

Didam II; wat weten we wel en wat weten we niet?

Annotatie van S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries in BR 2025/6

Inleiding

Het Didam II-arrest is het vervolg op het baanbrekende Didam I-arrest. 1. Didam I heeft een grote impact gehad op de praktijk. Hoewel het een aantal duidelijke kaders bevatte, rezen er al snel vragen over de precieze toepassing van de geformuleerde regels en gevolgen van overtreding daarvan. In Didam II beantwoordt de Hoge Raad een groot deel van die vragen. In deze annotatie bespreken wij het arrest vanuit het oogpunt van de praktijk. Wij gaan in op de conclusies die kunnen worden getrokken, alsook de vragen die nog onbeantwoord blijven.

Wij behandelen het arrest aan de hand van de belangrijkste onderdelen daarvan. Wij vatten deze onderdelen als volgt samen:

i.

Geen beperking temporele reikwijdte van de Didam-regels: de Didam-regels hebben 'terugwerkende kracht'. Die regels zijn ook van toepassing op handelen van een overheidslichaam dat plaatsvond vóór Didam I;

ii.

Didam-strijdige overeenkomsten zijn niet ongeldig: handelen in strijd met de Didam-regels levert geen strijd op met een dwingende wetsbepaling. Ook hebben de Didam-regels niet de strekking om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen met nietigheid of vernietigbaarheid te treffen. Een 'Didam-strijdige' overeenkomst is daarom niet op die grond nietig of vernietigbaar;

iii.

Overtreding van Didam-regels is in beginsel wel onrechtmatig: een overheidslichaam dat in strijd met de Didam-regels overgaat tot verkoop,² handelt in beginsel onrechtmatig jegens een (potentiële) gegadigde die ten onrechte geen gelijke kans heeft gekregen. Het overheidslichaam kan daarmee schadeplichtig zijn jegens die gegadigde;

iv.

Leveringsverbod: ook kan er, zolang er nog geen koopovereenkomst is gesloten die het overheidslichaam verplicht tot levering, of zolang levering aan een ander nog niet heeft plaatsgevonden, onder omstandigheden aanleiding bestaan het overheidslichaam op die grond te verbieden tot verkoop of levering over te gaan;

v.

Altijd voorafgaande bekendmaking van voorgenomen uitgifte aan enige serieuze gegadigde: als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt, moet het overheidslichaam diens voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand en gemotiveerd bekendmaken. Dat geldt ook in het geval het overheidslichaam een plan heeft ontwikkeld waarin zakelijke (objectieve) voorwaarden zijn gesteld waaraan volgens hem slechts één partij kan voldoen;

vi.

Veiling niet verplicht: de Didam-regels dwingen niet tot een veiling of verkoop aan de hoogste bieder.

Geen beperking temporele reikwijdte van de Didam-regels

De Hoge Raad stelt voorop dat de Didam-regels ook van toepassing zijn op handelen van een overheidslichaam dat plaatsvond vóór Didam I. De Hoge Raad ziet, gelet op de aard en achtergrond van de Didam-regels, geen aanleiding om te bepalen dat de regels pas gelden vanaf het moment waarop Didam I werd gewezen. De Didam-regels bestonden dus al en zijn met Didam I 'slechts' voor het eerst aan het papier toevertrouwd, zou je kunnen zeggen.

Hoewel dit oordeel vanuit de juridische dogmatiek wellicht goed valt uit te leggen, blijft dit naar onze mening wringen met de feitelijke werkelijkheid. Overheidslichamen wisten simpelweg niet van de (concrete en procedurele) Didam-regels en konden daar ook geen rekening mee houden. Volkomen voorzienbaar waren de Didam-regels evenmin. Dit wordt mooi geïllustreerd door de volgende overweging van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de Didam I-zaak: "Een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (...) aanbestedingsrechtelijke context." [Nadruk toegevoegd door auteurs.]³.

Deze divergentie tussen de juridische en feitelijke werkelijkheid kon vervelend uitpakken. Het voornaamste risico was de mogelijke aantastbaarheid van Didam-strijdige overeenkomsten. Een illustratief voorbeeld blijft het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland waarbij een Didam-strijdige overeenkomst (voorshands) nietig werd geacht, ondanks het feit dat de overeenkomst al in 2020 was gesloten en de koper reeds aanzienlijke kosten had gemaakt ter voorbereiding op de levering.⁴ Dit risico leidde ook tot voorzichtigheid bij notarissen, die – zowel bij verkoop door een overheidslichaam als bij een opvolgende verkoop – rekening moesten houden met mogelijke gebreken in titels en beschikkingsbevoegdheid.

Didam-strijdige overeenkomsten niet ongeldig (?)

Met Didam II wordt deze onzekerheid goeddeels weggenomen. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat Didam-strijdige overeenkomsten niet nietig of vernietigbaar zijn, althans in ieder geval niet op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Dit levert rust op voor eigenaren die hun onroerende zaak in het verleden van een overheidslichaam hebben gekocht. Ook het werk van notarissen lijkt hiermee weer wat overzichtelijker te worden.

Wel roept de formulering van het arrest de vraag op of hiermee ook nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW is uitgesloten. Naar wij menen, kan uit Didam II niet worden geconcludeerd dat nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW geen mogelijke sanctie is op schending van de Didam-regels. De Hoge Raad lijkt zich in Didam II niet uit te laten over de mogelijke toepassing van artikel 3:40 lid 1 BW. Dat roept de vraag op of uit het arrest impliciet kan worden geconcludeerd wat de Hoge Raad vindt van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. In dat verband vallen bij eerste lezing de volgende passages uit rechtsoverweging 3.2.3 op: "De Didam-regels hebben ook niet de strekking om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen met nietigheid of vernietigbaarheid te treffen. Een koopovereenkomst die in strijd met de Didam-regels is gesloten, is dan ook niet op die grond nietig of vernietigbaar." Bij nadere bestudering lijken deze echter uitsluitend te zien op artikel 3:40 lid 2 BW. Gezien de in de eerste volzin van dit citaat gekozen bewoordingen lijkt deze uitsluitend betrekking te hebben op de toepassing van artikel 3:40 lid 3 BW (dat een correctie vormt op de toepassing van lid 2). Voor wat betreft de laatste volzin van dit citaat geldt dat de plaatsing daarvan aan het slot van rechtsoverweging 3.2.3, alsmede de in dat citaat gebruikte termen 'dan ook', impliceren dat dit de slotconclusie is van de overwegingen met betrekking tot (on)geldigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Het lijkt er dan ook op dat de vraag in hoeverre Didam-strijdige overeenkomsten onder omstandigheden nog wel op grond van artikel 3:40 lid 1 BW nietig kunnen worden geacht als onbeantwoord, boven de markt blijft hangen.⁵ Daarbij constateren wij dat A-G Snijders in zijn conclusie bij Didam II ruimte lijkt te zien voor nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, zij het dat die nietigheid zich in zijn visie beperkt tot uitzonderlijke gevallen van een gekwalificeerde (bewuste) schending van de

Didam-regels en zij het dat ook Snijders een remedie uit onrechtmatige daad vooropstelt.⁶ Ingangsvoorwaarde voor nietigheid ex artikel 3:40 lid 1 BW is volgens Snijders dat de overheid daarbij ten minste bewust in strijd met de Didam-regels heeft gehandeld, respectievelijk sprake moet zijn van favoritisme of willekeur.⁷ In onze annotatie bij Didam I hebben wij een soortgelijk standpunt verdedigd.⁸ Naar wij menen, levert deze benadering een goede en duidelijke balans op, waar de rechtspraktijk mee uit de voeten zou moeten kunnen: een harde en (naar wij aannemen) afschrikwekkende sanctie op een bewuste schending van de Didam-regels en een bewuste schending van de belangen van derden (waaronder te denken is aan favoritisme en willekeur) en in alle andere gevallen een afwikkeling over de band van de onrechtmatige daad, waarbij ook rekening kan worden gehouden met belangen van betrokken derden (kopers/opvolgende eigenaren van de grond). Gezien de noodzaak van een gekwalificeerde schending van de Didam-regels om tot nietigheid te komen, zou dit onzes inziens niet tot grote ongelukken hoeven te leiden.

Na Didam II is duidelijk dat bij grondtransacties in strijd met de Didam-regels: (i) de verbodsactie; en (ii) de actie uit onrechtmatige daad in veel gevallen de enige remedies zijn. Onduidelijk blijft of in een specifieke categorie van gevallen (gekwalficeerde schending) nietigheid toch nog een rol speelt op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Als dat al zo is, dan zal het vermoedelijk om uitzonderlijke gevallen gaan.

Verbodsactie

Omdat het aantonen van schade wegens overtreding van de Didam-regels vaak een lange en moeilijke weg zal zijn (zie hierna), zullen gepasseerde gegadigden vermoedelijk in eerste instantie proberen om het sluiten van de koopovereenkomst en/of de levering tegen te houden, door middel van een verbodsactie.⁹ De Hoge Raad overweegt echter dat er “onder omstandigheden aanleiding [kan] bestaan” voor een dergelijk verbod. Wat die omstandigheden zijn en of de Hoge Raad heeft beoogd om hiermee een drempel op te werpen voor toewijzing van een verbodsactie, zal uit de toekomstige rechtspraak moeten blijken. Gezien de gekozen formulering lijkt de Hoge Raad een dergelijke verbodsactie niet voorop te stellen. Wij kunnen ons in ieder geval voorstellen dat de rechter, geconfronteerd met een verbodsvordering, een afweging zal moeten maken tussen enerzijds het belang van de benadeelde bij handhaving van het gelijkheidsbeginsel en anderzijds de belangen van de begunstigde, en mogelijk ook het bij die partij opgewekte vertrouwen. Mede gezien de moeilijkheden die een benadeelde kan ondervinden bij een vordering tot schadevergoeding (zie hierna), is het niet ondenkbaar dat de rechtspraak met het oog op een voldoende effectieve rechtsbescherming de drempel voor het toewijzen van een verbodsactie niet al te hoog zal leggen, zeker als er nog geen koopovereenkomst is gesloten. Indien er al wel een koopovereenkomst is gesloten, en dus een recht op levering is ontstaan, zal mogelijk een hogere drempel gelden (vgl. analoog art. 3:298 BW). Naar wij menen, zal in ieder geval een hoge(re) drempel kunnen bestaan indien het sluiten van de koopovereenkomst met de begunstigde vooraf is gepubliceerd conform de regels uit rechtsoverweging 3.1.6 van Didam I en door de benadeelde niet binnen de in die publicatie gestelde termijn een kort geding is gestart waarin het standpunt is ingenomen dat de begunstigde ten onrechte als enige serieuze gegadigde wordt aangemerkt.¹⁰

Teruglevering als alternatief (?)

De mogelijkheid om met succes een verbod tot verkoop en/of levering te vorderen jegens een overheidslichaam verdwijnt in ieder geval op het moment dat de betreffende handeling is voltooid. Een rechter zal geen verbod op verkoop of levering toewijzen dat niet meer kan worden nagekomen. Dit roept de vraag op in hoeverre een derde gegadigde die geen genoegen wil nemen met (een kans op) schadevergoeding, een vordering kan instellen tegen het overheidslichaam en diens koper, waarin deze partijen verplicht worden de reeds verrichte grondtransactie ongedaan te maken (vgl. art. 6:103 BW).¹¹ Dat vereist dan dat de benadeelde niet alleen tegenover het overheidslichaam, maar ook een tegenover de begunstigde een (op onrechtmatige daad gestoelde) vordering heeft. Een eventuele vordering op de begunstigde zal dan (moeten) bestaan uit het onrechtmatig profiteren van de onrechtmatige daad van

de overheid. Mogelijk kan in dit verband met een schuin oog worden gekeken naar de ontwikkelde jurisprudentie omtrent 'onrechtmatig profiteren van wanprestatie'. Indien een soortgelijke lijn zou worden toegepast, dan geldt als uitgangspunt dat het enkele feit dat wordt geprofiteerd van een in strijd met de mededingingsnorm uit Didam I uitgevoerde gronduitgifte niet onrechtmatig is. Dat wordt pas anders indien de begunstigde: (i) weet of behoort te weten van de schending van de Didam-regels; en (ii) sprake is van bijkomende omstandigheden.¹² Het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om hier uitputtend in te gaan op wat die bijzondere omstandigheden zouden kunnen zijn. Overigens lijkt een dergelijke situatie – waarin de overtreding van de Didam-regels zowel het overheidslichaam als de begunstigde (zwaar) aan te rekenen valt – zich bij uitstek te lenen voor nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 lid 1 BW (indien van een dergelijke nietigheid wel sprake kan zijn).

Onrechtmatig handelen wegens overtreding Didam-regels

Onrechtmatig handelen

Gezien de gekozen formulering in Didam II lijkt de Hoge Raad de onrechtmatige daad te zien als de voornaamste remedie voor de (potentiële) gegadigde die bij de verkoop ten onrechte geen gelijke kans heeft gekregen.¹³ Een partij die aanspraak wil maken op schadevergoeding, zal dus moeten stellen en zo nodig bewijzen dat deze daadwerkelijk een (potentiële) gegadigde was voor de uitgifte van de onroerende zaak. Op basis van de beschikbare jurisprudentie naar aanleiding van Didam I lijkt het aannemelijk dat de rechtspraak dit aspect inhoudelijk zal toetsen en dat een vordering hierop ook kan afstuiten.¹⁴

De eisende partij zal voorts moeten stellen en bewijzen dat aan hem of haar geen gelijke kans is geboden en dat dit ten onrechte was. Een schending van de mededingingsnorm is in deze formulering voorwaardelijk aan het aannemen van een onrechtmatige daad wegens schending van de Didam-regels. De enkele schending van de publicatieplicht bij gronduitgifte aan een enige serieuze gegadigde lijkt voldoende voor het aannemen van een onrechtmatige daad. Immers, als het overheidslichaam gunt aan een partij die zij terecht aanmerkt als enige serieuze gegadigde, lijkt aannemelijk dat de gelijke kans op verwerving niet ten onrechte is onthouden aan andere gegadigden. Dat wordt onzes inziens niet anders doordat de onderhandse uitgifte niet is gepubliceerd en/of er fouten zijn gemaakt in de publicatie. Ook andere fouten in de uitgifteprocedure zullen naar onze inschatting alleen leiden tot het aannemen van een onrechtmatige daad als zij van zodanige aard of ernst zijn dat de eisende partij daadwerkelijk geen gelijke kans heeft gehad op verwerving.

Remedies bij onrechtmatig handelen: schadevergoeding (?)

Indien inderdaad sprake is van een onrechtmatige daad jegens een partij, dan kan de betreffende potentiële gegadigde volgens de Hoge Raad mogelijk aanspraak maken op schadevergoeding. Om tot schadeplichtigheid te kunnen komen, gelden de gebruikelijke regels uit het schadevergoedingsrecht. Dat betekent dat de gegadigde zal moeten aantonen dat sprake is van: (i) schade (bestaan en omvang); (ii) causaal verband tussen die schade en de onrechtmatige daad; (iii) toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad; en (iv) relativiteit. Met name het stellen en bewijzen van schade zal voor een gepasseerde gegadigde geen sinecure zijn.

Dat speelt in de eerste plaats op het moment dat het beoogde gebruik van de onroerende zaak geen commerciële aard heeft, bijvoorbeeld de verwerving van een woningbouw perceel.¹⁵ Maar ook in geval van een commercieel gebruiksdoel zal een benadeelde die aanspraak wil maken op volledige schadevergoeding, moeten kunnen bewijzen: (i) dat hij de onroerende zaak zou hebben verworven, was hem of haar daartoe een gelijke kans geboden; en (ii) dat én welke winst de benadeelde dan had gemaakt en/of welke verliezen in dat geval niet zouden zijn geleden. In deze context lijkt een beroep op het leerstuk van de kansschade het hoogst haalbare.¹⁶ Toepassing van dit leerstuk vereist dat de benadeelde partij aannemelijk kan maken dat als hem of haar een gelijke kans zou zijn geboden, hij of zij een reële kans zou maken op verwerving van de onroerende zaak (waarvoor er voldoende sprake is

van een niet zeer kleine/geringe kans op succes).¹⁷. Daartoe is van belang: (i) of de gegadigde zou hebben deelgenomen aan een selectieprocedure, was die gehouden; (ii) of, en zo ja, welke andere partijen nog zouden hebben deelgenomen; (iii) welke kans de gegadigde zou hebben gehad om de hypothetische uitgifteprocedure te winnen; en (iv) of die kans kwalificeert als een reële kans.¹⁸ Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of een partij erin slaagt om een gemiste reële kans op gunning aannemelijk te maken. Het spreekt voor zich dat dit eerder het geval zal zijn als voor het betreffende onroerend goed een duidelijk afgebakende markt bestaat, dan wanneer die markt volledig openligt en het aantal gegadigden potentieel groot is.¹⁹

Altijd voorafgaande publicatie

De Hoge Raad herhaalt dat er conform rechtsoverweging 3.1.6 van Didam I steeds een voorafgaande en gemotiveerde bekendmaking moet plaatsvinden indien het overheidslichaam vindt dat slechts één serieuze gegadigde aan de gestelde criteria kan voldoen. Dit geldt ook indien het overheidslichaam een plan heeft ontwikkeld waarin zakelijke criteria zijn gesteld waaraan slechts één serieuze gegadigde kan voldoen. Hiermee bevestigt de Hoge Raad de wijze waarop Didam I reeds in lagere rechtspraak werd uitgelegd. Ook gaat de Hoge Raad hiermee contrair aan de conclusie van A-G Snijders, die pleitte voor een aanzienlijke beperking van deze ‘transparantienorm’.

Wel merken wij op dat de Hoge Raad niet ingaat op de toegangsvoorwaarde uit rechtsoverweging 3.1.4 van Didam I. Daaruit volgt dat er ‘pas’ mededingingsruimte geboden hoeft te worden als er meerdere gegadigden zijn c.q. redelijkerwijs te verwachten zijn. Dit impliceert dat, indien er geen andere gegadigden zijn en deze redelijkerwijs ook niet te verwachten zijn, er geen beginselplicht tot het bieden van mededingingsruimte bestaat. In dat geval zou een voorafgaande bekendmaking conform de uitzonderingsregel uit rechtsoverweging 3.1.6 van Didam I niet aan de orde kunnen zijn.

Ter illustratie geven wij twee voorbeelden uit de rechtspraak, waarin mogelijk zou kunnen worden gesteld dat een voorafgaande publicatie op grond van Didam I niet verplicht is:

- i.
een overheidslichaam wil grond uitgeven aan een netbeheerder ten behoeve van de realisatie van een transformatorstation;²⁰. en
- ii.
een overheidslichaam wil grond uitgeven aan ProRail ten behoeve van de realisatie van een elektriciteitsvoorziening voor het lokale treinstation.²¹

In beide gevallen kan worden aangenomen dat er geen andere partijen zijn die de grond voor de (door het overheidslichaam) beoogde doelstelling c.q. functie willen gebruiken. Hoogstens kunnen er partijen zijn die de grond voor een ander doel willen gebruiken. In ieder geval staat vast dat enkel de netbeheerder respectievelijk ProRail, gezien hun wettelijke taakstellingen, in staat zijn de beoogde voorziening te realiseren. Onder deze omstandigheden zou naar onze mening kunnen worden aangenomen dat er redelijkerwijs geen andere gegadigden te verwachten zijn. Wij leggen het begrip ‘gegadigde’ daarbij zo uit dat enkel interesse in de koop van de onroerende zaak onvoldoende is om als gegadigde te kwalificeren. Het begrip ‘gegadigde’ ziet op partijen die bereid en in staat zouden zijn om de onroerende zaak te gebruiken voor de functie waarvoor hij wordt uitgegeven. Verdere (zakelijke) criteria – zoals de wens om een integrale ontwikkeling met naastgelegen gronden – blijven daarbij nog buiten beschouwing.

Een andere uitleg zou zijn dat het overheidslichaam reeds bij het bepalen van de functie waarvoor de grond wordt uitgegeven een criterium stelt aan de hand waarvan de kring van serieuze gegadigden wordt bepaald. In dat geval belandt men wel (bijna) automatisch in de sfeer van rechtsoverweging 3.1.6

van Didam I. Dit zou impliceren dat derden de gelegenheid moeten krijgen de functie waarvoor de onroerende zaak wordt uitgegeven als zijnde een selectie criterium ter discussie te stellen. De Hoge Raad benoemt immers dat de transparantienorm ertoe strekt een gegadigde die meent dat de gestelde criteria niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen (of die meent zelf ook aan die criteria te voldoen) alsnog de mogelijkheid te bieden op een gelijke kans. Het zou wat ons betreft echter te ver gaan indien derden ook de functie waarvoor een onroerende zaak wordt uitgegeven ter discussie (moeten) kunnen stellen. Dat zou raken aan de kern van zowel het eigendomsrecht, de contractsvrijheid als de beleidsruimte van het overheidslichaam. Het zou bovendien procedures in de hand werken van partijen die niet zozeer interesse hebben in een onroerende zaak, maar die een hen onwelgevallige ontwikkeling willen dwarsbomen.

Selectiemethodiek en bekendmaking criteria

Als overweging ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat de Didam-regels niet dwingen tot een veiling of verkoop aan de hoogsteieder. Aan welke gegadigde een onroerende zaak zal mogen worden verkocht, is afhankelijk van de door het overheidslichaam, die in zoverre beleidsruimte heeft, te stellen objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Ook dit sluit aan bij Didam I en lagere rechtspraak tot op heden, waarin overheidslichamen ruimte werd gelaten bij het bepalen van de manier waarop gegadigden worden geselecteerd.²² Die beleidsruimte heeft dus niet alleen betrekking op de toe te passen criteria, maar ook op de keuze voor een bepaalde selectiemethodiek.

De Hoge Raad vervolgt met de overweging dat de Didam-regels de ruimte laten om de criteria die bepalen aan wie een onroerende zaak kan worden verkocht, op te nemen in een beleidsregeling. Wij begrijpen deze overweging zo, dat overheidslichamen de mogelijkheid hebben om in een beleidsregeling vast te leggen welke criteria er gelden bij de uitgifte van bepaalde soorten onroerende zaken. Deze criteria kunnen ook dienen als basis voor de conclusie dat slechts één serieuze gegadigde voor een onroerende zaak in aanmerking komt.

Deze uitleg zou aansluiten bij lagere rechtspraak tot op heden. Als voorbeeld wijzen wij op een vonnis van de rechtbank Den Haag, waarin de rechter oordeelde dat de criteria voor uitgifte van snippergroen zoals neergelegd in de nota Snippergroenbeleid als basis konden dienen voor de conclusie dat sprake was van één serieuze gegadigde.²³ Een ander voorbeeld is een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.²⁴ In die zaak kon gepubliceerd beleid inzake het vrijspelen van vaste ligplaatsen in een bepaald gebied als basis dienen voor de conclusie dat een partij met een vaste ligplaats in dat gebied de enige serieuze gegadigde was voor een ligplaats elders.²⁵

Het hanteren van algemeen beleid voor de uitgifte van bepaalde groepen onroerende zaken kan verschillende voordelen hebben. Het vergroot de voorspelbaarheid van overheidshandelen en voorkomt discussies over het al dan niet 'toeschrijven' van criteria. Het gevolg van deze werkwijze kan wel zijn dat de mogelijkheden om ad hoc aanvullende criteria te stellen beperkter is, althans dat dit een nadere uitleg vergt. Deze werkwijze lijkt zich dan ook voornamelijk te lenen voor uitgiften van voldoende bepaalbare en homogene groepen onroerende zaken, waarbij de gewenste criteria voldoende voorzienbaar zijn.

Afsluiting

Met Didam II zijn de spelregels omtrent grondtransacties door een overheidslichaam verduidelijkt en heeft de Hoge Raad een aantal fundamentele beslissingen genomen. Anderzijds zijn er nog veel vragen onbeantwoord en roept Didam II ook weer nieuwe vragen op. De rechtspraak en de literatuur blijken de afgelopen drie jaar maar ten dele in staat om al die vragen eenduidig te beantwoorden. Belangrijke vragen die resteren, zijn naar onze mening de volgende:

i.

Kunnen Didam-strijdige overeenkomsten (wel) nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 1 BW, en zo ja, onder welke omstandigheden?

ii.

Wie is er precies gehouden aan de Didam-regels? De Hoge Raad hanteert het begrip 'overheidslichamen', maar dat begrip biedt geen absolute duidelijkheid. Hoe zit het met 'overheidsondernemingen' die geen bestuursorgaan zijn, maar waarbinnen bestuursorganen wel een bepaalde mate van zeggenschap hebben, bijvoorbeeld in hoedanigheid als aandeelhouder?

iii.

Voor welke rechtshandelingen gelden de Didam-regels? Gelden zij alleen voor de verkoop van onroerende zaken, of ook voor andere vormen van gronduitgiften of zelfs andere soorten rechtshandelingen dan gronduitgifte?²⁶.

iv.

Gelden er (on)geschreven vervaltermijnen naar aanleiding van een voorafgaande bekendmaking? Overheidslichamen plegen in bekendmakingen rondom voorgenomen rechtstreekse gronduitgiften een termijn op te nemen waarbinnen derden een kort geding moeten starten. Deze termijnen worden vaak als vervaltermijn bestempeld, maar een wettelijke vervaltermijn ontbreekt.

Nu een flink aantal vragen ook na Didam II onbeantwoord blijft, rijst de vraag of inmiddels (ook) de wetgever in beeld komt. Dit volgt ook uit een brief van (toenmalig) minister De Jonge aan de Tweede Kamer, waarin hij aangaf eerst Didam II te willen afwachten alvorens te bepalen of wetgeving nodig en wenselijk is.²⁷ Wij signaleren dat ook vanuit de wetenschap initiatieven worden genomen om bij te dragen aan de ontwikkeling van een wettelijk kader.²⁸

Voetnoten

1.

HR 26 november 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1778](#).

2.

Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, [ECLI:NL:RBGEL:2019:46](#); gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:9911](#).

3.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:2796](#).

4.

Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 191.

5.

Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 190.

Voetnoten 'Noot'

1.

S. Elbertsen en E.W.J. de Groot zijn advocaat bij AKD. W.I. de Vries is General Counsel bij Daiwa House Modular Europe en was voorheen advocaat bij AKD.

1.

HR 26 november 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1778](#), [BR 2022/7](#).

2.

In navolging van de tekst van *Didam II* spreken wij in deze noot een aantal keer over 'grondverkoop'. In navolging van de n.a.v. *Didam I* gewezen lagere jurisprudentie, geldt hetgeen ter zake grondverkoop wordt opgemerkt waarschijnlijk ook voor overige vormen van privaatrechtelijke gronduitgifte door een overheidslichaam.

3.

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:9911](#).

4.

Rb. Midden-Nederland 22 maart 2023, [ECLI:NL:RBMNE:2023:1244](#), waarin de voorzieningenrechter *Didam*-strijdige overeenkomsten nietig achtte, en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:2796](#), waarin werd geconcludeerd tot vernietigbaarheid.

5.

Hoewel dit met het oog op de door de praktijk gewenste rechtszekerheid voelt als een gemiste kans, valt dit wel te verklaren: het gerechtshof heeft de vernietiging van de koopovereenkomst waartegen in cassatie wordt opgekomen, gebaseerd op art. 3:40 lid 2 BW; daartegen richten zich de cassatiemiddelen (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:2796](#), r.o. 3.7, alsook de formulering van de cassatiemiddelen zoals opgenomen in randnr. 3.2 en 3.3 van concl. A-G Snijders 24 mei 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:567](#)).

6.

Concl. A-G Snijders 24 mei 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:567](#), randnrs. 4.12-4.22.

7.

Concl. A-G Snijders 24 mei 2024, [ECLI:NL:PHR:2024:567](#), randnr. 4.14.

8.

HR 26 november 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1778](#), *BR 2022/7*, par. 6.1.

9.

De vraag of, en in hoeverre, van een benadeelde o.g.v. een schadebeperkingsplicht kan worden verlangd om te proberen de levering tegen te houden, laten wij hier verder rusten. Het lijkt niet ondenkbeeldig dat een dergelijke voortvarendheid van een benadeelde wordt verlangd. Vgl. (in een overigens specifiek aanbestedingsrechtelijke context): Rb. Den Haag 12 april 2023, [ECLI:NL:RBDHA:2023:5098](#).

10.

Dit betreft dan het geval waarin de benadeelde meent dat door het overheidslichaam ten onrechte is aangenomen dat sprake is van een 'enige serieuze gegadigde'.

11.

Het gaat dan dus om teruglevering door de verkrijger aan de overheid. Aldus wordt de situatie van voor schending van de *Didam*-regels hersteld en kan de benadeelde alsnog een gelijke kans krijgen op verwerving van het onroerend goed, als de overheid nog wil vervreemden. Een vordering tot levering aan de benadeelde ligt minder voor de hand, omdat de benadeelde dan ook nog zal moeten kunnen bewijzen dat hij de onroerende zaak had verkregen als de *Didam*-regels waren gevolgd.

12.

HR 23 december 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AU5682](#), *NJ 2006/33* (*Van Oosterom/Baas*) en HR 28 maart 2014, [ECLI:NL:HR:2014:740](#) (*Joba/Tjin-Hin-Tjoe*); vgl. ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris', *WPNR* 2012/6954.

13.

HR 15 november 2024, [ECLI:NL:HR:2024:1661](#), r.o. 3.4.2 (*Didam II*).

14.

Vgl. o.m. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 juli 2022, [ECLI:NL:RBOBR:2022:2962](#); Rb. Gelderland (vzr.) 25 april 2023, [ECLI:NL:RBGEL:2023:2660](#); Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 10 oktober 2023, [ECLI:NL:RBZWB:2023:7144](#) en Rb. Noord-Nederland (vzr.) 3 september 2024, [ECLI:NL:RBNNE:2024:3440](#).

15.

Welke schade lijdt een partij doordat hij geen kans heeft gehad om een specifieke woningbouwkaavel te verwerven en zich in plaats daarvan moet richten op andere aangeboden kavels of woningen?

16.

Vgl. HR 26 maart 2021, [ECLI:NL:HR:2021:461](#), r.o. 4.2, waarin de Hoge Raad deze leer als volgt samenvat: "De leer van de kansschade is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat

niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op een betere uitkomst zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.”

17.

Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.21 en 4.22 (*NS Stations/niet aanbesteden concessies buitenreclame*).

18.

Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.22 (*NS Stations/niet aanbesteden concessies buitenreclame*).

19.

Zeker indien de kans op gunning wordt bepaald a.d.h.v. het potentiële aantal inschrijvers, zie o.m. Rb. Midden-Nederland 17 april 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:2256](#), r.o. 4.48 (*NS Stations/niet aanbesteden concessies buitenreclame*).

20.

Rb. Gelderland 12 november 2024, [ECLI:NL:RBGEL:2024:7902](#).

21.

Rb. Midden-Nederland 20 september 2022, [ECLI:NL:RBMNE:2022:3743](#).

22.

Zie bijv. het vonnis van de Rb. Midden-Nederland 31 januari 2024, [ECLI:NL:RBMNE:2024:507](#), waarbij een selectiesystematiek o.b.v. ‘wie het eerst komt, wie het eerst maalt’ ook toelaatbaar werd geacht.

23.

Rb. Den Haag 17 november 2023, [ECLI:NL:RBDHA:2023:17931](#).

24.

Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:5383](#).

25.

Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:5383](#).

26.

Zie bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2023, [ECLI:NL:RBZWB:2023:7207](#), waar de *Didam*-regels door de voorzieningenrechter werden toegepast op de verkoop van aandelen door twee gemeenten.

27.

In zijn brief aan de Tweede Kamer van 19 december 2023 (*Kamerstukken II 2023/24*, 36410, nr. 85, p. 1-2 en p. 4) kondigde de Minister van BZK aan na het wijzen van *Didam II* te zullen beoordelen of wetgeving nodig is.

28.

In dit verband namen wij kennis van het door de Vrije Universiteit in 2025 met NWO-subsidie op te starten onderzoek naar een uniform wettelijk kader voor ‘verdelingsvraagstukken’ (naast grondtransacties o.m. ook omvattende schaarse vergunningen, schaarse subsidies en overheidsopdrachten, zie ter zake uitgebreid: C.E.C. Jansen & F.J. van Ommeren, in *TA* 2024/90).