

Datum: 15 februari 2022 Nr.: 491239

Van: Het college van burgemeester en wethouders

Aan: De raad van de gemeente Roosendaal

Kopie aan:

Onderwerp: Didam-arrest: mededingingsruimte bij transacties grond en vastgoed

Bijlage: Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest, d.d. 14 januari 2021 van AKD

Inleiding

In het "Didam-arrest" van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat overheden bij de verkoop van grond gelegenheid moeten bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Dit betekent dat de gemeente niet meer als hoofdregel één op één privaatrechtelijke rechtshandelingen met één partij mag verrichten maar andere partijen ook een kans moet bieden. Bij privaatrechtelijke rechtshandelingen gaat het niet alleen om verkoop, maar ook om verhuur, om niet in gebruik geven, erfpacht etc. etc.

Doel

Uw raad te informeren over de betekenis van het Didam-arrest voor de gemeente Roosendaal en in kennis te stellen van de vervolgstappen die het college wil nemen op het gebied van uitgifte-regels voor gronden en vastgoed.

Informatie

Bekend was dat de gemeente bij privaatrechtelijke rechtshandelingen (bijvoorbeeld een koopovereenkomst) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB) in acht moeten nemen. Voorbeelden van ABBB's zijn het motiverings-, zorgvuldigheids-, vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. Een vraag die nog niet concreet beantwoord was, of overheden, door toepassing van het gelijkheidsbeginsel (overheden moeten gelijke gevallen op gelijke wijze behandelen) bij de verkoop van onroerend goed mededingingsruimte moet bieden. Het antwoord van de Hoge Raad is duidelijk: ja.

De overwegingen die de Hoge Raad hanteert, gelden voor de verkoop van onroerende zaken, maar algemeen wordt aangenomen dat het ook geldt voor bijvoorbeeld verhuur, erfpacht etc. De overwegingen zijn:

1. **Mededingingsruimte:** overheden die voornemens zijn een onroerende zaak te verkopen, moeten ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen als er meerdere gegadigden zijn of wanneer dat redelijkerwijs te verwachten valt.
2. **Selectiecriteria:** bij verkoop zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.
3. **Passende mate van openbaarheid:** tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van een onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de selectiecriteria.
4. **Vergelijkbare objecten onbelangrijk:** het is niet beslissend of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of redelijkerwijs te verwachten valt dat er meerdere gegadigden zullen zijn voor de te verkopen onroerende zaak.
5. **Slechts één geschikte gegadigde:** als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat op grond van objectieve, toelaatbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt, hoeft er geen mededingingsruimte te worden geboden. In dat geval moet de overheid zijn voornemen tot verkoop tijdig en vooraf bekendmaken op een zodanige wijze dat iedereen daar kennis van kan nemen, waarbij gemotiveerd wordt waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.¹

¹ Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest. Van Sammie Elbersten, Egbert de Groot en Wouter de Vries, advocaten bij AKD N.V. bijlage 1.

Kortom bij verkoop, verhuur e.d. van gronden, panden etc. moet mededingingsruimte worden geboden, tenzij gemotiveerd, op basis van objectieve, toelaatbare en redelijke criteria vaststaat dat er slechts één gegadigde is (mededingingsnorm). Maar niet alleen dient de gemeente zich te houden aan de mededingingsnorm maar ook aan de transparantienorm (vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel). Dit betekent dat de gemeente een mate van openbaarheid moet naleven t.a.v.:

- De beschikbaarheid van de onroerende zaak
- De selectiecriteria en -procedure
- Het tijdschema
- Bij één gegadigde het voornemen tot verkoop.

Deze uitspraak leidt tot veel vragen. Vragen die zullen worden beantwoord in de praktijk en verdere jurisprudentie. Enkele vragen zijn:

- Hoe ziet een mededingingsprocedure eruit;
- Welke selectie-eisen mogen gesteld worden;
- Hoe geeft de gemeente uiting aan de transparantienorm;
- Hoe zit het met de rechtsbescherming van de kopende partij en de partij die van mening is ook potentieel gegadigde te zijn;
- Wat is het effect op reeds gesloten contracten;
- Wat is het gevolg voor lopende onderhandelingen;
- Wanneer kan aan één gegadigde worden verkocht;
- Hoe gaat de gemeente om met bezwaren tegen een voorgenomen verkoop aan één gegadigde.

Er is nog geen pasklaar antwoord op dit moment voorhanden. Wel vraagt dit arrest om een aantal vervolgstappen.

Vervolg (procedure)

1. Inventariseren lopende onderhandelingen waarop de mededingings- en transparantienorm van toepassing is dan wel kan zijn en een stappenplan (inhoudelijk en procesmatig) ontwikkelen;
2. Uitgiftebeleid herijken vooruitlopend op nieuw grondbeleid onder de Omgevingswet. Hierbij zal de "Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen" van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties als leidraad dienen (bijlage 2).

Bijlagen:

Bijlage 1: Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest. Van Sammie Elbersten, Egbert de Groot en Wouter de Vries, advocaten bij AKD N.V. d.d. 14 januari 2022.

Bijlage 2: Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Afsluiting en ondertekening

Wij vertrouwen erop U hiermede voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,
Burgemeester en wethouders van Roosendaal,

Een juridische analyse van de gevolgen van het Didam-arrest.

Sammie Elbertsen, Egbert de Groot en Wouter de Vries

14 januari 2022



Deze bijdrage verscheen ook **Bouwrecht 2022/7**

Auteur: S. Elbertsen, E.W.J. de Groot & W.I. de Vries¹

1. Inleiding

Dat overheden bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen was bekend.² Een vraag die echter al geruime tijd boven de markt hing, was of overheden bij de verkoop van onroerend goed – net als bij de verdeling van schaarse vergunningen – mededingingsruimte moeten bieden. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in dit arrest bevestigend. De belangrijkste overwegingen kunnen als volgt worden samengevat:

i.

Mededingingsruimte: overheden die voornemens zijn een onroerende zaak te verkopen, moeten ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen als er meerdere gegadigden zijn of wanneer dat redelijkerwijs te verwachten valt.

ii.

Selectiecriteria: bij verkoop zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

iii.

Passende mate van openbaarheid: in dat kader moet – tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure – een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de selectiecriteria.

iv.

Vergelijkbare objecten onbelangrijk: het is niet beslissend of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of redelijkerwijs te verwachten valt dat er meerdere gegadigden zullen zijn voor de te verkopen onroerende zaak.

v.

Slechts één geschikte gegadigde: Er hoeft geen mededingingsruimte te worden geboden als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat op grond van objectieve, toelaatbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. In dat geval moet de overheid zijn voornemen tot verkoop tijdig en vooraf bekendmaken op zodanige wijze dat iedereen daarvan kennis kan nemen, waarbij gemotiveerd wordt waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Het arrest is baanbrekend te noemen en zal aanzienlijke gevolgen hebben voor de praktijk. In deze annotatie willen wij eerst kort stil staan bij de achtergrond van het arrest, waarbij we ook kijken naar de ontwikkeling van de mededingingsnorm in het bestuursrechtelijke spoor. Vervolgens gaan wij in op de praktische toepassing van het arrest. Tot slot staan wij stil bij de (mogelijke) gevolgen van het arrest voor (gesloten en nog te sluiten) overeenkomsten.

2. Aanloop naar het arrest

Het oordeel van de Hoge Raad is duidelijk: ja, ook bij verkoop van onroerende zaken moeten overheden de mededingingsnorm (en transparantienorm) in acht nemen. De Hoge Raad licht de grondslag van deze mededingingsnorm nauwelijks toe, maar volstaat met de opmerking dat overheden gelet op [artikel 3:14 BW](#) bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten – en dus ook bij de verkoop van onroerende zaken – de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur en dus het gelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen.³ Onder verwijzing naar de Vlaardingen-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('de Afdeling').⁴ oordeelt de Hoge Raad dat het gelijkheidsbeginsel 'in deze context' strekt tot het bieden van gelijke kansen en dat dus mededingingsruimte moet worden geboden aan (potentiële) gegadigden. Wij vinden het opvallend dat de Hoge Raad nauwelijks toelicht waarom hij tot het oordeel komt dat de mededingings- en transparantienorm ook van toepassing zijn op verkoop van onroerende zaken door overheden. Niet alleen vanwege de aanzienlijke gevolgen daarvan voor de praktijk, maar ook vanwege de voorgeschiedenis van het arrest. Reeds uit het arrest van het gerechtshof blijkt namelijk dat dit oordeel niet vanzelfsprekend is. Het gerechtshof overwoog uitdrukkelijk dat *"een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' (nog) niet van toepassing is op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context."* Met de woorden '(nog) niet' leek het gerechtshof te onderkennen dat de mededingingsnorm wellicht op een later moment als zodanig in het civiele spoor erkend zou worden, maar dat dit tot op heden nog niet het geval was. Blijkbaar zag het gerechtshof nog onvoldoende aanleiding om deze mededingingsnorm zelf te formuleren. Dat het oordeel van de Hoge Raad niet evident was, blijkt ook uit de conclusie van procureur-generaal F.F. Langemeijer.⁵ De P-G overwoog dat het volgens hem geen vanzelfsprekendheid was dat de mededingingsnorm en de transparantienorm die ontwikkeld zijn voor de verdeling van schaarse publieke rechten één op één worden overgenomen ten aanzien van privaatrechtelijk handelen van overheden op de vrije markt. Daarbij wees hij onder meer op het feit dat schaarse publieke rechten naar hun aard verschillen van schaarse (privaatrechtelijke) goederen, alsmede dat de positie van de overheid op de vrije markt verschilt van die in het publieke domein. Het handelen van overheden bij het verlenen van schaarse publieke rechten kan volgens de P-G dus niet worden gelijkgesteld aan het handelen van de overheid op de vrije markt. De P-G trok uiteindelijk geen definitieve conclusie op dit punt en liet in het midden of de mededingingsnorm nu ook bij de verkoop van onroerende zaken geldt. Volgens de P-G was in dit geval geen sprake van schaarste, zodat het cassatiemiddel reeds daarom niet kon slagen. Daarmee koos hij overigens voor dezelfde uitweg als het gerechtshof had gedaan.

In dit kader wijzen wij ook naar de ontwikkelingen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Naar onze mening kan uit de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in de Vlaardingen-zaak worden opgemaakt dat hij een voorzichtige, contextuele toepassing van dit leerstuk voorstond.⁶ Dat geldt in ieder geval voor de transparantienorm, ten aanzien waarvan Widdershoven opmerkte dat deze nog onvoldoende uitgekristalliseerd is om te kunnen spreken van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling dat zij de grenzen van het leerstuk bewaakt en ruimtelijke besluiten daar vooralsnog buiten lijkt te houden. Zo concludeerde de Afdeling in de Zeewolde-uitspraak dat het daar voorliggende rijksinpassingsplan geen schaarste creëerde anders dan de schaarste die kenmerkend is voor ruimtelijke plannen waarin een bepaald gebruik van de grond beperkt is tot de daartoe bestemde locatie.⁷ In een latere uitspraak concludeerde de Afdeling dat het bestemmingsplan 'Supermarkten Centrum Duiven' geen (door appellante bedoelde) schaarste creëerde, ondanks het feit dat het voorzag in beperkte uitbreidingsmogelijkheden die effectief slechts aan een van de drie gevestigde supermarkten leek toe te vallen.

Gelet op het voorgaande was het naar onze mening aangewezen dat de Hoge Raad zijn oordeel c.q. overwegingen uitgebreider had toegelicht.

3. Overeenkomsten en verschillen met het leerstuk van schaarse publieke rechten

Hoe dan ook is de conclusie helder: ja, ook bij de verkoop van onroerende zaken moeten overheden de mededingings- en transparantienorm in acht nemen. De Hoge Raad sluit voor deze contextuele toepassing van het gelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk aan bij de Vlaardingen-uitspraak van de Afdeling. In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat er in Nederland een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om mee

te dingen. De Afdeling heeft deze rechtsnorm (ook) gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel “*dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen*”.



Wat betreft de strekking van de transparantiernorm herhaalt de Hoge Raad bijna letterlijk de formulering van de Afdeling in de Vlaardingen-uitspraak. Daarin overwoog de Afdeling dat bestuursorganen, om gelijke kansen te realiseren, tijdig vooraf een passende mate van openbaarheid moeten verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. De Hoge Raad herhaalt deze verplichtingen bijna woordelijk in het onderhavige arrest. Toch kiest de Hoge Raad niet in alle opzichten dezelfde benadering als de Afdeling. Hoewel de Afdeling tot op heden geen eigen definitie heeft gegeven van ‘schaarse vergunningen’, blijkt uit de New Orange-uitspraak wel dat hiervoor vereist is dat er sprake is van een plafond.⁸ Dit plafond kan volgens de Afdeling zowel impliciet als expliciet zijn, alsmede beleidsmatig of fysiek (of een combinatie). Hoe dan ook spreekt de Afdeling dus pas van schaarste als er sprake is van een plafond.

De Hoge Raad spreekt in het onderhavige arrest niet van ‘schaarste’ of een ‘plafond’. Hij overweegt juist dat niet bepalend is of er andere, vergelijkbare zaken beschikbaar zijn, maar of er meerdere gegadigden (te verwachten) zijn voor de te verkopen onroerende zaak. Het doet er dus niet toe of de te verkopen onroerende zaak unieke of zeer specifieke kenmerken bezit en in zoverre ‘schaars’ is. Ook bij de verkoop van een standaard bouwkaavel moet mededingingsruimte worden gecreëerd als er meerdere gegadigden te verwachten zijn. De Hoge Raad lijkt de focus hiermee te leggen bij de vraag of sprake is van (potentieel) gelijke gevallen die gelijk behandeld moeten worden, en niet zozeer bij de schaarste van de grond. Dit oordeel is opmerkelijk. Zowel het gerechtshof als de P-G concludeerden namelijk dat er reeds geen mededingingsruimte geboden had hoeven worden omdat er geen sprake was van schaarste. De P-G overwoog daarbij uitdrukkelijk dat volgens hem niet vaststond dat sprake was ‘schaarste’ in de zin van de mededingingsnorm, enkel omdat meer dan één partij belangstelling toonde voor de aankoop. Zowel het gerechtshof als de P-G leken dus aan te sluiten bij de benadering van de Afdeling, nu zij feitelijk constateerden dat er geen ‘plafond’ gold voor de onroerende zaak. De Hoge Raad kiest dus een andere route.

Een tweede punt dat opvalt, is dat de Hoge Raad, anders dan de Afdeling, een zeer concrete uitzonderingsmogelijkheid formuleert. Volgens de Hoge Raad hoeft namelijk geen mededingingsruimte via een selectieprocedure geboden te worden indien – kort gezegd – bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de koop. Een dergelijke uitzonderingsmogelijkheid is door de ABRvS tot op heden niet gegeven. In de Vlaardingen-uitspraak overwoog de ABRvS wel dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden kan worden beperkt in het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, of door besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Deze beperking kan er volgens de Afdeling echter niet toe leiden dat iedere mededingingsruimte wordt uitgesloten. Het is nog wachten op rechtspraak over de concrete toepassing van deze uitzondering, maar deze lijkt dus in ieder geval niet zover te gaan dat de mededinging volledig wordt uitgesloten.

Overigens zou ook gesteld kunnen worden dat de Hoge Raad hier niet zozeer een uitzondering op de mededingingsnorm c.q. het gelijkheidsbeginsel mogelijk maakt, maar ‘slechts’ de mogelijkheid beschrijft dat er geen sprake is van gelijke gevallen en dus evenmin van de plicht om deze gelijk te behandelen. Als er immers maar één geschikte kandidaat is, onderscheidt deze zich per definitie van andere potentiële geïnteresseerden. Ter vergelijking kan gewezen worden op de conclusie Widdershoven in de kwestie Windmolenpark Zeewolde.⁹ Daar concludeerde Widdershoven dat de betreffende vergunning – ook al was die gemaximeerd op één – niet schaars was, omdat er uiteindelijk slechts één aanvrager zou zijn die een toewijsbare aanvraag zou kunnen indienen. Daarom bestond er volgens hem geen plicht tot het organiseren van mededingingsruimte.

Tot slot wijzen wij nog kort op een aspect dat in het onderhavige arrest niet besproken wordt, maar wel structureel aan bod komt bij de verlening van schaarse vergunningen. Dat is de eis

dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd mogen worden verstrekt. Aangezien het onderhavige arrest ziet op de verkoop van een onroerende zaak, is het op zichzelf logisch dat de Hoge Raad hier niet aan toe komt. Verkoop impliceert immers eigendomsoverdracht en dat lijkt zich niet – althans minder goed – voor tijdelijkheid te lenen. Blijkbaar gaat de mededingingsnorm ook niet zover dat overheden vanaf nu enkel met (in beginsel) tijdelijke vormen van gronduitgifte mogen werken, zoals erfpacht. Het is echter de vraag hoe met dit aspect moet worden omgegaan indien de mededingingsnorm ook van toepassing is op andere privaatrechtelijke overeenkomsten van overheden waar tijdelijkheid wellicht wel een rol zou spelen. Het voert echter te ver om daar in deze annotatie langer bij stil te staan.

4. Mededingingsnorm: betekenis en praktische toepassing

Uitgangspunt bij verkoop van onroerende zaken door een overheidslichaam is dus dat mededingingsruimte moet worden geboden, tenzij sprake is van een uitzonderingsgrond. De uitwerking hiervan roept tal van (praktische) vragen op. Zonder pretentie van volledigheid, bespreken wij er hieronder een aantal.

4.1. Wanneer moet er mededingingsruimte worden geboden?

De Hoge Raad overweegt dat mededingingsruimte moet worden geboden indien er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn voor de desbetreffende onroerende zaak (r.o. 3.1.4). Gezien het belang dat de Hoge Raad hecht aan het bieden van mededingingsruimte (getuige ook de expliciete verwijzing naar [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#), r.o. 8), zal naar wij verwachten niet te snel mogen worden aangenomen dat redelijkerwijs te verwachten is dat er geen meerdere gegadigden zullen zijn voor een onroerende zaak. Een overheidslichaam dat zich op een dergelijk standpunt wil stellen, zal dat waarschijnlijk goed moeten (kunnen) motiveren op basis van de specifieke kenmerken van de betreffende onroerende zaak, in combinatie met een zorgvuldig onderzoek naar de relevante markt voor de desbetreffende onroerende zaak.

Mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor aankoop. In r.o. 3.1.4 van het arrest komt tot uitdrukking dat het overheidslichaam beleidsvrijheid heeft bij het samenstellen van die criteria, zij het dat de gekozen criteria dus wel objectief, redelijk en toetsbaar moeten zijn. In zoverre blijft er (een uitgekledede versie van) contractsvrijheid bestaan voor het overheidslichaam. Hoewel de Hoge Raad dat niet zo uitdrukkelijk overweegt, achten wij aannemelijk dat het overheidslichaam de gekozen criteria deugdelijk zal moeten kunnen motiveren. Op basis van de gekozen criteria kan vervolgens worden beoordeeld hoeveel serieuze gegadigden er zijn voor aankoop van de betreffende onroerende zaak. Indien vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er maar één serieuze gegadigde is (hetgeen deugdelijk gemotiveerd moet worden), hoeft er geen mededingingsruimte te worden geboden en is onderhandse verkoop toegestaan. In dat geval geldt er wel een verplichting om de voorgenomen verkoop, inclusief motivering, ex ante bekend te maken en dus vóór het sluiten van de koopovereenkomst (r.o. 3.1.6).

De jurisprudentie zal nog moeten uitwijzen hoe er moet worden omgegaan met de situatie dat een overheidslichaam constateert dat zich maar één gegadigde heeft gemeld en niet redelijkerwijs te verwachten is dat er andere gegadigden zullen zijn. Volgens de letter van het arrest hoeft er in dat geval immers geen mededingingsruimte te worden geboden (r.o. 3.1.4), hetgeen zou betekenen dat er ook geen publicatieplicht zou gelden op grond van de in r.o. 3.1.6 van het arrest opgenomen uitzonderingsgrond.¹⁰ Hoewel wij verwachten dat de rechtspraak terughoudend zal zijn bij het erkennen van een dergelijke mogelijkheid om (toch nog) onderhands te gunnen zonder publicatieplicht, valt gezien de opbouw van de overwegingen van de Hoge Raad niet uit te sluiten dat die mogelijkheid in specifieke gevallen toch blijft bestaan.

4.2. Welke (selectie)eisen mag een verkopend overheidslichaam stellen?



De Hoge Raad laat de invulling van de mededingingsprocedure in beginsel over aan het verkopende overheidslichaam, zij het dat het overheidslichaam daarbij wel objectieve, redelijke en toetsbare selectiecriteria zal moeten hanteren en binnen de grenzen van het gelijkheidsbeginsel zal moeten blijven opereren. Binnen die grenzen kan het overheidslichaam – met inachtneming van haar beleidsvrijheid (contractsvrijheid) – een keuze maken voor de te hanteren selectiecriteria en overige voorwaarden voor de procedure. Afhankelijk van het type onroerend goed dat wordt verkocht, zijn verschillende selectiecriteria denkbaar. Over de band van het door de Hoge Raad geïntroduceerde ‘redelijkheidsvereiste’ zullen de verkoopvoorwaarden door het verkopende overheidslichaam onzes inziens afgestemd moeten worden op de aard van de aangeboden onroerende zaak/zaken en de doelgroep daarvoor. Denkbaar procedures zijn onder meer: loting, opbod, maar mogelijk ook ‘first come, first serve’.¹¹ Voor schaarse vergunningen is laatstgenoemde procedure door de Afdeling uitdrukkelijk toegestaan, mits potentiële gegadigden een gelijke kans hebben om te kunnen meedingen.¹² Wij zien voornamelijk niet in waarom dit anders zou zijn bij de verkoop van onroerend goed, zeker niet nu de Hoge Raad in zijn arrest uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij vorenbedoelde uitspraak van de Afdeling.

De te hanteren selectiecriteria zullen objectief en toetsbaar moeten zijn. Dat roept de vraag op of er naast overduidelijk objectieve en toetsbare criteria (bijvoorbeeld: de koopsom, het aantal te realiseren eenheden (woningen/kantoren/winkels/anders), het aantal te realiseren vierkante meters BVO, VVO, etc. en/of de uiterste datum waarop de ontwikkeling gereed zal zijn), ook ruimte is voor het stellen van andere criteria ter beperking van het aantal gegadigden. Daarbij kan enerzijds worden gedacht aan geschiktheidseisen (zoals financiële en economische draagkracht, technische- en beroepsbekwaamheid, etc.), maar ook aan meer kwalitatieve criteria voor selectie van de koper (denk aan: de plankwaliteit, kwaliteit van de openbare ruimte, het plan van aanpak, etc.).¹³ Omdat de verkoopprocedure in een dergelijk geval vermoedelijk veel relevante overeenkomsten zal vertonen met een aanbestedingsprocedure, lijkt het gerechtvaardigd om in een dergelijk geval een vergelijkbaar kader te hanteren.¹⁴ Ook het aanbestedingsrecht staat in belangrijke mate in de sleutel van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit afgeleide transparantiebeginsel.¹⁵ Wij achten het hanteren van geschiktheidseisen en kwalitatieve criteria voor de selectie van een koper dan ook verdedigbaar, mits het hanteren van de betreffende criteria in het voorliggende geval redelijk (waaronder proportioneel) is.

4.3. Overige modaliteiten van de procedure

Bij de verkoop van onroerend goed zal het verkopend overheidslichaam zich ook bij de overige voorwaarden en modaliteiten van de verkoopprocedure rekenschap moeten geven van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Onderwerpen waarbij dit kan spelen zijn onder meer: (i) de doorlooptijden van de procedure (voldoende ruim), (ii) de beschikbaar te stellen informatie (in ieder geval zodanig dat gegadigden over dezelfde relevante informatie beschikken), (iii) de mogelijkheid tot het stellen van vragen en (iv) de mogelijkheid tot het doen van nader onderzoek. Denkbaar is dat een en ander mede afhangt van de aard van de onroerende zaak, de reeds beschikbare informatie en de voorgestelde contractuele voorwaarden.

4.4. Rechtsbescherming

Voor de deelnemers aan een verkoopprocedure kan de wijze van rechtsbescherming worden geregeld in de tenderdocumentatie, gelijk dat ook in aanbestedingsprocedures te doen gebruikelijk is. Gezien de civielrechtelijke context waarin de grondverkoop plaatsvindt, zal rechtsbescherming plaatsvinden via de burgerlijke rechter.

Anders dan in het aanbestedingsrecht, geldt er bij grondverkoop geen wettelijke verplichting om een opschortende termijn in acht te nemen tussen voorlopige gunning van (in dit geval) de koopovereenkomst en het sluiten van die overeenkomst. Teneinde procedures te voorkomen waarin een reeds gesloten overeenkomst wordt aangevallen, zal een

overheidslichaam er gemiddeld wel verstandig aan doen om toch een opschortende termijn in acht te nemen waarbinnen deelnemers aan de verkoopprocedure gelegenheid hebben om een gerechtelijke procedure (kort geding) te starten, op straffe van verval van het recht om zich nadien nog in of buiten rechte te verzetten tegen het sluiten van de overeenkomst.

Een dergelijk vervalbeding is uiteraard enkel bindend voor de partijen die dat beding door hun deelname aan de verkoopprocedure hebben aanvaard.¹⁶ Voor partijen die niet aan de tenderprocedure deelnemen, mits deze deugdelijk bekend is gemaakt, achten wij het in de rede liggen dat zij de tenderprocedure naderhand niet (meer) met succes in rechte kunnen aanvallen. Onzes inziens mag een overheidslichaam erop vertrouwen dat geïnteresseerde gegadigden daadwerkelijk deelnemen aan een deugdelijk bekendgemaakte tenderprocedure, dan wel daartegen tijdig gedurende die procedure hun bezwaren kenbaar maken. Een interessante vraag in dit verband is vervolgens wel wat rechtens is ingeval een overheidslichaam geen mededingingsprocedure organiseert omdat zij zich gemotiveerd op het standpunt stelt dat de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingsgrond zich voordoet (r.o. 3.1.6). Marktpartijen zijn in een degelijk geval niet gebonden aan vervalbedingen uit een tenderleidraad. Ook leidt enkel stilzitten, zonder bijkomende omstandigheden, in beginsel niet tot rechtsverwerking.¹⁷ Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat nog lange tijd de nietigheid zou kunnen worden ingeroepen van een met gebruikmaking van de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingsgrond gesloten overeenkomsten. Mogelijk dat de rechtspraak ingeval van een deugdelijk en voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst bekendgemaakt beroep op de geformuleerde uitzonderingsgrond aansluiting zal zoeken bij de twintigdagentermijn uit de [Aanbestedingswet 2012](#) (art. 4.16 [lid 1](#) Aanbestedingswet 2012).¹⁸ Zo niet, dan ligt hier wat ons betreft een taak voor de wetgever, nu wij menen dat de rechtszekerheid verlangt dat ook ten onrechte onderhands gesloten koopovereenkomsten op enig moment niet meer nietig kunnen worden verklaard en/of anderszins kunnen worden aangetast.

5. Transparantienorm: een passende mate van openbaarheid

Naast een mededingingsnorm vloeit volgens de Hoge Raad ook een transparantienorm voort uit het gelijkheidsbeginsel. Deze transparantie norm brengt mee dat grondverkopende overheidslichamen een passende mate van openbaarheid moeten betrachten ten aanzien van de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de selectiecriteria. In dit geval lijkt minimaal vereist te zijn dat de informatie over de genoemde aspecten tijdig en via een zodanig medium bekend worden gemaakt, dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.¹⁹ Wat in een concreet geval een passende mate van openbaarheid is (volstaat bijvoorbeeld een publicatie op de gemeentelijke website, of dient een landelijk platform te worden gehanteerd) zal mogelijk ook samenhangen met de vermoedelijke kring van gegadigden.

6. Gevolgen voor gesloten en nog te sluiten overeenkomsten en lopende onderhandelingen

De Hoge Raad presenteert de in zijn arrest opgenomen uitleg van het gelijkheidsbeginsel (kennelijk bewust) als een regel die ook al voor dit arrest onderdeel vormde van de Nederlandse rechtsorde. Dat brengt met zich dat de invloed van het arrest zich naar waarschijnlijkheid ook uitstrekt tot reeds gesloten overeenkomsten en al lopende onderhandelingen. Helaas geeft de Hoge Raad in het arrest geen richtlijnen waarlangs de impact op gesloten overeenkomsten en lopende onderhandelingen bepaald kan worden. Dat wordt (daarmee) overgelaten aan de praktijk en nog te wijzen jurisprudentie. Hieronder geven wij een voorzet, op basis van beschikbare (maar uiteraard niet op dit arrest toegespitste) jurisprudentie.

6.1. Gevolgen voor gesloten (en nog te sluiten) overeenkomsten

De eerste belangrijke vraag is wat het gevolg moet zijn van dit arrest voor reeds gesloten (en nog te sluiten) overeenkomsten, waarbij niet de door de Hoge Raad gegeven uitleg van het gelijkheidsbeginsel is aangehouden.

Uit een arrest van de Hoge Raad van 3 april 1998 kan worden afgeleid dat een rechtshandeling die is verricht in strijd met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur '*verbod op détournement de pouvoir*' in strijd met de openbare orde en daarom nietig is.²⁰ Later lijkt de Hoge Raad dit te hebben genuanceerd, waarbij de leidende gedachte lijkt te zijn dat veel wettelijke verboden publiekrechtelijk van aard zijn, waarbij de wetgever niet direct ook de civielrechtelijke gevolgen voor ogen heeft gehad.²¹ Bij zijn oordeel over vraag of een dergelijke overeenkomst in strijd met de openbare orde en bijgevolg nietig is, moet de rechter in elk geval de volgende aspecten betrekken en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap afleggen: welke belangen er door de geschonden regel worden beschermd, of er door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk bewust waren en of de regel in een sanctie voorziet.²² Hoewel de betreffende arresten betrekking hadden op concrete wettelijke verboden en niet op algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zien wij goede grond om dezelfde terughoudende benadering toe te passen bij schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: deze beginselen zijn ook niet geïntroduceerd met als doel om in een civiele context tot nietigheid te leiden.

Steun voor deze benadering vinden wij in een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 29 januari 2013.²³ Specifiek voor de situatie van schending van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van onroerende zaken overweegt het gerechtshof in genoemd arrest namelijk dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst is gesloten in strijd met het gelijkheidsbeginsel niet voldoende is voor het oordeel dat die overeenkomst nietig is. Daarvoor is volgens het hof een *gekwalificeerde* schending van dat beginsel noodzakelijk. Bijkomende omstandigheden lijken dus nodig. Wat die bijkomende omstandigheden zijn blijkt niet uit het arrest van het Haagse hof. Analoog aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van het begrip gekwalificeerde schending in zaken omtrent staatsaansprakelijkheid voor onjuiste rechtspraak kan worden gedacht aan *de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de al dan niet versoontbaarheid van de rechtsdwaling*.²⁴ Dit sluit ook aan bij een van de in Esmilo/Mediq genoemde omstandigheden, namelijk de vraag of partijen zich van de schending bewust waren.²⁵

Naar wij niet uitsluiten, zal de soep van het arrest, gezien het feit dat mogelijk geen sprake is van bijkomende omstandigheden die leiden tot nietigheid, voor bestaande contracten niet zo heet gegeten worden als deze is opgediend. Deze reden is erin gelegen dat de door de Hoge Raad aan het gelijkheidsbeginsel gegeven uitleg onzes inziens niet zodanig helder was voor het rechtsverkeer, dat het partijen van contracteren had moeten weerhouden.²⁶ Volledigheidshalve wijzen wij er nog op dat het sluiten van een overeenkomst in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder omstandigheden ook zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van het betreffende overheidslichaam uit hoofde van een onrechtmatige daad.²⁷ Het zal moeten blijken of in dat kader eenzelfde terughoudende norm geldt als bij de beoordeling van de nietigheid van overeenkomsten. Wij sluiten dit niet uit.

6.2. Gevolgen voor lopende onderhandelingen

In de gevallen waarin er voor een onroerende zaak meerdere gegadigden zijn (althans dit redelijkerwijs te verwachten is) en geen toepassing kan worden gegeven aan de door de Hoge Raad in r.o. 3.1.6 gegeven uitzonderingsgrond, sluiten wij niet uit dat het hierboven in paragraaf 6.1 overwogene geen redding (meer) kan bieden indien nog geen overeenkomst is gesloten. Ook niet als de onderhandelingen zich al in een ver(der) gevorderd stadium zouden bevinden. In het Nederlands recht geldt immers als uitgangspunt dat lopende

onderhandelingen kunnen worden afgebroken, mogelijk zelfs indien op enig moment al sprake was van totstandkomingsvertrouwen, bijvoorbeeld indien zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.²⁸ In dergelijke gevallen lijkt het zo te zijn dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel ten volle heeft te gelden en reden moet vormen om de onderhandelingen af te breken. Daarbij nuanceren wij wel dat de praktijk doorgaans weerbarstig is. Niet uit te sluiten valt dat een ruime(re) uitleg van de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingsgrond in dit arrest ruimte kan bieden om lopende onderhandelingen (toch) door te zetten.²⁹

Dat doet dan wel de vraag rijzen of de partij met wie het overheidslichaam in onderhandeling was, zeker op het moment dat de onderhandelingen al vergevorderd waren, nog aanspraak kan maken op vergoeding van het negatief of zelfs positief contractsbelang. Of dit zo is – en wat de constatering dat een te sluiten overeenkomst nietig zou kunnen zijn dan doet met het causaal verband – laten wij hier verder rusten. Zulks gaat het bestek van deze noot te buiten.

7. Slot

Het arrest van de Hoge Raad heeft ingrijpende gevolgen voor de praktijk althans in ieder geval totdat alle vraagpunten zijn uitgekristalliseerd. Want er zijn veel vraagpunten. Te noemen zijn onder meer: hoe moet een mededingingsprocedure eruit zien, wat is het effect op reeds gesloten contracten, wat is het gevolg voor lopende onderhandelingen, wat is het gevolg als onderhandelingen worden afgebroken om mededingingsruimte te bieden, wanneer kan de uitzonderingsgrond toegepast worden, hoe moet je omgaan met bezwaren tegen een voornemen tot verkoop, wanneer is het zeker dat een gesloten contract met meer aangetast kan worden, als dat niet meer aangetast kan worden blijft het dan wel mogelijk schadevergoeding te vorderen, etc. In deze noot hebben wij een aanzet gedaan voor de beantwoording van deze vragen. Gezien al deze vraagpunten, is het te hopen dat de rechtspraak snel duidelijkheid zal scheppen.

Voetnoten "Uitspraak"

¹ Sammie Elbertsen, Egbert de Groot en Wouter de Vries zijn advocaat bij AKD N.V.

² R.o. 3.1.3; dit vloeide al rechtstreeks voort uit [art. 3:14 BW](#) (en voor wat betreft de geschreven abbb's ook uit art. 3:1 [lid 2 Awb](#)) en voor de invoering van het NBW (ook) uit het arrest HR 27 maart 1987, [AB 1987, 273](#) (*gemeente Amsterdam/Ikon Beleidskonsulenten B.V.*).

³ Voor een afbakening van de overheidslichamen waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn zie: HR 4 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF2830](#), r.o. 3.4.2-3.4.3 (*RZG/ComforMed*).

⁴ ABRvS 2 november 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#).

⁵ Parket bij de Hoge Raad 12 maart 2021, [ECLI:NL:PHR:2021:243](#).

⁶ Conclusie A-G Widdershoven 25 mei 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:1421](#).

⁷ ABRvS 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4198](#).

⁸ ABRvS 28 augustus 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2829](#).

⁹ Conclusie A-G Widdershoven 6 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:1847](#).

¹⁰ De uitzonderingsregel van r.o. 3.1.6 gaat er blijkens zijn tekst immers vanuit dat zonder toepassing van die uitzonderingsgrond wel mededingingsruimte zou moeten worden geboden.

¹¹ Een en ander eventueel naast andere objectieve, redelijke en toetsbare eisen die het overheidslichaam op grond van haar beleidsvrijheid wenst te stellen aan een koper. Een overheidslichaam doet er – met name bij toepassing van 'first come, first serve' verstandig aan dergelijke voorwaarden op voorhand duidelijk tot uitdrukking te brengen, eventueel tezamen met een totstandkomingsvoorbehoud ('goedkeuring door college' of 'subject to contract', etc.).

¹² ABRvS 2 november 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2927](#), r.o. 10.

¹³ De vraag is in welke mate [art. 122 Woningwet](#) hier nog begrenzend werkt ingeval van grondverkoop door een gemeente. Moet de gemeente er bij het opstellen van selectiecriteria nog op beducht zijn dat marktpartijen niet worden gedwongen/teveel worden uitgedaagd om in hun aanbieding verder te gaan dan de gemeente op grond van

het [Bouwbesluit 2012](#) mag verlangen? Deze vraag gaat het bestek van deze annotatie te buiten en laten wij voor nu verder rusten.



¹⁴ Vgl. Gerechtshof Den Haag 31 januari 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:83](#), r.o. 10.

¹⁵ Vgl. art. 1.8-1.9, 1.12 en 1.15 Aw 2012, alsmede HvJ EU 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, r.o. 108-111 (*Succhi di Frutta*).

¹⁶ In de door die deelnemende partijen in te stellen procedures zal het naar verwachting vaak gaan om de vraag of de bepalingen uit de tenderleidraad wel op de juiste wijze zijn nageleefd; vgl. Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:189](#) en Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:190](#).

¹⁷ Vgl. o.a. HR 18 januari 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY0543](#), r.o. 4.1.1.

¹⁸ Vgl. Gerechtshof Den Haag 31 januari 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:83](#), r.o. 8-10.

¹⁹ Analoog aan de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven 6 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:1847](#), r.o. 4.19.

²⁰ HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 588 (*Alkemade/Hornkamp*), r.o. 3.3.2.

²¹ Vgl. HR 7 april 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA5401](#) (*Parkeerexploitatie Amsterdam*), HR 11 mei 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB1555](#) en HR 1 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BU5609](#) (*Esmilo/Mediaq*).

²² HR 1 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BU5609](#) (*Esmilo/Mediaq*), r.o. 4.4.

²³ Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, [ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014](#), r.o. 4.

²⁴ HvJ EU 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*).

²⁵ HR 1 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BU5609](#) (*Esmilo/Mediaq*), r.o. 4.4.

²⁶ Zoals gezegd gingen onder meer het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in het thans gecasseerde arrest van 19 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:9911](#) en ook de procureur-generaal in zijn aan het arrest voorafgaande conclusie van 12 maart 2021, [ECLI:NL:PHR:2021:243](#), uit van een andere – terughoudendere – toepassing van het gelijkheidsbeginsel op verkoop van onroerende zaken dan de Hoge Raad in het arrest van 26 november 2021.

²⁷ Vgl. HR 24 april 1992, [ECLI:NL:HR:1992:ZC0582](#).

²⁸ HR 12 augustus 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT7337](#) (*CBB/JPO*).

²⁹ Vgl. bijv. Rb. Midden-Nederland 7 december 2016, [ECLI:NL:RBMNE:2016:6542](#).



Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen

Inleiding

Deze factsheet geeft informatie over [het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021](#), ECLI:NL:2021:1778, in de zaak Didam. Het is opgesteld door het Ministerie van BZK. De factsheet kunt u vinden op <https://www.woningmarktbeleid.nl/onderwerpen/grondbeleid>.

Deze factsheet geeft inzicht in het arrest en gaat in op de gevolgen hiervan voor overheidslichamen en marktpartijen. Daarbij wordt niet beoogd om vooruit te lopen op toekomstige rechtspraak waarmee nadere duiding wordt gegeven aan het arrest. Het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen hoe het arrest precies moet worden uitgelegd en hoe in concrete situaties en met inachtneming van alle omstandigheden van het geval in overeenstemming met het arrest kan worden gehandeld.

Hoewel alles in het werk is gesteld om de juiste en meest actuele informatie te verstrekken, kan niet worden gegarandeerd dat de informatie juist is op het moment waarop deze wordt ontvangen, of dat de informatie na verloop van tijd nog steeds juist is. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend. Het Ministerie of de Staat is niet aansprakelijk voor eventuele schade die ontstaat door het gebruik van de verstrekte informatie.

Deze factsheet bevat de volgende vragen en antwoorden:

- 1. Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest?**
- 2. Wat is de reikwijdte van het arrest? Is het arrest ook van toepassing op andere vormen van gronduitgifte?**
- 3. Aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?**
- 4. Wanneer dient er een selectieprocedure te worden toegepast?**
- 5. Welke selectiecriteria kan een overheidslichaam hanteren?**
- 6. Wanneer kan een overheidslichaam afzien van een selectieprocedure?**
- 7. Wanneer is sprake van 'slechts één serieuze gegadigde'?**
- 8. De conclusie dat er maar één serieuze gegadigde is, moet op 'objectieve, toetsbare en redelijke criteria' worden gebaseerd. Zijn dit dezelfde criteria die een overheidslichaam kan hanteren bij een selectieprocedure?**
- 9. Geldt er een ondergrens voor de plicht om een selectieprocedure toe te passen?**
- 10. De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel in door een passende mate van openbaarheid voor te schrijven. Wat is een passende mate van openbaarheid?**
- 11. Welke termijnen kunnen worden gehanteerd?**
- 12. Wat betekent het arrest voor reeds verkochte en geleverde onroerende zaken?**
- 13. Wat betekent het arrest voor lopende onderhandelingen?**

14. Kan een overheidslichaam schadeplichtig zijn wegens het afbreken van onderhandelingen omdat het aangaan van een overeenkomst niet in lijn is met het arrest?

15. Wat kunnen overheidslichamen en marktpartijen doen om te voorkomen dat in de toekomst wordt gehandeld in strijd met het Didam-arrest?

1. Wat heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Didam-arrest?

Bij de verkoop van onroerende zaken moet een overheidslichaam mededingingsruimte bieden

De Hoge Raad heeft op 26 november 2021 geoordeeld dat een overheidslichaam dat een onroerende zaak wil verkopen, gelegenheid moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak, indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Dit houdt in dat het overheidslichaam de koper moet selecteren aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Deze verplichting vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen (overweging 3.1.4 van het arrest). Een overheidslichaam dient dit beginsel in acht te nemen bij een beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst sluit tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam met die van een private partij (overweging 3.1.3 van het arrest).

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te creëren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot (i) de beschikbaarheid van de onroerende zaak, (ii) de selectieprocedure, (iii) het tijdschema en (iv) de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken en wel op een zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen (overweging 3.1.5 van het arrest).

Het bieden van mededingingsruimte is niet vereist indien slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt

De mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam voorafgaand aan de verkoop zijn voornemen daartoe op een dusdanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. Ook moet het overheidslichaam in dat geval motiveren waarom er naar zijn oordeel slechts één gegadigde in aanmerking komt (overweging 3.1.6 van het arrest).

Verhouding schaarse vergunningen

Voor dit arrest heeft de Hoge Raad inspiratie ontleend aan de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de plicht om mededingingsruimte te bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen. De Hoge Raad verwijst expliciet naar de Vlaardingen-uitspraak van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, waarin de Afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State de mededingingsnorm voor schaarse vergunningen heeft geïntroduceerd. De Hoge Raad past deze norm in dit arrest analoog toe op de verkoop van onroerende zaken. Een belangrijk verschil is dat de mededingingsnorm in het bestuursrecht alleen van toepassing is als sprake is van een schaars (publiek) recht, terwijl volgens de Hoge Raad beslissend is of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak.

Gevolgen Didam-arrest voor de praktijk

Het arrest van de Hoge Raad heeft consequenties voor de wijze waarop en voorwaarden waaronder overheidslichamen onroerende zaken kunnen verkopen. Een overheidslichaam kan niet langer onroerende zaken (gebouwd of ongebouwd) exclusief aan één partij te koop aanbieden zonder dit vooraf kenbaar te maken. In deze factsheet wordt ingegaan op de gevolgen van het arrest van 26 november 2021 voor overheidslichamen en marktpartijen.

Het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 kan [hier](#) worden geraadpleegd of via www.rechtspraak.nl.

2. Wat is de reikwijdte van het arrest? Is het arrest ook van toepassing op andere vormen van gronduitgifte?

Uit het arrest volgt dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.

De Hoge Raad oordeelt dat dit dus ook geldt voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het overheidslichaam een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit.

Gelet op deze algemene formulering dient er terdege rekening mee te worden gehouden dat het arrest ook van belang kan zijn voor andere vormen van gronduitgifte, zoals erfpacht- en opstalrechten, maar ook persoonlijke gebruiksrechten zoals huur, ruil, bruikleen, pacht en andere (aan de ontwikkeling en realisatie van) vastgoed gerelateerde overeenkomsten zoals publiek-private samenwerkingsovereenkomsten waarin dergelijke rechten worden vergeven.

De precieze reikwijdte van het arrest zal zich uiteindelijk moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie.

3. Aan welke vereisten dient een selectieprocedure te voldoen?

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat een selectieprocedure aan de volgende vereisten moet voldoen.

- Het overheidslichaam dient in de eerste plaats 'met in achtneming van de hem toekomende beleidsruimte' criteria op te stellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.' Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn (zie hierover vraag 5).

- Het overheidslichaam dient vervolgens een passende mate van openbaarheid te verzekeren met betrekking tot:
 - o de beschikbaarheid van de onroerende zaak;
 - o de selectieprocedure;
 - o het tijdschema en
 - o de toe te passen selectiecriteria.
- Het overheidslichaam dient tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure informatie over deze aspecten bekend te maken op een zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen (zie hierover vraag 10 en 11).

4. Wanneer dient er een selectieprocedure te worden toegepast?

Een overheidslichaam moet ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar een onroerende zaak indien:

- er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak, of
- redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn.

Volgens de Hoge Raad is niet beslissend of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn (overweging 3.1.9 van het arrest). Het enkele feit dat andere partijen mogelijk belangstelling hebben om de onroerende zaak te kopen, is dus reeds voldoende.

Dit neemt niet weg dat het overheidslichaam criteria mag stellen aan de (potentiële) koper. In zoverre kan het overheidslichaam de kring van potentiële gegadigden op voorhand afbakenen (zie hierover vraag 5).

Indien op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, kan het overheidslichaam afzien van een selectieprocedure (zie hierover vraag 6). In alle andere gevallen zal er een selectieprocedure moeten worden toegepast.

5. Welke selectiecriteria kan een overheidslichaam hanteren?

Bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten heeft een overheidslichaam contractsvrijheid. Het overheidslichaam heeft daarbij ook beleidsruimte om criteria vast te stellen aan de hand waarvan de uiteindelijke koper wordt geselecteerd. Op die manier kan een overheidslichaam vorm geven aan het grondbeleid. Deze beleidsruimte is weliswaar ruim, maar tegelijkertijd niet onbegrensd.

De Hoge Raad noemt in het arrest drie voorwaarden waar de criteria aan moeten voldoen:

- De criteria moeten objectief zijn.
- De criteria moeten kunnen worden getoetst door de rechter.
- De criteria moeten redelijk zijn.

Bij het opstellen van de criteria zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen. Aan de te stellen criteria zal aldus een zorgvuldige afweging ten grondslag moeten worden gelegd, waarbij alle relevante belangen zijn betrokken. De criteria zullen redelijk en proportioneel moeten zijn. Dit zal afdoende moeten kunnen worden gemotiveerd. Tot welke verplichtingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een privaatrechtelijke context exact leiden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en het toepasselijke beginsel. Het vereiste van objectiviteit houdt in dat de criteria ondubbelzinnig en zo duidelijk mogelijk moeten worden geformuleerd zodat een onpartijdige behandeling kan worden verzekerd en willekeur wordt voorkomen. Het is niet toegestaan de criteria toe te schrijven naar één bepaalde gegadigde. De criteria zullen in de praktijk vervolgens consistent moeten worden toegepast op de verschillende gegadigden. De rechter zal in voorkomend geval moeten kunnen toetsen of aan genoemde voorwaarden is voldaan.

De te stellen criteria kunnen in de eerste plaats betrekking hebben op de persoon of hoedanigheid van (potentiële) gegadigden. Daarbij kan gedacht worden aan geschiktheidseisen waaraan de gegadigde moet voldoen, zoals eisen die betrekking hebben op een vereiste (minimale) financiële draagkracht – bijvoorbeeld solvabiliteit van de koper – en aantoonbare kennis van en ervaring met bepaalde ontwikkelactiviteiten. Verder zouden (deels geïnspireerd op aanbestedingsregelgeving) bepaalde uitsluitingsgronden kunnen worden geformuleerd die op voorhand aan deelname in de weg staan. Denk bijvoorbeeld aan het verkeren in staat van faillissement of liquidatie. Ook een Bibob-toets is denkbaar.

Daarnaast zullen er (objectieve, toetsbare en redelijke) criteria moeten worden geformuleerd om 'de winnende aanbieder' te kunnen selecteren. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de hoogte van de geboden (koop)prijs. Eventueel in combinatie met de hoogste prijs kunnen criteria worden gesteld om 'de beste' aanbieder te selecteren; deze kunnen betrekking hebben op de aard en/of de kwaliteit van de beoogde (her)ontwikkeling van de onroerende zaak. Daarbij kan worden gedacht aan de kwaliteit van het (ontwikkel)plan, de mate van duurzaamheid van het (ontwikkel)plan, of de mate waarin het plan inpasbaar is in de omgeving en aldus kan voldoen aan de beoogde beleidsdoelstellingen.

Het ligt voor de hand dat een overheidslichaam ook kan verlangen dat de koper zich conformeert aan het vigerende publiekrechtelijke kader of de ruimtelijke plannen van het overheidslichaam voor de te verkopen locatie. Denk daarbij bijvoorbeeld aan woningbouwcategorieën, zoals percentages sociale huur, sociale koop of middenhuur. Ook is denkbaar dat het overheidslichaam ruimtelijke eisen stelt die niet of nog niet publiekrechtelijk zijn vastgelegd. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de eis een minimaal percentage aan sociale woningbouw te realiseren of de eis dat de kopende partij zich conformeert aan een stedenbouwkundig- of beeldkwaliteitsplan. Het stellen van dergelijke criteria kan tot gevolg hebben dat de kring van potentiële gegadigden die kunnen meedoen aan de selectieprocedure op voorhand wordt beperkt.

Een belangrijke voorwaarde is dat met het stellen van privaatrechtelijke criteria de publiekrechtelijke kaders niet worden doorkruist. Van een onaanvaardbare doorkruising kan sprake zijn als aan het overheidslichaam bij publiekrechtelijke regeling bepaalde bevoegdheden ter behartiging van zekere belangen zijn toegekend en het overheidslichaam deze belangen langs

privaatrechtelijke weg wil bereiken. Zo kan artikel 122 van de Woningwet in de weg staan aan het stellen van bepaalde duurzaamheidseisen (voor zover die verder gaan dan het Bouwbesluit).

Ten slotte is van belang dat overheidslichamen telkens aan de hand van alle rechten en plichten die voortvloeien uit een voorgenomen koopovereenkomst moeten bezien of sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet.

6. Wanneer kan een overheidslichaam afzien van een selectieprocedure?

De mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden, indien bij voorbaat vaststaat óf redelijkerwijs mag worden aangenomen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Ook dit dient te worden vastgesteld op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Er is immers geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel als er voor het maken van onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging is. In dat geval hoeft dus geen selectieprocedure te worden toegepast.

Wel zal in dat geval nog moeten worden voldaan aan twee (procedurele) vereisten.

- Het voornemen tot verkoop dient tijdig voorafgaand aan de verkoop bekend te worden gemaakt op een zodanige wijze dat een ieder daarvan kennis kan nemen.
- Daarbij dient aan de hand van de gestelde criteria tevens te worden gemotiveerd waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Er meldt zich geen andere gegadigde

Indien zich geen andere gegadigden melden naar aanleiding van de kennisgeving, kan worden afgezien van een selectieprocedure en zal de overeenkomst kunnen worden gesloten.

Er meldt zich wel een andere gegadigde

Indien zich wél een of meerdere andere gegadigden melden naar aanleiding van de kennisgeving, zal in de eerste plaats moeten worden beoordeeld of het inderdaad gaat om serieuze gegadigden. Hiertoe zal moeten worden getoetst of de andere gegadigden voldoen aan de in de kennisgeving gestelde criteria op basis waarvan werd vermoed dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam. Indien blijkt dat aan die criteria is voldaan, ligt het in de rede alsnog een selectieprocedure te starten.

Indien daarentegen wordt geconcludeerd dat de andere gegadigden niet aan de criteria voldoen, ligt het in de rede deze partijen hiervan in kennis te stellen, waarbij tevens een termijn zou kunnen worden gesteld waarbinnen de kwestie aan de rechter kan worden voorgelegd voordat de koopovereenkomst gesloten wordt (zie hierover vraag 11). Deze termijn zal voldoende lang moeten zijn voor de afgewezen gegadigden om zich te kunnen beraden over de motivering van de afwijzing.

7. Wanneer is sprake van 'slechts één serieuze gegadigde'?

Of sprake is van slechts één serieuze gegadigde die in aanmerking komt als koper, dient te worden vastgesteld op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Partijen die niet aan deze criteria voldoen, kunnen niet als serieuze gegadigde worden aangemerkt.

Gedacht kan worden aan de situatie dat gelet op de beoogde beleidsdoelstellingen slechts één ontwikkelplan redelijkerwijs in aanmerking komt. Zo is in beginsel denkbaar dat er slechts één potentiële koper is die voldoet aan bepaalde technische bekwaamheidseisen. Deze eisen zullen op zichzelf steeds objectief, redelijk en toetsbaar moeten zijn. Daarnaast kan worden gedacht aan de situatie dat slechts één gegadigde beschikt over de benodigde (schaarse) vergunning om op het uit te geven perceel een onderneming te exploiteren en deze vergunning reeds door middel van een transparante verdeelprocedure is verleend. Ook kunnen bestaande grondposities maken dat slechts één partij als serieuze gegadigde in aanmerking komt, al dan niet in combinatie met een doelmatig gebruik van de grond.

In dit verband zou wellicht inspiratie kunnen worden ontleend aan het onteigeningsrecht. In het onteigeningsrecht kan aan een beroep op zelfrealisatie voorbij worden gegaan indien de eigenaar niet in staat of bereid is aan het plan van het bestuursorgaan uitvoering te geven, voor zover dat plan dienstig is aan het algemeen belang. Andere situaties die een beroep op zelfrealisatie in de weg kunnen staan, zijn dat de grondeigenaar niet over voldoende aaneengesloten grond beschikt om de bestemming op doelmatige wijze zelf te kunnen realiseren of als de te onteigenen gronden geen afzonderlijk deel van het uit te voeren project kunnen vormen. Dit vormen naar hun aard objectieve, toetsbare en redelijke criteria om (1) een plan van een gegadigde te beoordelen, of (2) te constateren dat er maar één serieuze gegadigde is die in aanmerking komt voor de te verkopen onroerende zaak (namelijk de partij die met de te verwerven grond het plan wel kan realiseren). Uiteraard is de bruikbaarheid van deze criteria afhankelijk van de specifieke omstandigheden.

8. De conclusie dat er maar één serieuze gegadigde is, moet op 'objectieve, toetsbare en redelijke criteria' worden gebaseerd. Zijn dit dezelfde criteria die een overheidslichaam kan hanteren bij een selectieprocedure?

De criteria die leiden tot de conclusie dat er slechts één serieuze gegadigde is, komen niet noodzakelijkerwijs overeen met de – eveneens – objectieve, toetsbare en redelijke criteria die een overheidslichaam in een selectieprocedure moet hanteren (zie hierover vraag 5). De criteria die bij het bieden van mededingingsruimte moeten worden gesteld hebben immers ten doel de verschillende gegadigden respectievelijk hun aanbiedingen tegen elkaar te kunnen afzetten opdat aan de hand van de selectiecriteria 'de beste' aanbieder, respectievelijk aanbieder kan worden geselecteerd. Aan die selectiecriteria ligt dus een andere aanname ten grondslag dan aan de criteria ter motivering dat er aannemelijk maar één serieuze gegadigde is, namelijk dat er meerdere (serieuze) gegadigden zullen zijn die onder concurrentie een aanbieding zullen formuleren.

9. Geldt er een ondergrens voor de plicht om een selectieprocedure toe te passen?

Anders dan in bijvoorbeeld het aanbestedings- of staatssteunrecht, geldt in uitgangspunt geen de-minimisgrens; ook bij ogenschijnlijke bagatelzaken (bijvoorbeeld een stukje snippergroen) kunnen

er immers meerdere (potentiële) gegadigden zijn. Wel is denkbaar dat de aard respectievelijk bewerkelijkheid van de selectieprocedure door het overheidslichaam wordt afgestemd op het belang van de uit te geven onroerende zaak.

10. De Hoge Raad vult het gelijkheidsbeginsel in door een passende mate van openbaarheid voor te schrijven. Wat is een passende mate van openbaarheid?

Indien een overheidslichaam mededingingsruimte moet bieden door middel van een selectieprocedure, dient het overheidslichaam de voorwaarden en modaliteiten van deze procedure (te weten: de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria) tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure bekend te maken. Dat moet op een zodanige wijze plaatsvinden dat '(potentiële) gegadigden' daarvan tijdig kennis kunnen nemen.

Indien een overheidslichaam voornemens is tot (onderhandse) verkoop – omdat er op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt – dient het voornemen volgens de Hoge Raad tijdig voorafgaand aan de verkoop op een zodanige wijze bekend te worden gemaakt dat 'een ieder' daarvan kennis kan nemen.

De Hoge Raad heeft in het arrest niet bepaald in welk medium de kennisgevingen moeten worden gepubliceerd. Waar het om gaat, is dat geïnteresseerden de kennisgevingen gemakkelijk kunnen vinden. Hiertoe is het wenselijk dat (zowel) de publicatie van een selectieprocedure als een voornemen tot (onderhandse) verkoop zoveel mogelijk op identieke wijze en op een vaste plek bekend wordt gemaakt. Gedacht kan worden aan (een vaste rubriek op) de algemene website van het overheidslichaam, een speciaal voor dit type kennisgevingen ingerichte webpagina of het Gemeenteblad. Het verdient overigens de voorkeur dat de verschillende afdelingen/onderdelen van het betreffende overheidslichaam de kennisgevingen op een uniforme wijze publiceren.

Overwogen kan worden eenmalig aan te geven waar toekomstige kennisgevingen zullen worden gepubliceerd. Maatwerk is en blijft echter steeds van belang. Zo kan afhankelijk van de aard van de uit te geven onroerende zaak – naast de vaste publicatieplek met een zo breed mogelijk bereik – ook het lokale weekblad (denk bijv. aan een stuk snippergroen) en/of een vakblad (bijvoorbeeld bij een grootschalige ontwikkellocatie) in aanmerking komen.

11. Welke termijnen kunnen worden gehanteerd?

Termijnen binnen een selectieprocedure

De te hanteren termijnen binnen een selectieprocedure zullen steeds redelijk moeten zijn en kunnen dus per selectieprocedure verschillen. Zo zal de aanmeld- of indieningstermijn moeten zijn afgestemd op de mate van inspanningen die van de (potentiële) gegadigden in de specifieke selectieprocedure worden verwacht om een serieuze aanmelding of aanbieding te kunnen overwegen en voorbereiden. Daarbij geldt uiteraard dat langere termijnen in de rede liggen naar mate meer inspanningen worden gevraagd. Ook ligt het doorgaans in de rede dat er in de selectieprocedure enige ruimte wordt geboden voor het stellen van vragen door (potentiële) gegadigden.

Het is aan te bevelen dat afgefallen gegadigden aan het slot van de selectieprocedure een termijn wordt geboden om (al dan niet in rechte) op te komen tegen de (gemotiveerde) selectiebeslissing. Het overheidslichaam kan besluiten gedurende deze termijn te wachten met het aangaan van de voorgenomen overeenkomst.

Al naar gelang de complexiteit van de selectieprocedure zal de lengte van de te hanteren termijnen dus moeten worden vastgesteld. Waar passend zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de in het aanbestedingsrecht gehanteerde termijnen. Zie nader voor een overzicht:

<https://www.pianoo.nl/nl/document/12961/factsheet-termijnen-aanbestedingswet-2012>.

Termijnen bij voornemen tot verkoop aan de enige serieuze gegadigde

Indien het overheidslichaam van oordeel is dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, dient het voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst te worden gepubliceerd.

De Hoge Raad heeft ook hier niet gespecificeerd welke termijn in acht moet worden genomen. Ook in dit geval hangt de exacte termijn af van alle omstandigheden van het geval. Het is verstandig om het voornemen tot (onderhandse) verkoop in een zo vroeg mogelijk stadium te publiceren. Daarmee kan worden voorkomen dat later blijkt dat er toch andere gegadigden zijn die aan de gestelde criteria voldoen en er dus alsnog een selectieprocedure dient te worden toegepast.

Het is raadzaam in de kennisgeving een uiterste termijn op te nemen waarbinnen andere gegadigden zich dienen te melden indien zij menen dat zij op grond van de toepasselijke criteria eveneens in aanmerking komen. Als wordt geconcludeerd dat deze partijen niet als serieuze gegadigden kunnen worden aangemerkt omdat zij niet aan de in de kennisgeving vermelde criteria voldoen, zou (wederom) een termijn kunnen worden gesteld waarbinnen zij de kwestie aan de rechter kunnen voorleggen. Bij het bepalen van de lengte van de termijnen zal acht moeten worden geslagen op de toepasselijke criteria (bijvoorbeeld mate van complexiteit), zodat geïnteresseerden daadwerkelijk in staat worden gesteld om na te gaan of zij kwalificeren als 'serieuze' gegadigde en of zij eventueel tegen de voorgenomen onderhandse verkoop wensen op te komen.

Een overheidslichaam kan ervoor kiezen gedurende deze termijnen het sluiten van de voorgenomen overeenkomst op te schorten (*standstill*). Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om de koopovereenkomst te sluiten onder opschortende of ontbindende voorwaarden, bijvoorbeeld in de vorm van een totstandkomingsvoorbehoud.

12. Wat betekent het arrest voor reeds verkochte en geleverde onroerende zaken?

Het ligt op dit moment niet voor de hand dat overeenkomsten waarin de door de Hoge Raad voorgestane mededingingsruimte destijds niet is geboden alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zouden zijn. Een en ander zal steeds mede afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij zal aannemelijk een rol kunnen spelen dat de verplichting

voor overheidslichamen om bij gronduitgifte mededingingsruimte te bieden, voor veel partijen als een nieuwe ontwikkeling wordt gezien.

13. Wat betekent het arrest voor lopende onderhandelingen?

In gevallen waarin sprake is van lopende onderhandelingen waarbij nog geen overeenkomst tot stand is gekomen (en nog geen selectieprocedure is toegepast die voldoet aan het arrest), ligt het in de rede dat de onderhandelingen door het overheidslichaam waar mogelijk tijdelijk worden opgeschort. Voordat hiertoe wordt besloten, zullen alle relevante omstandigheden in kaart moeten worden gebracht. Hierbij kunnen onder meer goedkeuringsvoorbehouden of andere opschortende/ontbindende voorwaarden van belang zijn.

Gedurende de opschorting van de onderhandelingen zal het overheidslichaam zo nodig een nadere afweging kunnen maken of het genoegzaam kan motiveren dat de beoogde contractuele wederpartij redelijkerwijs als enige serieuze gegadigde is aan te merken op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria (zie hierover nader vraag 7-8). Indien dit het geval is, zal het voornemen tot (onderhandse) verkoop moeten worden gepubliceerd. In deze kennisgeving zal moeten worden gemotiveerd waarom op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria bij voorbaat vaststaat / redelijkerwijs mag worden aangenomen dat alleen deze partij als serieuze gegadigde in aanmerking komt. Zo nodig dient daarbij te worden bepaald of overeengekomen dat in het geval zich toch een andere serieuze gegadigde aandient, alsnog een selectieprocedure wordt gevolgd. Daarbij zal bijzondere aandacht moeten worden gegeven aan de vraag hoe in een dergelijke selectieprocedure een *level playing field* kan worden gewaarborgd, gelet op de eerdere betrokkenheid van de partij waarmee tot dan toe is onderhandeld.

14. Kan een overheidslichaam schadeplichtig zijn wegens het afbreken van onderhandelingen omdat het aangaan van een overeenkomst niet in lijn is met het arrest?

Het afbreken van (vergevoerde) onderhandelingen kan onder omstandigheden leiden tot schadeplichtigheid. Partijen zijn evenwel in beginsel vrij lopende onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Voor het kunnen aannemen van die onaanvaardbaarheid geldt volgens vaste rechtspraak een strenge en tot terughoudendheid nopenende maatstaf.

Bij de vraag of dat gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt kunnen uiteraard ook de onder vraag 13 bedoelde goedkeuringsvoorbehouden of eventueel andere in dit verband relevante opschortende/ontbindende voorwaarden een rol spelen. Veel hangt hier dus af van de concrete omstandigheden van het geval. De vraag of er schadeplichtigheid zou kunnen ontstaan, vereist dus steeds een concrete toetsing.

15. Wat kunnen overheidslichamen en marktpartijen doen om te voorkomen dat in de toekomst wordt gehandeld in strijd met het Didam-arrest?

Overheidslichamen en marktpartijen zullen gezamenlijk in goed overleg tot een werkwijze moeten komen die strookt met het Didam-arrest.

Overheidslichamen die reeds beschikken over een vastgesteld beleid voor het selecteren van partijen voor verkoop van (bebouwde of onbebouwde) onroerende zaken, doen er verstandig aan na te gaan of dit beleid nog in overeenstemming is met het arrest. Zo nodig kunnen zij dit beleid herijken. Overheidslichamen die nog geen selectiebeleid hebben geformuleerd en regelmatig onroerende zaken verkopen, zouden kunnen overwegen een dergelijk beleid te formuleren. Tot slot is het van belang de ontwikkelingen in de rechtspraak waarin nadere duiding wordt gegeven aan het arrest van de Hoge Raad, goed te volgen.