

# 5. Het Didam-arrest

Enkele gevolgen – van een gerechtelijke gamechanger en momentopname ineen – voor de praktijk van verkoop van onroerende zaken door overheidslichamen

MR. M. FOKKEMA

*Na de Didam-uitspraak van de Hoge Raad eind 2021 ontstond – terecht – grote onrust in project- en gebiedsontwikkelingsland. Want hoe dik is de streep die de Hoge Raad nu eigenlijk zet door een-op-een verkopen van vastgoed door overheidslichamen? Inmiddels is het stof van dit explosieve arrest enigszins neergedaald. Alom wordt de uitspraak gezien als een gamechanger die de praktijk van alledag er niet gemakkelijker op maakt. Manfred Fokkema schetst enkele (mogelijke) gevolgen voor de praktijk. Het arrest biedt volgens hem niet alleen bedreigingen, maar ook zeker kansen voor de praktijk van alledag. Bovendien ziet hij het arrest niet alleen als een gamechanger, maar ook als een momentopname.*

## Het arrest in een notendop

Volgens de Hoge Raad staat het gelijkheidsbeginsel aan een een-op-een verkoop van vastgoed (dus niet slechts bouwgrond) door een overheidslichaam – zoals een gemeente – in de weg, als er (naar verwachting) meerdere (potentiële) gegadigden voor dat vastgoed zijn.<sup>1</sup>

Het gelijkheidsbeginsel is één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Overheidslichamen moeten deze beginselen onder meer in acht nemen bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke (verkoop)overeenkomsten (art. 3:14 BW).<sup>2</sup> Dat geldt volgens de Hoge Raad ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden een overheidslichaam een verkoopovereenkomst sluit. De positie van een overheidslichaam verschilt dus van die van een private partij, die deze beslissing wel volledig zelf mag maken. Let wel: aannemelijk is dat dit arrest ook opgeld doet bij situaties van uitgifte in erfpacht, verhuur, pacht, bruikleen enzovoort.

Vanwege het gelijkheidsbeginsel – dat strekt tot het bieden van gelijke kansen – moet een overheidslichaam dat het voornemen heeft om een onroerende zaak te verkopen, volgens de Hoge Raad via een selectieprocedure ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de verkoop als er meerdere gegadigden zijn of redelijker-

wijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Het is dus niet beslissend of er andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn.

Met inachtneming van het overheidslichaam toekomstige beleidsruimte, moeten criteria worden opgesteld aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. De criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Ook moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van het vastgoed, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Hierover moet tijdig voorafgaand aan de procedure duidelijkheid worden gegeven door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanig wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Kortom, overheidslichamen moeten vooraf openheid van zaken geven.<sup>3</sup>

Deze mededingingsruimte hoeft niet geboden te worden als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval moet het voornemen tot de een-op-een verkoop wel (gemotiveerd) bekend worden gemaakt, zodat iedereen daar kennis van kan nemen.

## Een streep door een-op-een verkopen, maar besef: de uitspraak is een momentopname

Na lezing van het arrest van de Hoge Raad is wel duidelijk dat er korte metten zijn gemaakt met de redenering van de Gelderse gemeente Montferland dat het haar vrij stond om een in Didam gelegen oud gemeentehuis een-op-een te verkopen aan een vastgoedontwikkelaar, terwijl er ook belangstelling was (geweest) van een andere partij. Maar daarmee is nog niet gezegd dat de reeds gesloten overeenkomst geen stand zal houden. De zaak is door de Hoge Raad namelijk voor verdere behandeling doorverwezen naar het Hof Den Bosch. In dat opzicht is de uitspraak een

(weliswaar zeer) kritische momentopname in de Gelderse kwestie als zodanig.

De Hoge Raad zet, los van de Didamse kwestie, een dikke streep door een best wel breed bestaande praktijk van een-op-een verkopen in project- en gebiedsontwikkelingsland. In zijn algemeenheid is de uitspraak dan ook te zien als belangrijk (kantel)moment in de ontwikkeling van (civiele) jurisprudentie over het gelijkheidsbeginsel, die zich ten aanzien van dit onderwerp nog verder zal moeten uitkristalliseren. Er zullen ongetwijfeld vervolguitspraken komen die dit korte en doelgerichte arrest van de Hoge Raad nader zullen gaan afbakenen. Zo ging het de afgelopen jaren ook bij het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht. In dat opzicht is de uitspraak niet meer dan een momentopname.

### Het vervolg: houdt de Didamse verkoopstand (ook staatssteunrechtelijk)?

De Brabantse raadsheren moeten zich onder meer buigen over de vraag wat de juridische gevolgen zijn voor de gesloten koopovereenkomst; houdt deze stand of niet? In de jurisprudentie zijn aanknopingspunten te vinden voor het eerste<sup>4</sup>, maar ook voor het laatste.<sup>5</sup> Mijn voorspelling? De Hoge Raad komt hierover mogelijk nog wel te spreken in een Didam-arrest II; over enkele jaren, na een arrest van het Hof Den Bosch, waarin de koop, ondanks strijd met het gelijkheidsbeginsel, mogelijk zal blijken te hebben standgehouden vanwege de omstandigheden van het geval. In dat verband zal vast aandacht worden geschonken aan de vraag in hoeverre en hoe vaak de in koop belangstellende partij de gemeente heeft gewaarschuwd dat zij geen een-op-een koop behoorde te sluiten.

De vraag over de (on)houdbaarheid van de koop zal mogelijk ook nog beantwoord moeten worden op staatssteunrechtelijk vlak. De gemeente Montferland is namelijk ook voor de voeten geworpen dat de verkoop staatssteun zou behelzen. De arresten Spaansens-Harlingen en Maankwartier-Heerlen – waarin een gemeentelijke taxatieopdracht ter discussie stond – hebben reeds laten zien dat staatssteun bij een (ver)koop situatie zeer verstrekkende gevolgen kan hebben, namelijk de volledige nietigheid van de koopovereenkomst in plaats van partiële nietigheid voor wat betreft de koopsom.<sup>6</sup> Let wel: het Hof Arnhem-Leeuwarden ging in de kwestie-Didam nog uit van partiële nietigheid en aldus ‘terugbetaling’ van de steun (lees: verhoging van de koopsom) met genoten rentevoordeel.<sup>7</sup> Met de uitspraken Spaansens-Harlingen en Maankwartier-Heerlen in het achterhoofd, lijkt dat echter niet meer de meest logische uitkomst te zijn mocht de koopsom achteraf niet marktconform te zijn geweest. Het aanstaande Bossche-arrest zal het mogelijk gaan leren.

### Enkele (mogelijke) gevolgen voor de praktijk

Al het stof van het Hoge Raad-explosief is nog niet neerge-daald. Enige terughoudendheid over de (mogelijke) gevolgen van deze uitspraak is en blijft daardoor op haar plaats.

#### ➤ *Soep die mogelijk niet zo heet gegeten wordt*

Het Hoge Raad arrest heeft grote gevolgen voor de praktijk, dat staat vast. Maar we moeten waken voor overdrijving. Een aantal potentiële kopers zal het naar verwachting wel uit het hun hoofd laten om in rechte op te komen tegen een (beoogde) een-op-een verkoop, wellicht behoudens situaties waarin sprake is van grote concurrentiebelangen (strijd tussen supermarkten zoals in Didam en bouwmarkten zoals in Epe<sup>8</sup>). Dit omdat zo’n partij mogelijk zelf elders in de gemeente ook beoogt een een-op-een verkoop bewerkstelligd te krijgen en om die reden een potentiële concurrent niet in de wielen zal willen rijden met een beroep op het Didam-arrest. Het risico bestaat dan dat zo’n partij dit argument vroeg of laat zelf ook voor de voeten geworpen krijgt bij een zelf te realiseren een-op-een aankoop.

#### ➤ *Pas op (de plaats) bij lopende onderhandelingen over een een-op-een verkoop*

Gemeenten doen er na het Didam-arrest in uitgangspunt verstandig aan om hun voornemen tot een een-op-een verkoop, vaak gebaseerd op (langjarige) onderhandelingen en planvorming door de beoogd koper, telkens tijdig bekend te maken. Een rechter zal de lokale overheid er mogelijk niet mee laten weggemen als ze hun (voornemen tot) een-op-een verkoop niet tijdig vooraf bekend hebben gemaakt conform de criteria van de Hoge Raad. Ook niet in het geval dat het gaat om een verkoop die is doorgezet, omdat de onderhandelingen daarover ten tijde van het Didam-arrest al in een (zeer) vergevorderd stadium waren.

Besef moet worden dat het uitgangspunt is dat onderhandelingen tot in een zeer laat stadium kunnen worden afgebroken, bijvoorbeeld bij onvoorziene omstandigheden (zoals wellicht het Didam-arrest).<sup>9</sup> Al meen ik ook dat ingeval van jarenlange onderhandelingen het verdedigbaar kan zijn om te stellen dat de wederpartij met wie altijd gesproken is blijkbaar de enige serieuze gegadigde is, zeker als er al die jaren geen enkele partij heeft geageerd tegen de lopende onderhandelingen (als die al bekend waren buiten de partijen om) en de onderhandelingen voortvloeien uit een al eerder gesloten intentie- of samenwerkingsovereenkomst en waarover wellicht openbare besluitvorming heeft plaatsgevonden.

Hoe dan ook, een risico van gerechtelijk ingrijpen in de koopovereenkomst omdat een tijdige bekendmaking niet heeft plaatsgevonden, kan wellicht maar beter vermeden

worden, niet alleen jegens mogelijke koopgedigden die wellicht uit zijn op schadeclaims uit hoofde van onrechtmatige daad van de verkopende gemeente. Maar ook omdat het risico bestaat dat de betrokken een-op-een koper, die nadien zijn aankoop – ondanks een notariële leveringsakte – mogelijk in ‘gerechtelijke nietigheid’ ziet verdampen een schadeclaim zal willen neerleggen bij de gemeente. Dat risico is zeker niet denkbeeldig als hij de van de gemeente gekochte grondpositie alweer heeft doorverkocht aan een belegger of particuliere kopers die nu eindelijk kans zien om hun droomwoning gerealiseerd te krijgen. In een dergelijk geval verdient het aanbeveling om (in ieder geval) als verkopende overheidsinstantie de verkoopovereenkomst te voorzien van de nodige aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen. Die zouden van pas kunnen komen, mocht het onverhoopt komen tot een gerechtelijke procedure. Tot slot: met het doorlopen van een bekendmaking wordt ook het risico verkleind dat de notaris zal weigeren om zijn ministerie te verlenen bij levering van de een-op-een verkochte onroerende zaak. Het valt overigens te bezien of de notaris medewerking aan levering zal weigeren, mogelijk wordt volstaan met een waarschuwing aan partijen dat gehandeld wordt in strijd met het Didam-arrest.

Het zal voor gemeenten en hun een-op-een kopers mogelijk ook raadzaam zijn om anderszins in de verkoopovereenkomst en de gemeentelijke besluitvorming op zorgvuldige wijze aandacht te (laten) schenken aan de mogelijke gevolgen van het Didam-arrest op de voorgenomen verkooptransactie. Dit kan wellicht door de totstandkoming van de verkooptransactie in het contract te koppelen aan een daartoe geformuleerde opschortende totstandkomingsvoorwaarde. Die voorwaarde kan dienen om allereerst tijd te kopen, onder wel reeds gemaakte contractuele afspraken, ter verkenning of er voor de te verkopen onroerende zaak een kaper op de kust ligt. In de tweede plaats kan zo’n voorwaarde dienen om in voorkomend geval zonder klee-scheuren afscheid te kunnen nemen van de beoogde koper en alsnog over te gaan tot een selectieprocedure.

#### ► *Meer selectieprocedures*

Ongetwijfeld zullen meer overheidslichamen (moeten) besluiten om bij de verkoop van onroerend goed een openbare tender-, prijsvraag- of formele aanbestedingsprocedure te organiseren. Dit zie ik in de kern genomen niet als een bedreiging voor de praktijk van project- en gebiedsontwikkeling. Het organiseren van zo’n procedure vergt wellicht meer werk aan de voorzijde dan een een-op-een verkoop. Maar het doorlopen daarvan biedt ook voordelen.

De gemeente kan bij een openbare tender-, prijsvraag- of aanbestedingsprocedure namelijk meer (privaatrechtelijke) voorwaarden stellen aan de potentiële koper (zoals een bouwplicht of zelfs publiekrecht overstijgende eisen stellen), dan zij kan doen bij een een-op-een verkoop, waarbij een aanbestedingsverplichting moet worden voorkomen.

Het is zaak bij zo’n openbare procedure om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid in acht te nemen.<sup>10</sup>

Ook kan de lokale overheid via een openbare biedingsprocedure (wellicht) gemakkelijker bewaken dat zij een marktconforme koopsom ontvangt. Dit kan een jarenlange discussie schelen over (potentiële) staatssteun vanwege de hoogte van de overeengekomen koopsom. Bij een een-op-een verkoop is die marktconformiteit overigens te bewaken via een onderliggende taxatie van de marktwaarde. Dit vergt wel dat er tijdig (liefst voor de start van de onderhandelingen) een correcte taxatieopdracht wordt verstrekt door in ieder geval het verkopende overheidslichaam. Nogmaals, met die opdracht wordt weleens de mist ingegaan, wat tot gevolg kan hebben dat de gehele (ver)koop achteraf onderuit gaat.<sup>11</sup>

#### ► *Een-op-een verkoop – aan een serieuze gegadigde – blijft mogelijk*

De Hoge Raad sluit een een-op-een verkoop aan een serieuze gegadigde niet uit, mits – kort gezegd – de beoogde verkoop, op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria, maar goed gemotiveerd wordt én er vooraf een bekendmaking plaatsvindt waar eenieder kennis van kan nemen. Deze bekendmaking, met bij voorkeur een eindtermijn waarbinnen gereageerd kan worden (bijvoorbeeld twintig kalenderdagen na publicatie), zou (bijvoorbeeld) kunnen plaatsvinden via de gemeentelijke website, een daartoe ingerichte webpagina of het (elektronisch) gemeenteblad.<sup>12</sup>

De Hoge Raad rept slechts over objectieve, toetsbare en redelijke criteria op grond waarvan bepaald moet worden of een beoogd koper kwalificeert als serieuze gegadigde, zonder concrete voorbeeldcriteria te geven. De invulling laat het rechtscollege (vooralsnog) over aan de praktijk, hetgeen kansen (en risico’s) biedt.

Er zijn best wat partijen in ons kikkerlandje die ergens een strategische grondpositie hebben verworven om deze via een beroep op zelfrealisatie te (her)ontwikkelen, maar die dat niet goed kunnen zonder de medewerking van de gemeente bij ruil (of bouwclaimgedachte) of verkoop van een naastgelegen pand of een stuk grond dat in eigendom is bij dezelfde lokale overheid. In dergelijke gevallen zal mogelijk toch vrij snel, ook op grond van een belangenafweging, beargumenteerd kunnen worden dat alleen de partij met de reeds ingenomen grond- of contractuele positie gekwalificeerd is als de enige serieuze koopgedigde (om de ontwikkeling integraal te kunnen oppakken). Anders gezegd, in een dergelijk geval kan mogelijk vrij snel beargumenteerd worden dat er geen (potentiële) gegadigden zullen zijn die serieus zullen willen meedingen naar koop van dit specifieke vastgoed. Idem voor situaties

waarin snippergroen wordt verkocht/verhuurd. In dit soort gevallen geldt in feite toch dat er geen sprake is van gelijke gevallen en dus dat er ook geen plicht is om deze gevallen gelijk te behandelen. Als er maar één serieuze gegadigde is, dan is dat het verschil met andere gegadigden en is er geen gelijkheid (toe te passen).

#### ► *Opgefrist grond- en uitgiftebeleid*

Gemeenten zullen hun grond- en uitgiftebeleid in overeenstemming moeten brengen met het arrest van de Hoge Raad. Jarenlang is, indachtig de verschillende Reiswijzers Gebiedsontwikkeling uit de afgelopen jaren, beleidsmatig aangenomen dat bij een een-op-een verkoop slechts staatssteun en een aanbestedingsplicht voorkomen hoefden te worden, het eerste door marktconform (verkoop tegen taxatie) te handelen en het laatste door geen bouwplicht op te leggen en/of geen publiekrecht overstijgende eisen te stellen aan het te realiseren bouwproject.

Die vlieger gaat niet meer op na het Didam-arrest. In een klein land als het onze ligt het namelijk vrij snel voor de hand dat aangenomen moet worden dat er meerdere potentiële koopgegadigden zullen zijn, zodat er in uitgangspunt mededingingsruimte via een selectieprocedure moet worden geboden. Het is dus de hoogste tijd voor gemeenten om hun grond- en verkoopbeleid op te frissen, want de Hoge Raad heeft niet voor niets gewezen op de beleidsruimte die gemeenten toekomt bij het doorlopen van een selectieprocedure.

Zo'n selectieprocedure kan ingericht worden als een openbare aanbesteding of tender, maar er lijkt meer mogelijk te zijn. Denk aan tijdig aangekondigde verkopen via loting, veiling, een puntensysteem of mogelijk zelfs op basis van volgorde van een verzoek tot aankoop (op basis van uitnodigingsplanologie of een *unsolicited proposal*).<sup>13</sup>

## De eindstreep is nog niet in zicht

Het laatste woord over de gevolgen van het Didam-arrest zal voorlopig nog niet geschreven zijn. Al was het maar omdat dit een baanbrekend arrest is (waar iedereen wat van lijkt te vinden, inclusief de auteur van dit artikel), de Didam-kwestie inmiddels voorligt bij het Hof Den Bosch voor verdere behandeling en er ongetwijfeld gemeenten zullen zijn die voor het hekje gesleept gaan worden met het argument dat hun net beklonken een-op-een verkoopafspraken niet door de beugel kan vanwege schending van het gelijkheidsbeginsel. De een-op-een koper zal zeer snel meegesleept worden in die gerechtelijke procedure.

Een gestage stroom aan artikelen, factsheets, geactualiseerde reiswijzers, webinars, studiedagen en gerechtelijke vervolguitspraken over het gelijkheidsbeginsel en mogelijk zelfs nieuwe wetgeving, zal de komende tijd uitgestrooid gaan worden over het werkveld. Is dat reden tot wanhoop en hoofdpijn over de voortgang van de bouwproductie? Wat mij betreft niet. Het is wel zaak om in ieder geval de ontwikkelingen in de jurisprudentie scherp te blijven volgen en om een grotere (pre)contractuele waakzaamheid aan de dag te leggen, met name bij het willen sluiten van een een-op-een verkoop. Dat laatste heeft de Hoge Raad niet verboden, maar wel vooral een stuk ongemakkelijker gemaakt. Dat is in beginsel te billijken vanwege het gelijkheidsbeginsel als zodanig, zoals de Hoge Raad dat nu – via een van dik hout zaagt men planken-arrest – heeft neergezet. Het voorkomt favoritisme en willekeur.

Het Didam-arrest wordt ongetwijfeld vervolgd. Ook in dit tijdschrift.

- 1 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.
- 2 Zie bijvoorbeeld HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582 (Zeeland/Hoondert) en HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (Amsterdam/Ikon).
- 3 Zie ook ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (Speelautomaten Vlaardingen).
- 4 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (Xafax), HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmiloe/Mediq Apotheken), HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826 (Uneto/De Vliert), HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (Kunst- en Antiekstudio Lelystad) en Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014 (De Hoven Dordrecht).
- 5 HR 3 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655 (Alkemade/Hornkamp).
- 6 Zie mijn eerdere artikel in *Grondzaken en Gebiedsontwikkeling*, 2021/27 (Staatssteun als (ont)regelaar van de praktijk van project- en gebiedsontwikkeling).
- 7 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.7 (Didam).
- 8 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210 (Bouwmarkten Epe).
- 9 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO).
- 10 Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:190 (KMS Beheer/Gemeente Noardeast-Fryslân). Zie ook HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2380 (RZG/Conformed).
- 11 Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1607 (Metroprop/Gemeente Heerlen).
- 12 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen, onder 10.
- 13 Zie A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.



### Over de auteur

Mr. M. Fokkema is advocaat project- en gebiedsontwikkeling bij Infense advocaten en redactielid van dit tijdschrift. Dit artikel is afgerond op 28 januari 2022.