

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam

NTBR 2023/20

De overheid moet bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen (art. 3:14 BW). Deze regel stond centraal in het *Didam*-arrest, dat voortvloeit uit een reeds decennialang streven naar rechtseenheid tussen het bestuursrecht en het civiele recht. Een belangrijke vraag is wat de gevolgen van het *Didam*-arrest zijn voor overeenkomsten die in strijd (blijken te) zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde vereisten. Na de nodige literatuur en inmiddels ook rechtspraak over deze kwestie tekenen de contouren zich nog niet eenstemmig af.

1. Inleiding

In het veelbesproken arrest van 26 november 2021² (hierna: het *Didam*-arrest) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheden bij de verkoop van onroerend goed aan alle (potentieel) gegadigden de gelegenheid moeten bieden om mee te dingen via een openbare selectieprocedure aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Het arrest heeft voor de praktijk veel vragen opgeroepen. In de veelheid aan verschenen literatuur is aan veel van deze vragen aandacht besteed. Wij wijzen op de invulling van de selectieprocedure,³ de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering op het moeten doorlopen van een openbare selectieprocedure,⁴ de relatie van het *Didam*-arrest tot het aanbestedingsrecht⁵ en het Europees recht⁶ en de gevolgen van het arrest voor precontractuele onderhandelingen.⁷ Een

van de belangrijkste en tot op heden nog niet eenduidig beantwoorde vragen is wat de gevolgen van het *Didam*-arrest zijn voor overeenkomsten die in strijd zijn met de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende vereisten. Na de nodige literatuur en inmiddels ook rechtspraak over deze kwestie tekenen de contouren zich – zoals wij zullen constateren – helaas nog niet eenstemmig af. Daar draagt ook het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023⁸ in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak aan bij.

Na een nadere bespreking van het *Didam*-arrest (par. 2), zullen wij ingaan op de doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht (par. 3). Vervolgens behandelen wij de literatuur en rechtspraak over de gevolgen voor overeenkomsten die in strijd zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde vereisten. Daarbij maken wij een onderscheid tussen procedures aangespannen door een derde (par. 4) en procedures aangespannen door een contractspartij (par. 5). Tot slot bespreken wij de doorwerking van met het arrest strijdige overeenkomsten in bestuursrechtelijke procedures (par. 6).

2. Het *Didam*-arrest

De gemeente Montferland is eigenaar van het oude gemeentehuis van Didam. Dat gemeentehuis wordt, na samenvoeging van de gemeenten Bergh en Didam tot de gemeente Montferland, niet langer gebruikt. De gemeente wenst in het voormalige gemeentehuis een supermarkt te vestigen. Daartoe gaat de gemeente een samenwerking aan met ontwikkelaar Groenstaete. Het is de bedoeling dat de vestiging van supermarkt Coop, die zich nog buiten het centrum bevindt, wordt verplaatst naar het oude gemeentehuis. In 2019 sluiten de gemeente en Groenstaete een koopovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst ten aanzien van de gronden waar ook het oude gemeentehuis deel van uitmaakt.

De franchisenemer van de Albert Heijn, die zich eveneens buiten het centrum bevindt en zich ook wel zou willen verplaatsen naar het oude gemeentehuis, stapt naar de rechter en vordert een verbod op levering. Zij voert aan dat het (privaatrechtelijk) handelen van de gemeente in strijd is met het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel. Bij de rechtbank wordt de franchisenemer niet-ontvankelijk verklaard en het hof wijst de vordering af.

Bij de Hoge Raad heeft de franchisenemer meer succes. De Hoge Raad oordeelt dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit volgens de Hoge Raad voort dat een

1 Citeerwijze: N. Thorborg & N. van Triet, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de geldigheid van overeenkomsten na Didam', *NTBR* 2023/20, afl. 5. Mr. N. (Nadine) Thorborg is advocaat bij BarentsKrans. Mr. dr. N. (Nikky) van Triet is werkzaam bij de kennisunit van de Directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State en onderzoeksfellow bij het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit.

2 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, AB 2022/11.

3 Zie bijv. A. Knook, 'Een stappenplan na Didam', *O&A* 2022/58; I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, par. 2 en A.G. Bregman & N. van Wijk-van Gilst, 'Eén jaar na Didam: stand van zaken', *TBR* 2022/125, par. 4.

4 Zie bijv. R.J. Lucassen, 'Didam: wordt de uitzondering de regel?', *LTB* 2022/42; I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, par. 1; A.G. Bregman & N. van Wijk-van Gilst, 'Eén jaar na Didam: stand van zaken', *TBR* 2022/125, par. 3.2 en de annotatie van A.H.J. Hofman, *AB* 2022/338, onder 5-6 bij Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448.

5 Zie bijv. W.H.E. Parlevliet e.a., 'Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid', *BR* 2022/25.

6 Zie bijv. W.H.E. Parlevliet e.a., 'Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid', *BR* 2022/25 en A. Jurgens-Boot, 'Gelijke kansen voor gronduitgifte: van Roanne naar Didam', *BR* 2022/24.

7 Zie bijv. M.R. Ruygvoorn, 'De juridische consequenties van het Didam-arrest voor (nog) lopende precontractuele onderhandelingen', *MvV* 2022/9 en S.G. Tichelaar, 'Het Didam-arrest van de Hoge Raad: onderhandse verkoop van onroerende zaken aan banden', *Vastgoedrecht* 2022/1, par. 4.2.

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

overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak.⁹ Het overheidsorgaan zal criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.¹⁰ Daarbij zal het overheidslichaam ook een passende mate van openbaarheid moeten verzekeren.¹¹ De Hoge Raad geeft aan dat zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoet, indien mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop.¹²

Het hof Arnhem-Leeuwarden vernietigt - nu de gemeente niet de vereiste ruimte voor mededinging heeft geboden - de tussen de gemeente en Groenstaete gesloten koopovereenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW¹³ en verklaart voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door het sluiten van de koopovereenkomst.

Hoewel het *Didam*-arrest betrekking heeft op de rechtsfiguur van koop, is inmiddels duidelijk dat het arrest een veel breder toepassingsbereik heeft en bijvoorbeeld ook ziet op (tijdelijke) huur,¹⁴ erfpacht,¹⁵ pacht,¹⁶ bruikleen¹⁷ en grondruil.¹⁸

3. Doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht

De overweging van de Hoge Raad dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen, is niet nieuw. De regel vloeit voort uit de wet en is bovendien al lange tijd vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn beginselen die zijn ontstaan in de rechtspraak als gedragsregels voor de overheid ten opzichte van de burger. Met name na de Tweede Wereldoorlog kwam de ontwikkeling van deze zogenoemde 'ongeschreven normen van behoorlijke

administratie' in een stroomversnelling.¹⁹ Deze in het bestuursrecht ontwikkelde normen vullen de randvoorwaarden in van het publiekrecht waar de civiele rechter rekening mee moet houden bij de beoordeling van overheidshandelen. In de literatuur is geconstateerd dat deze volwaardige rechtsbeginselen die in een concreet geval richting geven aan bestuurshandelen, de kracht hebben 'om het publiekrechtelijk complement te zijn van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm'.²⁰ De snelle ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur maakte dat de bestuursrechter en de civiele rechter elkaar vanaf het midden van de vorige eeuw naderden: de bestuursrechters omarmden de willekeurtoetsing van de civiele rechter,²¹ terwijl de civiele rechter de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in stappen overnam.²² Belangrijk voor de rechtsontwikkeling van toetsing door de civiele rechter van bestuursrechtelijk handelen aan ongeschreven normen waren de *Landsmeer*-arresten uit 1964.²³ De Hoge Raad overwoog daarin dat een rechtstreeks toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur weliswaar buiten de taak van de civiele rechter valt, maar "*niet [is] uitgesloten dat die beginselen binnen het kader van de beoordeling van de vraag of (de overheid) in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, onder omstandigheden in het oordeel van de rechter zullen kunnen worden betrokken*". Er was dus geen sprake van een directe toetsing: schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kon slechts - via de band van de redelijkheid - in strijd met het verbod van willekeur zijn. In het voetspoor van de *Landsmeer*-arresten, volgde een reeks arresten waarin duidelijk werd dat (in ieder geval) op indirecte wijze door de civiele rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst, namelijk via de maatstaf of de overheid in redelijkheid tot haar beslissing had kunnen komen.²⁴

9 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, AB 2022/1, rov. 3.1.3-3.1.4.

10 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, AB 2022/1, rov. 3.1.4.

11 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, AB 2022/1, rov. 3.1.5.

12 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, AB 2022/1, rov. 3.1.6.

13 Meer specifiek: via analogie van rechtspraak over niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine en art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012.

14 Zie bijv. Rb. Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046; Rb. Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831 en Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402.

15 Zie bijv. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7; Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184 en Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310.

16 Zie bijv. Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82.

17 Zie bijv. Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1477.

18 Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 8 juli 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2962.

19 P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990, hoofdstukken 4-6; A.M. Donner, 'Inleiding', *RMThemis* 1984, p. 457-466 en G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht* (VAR-pleadviezen), Haarlem 1952, p. 89-90.

20 R.J.N. Schlössels, 'Lindenbaum/Cohen en het bestuursrecht. Over de ondergang van het legisme en de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur', *RMThemis* 2019, par. 6.

21 HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963, NJ 1949/558 (*Doetinchemse woonruimteverordening*) introduceerde de marginale toetsing: voor tussenkomst van de rechter is reden indien de vordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken. De toets van de civiele rechter behelst een geobjectiveerde toets op 'kennelijke onredelijkheid'. Op die toets hebben de bestuursrechters lange tijd voortgebouwd. Zie R.J.N. Schlössels, 'Evenredigheid als limiet: de langverwachte conclusie over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *JBPlus* 2021/3, par. 3.1. Van die willekeurbenadering heeft de Afdeling op 2 februari 2022 afscheid genomen met een drietal uitspraken: ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *JB* 2022/44, m.nt. R.J.N. Schlössels (*Harderwijk*); ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334 en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335. De nieuwe invulling van het evenredigheidsbeginsel valt buiten het bestek van deze bijdrage.

22 R.J.N. Schlössels, 'Lindenbaum/Cohen en het bestuursrecht. Over de ondergang van het legisme en de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur', *RMThemis* 2019, par. 6.

23 HR 4 januari 1963, NJ 1964/202 en NJ 1964/204 (*Landsmeer*).

24 HR 25 april 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6874, NJ 1981/416 (*Sogut/Staat*); HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4159, NJ 1981/346 (*'s-Gravenhage/Van Beveren*); HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4180, NJ 1982/84 (*Strauss/Amsterdam*) en HR 22 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4832, NJ 1985/82 (*Mosa/Staat*).

De Hoge Raad nam in 1987 definitief afscheid van die indirecte toetsing met het arrest *Amsterdam/Ikon*. De zaak ging over de uitoefening door de gemeente van een haar als eigenaar van in erfpacht uitgegeven grond toekomende bevoegdheid. De erfpachter, Ikon, gebruikte een krachtens de erfpachtvoorwaarden tot woonhuis bestemd pand al gedurende negen jaar als kantoor. Ikon vroeg daarom toestemming tot woningonttrekking. Dit verzoek werd door de gemeente afgewezen, maar door gedeputeerde staten alsnog toegewezen. Vervolgens trachtte de gemeente langs de privaatrechtelijke weg, op grond van de erfpachtvoorwaarden, te bewerkstelligen dat een eind werd gemaakt aan het gebruik als kantoor. In cassatie gaat het uitsluitend nog om het beroep van Ikon op het gelijkheidsbeginsel, nu de gemeente met het afwijzen van het gebruik als kantoor een uitzondering zou hebben gemaakt op haar vaste beleid.²⁵ De Hoge Raad overweegt:

“Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen – in acht te nemen. Voor zover [het middel] betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting.”²⁶

In latere rechtspraak is door de Hoge Raad bevestigd dat de door hem in *Amsterdam/Ikon* geformuleerde regel niet beperkt is tot erfpachtverhoudingen, maar geldt voor het gehele privaatrecht.²⁷ In het arrest *Zeeland/Hoondert* overwoog de Hoge Raad – met verwijzing naar *Amsterdam/Ikon* en art. 3:14 BW – tot slot dat bij de beoordeling van de vraag of is gehandeld conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen sprake dient te zijn van een marginale toetsing.²⁸

Voornoemde rechtspraak is door de wetgever gecodificeerd in art. 3:14 BW,²⁹ dat bepaalt dat een bevoegdheid die krachtens

het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Deze jurisprudentie is ook in het bestuursrecht gecodificeerd.³⁰ Art. 3:1 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verklaart de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover mogelijk van toepassing op andere handelingen van bestuursorganen dan het nemen van besluiten, waaronder ook uitdrukkelijk privaatrechtelijke rechtshandelingen zijn bedoeld. Een aantal van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is in de Awb gecodificeerd, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), het beginsel van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) en het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb). Het gelijkheidsbeginsel is niet terug te vinden in de Awb.

Uit de regels van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb vloeit voort dat ook het contracteren door de overheid niet in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mag geschieden. De overheid beschikt net als elk ander (rechts)persoon over de bevoegdheid om te contracteren (art. 2:1 jo. art. 2:5 BW). Het uitgangspunt is dat de overheid op gelijke wijze als een private partij van haar bevoegdheid om te contracteren gebruik mag maken, met als belangrijke beperking de toepasselijkheid van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb.

Twee in het kader van het *Didam*-arrest zeer relevante algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel wordt door een contractspartij van de overheid ingeroepen om een overheid te houden aan gemaakte afspraken. Dit beginsel komt in paragraaf 5 nader aan de orde. Het gelijkheidsbeginsel ziet in het kader van de *Didam*-rechtspraak op het beginsel van gelijke kansen en wordt ingeroepen door derden die menen ten onrechte niet in aanmerking te zijn genomen als mogelijke contractspartij voor de overheid. De bestuursrechtelijke standaarduitspraak over dit beginsel is de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) gewezen uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* over schaarse vergunningen.³¹ Dat zijn vergunningen waarvoor meer gegadigden in aanmerking zouden willen komen dan het aantal dat beschikbaar is.³² Uit die bestuursrechtelijke uitspraak volgt volgens de Hoge Raad in het *Didam*-arrest dat indien sprake is van schaarste, de overheid in een transparante procedure aan alle (potentiële) gegadigden een gelijke kans moet bieden om mee te dingen.³³ Uit lagere rechtspraak volgt inmiddels dat voor het bieden van gelijke kansen onvoldoende is dat slechts wordt geïnformeerd naar mogelijke gegadigden en

25 De aan deze kwestie grenzende doorkruisingsleer (het mogen aanwenden van privaatrechtelijke bevoegdheden in aanvulling op publiekrechtelijke bevoegdheden) was dus niet aan de orde. Zie daaromtrent recent HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:497.

26 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/727, AB 1987/273 (*Amsterdam/Ikon*), rov. 3.3.

27 Zie bijv. HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, NJ 1991/691, AB 1991/659 (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*); HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232, AB 1992/542 (*Zeeland/Hoondert*) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/588 (*Gemeente Apeldoorn/Duisterhof*). Zie uitgebreid over de (ontwikkeling van de) doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in privaatrechtelijk overheidszaken: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidszaken. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 10.7.

28 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232, AB 1992/542 (*Zeeland/Hoondert*), rov. 3.3.

29 *Kamerstukken II* 1981/82, 17496, nr. 3, p. 12.

30 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, nr. 3, p. 59-60.

31 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie ook uitgebreid F.J. van Ommeren, ‘Speelautomatenhal Vlaardingen’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 693-718.

32 Zie voor een overzicht van de literatuur over de vraag of grondeigendom een schaars recht is: A.G. Bregman, ‘Noem grondeigendom geen schaars recht’, *JBPlus* 2022(4)/12, par. 4.

33 J.A.F. Peters is in zijn annotatie bij het *Didam*-arrest in *JB* 2022/21 kritisch op de manier waarop de Hoge Raad het gelijkheidsbeginsel laat doorwerken in het civiele recht. Op die kritiek gaan wij niet nader in.

gelegenheid wordt geboden om deel te nemen. Vereist is dat daarbij ook informatie wordt verschaft over de toetsbare en redelijke selectiecriteria en de selectieprocedure.³⁴

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, zijn kortom niet alleen van toepassing in geval van discretionaire besluiten (de archetypische overheidshandeling), maar ook in geval van privaatrechtelijk handelen van de overheid. Wij gaan hierna in op de gevolgen van de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels voor bestaande overeenkomsten.

4. Procedures ingesteld door een derde en de gevolgen voor bestaande overeenkomsten

Een belangrijke vraag die de Hoge Raad onbeantwoord heeft gelaten, is de vraag wat de gevolgen van het *Didam*-arrest zijn voor overeenkomsten die in strijd (blijken te) zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde vereisten. Mogelijke sancties voor rechtshandelingen in strijd met het *Didam*-arrest zijn vernietigbaarheid, nietigheid en een schadevergoedingsplicht.

4.1 Consensus in de literatuur

In de literatuur heerst de consensus dat reeds gesloten overeenkomsten die in strijd zijn met de rechtsregel uit het *Didam*-arrest niet vernietigbaar zijn, nu een grondslag voor die vernietigbaarheid ontbreekt.³⁵ Een mogelijke vernietigingsgrond zou gevonden kunnen worden in art. 3:40 lid 2 BW. Dat artikel bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid. In de *Didam*-gerelateerde zaken zou art. 3:14 BW kunnen worden aangewezen als geschonden wetsbepaling.

Op de regels van het tweede lid van art. 3:40 BW bestaan twee belangrijke uitzonderingen. Nietigheid en vernietigbaarheid worden ten eerste niet aangenomen als uit de strekking van de geschonden bepaling anders voortvloeit. Een tweede uitzondering is te vinden in het derde lid van art. 3:40 BW, dat bepaalt dat het tweede lid geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

Betoogd is dat art. 3:14 BW niet uitsluitend strekt ter bescherming van één partij, zodat het rechtsgevolg van

strijdige overeenkomsten niet vernietigbaarheid kan zijn.³⁶ Bovendien zou art. 3:14 BW niet strekken om daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, zodat de uitzondering van art. 3:40 lid 3 BW zich voordoet.³⁷ Door Bartels is zelfs betoogd dat art. 3:14 BW te onbepaald is om dienst te kunnen doen als een wetsbepaling die zich uitlaat over de geoorloofdheid van het verrichten van een rechtshandeling, zodat dat artikel überhaupt niet onder de reikwijdte van art. 3:40 lid 2 BW valt.³⁸

Een andere mogelijke grond voor de vernietigbaarheid van *Didam*-strijdige overeenkomsten zou gevonden kunnen worden in het aanbestedingsrecht.³⁹ Uit art. 4:15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 volgt dat de sanctie voor strijdigheid van de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst met aanbestedingsregels vernietigbaarheid is. De vordering tot vernietiging kan worden ingesteld door een ondernemer die zich door een gunningsbeslissing benadeeld acht. De achtergrond van deze regel is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Uneto/De Vliert*, dat de aanbestedingsregels er niet toe strekken dat een overeenkomst nietig is omdat de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd.⁴⁰ Hoewel de door de Hoge Raad in het *Didam*-arrest geformuleerde regels niet zijn gebaseerd op het aanbestedingsrecht en de aanbestedingsregels ook niet op *Didam*-gevallen van toepassing zijn, tonen de leerstukken wel veel gelijkenissen.⁴¹ Door Bartels is betoogd dat het niet voor de hand ligt om de nietigheidssanctie te verbinden aan schending van de *Didam*-norm, als zelfs de 'echte' aanbestedingsregels daar niet toe strekken.⁴²

In de literatuur is vervolgens aandacht besteed aan de vraag of reeds gesloten overeenkomsten die in strijd zijn met de rechtsregel uit het *Didam*-arrest nietig zijn. In lijn met het voorgaande is het overgrote deel van de auteurs het erover eens dat dergelijke overeenkomsten in beginsel evenmin nietig kunnen zijn op grond van het genoemde art. 3:40 lid 2 BW. Bij die redenering doet zich immers dezelfde uitzondering voor, namelijk dat art. 3:14 BW niet ertoe strekt om strijdige rechtshandelingen aan te tasten, zodat ook dan

34 Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487, rov. 4.11. In dat vonnis oordeelde de rechtbank dat de gemeente Dronen niet heeft voldaan aan het gelijkheidsbeginsel. Zie over de eisen die worden gesteld aan het publiceren van het voornemen van overheden tot uitgifte van grond I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, par. 2.

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

36 I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, par. 6 en I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, p. 397.

37 I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, p. 397.

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

39 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, rov. 3.7.

40 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*), rov. 3.3.4.

41 Vgl. W.H.E. Parlevliet e.a., 'Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid', *BR* 2022/25; P. Heijnsbroek & J.F. van Nouhuys, 'Commentaar bij het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021', *TA* 2022/1 en A. Jurgens-Boot, 'Gelijke kansen voor gronduitgifte: van Roanne naar Didam', *BR* 2022/24.

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

art. 3:40 lid 3 BW van toepassing is.⁴³ In algemene zin is ook gewezen op de onwenselijkheid van het aantasten van overeenkomsten die zijn gesloten en uitgevoerd vóór het *Didam*-arrest.⁴⁴

De nietigheid van de overeenkomst kan in theorie eveneens worden gestoeld op art. 3:40 lid 1 BW, dat bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, nietig is. De eerdergenoemde uitzonderingen op de nietigheid van art. 3:40 lid 2 BW, gelden in beginsel niet voor de nietigheidsgrond van art. 3:40 lid 1 BW.⁴⁵ Dat handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan leiden tot gehele of gedeeltelijke nietigheid van een overeenkomst wegens strijd met de openbare orde, is door de Hoge Raad reeds bevestigd in het arrest *Alkemade/Hornkamp*.⁴⁶ Niet iedere schending van de regels van het *Didam*-arrest zal evenwel strijd met de openbare orde opleveren. In de literatuur wordt dan ook wel aangenomen dat een nietigheid van een met het *Didam*-arrest strijdige overeenkomst zich alleen voordoet indien sprake is van een zogenoemde gekwalificeerde schending van de vereisten uit het *Didam*-arrest.⁴⁷

Een gekwalificeerde schending betekent dat een hogere drempel geldt voor (in dit geval) de nietigheid van de overeenkomst. Sprake moet dan zijn van bijkomende (verzwarende) omstandigheden. Wat die bijkomende omstandigheden dan zouden zijn, blijkt niet uit de reeds gepubliceerde rechtspraak.⁴⁸ Uit rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat relevant kan zijn welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren en of de regel in een sanctie voorziet.⁴⁹ Hoewel deze gezichtspunten voortvloeien uit rechtspraak met betrekking tot een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie, lijken de gezichtspunten tevens bruikbaar in het kader van

de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending van de vereisten uit het *Didam*-arrest.⁵⁰

Mogelijk kan voor de invulling van het begrip 'gekwalificeerde schending' ook inspiratie worden ontleend aan rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over staatsaansprakelijkheid voor onjuiste rechtspraak, waar ook moet worden getoetst of sprake is van een (voldoende) gekwalificeerde schending. In die rechtspraak wordt belang toegekend aan de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling.⁵¹

Naast aantasting van de overeenkomst, kan schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk handelen door een overheidsorgaan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW jegens de potentiële contractspartijen aan wie geen eerlijke kans is geboden om mee te dingen.⁵² In de literatuur wordt aangenomen dat een en ander ook geldt voor de schending door een overheidsorgaan van de vereisten uit het *Didam*-arrest.⁵³ Dit wordt door het hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak bevestigd.⁵⁴ De verwachting is dat het niet eenvoudig zal zijn om vast te stellen of schade is geleden als komt vast te staan dat een overheidslichaam onrechtmatig heeft gehandeld door bij een privaatrechtelijke rechtshandeling geen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure te bieden. De benadeelde partij had immers niet meer dan een kans om contractspartij te worden. Het leerstuk van kansschade kan in dergelijke situaties evenwel uitkomst bieden, zoals ook is gebleken in de rechtspraak.⁵⁵

4.2 Lagere rechtspraak over de sancties voor *Didam*-strijdige arresten

De vraag wat de gevolgen van het *Didam*-arrest zijn voor overeenkomsten die in strijd zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde vereisten, zal voornamelijk spelen in zaken aangespannen door een derde, die ook als contractpartij in aanmerking wenst te komen en meent dat het overheidsorgaan in strijd met het *Didam*-arrest geen mededingingsruimte biedt c.q. heeft geboden door middel van een

43 Zie W.H. Huijgen & H.J. Weijers, 'Het Didam-arrest vanuit notarieel perspectief', *JBN* 2022/9, p. 7; T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946 en I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, p. 8.

44 I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, par. 3.1.

45 Zie evenwel Asser/Sieburgh 6-III 2022/347-347g, waarin wordt betoogd dat het in art. 3:40 BW aangebrachte onderscheid tussen rechtshandelingen die (naar inhoud of strekking) in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden en rechtshandelingen in strijd met de wet niet steeds overtuigend is en dat het in de rede ligt de in art. 3:40 lid 2 en 3 BW geboden flexibele benadering van nietigheid en vernietigbaarheid ook te laten gelden voor de gevallen die door art. 3:40 lid 1 BW worden bestreken.

46 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, *NJ* 1998/588, *AB* 1998/241 (*Alkemade/Hornkamp*). Vgl. ook Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, rov. 4 en I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, par. 3.

47 T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946; I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, p. 8-9; de annotatie van S. Elbertsen e.a., bij het *Didam*-arrest in *BR* 2022/7, par. 6.1 en de annotatie van S.E. Bartels bij het *Didam*-arrest in *JOR* 2022/81.

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

49 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*).

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

51 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), rov. 55.
52 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, *NJ* 1993/232, *AB* 1992/542 (*Zeeland/Hoondert*).

53 T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946; I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het *Didam*-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, p. 9 en M.N. Bende & T.F.H. Reijnen, 'Reactie op "Zijn *Didam*-strijdige overeenkomsten nietig?" van prof. mr. S.E. Bartels in *WPNR* 2022/7392', *WPNR* 2023/7405, p. 236.

54 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, rov. 3.10.

55 T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2022/946. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607 en Rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487, waarin de zaak wordt verwezen naar de schadeloosheidsprocedure.

selectieprocedure. De rechtspraak die betrekking heeft op dergelijke gevallen, is inmiddels niet meer op twee handen te tellen.

In de meeste zaken waarin strijdigheid van een reeds tot stand gekomen overeenkomst met het *Didam*-arrest wordt geconstateerd, wordt door rechters via maatwerk gezocht naar een oplossing waarbij ze zich niet in algemene zin hoeven uit te laten over de vernietigbaarheid of nietigheid van de overeenkomst. Zo stelde de rechtbank Midden-Nederland de gemeente Nieuwegein in de gelegenheid om haar voornemen tot verkoop op de in het *Didam*-arrest voorgeschreven wijze te publiceren. Indien naar aanleiding van die publicatie blijkt dat de beoogde koper de enige serieuze gegadigde is, dan kan alsnog uitvoering worden gegeven aan de koopovereenkomst. Tot die tijd mag de gemeente geen uitvoering geven aan de met Shell gesloten koopovereenkomst.⁵⁶

In een drietal uitspraken hebben rechters zich wel expliciet uitgelaten over de sanctie die moet gelden voor overeenkomsten in strijd met het *Didam*-arrest. Daarbij kan ten eerste worden gewezen op een vonnis van de rechtbank Noord-Holland over een koopovereenkomst die bijna vier jaar voor het *Didam*-arrest is gesloten en in strijd is met de in dat arrest geformuleerde vereisten. De voorzieningenrechter oordeelt dat de overeenkomst niet nietig is en overweegt daartoe:

“De gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel kan de vordering alleen dragen als de overeenkomst strijdig geoordeeld moet worden met de goede zeden of openbare orde en op grond van artikel 3:40 BW nietig is. Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter tot dat rechtsgevolg leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig.”⁵⁷

De rechter sluit hiermee aan bij de in de literatuur geuite opvattingen dat voor de gevolgen van strijd met het *Didam*-arrest aansluiting moet worden gezocht bij art. 3:40 lid 1 BW en dat sprake moet zijn van een gekwalificeerde schending om tot nietigheid van de overeenkomst te oordelen. Een gekwalificeerde schending deed zich in het onderhavige geval volgens de voorzieningenrechter niet voor.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland gaat een andere richting uit in een uitspraak van 22 maart 2023 over een monumentaal pand dat de gemeente Rhenen in 2020 aan Stichting 't Brandtweer heeft

verkocht.⁵⁸ In 2023 heeft de gemeente in het Gemeenteblad gepubliceerd dat zij van plan is om het pand te leveren aan de stichting, omdat zij van oordeel is dat de stichting als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt. Eiseres start een kort geding en voert aan dat de overeenkomst met de stichting nietig is, zodat daaraan geen uitvoering meer gegeven kan worden en het pand aldus niet geleverd kan worden.

De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen in strijd met het gelijkheidsbeginsel nu de in de gemeentepublicatie vermelde redenen voor het aannemen dat slechts één gegadigde is, niet zijn aan te merken als objectieve, toetsbare en redelijke criteria op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop van het panden:

“Het rechtsgevolg van het in strijd handelen met het gelijkheidsbeginsel is dat de tussen Gemeente Rhenen en 't Brandtweer gesloten koopovereenkomst nietig is.”⁵⁹

De voorzieningenrechter overweegt dat de overeenkomst in strijd met art. 3:14 BW tot stand is gekomen en dat op grond van art. 3:40 lid 2 BW strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling. De voorzieningenrechter meent dat zich hier niet de situatie voordoet dat de wettelijke bepaling waarmee in strijd is gehandeld uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling. Het gelijkheidsbeginsel, in de context van gelijke kansen bieden, strekt er nu juist toe om ook derden die geen partij zijn bij de meerzijdige rechtshandeling (zoals een overeenkomst) te beschermen.⁶⁰

Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter of de in art. 3:14 BW neergelegde verplichting om bij het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst onder andere het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen de strekking heeft om de geldigheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst aan te tasten. De rechtbank licht, met een uitgebreide motivering, toe dat dat het geval is.⁶¹

Het verweer van de gemeente dat sprake dient te zijn van een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel om van nietigheid te kunnen spreken wordt verworpen. Die voorwaarde speelt immers bij nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW (strijd met openbare orde), terwijl hier volgens de voorzieningenrechter sprake is van nietigheid in de zin van art. 3:40 lid 2 BW (strijd met een wettelijke

56 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017. Zie in die zin bijv. ook Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGAM:2022:7; Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029; Rb. Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402; Rb. Rotterdam 19 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11310 en Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99.

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

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

59 Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, rov. 3.19.

60 Wij merken op dat in de literatuur is aangenomen dat het gaat om de vraag of art. 3:14 BW (als geschonden wetbepaling) uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen, en niet wat het doel is van het gelijkheidsbeginsel. Zie I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, par. 6 en I. Haverkate & D.W.N. Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten – Deel II', *TvHB* 2022/6, p. 397.

61 Ook op dit punt kan de vraag worden gesteld of het gaat om de strekking van art. 3:14 BW of van het gelijkheidsbeginsel.

bepaling).⁶² Wij merken op dat het fundamentele karakter van het gelijkheidsbeginsel, dat de voorzieningenrechter noemt, ook kan worden gebruikt als argument dat strijdigheid daarmee tevens een gekwalificeerde schending oplevert.

Een wederom andere wending wordt gekozen door het hof Arnhem-Leeuwarden in de al eerdergenoemde uitspraak van 4 april 2023.⁶³ De uitspraak is gedaan in de bodemprocedure die in het kader van de in paragraaf 2 besproken *Didam*-casus aanhangig is gemaakt. Het hof past de regels uit het arrest van de Hoge Raad toe en overweegt dat de gemeente zich daaraan niet heeft gehouden. Het hof oordeelt dat vernietiging van de koopovereenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW de passende remedie is tegen de niet-naleving van de regels uit het *Didam*-arrest. Daarbij rept het hof niet over de eventuele toepasselijkheid van de uitzondering van art. 3:40 lid 3 BW. Het hof overweegt dat het voor de sanctie van vernietiging aansluiting zoekt bij het aanbestedingsrecht. De door de Hoge Raad in het *Didam*-arrest geformuleerde regels die een overheidsinstantie moet naleven (zoals in dit geval) bij de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak zijn – volgens het hof – geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Het hof verwijst vervolgens onder meer naar het eerdergenoemde *Uneto/De Vliert*-arrest, waarin de Hoge Raad heeft beslist dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Naar analogie van deze rechtspraak en van art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 spreekt het hof de vernietiging van de koopovereenkomst uit.

Het hof wijst vervolgens ook de verklaring voor recht toe dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de koopovereenkomst met Groenstaete te sluiten. Het hof overweegt dat de kans dat de derde-partij schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de gemeente aanneemelijk is, ook als alsnog – maar dan wel met vertraging – de openbare en niet-discriminatoire biedingsprocedure wordt doorlopen. Om die reden wijst het hof ook de vordering tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat toe.

De vorderingen die betrekking hebben op de stelling dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld, worden door het hof afgewezen. De omstandigheid dat de gemeente bij het aangaan van een koopovereenkomst met Groenstaete een op haar rustende verplichting – het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van haar grond – op een onrechtmatige manier heeft geschonden, betekent volgens het hof niet zonder meer dat ook Groenstaete onrechtmatig heeft gehandeld. Dat is volgens het hof alleen zo als sprake is van bijkomende omstandigheden, die zijn gesteld noch gebleken. Daarbij acht het hof relevant dat de beslissingen in het *Didam*-arrest afwijken van de toen gebruikelijke manier van onderhandse verkopen van gemeentegrond. Hieruit valt af te leiden dat contractspartijen van de overheid van

na het *Didam*-arrest gesloten overeenkomsten wel degelijk ook onrechtmatig kunnen handelen jegens derden indien zij willens en wetens de regels niet hebben nageleefd.

In de literatuur wordt aangenomen dat een grondslag ontbreekt voor de vernietigbaarheid van *Didam*-strijdige overeenkomsten, alsmede – onder andere op basis van *Alkemade/Hornkamp*⁶⁴ – dat handelen in strijd met art. 3:14 BW en het gelijkheidsbeginsel strijd oplevert met de openbare orde (en dat eventuele strijd met een wettelijke bepaling wordt geheeld door art. 3:40 lid 3 BW), zodat een gekwalificeerde schending nodig is voor het oordeel dat sprake is van nietigheid. Zowel de uitspraken van de rechtbank Midden-Nederland als van het hof Arnhem-Leeuwarden wijken duidelijk af van deze voorzichtige consensus. Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat het door het hof Arnhem-Leeuwarden gewezen arrest in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak totdat er een nieuw arrest van de Hoge Raad is (in de bodemprocedure in het kader van de *Didam*-casus of na prejudiciële vragen) richtinggevend zal zijn. Vooral nog zal daarom sterk rekening gehouden moeten worden met de vernietigbaarheid van een overeenkomst (alsmede met schadeplichtigheid van de overheid) die in strijd is met de regels van het *Didam*-arrest.

Hoewel de gevolgen van een schending daarmee groot kunnen zijn, is het belangrijk te benadrukken dat in de rechtspraak bovenal rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval en weinig algemene overwegingen over de rechtsgeldigheid van overeenkomsten te vinden zijn. De oplossing wordt veelal gezocht in maatwerk door bijvoorbeeld een overheid alsnog een kans te geven de regels in acht te nemen. Ook wordt rekening gehouden met de gevolgen van een mogelijke vernietiging en of een overheid die vernietiging ‘kon zien aankomen’. Indien een overheid willens en wetens het aangaan van een overeenkomst heeft doorgezet zonder daarbij een transparante procedure te bieden, terwijl zij aanknopingspunten had zich te realiseren dat dit niet conform de regels is, wordt dit een overheid – onzes inziens terecht – snel verweten.

5. Procedures ingesteld door contractspartij en botsende algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Evenzo als overheden zich bij privaatrechtelijk handelen op grond van art. 3:14 BW aan het gelijkheidsbeginsel hebben te houden, moeten zij het vertrouwensbeginsel in acht nemen. Op grond van het vertrouwensbeginsel moet een burger erop kunnen vertrouwen dat een toezegging van een bestuursorgaan nagekomen wordt. In het bestuursrecht gaat het dan altijd om een toezegging over de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden, zoals het nemen van appellabele besluiten. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel dat leidt tot vernietiging van een besluit bij de bestuursrechter moet op grond van

62 Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, rov. 3.28.

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

64 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, NJ 1998/588, AB 1998/241 (*Alkemade/Hornkamp*).

de *Dakterras*-uitspraak sprake zijn van (i) een welbewuste standpuntbepaling (in de regel in de vorm van een toezegging), (ii) die gedaan is door een daartoe bevoegd persoon of op goede gronden kan worden toegerekend aan het bevoegde bestuursorgaan en (iii) tegen de honorering waarvan geen zwaarder wegende belangen in de weg staan.⁶⁵

In het civiele recht wordt de problematiek die voortvloeit uit toezeggingen of afspraken die niet worden nagekomen via verschillende leerstukken opgelost, zoals *pacta sunt servanda*, de wilsvertrouwensleer en de onrechtmatige daad.⁶⁶ Ook in civiele rechtspraak wordt echter regelmatig een beroep gedaan op 'het vertrouwensbeginsel' om overheden aan gemaakte afspraken of toezeggingen te houden.⁶⁷ Een toezegging in het civiele recht heeft andere rechtsgevolgen dan in het bestuursrecht en de toetsingskaders van de bestuursrechter en de civiele rechter verschillen van elkaar. Het belangrijkste verschil is dat een overheidstoezegging civielrechtelijk als een verbintenisscheppende rechtshandeling moet worden aangemerkt, als gevolg waarvan op de overheid een verplichting rust om deze na te komen (*pacta sunt servanda*), terwijl voor het bestuursrecht geldt dat een belangenafweging tussen enerzijds nakoming van gewekt vertrouwen en anderzijds een algemeen belang (bijvoorbeeld een goede ruimtelijke ordening) een intrinsiek onderdeel is van een beroep op het vertrouwensbeginsel.⁶⁸ Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel, kan worden geconstateerd dat ook in het civiele recht in het kader van een beroep op het vertrouwensbeginsel meer dan vóór de *Dakterras*-uitspraak (waar in de civiele rechtspraak ook regelmatig direct een beroep op wordt gedaan⁶⁹) een belangenafweging wordt gemaakt om te beoordelen of een overheid haar toezegging moet nakomen.⁷⁰ Deze belangenafweging is ook terug te vinden in de hierna te bespreken rechtspraak. In dat geval gaat het niet om een belangenafweging tussen concrete belangen van de vertrouwende burger tegenover de overheid die zich beroept op een algemeen belang, maar

om de afweging tussen twee algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als een overheid tekortschiet in haar nakomingsverplichting indien zij een overeenkomst of anderszins gerechtvaardigd vertrouwen wegens de *Didam*-rechtspraak niet kan nakomen, kan zij op die grond schadevergoedingsplichtig zijn jegens haar contractspartij.⁷¹

Het gaat hier om procedures aangespannen door de (beoogde) contractspartij die nakoming wenst van de reeds gesloten overeenkomst, dan wel nakoming van de toezegging dat een overeenkomst tot stand zou komen, terwijl het overheidsorgaan zich verweert met een beroep op de regels uit het *Didam*-arrest en stelt op grond van die regels de gemaakte afspraken niet te kunnen nakomen. Indien niet is voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarden van een toezegging op de nakoming waarvan een burger gerechtvaardigd mocht vertrouwen, slaagt een beroep op het vertrouwensbeginsel niet en zal moeten worden vastgehouden aan de regels uit het *Didam*-arrest.⁷² Indien echter wel is voldaan aan de voorwaarden en zowel het beroep op het gelijkheidsbeginsel als het beroep op het vertrouwensbeginsel terecht is, zal een afweging moeten plaatsvinden tussen de twee beginselen. De rechtspraak wijst uit dat een dergelijke afweging beide kanten kan uitvallen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden aan de zijde van de (beoogde) contractspartij die zich op het vertrouwensbeginsel beroept die bij de belangenafweging een rol kunnen spelen zijn blijkens de rechtspraak het belang bij nakoming van de overeenkomst,⁷³ reeds gedane investeringen,⁷⁴ vergunningen die reeds zijn verkregen⁷⁵ en de vraag of de (beoogde) contractspartij al dan niet te goeder trouw was.⁷⁶ Belangen die meespelen aan de zijde van de overheid die zich op het gelijkheidsbeginsel beroept zijn in ieder geval de belangen van derden⁷⁷ en de precedentwerking van het slagen van een beroep op het vertrouwensbeginsel.⁷⁸ Bovendien wordt relevant geacht hoe de overheid zich heeft

65 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302 (*Dakterras*).

66 Zie bijv. G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2011, p. 82-84, die opmerkt dat het vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht allerlei situaties beslaat waarvoor in het civiele recht specifieke regels gelden en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Band 1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 389, waarin zij beschrijven hoe de werking van het vertrouwensbeginsel in beide rechtsgebieden van elkaar verschilt. Zie ook A-G Wissink onder 3.10.1 voor HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:719, AB 2020/288 (*Heruitgifte erfpacht Staat*): "In de civielrechtelijke rechtspraak wordt aan een minder vastomlijnd toetsingskader [dan in het bestuursrecht] getoetst."

67 In HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, NJ 2022/236, AB 2022/134 (*Toezegging aanleg brug*) heeft de Hoge Raad overwogen dat onder omstandigheden het toetsingskader voor de beantwoording van de vraag of een toezegging moet worden nagekomen in het civiele recht hetzelfde is als in het bestuursrecht.

68 N. van Triet, *Afspraken en Aanspraken. Overheidsverplichtingen voor een schending van gerechtvaardigd vertrouwen, op het grensvlak van het bestuursrecht en het civiele recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 4.3.

69 Zie bijv. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, NJ 2022/236, AB 2022/134 (*Toezegging aanleg brug*); Rb. Overijssel 8 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4682 en Rb. Rotterdam 9 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:937.

70 N. van Triet, *Afspraken en Aanspraken. Overheidsverplichtingen voor een schending van gerechtvaardigd vertrouwen, op het grensvlak van het bestuursrecht en het civiele recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 8.4-8.5.

71 In Rb. Gelderland 22 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3065 oordeelde de voorzieningenrechter dat de rechtbank voorshands van oordeel is dat de gemeente niet alleen de eerste uitgifteprocedure niet mocht afbreken, maar ook dat de kans groot is dat in de hoofdzaak wordt geoordeeld dat de gemeente daarmee onrechtmatig heeft gehandeld, omdat zij heeft gehandeld in strijd met art. 3:14 BW.

72 Zie bijv. Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7; Rb. Gelderland 1 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6184 en Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795. Eerdere afspraken maken ook dat in zoverre geen sprake is van gelijkheid tussen de persoon met wie een afspraak is gemaakt en de overige gegadigden, zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6448, rov. 3.10.

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

74 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332; Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739 en Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170.

75 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332.

76 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332.

77 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332; Rb. Noord-Holland 1 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:739 en Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170.

78 Gerecht in eerste aanleg van Aruba 7 september 2022, ECLI:NL:OGEAA:2022:332.

gedragen en of de overheid bij totstandkoming van de overeenkomst te goeder trouw was.⁷⁹

De hiervoor behandelde rechtspraak zoekt aldus in de concrete omstandigheden van het geval een uitkomst voor het geschil. Wij merken nog op dat indien wordt aangenomen dat een schending van het gelijkheidsbeginsel altijd een schending van een dwingende wetsbepaling, te weten art. 3:14 BW, zou opleveren (en niet een schending van de openbare orde via de gekwalificeerde schending), mogelijk niet aan een belangenafweging kan worden toegekomen omdat geen sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen op nakoming van afspraken die in strijd zijn met de wet, althans die afweging eerder naar de kant van het gelijkheidsbeginsel zal uitvallen omdat het belang van nakoming van een afspraak in strijd met de wet niet snel zwaarder zal wegen dan het in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel.⁸⁰ Een vergelijking kan worden gemaakt met de bestuursrechtelijke rechtspraak waarin wel wordt aangenomen dat contra legem gewekt vertrouwen in beginsel niet kan leiden tot een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel, dan wel dat niet op een uitlating in strijd met de wet gerechtvaardigd kan worden vertrouwd.⁸¹

6. De doorwerking van Didam in bestuursrechtelijke procedures

De verwachting is dat de gevolgen van (beoogde) grondtransacties die in strijd zijn met de vereisten uit het *Didam*-arrest beperkt zijn voor de bestuursrechtelijke zijde van de projectontwikkelingen. In dat verband kan een parallel worden getrokken met de verhouding tussen een bevoegdheidsovereenkomst en daaruit voortvloeiende besluitvorming. Een bevoegdheidsovereenkomst is een overeenkomst tussen een overheid en een private partij die ziet op het vastleggen van het aanwenden van bestuursrechtelijke bevoegdheden, bijvoorbeeld door vaststelling van een begunstigend bestemmingsplan of door verlening van een omgevingsvergunning tot afwijking van het bestemmingsplan. Vaststaat dat de bevoegdheidsovereenkomst niet de grondslag vormt voor de publiekrechtelijke besluitvorming ter uitvoering van de overeenkomst. Die grondslag wordt immers gevormd door de wettelijke bevoegdheid van het bestuursorgaan. Dat leidt ertoe dat de vernietiging of nietigheid van de bevoegdheidsovereenkomst geen gevolgen

heeft voor de rechtsgeldigheid van het daaruit voortkomende bestuursrechtelijke besluit.⁸²

Eenzelfde redenering volgend, zal de vernietigbaarheid of nietigheid van de grondtransactie op grond van strijd met de vereisten uit het *Didam*-arrest, geen gevolgen hebben voor de geldigheid van het daarmee samenhangende bestuursrechtelijke besluit. Die verwachting wordt in de beschikbare jurisprudentie waargemaakt.

6.1 Uitvoerbaarheid van bestemmingplannen

Uit art. 3.1.6 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) vloeit voort dat voor de vaststelling van een bestemmingsplan moet vaststaan dat het bestemmingsplan 'uitvoerbaar' is. Het gaat daarbij om de uitvoerbaarheid in brede zin. Gedacht kan worden aan financiële en maatschappelijke uitvoerbaarheid. Het vereiste van de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan strekt ertoe te voorkomen dat belanghebbenden worden geconfronteerd met de nadelige ruimtelijke gevolgen van een bestemming die niet uitvoerbaar is.⁸³ Het is vaste rechtspraak dat bij een beroep tegen een bestemmingsplan een betoog over de uitvoerbaarheid van dat plan alleen kan leiden tot vernietiging van het bestreden besluit als de gemeenteraad redelijkerwijs had moeten inzien dat het plan om financieel-economische of andere redenen op voorhand niet uitvoerbaar is.

Inmiddels is in de bestuursrechtspraak al veelvuldig een beroep gedaan op het *Didam*-arrest om bestemmingsplannen van tafel te krijgen. De redenering van appellant is dan dat een bestemmingsplan niet uitvoerbaar is, nu de voor uitvoering van het bestemmingsplan noodzakelijke grondverkoop geen doorgang kan vinden, althans nietig c.q. vernietigbaar is, op grond van de rechtsregels die voortvloeien uit het *Didam*-arrest. De Afdeling heeft inmiddels een vaste jurisprudentielijn ontwikkeld. Zij toetst of het *Didam*-arrest met zich brengt dat een bestemmingsplan niet uitvoerbaar is aan de hand van de vraag of de gemeenteraad op voorhand had moeten inzien dat het bestemmingsplan niet kan worden uitgevoerd zonder dat de daarvoor benodigde gemeentelijke gronden in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zoals nader is uitgewerkt in het *Didam*-arrest, aan de ontwikkelaar zijn verkocht. Aan die maatstaf zal niet snel zijn voldaan. Een bestemmingsplan regelt niet welke gegadigde het bestemmingsplan zal gaan uitvoeren, maar enkel welk plan er gerealiseerd zal gaan worden. Een vernietiging van een koopovereenkomst betekent dus niet automatisch dat het bestemmingsplan niet uitvoerbaar is. De enkele mogelijkheid dat de gemeente alsnog met een andere ondernemer een overeenkomst sluit, maakt niet reeds dat die

79 Rb. Amsterdam 7 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2170 en Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82. Een verwijt aan de gemeente dat zij haar lastige positie te wijten heeft aan eigen gedrag, is bijv. ook te vinden Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11197, rov. 7.3. Vgl. het arrest in de bodemprocedure in de *Didam*-zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, rov. 3.7.

80 Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, rov. 3.19.

81 Zie N. van Triet, *Afspraken en Aanspraken. Overheidsverplichtingen voor een schending van gerechtvaardigd vertrouwen, op het grensvlak van het bestuursrecht en het civiele recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 6.4.1.1 voor de verschillende benaderingen van de hoogste bestuursrechters ten aanzien van honorering van contra legem gewekt vertrouwen.

82 P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 435-438. Tevens geldt op grond van het arrest *Etam/Zoetermeer* (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, NJ 2011/463, AB 2011/298) dat de rechtmatigheid van een uit een bevoegdheidsovereenkomst voortvloeiend besluit niet in de weg staat aan een vordering bij de civiele rechter op grond van wanprestatie.

83 Zie ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1433.

ondernemer de planontwikkeling niet zal willen realiseren.⁸⁴ De Afdeling heeft hiermee een hoge drempel opgeworpen voor het slagen van een beroep op het *Didam*-arrest om een besluit vernietigd te krijgen. Tot op heden is deze drempel nog niet gehaald. Een ander oordeel van de Afdeling is denkbaar in een zaak waarin het plan dusdanig specifiek is, dat het slechts uitvoerbaar is door één initiatiefnemer.

Overigens komt het vereiste van de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan niet terug in de in aantocht zijnde Omgevingswet.⁸⁵ Het bestuursorgaan hoeft niet meer aannemelijk te maken dat een toegedeelde functie ook daadwerkelijk uitvoerbaar is. In het omgevingsplan – de opvolger van het bestemmingsplan – hoeft slecht aangetoond te worden dat de beoogde functie ook op de beoogde locatie ‘kan’ komen. Dat is een lagere drempel, zodat aangenomen kan worden dat het *Didam*-arrest ook onder de Omgevingswet niet in de weg zal staan aan de totstandkoming van het omgevingsplan.

6.2 Omgevingsvergunning

Ook ten aanzien van de omgevingsvergunning is het onwaarschijnlijk dat met het *Didam*-arrest strijdige overeenkomsten gevolgen zullen hebben voor de geldigheid daarvan.⁸⁶ Voor het verlenen van een omgevingsvergunning geldt een imperatief-limitatief stelsel (art. 2.10 lid 1 Wabo) van weigeringsgronden en komt aan het bestuursorgaan (anders dan bij de vaststelling van bestemmingsplannen) geen beleidsvrijheid toe. Zoals de Afdeling ook reeds voorzichtig heeft overwogen, is de aantastbaarheid van een onderliggende overeenkomst geen weigeringsgrond op grond waarvan het college de omgevingsvergunning had moeten weigeren.⁸⁷ Het is onwaarschijnlijk dat dit onder de nieuwe Omgevingswet anders zal zijn.

6.3 Evidente privaatrechtelijke belemmering

De Afdeling heeft zich ook uitgelaten over de vraag of het *Didam*-arrest ertoe kan leiden dat sprake is van een zogenaamde evidente privaatrechtelijke belemmering. Van een privaatrechtelijke belemmering is sprake als de uitvoering van een voorgenomen project in strijd komt met het burgerlijk recht. Te denken valt aan een schending van het burenrrecht.⁸⁸ De privaatrechtelijke belemmering moet evident zijn, omdat het in beginsel op de weg van de civiele rechter

(en niet: de bestuursrechter) ligt om te bepalen of de betrokkene een afdwingbaar recht jegens een andere (rechts)persoon heeft.⁸⁹ De Afdeling doet het beroep op de aanwezigheid van evidente privaatrechtelijke belemmering af met dezelfde redenering als die zij hanteert in het kader van de uitvoerbaarheid van bestemmingsplannen.⁹⁰ Aangenomen kan worden dat dezelfde hoge drempel geldt voor een geslaagd beroep op een evidente privaatrechtelijke belemmering wegens strijdigheid met het *Didam*-arrest.

7. Conclusie

In deze bijdrage hebben wij de gevolgen van het *Didam*-arrest voor reeds gesloten overeenkomsten onderzocht. Het *Didam*-arrest vloeit voort uit een reeds decennialang streven naar rechtseenheid tussen het bestuursrecht en het civiele recht⁹¹ en onderstreept de onderlinge wisselwerking tussen deze twee rechtsgebieden: bestuursrechtelijke beginselen in het privaatrecht⁹² en privaatrechtelijke beginselen in het bestuursrecht. Het arrest past naadloos binnen deze ontwikkeling, waarbij steeds meer sprake is van ‘gemeenschappelijk recht’ en minder van onafhankelijk en los van elkaar functionerende rechtsgebieden. Die ontwikkeling is zeker nog niet ten einde. Zo is in de literatuur de vraag opgeworpen of in de toekomst een nog grotere reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in privaatrechtelijke verhoudingen zal worden toegekend. Onder andere kan in dat kader worden gedacht aan het van toepassing verklaren van de regels – zoals die van het *Didam*-arrest – op private partijen die met overheden vergelijkbare posities hebben.⁹³

Hoewel rechtseenheid wenselijk is, kan toepassing van bestuursrechtelijke beginselen in het privaatrecht ook tot onduidelijkheid leiden en is ten aanzien van veel aspecten nog sprake van onontgonnen gebied. Zo ook ten aanzien

84 ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157; ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679; ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1992; ABRvS 5 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2865; ABRvS 23 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3405; ABRvS 23 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3395; ABRvS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:192; ABRvS 25 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:292 en ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:407.

85 Zie <https://iplo.nl/regelgeving/instrumenten/omgevingsplan-hoofddlijnen/omgevingsplan-hoofddlijnen/veranderingen-omgevingsplan/>. De inwerkingtreding van de Omgevingswet is vooralsnog voorzien op 1 januari 2024.

86 In die zin ook G.K. den Uyl-Slagter & J. Wieland, ‘Eén jaar Didam-arrest: gamechanger of storm in een glas water?’, *BR* 2022/84, par. 7.2 en annotatie J. Wieland bij ABRvS 20 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1157, *AB* 2022/356.

87 ABRvS 15 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1679, rov. 11.2.

88 Zie bijv. ABRvS 31 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3539.

89 ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:208, rov. 3.1.

90 ABRvS 1 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:407, rov. 8.2.

91 Zie hierover recentelijk het fraaie artikel L.F. Wiggers-Rust, ‘Goed voorbeeld doet goed volgen! Over de coördinatie van bestuursrecht en privaatrecht op het hoogste én op lager rechterlijk niveau’, *NJB* 2022/2610.

92 Een duidelijke weerklink hiervan is te vinden in het arrest in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak (Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796), waar het hof de aanbestedingsregels van Europese origine en art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet naar analogie toepast op het civiele recht om tot vernietiging van de koopovereenkomst te komen. Zie over een schending van publieke belangen en een civielrechtelijke remedie ook de recente uitspraken Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1459 en Rb. Rotterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3475 over onrechtmatig overheidshandelen jegens gedupeerde ouders in de Toeslagenaffaire. De civiele rechter oordeelt dat gelet op de schending van het evenredigheidsbeginsel in de bestuursrechtelijke kolom, hij bevoegd is te oordelen over de vordering tot onrechtmatig overheidshandelen in de vorm van onrechtmatige besluitvorming wegens schending van het evenredigheidsbeginsel. De civiele rechter neemt daarbij een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht aan.

93 M. Scheltema, ‘IKON. Beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke handelen van bestuursorganen’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klasiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 183-184; P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 14.2 en P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/24.

van de gevolgen van het *Didam*-arrest voor bestaande overeenkomsten. Op basis van de rechtspraak – in het bijzonder door de uitspraken van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 22 maart 2023 en die van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023 – staat bijvoorbeeld niet vast of het niet in acht nemen van het gelijkheidsbeginsel strijd met een wetsbepaling (art. 3:14 BW) of strijd met de openbare orde (via een gekwalificeerde schending) kan opleveren en of de in art. 3:40 lid 2 en 3 BW geformuleerde uitzonderingen ten aanzien van de strekking van de geschonden wetsbepaling gelden in geval van een schending van het gelijkheidsbeginsel. Het verlangen van de rechtspraak naar een antwoord op die vragen blijft onverminderd groot. Hoewel wij – gelet op de motivering in het arrest – ons kunnen voorstellen dat de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak tot de Hoge Raad een uitspraak doet richtinggevend zal zijn, hebben wij geconstateerd dat het hof daar weer een andere route heeft genomen ten aanzien van de (grondslag van de) geldende sanctie dan eerder in de literatuur en rechtspraak werd aangenomen, en dat het hof niet is ingegaan op de uitzonderingsgronden van het tweede en derde lid van art. 3:40 BW. Zo lijkt bijna anderhalf jaar na het *Didam*-arrest de duidelijkheid waar de praktijk naar snakt, een proces van lange adem te worden.