



# IS EEN OVEREENKOMST IN STRIJD MET HET DIDAM-ARREST ONGELDIG? OF TOCH NIET?



## DE ZAAK

De gemeente Rhenen verkoopt een monumentaal pand aan Stichting 't Brandtweer. De gemeente stelt dat Stichting 't Brandtweer de enige gegadigde is om in aanmerking te komen voor de aankoop. Een lokale vastgoedondernemer is het daar niet mee eens en start een kort geding. In dit kort geding vordert de ondernemer dat de gemeente het pand niet aan Stichting 't Brandtweer mag leveren, omdat de gemeente ook andere (potentiële) gegadigden een gelijke kans had moeten bieden om mee te dingen. Nu de gemeente dit niet gedaan heeft, heeft zij in strijd met het Didam-arrest (het gelijkheidsbeginsel) gehandeld en de koopovereenkomst is daardoor nietig (ongeldig), aldus de ondernemer.

[De voorzieningenrechter](#) is het eens met de ondernemer. Overheden moeten bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten de regels uit het Didam-arrest naleven. De gemeente heeft dat nagelaten en handelt daardoor in strijd

een wettelijke bepaling (artikel 3:14 BW; zie hierna). Het gevolg daarvan is dat de koopovereenkomst nietig (ongeldig) is, aldus de voorzieningenrechter. Dit betekent dat de overeenkomst niet bestaat en geacht wordt nooit bestaan te hebben.

De gemeente kan dus niet tot overdracht (levering) van het vastgoed overgaan en zal een nieuwe overeenkomst moeten sluiten. Daartoe zal de gemeente voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst een openbare en transparante (Didam-) selectieprocedure moeten organiseren. Alleen wanneer bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde (Stichting 't Brandtweer) in aanmerking komt voor de aankoop, kan van dit uitgangspunt worden afgeweken. In dat geval moet de gemeente haar voorstellen tot verkoop aan Stichting 't Brandtweer, en de motiveer- ing daarvan, vooraf bekend maken.



## JURIDISCH KADER EN RECHTERS AAN HET WOORD

- Op grond van [artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek](#) moet een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht nemen. Het gelijkheidsbeginsel strekt onder meer tot het bieden van gelijke kansen.
- In het [Didam-arrest](#) oordeelde de Hoge Raad dat als een overheidslichaam voornemens is een onroerende zaak te verkopen en er meerdere gegadigden zijn (of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn), het overheidslichaam ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. In dat geval moet het overheidslichaam objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.
- De hiervoor bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden als 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 dat geval moet het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop, en de

motivering daarvan, vooraf bekend maken.

- Een vervolgvraag is wat de gevolgen zijn wanneer een overheidslichaam deze Didam-regels niet naleeft. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag aan de hand van het bepaalde in [artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek \(BW\)](#). Een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsbepaling, leidt in beginsel tot nietigheid (ongeldigheid) van de rechtshandeling ([artikel 3:40 lid 2 BW](#)). Op basis van deze bepaling concludeert de voorzieningenrechter dat een in strijd met artikel 3:14 BW gesloten overeenkomst nietig (ongeldig) is.
- Wij plaatsen vraagtekens bij dit oordeel van de voorzieningenrechter. De aanbestedingsregelgeving heeft immers niet de strekking de inhoud of de geldigheid van een reeds gesloten overeenkomst zelf aan te tasten ([artikel 3:40 lid 3 BW](#); zie in dat verband het arrest van de Hoge Raad van [4 november 2005](#) en het [Uneto/De Vliert](#)-arrest van de Hoge Raad). De wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht is ook niet van openbare orde (aldus [AG Keus in zijn conclusie bij het Xafax-arrest](#)) en strijd met de goede zeden is ook niet aan de orde (vgl. [artikel 3:40 lid 1 BW](#)).

- Aan de overeenkomst tussen (in dit geval) de gemeente Rhenen en de genoemde ondernemer mankeert bovendien niets. Enkel in de totstandkoming van deze overeenkomst is (jaren geleden) in strijd met artikel 3:14 BW geen mededingingsruimte geboden aan andere partijen. Op grond van het aanbestedingsrecht is een dergelijke schending in de totstandkoming van een overeenkomst (bijvoorbeeld door geen aanbesteding te houden) in beginsel

geen grond voor nietigheid of vernietigbaarheid. Nietigheid of vernietigbaarheid is alleen aan de orde in specifieke uitzonderingssituaties (i.e. de [Xafax](#)-uitzonderingen), die hier niet aan de orde lijken te zijn. Niet valt in te zien waarom het voorgaande anders zou zijn onder het (lichtere) aanbestedingsregime van het Didam-arrest (zie ook: S.E. Bartels, WPNR 2022/7392).



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het Didam-arrest blijft de gemoederen bezig houden. Het oordeel van de voorzieningenrechter dat alle in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomsten ongeldig (nietig) zijn, heeft verstrekkende gevolgen voor de praktijk. Nietigheid heeft namelijk het gevolg een gesloten overeenkomst wordt geacht nooit bestaan te hebben. In beginsel zal er dan een nieuwe overeenkomst gesloten moeten worden. Met alle gevolgen van dien.
- Het ligt (in onze optiek) echter voor de hand dat deze uitspraak (al dan niet in hoger beroep) gecorrigeerd zal worden, om de hiervoor genoemde redenen (zie hiervoor: 'Juridisch kader en rechters aan het woord'). Voorlopig is er dus geen reden voor paniek. Word je als overheidslichaam toch geconfronteerd met claims over nietigheid van een in

strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst op basis van deze uitspraak? Gebruik dan de argumenten uit deze nieuwsbrief om een dergelijke claim te pareren.

- Tot slot wijzen wij wel nog op het volgende. Naar ons oordeel is een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst niet ongeldig (nietig), maar dat betekent niet dat er geen risico's zijn. Je handelt als overheidslichaam immers onrechtmatig wanneer je de regels uit het Didam-arrest niet naleeft. Dat kan leiden tot rechtszaken, kritische vragen van de accountant en schadevergoedingsclaims wegens een 'gemiste kans' van marktpartijen die geen eerlijke kans hebben gekregen om mee te dingen (zie ook: [JA! editie nr. 4/2022](#)).

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves**   
**Benefit**

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)