

## Sanctionering van niet-naleving Didam-regels

*Geschreven door Mr R.J. (Robert) Lucassen, senior jurist grondzaken en gebiedsontwikkeling*

*In onze nieuwsbrief heb ik eerder de ontwikkelingen in de “Didam-jurisprudentie” belicht (zie de Nieuwsbrieven van november 2022 en die van april, juni en juli 2023). Daarin werd veel casuïstiek behandeld om een breed beeld te schetsen van de uitwerking die het Didam-arrest van de Hoge Raad van bijna twee jaar geleden sindsdien in de lagere jurisprudentie heeft gekregen. In deze bijdrage leg ik de focus wat minder op de talrijke uitspraken die de afgelopen periode zijn verschenen, maar besteed ik vooral aandacht aan de vraag, welke sancties mogelijk zijn en worden toegepast ingeval van schending van de Didam-regels.*

De vraag, welke sanctie passend is indien de rechter vaststelt dat een overheidslichaam in strijd heeft gehandeld met de regels van het Didam-arrest (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778), is in dat arrest zelf niet beantwoord. Die vraag is daarom nog steeds actueel, eens te meer omdat er inmiddels uitspraken zijn verschenen waarin die vraag verschillend wordt beantwoord. De desbetreffende uitspraken staan in dit artikel centraal.

### **Het Didam-arrest: een recapitulatie**

Waar in dit artikel wordt gesproken over “de Didam-regels” wordt daarmee in essentie het volgende bedoeld:

1. De regel dat wanneer er voor een voorgenomen uitgifte van onroerende zaken door een overheidslichaam (naar verwachting) bij meerdere gegadigden belangstelling bestaat, dat overheidslichaam mededingingsruimte moet bieden en daartoe een openbare selectieprocedure moet organiseren waarin vooraf vastgestelde objectieve, toetsbare en redelijke criteria worden gehanteerd om tot een selectie te komen;
2. De regel dat zo’n openbare selectieprocedure achterwege gelaten kan worden, indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, in welk geval het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop met motivering moet publiceren.

Aangezien de regels van het Didam-arrest zich in de praktijk niet beperken tot voorgenomen verkoop van onroerende zaken door de overheid, zal hierna de meer neutrale term ‘uitgifte’ wordt gebruikt. Deze term geeft uitdrukking aan het feit dat het kan gaan om zowel rechtshandelingen die een goederenrechtelijk effect beogen, zoals verkoop of uitgifte in erfpacht, als rechtshandelingen die enkel een persoonlijk recht op de zaak verlenen, zoals verhuur of pacht. De meeste jurisprudentie van rechtbanken (veelal kort-gedingvonnissen) en van gerechtshoven over Didam-kwesties hebben betrekking op één-op-één uitgiftes. De vraag die daarbij dan voorligt is of het betrokken overheidslichaam (meestal: een gemeente) op goede gronden tot het oordeel was gekomen dat er slechts één serieuze gegadigde voor de desbetreffende uitgifte in aanmerking kwam. Uitspraken over de vraag, of de overheid in het kader van een door haar georganiseerde openbare selectieprocedure juist heeft gehandeld, zijn veel schaarser.

### **Procesregels**

Belangrijk is om scherp voor ogen te houden waartoe de door de Hoge Raad geformuleerde regels dienen: het voorkomen van favoritisme en willekeur bij de uitgifte door de overheid van onroerende zaken waarvoor meer dan één partij belangstelling heeft. Als dat laatste het geval is of redelijkerwijs te verwachten valt dat er meerdere gegadigden zullen zijn, vereist het gelijkheidsbeginsel dat elke (potentiële) gegadigde eenzelfde kans moet krijgen om de zaak te verwerven. Dat doel wordt bevorderd door de eis dat het overheidslichaam vóór aanvang van het selectieproces objectieve, toetsbare en redelijke criteria voor de selectie moet formuleren en bekend maken, zodat iedere gegadigde van tevoren weet waar hij aan toe is.

Ook in de als uitzondering gepresenteerde situatie waarin de overheid heeft onderhandeld met één specifieke gegadigde en voornemens is met die partij een contract aan te gaan, moet zij selectiecriteria hanteren die beantwoorden aan de eisen van objectiviteit, toetsbaarheid en redelijkheid. Als er naar aanleiding van de verplicht voorgeschreven publicatie van het voornemen om met één geselecteerde gegadigde te contracteren een geschil bij de rechter aanhangig wordt gemaakt, zal deze beoordelen of de overheid de gestelde criteria met inachtneming van de haar toekomstige beleidsruimte in redelijkheid heeft kunnen hanteren en of zij die criteria ook daadwerkelijk en consequent in het voorliggende geval heeft toegepast.

Het gelijkheidsbeginsel is er met andere woorden op gericht, het proces dat moet leiden tot het sluiten van een overeenkomst tussen overheid en marktpartij transparant te maken en te stroomlijnen. De Hoge Raad heeft in het bewuste arrest overwogen dat de verplichting voor een overheidslichaam bij zijn privaatrechtelijk handelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht te nemen, “dus ook geldt voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit”. Het ‘waarom’ van de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte heeft de Hoge Raad verduidelijkt met de overweging dat het gelijkheidsbeginsel – in deze context: het verkopen door de overheid van onroerende zaken - “strekt tot het bieden van gelijke kansen”. Het gaat daarbij om een gelijke uitgangspositie in het proces van selectie door middel van mededinging dat moet leiden tot het sluiten van een overeenkomst met de overheid over een bepaalde onroerende zaak. Dat wil echter niet zeggen dat iedere gegadigde in materieel opzicht een even grote kans heeft op het sluiten van de overeenkomst, want dat is sterk afhankelijk van de door de overheid gehanteerde selectiecriteria. Deze criteria kunnen immers de kring van gegadigden die werkelijk een kans maken, danig beperken, zelfs zo ver dat er welbeschouwd maar één serieuze gegadigde overblijft. De Didam-regels hebben dus niet direct een voorspellend karakter als het aankomt op de materiële uitkomst, maar ontlenen hun belang aan het feit dat zij de weg er naar toe plaveien door een gelijk speelveld te creëren. In die zin kan men de Didam-regels dan ook typeren als procesregels. Als een rechter vaststelt dat de Didam-regels niet zijn nageleefd – veelal gecompromeerd tot het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden – betekent dat dus (primair en vooral) dat een inbreuk is gemaakt op een beginsel dat betrekking heeft op de totstandkoming van een overeenkomst.

In een kort-gedingvonnis van de rechtbank Limburg is het hiervóór gesignaleerde onderscheid tussen een schending van formeelrechtelijke versus een schending van materieelrechtelijke aard helder uiteengezet (rechtbank Limburg 17 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3086). De rechtbank overwoog onder meer dat in het berechte geval sprake was van een situatie waarin de betrokken wetsbepaling (art. 3:14 BW in verbinding met het gelijkheidsbeginsel) noopt tot het volgen van een openbare selectieprocedure om schending van het gelijkheidsbeginsel *in materiële zin* te voorkomen. In dit geval konden aan de normschending (van formele aard) geen rechtsgevolgen worden verbonden. Dat liet

onverlet dat deze normschending een onrechtmatige daad zou kunnen vormen jegens een gepasseerde potentiële gegadigde.

Of er tevens sprake is van een materiële schending van het gelijkheidsbeginsel in die zin dat de partij die in een openbare procedure is geselecteerd of de partij met wie de overheid voornemens is in een één-op-één verhouding te contracteren, in een of meer opzichten is bevoordeeld ten opzichte van andere gegadigden, is een vraag die pas daarna aan de orde komt. Aan de beantwoording van die vraag komt de rechter over het algemeen niet eens toe, wat de volgende redenen heeft:

1. reeds de vaststelling van de schending van het formele gelijkheidsbeginsel volstaat in veel gevallen om een sanctie op te leggen: de enkele vaststelling dat de Didam-regels niet zijn gevolgd, kan onder omstandigheden al genoeg zijn voor de conclusie dat er mogelijke gegadigden ‘buiten de deur zijn gehouden’ en dat de overheid dus niet op de ingeslagen weg voort kan gaan;
2. op het moment dat de formele schending wordt geconstateerd, is veelal nog niet duidelijk of er ook in materiële zin sprake is van een bevoordeling of begunstiging van één bepaalde partij ten opzichte van andere gegadigden: juist omdat potentiële gegadigden buiten de deur zijn gehouden, kan niet worden beoordeeld of zij een reële kans op verwerving van de onroerende zaak zouden hebben gehad.

### ***Verskillende sancties***

Indien een schending van de Didam-regels c.q. het achterliggende gelijkheidsbeginsel (zoals hiervoor geïnterpreteerd) in een gerechtelijke procedure is vastgesteld, staan de rechter diverse sancties ter beschikking. Deze variëren naar de mate waarin zij ingrijpen in de rechtsverhouding tussen betrokken partijen of, zo men wil, het rechtsverkeer. We kunnen de volgende sancties onderscheiden:

- nietigheid;
- vernietigbaarheid;
- verbod tot uitgifte anders dan na het doorlopen van een openbare selectieprocedure;
- gebod om het voornemen tot een één-op-één gunning alsnog deugdelijk te publiceren;
- veroordeling tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen;
- veroordeling tot ongedaanmaking van reeds verrichte prestaties.

Sommige van de genoemde sancties kunnen in combinatie worden opgelegd. Hierna zal ik eerst nader ingaan op de sancties van nietigheid en vernietigbaarheid. Ten slotte zal ik een vonnis bespreken, waarin de rechtbank besluit om gelet op de vele vragen rondom het thema ‘sancties wegens niet-naleving van de Didam-regels’ prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.

### ***Nietigheid***

In mijn artikel voor het Land- en Tuinbouw Bulletin dat integraal is overgenomen in de Nieuwsbrief van juli 2023 besprak is reeds de enige tot nu toe verschenen uitspraak (in kort geding) waarin de nietigheid werd uitgesproken over een koopovereenkomst die één-op-één tussen een stichting en de gemeente Rhenen tot stand was gekomen na een nogal schimmig verlopen ‘selectieproces’ (rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244). De voorzieningenrechter was kort samengevat van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel is, zodat artikel 3:14 BW moet worden aangemerkt als een wettelijke bepaling die de strekking heeft om de

geldigheid van de in strijd daarmee gesloten overeenkomst aan te tasten. De nietigheid van de overeenkomst is dan gebaseerd op artikel 3:40 lid 2 BW (strijd met een dwingende wetsbepaling). Als gevolg van de nietigheid wordt de desbetreffende koopovereenkomst geacht nimmer tot stand te zijn gekomen. Zoals ik in die eerdere bijdrage al even aanstipte, is het de vraag of dit oordeel wel juist is. Het gaat er immers vanuit dat artikel 3:14 BW – dat bepaalt dat een bevoegdheid die iemand toekomt krachtens het burgerlijk recht, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht – een dwingende wetsbepaling is die de strekking heeft de daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Uit artikel 3:40 lid 3 BW volgt immers dat als dat niet het geval is, er geen sprake kan zijn van nietigheid wegens strijd met een dwingende wetsbepaling. De parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 BW biedt echter geen steun voor de (veronder-)stelling dat dit artikel de strekking heeft, de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. De Voorzieningenrechter in deze zaak achtte die strekking gelegen in de fundamentele aard van het gelijkheidsbeginsel. Mijns inziens kun je je afvragen, of een rechter daaraan terecht de gevolgtrekking verbindt dat schending van zo'n fundamenteel beginsel tevens een schending oplevert van een wettelijke bepaling die de strekking zou hebben om daarmee strijdige rechtshandelingen nietig te verklaren, zonder dat die strekking uit de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling zelf volgt.

Misschien zou het vervolg op dit kort-gedingvonnis toch nog positief voor de betrokken partij kunnen uitpakken. De gemeente Rhenen zal namelijk volgens het kort-gedingvonnis ofwel een openbare selectieprocedure moeten organiseren, ofwel alsnog behoorlijk moeten motiveren waarom zij op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat van oordeel is dat de stichting de enige serieuze gegadigde is voor de aankoop van het monumentale pand. In beide gevallen is er dan weliswaar niet langer op voorhand een aanspraak van de betrokkene op levering van de desbetreffende onroerende zaak, maar de kans dat de stichting alsnog als de meest aangewezen kandidaat-koper eindigt, is vooralsnog aanwezig (al hangt het natuurlijk wel ervan af, welke selectiecriteria de gemeente gaat hanteren).

### ***Vernietigbaarheid***

Eveneens besprak ik in dat artikel opgenomen in de Nieuwsbrief van juli 2023 het arrest van het Hof in de Didam-zaak (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796). Daarin kwam het Hof tot de conclusie dat vernietigbaarheid van de koopovereenkomst gesloten tussen de gemeente Montferland en Groenstaete de ‘passende remedie’ tegen niet-naleving van de Didam-regels vormt. Het Hof overweegt daarbij dat die regels betrekking hebben op de *totstandkoming* van een (koop)overeenkomst, en niet op de strekking of inhoud daarvan. Daarmee geeft het Hof met andere woorden aan dat het Didam-arrest niet gaat over de eventuele nietigheid op grond van artikel 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. Het is overigens wel opmerkelijk dat het Hof voor dit oordeel steun zoekt bij (de jurisprudentie op het vlak van ) het aanbestedingsrecht. Een andere rechter heeft tamelijk recent nog geoordeeld dat parallellen met het aanbestedingsrecht niet relevant zijn. Het aanbestedingsrecht is niet van toepassing op een verkoopprocedure. In het aanbestedingsrecht is immers in de meeste gevallen sprake van *inkoop van diensten, goederen dan wel werken*, terwijl het

in “Didam-procedure gaat om de *verkoop van onroerende zaken*. (Rechtbank Noord-Nederland 21 juli 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3037).

### **Prejudiciële vragen aan Hoge Raad**

Het zal naar verwachting niet al te lang meer duren voordat er meer duidelijkheid komt over de vraag, in welke gevallen welke sanctie wegens niet-naleving van de Didam-regels gepast is. Tegen het hiervóór besproken arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de Didam-zaak zelf is cassatie ingesteld. De rechtbank Midden-Nederland is intussen voornemens om een aantal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. De aanleiding vormt een geschil over de vraag of een gemeente de Didam-regels heeft geschonden door een stuk grond te verkopen aan een gegadigde zonder vooraf geformuleerde selectiecriteria en zonder de vereiste Didam-publicatie. Dit vond plaats vóór het Didam-arrest van 26 november 2021. Volgens de gemeente – die duidelijk van de overeenkomst af wil – moest die schending leiden tot nietigheid, maar de rechter heeft blijkbaar zijn twijfels of dat de juiste sanctie is. Daarom is de rechtbank voornemens de volgende vragen ter beantwoording aan de Hoge Raad voor te leggen:

- 1) Zijn door de overheid gesloten privaatrechtelijke (koop)overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, die niet conform de in het Didam-arrest genoemde procedurevoorschriften tot stand zijn gekomen, nietig, vernietigbaar of rechtsgeldig?
- 2) Maakt het daarbij verschil of de overeenkomst voor of na 26 november 2021 (de datum van het Didam-arrest) tot stand is gekomen?
- 3) Als het antwoord op vraag 2 ja is, wat zijn dan de rechtsgevolgen voor een overeenkomst die voor 26 november 2021 tot stand is gekomen, maar waarvan de levering op die datum nog niet heeft plaatsgevonden?
- 4) Kan op grond van de aard van het goed redelijkerwijs worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop?
- 5) 5a) Zijn er omstandigheden denkbaar waaronder de voor de in het Didam-arrest genoemde uitzonderingsmogelijkheid noodzakelijke openbare aankondiging door het overheidslichaam niet hoeft te worden gedaan?
- 6) 5b) Heeft het enkele niet voldoen aan het vereiste van de openbare aankondiging door het overheidslichaam al tot gevolg dat de overeenkomst nietig of vernietigbaar is?
- 7) 5c) Maakt het voor het antwoord op de vraag onder b. nog uit of het gaat om een overeenkomst die voor of na 26 november 2021 tot stand is gekomen?
- 8) Indien het antwoord op vraag 1 luidt dat niet Didam-conforme overeenkomsten nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, kan de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan een beroep hierop? Zo ja, welke omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen?

Hopelijk zal de Hoge Raad deze vragen spoedig beantwoorden, zodat de praktijk meer duidelijkheid verkrijgt over de consequenties van niet-naleving van de Didam-regels.