

ECLI:NL:RBNNE:2022:4685, r.o. 4.12). Gelet hierop is het onzes inziens van belang dat niet alleen het beleidsdoel, maar ook het middel waarmee het beleidsdoel kan worden bereikt, oftewel de (mogelijke) vorm van gronduitgifte die zal worden gebruikt om het beleidsdoel te bereiken, reeds is neergelegd in het beleid zelf of opvolgende voor eenieder raadpleegbare publicaties over (de uitvoering van) het beleid. Ten slotte is voor de op grond van onderhavig arrest benodigde koppeling tussen de voorgenomen gronduitgifte en het beleid (logischerwijs) van belang, dat kan worden aangetoond dat uiteindelijk slechts één partij het doel van het beleid kan verwezenlijken of dat één partij het doel van het beleid *het beste* kan verwezenlijken middels de gronduitgifte.

17. Verder blijkt uit het arrest – in lijn met eerdere rechtspraak – nog dat overheidslichamen hun beleid en de wijze waarop zij hier uitvoering aan geven door particuliere initiatieven mogen laten beïnvloeden, zolang maar geen sprake is van naar één partij toegeschreven selectiecriteria of beleid (zie bijv. Rb. Gelderland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99, r.o. 4.11 en Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6). Tijdsvolgorde kan in dit verband een relevante factor zijn. Zo overwoog de rechtbank Rotterdam dat het feit dat het aannemelijk was dat er al een (gewenste) koper van gronden van de Gemeenschappelijke regeling Nieuw Reijerwaard was (zij was reeds in vergaande onderhandelingen met een partij), voordat er concrete selectiecriteria voor de koper van de gronden waren opgesteld, maakte dat het zeer waarschijnlijk was dat de later opgestelde selectiecriteria waren toegeschreven naar het plan c.q. de biding van die partij. Het gevolg hiervan was volgens de rechtbank dat de Gemeenschappelijke regeling Nieuw Reijerwaard ten onrechte had geoordeeld dat er slechts sprake was van één serieuze gegadigde (Rb. Rotterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029, r.o. 4.6). In het geval dat het beleid dat ten grondslag ligt aan de conclusie dat sprake is van slechts één serieuze gegadigde voor de gronduitgifte ter uitvoering van dit beleid, stamt van vóór een particulier initiatief, zal onzes inziens logischerwijs niet snel geoordeeld worden dat het beleid (en de daarop gebaseerde selectiecriteria) is toegeschreven naar één partij.

18. Ten slotte merken wij in aanvulling op het voorgaande nog op dat het feit dat beleid niet mag worden toegeschreven naar één partij, niet maakt dat beleid van overheidslichamen dat ten grondslag kan worden gelegd aan de selectiecriteria bij gronduitgifte nooit mag wijzigen. Uit de rechtspraak volgt dat overheidslichamen de vrijheid hebben om hun beleid, mede in het kader van nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen – al dan niet naar aanleiding van een particulier initiatief – te wijzigen, zolang hierbij maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen (Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887, r.o. 5.3). Gewijzigd beleid kan dan ook de achtergrond vormen voor het voornemen van een overheidslichaam om aan één serieuze gegadigde grond uit te geven (zie ook Rb. Rotterdam 16 september 2022,

ECLI:NL:RBROT:2022:7887, r.o. 5.6). Ook dit is een uitvloeisel van de beleidsvrijheid die aan overheidslichamen toekomt.

Afronding

19. Onderhavig arrest bevestigt dat beleid van overheidslichamen kan doorwerken in de selectiecriteria voor gronduitgifte, op grond waarvan in sommige gevallen kan worden geconcludeerd dat er slechts sprake is van één serieuze gegadigde voor de gronduitgifte. Om dit met succes te kunnen betogen, is met name van belang dat een koppeling kan worden gemaakt tussen de voorgenomen gronduitgifte en het beleid dat hiermee wordt nagestreefd. Onderhavig arrest maakt duidelijk dat hiervoor van belang kan zijn dat het desbetreffende beleid openbaar, actueel en duidelijk is. Is dit het geval en kan worden geconcludeerd dat slechts één partij middels de voorgenomen gronduitgifte (het beste) het doel van het beleid kan verwezenlijken, dan kan in beginsel met succes een beroep worden gedaan op de *Didam*-uitzondering.

N.E.M. Soliana & W.J. Gootjes

BR 2023/70

Rechtbank Midden-Nederland 24 mei 2023, nr. 541219 / HA ZA 22-367

(Mr. H.J. ter Meulen)

m.nt. T.A. Terlien & L.S. Overmeire¹

(Art. 3:14, 3:40 BW)

ECLI:NL:RBMNE:2023:2418

Didam-arrest, verkoop en levering gemeentegrond, wils-overeenstemming, serieuze gegadigde, gelijkheidsbeginsel, vernietigbaarheid, nietigheid, beëindiging overeenkomst, prejudiciële vragen

Tussen de gemeente ('Gemeente') en eisers is vóór de datum waarop het Didam-arrest² is gewezen een koopovereenkomst tot stand gekomen, maar de levering heeft nog niet plaatsgevonden. De Voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland constateert dat er naar aanleiding van het door de Hoge Raad gewezen Didam-arrest veel onduidelijkheid bestaat over de rechtsgeldigheid van overeenkomsten die niet conform de voorwaarden uit het arrest tot stand zijn gekomen. De Voorzieningenrechter acht het voor het vervolg van de voorliggende procedure en met het oog op rechtszekerheid noodzakelijk dat eerst duidelijkheid wordt verkregen over de rechtsgeldigheid van de overeenkomst en overweegt prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.

¹ Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum & Laure Overmeire is werkstudent Bouwrecht bij Ploum.

² HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

Vonnis van 24 mei 2023

in de zaak van

1. [eiser sub 1],

te [woonplaats],

2. [eiseres sub 2],

te [woonplaats],

eisende partijen in conventie,

verwerende partijen in reconventie,

hierna samen te noemen: [eisers],

tegen

GEMEENTE [gemeente],

te [plaats],

gedaagde partij in conventie,

eisende partij in reconventie,

hierna te noemen: de Gemeente,

(...)

2 Waar gaat het over?

Kern van de zaak

2.1. De kernvraag die partijen verdeeld houdt, is de vraag of er op 12 augustus 2021 een koopovereenkomst tot stand is gekomen over een stuk grond dat feitelijk door [eisers] wordt gebruikt als onderdeel van hun tuin, maar dat (nog) niet door de Gemeente aan [eisers] is geleverd. De rechtbank beantwoordt die vraag met ja. De rechtbank zal hierna uitleggen waarom.

2.2. Het beroep van de Gemeente op onbevoegde vertegenwoordiging door haar ambtenaar bij het aangaan van de overeenkomst wordt verworpen, zodat de Gemeente in beginsel aan de koopovereenkomst gebonden is.

2.3. Echter, gelet op het door de Hoge Raad gewezen *Didam*-arrest van 26 november 2021¹ is er onduidelijkheid over de rechtsgeldigheid van een dergelijke koopovereenkomst. Reden waarom de rechtbank het voornemen heeft om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De rechtbank zal dit voornemen hierna nader toelichten en een aantal conceptvragen formuleren waarover partijen zich mogen uitlaten.

Achtergrond van het geschil (feiten)

2.4. [eisers] hebben in juni 2004 een perceel grond met (monumentaal) woonhuis en schuur aan de [adres] te [woonplaats] gekocht van de Gemeente. Het perceel is (nu) kadastraal bekend als gemeente [gemeente], sectie [sectie], nummer [kadastraal nummer] en heeft een grootte van om en nabij 1500 m². De naastgelegen grond met daarop het gemeentehuis is eigendom van de Gemeente (de percelen kadastraal genummerd [kadastraal nummer], [kadastraal nummer], [kadastraal nummer] en [kadastraal nummer]). De situatie ter plaatse blijkt uit de onderstaande afbeelding*. Het perceel [eisers] bevindt zich onderaan.

*I.v.m. de mogelijke herleidbaarheid naar personen is de afbeelding verwijderd.

2.5. Het gaat in deze procedure om de percelen met de (huidige) nummers [kadastraal nummer], [kadastraal

nummer] en [kadastraal nummer] ter grootte van ongeveer 462 m². Deze percelen (hierna: de Grond) en daarnaast nog een klein deel van het huidige perceel [kadastraal nummer] hebben [eisers] om en nabij 2006 in gebruik genomen als (onderdeel van) hun tuin. Hieronder is een afbeelding opgenomen van een satellietfoto** van de situatie ter plaatse waarop de kadastrale perceelgrenzen zijn ingetekend.

**I.v.m. de mogelijke herleidbaarheid naar personen is de foto verwijderd.

2.6. Volgens [eisers] is de ingebruikname van de Grond een uitvloeisel van destijds met de Gemeente (vertegenwoordigd door de toenmalige burgemeester [A]) gemaakte afspraken. Directe aanleiding daarvoor was de aanwezigheid van asbest, de overlast van hangjongeren en een inbraak bij [eisers]. Het ging volgens [eisers] om ernstig verwaarloosd en met asbest en glas vervuilde gemeentegrond. Vanwege de vervuiling bestond er een wettelijke plicht om de grond te saneren en dat was kostbaar. Onderdeel van de (mondelinge) afspraken was dat [eisers] de Grond op eigen kosten zouden saneren, omheinen en een vijver zouden aanleggen en dat de Gemeente de Grond in ruil daarvoor dan aan hen zou overdragen. Volgens [eisers] hebben de daaropvolgende (sanerings- en omheinings)werkzaamheden mede vanwege het monumentale karakter van de woning steeds in nauw overleg met de Gemeente plaatsgevonden. De Gemeente betwist de door [eisers] geschetste gang van zaken en is van mening dat [eisers] de Grond zich onrechtmatig hebben toegeëigend. Vast staat dat de gestelde verkoop van de door [eisers] in gebruik genomen grond destijds niet schriftelijk is vastgelegd en dat levering via de notaris niet heeft plaatsgevonden.

2.7. De Gemeente heeft [eisers] op 9 april 2020 aangeschreven vanwege onrechtmatig gebruik van de Grond. Naar aanleiding van deze brief zijn partijen (veelvuldig) in overleg getreden. Uiteindelijk heeft dit overleg geresulteerd in een minnelijk voorstel van de Gemeente. Dit voorstel is opgenomen in een brief van 2 februari 2021 aan [eisers]. Deze brief is ondertekend door de heer [B] (hierna: [B]), jurist en behandelend ambtenaar bij de Gemeente, namens het college van burgemeester en wethouders. In de brief is onder meer opgenomen:

"Minnelijk aanbod voor gedeeltelijke verwerving

Wij zijn bereid om een gedeelte van hetgeen uw cliënten thans in bezit en in gebruik hebben genomen aan hen te verkopen. (...) Berekend is dat het hier om een oppervlakte van circa 7 are en 9 centiare (709 m²) gaat. (...) Wij bieden deze strook grond aan voor € 130 per centiare (m²), kosten koper, waardoor de verkoopprijs € 92.170,00, kosten koper, zal zijn. Dit aanbod moet beschouwd worden als een eenmalig en onvoorwaardelijk minnelijk aanbod en is gericht om nu een definitieve oplossing te bereiken voor het huidige geschil over het gebruik van de gronden van de gemeente.

Hoe verder en wat zijn de voorwaarden?

Wij verzoeken u binnen vier weken na dagtekening van deze brief ons schriftelijk te berichten of uw cliënten voornoemd minnelijk aanbod wel of niet willen aanvaarden. Het aanbod is zoals het is en nu wordt gedaan. Het staat uw cliënten vrij om het nu gedane aanbod wel of niet te aanvaarden. Het aanbod

¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

is verder onder de volgende voorwaarden: [volgt een lijst met voorwaarden onderverdeeld in a) tot en met h), toev. recht-bank]
(...)

Tenslotte

Wij zien graag het bericht over wel of niet aanvaarden van het minnelijk aanbod tegemoet binnen de eerdergenoemde termijn. Als u over de brief nog vragen heeft dan kunt u contact opnemen met de heer [B], jurist privaatrecht. (...)

Hoogachtend,

Namens het College van burgemeester en wethouders van [gemeente],

[B]

jurist privaatrecht

2.8. De lijst met voorwaarden die in de brief is opgenomen, bevat geen voorwaarde van goedkeuring door het college van burgemeester en wethouders.

2.9. [eisers] hebben de verantwoordelijk wethouder van de Gemeente (de wethouder grondzaken) op 19 februari 2021 rechtstreeks per e-mail (getiteld "Verzoek overleg") over dit voorstel benaderd en de brief van 2 februari 2021 bijgevoegd. In hun e-mail schrijven zij onder meer:

"Begin november 2020 hebben wij om nader overleg met de gemeente verzocht (bijlage 3), waarna wij begin deze maand de in kopie bijgaande brief d.d. 2 februari 2021 van de gemeente ontvingen (bijlage 4). Aan ons is eenmalig aanbod gedaan de grond te kopen.

Als reactie op de brief van 2 februari heeft onze advocaat de heer [B] inmiddels geschreven conform de in kopie bijgaande brief (bijlage 5).

Graag zouden wij op korte termijn met u in gesprek gaan over deze kwestie.

(...)

Graag vernemen wij of u openstaat voor een gesprek en wanneer een overleg u zou schikken."

2.10. De wethouder heeft op deze e-mail richting [eisers] niet gereageerd. Wel heeft de wethouder de e-mail van [eisers] op 20 februari 2021 doorgestuurd aan [B], met de opmerking aan [B] dat hij er niet tussen wil gaan zitten.

2.11. Partijen hebben vervolgens in de periode maart tot en met mei 2021 nader met elkaar gesproken en gecorrespondeerd, waarbij het contact vanuit de Gemeente liep via [B]. Dit nadere overleg heeft geleid tot een tegenvoorstel van [eisers] op 7 juni 2021. Dit tegenvoorstel is door de Gemeente afgewezen, waarna de Gemeente in een brief van 29 juli 2021 een nieuw voorstel heeft gedaan. Dit voorstel houdt samengevat in dat met betrekking tot de prijs wordt vastgehouden aan € 130,- per m², maar dat de oppervlakte wordt verlaagd naar om en nabij 540 m² (waardoor de totaalprijs uitkomt op € 70.226,00). De brief vermeldt verder: *"Het vorenstaande is het finale aanbod van de gemeente. Wij vernemen graag binnen vier weken na dagtekening van deze brief of voornoemd finale aanbod door uw cliënten worden aanvaard. Wij zijn niet langer bereid om nog verder te onderhandelen. (...)*

Hoogachtend,

Namens het College van burgemeester en wethouders van [gemeente],

[B]

Jurist privaatrecht

2.12. [eisers] hebben dit voorstel op 12 augustus 2021 geaccepteerd. In een e-mail van die datum aan [B] schrijft mr. Langhout, de advocaat van [eisers]:

"Cliënten aanvaarden het aanbod van de gemeente zoals geformuleerd in uw voornoemde brief. (...)

Uw wens om tot een snelle afwikkeling te komen, is in overeenstemming met de wens van cliënten. (...)

Hoe verder:

- *Er zal nog een kadastrale uitmeting moeten plaatsvinden. (...)*

- *Verder zal er nog een uiterst beknopte koopovereenkomst moeten komen. Naar ik aanneem, stelt u een conceptkoopovereenkomst op? (...)"*

2.13. Diezelfde dag – op 12 augustus 2021 – heeft [B] bevestigd dat hij de koopovereenkomst zal opstellen. In de periode daarna heeft overleg plaatsgevonden over de kadastrale uitmeting, notariskeuze en het vastleggen van de gemaakte afspraken in een overeenkomst. De kadastrale uitmeting vond plaats op 29 september 2021 en de percelen zijn vervolgens conform de tussen partijen getroffen regeling gesplitst (zie randnr.2.4).

2.14. Op 27 september 2021 heeft [B] per e-mail een conceptovereenkomst gestuurd aan mr. Langhout. Mr. Langhout heeft hierover telefonisch contact gehad met [B]. Tijdens dit telefonisch contact bleek dat [B] een (uitgebreide) modelovereenkomst had gebruikt, waarna tussen [B] en mr. Langhout is afgesproken dat mr. Langhout een verkorte versie zou opmaken. Die verkorte versie heeft mr. Langhout op 17 oktober 2021 per e-mail aan [B] gestuurd. Hierop is geen inhoudelijke reactie van [B] gekomen. In plaats daarvan, heeft [B] op 17 november 2021 per e-mail aan mr. Langhout laten weten:

"Gisteren heb ik een digitaal overleg gehad met o.a. de wethouder grondzaken over het voorlopig bereikte akkoord met uw cliënten, (...). Dit overleg maakt dat ik genoodzaakt ben om met u opnieuw in overleg moet treden. Ik heb geen goed nieuws."

2.15. Op 18 november 2021 heeft naar aanleiding van deze e-mail een telefoongesprek plaatsgevonden tussen [B] en mr. Langhout, waarin [B] heeft aangegeven dat de wethouder grondzaken niet kan instemmen met een prijs van € 130 per m². Op 25 november 2021 heeft mr. Langhout zijn verbazing uitgesproken over deze gang van zaken en aangedrongen op nader overleg. Ondanks herhaaldelijk verzoek, is dit overleg er niet gekomen. Op 10 mei 2022 stuurt mevrouw [C] namens de Gemeente een e-mail aan mr. Langhout, waarin zij onder meer schrijft:

"Allereerst mijn excuses voor de vertraagde afhandeling van uw verzoek (...)

Op dit moment is het voor de gemeente [gemeente] onmogelijk om te beslissen over de verkoop van gronden aan uw cliënten. De toekomstige ontwikkelingen in de directe nabijheid van het perceel zijn nog onbekend en de gemeente wenst zich niet op voorhand te beperken door een verkoop op dit moment."

2.16. Verder worden [eisers] in deze e-mail verzocht en gesommeerd om binnen zes weken de Grond (grotendeels) te ontruimen.

2.17. In deze procedure heeft de Gemeente nader toegelicht wat zij bedoelt met de hiervoor genoemde “*toekomstige ontwikkelingen*”. Volgens de Gemeente gaat het hier om mogelijke ontwikkelingen als gevolg van het voornemen van de Gemeente om te verhuizen naar een andere locatie, waarna het [locatie] (waar de Gemeente momenteel is gevestigd) op de markt komt. Een andere ontwikkeling betreft de verhuizing van het [instituut] (eveneens burens van [eisers]) omstreeks 2025, waardoor deze locatie (ook) op de markt komt en hier mogelijk een woonwijk zal worden ontwikkeld.

2.18. [eisers] hebben conservatoir beslag gelegd op de betreffende percelen en de onderhavige procedure gestart om – kort gezegd – alsnog nakoming van de overeenkomst door de Gemeente af te dwingen.

3 De vorderingen

3.1. [eisers] vorderen in conventie – uitvoerbaar bij voorraad – naast betaling van een schadevergoeding en de beslag- en proceskosten samengevat:

(a) Primair een verklaring voor recht dat op 12 augustus 2021 een koopovereenkomst tot stand is gekomen betreffende de aankoop van de Grond door [eisers] van de Gemeente en veroordeling tot nakoming van de verplichtingen uit deze overeenkomst door de Gemeente op straffe van een dwangsom.

(b) Subsidiair een verklaring voor recht dat op 12 augustus 2021 een rompovereenkomst tot stand is gekomen betreffende de Grond tegen een prijs van € 130,- per m² en een gebod voor de Gemeente om mogelijke leemte(s) in de overeenkomst in redelijkheid uit te onderhandelen op straffe van een dwangsom.

(c) Meer subsidiair een verklaring voor recht dat de Gemeente onrechtmatig c.q. schadeplichtig heeft gehandeld tegenover [eisers] door de onderhandelingen af te breken.

(d) Uiterst subsidiair een verklaring voor recht dat er in de periode 2004-2006 tussen de Gemeente en [eisers] afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de verkoop en levering van de in randnr. 2.5 genoemde percelen en een (klein) deel van perceel [kadastraal nummer] en nakoming van haar verplichting tot levering van deze grond door de Gemeente.

3.2. De Gemeente voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkheid van [eisers], dan wel tot afwijzing van de vorderingen van [eisers], met veroordeling van [eisers] in de kosten van deze procedure. In reconventie vordert de Gemeente op haar beurt – samengevat – opheffing van het door [eisers] gelegde beslag en ontruiming van de door [eisers] in gebruik genomen grond.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Aangezien de vorderingen in conventie en in reconventie met elkaar samenhangen zullen zij hieronder gezamenlijk worden behandeld.

Is tussen partijen een (romp)overeenkomst tot stand gekomen?

4.2. De rechtbank beantwoordt die vraag met ja. De primaire vordering is gericht op nakoming van de overeenkomst die volgens [eisers] op 12 augustus 2021 tussen [eisers] en de Gemeente tot stand is gekomen. Vast staat dat er in eerste instantie op 2 februari 2021 en daarna op 29 juli 2021 namens de Gemeente een concreet en expliciet aanbod is gedaan aan [eisers] met betrekking tot de aankoop en levering van grond aan [eisers] tegen een prijs van € 130,- per m². In het tweede aanbod is de oppervlakte van de te verkopen gronden beperkt tot 540 m² (hiervoor gedefinieerd als de Grond), onder aanduiding van de stroken grond waar het om gaat en met vermelding van de totaalprijs van € 70.226,00. Dit aanbod is op 12 augustus 2021 uitdrukkelijk en zonder voorbehoud door [eisers] geaccepteerd. Op dat moment bestond er naar het oordeel van de rechtbank overeenstemming over in ieder geval de essentialia van de overeenkomst; over zowel de over te dragen grond als de prijs daarvan bestond immers overeenstemming.

4.3. Tussen partijen is niet in geschil dat partijen hebben afgesproken de gemaakte afspraken in een schriftelijke overeenkomst vast te leggen. In de tweede conceptversie van de koopovereenkomst (opgesteld door mr. Langhout), zie randnummer 2.14 hiervoor, is de koopprijs opengelaten, omdat uit de kadastrale uitmeting was gebleken dat het aantal over te dragen m² iets hoger werd. Of en in hoeverre dit laatste concept op essentiële punten verschilt van het door de Gemeente opgestelde concept is door de Gemeente naar eigen zeggen niet meer gecontroleerd, omdat op dat moment duidelijk werd dat het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente de Grond niet (langer) aan [eisers] wilde overdragen en zij feitelijk de stekker uit het hele proces heeft getrokken.

4.4. Naar het oordeel van de rechtbank moet deze uitwisseling van concepten worden gezien als een afwikkeling van de overeenkomst, maar laat dat onverlet dat er tussen partijen al overeenstemming was bereikt over de essentialia van de overeenkomst, waarvan nakoming kan worden gevorderd. De betwisting van de Gemeente dat er een overeenkomst tot stand is gekomen, slaagt dan ook niet. Mochten er op grond van de uitgewisselde concepten toch nog leemtes naar voren komen die aanvulling behoeven, dan kunnen die zover nodig worden aangevuld aan de hand van de aard van de overeenkomst, de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid die partijen naar elkaar toe in acht moeten nemen. Of dat in deze zaak ook daadwerkelijk het geval is, is op dit moment niet helder omdat de Gemeente het concept van [eisers] niet meer inhoudelijk heeft beoordeeld (ook voorafgaand aan de zitting niet). Gelet op hetgeen hierna wordt overwogen, zal de rechtbank dit voor nu in het midden laten.

Gerechvaardigd vertrouwen of schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid?

4.5. [eisers] stellen dat zij er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat [B] bevoegd was om de Gemeente te vertegenwoordigen in deze kwestie. De Gemeente betwist dit en stelt dat alleen het college van burgemeester en wethouders bevoegd is tot het aangaan van een (koop)overeenkomst. Volgens de Gemeente mochten [eisers] er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat [B] een mandaat had om in deze kwestie de Gemeente te binden, omdat een eventueel opgewekt vertrouwen alleen kan worden ontleend aan handelingen van het bevoegde bestuursorgaan zelf en niet aan handelingen van de ambtenaar. Volgens de Gemeente is van vertrouwenwekkend handelen van het bestuursorgaan in dit geval geen sprake.

4.6. De rechtbank leest de stellingen van [eisers] als een beroep op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid zoals geregeld in artikel 3:61 lid 2 BW. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op mandaatverlening door de overheid en (onbevoegde) vertegenwoordiging van de overheid.² In artikel 3:61 lid 2 BW staat dat in het geval een rechtshandeling in naam van een ander is verricht, en de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van de ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht aannemen dat er een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van die veronderstelling tegenover de wederpartij geen beroep kan worden gedaan. Op grond van de geldende maatstaf dient er sprake te zijn van omstandigheden die voor risico van de pseudovolmachtgever komen waaruit naar verkeersopvattingen een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. In die gevallen waarin overheidslichamen een rol spelen, wordt wel aangenomen dat deze maatstaf terughoudend moet worden toegepast in die zin dat de gewekte schijn in de regel mede moet zijn opgewekt door toedoen van het bevoegde orgaan, in dit geval het college van burgemeester en wethouders.

4.7. Naar het oordeel van de rechtbank is ook bij een terughoudende toepassing aan deze maatstaf voldaan. Daarbij acht de rechtbank de volgende omstandigheden in onderling verband en samenhang van belang. In de eerste plaats de tekst en inhoud van de brief van 2 februari 2021 met het eerste aanbod van de Gemeente. Die brief is door [B] ondertekend namens het college van burgemeester en wethouders, waarbij het taalgebruik ook suggereert dat de brief van het college afkomstig is. Zo worden veelvuldig de bevoordingen 'wij' en 'de gemeente' gebruikt. In de brief wordt een uitdrukkelijk aanbod gedaan tot verkoop van de Grond door de Gemeente, zonder daarbij een voorbehoud van instemming door het college op te nemen (maar wel diverse andere voorwaarden). [eisers] hebben deze brief vervolgens per e-mail toegestuurd aan de wethouder van grondzaken met het verzoek om overleg over dit aanbod. Het had op de weg gelegen van de wethouder om in reactie daarop aan te geven dat [B] niet gemachtigd was om namens het college

op te treden en een dergelijk ongeclausuleerd aanbod te doen. Door dit na te laten, heeft de wethouder bij [eisers] het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat [B] bevoegd was om namens het college op te treden. Dit nalaten van de wethouder – binnen het college verantwoordelijk voor grondtransacties – valt aan te merken als een toedoen van het bevoegde orgaan. Toen [eisers] enige tijd later een nieuw en wederom ongeclausuleerd aanbod ontvingen van [B], mochten zij er dan ook van uitgaan dat [B] dit aanbod namens het college van burgemeester en wethouders deed. Het college van burgemeester en wethouders kan op de onjuistheid van die veronderstelling tegenover [eisers] geen beroep doen.

4.8. De conclusie is dat tussen [eisers] en de Gemeente op 12 augustus 2021 wilsovereenstemming bestond over de essentialia van (ver)koop van de Grond. Daarmee is in beginsel een koopovereenkomst tot stand gekomen. Bij die stand van zaken komt de rechtbank niet toe aan het (uiterst) subsidiaire betoog van [eisers] dat al in de periode 2004-2006 wilsovereenstemming is bereikt tussen [eisers] en de Gemeente.

Wat betekent het Didam-arrest voor de geldigheid van de koopovereenkomst?

4.9. De rechtbank schrijft hiervoor bewust "in beginsel", omdat de vervolgvraag is of een overeenkomst als de onderhavige, waarbij sprake is van verkoop van overheidsgrond, in het licht van het *Didam*-arrest van de Hoge Raad (zie randnr. 2.3) rechtsgeldig is. In dit arrest heeft de Hoge Raad kort gezegd beslist dat wanneer een overheidslichaam voornemens is een onroerende zaak te verkopen, dit overheidslichaam in het licht van het uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voortvloeiende gelijkheidsbeginsel een adequate procedure, die voldoet aan de door de Hoge Raad genoemde criteria, moet inrichten om aan potentiële gegadigden gelijke kansen te bieden om het vastgoed te verwerven. Die mededingingsruimte hoeft alleen dan niet te worden geboden als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval moet het overheidslichaam tijdig het voornemen tot verkoop openbaar maken om te kunnen vaststellen dat er daadwerkelijk maar één gegadigde is.

4.10. De rechtbank constateert dat naar aanleiding van het door de Hoge Raad gewezen *Didam*-arrest zowel in de literatuur als in de rechtspraak veel onduidelijkheid bestaat over de gevolgen van deze uitspraak voor niet *Didam*-conform tot stand gekomen overeenkomsten. De rechtspraak is gedifferentieerd en zowel de mogelijke aantastbaarheid als geldigheid van de overeenkomst wordt wel aangenomen. Er zijn daarbij drie visies te onderscheiden:

1. Overeenkomst is nietig

Dit heeft tot gevolg dat er nimmer een koopovereenkomst tot stand is gekomen en er dus ook geen levering meer kan/mag plaatsvinden dan wel dat bij reeds plaatsgevonden leveringen een geldige titel ontbreekt. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is in een eerdere uitspraak uitgegaan

² Zie hierover (met nadere verwijzingen) G. Snijders, *Overheidsprivatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2015/IV.11 en IV.12.

van deze visie.³ De voorzieningenrechter heeft aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel – dat de overheid op grond van artikel 3:14 BW ook bij privaatrechtelijk optreden in acht dient te nemen – een fundamenteel beginsel betreft dat de strekking heeft om de geldigheid van in strijd daarmee gesloten overeenkomsten aan te tasten. Nu het gelijkheidsbeginsel ertoe strekt om ook derden die geen partij zijn bij de meerszijdige rechtshandeling te beschermen, is sprake van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2, aldus de voorzieningenrechter. Daarnaast kan ook via de band van artikel 3:40 lid 1 BW geconcludeerd worden tot nietigheid. Dit is het geval wanneer wordt aangenomen dat niet Didam-conforme overeenkomsten in strijd zijn met de openbare orde, nu het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel beginsel van de Nederlandse rechtsorde betreft.⁴

2. Overeenkomst is in beginsel geldig en onaantastbaar

In de literatuur wordt wel verdedigd dat wanneer een koopovereenkomst tot stand is gekomen zonder dat aan de procedureregels uit het Didam-arrest is voldaan en deze op grond van artikel 3:40 lid 2 BW feitelijk verboden is, het mede gete op de parlementaire geschiedenis en het arrest Uneto/De Vliert⁵ aannemelijk is dat het voorschrift van artikel 3:14 BW niet de strekking heeft om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (zie artikel 3:40 lid 3 BW).⁶ Het gevolg van deze opvatting is dat van nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 2 BW geen sprake is.

Wanneer artikel 3:40 lid 2 BW niet leidt tot nietigheid, kan zoals hiervoor al weergegeven alsnog op grond van artikel 3:40 lid 1 BW worden geconcludeerd tot nietigheid vanwege strijd met de openbare orde. Voor de beoordeling daarvan wordt in de literatuur veel waarde gehecht aan de bewustheid van de inbreuk door de partijen. Voordat het Didam-arrest werd gewezen werd erin de markt van uit gegaan dat een-op-een verkoop niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Samen met het uitgangspunt dat remedies niet verder dienen te gaan dan nodig is voor verwezenlijking van de onderliggende norm en de omstandigheid dat de wetgever nergens heeft laten blijken dat schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet leiden tot civielrechtelijke nietigheid, is in de literatuur betoogd dat in ieder geval voor anterieure overeenkomsten geldt dat deze overeenkomsten niet in strijd zijn met artikel 3:40 lid 1 BW (behoudens evidente gevallen van bijvoorbeeld corruptie of vriendjespolitiek).⁷ Overeenkomsten gesloten na het Didam-arrest zijn in deze visie wel gevoelig voor nietigheid.

3. Overeenkomst is vernietigbaar

Deze uitkomst is te bereiken via de band van 3:40 lid 2 BW en gaat ervan uit dat artikel 3:14 BW slechts strekt ter bescherming van één van de bij de rechtshandeling betrokken

partijen. Een andere mogelijkheid die in de literatuur wordt genoemd is het naar analogie toepassen van de regels uit artikel 4:15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012, die bepalen dat een derde de koop kan vernietigen.⁸

4.11. [eisers] zijn van mening dat in deze zaak primair een exceptie geldt vanwege de aard van het object. Het gaat om dunne, smalle stroken grond ('snippergroen'), die zich rondom het perceel van [eisers] bevinden, waardoor redelijkerwijs mag worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Subsidiair, voor het geval dit anders is, zijn [eisers] van mening dat strijd met het Didam-arrest hooguit tot vernietigbaarheid van de overeenkomst kan leiden. De Gemeente sluit op haar beurt aan bij de eerdere uitspraak van de voorzieningenrechter van deze rechtbank (zie voetnoot 3) en stelt dat de overeenkomst nietig is.

Hoe nu verder?

4.12. Vast staat in deze zaak dat de koopovereenkomst niet volgens de Didam-procedure regels tot stand is gekomen. De overeenkomst dateert van vóór de datum waarop het Didam-arrest is gewezen, maar de levering heeft nog niet plaatsgevonden.

4.13. De rechtbank acht het voor het vervolg van deze zaak, waarin de primaire en subsidiaire vorderingen er op zijn gericht om de Gemeente te laten meewerken aan de verdere uitvoering van de (romp)overeenkomst, noodzakelijk dat eerst duidelijkheid wordt verkregen over de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Op dit moment valt namelijk niet uit te sluiten dat de overeenkomst nietig is en nakoming van een nietige overeenkomst is niet mogelijk. Ook als de rechtbank zou aannemen dat de overeenkomst rechtsgeldig is, bestaat de mogelijkheid dat de Hoge Raad later anders besluit, waardoor achteraf bezien geen sprake is van een geldige titel voor de overdracht. Die situatie is onwenselijk.

4.14. Daarnaast geldt dat het ook met het oog op de rechtszekerheid wenselijk is dat duidelijkheid komt over de rechtsgevolgen van niet Didam-conforme overeenkomsten, omdat de onderhandse verkoop van overheidsvastgoed in ieder geval voor het Didam-arrest een veelvoorkomende praktijk was en daardoor de maatschappelijke gevolgen groot zullen zijn in het geval de nietigheid of vernietigbaarheid van een dergelijke niet Didam-conforme overeenkomst wordt aangenomen. De vraag over de (rechts)gevolgen van het Didam-arrest is (begrijpelijkerwijs) dan ook al diverse malen in jurisprudentie aan bod gekomen.⁹ De rechtbank vindt een antwoord op de door haar te stellen vragen dan ook rechtstreeks van belang voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet (artikel 392 lid 1 aanhef en sub b Rv).

3 Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

4 Zie voor een nadere uitwerking van deze opvatting: prof.mr. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392, pag. 859-867.

5 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826

6 Zie prof.mr. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392, pag. 859-867, met verwijzing naar gelijkgestemde auteurs.

7 Zie aldus prof.mr. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', *WPNR* 2022/7392, pag. 859-867.

8 Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796 (randnr. 3.7), die een combinatie van beide routes lijkt te volgen.

9 Zie bijvoorbeeld naast de hiervoor genoemde uitspraken van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland en het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de Didam-zaak ook de jurisprudentie aangehaald in het artikel van Bartels, voetnoot 4 hierboven.

4.15. Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank om de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad:

- 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?
- 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?
- 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?
- 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?
- 6) 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?

(...)

5 De beslissing

De rechtbank in conventie en reconventie

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 21 juni 2023 voor een akte van partijen, waarbij zij zich kunnen uitlaten over de formulering van de onder 4.15 voorgestelde prejudiciële vragen;

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. In onderhavige procedure bestond tussen partijen primair discussie over de vraag of op 21 augustus 2021 een rechtsgeldige koopovereenkomst tot stand was gekomen. De Voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag bevestigend. Tussen partijen bestond wilsovereenstemming over de essentialia van de (ver)koop van de grond, waarmee in beginsel een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Echter, in onderhavige kwestie gaat het om verkoop van overheidsgrond. Dit betekent dat de transactie tevens moet

voldoen aan de voorwaarden uit het door de Hoge Raad gewezen *Didam*-arrest, aldus de rechtbank.

2. De rechtbank constateert dat naar aanleiding van het door de Hoge Raad gewezen *Didam*-arrest echter veel onduidelijkheid bestaat over de gevolgen van het *Didam*-arrest voor overeenkomsten die in strijd met voorwaarden uit het arrest tot stand zijn gekomen. Derhalve oordeelt de rechtbank het voor het vervolg van de procedure, alsook met het oog op de rechtszekerheid wenselijk dat hierover eerst meer duidelijkheid komt. In dit verband overweegt de rechtbank om een zestal prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad. De beantwoording van deze vragen zijn van rechtstreeks belang voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere geschillen, waarin dezelfde vragen zich voordoen.

3. Met het voornemen tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad komt de rechtbank tegemoet aan de behoefte aan duidelijkheid die sinds het *Didam*-arrest is ontstaan. De Hoge Raad heeft zich in het *Didam*-arrest niet uitgelaten over de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van een overeenkomst die in strijd met de voorwaarden uit het *Didam*-arrest is gesloten. Zodoende is een van de meest prangende vragen of privaatrechtelijke overeenkomsten die in strijd met de voorwaarden uit het *Didam*-arrest met de overheid tot stand zijn gekomen: i. nietig, ii. vernietigbaar of iii. rechtsgeldig zijn. Hoewel Voorzieningenrechtters in verschillende uitspraken ingaan op de mogelijke consequentie van nietig- of vernietigbaarheid, volgt uit de veelvoudige vervolgrechtspraak die na het arrest is gewezen geen eenduidige lijn.¹

Gedifferentieerde rechtspraak

4. In de praktijk werd aangenomen dat niet lichtzinnig tot de conclusie kon worden gekomen dat op basis van het *Didam*-arrest een verplichting zou bestaan om overeenkomsten, die voor het *Didam*-arrest te goeder trouw tot stand waren gekomen, alsnog te publiceren. Dit zou in de weg staan aan de rechtszekerheid die daarmee op de tocht komt te staan.² Op 22 maart 2023 deed de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland dan ook ineens veel stof opwaaien. De gemeente Rhenen had op 25 januari 2023 het voornemen gepubliceerd om een pand dat al in 2020 – ruim vóór het *Didam*-arrest – werd verkocht, te leveren aan een partij die kwalificeerde als enige serieuze gegadigde. De Voorzieningenrechter kwam tot het oordeel dat de gemeente bij het sluiten van de koopovereenkomst het gelijkheidsbeginsel in acht had moeten nemen en potentiële gegadigden gelijke kansen had moeten bieden door een selectieprocedure te organiseren. De gemeente

1 Rb. Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, JAAN 2022/87, m.nt. P. Heijnsbroek, Rb. Noord-Holland 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8865, Rb. Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, m.nt. T.A. Terlien, BR 2023/16, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11197, m.nt. T.A. Terlien & L.S. Overmeire, BR 2023/28, Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014.

2 Zie ook: Handreiking implementatie van het arrest *Didam* in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling' d.d. 7 november 2022, p. 10.

had dit niet gedaan. Derhalve oordeelde de rechtbank dat de door gemeente gesloten koopovereenkomst nietig was op grond van art. 3:40 lid 2 en 3 BW.

5. Deze uitspraak werd als zeer verstrekkend ervaren en bovendien waren hierbij ook de nodige kanttekeningen te plaatsen, waaronder:

- Nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW zou namelijk betekenen dat de betreffende overeenkomst juridisch gezien nooit zou hebben bestaan, terwijl de overeenkomst ruim vóór het *Didam*-arrest – te goeder trouw – tot stand was gekomen.
- Uit een strikte lezing van het *Didam*-arrest volgt geen verplichting om (ook) de levering van een reeds (vóór *Didam*) verkochte onroerende zaak te publiceren. De Hoge Raad heeft nadrukkelijk bepaald dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheid “zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop” bekend moet maken. De maatstaf lijkt hiermee dus het voornemen tot verkoop van de onroerende stuk grond te zijn en niet de levering die eventueel nog moet plaatsvinden. De verkoop van de grond had al in 2017 plaatsgevonden. Dat ten behoeve van een geldige overdracht van de grond nog een feitelijke levering moest plaatsvinden, doet hier niet aan af.
- Tot nu toe werd aangenomen dat de wettelijke bepaling van art. 3:14 BW te onbepaald is om tot nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW (strijd met een wettelijke bepaling) te komen. Immers, de bepaling was in feite (slechts) een schakelbepaling naar (het in acht moeten nemen van) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk handelen.³

6. Een collectieve zucht van verlichting leek dan ook te worden geslaakt toen het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 4 april 2023⁴ in de ‘oorspronkelijke’ *Didam*-procedure oordeelde dat – naar analogie van het aanbestedingsrecht – vernietiging van de overeenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW de passende remedie zou zijn tegen de niet-naleving van de regels uit het *Didam*-arrest:

“Het hof zoekt voor de sanctie van vernietiging aansluiting bij het aanbestedingsrecht. De door de Hoge Raad in het *Didam*-arrest geformuleerde regels die een overheidsinstantie moet naleven in (zoals in dit geval bij) de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak zijn geïnspireerd op het aanbestedingsrecht. Het gebrek van de (koop)overeenkomst die is gesloten in strijd met de *Didam*-regels ziet op de totstandkoming van die overeenkomst, niet op de strekking of inhoud ervan. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten beslist dat niet-naleving van de aanbestedingsregels van Europese origine niet leidt tot nietigheid van de rechtshandeling. Naar analogie van deze rechtspraak en van artikel 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 zal het hof daarom

de vernietiging van de koopovereenkomst van 3 oktober 2019 op vordering van *Didam Have c.s.* uitspreken.”

7. Hoewel de door het gerechtshof ingeslagen route als minder ingrijpend en daarmee meer wenselijk werd ervaren, is ook op dit oordeel een en ander af te dingen:

- De in het *Didam*-arrest geformuleerde regels zijn niet geïnspireerd op het aanbestedingsrecht, maar op de algemene beginselen uit het bestuursrecht.
- De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving c.q. jurisprudentie ziet op de situatie waarin overheden een overeenkomst sluiten om een behoefte in te kopen. Voor deze overeenkomsten heeft de wetgever expliciet aangegeven dat slechts sprake kan zijn van aantastbaarheid op grond van art. 4:45 Aanbestedingswet (en niet tevens op grond van art. 3:40 BW) indien er sprake is van strijd met dwingende aanbestedingsregelgeving.⁵ Het reikt te ver om een dergelijke lijn zonder enige juridische grondslag naar analogie door te trekken voor *Didam*-gerelateerde overeenkomsten. Immers, deze overeenkomsten zien nu juist op het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid, waarbij de betreffende overheid iets te vergeven (en niet in te kopen) heeft.⁶
- Op grond van art. 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een dwingende wetsbepaling slechts tot vernietigbaarheid als de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling. De ratio van het gelijkheidsbeginsel is echter breder en beschermt ook partijen die geen partij zijn bij de overeenkomst, maar aan wie wel mededingingsruimte had moeten worden geboden.

8. In recente procedure bij de rechtbank Limburg⁷ werd er nog een smaak aan het palet toegevoegd. De gemeente had in deze procedure geen ruimte geboden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de percelen, geen passende mate van openbaarheid geboden noch gemotiveerd waarom bij voorbaat vaststond of redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat alleen de desbetreffende partij als koper van de percelen in aanmerking kwam. Dat betekent dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen op een wijze die niet in overeenstemming is met de eisen die voortvloeien uit de mededingingsmaatstaf uit het *Didam*-arrest. Desalniettemin oordeelde de Voorzieningenrechter dat aan deze schending geen rechtsgevolg kon worden verbonden.

9. De (formeel) norm dat een openbare selectieprocedure moest worden georganiseerd, is gericht op het voorkomen van schending van het gelijkheidsbeginsel als (materiële) norm, aldus de rechtbank. Dat wil zeggen dat aan de vastgestelde normschending – het niet volgen van een openbare selectieprocedure – niet in alle gevallen hoeft te zijn gekoppeld dat daadwerkelijk sprake is van materiële

3 Zie ook: S.E. Bartels, ‘Zijn *Didam*-strijdige overeenkomsten nietig?’, *WPNR* 2022/7392.

4 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, m.nt. S. Elbertsen & E.W.J. de Groot, *BR* 2023/47.

5 Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax/UU*).

6 Zie ook annotatie van S. Elbertsen & E.W.J. de Groot bij het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, *BR* 2023/47.

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

schending van het gelijkheidsbeginsel. Voor een materiële schending, zou: i. sprake moeten zijn van een potentiële gegadigde die bovendien ii. een reële kans zou hebben gehad op het aangaan van de koopovereenkomst. Een andere uitleg zou er naar het oordeel van de rechtbank toe leiden dat enkel het niet volgen van een openbare selectieprocedure zou resulteren in een nietige koopovereenkomst, zelfs in gevallen waarin in werkelijkheid helemaal geen sprake zou zijn van enige daadwerkelijke schending van het gelijkheidsbeginsel in materiële zin. Met een dergelijke redenering zou het rechtszekerheidsbeginsel onnodig worden aangetast. Hierbij merkt de rechtbank nog op dat dit oordeel onverlet laat dat de vastgestelde normschending een onrechtmatige daad zou kunnen vormen jegens een gepasseerde potentiële gegadigde.

Prejudiciële procedure Hoge Raad

10. Gelet op de rechtszekerheid is het onwenselijk dat er nog meer smaken aan het palet worden toegevoegd. Met het voornemen om prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad, maakt de rechtbank Midden-Nederland gebruik van de mogelijkheid die rechters op grond van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad hebben. Uit art. 392 lid 1 Rechtsvordering (Rv) volgt dat rechters alleen een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad kunnen stellen als: i. de vraag wordt gesteld in een lopende procedure, ii. het een rechtsvraag betreft, iii. het antwoorde op de vraag nodig is om op de voorliggende eis of het voorliggende verzoek te beslissen en iv. het antwoord op de vraag rechtstreeks van belang is voor de oplossing van andere (mogelijke) geschillen.

11. De Hoge Raad oordeelt eerst of aanstonds blijkt dat de vraag zich niet leent voor beantwoording door middel van een prejudiciële beslissing, of dat aanstonds blijkt dat de vraag van onvoldoende gewicht is om de beantwoording te rechtvaardigen.⁸ Zo ja, dan eindigt de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Zo nee, dan worden partijen door de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken.⁹ De Hoge Raad kan ook besluiten dat derde partijen schriftelijke opmerkingen mogen maken. Hiertoe kan de Hoge Raad gericht specifieke partijen benaderen of een openbare oproep doen via zijn website. De ratio achter deze mogelijkheid is dat ook anderen dan de partijen een rechtstreeks belang kunnen hebben bij de beantwoording van die vragen. Op deze wijze krijgt de Hoge Raad een compleet beeld van de juridische en maatschappelijke context van het geschil.¹⁰ Partijen kunnen daarna reageren op elkaars schriftelijke opmerkingen en de schriftelijke opmerkingen die zijn ingediend door anderen.

12. Vervolgens is het aan de procureur-generaal om een conclusie te nemen, waarop (alleen) de partijen bij de procedure kunnen reageren. Partijen kunnen binnen twee weken nadat de conclusie is genomen of een afschrift van

de conclusie aan partijen is verzonden, schriftelijk reageren op de conclusie, zo nodig in een brief met een afschrift aan de wederpartij en de advocaat-generaal.¹¹ Nadat de procureur-generaal bij de Hoge Raad een conclusie heeft genomen, bepaalt de Hoge Raad de dag waarop hij zal beslissen op de prejudiciële vragen. De Hoge Raad kan de vragen indien nodig ook herformuleren. Tenzij de herformulering van ondergeschikte betekenis is, stelt de Hoge Raad partijen in de gelegenheid om binnen een door hem te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.¹²

13. Ervan uitgaande dat de voorgestelde prejudiciële vragen ook daadwerkelijk aan de Hoge Raad zullen worden gesteld, zullen nog wel de nodige stappen moeten worden gezet. De gemiddelde doorlooptijd tussen het vonnis waarin de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad worden gesteld en de beantwoording daarvan door de Hoge Raad bedraagt acht maanden.¹³ Duidelijk is in ieder geval dat: de voorliggende vragen (evident) van voldoende gewicht zijn om de beantwoording te rechtvaardigen en de antwoorden op de vragen rechtstreeks van belang zijn voor de oplossing van andere geschillen, althans voor de rechtszekerheid.

T.A. Terlien & L.S. Overmeire

Omgevingsrecht

BR 2023/71

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
29 maart 2023, nr. 202105027/1/R4
(Mrs. J.E.M. Polak, G.O. van Veldhuizen en J.H. van Breda)
m.nt. R.J.G. Bäcker & D. Nazari¹

(Art. 2.1, 2.10 Wabo; art. 12, 12a, 12b, 13 Woningwet; art. 4.19 Omgevingswet)

ECLI:NL:RVS:2023:1247

Omgevingsvergunning. Woningwet. Welstand. Beeldregeregels

Gelet op de kleur van de gevel voldoet het bouwwerk volgens het college niet aan de redelijke eisen van welstand. Het college heeft zich daarbij gebaseerd op een advies dat de commissie Welstand en Monumenten ten behoeve van de aanvraag heeft gegeven.

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant A] en [appellant B] (hierna samen en in enkelvoud: [appellant A]), wonend te Utrecht,

⁸ Art. 393 lid 8 Rv.

⁹ Art. 393 lid 1 Rv.

¹⁰ M. Möhring & S. Kingma, 'De prejudiciële procedure presteert prima. Indrukken uit de eerste 100 prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', TCR 2022/1.

¹¹ Art. 44 lid 3 Rv.

¹² Art. 393 lid 7 Rv.

¹³ Möhring & S. Kingma, 'De prejudiciële procedure presteert prima. Indrukken uit de eerste 100 prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', TCR 2022/1.

¹ Mrs. R.J.G. Bäcker & D. Nazari zijn beiden advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.