

Als er één schaap over de Didam is, volgt er dan meer rechtspraak?

*Een onderzoek naar de reikwijdte van het Didam-arrest in actuele rechtspraak en de gevolgen
voor overeenkomsten gesloten vóór dit arrest van 26 november 2021*

Tilburg University

Masterthesis

Commerciële Rechtspraktijk: Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht 650199-M-12
Collegejaar 2022 – 2023

Student

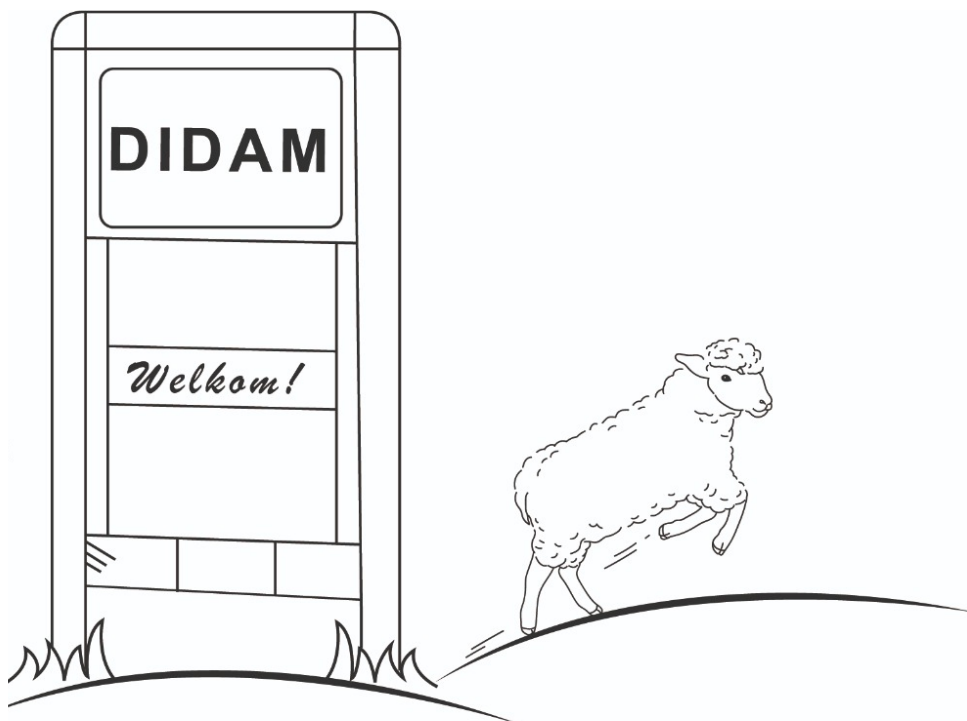
R. Verhoeven (2013737)

Begeleidingsdocent

H.J.M. Berendschot

Tweede lezer

Dag en tijdstip afsluitend examen



Inhoudsopgave

Dankwoord 4

Hoofdstuk 1. Inleiding 5

- 1.1 Inleiding 5
- 1.2 Probleemanalyse 6
- 1.3 Probleemstelling 8
 - 1.3.1 Hoofdvraag 8
 - 1.3.2 Deelvragen 8
- 1.4 Conceptualisering 9
- 1.5 Relevantie 10
 - 1.5.1 Maatschappelijke relevantie 10
 - 1.5.2 Wetenschappelijke relevantie 11
- 1.6 Methode 12
- 1.7 Leeswijzer 14

Hoofdstuk 2. Juridisch kader van het Didam-arrest 15

- 2.1 Inleiding 15
- 2.2 Het Didam-arrest 15
 - 2.2.1 De feiten 16
 - 2.2.2 Eerste aanleg 16
 - 2.2.3 Hoger beroep 17
 - 2.2.4 Cassatie 17
- 2.3 Partijverhoudingen 19
 - 2.3.1 Verbintenisrechtelijke relaties in het Didam-arrest 19
 - 2.3.2 Contractsvrijheid 21
- 2.4 Deelconclusie 22

Hoofdstuk 3. Overgangsrecht 24

- 3.1 Inleiding 24
- 3.2 Overgangsrecht in een algemeen kader 24
 - 3.2.1 Wat is overgangsrecht? 24

- 3.2.2 Typen overgangsrecht 25
- 3.2.3 Algemene uitgangspunten van het overgangsrecht 25
- 3.3 Overgangsrecht en het Didam-arrest 26
 - 3.3.1 De moderne leer 27
 - 3.3.2 De klassieke leer 29
- 3.4 Rechtsonzekerheid door het Didam-arrest 30
- 3.5 Deelconclusie 32

Hoofdstuk 4. Rechtsgevolgen voor gesloten overeenkomsten 33

- 4.1 Inleiding 33
- 4.2 Instandhouding versus aantasting van de overeenkomst 33
 - 4.2.1 Vertrouwensbeginsel weegt zwaarder 34
 - 4.2.2 Gelijkheidsbeginsel weegt zwaarder 37
 - 4.2.3 Belangenafweging: vertrouwensbeginsel versus gelijkheidsbeginsel 41
- 4.3 Rechtsgevolgen bij aantasting van de overeenkomst 43
- 4.4 Nietig(heid) 44
 - 4.4.1 Wel nietig 45
 - 4.4.2 Niet nietig 47
- 4.5 Vernietigbaar(heid) 49
 - 4.5.1 Wel vernietigbaar 49
 - 4.5.2 Niet vernietigbaar 51
- 4.6 Schadeplichtig(heid) 52
- 4.7 Deelconclusie 55

Hoofdstuk 5. Conclusie 56

Literatuurlijst 59

Dankwoord

Het dankwoord is niet verplicht voor de masterthesis. Maar waarom niet? We mogen elkaar wel wat meer bedanken en complimenteren. Over het algemeen lijkt de mens te weinig complimenten te krijgen en te weinig dank te uiten. En als we dan een compliment krijgen, dan vinden we dat ongemakkelijk om te ontvangen. Best gek eigenlijk, toch? Geef eens wat vaker een compliment. Het is tenslotte gratis. Misschien leren we het dan ook beter te ontvangen. Op die noot wil ik graag de tijd en de ruimte nemen om enkele mensen te bedanken. Allereerst wil ik mij graag wenden tot mijn begeleidingsdocent meneer Berendschot. Bedankt voor uw begeleiding van de afgelopen maanden en dat u na lang twijfelen mij mijn eigen gekozen onderwerp liet onderzoeken. Goed dat studenten nog steeds de vrijheid krijgen om hun eigen creativiteit te gebruiken. With freedom comes responsibility.¹ Daarnaast wil ik graag Stijn Berns, Ilze Bottram, Miranda Jacobs, Michelle Latour, Martine van Neer, en in het bijzonder H  l  ne Schepens bedanken voor het meedenken. H  l  ne, bedankt voor je feedback (en feedforward). Bedankt voor de sparmomentjes toen ik door de Didam-bomen (lees: de vele Didam-uitspraken) het bos niet meer zag. Erg waardevol. Voor mij als onderzoeker, voor mij als auteur, voor mij als jurist en voor mij als persoon. Ik wil graag Jochem Berns bedanken voor het wijzen op enkele relevante bronnen. Dan rest mij nog om vrienden en familie te bedanken voor onvoorwaardelijkheid dat zich uit in steun, liefde en begrip. Sverre, bedankt voor de schrijfsessies via Microsoft Teams. Jij hield mij op minder gemotiveerde dagen gemotiveerd. Demi, bedankt voor het maken van de illustratie op het voorblad. Aan u, de (tweede) lezer, veel leesplezier toegewenst en bedankt voor het nemen van de tijd en moeite om mijn masterthesis te lezen!

Romy Verhoeven

Dongen, mei 2023

¹ Speech van Eleanor Roosevelt, als afgevaardigde van de Verenigde Naties in 1946.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Inleiding

Gemeenten hebben in ons land een interessante rechtspositie. Zij kunnen zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk optreden.² Zo kunnen gemeenten bijvoorbeeld een vergunning verstrekken, hetgeen zij publiekrechtelijk doen. Een gemeente kan ook stukken grond verkopen aan rechtspersonen of particulieren. Dit doet zij in beginsel vanuit haar privaatrechtelijke rol.³ De grens tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk optreden is dun en soms vindt er vermenging plaats.⁴ Een gemeente is een bestuursorgaan⁵ en dient daarom óók als zij privaatrechtelijk handelt, te handelen conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶

Op 26 november 2021 is door de Hoge Raad het Didam-arrest gewezen waarin, samengevat, is geoordeeld dat de overheid bij gronduitgifte gelijke kansen aan potentiële gegadigden dient te bieden.⁷ Waar het zogenoemde Helmut Müller-arrest tot 26 november 2021 het toetsingskader was voor overheden om te bezien of zij onroerende zaken, zonder aanbestedingsplicht, één-op-één mochten verkopen, heeft de Hoge Raad daar verandering in gebracht met het Didam-arrest.⁸ Overheden kunnen hierdoor onroerende zaken niet langer uitsluitend aan één partij verkopen, tenzij redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze partij in aanmerking komt voor de onroerende zaak.⁹ Mochten er meerdere serieuze gegadigden zijn, dan dient het overheidslichaam in een openbare selectieprocedure aan alle gegadigden ruimte te bieden om mee te dingen. Het overheidslichaam geniet hiertoe nog steeds beleidsruimte, maar moet daarbinnen criteria opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.¹⁰ Die

² HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*).

³ Op grond van artikel 2:1 jo. artikel 2:5 Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen overheden deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.

⁴ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Windmill*).

⁵ Op grond van artikel 1:3 Algemene Wet Bestuursrecht (Awb).

⁶ Op grond van artikel 3:14 BW en vaste rechtspraak sinds HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*) moet een overheidslichaam immers bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.

⁷ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*).

⁸ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

⁹ 'Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019. Een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden', Bouwend Nederland, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, NEPROM & VNG, neprom.nl, september 2019.

¹⁰ Fokkema 2022b, p. 27.

criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Welke invulling exact aan deze criteria moet worden gegeven, heeft de Hoge Raad grotendeels overgelaten aan de praktijk. Wat wel helder blijkt uit het Didam-arrest, is dat overheden bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dienen te nemen. Hieronder vielen in het Didam-arrest het ‘gelijkheidsbeginsel’ en het ‘transparantiebeginsel.’¹¹ Ten eerste opereert een overheidslichaam volgens de standaarden van het gelijkheidsbeginsel door het organiseren van een openbare selectieprocedure, waarbij alle serieuze gegadigden zich kunnen melden om kans te maken op de desbetreffende onroerende zaak. Ten tweede blijkt uit het arrest dat er in het kader van het transparantiebeginsel meer openbaarheid van een overheidslichaam wordt verlangd. Een overheidslichaam dient zich volgens het arrest te houden aan de ‘publicatieplicht’, dat wil zeggen dat zij elk voornemen tot gronduitgifte voortaan openbaar moet publiceren.¹²

Een beginsel dat niet in het arrest werd genoemd, maar wat van belang is, zo zal blijken, is het ‘vertrouwensbeginsel’. Een gemeente kan in vergevorderde onderhandelingen namelijk toezeggingen hebben gedaan aan een partij of zelfs een overeenkomst hebben gesloten en dient zich daar dan aan te conformeren. Vóór het Didam-arrest was het in Nederland gebruikelijk voor gemeenten om, indien er geen sprake was van een aanbestedingsplicht, één-op-één onroerende zaken te vervreemden, waarbij ze overeenkomsten sloten, zonder dit te publiceren en/of zonder andere gegadigden een kans te geven om ook die onroerende zaken te bemachtigen. Na het Didam-arrest is de vraag gerezen wat er nu moet gebeuren met die overeenkomsten die al gesloten waren vóór 26 november 2021, maar eigenlijk tegen het Didam-arrest en daarmee tegen de hiervoor genoemde beginselen indruisen. Over deze vraag gaat deze masterthesis.

1.2 Probleemanalyse

In de praktijk en uit de literatuur blijkt dat het Didam-arrest voor enige opschudding heeft gezorgd.¹³ Zo stelt Terlien dat het Didam-arrest in de praktijk, zowel bij overheden als bij

¹¹ Terlien 2022, p. 344.

¹² ‘Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, volkshuisvestingnederland.nl, 10 januari 2022.

¹³ Robbe 2022, p. 352.

marktpartijen, tot veel onduidelijkheid en vragen heeft geleid.¹⁴ Deze onduidelijkheid zou kunnen worden verklaard door de magere toelichting van de Hoge Raad bij het arrest. Elbertsen, De Groot en De Vries geven aan dat ze het opvallend vinden dat de Hoge Raad nauwelijks toelicht waarom tot dit oordeel is gekomen.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde namelijk contrair aan de conclusie van procureur-generaal F.F. Lagemeijer (hierna: P-G). De P-G duidde dat de positie van de overheid op de vrije markt (privaatrechtelijk handelen) verschilt van die in het publieke domein.¹⁶ De P-G stelde dat een gemeente bij de verkoop geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent en dat niet is gebleken dat een gemeente, door gebruik te maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheid, de regels van publiekrecht omzeilt. De P-G concludeerde dat de voorgenomen verkoop van een perceel grond door de gemeente Montferland niet in strijd was met de in het bestuursrecht ontwikkelde ‘mededigingsnorm’ en ‘transparantienorm’.¹⁷

Ook Lucassen stelt dat het arrest veel onrust heeft veroorzaakt.¹⁸ Hij schreef dat het direct duidelijk was dat de precieze reikwijdte van het arrest zich in de jurisprudentie zal moeten uitkristalliseren. Zowel de inkleuring van het arrest zelf als de gevolgen van het arrest. Elbertsen, De Groot en De Vries betogen dat het arrest aanzienlijke gevolgen zal hebben voor de praktijk.¹⁹ Eén van die gevolgen volgens hen is dat de regels (lees: de beginselen) die volgen uit het Didam-arrest geacht moeten worden ook al te hebben gegolden vóór de uitspraak van de Hoge Raad van 26 november 2021. Dus ook al ten tijde van reeds vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten.

Zoals gesteld in de inleiding dient een gemeente zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en is bij het Didam-arrest het gelijkheidsbeginsel aan de orde. Bij het sluiten van overeenkomsten is ook het vertrouwensbeginsel relevant. De partij waarmee de overeenkomst gesloten is, moet gelet op dit beginsel kunnen vertrouwen op nakoming van de overeenkomst. Bij een botsing tussen deze twee beginselen ontstaat een belangenafweging. Zo kan men zich afvragen of het *pacta sunt servanda* prevaleert, waarbij een gemeente de

¹⁴ Terlien 2022, p. 344.

¹⁵ Elbertsen, De Groot & De Vries 2022, p. 41.

¹⁶ Concl. A-G F.F. Lagemeijer 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243 (*Didam*), r.o. 2.41.

¹⁷ Concl. A-G F.F. Lagemeijer 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243 (*Didam*), r.o. 2.41-2.42.

¹⁸ Lucassen 2022, p. 12.

¹⁹ Elbertsen, De Groot & De Vries 2022, p. 41.

overeenkomst moet nakomen op basis van het ontstane vertrouwen of dat een gemeente het gelijkheidsbeginsel dient te honoreren door (alsnog) een openbare selectieprocedure te starten. Het is begrijpelijk als gemeenten bij twijfel het zekere voor het onzekere nemen en conform het Didam-arrest (alsnog) een openbare selectieprocedure uitschrijven. Wellicht biedt het Didam-arrest gemeenten de mogelijkheid om zo onder een gesloten overeenkomst uit te komen. Een marktpartij of particulier waarmee de overeenkomst gesloten is, zit dan echter met lege handen. Bovendien kunnen er intussen investeringskosten zijn gemaakt. Wellicht onderzoekt deze partij of er mogelijkheden zijn, waarbij gemeenten schadeplichtig kunnen worden gesteld.

In deze masterthesis wordt antwoord gegeven op de zojuist geschetste kwesties en consequenties van het Didam-arrest voor overeenkomsten gesloten vóór het arrest. Zo is er onderzocht of de Hoge Raad inmiddels (anderhalf jaar verder) het leerstuk verder heeft uitgekristalliseerd in nieuwe rechtspraak.

1.3 Probleemstelling

1.3.1 Hoofdvraag

Wat is de reikwijdte van het Didam-arrest en wat zijn de contractrechtelijke gevolgen voor overeenkomsten die gesloten zijn vóór het gewezen arrest van 26 november 2021?

1.3.2 Deelvragen

Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest en hoe verhouden de partijen in het arrest zich verbintenisrechtelijk tot elkaar?

Met de eerste deelvraag wordt in het tweede hoofdstuk het juridisch kader verder uiteengezet. Hierbij zal ook uitdrukkelijk worden ingegaan op de diverse partijen in het arrest en hoe zij zich onderling tot elkaar verhouden. De betrokken actoren zijn de gemeente Montferland, de koper (COOP) en de derde partij (Albert Heijn).

Wat is er bepaald ten aanzien van het overgangsrecht in het kader van het Didam-arrest en wat zijn hier de gevolgen en implicaties van?

In het Didam-arrest zelf stelt de rechter dat het gelijkheidsbeginsel altijd al heeft gegolden, ook voor het arrest. Mogelijk is er dan sprake van terugwerkende kracht. In het recht betreft dit het

leerstuk van het overgangsrecht. In het derde hoofdstuk wordt toegelicht wat dat inhoudt en hoe het overgangsrecht specifiek voor het Didam-arrest geregeld is.

Hoe is het verbintenrechtelijke leerstuk omtrent overeenkomsten gesloten vóór 26 november 2021 verder ingekleurd in de rechtspraak na het Didam-arrest?

In het vierde hoofdstuk wordt aan de hand van de derde deelvraag dieper ingegaan op de (rechts)gevolgen voor reeds gesloten overeenkomsten en de eventuele schadeplichtigheid van gemeenten in verband met het Didam-arrest.

1.4 Conceptualisering

In deze masterthesis staan verschillende begrippen centraal. Drie begrippen die nadere duiding behoeven zijn: overheidslichaam, gronduitgifte en overeenkomst.

Ten eerste wordt in het Didam-arrest gesproken over een overheidslichaam. Wie daarmee bedoeld wordt, is niet volstrekt helder. In de praktijk wordt gesproken over alle lichamen en bestuursorganen die bij privaatrechtelijk handelen zijn gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁰ In ieder geval zijn dat de a-organen (artikel 1:1 lid 1 sub a Awb, bijvoorbeeld een gemeente), maar b-organen (artikel 1:1 lid 1 sub b Awb) zijn ook denkbaar, mits zij bekleed zijn met enig openbaar gezag en zijn onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, al dan niet via reflexwerking.²¹ De exacte omvang van het begrip overheidslichaam, en dus voor wie de regels uit het Didam-arrest gelden, zal in de praktijk nog moeten blijken. Specifiek voor deze masterthesis wordt er met overheid of overheidslichaam bedoeld op een (Nederlandse) gemeente, zoals gedefinieerd in de Gemeentewet. In het Didam-arrest zelf was er een geschil tussen eiser en de gemeente Montferland. Deze masterthesis beperkt zich niet tot een specifieke gemeente, maar behelst een gemeente in algemene zin. In deze masterthesis ligt daarnaast de nadruk op de privaatrechtelijke rol van een gemeente, omdat het arrest betrekking heeft op gronduitgifte door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten. Ten tweede wordt gronduitgifte van onroerende zaken ruim uitgelegd. Met gronduitgifte wordt bedoeld op de uitgifte c.q. vervreemding, onder andere de verkoop, verpachting, ingebruikgeving

²⁰ Schlössels, Hermans & Theunisse 2022, p. 572.

²¹ 'Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededigingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden', houthoff.com, 26 januari 2022.

en verhuur van onroerende zaken. Onroerende zaken, gedefinieerd in artikel 3:3 BW, dienen in deze masterthesis eveneens ruim te worden uitgelegd. Hieronder vallen onder andere percelen (agrarische) grond, maar ook gebouwen zoals woningen.

Een derde begrip is de (privaatrechtelijke) overeenkomst. Een overeenkomst is een, vaak schriftelijke, afspraak tussen twee of meer partijen, zoals vastgelegd in Boek 3, 6 (o.a. artikel 217) en Boek 7 (voornamelijk titel 1) van het Burgerlijk Wetboek. De afspraak in het arrest behelst een onroerende zaak (een perceel grond). In het arrest zijn de partijen aan de ene kant de gemeente Montferland en aan de andere kant een vastgoedbedrijf. De wederpartij kan in Didam-kwesties ook een ontwikkelaar c.q. marktpartij (zoals woningcorporaties) of een particulier zijn. Omdat de afspraak gaat om een onroerende zaak betreft het geen consumentenkoop. Het deel van Boek 7 dat het consumentenrecht behelst, is dan ook niet van toepassing.

Het Didam-arrest betrof gronduitgifte door de gemeente Montferland aan de hand van een privaatrechtelijke overeenkomst. Dat sprake is van een ruime uitleg van ‘een overeenkomst’, bevestigde het Gerecht in eerste aanleg te Sint Maarten op 28 januari 2022 bij een uitgifte in erfpacht.²² Ook bij erfpacht diende de ‘Didam-maatstaf’ te worden gehanteerd. De reikwijdte van het Didam-arrest is derhalve breed en onder een privaatrechtelijke overeenkomst vallen zowel erfpacht-, pacht-, huur- en (ver)koopovereenkomsten.

1.5 Relevantie

1.5.1 Maatschappelijke relevantie

Het Didam-arrest deed eind 2021 flink wat stof opwaaien in de wereld van gebiedsontwikkeling.²³ Er werd gevreesd dat het arrest gebiedsontwikkelingen zoals woningbouw in Nederland zou vertragen en blokkeren, wat onder andere het halen van woningbouwambities zou bemoeilijken. In de huidige tijd waarin er een schrijnend tekort is aan woningen is dat ondenkbaar. Minister De Jonge (volkshuisvesting en ruimtelijke ordening) wil het mogelijk maken dat in 2030 zo’n 900.000 woningen zijn gebouwd, waarbij ook de sociale

²² Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGHAM:2022:7 (*Eisers sub 1-7/het land Sint Maarten*), r.o. 4.27.

²³ Baggerman 2022.

huurwoningen beter over de gemeenten zijn verdeeld.²⁴ Voor zowel woningbouwcorporaties, als particulieren, als gemeenten, is het zaak om meer duidelijkheid te krijgen over de wijze waarop gemeenten gronduitgifte mogen c.q. moeten organiseren als dit ambitieuze doel bereikt moet worden.

1.5.2 Wetenschappelijke relevantie

Het Didam-arrest is inmiddels anderhalf jaar oud en heeft al behoorlijk wat literatuur teweeg gebracht. Er zijn genoeg auteurs die de rechtspraak nauw op de voet volgen en hierover publiceren. Zo ook Fokkema die thans drie keer een ‘gerechtelijke tussenstand’ heeft gepubliceerd in het tijdschrift *Grondzaken en Gebiedsontwikkeling*.²⁵ Niet alleen juridische auteurs zijn actief gaan schrijven, ook de overheid heeft niet stilgezeten. Zo heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gepoogd om meer duidelijkheid te scheppen door een Factsheet omtrent de uitgifte van onroerende zaken te publiceren.²⁶ Ondanks dat de meest voorkomende vragen worden beantwoord, is er in de praktijk onverkort behoefte aan nadere duiding en invulling van de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten. Om meer kaders te scheppen heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties samen met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de Vereniging van Grondbedrijven en de NEPROM aan een praktische handleiding gewerkt, waarin richtlijnen wordt gegeven voor gemeenten hoe ze in hun beleid en uitvoering invulling kunnen geven aan het arrest.²⁷ Daarnaast heeft minister De Jonge namens datzelfde ministerie in juni 2022 nog een officiële brief naar buiten gebracht met informatie voor gemeenten over implementatie van het Didam-arrest in hun beleid.²⁸ In zijn brief, evenals de literatuur, wordt herhaaldelijk aangekaart dat er nog steeds meer uit de jurisprudentie moet gaan blijken. Concluderend spant de overheid zich flink in, maar ligt de bal nu bij de rechtspraak om meer duidelijkheid te scheppen.

²⁴ *Kamerstukken II 2022/23*, 32847, nr. 973, p.1.

²⁵ Fokkema 2022c, Fokkema 2022b en Fokkema 2023a.

²⁶ ‘Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, volkshuisvestingnederland.nl, 10 januari 2022.

²⁷ ‘Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte) beleid ten behoeve van vastgoed en gebiedsontwikkeling’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Neprom, VNG & VvG, vng.nl, 7 november 2022.

²⁸ *Kamerstukken I 2021/22*, 35578, nr. M.

Ondanks de bewegingen van het kabinet, blijft er zodoende een hoop onzekerheid in de praktijk. Er blijft daarnaast, mede door de magere toelichting in het arrest, een stormvloed aan nieuwe uitspraken komen. En voorlopig zal die stroom nog niet opdrogen.²⁹ Wat nog mist, is een overzichtelijk onderzoek naar de reikwijdte en de gevolgen van het Didam-arrest in relatie tot de gevolgen voor reeds gesloten overeenkomsten.

1.6 Methode

Er is gekozen voor een juridisch-doctrinair onderzoek, omdat deze masterscriptie gericht is op het in kaart brengen van het geldende recht. Zo is er gepoogd om verheldering te geven over de (rechts)gevolgen van het Didam-arrest. Het doel van de hoofdvraag is beschrijvend, omdat het juridisch kader uiteen is gezet en er een analyse is gegeven van de reikwijdte van het arrest en de (rechts)gevolgen daarvan voor overeenkomsten. Alle deelvragen zijn net als de onderzoeksvraag beschrijvend. Met beschrijvend wordt echter niet alleen bedoeld op het samenvatten van bestaande publicaties en het geldende recht, maar ook op het leggen van verbanden, het schematiseren van de gevonden conclusies, het aankaarten van discrepanties en het categoriseren van uitspraken. Zo is er bijvoorbeeld in het vierde hoofdstuk gezocht naar overeenkomsten tussen uitspraken en wordt daarbij geëxploreerd of er een patroon te vinden is, in het geval dat de rechter meer gewicht toegekend aan het vertrouwensbeginsel en wanneer de rechter juist het gelijkheidsbeginsel zwaarder vindt wegen.

De deelvragen zijn beantwoord door middel van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Een groot deel van deze masterthesis behelst de bestudering van rechtspraak. Dit is voornamelijk relevant voor het tweede hoofdstuk (eerste deelvraag), waarin het juridisch kader van het Didam-arrest uiteen is gezet en het vierde hoofdstuk (derde deelvraag), dat de gewezen uitspraken van de afgelopen maanden analyseert. Voor het jurisprudentieonderzoek is er op rechtspraak.nl gezocht op de volgende term: ‘Didam-arrest’. Dit heeft met enkele filters, waaronder: ‘Datum uitspraak: ander datumbereik, van 26-11-2021 tot de dag zelf waarop gezocht werd’³⁰, de filter ‘Uitspraak’ en de filter ‘Civiel recht’, op 19 oktober 2022 geleid tot

²⁹ Fokkema 2022b, p. 31.

³⁰ Bijvoorbeeld als er op 10 april 2023 werd gezocht naar jurisprudentie, dan was de filter ‘Datum uitspraak: ander datumbereik, van 26-11-2021 tot 10-04-2023’.

zeventien hits, op 1 december 2022 tot drieëntwintig hits en op 15 april 2023 tot achtenveertig hits.³¹ Zowel arresten van de Hoge Raad en het Gerechtshof als uitspraken van lagere rechtbanken zijn geanalyseerd. Er is voor gekozen om geen bestuursrecht te analyseren, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (nog altijd) geen consequenties verbindt aan een schending van het Didam-arrest.³² De civiele rechter doet dat nadrukkelijk wel, wat relevant is voor de praktijk van de gebiedsontwikkeling.

Voor elk hoofdstuk afzonderlijk zijn er binnen die zojuist genoemde filters additionele zoektermen gebruikt om efficiënter en effectiever te werk te gaan, dit betreft:

- voor hoofdstuk twee: ‘contractsvrijheid’;
- voor hoofdstuk drie: ‘terugwerkende kracht’;
- voor hoofdstuk vier (afzonderlijk): ‘vertrouwensbeginsel’, ‘nietig’, ‘vernietigbaarheid’, ‘gekwalficeerde schending’ en ‘onrechtmatig’.

De jurisprudentie is daarnaast wekelijks gevolgd en opgeslagen in een database, waardoor er (bijna) elke week aanvullingen waren op het jurisprudentieonderzoek. Zoals ook al blijkt uit het feit dat er tussen 1 december 2022 en 15 april 2023 vijftwintig nieuwe uitspraken zijn geweest (binnen de gebruikte filters). Dat zijn gemiddeld zes nieuwe uitspraken per maand. Dit maakt deze masterthesis ontzettend actueel.

Daarnaast is er ook literatuuronderzoek gedaan. Er is van verschillende bronnen gebruik gemaakt, zoals het Tijdschrift voor Bouwrecht en het Tijdschrift voor Agrarisch Recht. Niet alleen wetenschappelijke artikelen zijn gebruikt voor dit onderzoek, maar ook nieuwsartikelen, Kamerstukken en online blogs zijn geraadpleegd. Omdat het Didam-arrest erg leeft in ‘gemeenteland’, heeft de overheid meerdere stukken gepubliceerd, waaronder de eerdergenoemde brief van minister De Jonge en de Factsheet. Ook de eerder genoemde

³¹ De verklaring van deze data: 19 oktober 2022 was aan het begin van het onderzoek (tijdens het schrijven van de onderzoeksopzet), 1 december 2022 was toen de herkansing van de onderzoeksopzet werd afgerond en 15 april 2023 is de datum waarop het gehele jurisprudentieonderzoek is afgerond, aldus de laatste dag waarop de toendertijd gepubliceerde uitspraken nog mee zijn genomen in deze masterthesis. Uitspraken (gepubliceerd) na 15 april 2023 zijn dus niet meer meegenomen in deze masterthesis. Voor deze datum is gekozen, omdat het exact één maand voor de inleverdatum voor de eindversie van deze masterthesis is.

³² Zie bijvoorbeeld: ABRvS 5 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2865 (*Ongewenstverklaring*).

handreiking (gelanceerd op 22 november 2022) is verwerkt in deze masterthesis. Voor het juridisch kader zijn tevens de Gemeentewet, het Burgerlijk Wetboek, de Algemene Wet Bestuursrecht en de Aanbestedingswet 2012 geraadpleegd, al ligt de focus op de rechtspraak en de wetenschappelijke literatuur.

1.7 Leeswijzer

Het doel van deze masterthesis is om, op basis van de literatuur en rechtspraak, verduidelijking te schetsen over het verbintenisrechtelijke leerstuk omtrent privaatrechtelijke overeenkomsten die vóór het Didam-arrest gesloten zijn door gemeenten in het kader van gronduitgifte. In deze masterthesis is in hoofdstuk twee dieper in het arrest gedoken door een uiteenzetting van de feiten en de gerechtelijke procedure weer te geven. In het derde hoofdstuk is ingaan op het overgangsrecht en hoe dat exact voor het Didam-arrest zijn werking vindt. In het vierde hoofdstuk worden de (rechts)gevolgen voor gesloten overeenkomsten in de situatie na het gewezen arrest besproken. Hierbij zijn de recente ontwikkelingen onder de loep genomen. In het vijfde hoofdstuk is, ten slotte, een conclusie geschreven naar aanleiding van alle ondervindingen uit hoofdstuk twee tot en met vier. Het arrest is inmiddels bijna anderhalf jaar oud en er komen nog steeds wekelijks nieuwe uitspraken bij, volgend op het Didam-arrest. Onderzocht is of de rechtspraak inmiddels meer handvatten geeft voor de praktijk.

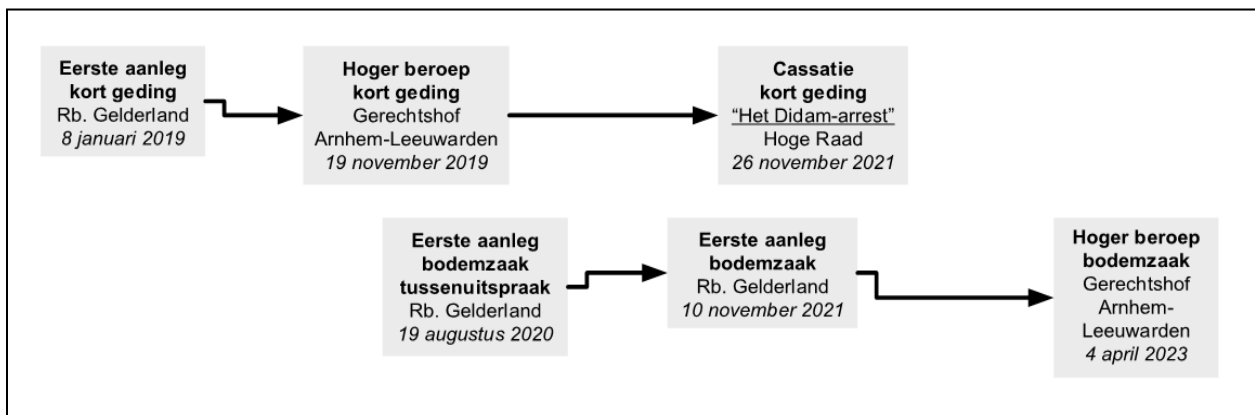
Hoofdstuk 2. Juridisch kader van het Didam-arrest

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag ‘*Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest en hoe verhouden de partijen in het arrest zich verbintenisrechtelijk tot elkaar?*’ besproken. Zo wordt het juridisch kader verder uiteengezet en wordt er ingegaan op de diverse partijen en hoe zij zich, verbintenisrechtelijk gezien, onderling tot elkaar verhouden. In het Didam-arrest zijn de betrokken actoren: de gemeente Montferland als verkoper, COOP als koper en Albert Heijn als derde. In dit hoofdstuk wordt eerst dieper ingegaan op de feiten van het Didam-arrest. Vervolgens komt de gerechtelijke procedure in kort geding ter sprake en ten slotte worden de partijverhoudingen aangestipt.

2.2 Het Didam-arrest

Het Didam-arrest betrof het cassatieberoep in kort geding. Op het moment dat de Hoge Raad zijn arrest in het kort geding wees, was al een bodemprocedure aanhangig.³³ Deze twee procedures lopen dus parallel aan elkaar. De bodemzaak is inmiddels ook in hoger beroep behandeld op 4 april 2023.³⁴ In hoofdstuk twee wordt enkel de gerechtelijke procedure van het kort geding besproken.³⁵ De Didam-kwestie uit zich schematisch als volgt:



Afbeelding 1. Tijdspad kort-geding-procedure en bodemprocedure Didam-kwestie

³³ Lucassen 2023.

³⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

³⁵ Hiervoor is gekozen, omdat ‘Het Didam-arrest’ het cassatieberoep in kort geding omvat. Daarnaast behelst de eerste aanleg van de bodemzaak hetzelfde feitencomplex als het kort geding en wordt het hoger beroep van de bodemzaak al in hoofdstuk 4 besproken.

2.2.1 De feiten

De gemeente Montferland (voor dit hoofdstuk hierna: de gemeente) is eigenaar van het oude gemeentehuis in het dorpscentrum van Didam. Dit pand moest de nieuwe locatie van COOP worden, maar supermarktconcern Albert Heijn, gevestigd buiten het dorpscentrum, had ook wel oren naar die locatie. Dit heeft Albert Heijn ook te kennen gegeven aan de gemeente. De gemeente was voornemens om het dorpscentrum van Didam te herontwikkelen. Op 26 mei 2016 is, ten behoeve van deze ontwikkeling, het Masterplan Didam vastgesteld.³⁶ In 2016 en 2018 hebben er gesprekken plaatsgevonden tussen Albert Heijn en de gemeente. De wethouder heeft toen aangegeven dat de oude gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop is, maar samenhangt met de gehele herontwikkeling van het dorpscentrum.

Albert Heijn heeft per 7 augustus 2018 een brief verstuurd aan de gemeente, waarin zij stelt dat het Masterplan tot stand is gekomen zonder dat zij hierbij betrokken is. Daarbij is zij ook niet in kennis gesteld van de onderhandse onderhandelingen die plaatsvonden tussen de gemeente en COOP. In die onderhandelingen is het streven bekend gemaakt dat COOP zich zou gaan vestigen op de gemeentehuislocatie, ondanks dat COOP zich al bevindt in het dorpscentrum. Albert Heijn stelt dat dit intransparant is, omdat het zo onduidelijk is of de grond conform de marktprijs wordt verkocht aan COOP. Albert Heijn beargumenteert samengevat, dat deze onderhandse toekenning in strijd is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Albert Heijn eist dat de onderhandelingen tussen COOP en de gemeente worden gestaakt en dat er een openbare biedprocedure wordt gestart. De gemeente gaat hier niet op in, waarop Albert Heijn een kort geding start begin 2019. Een geruime tijd later, op 3 oktober 2019, komt de koop- en samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en COOP tot stand.

2.2.2 Eerste aanleg

Deze in de praktijk bestempelde ‘supermarktoorlog’ vindt zijn aanvang door middel van de vordering van Albert Heijn bij de voorzieningenrechter.³⁷ Albert Heijn wil dat de gemeente een verbod wordt opgelegd om de gemeentehuislocatie te verkopen, tenzij het via een openbare

³⁶ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 2.1.

³⁷ Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

biedingsprocedure plaatsvindt.³⁸ Daarnaast vordert zij dat de gemeente haar een uitnodiging zal sturen om een bod te doen. De rechter heeft Albert Heijn niet-ontvankelijk verklaard, wegens gebrek aan spoedeisend belang.

2.2.3 Hoger beroep

Albert Heijn liet het er niet bij zitten en stapte vervolgens naar het Gerechtshof (hierna: Hof).³⁹ Daar ging een geruime tijd overheen, waardoor zij daar haar eis vermeerderde met de ongedaanmaking van de koop en levering, voor het geval dat het gemeentehuis al verkocht is aan COOP.⁴⁰ Het Hof vernietigde het vonnis van de voorzieningenrechter voor zover de niet-ontvankelijkheid en oordeelde dat de vorderingen van Albert Heijn moeten worden afgewezen. Er zou volgens het Hof geen transparantie- en aanbestedingsplicht bestaan voor de gemeente. Hierop reageert Albert Heijn met de verwijzing naar een uitspraak uit 2016, waarin geoordeeld werd dat bij schaarste mededingingsruimte moet worden geboden aan potentiële gegadigden.⁴¹ Albert Heijn vindt dat dat in deze zaak ook zou moeten, omdat het oude gemeentehuis een toplocatie is, midden in het centrum van Didam. Het Hof gaat hier niet in mee. De mededingingsnorm bij schaarste is niet van toepassing op gronduitgifte buiten de aanbestedingsrechtelijke context, aldus het Hof. Mocht dat toch wel het geval zijn, dan duidt het Hof op het feit dat Albert Heijn niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het gaat om schaarste. Het Hof concludeert dat er geen strijd is met het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel.

2.2.4 Cassatie

De Hoge Raad lijkt het toch anders te interpreteren. De beoordeling wordt in drie onderdelen uiteengezet. Onderdeel I.a gaat in op het gelijkheidsbeginsel.⁴² Om gelijke kansen te creëren, zou een passende mate van openbaarheid moeten worden verzekerd bij de vervreemding van onroerende zaken. Het Hof miskent volgens de Hoge Raad dat er ruimte moet worden geboden

³⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 2.2.

³⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

⁴⁰ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 2.3.

⁴¹ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 7-8.

⁴² HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.1.1-3.1.7.

voor andere bidders om ook in aanmerking te komen. Dit moet in ieder geval als de gemeente weet dat er anderen geïnteresseerd zijn in de desbetreffende onroerende zaak.

In het arrest gaat het om een privaatrechtelijke overeenkomst. In rechtsoverweging 3.1.3 stelt de Hoge Raad dat volgens artikel 3:14 BW de gemeente haar bevoegdheden in de privaatrechtelijke sfeer niet mag uitoefenen in strijd met de regels in de publiekrechtelijke sfeer (lees: de gemeente moet zich houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Daaruit volgt dat er gelijke kansen moeten worden geboden door de gemeente bij gronduitgifte. Als er meerdere geïnteresseerden te verwachten zijn, dient de gemeente ruimte te bieden aan deze potentiële gegadigden om ook mee te dingen. Daarbij moet de gemeente objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstellen waarmee een koper kan worden geselecteerd. Daarnaast moet er openbaarheid worden geboden door de gemeente. De koper mag vragen om informatie met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de selectiecriteria. Tevens dient de gemeente tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid te scheppen over de zojuist genoemde informatie door het publiceren van het voornemen tot gronduitgifte. Dit dient zij bekend te maken op een zodanige wijze dat potentiële geïnteresseerden daarvan kennis kunnen nemen.

In rechtsoverwegingen 3.1.4 en 3.1.5 heeft de Hoge Raad een uitzondering omschreven, waaruit blijkt dat de openbare selectieprocedure niet opgezet hoeft te worden als er slechts één serieuze gegadigde is voor de onroerende zaak. Wel is in die situatie nog steeds de publicatieplicht van toepassing. Het voornemen tot gronduitgifte dient altijd gepubliceerd te worden. Bovendien moet de gemeente motiveren waarom mag worden aangenomen dat er maar één serieuze gegadigde is.

Onderdeel I.b klaagt over het feit dat het Hof niet had mogen oordelen dat Albert Heijn niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het om schaarste gaat.⁴³ Het gaat er volgens de Hoge Raad niet om of er op het moment vergelijkbare onroerende zaken te koop staan, maar of er

⁴³ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.1.8-3.1.10.

meerdere geïnteresseerden zijn voor de desbetreffende onroerende zaak. Onderdeel I.c kan wegens gebrek aan een feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.⁴⁴

Onderdeel II betreft het argument omtrent staatssteun.⁴⁵ Hier wordt in deze masterthesis niet verder op ingegaan, omdat het relevantie mist voor de privaatrechtelijke rol van gemeenten waarop de nadruk ligt in deze masterthesis. Verder heeft de Hoge Raad geïndiceerd dat onderdeel III geen afzonderlijke behandeling behoeft.⁴⁶

Uiteindelijk heeft de Hoge Raad besloten tot vernietiging van het vonnis van het Hof. Het geding is verwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch voor verdere behandeling en beslissing.⁴⁷

2.3 Partijverhoudingen

2.3.1 Verbintenisrechtelijke relaties in het Didam-arrest

In het arrest zijn verschillende partijen betrokken. Namelijk de eiser Albert Heijn en de verweerders de gemeente en COOP. De verhouding tussen de gemeente en COOP is de privaatrechtelijke contractuele verhouding verkoper respectievelijk koper. Die relatie wordt gekenmerkt door de tussen hen gesloten overeenkomst. Albert Heijn en de gemeente hebben geen overeenkomst en dus een buitencontractuele relatie. Eén van de verschillen tussen de contractuele en de buitencontractuele partijverhouding, is dat er in het geval van een contractuele relatie meer mogelijkheden zijn voor het vorderen van een schadevergoeding. Wanneer een overeenkomst is gesloten, is het mogelijk om bij schade de tegenpartij aan te spreken op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en wanprestatie (artikel 6:74 BW). Een derde kan een gemeente aanspreken op grond van een onrechtmatige daad.⁴⁸ Op de mogelijke gevolgen ten aanzien van schadeplichtigheid in relatie tot het Didam-arrest wordt in het vierde hoofdstuk kort ingegaan. De situatie in het Didam-arrest (tijdens de gerechtelijke procedure) uit zich, schematisch, als volgt:

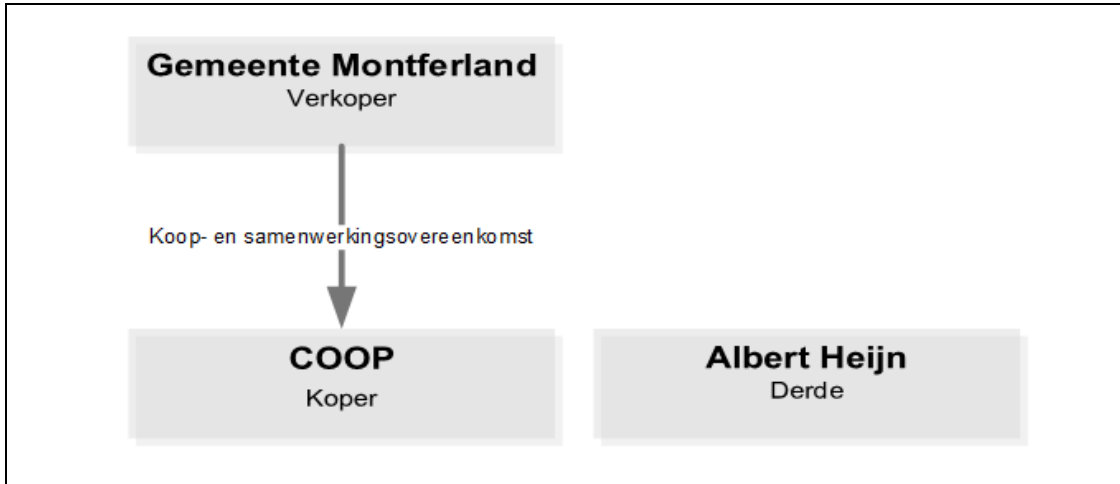
⁴⁴ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.1.11.

⁴⁵ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.2.

⁴⁶ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.3.

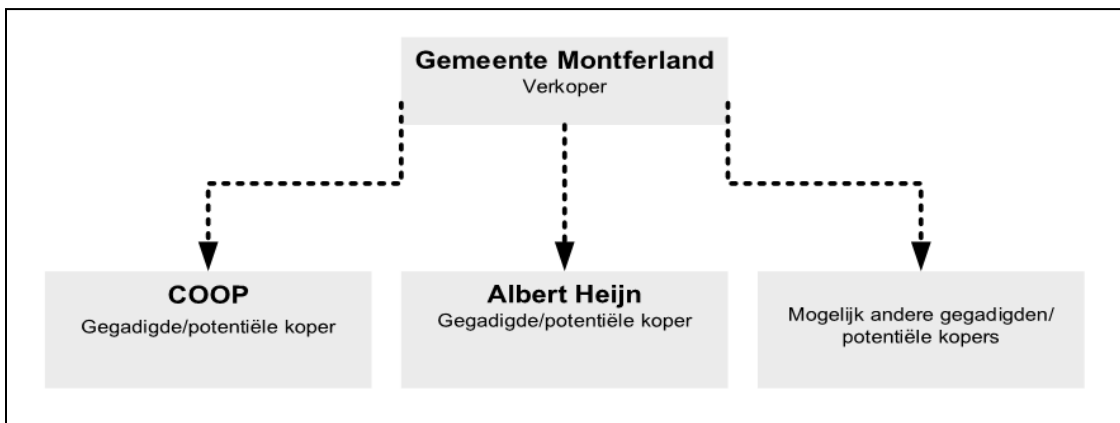
⁴⁷ Hier is tot op de dag van het einde van het jurisprudentieonderzoek, 15 april 2023, nog geen antwoord op gekomen.

⁴⁸ Lindenberg 2009, art. 6:162 BW, aant 5.



Afbeelding 2. Schets actuele partijverhoudingen in het Didam-arrest

De Hoge Raad heeft in het Didam-arrest geoordeeld dat als er maar één serieuze gegadigde is, er één-op-één mag worden vervreemd zonder een openbare selectieprocedure. Nu er een derde is, die diens interesse kenbaar heeft gemaakt, verandert dat de verhoudingen. Een gemeente dient thans, conform het Didam-arrest, in beginsel beide potentiële gegadigden c.q. kopers een kans te geven. De situatie die dan ontstaat, is de volgende:



Afbeelding 3. Schets partijverhoudingen middels een openbare biedingsprocedure

De stippellijn met de pijl aan het einde impliceert een mogelijke contractuele verhouding in de toekomst. In deze situatie zijn er aanvankelijk enkel buitencontractuele verhoudingen totdat de winnaar van de selectieprocedure wordt gekozen. Met het Didam-arrest is het één-op-één vervreemden van onroerende zaken door gemeenten aan banden gelegd, althans aan verdere

regelgeving onderworpen. Zo zal het vaker voorkomen dat, volgend op het Didam-arrest, meer partijen in potentie betrokken zijn en moeten worden bij gemeentelijke gronduitgifte dan aanvankelijk vóór het arrest.

2.3.2 Contractsvrijheid

In de praktijk wordt deze beslissing van de Hoge Raad als belastend gezien.⁴⁹ De reden hiervan is, dat het op gespannen voet staat met het uitgangspunt van het Nederlandse verbintenissenrecht. Dit uitgangspunt behelst dat er bij het (privaatrechtelijk) contracteren, een vaak bilaterale aangelegenheid die gericht is op de consensus van beide partijen, contractsvrijheid geldt. Het Quint te Poel-arrest uit 1956 gaf blijk van ons open systeem van verbintenissen.⁵⁰ Deze vrijheid blijkt tevens uit de vormvrijheid van contracteren. Zo is ook mondeling contracteren toegestaan op grond van artikel 3:37 Burgerlijk Wetboek.

Ook specifiek in het kader van het Didam-arrest laat de rechter zich uit over het uitgangspunt van contractsvrijheid bij privaatrechtelijke transacties. In enkele uitspraken, waaronder uitspraken tegen de gemeente **Tilburg**, de gemeente **Amsterdam**, de gemeente **Bergeijk**, de gemeente **Nijmegen** en de gemeente **Hilvarenbeek** stelt de rechter dat er in principe contractsvrijheid geldt, tenzij de transactie in strijd is met de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht (onder andere het gelijkheidsbeginsel).⁵¹ Zo is de eigenaar van een zaak in beginsel vrij om te bepalen of hij een overeenkomst wil sluiten en zo ja, met wie, onder welke voorwaarden en tegen welke prijs.

Wat nieuw is in het Didam-arrest, is dat het niet alleen gaat om het gelijk behandelen van gelijke gevallen bij partijen die al betrokken zijn bij de gronduitgifte, maar ook om partijen die nog niet betrokken zijn, maar als potentiële gegadigden aangemerkt kunnen worden.⁵² Er dienen derhalve ook gelijke kansen te worden geboden aan potentiële gegadigden. Het gevolg hiervan is dat het gelijkheidsbeginsel van toepassing is op de keuze met wie en onder welke voorwaarden

⁴⁹ Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022, p. 889-890.

⁵⁰ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (*Quint Te Poel*).

⁵¹ Rb. Zeeland-West-Brabant, 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882, r.o. 5.1; Rb. Amsterdam 17 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1529, r.o. 3.7.6; Rb. Oost-Brabant, 8 juli 2022, ECLI:BL:RBOBR:2022:2962, r.o. 4.2; Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99, ro. 4.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307, r.o. 4.4.

⁵² Parlevliet, Knook & Boudesteijn 2022, p. 148.

een gemeente een overeenkomst mag sluiten. In twee zaken tegen de gemeente **Montferland** (een andere kwestie dan het Didam-arrest) en de gemeente **Groningen** bevestigt de rechter deze inperking van de contractsvrijheid.⁵³

Gelet op onder andere de woningbouwopgave van het kabinet, is het begrijpelijk dat gemeenten deze inperking van het beginsel van contractsvrijheid als belastend ervaren.⁵⁴ Toch is het mijns inziens gerechtvaardigd, omdat de positie van een gemeente nu eenmaal anders is dan die van een particulier in het privaatrechtelijke circuit.⁵⁵ Zoals gesteld in de inleiding van deze masterthesis is een gemeente ook als zij privaatrechtelijk handelt gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het is dus logisch dat gemeenten het gelijkheidsbeginsel moeten honoreren door een openbare selectieprocedure uit te schrijven, ook al druist het in tegen het beginsel van contractsvrijheid. Daarnaast volgt de rechter in het Didam-arrest ‘gewoon’ de hoofdlijn met betrekking tot de doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk overheidshandelen, uitgewerkt in de uitspraken Amsterdam/Ikon en Kunst- en Antiekstudio Lelystad.⁵⁶

De inhoud van de overeenkomst is in principe nog steeds (vorm)vrij, maar door het Didam-arrest is een gemeente, niet meer - zoals gebruikelijk in het contractenrecht - volledig vrij haar eigen contractpartners te kiezen.⁵⁷ Het arrest kan worden gezien als een inperking van de contractsvrijheid, doordat ook aan potentiële gegadigden gelijke kansen moeten worden geboden.

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de eerste deelvraag ‘*Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest en hoe verhouden de partijen in het arrest zich verbintenisrechtelijk tot elkaar?*’ aan de orde

⁵³ Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618, r.o. 4.6; Rb. Noord-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:916, r.o. 4.2.

⁵⁴ Den Uyl-Slagter & Wieland 2022, p. 497; Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022, p. 889-890.

⁵⁵ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.1.3.

⁵⁶ HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*); HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*).

⁵⁷ Vermeulen & Van der Sluis 2018, p. 126.

gesteld. Uit het arrest blijkt, kort gezegd, dat gemeenten een informatie-, transparantie- en publicatieplicht hebben bij gronduitgifte in de privaatrechtelijke sfeer. Een gemeente kan niet (zomaar) onderhands gronduitgifte laten plaatsvinden met een partij waarvoor zij de voorkeur heeft. Die contractsvrijheid is ingeperkt. Gemeenten dienen nu, in beginsel, een openbare selectieprocedure te starten, zodat alle gegadigden een gelijke kans krijgen om de onroerende zaak te verwerven. De partijverhoudingen inclusief de contractuele gevolgen zullen hiermee verschuiven. Waar er voorheen voornamelijk twee partijen betrokken waren, zal gronduitgifte door gemeenten voortaan vaker multi-paritair zijn.

Hoofdstuk 3. Overgangsrecht

3.1 Inleiding

Uit het Didam-arrest blijkt dat het gelijkheidsbeginsel bij gronduitgifte door gemeenten ten allen tijde moet worden gehonoreerd, dus ook vóór 26 november 2021.⁵⁸ Veel juristen vragen zich af wat dat betekent voor het overgangsrecht en of er dan sprake is van terugwerkende kracht. In dit hoofdstuk wordt, aan de hand van de tweede deelvraag ‘*Wat is er bepaald ten aanzien van het overgangsrecht in het kader van het Didam-arrest en wat zijn hier de gevolgen en implicaties van?*’, onderzocht wat het overgangsrecht inhoudt, welke vormen er zijn en wordt er ingezoomd op de specifieke situatie omtrent overgangsrecht en het Didam-arrest.

3.2 Overgangsrecht in een algemeen kader

3.2.1 Wat is overgangsrecht?

Al in de Romeinse tijd vonden juristen het overgangsrecht een lastige kwestie.⁵⁹ Daar is tot op heden niets aan veranderd. Zo noemt Konijnenbelt het leerstuk van het overgangsrecht ‘een theoretische ellende’ en stelt De Hoog dat het overgangsrecht geen afgerond en vastomlijnd leerstuk is.⁶⁰ Een van de redenen waarom het als ingewikkeld wordt ervaren is, omdat het overgangsrecht in zijn algemeenheid een wat afwijkende plaats in de Nederlandse rechtsorde inneemt.⁶¹ Dit komt doordat het slechts betrekking heeft op een vaak korte overgangperiode, waarna het zijn betekenis verliest. Overgangsrecht is daarnaast een contextualistisch begrip: het is sterk afhankelijk van de individuele situatie van wetgeving en rechtspraak. De Hoog en Brunner omschrijven het overgangsrecht als: ‘Het overgangsrecht is dat deel van het recht, dat regels geeft voor de toepasselijkheid van het oude en het nieuwe recht bij verandering van recht. Die verandering doet zich voor bij verandering van wetgeving en bij verandering van rechtspraak. (.....) Het is mogelijk het begrip overgangsrecht nog wat ruimer te nemen en daaronder ook te begrijpen het samenstel van regels die betrekking hebben op de

⁵⁸ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), r.o. 3.1.4-3.1.6.

⁵⁹ Brunner 1991, p. 342.

⁶⁰ Konijnenbelt 2012, p. 93-95; De Hoog 2002, p. 211.

⁶¹ De Hoog 2002, p. 210.

inwerkingtreding van wetten.⁶² Het overgangsrecht vormt dus eigenlijk als het ware een brug tussen de noodzakelijke veranderlijkheid van het recht en de continuïteitswaarborg. In het geval van het Didam-arrest is er geen nieuwe wet(geving), maar gaat het om de verandering van rechtspraak. De verandering van rechtspraak behelst een nieuwe, aangepaste invulling van het gelijkheidsbeginsel. Hier wordt in paragraaf 3.3 verder op ingegaan.

3.2.2 Typen overgangsrecht

In de literatuur is geen consensus over de benaming van de verschillende typen van overgangsrecht. Zo hanteren bijvoorbeeld Poppelier en Schuver-Bravenboer allebei hun eigen classificering van de verschillende vormen van overgangsrecht.⁶³ Voor dit onderzoek wordt, voor de consistentie, de indeling van een Kamerstuk uit 2012 omtrent overgangsrecht aangehouden.⁶⁴

De driedeling die daarin wordt geschetst is als volgt: (1) maatregelen met onmiddellijke werking, (2) maatregelen met eerbiedigende werking en (3) maatregelen met terugwerkende kracht.

Bij onmiddellijke werking vindt de rechtsregel vanaf de verandering van rechtspraak, onmiddellijk dus, toepassing op zowel bestaande als nieuwe situaties.⁶⁵ Dit is de hoofdregel bij veranderde rechtsregels. De verwezenlijkte rechtsgevolgen blijven dan onaangetaast. Bij de eerbiedigende werking treedt de nieuwe regel enkel in voor nieuwe situaties en wordt de bestaande situatie beheerst door het oude recht.⁶⁶ Terugwerkende kracht is de situatie waarbij de nieuwe regel niet alleen wordt toegepast op bestaande situaties, maar ook op de al verwezenlijkte rechtsgevolgen.⁶⁷ In extreme situaties zelfs in de gevallen die dateren van vóór de uitvaardiging van de regel. In de literatuur wordt hierbij het risico van rechtsonzekerheid gesignaleerd.

3.2.3 Algemene uitgangspunten van het overgangsrecht

Ondanks het feit dat het overgangsrecht gecompliceerd is, zijn er toch een aantal algemene uitgangspunten gecreëerd waar juristen het (grotendeels) over eens zijn:

⁶² De Hoog 2002, p. 211-212.

⁶³ Poppelier 1999; Schuver-Bravenboer 2009.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XV, nr. 7.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XV, nr. 7, p. 6-7; Vancoppenolle 2019, p. 15-27.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XV, nr. 7, p. 6-7; Haazen 2001, p. 398.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XV, nr. 7, p. 6-7; Schuver-Bravenboer 2009, par. 2.4.

- I. rechtsregels bepalen in nieuwe rechtspraak vaak zelf hun overgangsrecht. De rechtsregel treedt dan in werking op het in die uitspraak zelf bepaalde tijdstip;⁶⁸
- II. indien de nieuwe uitspraak niets zegt over het overgangsrecht, dan dient de rechter middels uitleg een antwoord te formuleren op de vraag welk recht van toepassing is;⁶⁹
- III. indien het onduidelijk blijft wat de nieuwe uitspraak beoogt (bijvoorbeeld wel of geen terugwerkende kracht), dan is er volgens artikel 4 Wet Algemene Bepalingen het wettelijk vermoeden dat de (nieuwe) rechtsregel geen terugwerkende kracht heeft;
- IV. de wetgever kiest in artikel 68a Overgangswet voor de onmiddellijke werking als hoofdregel.

3.3. Overgangsrecht en het Didam-arrest

Volgens Van Binsbergen & Schipperus en Verstappen wordt in het Didam-arrest niets verduidelijkt over het overgangsrecht.⁷⁰ Dit wordt onderschreven in een uitspraak tegen de gemeente **Rhenen**.⁷¹ Om te onderzoeken of het Didam-arrest terugwerkende kracht heeft dient de vraag achter de vraag te worden gesteld. Uiteindelijk gaat het erom of het arrest nieuw of bestaand recht bevat.

In het Didam-arrest is er geen sprake van een nieuwe wet, maar van verandering van rechtspraak. Dit heet in de rechtspraak ook wel rechtersrecht.⁷² Er zijn twee visies op de werking van rechtersrecht. Enerzijds behelst de klassieke leer de visie dat de rechter in principe alleen de wet uitlegt en daarmee in feite oordeelt over de situatie zoals die altijd is geweest. Hij vormt geen recht en kan het recht niet wijzigen, dat is voorbehouden aan de wetgever.⁷³ Een uitspraak van de Hoge Raad heeft bij deze visie van nature terugwerkende kracht. Anderzijds is er de moderne leer die stelt dat aan de Hoge Raad ook een rechtscheppende en rechtswijzigende taak is toebedeeld, zodat terugwerkende kracht niet van toepassing is, omdat dit strijdig zou zijn met de rechtszekerheid.

⁶⁸ Konijnenbelt 2012, p. 93-94.

⁶⁹ Brunner 1991, p. 342.

⁷⁰ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 5; Verstappen 2022, p. 42.

⁷¹ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.8.3.

⁷² Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 5.

⁷³ Concl. A-G Franx 6 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347, par. 6.

3.3.1 De moderne leer

Van Binsbergen en Schipperus zijn van mening dat er in het Didam-arrest meer sprake is van een rechtscheppend dan een uitleggend karakter.⁷⁴ Het rechtscheppende karakter in het Didam-arrest blijkt volgens hen vooral uit de vastgestelde procedureregels voor gronduitgifte. Deze procedurele regels kunnen als nieuw worden ervaren. Voor het arrest bestond er namelijk nog geen informatie-, publicatie- en transparantieplichting zoals gesteld in het Didam-arrest. Hierdoor beweren zij dat aan het arrest geen terugwerkende kracht toekomt.⁷⁵

Mijns inziens trekken Van Binsbergen en Schipperus hier aan het juiste eind. Het is correct dat het gelijkheidsbeginsel altijd van toepassing is geweest, maar dat werd niet op de manier zoals het Didam-arrest nu verlangd, in de praktijk toegepast.⁷⁶ Gemeenten pasten in niet-aanbestedingsplichtige verkopen de regels uit het Helmut Müller-arrest toe en waren ervan overtuigd dat dit het juiste toetsingskader was.⁷⁷ Gemeenten handelden daarmee nooit bewust onrechtmatig, maar pasten de regels toe waarvan zij achtten dat het geldend recht was. Het kan gemeenten daardoor niet alsnog worden tegengeworpen dat zij in strijd met de (proces)regels uit het Didam-arrest handelden.

Ook A-G Franx sluit zich aan bij de moderne leer en stelt dat terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken en arresten daarmee wordt afgewezen.⁷⁸ In de conclusie uit 1986 beweert Franx dat ‘tegenwoordig’ niet meer serieus kan worden verdedigd dat de Hoge Raad niet rechtsscheppend of rechtswijzigend te werk gaat. Daarmee is de bodem aan de klassieke leer volgens hem komen te ontvallen.

Een ander argument tegen terugwerkende kracht kan worden gevonden in paragraaf 3.2.3. De rechter dient, wanneer er niets wordt verduidelijkt over het overgangsrecht, uit te leggen welk recht van toepassing is. De rechter zal bij de uitleg van een rechtsregel terughoudend oordelen en zal zodoende niet snel aannemen dat er sprake is van terugwerkende kracht, slechts als daarvoor een bijzondere reden bestaat.⁷⁹ Blijkens het feit dat er een verschillende uitleg wordt gegeven door de Rechtbank Noord-Holland en de Rechtbank

⁷⁴ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 5.

⁷⁵ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 5.

⁷⁶ Schepens & Kersten 2022.

⁷⁷ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

⁷⁸ Concl. A-G Franx 6 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347, par. 6.

⁷⁹ Brunner 1991, p. 344.

Midden-Nederland (hierna te bespreken), is er nog geen duidelijkheid omtrent de bedoeling van het Didam-arrest. Uit artikel 4 Wet AB volgt dat wanneer onduidelijkheid aanhoudt, er geen terugwerkende kracht geldt.

Drie uitspraken van de Rechtbank Noord-Holland bevestigen de visie van Van Binsbergen & Schipperus en Franx.⁸⁰ In een zaak tegen de gemeente **Beverwijk** ging de rechtbank in op de vraag of de gemeente rekening kon houden met de regels van het Didam-arrest in een situatie die vóór het wijzen van dit arrest plaatsvond.⁸¹ De voorzieningenrechter stelde dat de gemeente niet kan worden verweten dat zij de procedurele regels niet toepaste, omdat het Didam-arrest op het moment van het verlengen van de overeenkomsten nog niet was geweest.⁸² De voorzieningenrechter vond niet dat de gemeente in casu onrechtmatig had gehandeld jegens de andere geïnteresseerde partij.

De voorzieningenrechter bevestigt deze zienswijze in twee zaken tegen de gemeente **Haarlemmermeer** en de gemeente **Heemskerk**.⁸³ In beide zaken is de rechtbank van mening dat er sprake is van rechtscheppend recht, waardoor er aan het Didam-arrest geen terugwerkende kracht toekomt.⁸⁴ De voorzieningenrechter oordeelt dat de regels in het Didam-arrest, in ieder geval in hun concrete uitwerking, nieuw zijn. De voorzieningenrechter constateert in beide situaties dat de koopovereenkomst was gesloten voordat het Didam-arrest is geweest en dat de gemeenten daarom bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening konden houden met die nieuwe (proces)regels. Het gaat volgens de rechter te ver om dat wel te verlangen. Beide overwegingen zijn uiteraard gebaseerd op de concrete omstandigheden van het geval, maar de voorzieningenrechter maakt tweemaal evident dat de (invulling van) de regel nieuw is.

⁸⁰ Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046; Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

⁸¹ Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

⁸² Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, r.o. 4.11.

⁸³ Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.5-5.7; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.5.

⁸⁴ Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, r.o. 5.5; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.1.

3.3.2 De klassieke leer

De rechtspraak fluctueert nog met betrekking tot de stelling of nieuw of bestaand recht aan de orde is. Dit blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.⁸⁵ In deze uitspraak had de gemeente **Nieuwegein** op 25 november 2020 een koopovereenkomst gesloten met Shell. De gemeente stelt zich op het standpunt dat het haar vrij stond om de kavel onderhands aan Shell te verkopen, nu het Didam-arrest nog niet was gewezen en zij derhalve niet bekend kon zijn met de regels uit dat arrest. Het gaat volgens haar om nieuwe regels, waarbij het in strijd zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel als terugwerkende kracht zou worden toegepast. De voorzieningenrechter verwierp dit verweer. Enkel de uitwerking van het, reeds geldende, gelijkheidsbeginsel kan niet worden gezien als nieuwe regelgeving, aldus de voorzieningenrechter.⁸⁶ De (procedurele) eisen die de Hoge Raad thans geformuleerd heeft, zijn slechts een uitvloeisel van het (al bestaande) gelijkheidsbeginsel.

Zoals gesteld in hoofdstuk 1 is deze masterthesis relevant door de hoge actualiteitswaarde. Maandelijks worden er nieuwe uitspraken gewezen, waardoor deze masterthesis in een later stadium aanvullingen krijgt of dat eerder getrokken conclusies tegengesproken kunnen worden. Richting het einde van deze masterthesis is er door de Rechtbank Midden-Nederland nog een uitspraak gewezen die de lijn van de Rechtbank Noord-Holland tegenspreekt en daarmee een nieuwe lijn creëert volgend op de zojuist besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland in **Nieuwegein**. In een zaak tegen de gemeente **Rhenen** van 22 maart 2023 spreekt de Rechtbank Midden-Nederland van een logische invulling van bestaand recht.⁸⁷ Volgens de voorzieningenrechter is het volstrekt helder dat er sprake is van terugwerkende kracht. Haar onderbouwing daarvan behelst de redentatie dat de Hoge Raad in het Didam-arrest zich niet beperkt tot overeenkomsten die na een bepaalde datum zijn gesloten. Dat wijst er volgens de voorzieningenrechter op dat het Didam-arrest ook van toepassing is op overeenkomsten die vóór het Didam-arrest zijn gesloten. In de uitspraak zegt de voorzieningenrechter dat ze zich wel beseft dat haar oordeel verstrekkende en mogelijk ook uit

⁸⁵ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

⁸⁶ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.32-2.33.

⁸⁷ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.8.1.

maatschappelijk oogpunt onwenselijke gevolgen (lees: rechtsonzekerheid) kan hebben. Zij stelt dat er in dit kort geding echter geen mogelijkheid was om anders te oordelen. In mijn optiek is dit een verkeerde inschatting. Alleen in uitzonderlijke situaties dient terugwerkende kracht te gelden in plaats van onmiddellijke werking. Daarvan is hier geen sprake.⁸⁸ Daarnaast is het zaak om het risico van rechtsonzekerheid te minimaliseren en het liefst te voorkomen.

3.4 Rechtsonzekerheid door het Didam-arrest

Het creëren en toepassen van overgangsrecht loopt niet altijd gesmeerd. Zo heeft de Afdeling Advisering van de Raad van State in een advies uit 2005 de wetgever geadviseerd om aandacht te besteden aan overgangsregelingen, vanwege in het verleden ontstane problemen met gebrekkig of ontbrekend overgangsrecht.⁸⁹

Hiervoor is al aangegeven dat het overgangsrecht sterk individueel bepaald is. Hoe ingrijpender de gevolgen van de wijziging van rechtspraak zijn, des te zorgvuldiger zal men rekening dienen te houden met de gevolgen van deze wijzigingen voor de bestaande rechten van de betrokkenen.⁹⁰ Een gevolg van terugwerkende kracht zou zijn dat overeenkomsten gesloten voor het Didam-arrest, die strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, aantastbaar zijn. De wetgever zal derhalve goed na moeten denken voordat hij aan een wet terugwerkende kracht toekent, omdat daardoor aan de rechtszekerheid afbreuk wordt gedaan.⁹¹ Het is zaak dat betrokkenen voldoende tijd hebben (gehad) om zich in te stellen op de nieuwe regels en het is niet altijd billijk dat de nieuwe regels (direct na de inwerkingtreding of zelfs met terugwerkende kracht) gelden voor bestaande rechtsverhoudingen en posities.⁹²

Ondanks dat deze masterthesis de nadruk legt op het civiel recht, kan er een vergelijking worden getrokken met jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij heeft zich namelijk meermaals uitgelaten over de verhouding tussen overgangsrecht en het rechtszekerheidsbeginsel. Als rode draad in haar uitspraken geldt dat het

⁸⁸ Mijn redentatie waarom hier geen sprake is van een uitzonderlijke situatie komt aan bod in paragraaf 4.2.2.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30300-VI, nr. 169, p. 2-3.

⁹⁰ De Hoog 2002, p. 213; *Kamerstukken II* 1996/97, 25212, nr. 1, p. 5; Gribnau 2005, p. 80.

⁹¹ Ullersma & Imkamp 2014, p. 418-419; Brunner 1991, p. 343.

⁹² Konijnenbelt 2012, p. 95.

rechtszekerheidsbeginsel tot gevolg kan hebben dat aan het oude recht moet worden getoetst, als die voor belanghebbenden duidelijk gunstiger zijn, in het bijzonder wanneer de wijzigingen niet voorzienbaar waren.⁹³ Ook het Hof van Justitie van de EU heeft een vaste lijn in de rechtspraak ontwikkeld. Samengevat brengt het rechtszekerheidsbeginsel volgens de rechter met zich mee dat een wettelijke regeling met nadelige gevolgen voor particulieren duidelijk en nauwkeurig en de toepassing ervan voorzienbaar moet zijn.⁹⁴

Dankzij het Didam-arrest is er bij gemeenten onzekerheid ontstaan over of ze onroerende zaken wel of niet één-op-één mogen vervreemden, of ze nu wel of niet moeten publiceren en wanneer ze nu wel of niet een openbare selectieprocedure moeten starten. Zij waren destijds bij het sluiten van de overeenkomsten niet bekend met deze nieuwe (proces)regels. Vooral als de wijzigingen niet voorzienbaar waren, zou het ‘oude’ recht moeten worden getoetst als dat voor de belanghebbenden gunstiger is. Daarvan is in mijn optiek sprake, omdat contractspartijen van gemeenten nu hun overeenkomst mogelijk aangetast zien worden. Daarnaast heeft het Didam-arrest gezorgd voor veel onduidelijkheid in de praktijk, dat resulteert in een stormvloed aan vervolguitspraken. Er kan derhalve niet worden gesteld dat de nieuwe (proces)regels duidelijk en nauwkeurig zijn.

Ook in de rechtspraak zijn veel juristen niet gediend van de rechtsonzekerheid die Didam-kwesties met zich meebrengen. Bijvoorbeeld Beck, Heemskerk & Vos en Dankert & Van der Kamp stellen dat de zojuist besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland tegen de gemeente **Nieuwegein**⁹⁵ behoorlijk vergaande gevolgen heeft voor overeenkomsten die vóór 26 november 2021 tot stand zijn gekomen.⁹⁶ Rechtszekerheid is een groot goed en volgens Heemskerk en Vos was terughoudendheid hier meer op zijn plaats geweest.⁹⁷

⁹³ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 29 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3366 (*Ongewenstverklaring*), r.o. 2.1.6.

⁹⁴ HvJ EG 7 juni 2005, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362 (*VEMW/Directeur DTe*), r.o. 80.

⁹⁵ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

⁹⁶ Beck 2022; Heemskerk & Vos 2022; Dankert & Van der Kamp 2022.

⁹⁷ Heemskerk & Vos 2022.

Concluderend ligt na het bestuderen van de literatuur en rechtspraak de getrokken lijn van de Rechtbank Noord-Holland⁹⁸, mijns inziens, meer voor de hand dan die van de Rechtbank Midden-Nederland.⁹⁹ Het verschil in de uitleg van het overgangsrecht van deze twee rechtbanken komt wellicht door het feit dat de rechters van de Rechtbank Noord-Holland de moderne leer hanteren en de rechters van de Rechtbank Midden-Nederland de klassieke leer volgen. De vraag is of andere rechtbanken er ook verschillend over zullen oordelen en welke van de twee visies zij aanhouden of dat er (vanaf nu) eenzelfde lijn zal worden gevolgd in de jurisprudentie.

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk werd de tweede deelvraag *‘Wat is er bepaald ten aanzien van het overgangsrecht in het kader van het Didam-arrest en wat zijn hier de gevolgen en implicaties van?’* uitgewerkt. Ondanks de onduidelijkheid van het overgangsrecht in de praktijk is onmiddellijke werking het uitgangspunt gebleken. Terugwerkende kracht is alleen in uitzonderlijke situaties van toepassing. In het Didam-arrest zelf heeft de Hoge Raad niet veel verduidelijkt omtrent het overgangsrecht. Het gevolg hiervan is dat lagere rechters een uitleg moeten formuleren. In het Didam-arrest heeft de Hoge Raad enkel gesteld dat het gelijkheidsbeginsel altijd al heeft gegolden, ook vóór het arrest. Dit is correct, echter lijkt de invulling van het gelijkheidsbeginsel in het Didam-arrest nieuw te zijn. Het gevolg daarvan, volgens de moderne leer, is dat het arrest geen terugwerkende kracht heeft, hetgeen ten goede komt aan de rechtszekerheid.

⁹⁸ Zoals gesteld in de zaken: Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046; Rb. Noord-Holland, 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

⁹⁹ Zoals gesteld in de zaken: Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017; Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

Hoofdstuk 4. Rechtsgevolgen voor gesloten overeenkomsten

4.1 Inleiding

In dit vierde hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de laatste deelvraag *'Hoe is het verbintenisrechtelijke leerstuk omtrent overeenkomsten gesloten vóór 26 november 2021 verder ingekleurd in de rechtspraak na het gewezen Didam-arrest?'* Het gaat hierbij om vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten, waarbij gemeenten onroerende zaken één-op-één vervreemden, zonder dat een voorafgaande openbare selectieprocedure is gehouden, terwijl dat in het kader van (de criteria uit) het Didam-arrest eigenlijk wel zou moeten. De hamvraag is dan of en onder welke omstandigheden dergelijke overeenkomsten, juridisch gezien, nog kunnen worden aangetast. Mochten zij aangetast kunnen worden, dan is de vervolgvraag of nietigheid of vernietigbaarheid dan aan de orde is. Ten slotte wordt in dit hoofdstuk kort aandacht besteed aan de mogelijkheid tot schadeloosstelling.

4.2 Instandhouding versus aantasting van de overeenkomst

Als met het sluiten van een overeenkomst door een gemeente het vertrouwen is gewekt dat deze gestand zou worden gedaan, dan ontstaat er als gevolg van het Didam-arrest een conflict tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel en anderzijds het vertrouwensbeginsel. De rechter moet dan (aan de hand van de omstandigheden van het geval) concluderen of de overeenkomst in stand wordt gehouden of wordt aangetast.¹⁰⁰

De crux zit hem in het feit dat de Hoge Raad in het arrest geen richtlijnen gegeven heeft aan de hand waarvan de impact op gesloten overeenkomsten bepaald kan worden. Er is dus geen toetsingskader aangegeven dat een rechter kan nalopen om te kijken of een gesloten overeenkomst in stand gehouden moet worden of aangetast dient te worden.

In de literatuur lijkt zich echter een eenduidige lijn te ontwikkelen. Juristen zijn het er grotendeels over eens dat vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten op basis van het vertrouwensbeginsel in stand dienen te worden gehouden. Drahmman stelt dat het meer dan

¹⁰⁰ Den Uyl-Slagter & Wieland 2022, p. 499.

redelijk is dat een gemeente de in het verleden gemaakte afspraken nakomt.¹⁰¹ Van Binsbergen en Schipperus verwachten idem dito dat bestaande privaatrechtelijke overeenkomsten grotendeels met rust gelaten worden.¹⁰² Zij beweren dat het niet mogelijk zou moeten zijn dat een rechterlijke uitspraak de bestaande rechtsverhouding wijzigt tussen partijen die niet bij de procedure betrokken zijn.¹⁰³ Haverkate en Brand zijn van mening dat wanneer gesloten overeenkomsten aangetast kunnen worden, dit kan leiden tot verstreckende gevolgen.¹⁰⁴ Eén van die gevolgen, die al vaker is aangekaart in dit onderzoek, is de rechtsonzekerheid. Zo is het onvoorspelbaar hoe een vonnis in een vergelijkbare casus volgend op het Didam-arrest zal luiden, omdat er geen vaste toetsingscriteria zijn. Fokkema voorspelt dat de Hoge Raad hierover nog zal spreken in een Didam-arrest 2.0, waarin een overeenkomst, ondanks strijd met het gelijkheidsbeginsel, in stand wordt gehouden vanwege de omstandigheden van het geval.¹⁰⁵

Waar het in de literatuur vooral eenrichtingsverkeer is, correspondeert de rechtspraak minder met elkaar. Op basis van de tot nu toe verschenen jurisprudentie wordt de vraag hoe om te gaan met overeenkomsten gesloten vóór 26 november 2021 (nog) niet eenduidig beantwoord.¹⁰⁶ Toch lijkt uit lagere rechtspraak wel een voorzichtige lijn getrokken te kunnen worden en prevaleert volgens de rechter vaker het vertrouwensbeginsel boven het gelijkheidsbeginsel, waardoor een overeenkomst van vóór het Didam-arrest in stand gehouden dient te worden. De voor deze masterthesis geanalyseerde uitspraken worden in de volgende twee deelparagrafen kort besproken.

4.2.1 Vertrouwensbeginsel weegt zwaarder

Tegen reeds overeenkomsten, die in strijd met het arrest worden geacht, wordt regelmatig bezwaar gemaakt bij de civiele rechter (veelal in kort geding). Tot nu toe oordeelt de rechter, in

¹⁰¹ Drahmman 2022, p. 245.

¹⁰² Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 8.

¹⁰³ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 5.

¹⁰⁴ Haverkate & Brand 2022, p. 396.

¹⁰⁵ Fokkema 2022c, p. 17.

¹⁰⁶ De einddatum van het jurisprudentieonderzoek is 15-04-2023.

mijn optiek terecht, vrij snel dat het vertrouwensbeginsel zwaarder weegt dan het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁷

Ook in enkele Didam-kwesties blijkt *pacta sunt servanda* hoog in het vaandel te staan. In een uitspraak van een zaak in **Almere** werd geoordeeld dat één-op-één verkoop aan een woningcorporatie werd toegestaan, mede omdat de gemeente al prestatie- en werkafspraken (over het perceel) had gemaakt met de woningcorporatie.¹⁰⁸

In een uitspraak tegen de gemeente **Bergeijk** prevaleerde ook het vertrouwensbeginsel, omdat de contractspartij, de gemeente en de provincie in een ruilovereenkomst afspraken hadden gemaakt over bedrijfsverplaatsing.¹⁰⁹ De twee factoren die hierbij relevant waren: (1) de provincie was al jaren bezig om haar natuurdoelstellingen te halen, dankzij het verkrijgen van de grond van de contractspartij door middel van de ruilovereenkomst lukte dat en (2) als gevolg van de bedrijfsverplaatsing zijn er de nodige specifieke investeringen gedaan door de contractspartij zoals het regelen van financiering en verwerving van planologische medewerking om elders het bedrijf voort te zetten.¹¹⁰

In een uitspraak tegen de gemeente **Amsterdam** was er ook sprake van bedrijfsverplaatsing.¹¹¹ Een sportschool had al een overname-overeenkomst gesloten en verwachtte nu op een andere plek een huurovereenkomst te sluiten met de gemeente. Van hen kon niet worden gevraagd om mee te dingen in een openbare selectieprocedure, met een voor hen onzekere uitkomst. De rechtbank stelt dat de belangenafweging in het voordeel van de sportschool valt, omdat zij een groot belang heeft bij het sluiten van de huurovereenkomst.

Ook in een zaak tegen de gemeente **Beverwijk** waren specifieke investeringen een van de factoren waardoor huurovereenkomsten verlengd konden worden zonder een openbare selectieprocedure.¹¹² De zittende huurders hadden in die zaak jarenlang geïnvesteerd in hun

¹⁰⁷ Fokkema 2023c, p. 23.

¹⁰⁸ Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350.

¹⁰⁹ Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

¹¹⁰ Op het gebied van investeringen moet echter wel de kanttekening worden geplaatst dat gedane investeringen geen vrijbrief zijn voor het vertrouwensbeginsel. In een uitspraak tegen de gemeente **Haarlemmermeer** (Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739) oordeelde de rechter dat de investeringen in casu niet zodanig groot of specifiek gericht waren op de aan de orde zijnde percelen dat dit ertoe moest leiden dat de percelen weer aan hen moesten worden verpacht. Volgens de rechter loopt een partij altijd een risico bij het doen van investeringen. In de casus tegen de gemeente **Bergeijk** was er daarentegen wel sprake van specifieke investeringen.

¹¹¹ Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831.

¹¹² Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

strandhuisje. Daarnaast noemde de rechter de huurbescherming van Burgerlijk Wetboek 7 en de behoefte aan rechtszekerheid (met name in verband met de coronapandemie) als extra argumenten voor het zwaarder wegen van het vertrouwensbeginsel.

Een vierde uitspraak waarbij investeringen werden meegewogen in de belangenafweging was in een zaak tegen de gemeente **Heemskerk**.¹¹³ In casu was er in 2017 al een koopovereenkomst gesloten. De rechter oordeelde dat de gemeente op goede gronden mocht kiezen voor de nakoming van deze overeenkomst. De omstandigheden die daarbij spelen zijn, dat de overeenkomst ruimschoots is gesloten voordat het Didam-arrest is geweest, dat de koopovereenkomst te goeder trouw is gesloten, dat de planontwikkeling al grotendeels voor het Didam-arrest had plaatsgevonden en dat daarbij inmiddels substantiële investeringen zijn gedaan door de koper.

In een zaak tegen de gemeente **Oldambt** had de gemeente in 1993 al toezeggingen gedaan om met de koper te onderhandelen als de gemeente een gewild perceel ooit zou verkopen.¹¹⁴ Volgens het Hof moest de gemeente wel de belangen van de andere (potentiële) gegadigden inventariseren. Het Hof oordeelde dat dit genoeg gedaan was, omdat er een bewonersbijeenkomst was georganiseerd waarbij de bewoners werden geïnformeerd over het eerste recht van koop van de beoogde koper. Bovendien was in de overeenkomst vastgesteld dat de bestaande situatie ter plaatse, waarvan de omwonenden vreesden dat deze zou worden gewijzigd door de koper, in stand zou blijven.

Net als in de eerder besproken kwesties¹¹⁵ betrekken de raadsheren van het Hof in de zaak tegen de gemeente **Oldambt** nadrukkelijk de omstandigheden van het geval bij hun oordeel. Uit voornoemde uitspraken en het vonnis blijkt dat verlangd wordt dat gemeenten in beginsel toezeggingen en afspraken moeten nakomen.¹¹⁶ Het gelijkheidsbeginsel uit het Didam-arrest strekt, mijns inziens terecht, dan ook niet zo ver dat iedere gegadigde ineens een gelijke positie

¹¹³ Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

¹¹⁵ Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350; Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962; Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831; Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

¹¹⁶ Fokkema 2022b, p. 30.

heeft, ongeacht investeringen, toezeggingen, overeenkomsten of een bedongen eerste recht van koop.¹¹⁷

Er zijn nog andere uitspraken geweest, die niet gingen over investeringen, afspraken of toezeggingen, maar waarin aan het vertrouwensbeginsel wel meer gewicht toegekend werd dan aan het gelijkheidsbeginsel:

- ❖ De gemeente **Zevenaar** startte een uitgifteprocedure, maar brak deze af vanwege het Didam-arrest.¹¹⁸ Volgens de gemeente waren haar eigen gestelde criteria niet objectief, toetsbaar en redelijk. De gemeente wil een tweede uitgifteprocedure opstarten, maar een inschrijver die in de eerste procedure was geselecteerd, is nu niet meer verzekerd van een kavel en protesteert. De rechter oordeelt dat het door de gemeente gewekte vertrouwen over het tot stand komen van de koopovereenkomst in de eerste uitgifteprocedure eraan in de weg staat dat de uitgifteprocedure gestaakt mocht worden.
- ❖ In een zaak tegen de gemeente **Veendam** had de gemeente een pachtovereenkomst gesloten in 2020.¹¹⁹ De rechter stelde dat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst geen rekening konden houden met de procesregels die de Hoge Raad later in het Didam-arrest heeft geformuleerd. Volgens de rechtbank mag eiseres er onder die omstandigheden op vertrouwen dat de gemeente haar verplichtingen uit de overeenkomst nakomt.

Gelet op de in deze paragraaf besproken uitspraken lijkt het Didam-arrest vooralsnog geen eenvoudig gerechtelijk breekijzer om onder reeds vóór het arrest gesloten overeenkomsten uit te komen.¹²⁰

4.2.2 Gelijkheidsbeginsel weegt zwaarder

In een aantal andere uitspraken valt de belangenafweging de andere kant op en weegt het gelijkheidsbeginsel zwaarder dan het vertrouwensbeginsel. Dit gebeurde bijvoorbeeld in een

¹¹⁷ Fokkema 2022a, par. 6.

¹¹⁸ Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065.

¹¹⁹ Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82.

¹²⁰ Fokkema 2022b, p. 30.

zaak tegen de **gemeenschappelijke regeling Nieuw Reijerwaard** (GRNR).¹²¹ Shell heeft in 2021 laten weten geïnteresseerd te zijn in een bepaalde kavel op het bedrijventerrein van GRNR en heeft meerdere keren navraag gedaan naar de stand van zaken. Later blijkt de kavel verkocht te zijn aan MobilityHub. GRNR verklaarde dat ze, voordat het Didam-arrest was gewezen, al een één-op-één verkoop aan MobilityHub aan het voorbereiden was. Dat betekent volgens de voorzieningenrechter dat de selectiecriteria zijn toegeschreven naar de gewenste koper MobilityHub. Daarnaast werd Shell door GRNR in de waan gelaten dat er een tender zou plaatsvinden. Ondanks het vergevorderde stadium van onderhandelingen kan MobilityHub daardoor geen beroep doen op het vertrouwensbeginsel. Ook in een andere situatie slaagde het beroep op het vertrouwensbeginsel niet. In Tynaarlo communiceerde de gemeente **Tynaarlo** per e-mail met eiser dat het college nog een besluit diende te nemen en dat nadere informatie over de inschrijvingsprocedure nog zou volgen.¹²² Eiser achtte dit een inschrijving, waardoor hij vorderde dat hij de eerste en enige kandidaat was. Uit de correspondentie volgt volgens de voorzieningenrechter juist dat eiser geen gerechtvaardigd vertrouwen toekomt, omdat duidelijk is gecommuniceerd dat er nog een besluit diende te worden genomen.

Waar in 2022 voornamelijk het vertrouwensbeginsel ‘aan het langste eind trok’, lijkt er in december 2022 en 2023 in de rechtspraak meer gewicht aan het gelijkheidsbeginsel te worden toegekend. De oorzaak van deze tendens ligt hoofdzakelijk in het feit dat de geschillen in 2022 meer betrekking hadden op overeenkomsten gesloten vóór het Didam-arrest, waar er tot op heden in 2023 vooral geprocedeerd werd over overeenkomsten gesloten ná het Didam-arrest. Dit was ook te voorzien. In de handreiking is al voorspeld dat dergelijke procedures, omtrent overeenkomsten gesloten vóór Didam-arrest, zullen opdrogen.¹²³

Vrijwel alle uitspraken waar het gelijkheidsbeginsel voor het vertrouwensbeginsel gaat, betreft dus een overeenkomst gesloten na het Didam-arrest. Twee uitspraken van de Rechtbank

¹²¹ Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029.

¹²² Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846.

¹²³ ‘Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte) beleid ten behoeve van vastgoed en gebiedsontwikkeling’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Neprom, VNG & VvG, vng.nl, 7 november 2022.

Midden-Nederland, een tegen de gemeente **Nieuwegein** en een tegen de gemeente **Rhenen**, zijn in dat opzicht ‘een buitenbeentje’.¹²⁴

Een uitspraak uit begin 2022 die erg veel wenkbrauwen heeft doen rijzen is de eerder genoemde uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein**.¹²⁵ De gemeente had een koopovereenkomst gesloten met Shell, terwijl het ten tijde van het sluiten van de overeenkomst al te verwachten was dat er meerdere geïnteresseerden waren voor die specifieke kavel. De gemeente voerde het verweer dat bij het sluiten van de koopovereenkomst op 25 november 2020, het Didam-arrest nog niet gewezen was en zij daardoor niet aan die regels kon voldoen. De rechtbank ging hier niet in mee.

In de zaak tegen de gemeente **Rhenen** werd een overeenkomst, gesloten in 2020, niet in stand gehouden, omdat er niet goed genoeg onderzocht was of er andere geïnteresseerden waren. De gemeente had weliswaar een marktverkenning gedaan (waarbij er met lokale ondernemers gesprekken zijn gevoerd), maar deze was niet zodanig (openbaar) aangekondigd dat een ieder daarvan kennis had kunnen nemen. Hoewel de gemeente al sinds 2018 in gesprek was met de koper en die koper aanzienlijke kosten heeft gemaakt, oordeelde de rechter dat er niet geconcludeerd mocht worden dat er maar één serieuze gegadigde was. Mijns inziens, een discutabele conclusie, aangezien er van zwaarwegende omstandigheden niet per se sprake was. De gemeente had bijvoorbeeld niet te kwader trouw gehandeld. Daarnaast was de gemeente niet op de hoogte van andere geïnteresseerden. Of zij hiertoe genoeg moeite had gedaan is inderdaad betwistbaar.

Geconstateerd wordt dat, wanneer een overeenkomst is gesloten na het gewezen Didam-arrest, de contractspartij van een gemeente niet snel lijkt te mogen vertrouwen op eerdere toezeggingen, afspraken of overeenkomsten. In de meeste gevallen dient er ‘gewoon’ volgens de regels uit het Didam-arrest, een openbare selectieprocedure te worden uitgeschreven. De volgende uitspraken van eind 2022 en begin 2023 bevestigen deze constatering. Dit betreft uitspraken tegen de gemeente:

¹²⁴ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017; Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹²⁵ Deze uitspraak werd ook in paragraaf 3.4.2 toegelicht.

- ❖ **Nijmegen**, waarbij een bowlingcentrum concreet interesse heeft getoond in 2012, 2013 en 2017, maar de gemeente op 21 december 2021 toch een koopovereenkomst sloot met de GGD zonder het bowlingcentrum hierbij te betrekken. Dit mag niet doorgaan en er moet alsnog een openbare selectieprocedure komen;¹²⁶
- ❖ **Ede**, die lijkt op de in paragraaf 4.2.1 besproken uitspraak in **Zevenaar**. De rechter oordeelde dat er, ondanks staking van een uitgifteprocedure vanwege strijd met de regels uit het Didam-arrest, juist geen schending was van het vertrouwensbeginsel, omdat de gemeente meermaals aan eiser heeft gecommuniceerd dat ze aan het onderzoeken was welk effect het Didam-arrest had op de besprekingen. Voor de eiser had het ook duidelijk moeten zijn dat het Didam-arrest gevolgen kon hebben voor de lopende besprekingen. De eiser is daarnaast niet kansloos voor het verkrijgen van de onroerende zaak, omdat zij zich immers alsnog kan inschrijven voor de openbare selectieprocedure;¹²⁷
- ❖ **Zevenaar 2.0**, waarbij de gemeente een selectieprocedure had ingetrokken. Op grond van de nieuwe tweede selectieprocedure waren de eisers niet meer zeker van een kavel. De eerste selectieprocedure was wel conform het Didam-arrest opgesteld, maar was niet in lijn daarmee uitgevoerd. Eisers stelden, gebaseerd op het vertrouwensbeginsel, dat de eerste procedure te ver gevorderd was om te staken. De rechtbank stelde dat eisers wisten of behoorden te weten dat zij op de lijst van belangstellenden zijn gekomen op een wijze die niet overeenkomt met de voorwaarden van de eerste procedure. Zij konden er dus niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de gemeente die rangorde zou honoreren;¹²⁸
- ❖ **Rotterdam** en een uitspraak tegen de provincie **Friesland**, waarbij er volgens de rechter een openbare selectieprocedure had moeten worden gevolgd, omdat de objectieve criteria onvoldoende zijn gemotiveerd;¹²⁹

¹²⁶ Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99.

¹²⁷ Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184.

¹²⁸ Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795. Dit betreft een andere uitspraak tegen de gemeente **Zevenaar** dan in de vorige bullit genoemd.

¹²⁹ Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685; Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310.

- ❖ **Hilvarenbeek**, de gemeente **Ouder-Amstel** en (wederom) de gemeente **Nieuwegein 2.0**, waarbij de koopovereenkomst niet mag worden nagekomen, omdat de uitzondering van een serieuze gegadigde niet opgaat.¹³⁰

Al met al is het in mijn optiek duidelijk dat wanneer een overeenkomst reeds gesloten is vóór het Didam-arrest, er aan het vertrouwensbeginsel meer gewicht wordt toegekend dan aan het gelijkheidsbeginsel. Dit houdt verband met het maken van afspraken, het doen van toezeggingen of het plaatsvinden van investeringen. Alleen de twee ‘buitenbeentjes’ van de Rechtbank Midden-Nederland spreken deze visie tegen.¹³¹ De uitspraak in **Nieuwegein** kan echter gerelativeerd worden. De gemeente werd door de rechter in de gelegenheid gesteld alsnog het juiste traject te volgen. De overeenkomst met Shell kan na publicatie van de voorgenomen verkoop mogelijk dus alsnog worden uitgevoerd. Daarmee krijgt deze afwijkende beslissing (nog) geen grote gevolgen en betekent het niet zonder meer dat alle eerdere overeenkomsten die thans bestaan automatisch van tafel kunnen worden geveegd.¹³² De uitspraak in **Rhenen** is echter stilliger en lastiger te relativieren. Toch zou in mijn optiek de overeenkomst in deze zaak in stand gehouden moeten worden, omdat er geen kwade trouw bij de gemeente was, er geen kennis van andere geïnteresseerden was, de gemeente geen toezeggingen heeft gedaan of steken heeft laten vallen in de communicatie met derden, de gemeente al sinds 2018 gesprekken voerde met de beoogde koper en de beoogde koper aanzienlijke en specifieke investeringskosten had gemaakt ten behoeve van het project.¹³³

4.2.3 Belangenafweging: vertrouwensbeginsel versus gelijkheidsbeginsel

Zoals in het begin van paragraaf 4.2 is aangegeven, heeft de Hoge Raad (zowel in het Didam-arrest als daaropvolgende uitspraken in het kader van het arrest) geen vast toetsingskader gegeven. Daarnaast is het door de omstandigheden van het geval lastig om duidelijke vuistregels

¹³⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307; Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316; Rb. Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125 (vervolg op: Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402). Dit betreft een andere uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein** dan de uitspraak van 18 maart 2022 die al vaker aan bod is gekomen.

¹³¹ De uitspraken tegen de gemeente **Nieuwegein** en de gemeente **Rhenen** werden eerder besproken in deze subparagraaf.

¹³² Beck 2022.

¹³³ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.14.

te hanteren. Hoe dan ook, is het mogelijk om na de analyse van de uitspraken in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 enkele gezichtspunten op een rijtje te zetten:

- ❖ **het moment van sluiten van de overeenkomst:** het moment van het sluiten van een overeenkomst lijkt van doorslaggevend belang te zijn. Als de overeenkomst is gesloten vóór 26 november 2021, dan prevaleert vaker het vertrouwensbeginsel;¹³⁴
- ❖ **opzet of kwade trouw bij de gemeente:** mocht een gemeente zich opzettelijk niet aan de regels uit het Didam-arrest houden, dan kan de overeenkomst eerder aangetast worden en zal er hoogstwaarschijnlijk worden voldaan aan het vereiste van een gekwalificeerde schending;¹³⁵
- ❖ **kennis van andere geïnteresseerden:** relevant kan zijn of een gemeente onderzoek heeft gedaan naar andere potentiële geïnteresseerden, of er met andere geïnteresseerden gesprekken zijn gevoerd en/of dat hun interesse bekend is bij een gemeente. Mochten er bijvoorbeeld onderhandelingen hebben plaatsgevonden, maar is de derde zelf afgehaakt, dan is er minder snel sprake van een mogelijke aantasting van de overeenkomst.¹³⁶ Heeft een gemeente de derde (volledig) links laten liggen, dan is er eerder sprake van een overeenkomst die aangetast kan worden;¹³⁷
- ❖ **investeringen:** wanneer er (jarenlang) specifieke investeringen zijn gedaan door een contractspartij van een gemeente, kan dit een wegingsfactor in het voordeel van de instandhouding van een overeenkomst zijn;¹³⁸
- ❖ **toezegging/communicatie van de gemeente:** wanneer een gemeente (mondelinge of schriftelijke) toezeggingen doet aan potentiële kopers, is er eerder sprake van gewekt vertrouwen.¹³⁹ Als een gemeente bijvoorbeeld helder communiceert dat ze nog onderzoekt welk effect het Didam-arrest heeft, dan is er minder snel sprake van gewekt vertrouwen.¹⁴⁰

¹³⁴ Zie paragraaf 4.2.1 en 4.2.2.

¹³⁵ Gekwalificeerde schending wordt in de volgende paragraaf verder toegelicht.

¹³⁶ Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

¹³⁷ Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99; Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316.

¹³⁸ Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962; Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739; Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831; Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046; Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333.

¹³⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

¹⁴⁰ Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184.

Didam-kwesties vergen maatwerk. Het is daarom belangrijk om het feitencomplex helder te hebben. Volgens de regels uit het Didam-arrest doet een gemeente er goed aan om bij overeenkomsten die na het arrest worden gesloten, (extra) transparant te handelen, een goede inventarisatie te doen of er meerdere geïnteresseerden zijn en helder te communiceren met contractspartijen en derden. Iets wat echter mijns inziens ook voor het Didam-arrest al van een bestuursorgaan verwacht mocht worden.

4.3 Rechtsgevolgen bij aantasting van de overeenkomst

Wanneer geconcludeerd wordt dat een overeenkomst niet in stand kan blijven, zijn er volgens het recht verschillende rechtsgevolgen. Zo kan een overeenkomst nietig of vernietigbaar zijn.

Een overeenkomst kan *nietig* zijn wegens strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde.¹⁴¹ Deze grondslagen worden verdeeld in de eerste twee leden van artikel 3:40 BW. Dat de wet een overeenkomst nietig verklaart wil niets anders zeggen dan dat de wet er de beoogde rechtsgevolgen aan onthoudt.¹⁴² Ligtingen omschrijft de goede zeden als dat wat men behoort te doen of te laten: de moraliteit.¹⁴³ Onder openbare orde verstaat men het geheel van de rechtsregels die de constitutionele, politieke, ethische, sociale en economische grondslagen vastleggen waarop een democratische samenleving is gebaseerd.¹⁴⁴ Samenvattend verstaat men volgens de wetsgeschiedenis onder de goede zeden en openbare orde: de normen van ongeschreven recht die in de samenleving als fundamenteel worden ervaren, waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁴⁵

Strekt de betreffende (wets)bepaling tot bescherming van slechts één van de partijen bij een overeenkomst, dan is de overeenkomst niet nietig, maar *vernietigbaar*. Het verschil is dat nietigheid van rechtswege ontstaat, waarbij de overeenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan en vernietigbaarheid door één van de partijen moet worden ingeroepen, waarbij de vernietigde overeenkomst wel heeft bestaan, maar als het ware teruggedraaid wordt.¹⁴⁶

¹⁴¹ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 6; Ligtingen 2016, par. 3.2.6.

¹⁴² Asser/Sieburgh 6-III 2018/604; Ligtingen 2016, par. 3.2.2.

¹⁴³ Ligtingen 2016, par. 3.2.4.

¹⁴⁴ Ligtingen 2016, par. 3.2.4.

¹⁴⁵ Hijma 2009, art. 3:40 BW, aant. 2.

¹⁴⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/607, 634-644.

In het Didam-arrest is niet beschreven wat de consequenties zijn als een gemeente één-op-één met een partij contracteert, ondanks dat zij een selectieprocedure had moeten inrichten. In de volgende subparagrafen wordt aan de hand van rechtspraak en literatuur onderzocht of een dergelijke overeenkomst nietig of vernietigbaar zou kunnen zijn.

4.4 Nietig(heid)

Zoals eerder in dit hoofdstuk besproken, kan er sprake zijn van nietigheid op grond van lid 1 of lid 2 van artikel 3:40 BW. In het kader van het Didam-arrest is de mogelijkheid tot toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW naar mijn mening dubieus. Er is namelijk geen expliciet daartoe strekkende wetsbepaling die een openbare selectieprocedure voorschrijft wanneer een gemeente een onroerende zaak wil vervreemden.¹⁴⁷ Het voorschrift van artikel 3:14 BW is in mijn ogen te breed en onbepaald om in de situatie van het Didam-arrest dienst te doen als een wetsbepaling die zich uitlaat over de geoorloofdheid van het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot gemeentelijke gronduitgifte. Tevens zijn er in de parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 BW en artikel 3:40 BW geen concrete aanknopingspunten te vinden voor de gedachte dat handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leidt tot nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.¹⁴⁸ Op het eerste gezicht lijkt het daarmee waarschijnlijker dat een gesloten overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW nietig is, omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder de openbare orde en goede zeden vallen.¹⁴⁹ Uit de rechtspraak volgt echter dat niet elk handelen door gemeenten in strijd met het gelijkheidsbeginsel direct tot nietigheid leidt, maar dat daarvoor een gekwalificeerde schending nodig is.¹⁵⁰ Een gekwalificeerde schending houdt in dat er bijkomende (verzwarende) omstandigheden nodig zijn om te komen tot nietigheid.¹⁵¹ Een voorbeeld daarvan is wanneer een gemeente doelbewust een geïnteresseerde benadeelt ten opzichte van een andere partij.¹⁵² In het resterende gedeelte van

¹⁴⁷ Bregman 2022, p. 90-92.

¹⁴⁸ Huijgen 2009, art. 3:14 BW; Hijma 2009, art. 3:40 BW.

¹⁴⁹ Hijma 2009, art. 3:40 BW, aant. 2.

¹⁵⁰ Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, r.o. 4; Rb. Noord-Holland 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.6.

¹⁵¹ 'Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededigingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden', houthoff.com, 26 januari 2022.

¹⁵² HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (*Esmilio/Mediq*), r.o. 4.4.

deze paragraaf worden de voor- en tegenargumenten voor nietigheid in het kader van het Didam-arrest belicht.

4.4.1 Wel nietig

Net als vele andere juristen vragen Timmer en Van Leeuwen zich af wat het gevolg is in de situatie waarin een gemeente zich niet gehouden heeft aan de regels uit het Didam-arrest.¹⁵³ Zij beamen dat er mogelijk sprake is van nietigheid, naar analogie van het arrest Alkemade/Hornkamp.¹⁵⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat een rechtshandeling die is verricht in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (in casu verbod op détournement de pouvoir), in strijd is met de openbare orde en daarom nietig is.¹⁵⁵ In dat arrest werd de gehele overeenkomst nietig verklaard. Ook Verstappen neigt naar nietigheid.¹⁵⁶ Hij schrijft: ‘Er lijkt geen ontkomen aan: het door de overheid ten onrechte niet bieden van de door de Hoge Raad geformuleerde mededingingsruimte bij de verkoop van grond leidt tot nietigheid van de verkoop.’¹⁵⁷ Daarnaast ziet Verstappen de mogelijkheid om beroep te doen op lid 2 van artikel 3:40 BW, waar in de inleiding van deze paragraaf is betoogd dat de mogelijkheid op een succesvol beroep op lid 2 twijfelachtig is. Hij stelt dat er sprake is van strijd met een dwingende wetsbepaling, namelijk artikel 3:14 BW, nu het gelijkheidsbeginsel in artikel 1 van de Grondwet is verankerd. Wel plaatst hij een kanttekening bij zijn eigen betoog. Zijn conclusie, dat er sprake is van nietigheid, leidt tot zodanige ingrijpende en verstrekkende rechtsgevolgen voor wat betreft reeds vervreemde gemeentelijke onroerende zaken, dat het onwaarschijnlijk is dat we uit moeten gaan van deze redentatie. Dit lijkt naar mijn mening, in tegenstelling tot het eerste deel van zijn redentatie, juist.

Wanneer onduidelijkheid zich voordoet in een bepaald rechtsgebied, is het mogelijk om inspiratie op te doen bij andere rechtsgebieden. De vraag met betrekking tot de houdbaarheid van

¹⁵³ Timmer & Van Leeuwen 2022, p. 41-42.

¹⁵⁴ HR 3 april 1998, ECLI:PHR:NL:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*).

¹⁵⁵ HR 3 april 1998, ECLI:PHR:NL:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*), r.o. 3.3.2.

¹⁵⁶ Verstappen 2022, p. 42.

¹⁵⁷ Verstappen 2022, p. 42.

een overeenkomst kan ook worden beantwoord op staatssteunrechtelijk vlak.¹⁵⁸ De arresten Harlingen-Spaansen en Maankwartier-Heerlen lieten zien dat staatssteun bij een koopsituatie zeer verstrekkende gevolgen kan hebben, namelijk de volledige nietigheid van de koopovereenkomst.¹⁵⁹ Mocht de situatie in het Didam-arrest beantwoord kunnen worden aan de hand van het leerstuk van de staatssteun, dan zou nietigheid voor de hand kunnen liggen.

In de huidige stand van jurisprudentie na 26 november 2021¹⁶⁰ omtrent Didam-kwesties zijn er drie uitspraken die het begrip gekwalificeerde schending benoemen.¹⁶¹ In één daarvan oordeelt de rechter dat er sprake is van nietigheid. Dit betreft een (eerder genoemde) uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland tegen de gemeente **Rhenen**.¹⁶² Volgens de voorzieningenrechter is de gesloten overeenkomst uit 2020 nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 en 3 (in strijd met artikel 3:14 BW).¹⁶³ De gemeente voert als verweer dat enkel het feit dat de overeenkomst is gesloten in strijd met het gelijkheidsbeginsel niet voldoende is voor nietigheid. Daar is een gekwalificeerde schending voor nodig. De voorzieningenrechter acht dit onjuist en stelt dat dat niet nodig is bij nietigheid op grond van lid 2 van artikel 3:40 BW. Lid 1 laat de rechter verder buiten beschouwing. Volgens de voorzieningenrechter past het niet in het systeem van de wet om bij nietigheid wegens strijd met de wet als extra voorwaarde te stellen dat sprake moet zijn van een gekwalificeerde schending van de wettelijke bepaling. De enige voorwaarde die wordt gesteld is dat de wettelijke bepaling de strekking moet hebben om de in strijd met die wettelijke bepaling gesloten overeenkomst aan te tasten, op grond van lid 3. Aan die voorwaarde is volgens de rechter voldaan, omdat het gelijkheidsbeginsel een individu beschermt, maar ook maatschappelijke waarde voor de samenleving heeft, doordat schaarste economische waarde heeft en dat gewaarborgd wordt door het bieden van gelijke kansen. In mijn optiek zou, zoals betoogd in paragraaf 4.2.2, deze overeenkomst niet aan te tasten zijn, waardoor de rechter niet

¹⁵⁸ 'Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededigingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden', houthoff.com, 26 januari 2022.

¹⁵⁹ HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1587 (*Harlingen/Spaansen*), r.o. 5.43-5.44; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607 (*Maankwartier-Heerlen*), r.o. 9.10.6-9.10.9.

¹⁶⁰ Alle uitspraken (met de zoekfilters zoals benoemd in paragraaf 1.6) tot en met 15 april 2023.

¹⁶¹ Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.6; Rb. Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125, r.o. 4.3; Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.28-3.30.

¹⁶² Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹⁶³ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.20-3.29.

eens zou kunnen toekomen aan nietigheid. Mijns inziens gaat deze uitspraak dan ook te ver en is er door de rechter ten onrechte geconcludeerd tot nietigheid. De uitspraak tegen de gemeente **Rhenen**¹⁶⁴ is samengevat baanbrekend op drie punten:

- ❖ het van toepassing zijn van terugwerkende kracht werd voor het eerst woordelijk bevestigd, inclusief motivering;
- ❖ het is de eerste uitspraak in 2023 en de tweede in totaal (naast de uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein**¹⁶⁵) in de afgelopen anderhalf jaar, waarin een overeenkomst gesloten vóór het Didam-arrest niet in stand kan blijven;
- ❖ voor de eerste keer werd een overeenkomst in het kader van het Didam-arrest, gesloten vóór 26 november 2021, nietig verklaard.

De vraag is nu of deze uitspraak een ‘incident’ is of achterhaald wordt door hogere rechtspraak (en dus een ‘odd one out’ zal zijn) of gevolgd zal worden door andere rechters en daarmee een nieuwe lijn zal ontstaan.

4.4.2 Niet nietig

In een uitspraak tegen de gemeente **Heemskerk** heeft de Rechtbank Noord-Holland zich eveneens uitgelaten over de vraag of er sprake was van een gekwalificeerde schending.¹⁶⁶ Volgens de voorzieningenrechter mocht de gemeente op goede gronden kiezen voor de nakoming van de overeenkomst op basis van het vertrouwensbeginsel, zodat er geen sprake was van een gekwalificeerde schending en dus evenmin van nietigheid. In de uitspraak stelt de rechtbank: ‘Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter tot dat rechtsgevolg (red. nietig) leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig. Die doet zich hier om de navolgende redenen niet voor.’¹⁶⁷ In deze zaak was er geen sprake van een gekwalificeerde schending, gelet

¹⁶⁴ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹⁶⁵ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017.

¹⁶⁶ Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.6.

¹⁶⁷ Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, r.o. 6.6.

op de goede trouw van de gemeente alsmede het feit dat er geen belangen van andere gegadigden in het geding waren.¹⁶⁸

In de literatuur zijn meer aanknopingspunten te vinden voor het standpunt dat vóór 26 november 2021 gesloten overeenkomsten niet nietig zijn. Zowel Lucassen als de eerder besproken Factsheet omschrijven dat het niet voor de hand ligt dat overeenkomsten gesloten vóór het Didam-arrest waaraan nog geen uitvoering is gegeven, alsnog nietig zijn.¹⁶⁹ Ook Bartels schrijft dat de overeenkomsten die zijn gesloten voordat het Didam-arrest werd gewezen, niet met nietigheid worden bedreigd.¹⁷⁰ Volgens hem zou de vastgoedpraktijk te zeer ondermijnd worden als de geldigheid van een overdracht afhankelijk zou kunnen zijn van een achteraf te toetsen inschatting. Van Binsbergen en Schipperus kijken met een schuin oog naar het aanbestedingsrecht.¹⁷¹ Waar vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt nietigheid wel voor de hand ligt, is dat bij het aanbestedingsrecht niet zo.¹⁷² De reden hiervan ligt onder meer in het verlengde van de uitspraak Uneto/De Vliert.¹⁷³ Daar oordeelde de rechter dat het aanbestedingsrecht niet de strekking heeft om de geldigheid van overeenkomsten aan te tasten die in strijd met aanbestedingsrechtelijke voorschriften zijn gesloten. Slechts in zeer zwaarwegende gevallen kan er sprake zijn van nietigheid van een aanbestedingsovereenkomst. Waar Timmer en Van Leeuwen ook heil zagen in nietigheid, geven zij daarnaast een argument tegen nietigheid. Zo zien zij goede gronden om terughoudendheid bij nietigheid als rechtsgevolg te hanteren, omdat volgens hen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet geïntroduceerd zijn met als doel om in een civiele context tot nietigheid te leiden.¹⁷⁴ Ditzelfde argument wordt besproken door Bartels en Elbertsen, De Groot & De Vries.¹⁷⁵ Zij stellen allen dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst is gesloten in strijd met het gelijkheidsbeginsel, niet voldoende is om te oordelen dat de overeenkomst nietig is.

¹⁶⁸ Het feitencomplex van deze zaak is nog niet eens zo verschillend als die tegen de gemeente **Rhenen**. Wellicht was er, voorzichtigheidshalve gesteld, een ander oordeel uitgerold als de Rechtbank Noord-Holland de zaak tegen de gemeente **Rhenen** in behandeling had genomen in plaats van de Rechtbank Midden-Nederland.

¹⁶⁹ Lucassen 2022, p. 15; 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, volkshuisvestingnederland.nl, 10 januari 2022.

¹⁷⁰ Bartels 2022, p. 859-860.

¹⁷¹ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 6.

¹⁷² Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 6; 'Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededigingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden', houthoff.com, 26 januari 2022.

¹⁷³ HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2820 (*Uneto/De Vliert*), r.o. 4.5.

¹⁷⁴ Timmer & Van Leeuwen 2022, p. 44-45.

¹⁷⁵ Bartels 2022, p. 862; Elbertsen, De Groot & De Vries 2022, p. 45.

Over nietigheid en vernietigbaarheid in relatie tot Didam-kwesties spreekt de rechtspraak in de periode van 26 november 2021 tot 22 maart 2023 zeer weinig. In de zaak op **Sint-Maarten** lijkt het Gerecht te sturen op de mogelijkheid tot nietigheid.¹⁷⁶ Het Gerecht besliste hier kort gezegd dat de minister bij gronduitgifte in erfpacht de in het Didam-arrest gestelde regels moet hanteren. Doet hij dat niet, dan bestaat het risico dat de uitgifte als onrechtmatig en/of aantastbare (rechts-) handeling wordt gekwalificeerd. Het Gerecht wijst voorts op het risico dat sprake is van een rechtshandeling in strijd met de openbare orde en goede zeden. In dit oordeel ligt besloten dat in elk geval denkbaar is, dat een Didam-strijdige overeenkomst nietig of vernietigbaar is.¹⁷⁷

Ook in de uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein** van 18 maart 2022 blijft de rechter weg van nietigheid, ondanks dat de overeenkomst niet in stand kon blijven.¹⁷⁸ In plaats van meteen nietigheid op te leggen (als sanctie), krijgt de gemeente nu een kans om de onrechtmatige situatie zelf te herstellen. Dit is in mijn optiek een juiste insteek. De rechter dient (zoveel mogelijk) weg te blijven van nietigheid vanwege de rechtsonzekerheid. Nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 ligt mijns inziens niet in de rede en op grond van lid 1 is nietigheid alleen aan de orde bij een gekwalificeerde schending.

4.5 Vernietigbaar(heid)

4.5.1 Wel vernietigbaar

Net als bij nietigheid, kan bij het rechtsgevolg vernietigbaarheid eveneens een parallel worden getrokken met het aanbestedingsrecht. Uit het aanbestedingsrecht volgt namelijk, dat een in strijd met de mededingingsplicht gesloten overeenkomst niet als nietig kwalificeert, maar op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012, mogelijk wel vernietigbaar is. Van der Werf acht dit aannemelijk en stelt dat als sprake is van handelen in strijd met artikel 3:14 BW, zo'n transactie op grond van artikel 3:40 lid 2 BW vernietigbaar is.¹⁷⁹ Advocaten van Houthoff beschrijven eveneens dat niet kan worden uitgesloten dat een dergelijke overeenkomst vernietigbaar is.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7 (*Eisers sub 1-7/het land Sint Maarten*).

¹⁷⁷ Bartels 2022, p. 862.

¹⁷⁸ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.43-2.44.

¹⁷⁹ Van der Werf 2021, p. 570.

¹⁸⁰ 'Het arrest-Didam: overheid, privaatrecht en mededingsruimte. De gevolgen voor de praktijk geschetst in vragen en antwoorden', houthoff.com, 26 januari 2022.

Zoals in de vorige paragraaf besproken, spreekt de rechter zeer weinig over nietigheid of vernietigbaarheid in relatie tot Didam-kwesties. Waar de rechter zich in de uitspraak in **Rhenen**¹⁸¹ uitlaat over nietigheid, laat het Hof zich in het arrest tegen de gemeente **Montferland** uit over vernietigbaarheid.¹⁸² In dat arrest was er sprake van een bijzondere situatie, waarbij de overeenkomst werd vernietigd. Zoals eerder besproken was het Didam-arrest zelf het cassatieberoep in kort geding en liep er tegelijkertijd ook nog een bodemprocedure in het geschil.¹⁸³ De koopovereenkomst tussen COOP en de gemeente Montferland was kort voor de mondelinge behandeling in de kort-geding-procedure gesloten (op 3 oktober 2019). COOP en de gemeente hebben daarmee het risico genomen dat de rechter achteraf hun standpunt niet zou volgen. Het Hof stelt dat onder deze omstandigheden vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 2, op vordering van de gepasseerde derde, de passende remedie is tegen de niet-naleving van de regels uit het Didam-arrest. Zij onderbouwt dit door te stellen dat de in het Didam-arrest geformuleerde regels geïnspireerd zijn op het aanbestedingsrecht, waar vernietigbaarheid ook een optie is.¹⁸⁴ Het Hof voegt toe: ‘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 voor diens uitspraak.’

Naar mijn mening is deze argumentatie van het Hof tamelijk schaars. Louter de benoeming van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2021 en de uitspraak Uneto/De Vliert is niet genoeg om duidelijkheid te scheppen in welke situaties er nu wel of geen sprake is van vernietigbaarheid. Fokkema vraagt zich af of het überhaupt wel mogelijk is om aan te sluiten bij het aanbestedingsrecht.¹⁸⁵ Mijns inziens een rake constatering, omdat het aanbestedingsrecht zeer specifieke regels bevat.¹⁸⁶ Ook interessant is dat het Hof vernietigbaarheid uitspreekt, omdat dat een minder verstrekkende sanctie zou zijn dan nietigheid. Niet duidelijk is, of het Hof hier nietigheid ook echt uitsluit of als een spreekwoordelijke stok achter de deur houdt.

¹⁸¹ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

¹⁸² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7-3.9.

¹⁸³ Voor een overzicht van de parallel lopende procedures wordt terugverwezen naar afbeelding 1 in paragraaf 2.2.

¹⁸⁴ Op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012.

¹⁸⁵ Fokkema 2023b.

¹⁸⁶ Bartels 2022, p. 864.

In het begin van paragraaf 4.4 is gesteld dat de toepassing van artikel 3:40 lid 2 dubieus is, terwijl de rechter dat in **Montferland** wel toepast. Daarbij is het belangrijk om in ogenschouw te nemen, dat er in dit arrest sprake was van een zeer uitzonderlijke situatie. Het Hof heeft zich moeten uitlaten over een kwestie waar de gemeente willens en wetens (lees: toen er al een kort geding liep) is overgegaan tot het sluiten van een overeenkomst.¹⁸⁷ Mogelijk, en naar mijn inschatting waarschijnlijk, oordeelt het Hof in andere situaties dat er geen sprake is van vernietigbaarheid. In deze situatie is vernietigbaarheid dus begrijpelijk, maar de toepassing van artikel 3:40 lid 2 blijft dubieus en alleen bestemd voor hoge uitzonderingen.

4.5.2 Niet vernietigbaar

De meeste juridische auteurs zien vernietigbaarheid niet als een logisch (rechts)gevolg. In de Factsheet wordt beschreven dat het niet voor de hand ligt dat overeenkomsten, waarin de mededingingsruimte destijds niet is geboden, alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zijn.¹⁸⁸ Volgens Lam en Bartels is vernietigbaarheid helemaal geen optie.¹⁸⁹ Bartels stelt dat vernietigbaarheid als sanctie sowieso geen mogelijkheid is, ongeacht het antwoord op de vraag of schending van artikel 3:14 BW valt onder de reikwijdte van artikel 3:40 lid 2 BW. Lid 1 van dat artikel kent de optie tot vernietigbaarheid niet en lid 2 is alleen van toepassing als de geschonden wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen. Het voorschrift van artikel 3:14 BW heeft volgens hem hoe dan ook niet een beschermende strekking voor derden. Volgens Bartels is de enige denkbare route naar vernietigbaarheid een analogische toepassing van de regels uit artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012. Deze interpretatie ligt volgens Bartels niet voor de hand, omdat het niet past bij de insteek van de wetgever om nietigheden en vernietigbaarheden terug te dringen.¹⁹⁰ Een denkbaar voorbeeld hiervan is de uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein**, waarbij de overeenkomst niet nietig werd verklaard, maar de gemeente een kans kreeg om de onrechtmatige situatie te herstellen.¹⁹¹ De vergelijking met het

¹⁸⁷ Zie ook de punten in de belangenafweging van paragraaf 4.2.2 waarin het gezichtspunt 'opzet of kwade trouw bij een gemeente' is besproken. Wanneer daar aan voldaan is, ligt aantasting van de overeenkomst eerder in de rede.

¹⁸⁸ 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen', *Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, volkshuisvestingnederland.nl, 10 januari 2022.

¹⁸⁹ 'Rondetafelgesprek Didam-arrest', Neprom, binnenlandsbestuur.nl, 25 maart 2022; Bartels 2022, p. 864.

¹⁹⁰ Bartels 2022, p. 864.

¹⁹¹ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.43-2.44.

aanbestedingsrecht is volgens Bartels bovendien niet realistisch, omdat het aanbestedingsrecht zeer uitgebreide en specifieke regels bevat, waardoor een vergelijking trekken met dit recht en Didam-kwesties, waar vormvrijheid voorop staat, betwistbaar is.¹⁹²

Concluderend lijken beide smaken (red. nietigheid en vernietigbaarheid) niet uitgesloten, doch onwaarschijnlijk. Ondanks dat er in de zaken in **Rhenen** en **Montferland** uiteindelijk inhoudelijk wordt ingegaan op beide sancties, is het nog steeds gissen wanneer het exact toepasbaar is.¹⁹³ Voor de praktijk is het echter wel van groot belang dat er duidelijkheid komt. Mijns inziens zal in een nieuwe uitspraak of arrest slechts een ‘geldig’ of een ‘nietig’ de lading niet dekken, omdat de omstandigheden van het geval een grote rol spelen. Wat wel zou kunnen helpen, is een stappenplan bij de beoordeling van de gevolgen van het Didam-arrest voor reeds gesloten overeenkomsten of in ieder geval een uitgebreidere toelichting, wanneer er sprake kan zijn van nietigheid of vernietigbaarheid. Vermoedelijk (en hopelijk) zal de rechtspraak zich op dit onderwerp na verloop van tijd verder uitkristalliseren en ook minder uitzonderlijke situaties behandelen.

4.6 Schadeplichtig(heid)

Wanneer een contractspartij een overeenkomst heeft gesloten met een gemeente, moet die contractspartij erop kunnen vertrouwen dat een overeenkomst wordt nagekomen. Als een gemeente er dan toch voor kiest (of gedwongen wordt na een gerechtelijke procedure) om een openbare selectieprocedure uit te schrijven, komt haar contractspartij met lege handen te zitten. Het is denkbaar dat die contractspartij dan schade lijdt door bijvoorbeeld gedane investeringen of gederfde winst. Mogelijk kan deze contractspartij de gemeente dan schadeplichtig stellen. Minister De Jonge zegt eveneens dat hij niet uitsluit dat er schadeclaims worden ingediend als gevolg van het Didam-arrest.¹⁹⁴ Deze paragraaf beperkt zich tot het bespreken van een mogelijke vordering op grond van een onrechtmatige daad, omdat in het begin van dit hoofdstuk aan bod is gekomen dat de (lagere) rechter bij gesloten overeenkomsten van vóór 26 november 2021 vaker kiest voor instandhouding van de overeenkomst dan voor een aantasting daarvan. De benadeelde

¹⁹² Bartels 2022, p. 864.

¹⁹³ Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

¹⁹⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 1350, p. 3.

partij zal daardoor vaker een derde zijn. Daarnaast vroeg Kamerlid Pouw-Verwij aan minister De Jonge: ‘Deelt u de constatering, dat deze uitspraak met terugwerkende kracht ertoe kan leiden dat allerlei partijen schadeclaims kunnen indienen, omdat het in voorkomende gevallen om één-op-één-transacties gaat?’¹⁹⁵ Minister De Jonge gaat in zijn antwoord op de Kamervraag alleen in op de mogelijkheid van een schadeclaim van gegadigden, die niet in de gelegenheid zijn gesteld een eerlijke kans te maken op de onroerende zaak die door de overheid werd verkocht. Vorderingen van andere mogelijke partijen laat hij onbesproken.¹⁹⁶

Wanneer een gemeente zich niet houdt aan de regels uit het Didam-arrest (lees: het gelijkheidsbeginsel schendt) bij het sluiten van een overeenkomst, dan handelt zij onrechtmatig. Dit is bevestigd in een uitspraak tegen de gemeente **Nieuwegein**.¹⁹⁷ Wanneer een gemeente onrechtmatig een overeenkomst sluit, moet zij (theoretisch gezien) rekening houden met het feit dat zij aansprakelijk is voor de schade van potentiële gegadigden.¹⁹⁸

Schadeplichtigheid in het kader van het Didam-arrest is in de rechtspraak, net als nietigheid en vernietigbaarheid, tot nu toe nauwelijks aan bod gekomen.¹⁹⁹ Enkel het arrest van het Hof tegen de gemeente **Montferland** gaat hier op in.²⁰⁰ Het Hof stelt dat de gemeente gelet op de strijd met artikel 3:14 BW onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Albert Heijn, door een overeenkomst te sluiten met COOP ondanks strijd met 3:14 BW. De kans dat Albert Heijn schade lijdt door de onrechtmatige daad is aannemelijk, ook als alsnog - met vertraging - een openbare selectieprocedure wordt doorlopen. Hierdoor wordt een vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat, toegewezen. Verder dan deze geringe uitleg komt het echter niet. Onduidelijk is daardoor wat nu precies de doorslag heeft gegeven, hoe hoog de schade zal zijn (zal worden behandeld in een aparte schadestaatprocedure) en hoe er in andere situaties zal worden geoordeeld. Zoals besproken in de vorige paragraaf is deze situatie uitzonderlijk, omdat

¹⁹⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 1350, p. 3.

¹⁹⁶ *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 1350, p. 3.

¹⁹⁷ Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402. Dit betreft een andere uitspraak dan de uitspraak van 18 maart 2022, die herhaaldelijk wordt aangekaart in deze masterthesis.

¹⁹⁸ Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 6.

¹⁹⁹ Tot en met 15 april 2023.

²⁰⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.10-3.11.

de gemeente willens en wetens heeft gehandeld. Of er in andere omstandigheden ook een schadevergoeding wordt toegekend, is onduidelijk, maar in mijn ogen onwaarschijnlijk.

Aangezien de jurisprudentie schaars is, is het relevant om te kijken naar wat er in de literatuur wordt geschreven over schadeplichtigheid als gevolg van het Didam-arrest. Zo onderstrepen Timmer en Van Leeuwen bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het vorderen van onrechtmatig handelen.²⁰¹ Zij stellen dat het sluiten van een overeenkomst in strijd met het gelijkheidsbeginsel onder omstandigheden inderdaad zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van gemeenten. Een dergelijke schadevergoeding kan volgens hen bestaan uit een vergoeding van de gederfde winst, al dan niet uitgedrukt in een percentage van de aanneemsom. Naast minister De Jonge en Timmer & Van Leeuwen benoemen ook Van Binsbergen & Schipperus schadeplichtigheid van gemeenten als optie.²⁰² Echter claimen zowel minister De Jonge als Van Binsbergen & Schipperus dat het bewijzen van de daadwerkelijke schade bij Didam-kwesties niet eenvoudig zal zijn. Er zal bewezen moeten worden dat het aannemelijk is dat, indien een selectieprocedure was georganiseerd, de opdracht aan de gepasseerde derde had moeten worden gegund. In mijn optiek lijkt dit vooral ingewikkeld, omdat de partij niet meer dan een kans had om contractspartij te worden. Dit soort vorderingen worden, bijvoorbeeld in de praktijk van het aanbestedingsrecht, dan ook zelden toegekend.²⁰³

Alles overziend lijkt het krijgen van een schadevergoeding in een Didam-kwestie problematisch. Problematisch, maar niet onmogelijk, omdat het toch minstens één keer gelukt is, in de Didam-kwestie zelf in de bodemzaak.²⁰⁴ Omdat er verder geen voorbeelden zijn van claims tot schadeplichtigheid bij Didam-kwesties, is het lastig om in te schatten hoe de rechter in een volgende situatie zal oordelen. Daarnaast vereist de vraag of er schadeplichtigheid zou kunnen ontstaan, steeds een concrete toetsing aan de hand van de omstandigheden van het geval.²⁰⁵

²⁰¹ Timmer & Van Leeuwen 2022, p. 45.

²⁰² *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 1350, p. 3; Timmer & Van Leeuwen 2022, p. 45; Van Binsbergen & Schipperus 2022, par. 6.

²⁰³ Timmer & Van Leeuwen 2022, p. 45.

²⁰⁴ Voor de verduidelijking: dus niet in het Didam-arrest zelf (kort geding), maar in het hoger beroep van de bodemprocedure van 4 april 2023.

²⁰⁵ 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, volkshuisvestingnederland.nl, 10 januari 2022.

4.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is gepoogd een antwoord te geven op de derde deelvraag *'Hoe is het verbintenisrechtelijke leerstuk omtrent overeenkomsten gesloten vóór 26 november 2021 verder ingekleurd in de rechtspraak na het gewezen Didam-arrest?'* Er is uiteengezet onder welke omstandigheden zulke overeenkomsten (nog) aangetast kunnen worden. Die discussie lijkt moeilijk tot een slotsom te komen, omdat de Hoge Raad in het Didam-arrest geen handvatten heeft gegeven. Aantasting ligt mijns inziens niet in de rede, enkel in bijzondere omstandigheden. Wanneer uiteindelijk toch besloten is dat een specifieke overeenkomst in specifieke omstandigheden aangetast kan worden, is de volgende vraag of de overeenkomst nietig of vernietigbaar is. Ook daarover zijn (nog) geen harde conclusies te trekken. Alleen al door het feit dat er weinig jurisprudentie over is. De lijn lijkt te zijn dat nietigheid, vernietigbaarheid en schadeplichtigheid niet voor de hand liggen. Dit wordt, in mijn optiek onterecht, tegengesproken door de uitspraak in **Rhenen**. Het gewezen arrest in **Montferland** is naar mijn mening niet per se onterecht, maar wel uitzonderlijk.

Hoofdstuk 5. Conclusie

In deze masterscriptie stond de volgende vraag centraal:

‘Wat is de reikwijdte van het Didam-arrest en wat zijn de contractrechtelijke gevolgen voor overeenkomsten die gesloten zijn vóór het gewezen arrest van 26 november 2021?’

Uit het Didam-arrest is gebleken dat gemeenten niet zomaar onderhands (één-op-één) onroerende zaken kunnen vervreemden. Het bieden van mededingingsruimte is de norm, tenzij er op basis van objectieve, redelijke en toetsbare criteria maar één serieuze gegadigde is. Gemeenten dienen zich daarbij ook te houden aan de transparantie- en publicatieplicht.

Het Didam-arrest heeft voor veel opschudding gezorgd en is in de vastgoedpraktijk binnengekomen als een ware ‘gamechanger’.²⁰⁶ Bij de civiele rechter is inmiddels 48 keer geprocedeerd over gronduitgiftes door gemeenten sinds 26 november 2021.²⁰⁷ Zo is er geprocedeerd door derden die het niet eens waren met de uitkomst van een uitgifteprocedure. Er is geprocedeerd door contractspartijen van gemeenten, die als gevolg van het Didam-arrest met lege handen staan, omdat er toch een openbare selectieprocedure moet worden uitgeschreven. Er zijn zelfs gemeenten die geprocedeerd hebben om hun eigen uitgifteprocedure te kunnen staken, uit angst voor een claim op grond van de eisen uit het Didam-arrest. Kortom: een breed pallet aan procedures, dat de reikwijdte van het arrest benadrukt. Niet alleen veel verschillende ‘soorten’ eisers kwamen hier aan te pas, maar ook veel verschillende soorten privaatrechtelijke overeenkomsten (denk aan koop, huur, pacht en erfpacht).

De contractrechtelijke gevolgen voor gesloten overeenkomsten vóór het Didam-arrest zijn op basis van de jurisprudentie sinds 26 november 2021 inzichtelijker geworden, maar van een eenduidige lijn is nog geen sprake. Onderzocht is onder welke omstandigheden dergelijke gesloten overeenkomsten (nog) aangetast kunnen worden. Daar lijkt geen hard eindoordeel aan vast te zitten, omdat de Hoge Raad hier in het Didam-arrest geen handvatten voor heeft gegeven

²⁰⁶ Den Uyl-Slagter & Wieland 2022, p. 496.

²⁰⁷ Gezocht op rechtspraak.nl met de desbetreffende filters zoals benoemd in paragraaf 1.6 met als einddatum 15 april 2023.

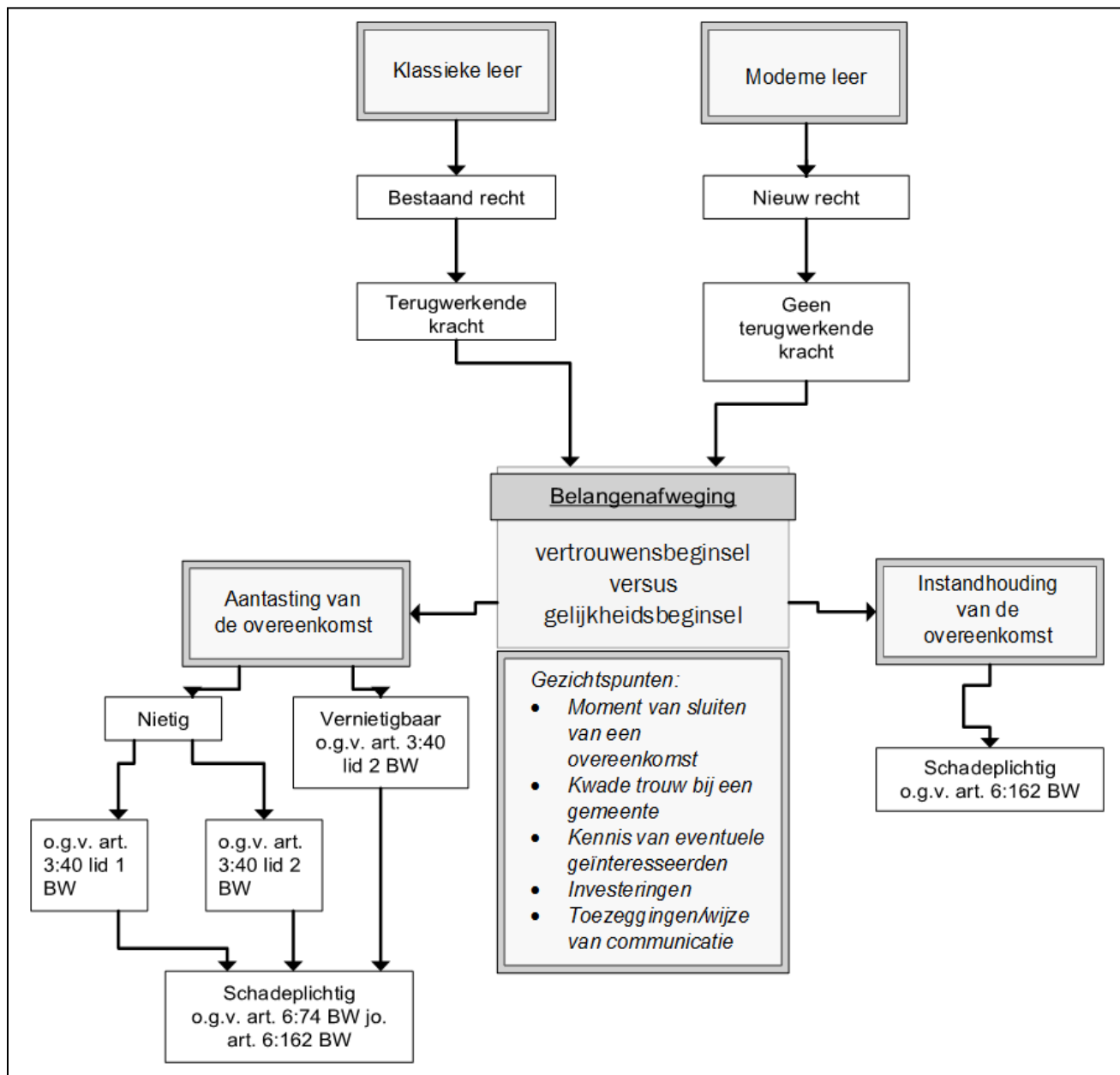
en de omstandigheden van het geval in elke casus doorslaggevend blijken te zijn. De Hoge Raad had in de uitspraak zelf kunnen ingaan op reeds gesloten overeenkomsten of in een vervolg uitspraak meer verheldering kunnen scheppen. Daarvan is anderhalf jaar later en 48 uitspraken verder, helaas (nog) geen sprake. In de (lagere) rechtspraak en literatuur valt echter wel een voorzichtige lijn te ontwaren ten aanzien van het overgangsrecht, waarbij van terugwerkende kracht geen sprake is, zoals de moderne leer beoogt. Bovendien kiest de (voorzieningen)rechter vaker voor de instandhouding van overeenkomsten, die gesloten zijn vóór het Didam-arrest. Dit komt ten goede aan de rechtszekerheid van contractspartijen van gemeenten. Qua rechtsgevolgen liggen nietigheid en vernietigbaarheid van een vóór Didam gesloten overeenkomst niet voor de hand. Enkel in uitzonderlijke situaties, zoals het Didam-arrest zelf, is hiervan wel sprake. Een recht op schadevergoeding lijkt eveneens onwaarschijnlijk, omdat de bewijslast voor derden zwaar blijkt te zijn.

Het Didam-arrest blijkt aldus voor gemeenten geen klaarblijkelijke reden te zijn om onder vóór het arrest tot stand gekomen (contractuele) spelregels, toezeggingen en overeenkomsten uit te komen, vanwege het vertrouwensbeginsel. Het Didam-arrest heeft een tsunami aan lagere rechtspraak opgeleverd, zoals Fokkema driemaal beschreef.²⁰⁸ Om in de sfeer van water te blijven: over de (Di)dam kwamen de schapen zeker. Een ware golf aan lagere rechtspraak heeft echter nog niet geleid tot de gewenste verduidelijking ten behoeve van overeenkomsten gesloten vóór het Didam-arrest. Wellicht stapt de gemeente Montferland na het gewezen arrest in hoger beroep in de bodemzaak nog naar de Hoge Raad. Daarnaast is er ook nog niets vernomen van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, waarnaar de Hoge Raad het (kort) geding heeft verwezen voor verdere behandeling en beslissing.²⁰⁹ Het is in ieder geval aan een hogere rechter om alsnog de nodige verduidelijking te scheppen ten aanzien van de contractrechtelijke gevolgen van privaatrechtelijke overeenkomsten gesloten vóór het Didam-arrest in het kader van gemeentelijke

²⁰⁸ Fokkema 2022c; Fokkema 2022b; Fokkema 2023a.

²⁰⁹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam*), par. 4.

gronduitgifte. Deze conclusie²¹⁰ uit zich in het volgende schema, aangeboden voor de lezers waarvoor beelden en schema's de geschreven woorden verduidelijken:



Afbeelding 4. Schema plaats van reeds gesloten overeenkomsten binnen het recht

²¹⁰ Bij de (algehele) conclusie passen wel de zo vaak gemaakte disclaimers in deze masterthesis. Dit zijn er twee:

- ❖ voorzichtigheid wordt geboden bij het trekken van algemene conclusies wegens de wendbaarheid van de omstandigheden van het geval. Het is onvoorspelbaar hoe een nieuwe situatie zal worden beoordeeld;
- ❖ opgemerkt dient te worden dat het Didam-arrest een relatief recent arrest is, waar hoofdzakelijk in kort-geding-procedures over is geprocedeerd. Deze masterthesis is opgesteld met inachtneming van de huidige stand van de rechtspraak, maar het is mogelijk dat de conclusies in dit onderzoek in de toekomst door latere, hogere rechtspraak worden achterhaald. Relevante ontwikkelingen na 15 april 2023 zijn niet meer meegenomen.

Literatuurlijst
Tijdschriften, boeken en internetbronnen

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Baggerman 2022

K. Baggerman, 'Den Haag wint Didam-zaak: Niet probleem van gemeente als 'gedagigde' niet aan criteria kan voldoen', [Stadszaken.nl](https://www.stadszaken.nl), 20 oktober 2022.

Bartels 2022

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

Beck 2022

M.C.B. Beck, 'Didam-doorbraak: koopovereenkomst uit 2020 mag niet ten uitvoer worden gelegd wegens strijd met gelijkheidsbeginsel', [lagrogeelkerken.nl](https://www.lagrogeelkerken.nl), 12 april 2022.

Van Binsbergen & Schipperus 2022

C.J.R. van Binsbergen & C.J. Schipperus, 'De gevolgen van het Didam-arrest voor lopende overeenkomsten', [willedonker.nl](https://www.willedonker.nl), 28 januari 2022.

Bregman 2022

A.G. Bregman, 'Ruimte voor gebiedsontwikkeling na het Didam arrest', *TBR* 2022/12, p. 84-94.

Brunner 1991

C.J.H. Brunner, 'Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht', *WPNR* 1991/6007, p. 342-347.

Dankert & Van der Kamp 2022

T. Dankert & E. van der Kamp, 'Ruim voor Didam-arrest gesloten overeenkomst moet toch nog worden gepubliceerd', *trip.nl*, 16 juni 2022.

Drahmann 2022

A. Drahmann, annotatie bij HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *Gst.* 2022/45, afl. 7540, p. 239-245.

Elbertsen, De Groot & De Vries 2022

S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries, 'Verkoop onroerende zaken door overheden. Mededigingsnorm (en transparantienorm) in acht nemen', *BR* 2022/7, afl. 1, p. 37-46.

Fokkema 2022a

M. Fokkema, 'Dit is wat het Didam-arrest betekent voor de praktijk van gebiedsontwikkeling', *gebiedsontwikkeling.nu*, 24 augustus 2022.

Fokkema 2022b

M. Fokkema, 'Het tsunami effect van het Didam-arrest', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* 2022/3, p. 14-18.

Fokkema 2022c

M. Fokkema, 'Het tsunami effect van het Didam-arrest - deel 2', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* 2022/5, p. 27-31.

Fokkema 2023a

M. Fokkema, 'Het tsunami effect van het Didam-arrest deel 3', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* 2023/1, p. 22-24.

Fokkema 2023b

M. Fokkema, 'Het vernietigende vervolg van het Didam-arrest', gebiedsontwikkeling.nu, 5 april 2023.

Haazen 2001

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

Haverkate & Brand 2022

I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *WR* 2022/1, p. 390-399.

Heemskerk & Vos 2022

P. Heemskerk & E. Vos, 'De reikwijdte van het Didam-arrest verduidelijkt?', cms.law/nl, 28 april 2022.

Hijma 2009

J. Hijma, 'Titel 2 Rechtshandelingen', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 1532.

De Hoog 2002

P.A. de Hoog, 'De weg van oud naar nieuw – kanttekeningen bij het overgangsrecht in het voorstel tot wijziging van het pachtrecht.', *T. Arg.* 2002/4, p. 210-226.

Huijgen 2009

W.G. Huijgen, 'Titel 1 Algemene bepalingen', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 1482.

Jansen, Van Ommeren & Van Boom 2022

C. Jansen, F. van Ommeren & W. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746, afl. 12, p. 889-896.

Konijnenbelt 2012

W. Konijnenbelt, 'Overgangsrecht, verworven rechten en gewekte verwachtingen', *NTB* 2012/5, afl. 4, p. 92-102.

Ligteringen 2016

I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht (Onderneming en recht nr. 96)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Titel 3 Onrechtmatige daad', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 2295.

Lucassen 2022

R.J. Lucassen, 'Didam: wordt de uitzondering de regel?', *LTB* 2022/42, afl. 10, p. 12-16.

Lucassen 2023

R.J. Lucassen, 'Zaak-Didam: vernietigend oordeel over handelwijze van de gemeente', *omgevingsweb.nl*, 11 april 2023.

Parlevliet, Knook & Boudesteijn 2022

W.H.E. Parlevliet, A.D.L. Knook & M.J.E. Boudesteijn, 'Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid', *BR* 2022/25, afl. 4, p. 147-152.

Popelier 1999

P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies*, Antwerpen: Kluwer 1999.

Robbe 2022

T.H.G. Robbe, 'Van Swiss Leisure Group via Vlaardingen naar Didam: tijd voor de terugreis?', *NTB* 2022/183, p. 352-358.

Schepens & Kersten 2022

H. Schepens & R. Kersten, 'Een globaal perspectief op het Didam-arrest', gloudemans.nl, 27 januari 2022.

Schlössels, Hermans & Theunisse 2022

R.J.N. Schlössels, M.C.A. Hermans & M.H.W.C.M. Theunisse, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2022/309, afl. 9, p. 567-579.

Schuver-Bravenboer 2009

M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid. Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever (Fiscale monografieën, nr. 131)*(diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Terlien 2022

T.A. Terlien, 'Overzicht civiele rechtspraak na het Didam-arrest: tekenen de eerste contouren zich af?', *BR* 2022/62, afl. 9, p. 344-349.

Timmer & Van Leeuwen 2022

M.J.W. Timmer & L. van Leeuwen, 'Montferland gestrand', *BR* 2022/8, afl. 1, p. 37-46.

Ullersma & Imkamp 2014

C. Ullersma & R. Imkamp, 'Wijziging Wav: is het ontbreken van overgangsrecht aanvaardbaar?', *A&MR* 2014/10, p. 417-422.

Den Uyl-Slagter & Wieland 2022

G.K den Uyl-Slagter & J. Wieland, ‘Een jaar Didam-arrest: gamechanger of een storm in een glas water?’, *BR* 2022/84, afl. 12, p. 496-505.

Vancoppernolle 2019

T. Vancoppernolle, *Intertemporeel recht*, Leuven: Intersentia 2019.

Vermeulen & Van der Sluis 2018

J.R. Vermeulen & C.N. van der Sluis, ‘Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom’, *TO* 2018/3, p. 122-127.

Verstappen 2022

L.C.A. Verstappen, ‘De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed’, *WPNR* 2022/7355, p. 41-43.

Van der Werf 2021

W.J.E. van der Werf, ‘Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte’, *TvAR* 2021/12, p. 569-570.

Kamerstukken

Kamerstukken I 2021/22, 35578, nr. M.

Kamerstukken II 1996/97, 25212, nr. 1.

Kamerstukken II 2005/06, 30300-VI, nr. 169.

Kamerstukken II 2012/13, 33400-XV, nr. 7.

Kamerstukken II 2022/23, 32847, nr. 973.

Aanhangsel Handelingen II 2021/22, nr. 1350.

Jurisprudentie

Hof van Justitie

HvJ EG 7 juni 2005, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362 (*VEMW/Directeur DTe*)

HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*)

Hoge Raad

HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (*Quint Te Poel*)

HR 6 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9347 (*Heesch/Van de Akker*)

HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*)

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

HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*)

HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655 (*Alkemade/Hornkamp*)

HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2820 (*Uneto/De Vliert*)

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (*Esmilio/Mediq*)

HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1587 (*Harlingen/Spaanssen*)

HR 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243 (*Didam*)

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

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 29 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3366 (*Ongewenstverklaring*)

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

Gerechtshof

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

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

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796

Rechtbank

Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46
Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017
Rb. Gelderland 6 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1618
Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065
Rb. Oost Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962
Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046
Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350
Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887
Rb. Noord-Holland, 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865
Rb. Noord-Holland, 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333
Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333
Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029
Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184
Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831
Rb. Midden-Nederland 30 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4992
Rb. Noord-Nederland 14 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4685
Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402
Rb. Noord-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4846
Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310
Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82
Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99
Rb. Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125
Rb. Zeeland-West-Brabant 14 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1307
Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795
Rb. Amsterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1316
Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7 (*Eisers sub 1-7/het land Sint Maarten*).