitgangspunt wordt gevolgd in de lagere rechtspraak en in de literatuur: Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418; S.E. Bartels, *Zijn Didam-strijdige overeenkomst nietig?*, WPNR 2022/7392, pag. 859-867.

¹⁶⁴ Rb. Midden-Nederland, 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418. Zie ook: Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1138 en HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Mediq) en zie ook hoofdstuk 2 van deze scriptie t.a.v. art. 3:14 BW.

¹⁶⁵ Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244. De rechtbank merkt op dat artikel 3:14 BW een dwingende wetsbepaling is die ertoe strekt ook anderen dan die bij de overeenkomst betrokken zijn te beschermen. Dat is mijns inziens ook logisch gezien de overweging in lagere jurisprudentie dat het gelijkheidsbeginsel altijd van toepassing is geweest op privaatrechtelijk overheidshandelen. S.E. Bartels, *Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?*, WPNR 2022/7392, p. 864.

¹⁶⁶ Artikel 4:15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012.

De in potentie richtinggevende uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden wordt in de lagere rechtspraak mijns inziens dan ook terecht niet gevolgd. Naast het feit dat de Hoge Raad in Didam geen expliciet aansluiting zoekt bij de Aanbestedingswet, ontbreekt voor vernietigbaarheid de grondslag in artikel 3:40 lid 2 BW, aangezien daarvoor moet worden aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel slechts strekt ter bescherming van alleen de bij een overeenkomst betrokken partijen (uitzondering art. 3:40 lid 2 BW).

Een oplossingsrichting voor het afhandelen van gesloten overeenkomsten moet mijns inziens dan ook gezocht worden in het bieden van een schadevergoeding jegens een gepasseerde derde, dan wel jegens de contractspartij van het overheidsorgaan in die gevallen waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel ongegrond wordt verklaard. Een schadevergoedingsplicht voor overheidsorganen wordt tenslotte al sinds 1992 in de rechtspraak gehanteerd bij schending van het gelijkheidsbeginsel.

Situatie na het Didam-arrest

Na het oordeel van de Hoge Raad in het Didam-arrest doen zich in de lagere rechtspraak twee belangrijke rechtsvragen voor, namelijk wat het rechtsgevolg is voor gesloten overeenkomsten indien niet is voldaan aan de uitgangspunten in het Didam-arrest en in welk geval er sprake is van één serieuze gegadigde. Hoewel het vertrouwensbeginsel ten aanzien van de geldigheid van overeenkomsten die zijn gesloten voor het Didam-arrest doorslaggevend is, ligt dat mijns inziens anders voor overeenkomsten die zijn gesloten na Didam. Sinds Didam is immers niet langer meer sprake van staande praktijk.

En dat is nu juist het belangrijkste argument dat in de lagere rechtspraak wordt gehanteerd om een beroep op het vertrouwensbeginsel gegrond te verklaren. Het gelijkheidsbeginsel zal daarom na Didam mijns inziens zwaarder moeten wegen. Indien de mededingings- en selectieprocedure niet voldoet aan de uitgangspunten die vanuit het Didam-arrest worden gesteld, ligt mijns inziens nietigheid van de gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW voor de hand. Het al dan niet bewust handelen in strijd met artikel 3:14 BW, terwijl een ieder bekend hoort te zijn met de procedurevoorschriften voor verkoop van onroerende zaken, is mijn inziens voldoende om strijd met de openbare orde aan te nemen. Partijen wisten of behoorden te weten dat zij aan bepaalde uitgangspunten moesten voldoen.

Bovendien kan eveneens betoogd worden dat in zo'n geval sprake is van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW: strijd met een dwingende wetsbepaling. Het rechtsgevolg is in beide gevallen ingrijpend: de overeenkomst wordt geacht nooit te hebben bestaan. Om die reden ligt nietigheid ex. art. 3:40 lid 1 dan wel lid 2 BW alleen voor de hand indien sprake is van onrechtmatig handelen door het overheidsorgaan. Dat wil zeggen dat er bewust potentiële gegadigden zijn genegeerd om met een (voorkeurs)partij tot een overeenkomst te komen. Indien geen sprake is van bewust handelen door het overheidsorgaan, ligt mijns inziens schadevergoeding ingevolge artikel 6:162 lid 2 BW juncto art. 6:103 BW voor potentiële gegadigden voor de hand.

Uitzonderingssituatie

Er bestaat een spanningsveld tussen het enerzijds bieden van gelijk kansen door overheidsorganen en anderzijds het willen voeren van beleid in het algemeen belang. Daarbij is een bepaalde mate van beleidsvrijheid nodig, bijvoorbeeld indien een overheidsorgaan een bepaalde voorkeur heeft voor de bestemming van een bepaald gebied. De Hoge Raad oordeelt in het Didam-arrest dat overheidsorganen beleidsvrijheid toekomt bij het bepalen van selectiecriteria om te komen tot één serieuze gegadigde.

Daarbij is een onderscheid te maken tussen selectiecriteria om te komen tot één serieuze gegadigde in een mededingingsprocedure en selectiecriteria op basis waarvan het overheidsorgaan vaststelt dat sprake is van één serieuze gegadigde voor aankoop van een onroerende zaak. Overheidsorganen hebben mijns inziens dan ook nog alle ruimte en vrijheid om onroerende zaken te verkopen en naar eigen inzicht selectiecriteria te bepalen, mits ze de criteria niet toeschrijven op één specifieke partij. Het Didam-arrest maakt evenwel dat overheidsorganen buitengewoon voorzichtig handelen en in veel gevallen besluiten tot het doorlopen van uitgebreide procedures om onroerende zaken te verkopen.

Gezien de casuïstische beoordeling in lagere jurisprudentie, is het niet mogelijk rechtsnormen vast te stellen waaraan overheidsorganen zich dienen te houden om te komen tot één serieuze gegadigde. Het uitgangspunt dat overheidsorganen beleidsvrijheid toekomt bij het formuleren van selectiecriteria wordt in de lagere rechtspraak gevolgd. Daarbij worden de selectiecriteria mijns inziens terecht getoetst aan de abbb en het EVRM. Met het toepassen van selectiecriteria wordt immers gelijke behandeling beoogd.

Om te voldoen aan de uitgangspunten van de Hoge Raad ten aanzien van het bieden van mededingingsruimte en het selecteren van één serieuze gegadigde, ligt het voor de hand om bij het vaststellen van de toe te passen criteria het aanbestedingsrecht als inspiratie te gebruiken. Het gelijkheidsbeginsel geldt in het aanbestedingsrecht namelijk eveneens als basisbeginsel.¹⁶⁷ Overheidsorganen hebben mijns inziens nog alle ruimte om deze criteria naar eigen inzicht in te vullen. Niet alleen benadrukt de Hoge Raad in het Didam-arrest dat overheidsorganen beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van de te hanteren criteria, ook in de lagere rechtspraak wordt geoordeeld dat overheidsorganen die ruimte behouden. In de lagere rechtspraak zijn inmiddels veel verschillende door overheidsorganen gehanteerde selectiecriteria (positief) beoordeeld.

Overheidsorganen formuleren met name selectiecriteria om daarmee te sturen op het behalen van beleidsdoelstellingen en op de partij met wie ze daartoe een overeenkomst willen sluiten. Om de objectiviteit, toetsbaarheid en redelijk van de selectiecriteria te waarborgen, zouden de selectiecriteria mijns inziens expliciet gebaseerd moeten zijn op vastgesteld beleid en expliciet verbonden moeten zijn aan de beoogde functie voor een bepaalde locatie. Overheidsorganen mogen immers bepaalde functies toekennen aan die grondposities en daar een bijpassende partij bij zoeken. Daarmee behouden overheidsorganen de vrijheid om te sturen op beleidsdoelen, functies en samenwerkingspartijen.

Indien er naar oordeel van de rechter onjuiste criteria door het overheidsorgaan zijn gehanteerd, wordt geoordeeld tot een verbod om de verkoopprocedure met de geselecteerde partij te vervolgen en aan het overheidsorgaan opgelegd om alsnog een mededingingsprocedure te doorlopen op basis van juiste criteria.¹⁶⁸ Ik sluit mij aan bij het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland dat na Didam gesloten overeenkomsten gevoelig zijn voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Het al dan niet bewust handelen van partijen speelt daarbij mijns inziens terecht een belangrijke rol in de beoordeling of sprake is van strijd met de openbare orde.¹⁶⁹ Mijns inziens wisten of behoorden partijen te weten aan welke uitgangspunten zij zich te houden hadden bij de totstandkoming van een overeenkomst.

¹⁶⁷ Art. 1.12 Aanbestedingswet 2012.

¹⁶⁸ Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685.

¹⁶⁹ Rb. Midden-Nederland, 21 juli 2023 ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.

Hoewel in de lagere rechtspraak in sommige gevallen wordt geoordeeld tot vernietiging van overeenkomsten die zijn gesloten na Didam en waarbij geen mededingingsprocedure is georganiseerd, ontbreekt mijns inziens voor vernietigbaarheid een grondslag in artikel 3:40 BW.

Tot slot

De uitspraak van de Hoge Raad in het Didam-arrest leidt tot veel onduidelijkheid. Mijns inziens zal de Hoge Raad in het vervolg op het Didam-arrest moeten oordelen tot schadevergoeding voor de gepasseerde derde: Didam Have c.s. De Hoge Raad heeft mijns inziens voortbordurend op eerdere arresten het gelijkheidsbeginsel willen beschermen door te oordelen dat overheidsorganen ook bij privaatrechtelijk handelen gelijke kansen moeten bieden aan derden. Mijns inziens heeft de Hoge Raad niet de vernietiging van bestaande overeenkomsten beoogd.

Ten aanzien van een tweetal vraagstukken is snel duidelijkheid nodig. Allereerst zal de Hoge Raad richting moeten geven aan het proces dat overheidsorganen moeten inrichten om te komen tot één serieuze gegadigde. Hoewel de Hoge Raad in het Didam-arrest haar oordeel niet nadrukkelijk verbindt aan de Aanbestedingswet, worden met de uitgangspunten in het arrest wel degelijk hogere eisen gesteld aan overheidsorganen bij verkoop van onroerende zaken. Dat maakt dat overheidsorganen nu veelal kiezen voor zekerheid en zij uitgebreide procedures inrichten om te komen tot één serieuze gegadigde. Het is de vraag of dergelijke uitgebreide procedures wenselijk zijn in het kader van het algemeen belang. Ten tweede is het van belang dat de Hoge Raad duidelijkheid geeft over de uitzonderings situatie waarbij geen mededingingsprocedure doorlopen hoeft te worden. Daaruit zal moeten blijken hoeveel beleidsruimte daadwerkelijk toekomt aan overheidsorganen en in hoeverre overheidsorganen nog vrij zijn om beleid te kunnen voeren. Het is afwachten of en zo ja welke richting de Hoge Raad komend jaar kiest.

Literatuur

Addink 1999

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Wolters Kluwer 1999.

Asser/Sieburgh 6-III 2023

C.H. Sieburgh e.a., *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 6, Verbintenissenrecht, Deel III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Bartels 2022

S.E. Bartels. 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392, pp. 859-867.

Bartels, Van Mierlo en Ploegers 2022

S.E. Bartels, A.I.M. van Mierlo, H.D. Ploeger, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 3, Vermogensrecht algemeen, Deel IV, Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Bende & Reijnen 2023

M.N. Bende & T.F.H. Reijnen, 'Reactie op "Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?" van prof. mr. S.E. Bartels in *WPNR* 2022/7392', *WPNR* 2023/7405, p. 236.

Boogers 2014

R.J. Boogers, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheids-handelen', *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht*, nummer 4.

Boudesteijn 2022

M.J.E. Boudesteijn, 'Eerste uitspraak na het Didam-arrest', *BR* 2022/32, afl. 5.

Bovend'Eert e.a. 2018

P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet en Statuut; tekst & commentaar*. Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Ceelen 2023

M.A.E. Ceelen, 'Didam-arrest. Is een drempel voor de nietigheid van vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten te rechtvaardigen?' *RVR* 2023/37.

Den Uyl-Slagter & Wieland 2022

G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?', *BR* 2022/84.

Den Uyl-Slagter & Wieland 2022

G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, 'Twee jaar Didam-arrest: navigeren in woelig vaarwater', *BR* 2023/80.

Elbertsen, de Groot & de Vries 2022

S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. De Vries, 'Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest', *BR* 2022/7.

De Graaf e.a. 2019

K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1*, 6de druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019.

Haverkate & Brand 2022

I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, p. 8-9.

Haverkort & Ter Mors 2013

L. Haverkort en A. ter Mors, 'Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (deel I)', *BR* 2013/49.

Heeswijck 2013

A.J. van Heeswijck, 'Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures', *R&P nr. VG7*, 2013/3.4.2.

Heijnsbroek 2021

P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid*, Bouwrecht monografieën, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2021.

Heijnsbroek & Van Nouhuys 2022

P. Heijnsbroek & J.F. van Nouhuys, 'Commentaar bij het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021', *TA* 2022/1.

Hijma 2017

J. Hijma, 'Nieuw nulliteitenrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 10-17.

Hofman 2022

A.H.J. Hofman, 'Overzichtsannotatie: één jaar Didam-arrest', *AB* 2022/339.

Huijgen & Weijers 2022

W.G. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief', *JBN* 2022/9.

Huisman & Jak 2022

P.J. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter', *NTBR* 2022/24.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman, F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen, Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huisman, & van Ommeren 2015

P.J. Huisman, F.J. van Ommeren, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht. In Preadviezen 2015, overheidscontracten.* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Jak 2014

N. Jak, *'Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving, 3.'* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Jansen, Van Ommeren en Van Boom 2022

C. Jansen, F. van Ommeren & W. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746.

Jurgens-Boot 2022

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

Knook 2021

A.D.L. Knook, 'Moeten overheden bij grondverkoop een aanbesteding organiseren?', *TA* 2021/64.

Knook 2022

A. Knook, 'Een stappenplan na Didam', *O&A* 2022/58.

Kohlen, Wagemakers & Stainer 2023

J.I. Kohlen, S.A.J.C. Wagemakers & M. Stainer, 'De gevolgen van het Didam-arrest: is het stof dan eindelijk neergedaald?', *TA* 2023/54, p. 5-11.

Ortlep & Van Waarde 2021

R. Ortlep, & V.A. van Waarde, 'Artikel 3:14 BW: van iemand, via de overheid, naar uitsluitend het bestuursorgaan?', *RMThemis* 182(1), p. 34-37.

Thorborg & Van Triet 2023

N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', *NTBR* 2023/20, afl. 5.

Parlevliet, Knook & Boudesteijn 2022

W.H.E. Parlevliet, A.D.L. Knook & M.J.E. Boudesteijn, 'Gelijke kansen voor gronduitgifte door de overheid', *BR* 2022/25.

Ruygvoorn 2022

M.R. Ruygvoorn, 'De juridische consequenties van het Didam-arrest voor (nog) lopende precontractuele onderhandelingen', *MvV* 2022/9, p. 300–306.

Scheltema 2013

M.W. Scheltema, 'De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht', *MvV* 2013/7.

Scheltema 2022

M. Scheltema, '*IKON. Beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen*', AB Klassiek, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 183-184.

Scheltema & Scheltema 2004

M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'De verhouding tussen publiek- en privaatrecht', *NJB* 2004/15.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijders 2016

G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel*, Serie: Monografieën BW, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Terlien 2022

T.A. Terlien, 'Overzicht civiele rechtspraak na het Didam-arrest: tekenen de eerste contouren zich af?', *BR* 2022/62.

Terlien 2023

T.A. Terlien, 'Didam-arrest, bekendmaking, verkoop en levering gemeentegrond, openbare selectieprocedure, serieuze gegadigde, gelijkheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, nietigheid.' *BR* 2023/16.

Tjittes 2018

R.J. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

Van der Sanden 2017

C.A.H. van de Sanden, 'Gelijkheidsbeginsel. Transparantieverplichting. Verdeling schaarse vergunningen. Gemeentelijke verordening.' *BR* 2017/5.

Van Wechem & Rinkes 2022

T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946.

Van Wijk e.a. 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van der Werf 2021

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

Verstappen 2022

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

Zijlstra 2022

S.E. Zijlstra, 'Didam en de wetgever', *NTB* 2023/1.

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie, 25 maart 2010, C-451/08.

Hof van Justitie, 30 september 2003, C-224/01.

Raad van State

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

ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

ABRvS 18 januari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:86.

ABRvS 11 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2310.

ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 5 januari 1988, AB 1988/252-254

CRvB 7 december 1988, AB 1989/10

Hoge Raad

Hoge Raad van 12 januari 1923, NJ 1923/307.

Hoge Raad van 4 januari 1963, NJ 1964/202 en 204.

Hoge Raad van 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789.

Hoge Raad van 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

Hoge Raad van 24 april 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4180.

Hoge Raad van 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.

Hoge Raad van 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315.

Hoge Raad van 15 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0176.

Hoge Raad van 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315.
Hoge Raad van 21 februari 1992, ECLI:NL:PHR:1992:19.
Hoge Raad van 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582.
Hoge Raad van 17 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5505.
Hoge Raad van 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540.
Hoge Raad van 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655.
Hoge Raad van 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC4289.
Hoge Raad van 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288.
Hoge Raad van 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756.
Hoge Raad van 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826.
Hoge Raad van 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879
Hoge Raad van 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.
Hoge Raad van 30 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312.
Hoge Raad 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717.
Hoge Raad van 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609.
Hoge Raad van 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.
Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.
Hoge Raad van 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434.
Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GDHA:2013:BZ2014.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.
Gerechtshof Den Haag, 28 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2252.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 5 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10355.

Rechtbanken

Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ0504.
Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.
Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGTEAM:2022:7.
Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.
Rechtbank Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618.
Rechtbank Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.
Rechtbank Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.
Rechtbank Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046
Rechtbank Gelderland 28 augustus 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5141
Rechtbank Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584
Rechtbank Rotterdam, 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887
Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10163
Rechtbank Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333
Rechtbank Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916.

Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.
Rechtbank Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170
Rechtbank Midden-Nederland 24 mei 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2418.
Rechtbank Noord-Nederland 21 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3037.
Rechtbank Rotterdam, 7 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8254.
Rechtbank Rotterdam, 22 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9115.
Rechtbank Den Haag, 3 oktober 2023 ECLI:NL:RBDHA:2023:14892.
Rechtbank Den Haag, 4 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:15640.
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147.
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7144.
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7207.
Rechtbank Rotterdam, 17 november 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10808.
Rechtbank Midden-Nederland, 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6121.
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 23 november 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:8185.
Rechtbank Rotterdam 24 november 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10995.
Rechtbank Midden-Nederland 15 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6782.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1981/82, 17496, nr. 3, p.12.
Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 59-60.
