

Gst. 2023/63

De aangewezen sanctie voor het niet-naleven van de Didam-regels; equilibreren tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid

Een artikelnoot bij het vervolgarrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796

Mr. J.P.M. van Beers & mr. M.P. Peters, datum 03-08-2023

Datum	03-08-2023
Auteur	Mr. J.P.M. van Beers & mr. M.P. Peters ^[3]
JCDI	JCDI:ADS710385:1
Vakgebied(en)	Ruimtelijk bestuursrecht / Grondexploitatie Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur Vermogensrecht / Rechtshandelingen Bestuursrecht algemeen / Overheid en privaatrecht Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Het *Didam*-arrest van de Hoge Raad dat op 26 november 2021 is gewezen heeft de vastgoedpraktijk op haar grondvesten doen schudden. Overheidslichamen die grond wensen uit te geven,^[1] dienen in beginsel mededingingsruimte te creëren zodat potentiële gegadigden kunnen meedingen naar de door de overheid uit te geven onroerende zaak.^[2] De Hoge Raad heeft geen overgangstermijn in zijn arrest opgenomen, waardoor de vraag rees of de procesregels uit het *Didam*-arrest ook van toepassing zijn op overeenkomsten die zijn gesloten (ver) vóór 26 november 2021 en wat de consequenties zijn van het niet-naleven van deze procesregels. In het te bespreken arrest geeft het hof daarop antwoord, waarvoor het aansluit bij de vernietigingssanctie als bepaald in de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). In deze artikelnoot bespreken de auteurs het arrest en gaan zij in op de vernietigbaarheid en nietigheid bij niet-naleving van de criteria uit het *Didam*-arrest.

1. Feiten en procedureverloop

Om het geheugen op te frissen schetsen wij kort de casus waarover het *Didam*-arrest gaat. De gemeente is eigenaar van het voormalige gemeentehuis in het centrum van Didam. Zij heeft haar wensen voor het nieuwe centrumplan opgenomen in een Masterplan, dat in 2016 door de raad is vastgesteld. In het Masterplan is onder andere opgenomen dat het wenselijk is supermarkten in het centrum te concentreren en dat in het oude gemeentehuis potentieel een supermarkt zou worden gevestigd. De gemeente heeft met de belangenbehartiger van Coöp, Groenstaete, meerdere jaren onderhandeld over de realisatie van het Masterplan, hetgeen uiteindelijk is uitgemond in een projectplan. Het projectplan behelst de realisering van onder meer een supermarkt op de gemeentehuislocatie en een parkeerplaats op de bibliotheek-/postkantoorlocatie. Groenstaete heeft gedurende de onderhandelingen de benodigde grond in het projectgebied in eigendom verworven. De exploitant van de Albert Heijn, Didam Have, heeft zich vervolgens bij de gemeente gemeld en aangegeven graag in aanmerking te komen voor een supermarkt in het centrumgebied. De gemeente heeft verwezen naar Groenstaete, die op haar beurt aan Didam Have te kennen heeft gegeven geen interesse te hebben in een samenwerking.

Daarop heeft Didam Have, naast een bodemprocedure, een kort geding tegen de gemeente aangespannen waarin is gevorderd de gemeente te verbieden over te gaan tot verkoop en levering van het perceel. Didam Have was van mening dat de gemeente ten onrechte geen openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure had georganiseerd. Didam Have wordt door de voorzieningenrechter in het ongelijk gesteld en stelt hoger beroep in. De rechtbank Gelderland heeft op 10 november 2021 vonnis gewezen in de bodemzaak, waarin alle vorderingen van Didam Have werden afgewezen. Ook tegen dit vonnis heeft Didam Have hoger beroep ingesteld. Tijdens het hoger beroep in kort geding hebben de gemeente en Groenstaete op 3 oktober 2019 een koopovereenkomst gesloten voor de gemeentehuislocatie en een samenwerkingsovereenkomst over de ontwikkeling van het projectplan, dat de Coöp-, gemeentehuis- en bibliotheek-/postkantoorlocaties omvat. Dit kort geding heeft in cassatie geresulteerd in het *Didam*-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778. De Hoge Raad heeft de zaak terugverwezen naar het hof Arnhem-Leeuwarden.

Het hof stelt in het verwijzingsarrest vast dat geen ruimte is geboden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de gemeentehuislocatie en dat de gemeente ook niet transparant is geweest over de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. De gemeente heeft het voornemen tot verkoop niet gepubliceerd. Volgens het hof is het gelijkheidsbeginsel met voeten getreden, nu de gemeente na het vaststellen van het Masterplan exclusief met Groenstaete is gaan onderhandelen over het projectplan. Het hof oordeelt dat op het moment van het vaststellen van het Masterplan nog geen sprake was van een uitzonderingspositie van Groenstaete. Groenstaete had volgens het hof op dat moment namelijk nog geen gronden in eigendom verworven. De contacten van Groenstaete met Coöp en Aldi kunnen evenmin leiden tot het oordeel dat Groenstaete de enige serieuze gegadigde is, omdat de samenwerkingsovereenkomst Groenstaete niet verplicht om in het projectgebied een full-service-supermarkt en een discounter te vestigen. Het hof verbindt aan de handelwijze van de gemeente de sanctie van vernietiging van de koopovereenkomst, omdat de gemeente al vóór het sluiten van de overeenkomst op de hoogte was van de interesse van Didam Have, maar desondanks het traject met Groenstaete heeft doorgezet. Bovendien heeft de gemeente de overeenkomst kort voor de mondelinge behandeling in kort geding gesloten. Het hof oordeelt dat de remedie van vernietiging passend is, omdat het voor een overheidslichaam anders te makkelijk zou zijn de *Didam*-regels niet na te leven.

Het hof vernietigt de vonnissen van de rechtbank van 19 augustus 2020 (kort geding) en 10 november 2021 (bodemzaak) en verklaart voor recht dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Didam Have c.s. door op 3 oktober 2019 de koopovereenkomst te sluiten. De koopovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst worden vernietigd en de gemeente wordt verboden de percelen te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een *Didam*-procedure.

Uit de rechtspraak die sinds het *Didam*-arrest is verschenen, blijkt dat het *Didam*-arrest slechts een uitleg en concretisering bevat van de reeds bestaande verplichtingen uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel.^[4] Dit heeft tot gevolg dat reeds voor het wijzen van het *Didam*-arrest als hoofdregel mededingingsruimte diende te worden geboden. De praktijk wijst echter uit dat de procesregels uit het *Didam*-arrest vóór 26 november 2021 in veel gevallen niet zijn nageleefd. Een vraag die de praktijk bezighoudt, is wat de sanctie zou moeten zijn voor overeenkomsten die tot stand zijn gekomen onder het niet (volledig) naleven van de *Didam*-regels.^[5] Wij gaan in op de vernietigbaarheid en nietigheid als mogelijke sanctie voor het niet-naleven van de *Didam*-criteria.

2. Vernietigbaarheid

2.1.

Het hof heeft in het onderhavige geval geoordeeld dat de meest aangewezen sanctie voor het niet volgen van de *Didam*-regels onder de in de *Didam*-zaak vermelde omstandigheden vernietiging ex artikel 3:40 lid 2 BW is. Het hof sluit expliciet aan bij het aanbestedingsrecht (omdat de *Didam*-regels geïnspireerd zouden zijn op het aanbestedingsrecht)^[6] en past artikel 4.15 lid 1 sub a Aw 2012 naar analogie toe. Dat artikel bepaalt dat een bovendrempelige overeenkomst van opdracht vernietigbaar is indien deze is gesloten zonder voorafgaande

aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de EU. Derden kunnen zo'n vernietigingsvordering instellen.

2.2.

Met Bartels^[7] zijn wij van oordeel dat een analoge toepassing van artikel 4.15 Aw 2012 de enige manier is om vernietiging aan te nemen, zoals het hof in de onderhavige zaak ook heeft gedaan. Vernietiging ex artikel 3:40 lid 2 BW, de grondslag die het hof kiest, kan immers slechts door een partij bij een overeenkomst worden ingeroepen, terwijl het in Didam-zaken juist gaat om rechtsbescherming voor derden. Artikel 4.15 Aw 2012 biedt in het aanbestedingsrecht wél een grondslag voor een vernietigingsvordering door derden. Nu een specifieke wettelijke grondslag voor het toepassen van deze sanctie buiten het aanbestedingsrecht ontbreekt en gelet op de wens van de wetgever nietigheden en vernietigbaarheden terug te dringen, ligt deze sanctie onzes inziens echter niet voor de hand.

2.3.

De zaak die heeft geleid tot het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland (waarin nietigheid werd aangenomen)^[8] betrof een Didam-publicatie waarin het voornemen tot levering is opgenomen, aangezien - zo menen wij - de koopovereenkomst die dateerde van ver voor het *Didam*-arrest niet conform het *Didam*-arrest was gepubliceerd. Het is begrijpelijk dat overheidslichamen die de koopovereenkomst niet hebben gepubliceerd de levering alsnog publiceren. De praktijk wijst bovendien uit dat notarissen een zogenaamde 'Didam-verklaring' opvragen bij het overheidslichaam en zich ook op het standpunt stellen dat het voornemen tot levering moet worden gepubliceerd indien ten aanzien van de voorgenomen verkoop geen passende mate van openbaarheid is verzekerd.

2.4.

De vraag is dan echter of een partij die zich jaren na het sluiten van een koopovereenkomst alsnog meldt en een kort geding en/of een bodemprocedure aanspant (of dit nu naar aanleiding van een gepubliceerd voornemen tot levering is of niet), zich op vernietigbaarheid van de overeenkomst kan beroepen. Analoge toepassing van artikel 4.15 Aw 2012 is onzes inziens weinig consequent indien de termijn waarbinnen een vernietigingsvordering uiterlijk moet zijn ingesteld niet ook analoog wordt toegepast. Artikel 4.15 lid 2 sub b Aw 2012 bepaalt dat een vernietigingsvordering uiterlijk zes maanden na het sluiten van de overeenkomst moet zijn ingesteld. De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam heeft in 2022 geoordeeld dat deze termijn ook geldt indien een derde meent dat een overeenkomst van opdracht (opnieuw) had moeten worden aanbesteed omdat deze wezenlijk zou zijn gewijzigd.^[9] De ratio van het beperken van de vernietigingsgronden en de periode waarin de overeenkomst van opdracht kan worden vernietigd, is het vinden van evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen en de bedoeling om te waarborgen dat geen te grote of te langdurige onzekerheid bestaat over de vraag of een overeenkomst kan worden gesloten en uitgevoerd voor de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer.^[10] Na verloop van tijd mogen het overheidslichaam en de opdrachtnemer er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de overeenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen en kan worden uitgevoerd (resp. de uitvoering kan worden voortgezet).

2.5.

Kort gezegd is een balans gevonden tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid. Aangezien de sanctie op niet-naleving van het *Didam*-arrest met name relevant is voor overeenkomsten die vóór het *Didam*-arrest zijn gesloten (ervan uitgaande dat het *Didam*-arrest sinds 26 november 2021 wordt nageleefd), zou dit betekenen dat een partij die zich eerst jaren na het aangaan van de overeenkomst meldt en zich beroept op de

vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst simpelweg te laat is. Overigens is nog relevant op te merken dat de afwijzing van een vordering van een gegadigde in een kort geding in het aanbestedingsrecht tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst de opdracht definitief kan gunnen. Het instellen van hoger beroep zal, indien de opdracht definitief is gegund na afwijzing van de vordering in eerste aanleg, de overeenkomst niet meer kunnen aantasten. In dat geval is de mogelijkheid die derden nog hebben, het vorderen van schadevergoeding van de aanbestedende dienst op grond van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 lid 1 BW. Een dergelijke vordering zal alleen slagen indien komt vast te staan dat de betreffende gegadigde daadwerkelijk de uitgifte van de onroerende zaak zou hebben verkregen (indien niet in strijd zou zijn gehandeld met het gelijkheidsbeginsel).^[11] Vaak zal dit geen bevredigend instrument zijn voor derden, aangezien voor verwijzing naar de schadestaat het wel aannemelijk moet zijn dat schade is geleden en in de schadestaatprocedure door de derde zal moeten worden onderbouwd dat zij de hypothetische selectieprocedure zou hebben gewonnen (en daardoor schade heeft geleden) of dat zij schade heeft geleden als gevolg van de gemiste kans om de onroerende zaak te verkrijgen. Ook in dit laatste geval zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat zij daadwerkelijk een kans had om tot aankoop over te gaan na een openbare selectieprocedure. De aanbestedingsjurisprudentie wijst uit dat deze vorderingen zelden worden ingesteld.

2.6.

In de *Didam*-zaak wordt de overeenkomst, in afwijking van bovenstaande rechtsbeschermingslijn in het aanbestedingsrecht, vernietigd nadat Didam Have haar vorderingen zowel in eerste aanleg als in hoger beroep (in kort geding) zag worden afgewezen. Wij menen dat vernietiging van *Didam*-strijdige overeenkomsten niet de aangewezen sanctie is, niet alleen omdat een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt en het gelijkheidsbeginsel in de *Didam*-context juist strekt tot bescherming van anderen dan partijen bij de overeenkomst (en artikel 3:40 lid 2 BW om die reden een struikelblok vormt, zo heeft de rechtbank Midden-Nederland onzes inziens met juistheid overwogen).^[12] Vernietiging is bovendien niet de aangewezen sanctie, omdat een beroep op vernietigbaarheid jaren na het aangaan van de overeenkomst zich niet verdraagt met hoe dit in de door het hof analoog toegepaste regeling in de Aw 2012 en het rechtsbeschermingsstelsel in het aanbestedingsrecht is geregeld. Wij merken ten slotte op dat indien de grondslag die door het hof is gekozen stand houdt (artikel 3:40 lid 2 BW), ook in dat geval een verjaringstermijn van drie jaren heeft te gelden.

3. Nietigheid

3.1.

Dan de nietigheidssanctie. Artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Artikel 3:40 lid 3 BW bepaalt dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

3.2.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat een overeenkomst die is gesloten vóór het *Didam*-arrest nietig is ex artikel 3:40 lid 2 BW.^[13] De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente Rhenen in strijd heeft gehandeld met een dwingende wetsbepaling (artikel 3:14 BW), omdat zij het gelijkheidsbeginsel niet in acht heeft genomen.^[14] Vervolgens beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of artikel 3:14 BW ook de strekking heeft daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten bevestigend. Wij volgen op deze essentiële vragen de visie van Bartels die op grond van de parlementaire geschiedenis van artikel 3:14 en 3:40 BW geen aanknopingspunten vindt deze vragen bevestigend te beantwoorden.^[15] Een

belangrijk argument is onzes inziens dat artikel 3:14 BW te onbepaald voorkomt om dienst te kunnen doen als een wetsbepaling die zich uitlaat over de geoorlooftheid van het verrichten van een privaatrechtelijk rechtshandeling waarbij een publiekrechtelijke verbod wordt overtreden.

3.3.

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad in het arrest *Uneto/De Vliert* uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat enkel het niet-naleven van aanbestedingsregels (zoals het niet voldoen aan de publicatieplicht) niet reeds tot gevolg heeft dat een overeenkomst nietig is ingeval de inhoud en strekking van die overeenkomst niet in strijd is met de openbare orde.^[16] De nietigheidsgrond ex artikel 3:40 lid 1 BW ziet aldus slechts op een rechtshandeling die door *inhoud of strekking* in strijd is met de openbare orde. De rechtbank Midden-Nederland lijkt dit door de Hoge Raad gemaakte strikte onderscheid uit het oog te zijn verloren en verbindt naar ons oordeel een wel erg vergaand rechtsgevolg aan het niet-naleven van procedurevoorschriften die zijn gestoeld op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het hof overweegt in het verwijzingsarrest echter - en onzes inziens terecht - dat het gebrek van de Didam-strijdige overeenkomst ziet op de *totstandkoming* van die overeenkomst en niet op de *strekking of inhoud* ervan,^[17] en nietigheid derhalve niet aan de orde is.

3.4.

Nietigheid zou wellicht wel in beeld kunnen komen, en zou naar ons oordeel ook gereserveerd moeten zijn, voor gevallen waarin het gelijkheidsbeginsel, materieel bezien, dusdanig met voeten getreden wordt dat het sluiten van een overeenkomst kan worden bestempeld als een rechtshandeling die in strijd is met de openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW). De Hoge Raad heeft zich op 3 april 1998, in navolging van de rechtbank en het hof, al bevestigend uitgelaten over de vraag of het handelen in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur nietigheid kan opleveren vanwege handelen in strijd met de openbare orde.^[18] Een 'gekwalficeerde schending' brengt onzes inziens bovendien niet een *extra voorwaarde* voor nietigheid met zich, zoals de rechtbank Midden-Nederland overweegt,^[19] maar slechts een gradatie en kwalificatie van een feitelijke handeling die onder een rechtsregel wordt gebracht. Bovendien menen wij dat strijdigheid met de openbare orde al een gradatie van bepaalde ernst behelst. Het gelijkheidsbeginsel maakt immers deel uit van de huidige maatschappelijke organisatie en/of de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel,^[20] waardoor ernstige schendingen daarvan in strijd kunnen zijn met de openbare orde.

3.5.

Volgens de Hoge Raad is een overeenkomst die verplicht tot het verrichten van een bij de wet verboden prestatie, niet automatisch nietig.^[21] Bij de afweging of een overeenkomst de strekking heeft in strijd te zijn met de openbare orde, dient in ieder geval te worden betrokken i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en (iv) of de regel in een sanctie voorziet, en v) daarvan in de motivering van zijn oordeel rekening is afgelegd.^[22]

3.6.

Gelet op deze elementen kan in algemene zin worden gedacht aan vriendjespolitiek, corruptie en professionele belangenverstrengeling. In het geval van Didam-zaken kan concreet worden gedacht aan het onder de pet - proberen te - houden van exclusieve onderhandelingen met één partij,^[23] het achteraf toeschrijven naar één partij,^[24] het verkopen van een perceel zonder enige objectieve rechtvaardiging aan een specifiek persoon^[25] en het willens en wetens niet of niet op voldoende toegankelijke wijze publiceren van het

voornemen tot verkoop in gevallen waarin de conclusie is gerechtvaardigd dat de Didam-procesregels niet zijn gevolgd om te voorkomen dat (een) andere gegadigde(n) roet in het eten zou(den) gooien en - eventueel via de voorzieningenrechter - zou(den) kunnen afdwingen dat alsnog een selectieprocedure zou moeten worden gevolgd. Met andere woorden: gevallen waarin opzettelijk of ernstig verwijtbaar door de overheid in strijd wordt gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

3.7.

Zoals hiervoor beschreven zou dit onzes inziens materieel moeten worden getoetst. Het hof Den Haag overwoog in het *Servicepunt 71/Lappset*-arrest dat de wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad niet van openbare orde is en dat slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een uit een aanbestedingsprocedure voortgekomen overeenkomst, bij de voorbereiding waarvan de aanbestedende dienst het aanbestedingsrecht heeft geschonden, nietig of vernietigbaar is.^[26] Daarmee wordt niet zozeer de aanbestedende dienst beschermd, maar de wederpartij aan wie het werk of de levering is opgedragen, zo overweegt het hof Den Haag. Nietigheid van Didam-strijdige overeenkomsten op grond van artikel 3:40 lid 1 BW ligt onzes inziens om die reden ook niet direct voor de hand.

4. Conclusie

4.1.

Derden die tegen het sluiten en/of uitvoeren van een overeenkomst willen opkomen kunnen, in gevallen waarin zij van oordeel zijn dat de Didam-procesregels niet correct zijn toegepast, een kort geding starten waarin een verbod of gebod tot wordt gevorderd.

4.2.

Wij menen dat sancties van vernietiging en nietigheid niet voor de hand liggen en zijn dan ook van oordeel dat voorzieningenrechtelijke verbods- of gebodsvorderingen zouden moeten toewijzen met als dragende motivering dat de te sluiten of uit te voeren overeenkomst nietig dan wel vernietigbaar is. Een dusdanig groot rechtsgevolg verbinden aan het niet in acht nemen van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, behoeft naar ons oordeel een duidelijke eigen wettelijke grondslag. De voorzieningenrechter - of indien aan de orde een bodemrechter - zou wat ons betreft alleen in 'zware' gevallen, waarin een gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel aan de orde is, kunnen uitspreken dat sprake is van nietigheid. Het analoog toepassen van bepalingen uit het aanbestedingsrecht, of het inlezen van bepaalde rechtsgevolgen in artikelen van het BW brengt immers het risico met zich dat niet goed (genoeg) is nagedacht over de balans tussen rechtsbescherming en gelijkheid enerzijds en rechtszekerheid en vertrouwen anderzijds. Een dergelijke afweging is niet, althans onvoldoende, gemaakt in de rechtspraak en hoort daar ook onzes inziens ook niet thuis. Voor vernietiging zou een expliciete wettelijke grondslag overeenkomstig artikel 4.15 Aw 2012 uitkomst kunnen bieden, waarbij het ook voor de hand ligt de termijn waarbinnen een vordering in een bodemzaak moet zijn ingesteld (zes maanden), te regelen. Het is voor de praktijk te hopen dat tegen het verwijzingsarrest in de zaak *Didam* wederom cassatie wordt ingesteld of dat het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland bij de Hoge Raad belandt.

Voetnoten

[1] Zie voor verhuur bijv. Rb. Noord Holland (vzr.) 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046, Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831, Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, voor ruil bijv. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 8 juli 2022,

ECLI:NL:RBOBR:2022:2962, Rb. Midden-Nederland (vzr.) 14 september, ECLI:NL:RBMNE:2022:4487, vzr. Rb. Overijssel 14 september 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2584, voor erfpacht bijv. Rb. Rotterdam (vzr.) 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7887 en voor pacht bijv. Rb. Noord-Nederland 10 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:82.

[2] HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren.

[3] Jack van Beers en Maarten Peters zijn advocaat bij Holla legal & tax.

[4] Rb. Midden-Nederland (vzr.) 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.33, Rb. Gelderland (vzr.) 12 januari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:99, r.o. 4.10, Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, BR 2023/46, m.nt. S. Elbertsen & E.W.J. de Groot, r.o. 3.8. De rechtbank Midden-Nederland heeft voor de terugwerkende kracht de volgende twee redenen genoemd: i) het *Didam*-arrest is een logische invulling van bestaand recht en ii) er is sprake van nieuw jurisprudentierecht zonder overgangsregel. Ten aanzien van het eerste punt overweegt de rechtbank onder verwijzing naar artikel 3:14 BW en de uitspraak Speelautomatenhal Vlaardingenhal dat het gelijkheidsbeginsel ook al gold vóór het *Didam*-arrest. De rechtbank overweegt vervolgens dat, ook als er sprake zou zijn van nieuw jurisprudentierecht, als algemene regel geldt dat dit nieuwe recht al recht was vóór het werd uitgesproken. Nu de Hoge Raad geen overgangsregel van toepassing heeft verklaard, heeft het *Didam*-arrest terugwerkende kracht, zo is de gedachte.

[5] Zie bijv. S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022, afl. 7392, p. 859-867.

[6] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, BR 2023/47, m.nt. S. Elbertsen & E.W.J. de Groot, r.o. 3.7.

[7] S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022, afl. 7392.

[8] Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244.

[9] Rb. Amsterdam (vzr.) 10 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:121, r.o. 4.8.

[10] HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.3.

[11] Vgl. voor deze hypothetische vergelijking het aanbestedingsrecht, HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503.

[12] Vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.23.

[13] Idem.

[14] Idem, r.o. 3.18 e.v.

[15] S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022, afl. 7392.

[16] Zie ook HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.2.

[17] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7.

[18] HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655.

[19] Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1244, r.o. 3.29.

[20] HR 3 april 1998 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, AB 1998/241, m.nt. Th.G. Drupsteen, Gst. 1998-7079, 3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (*Algemade/Hornkamp*).

[21] HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, BR 2013/42, m.nt.

E.W.J. de Groot.

[22] Idem, r.o. 4.4.

[23] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

[24] Rb. Rotterdam (vzr.) 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9029.

[25] GiEA Sint-Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7.

[26] Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:16, r.o. 1.6.5 onder verwijzing naar HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806.