

# Webinar 'Gelijke kansen bij grondverkoop'

De verdiepingsslag

27 januari 2022, 15:30 – 17:00 uur  
Tycho Lam & Matthijs Mutsaers

# Hekkel

**man** advocaten | notarissen

**DUIDELIJK  
HEKKELMAN.**

# Terugblik

## **Vraag 1: zijn vóór 26 november gesloten overeenkomsten geldig?**

Verdedigbaar dat deze overeenkomsten in ieder geval niet nietig zijn en hooguit vernietigbaar. Redenen:

- Parlementaire geschiedenis bij art. 3:40 BW biedt de rechter ruimte om lid 2 en 3 toe te passen
- Rechtspraak HR (bijv. *Esmilo/Mediq*) biedt ruimte voor een minder strakke benadering bij de vraag of een overeenkomst in strijd met een wettelijk verbod leidt tot strijd met de openbare orde (hier naar analogie toepassen)
- Parallel met aanbestedingsrecht
- Vertrouwensbeginsel en redelijkheid en billijkheid
- Gevolgen voor de rechtspraktijk en rechtszekerheid in het rechtsverkeer

# Terugblik

## **Vraag 2: mogen onderhandelingen die vóór 26 november zijn gestart afgerond worden?**

- Bij totstandkomingsvertrouwen is er wellicht ruimte voor nakoming
- Risicoafweging. Wat is het risicoprofiel? Zitten er derden op het vinkentouw?
- Belangenafweging?
- Regeling gevolgen nietigheidsactie. Beëindiging, vrijwaring en/of uitsluiting aansprakelijkheid

# Terugblik

## **Vraag 3: en wat als er na 26 november in strijd met het arrest wordt gehandeld?**

- Nieuwe gevallen: toepassing geven aan Didam-arrest
- Passende mate van openbaarheid bieden met betrekking tot: beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema, de toe te passen selectiecriteria
- Tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op 'zodanige wijze' dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen
- Geen mededingingsruimte d.m.v. selectieprocedure als er maar één serieuze gegadigde is (vaststellen o.b.v. objectieve, toetsbare en redelijke criteria)
- Stel beleidsregels vast waarin wordt aangegeven op welke manier de koper van de onroerende zaak wordt geselecteerd

# Verschenen publicaties

- Factsheet 'Uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen' van het Ministerie van BZK
- Beantwoording Kamervragen lid Geurts (CDA) over de gevolgen van de Hoge Raad uitspraak "overheid moet gelijke kansen bieden bij uitgifte grond"
  - In overleg met VNG en Neprom over aanpassen van de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling
- Beantwoording Kamervragen lid Pouw-Verweij (JA21) n.a.v. het bericht 'Uitspraak in supermarktoorlog Didam bedreigt Nederlandse woningbouw'
- Annotatie F.J. van Ommeren in *AB* 2022/11
- Annotatie E.W.J. de Groot, S. Elbertsen & W.I. de Vries in *BR* 2022/7
- Annotatie L.C.A. Verstappen in *WPNR* 2022/7355

# Behandeling ingezonden casus en vragen

# Casus 1

## **Feiten:**

- Op website gemeente staan 2 bedrijfskavels vermeld bij het aanbod
- Gemeente voert onderhandelingen over verkoop kavels
- Koopovereenkomsten getekend: 1 vóór 26/11/'21 en 1 ná 26/11/'21
- Kavels nog niet gepasseerd bij notaris

# Casus 1

## Vragen:

- **(i)** Wat zijn de consequenties van het Didam-arrest voor deze overeenkomsten?
- **(ii)** Wat is de aan te raden handelwijze?



# Uitwerking vragen casus 1

**Uitwerking vraag (i):** consequenties Didam-arrest voor deze overeenkomsten?

- M.b.t. de ovk. die vóór 26/11/'21 is gesloten: verdedigbaar dat deze in ieder geval niet nietig is en hooguit vernietigbaar.
- Zie ook het antwoord op vraag 12 in de 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen': "*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.*"

# Uitwerking vragen casus 1

## **Uitwerking vraag (i):**

- M.b.t. de ovk. die ná 26/11/'21 is gesloten: indien op 26/11/'21 sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen op totstandkoming ovk. en tekenen slechts nog formaliteit was, dan ruimte voor nakoming
- Belangen- en risicoafweging: wat is het risicoprofiel? Zitten er derden op het vinkentouw? Redelijkerwijs sprake van enige serieuze gegadigde? I.g.v. nietigheid is sprake van titelgebrek, zodat ook de levering kan/moet worden teruggedraaid; enkel derden te goeder trouw worden beschermd
- Advies: kavels z.s.m. laten passeren?
- Regeling gevolgen nietigheids-/vernietigingsactie (beëindiging, vrijwaring en/of uitsluiting aansprakelijkheid)

# Casus 2

## **Feiten:**

- Gemeente wil kavels op een nieuw bedrijventerrein uitgeven
- In 2018 wordt al concrete interesse getoond door ondernemers
- Verkoop is echter stil komen te liggen
- Gemeente wenst verkoop nu weer op te starten
- N.a.v. Didam-arrest worden selectiecriteria opgesteld
- Moeten nog worden vastgesteld door het college en openbaar worden gepubliceerd

## Casus 2

### Vragen:

- **(i)** Wat houdt *tijdig* publiceren in? Twee weken of langer?
- **(ii)** Is alle eerder getoonde interesse *nietig*, nu de gemeente gaat werken met selectiecriteria?
- **(iii)** Loopt de gemeente risico als ze niet opnieuw begint met een interessepeiling o.b.v. de nieuwe selectiecriteria?

## Uitwerking vragen casus 2

**Uitwerking vraag (i):** wat houdt *tijdig* publiceren in? Twee weken of langer?

- HR: *“Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.”*
- Deze aspecten = beschikbaarheid onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria (die objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn)
- Kortom: de selectiecriteria kunnen (moeten) i.i.g. in de openbare bekendmaking van de selectieprocedure worden opgenomen

## Uitwerking vragen casus 2

**Uitwerking vraag (i):** wat houdt *tijdig* publiceren in? Twee weken of langer?

- Wat is tijdig? Géén wettelijke termijnen!
- Termijnen moeten redelijk (proportioneel) zijn, evt. aansluiten bij termijnen AW2012
- 14 dagen lijkt, mede gelet op de voorgeschiedenis, (te) kort
- Vgl. Vزر. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:190, r.o. 4.6 (verkoop gemeentehuis Kollum)

## Uitwerking vragen casus 2

**Uitwerking vraag (ii):** is alle eerder getoonde interesse *nietig*, nu de gemeente gaat werken met selectiecriteria?

- Eerder getoonde interesse is niet “nietig”
- Geeft aan dat er redelijkerwijs meerdere gegadigden te verwachten zijn
- Daarom selectieprocedure houden conform Didam-arrest

## Uitwerking vragen casus 2

**Uitwerking vraag (iii):** loopt de gemeente risico als ze niet opnieuw begint met een interessepeiling o.b.v. de nieuwe selectiecriteria?

- Naar ons oordeel is de gemeente o.g.v. het Didam-arrest niet verplicht om een (nieuwe) interessepeiling te houden o.b.v. de nieuwe selectiecriteria
- Een soort marktconsultatie/interessepeiling voorafgaande aan de aankondiging van de eventuele selectieprocedure is wél aan te raden
- Immers, op basis daarvan kan worden ingeschat of er redelijkerwijs meer dan één serieuze gegadigde te verwachten is
- Let wel: voorafgaand aan de daadwerkelijke selectieprocedure moet een passende mate van openbaarheid worden geboden met betrekking tot beschikbaarheid van onroerende zaak, selectieprocedure, tijdschema en toe te passen selectiecriteria
- Zie verder de uitwerking van vraag (i)



# Casus 3

## **Feiten:**

- Gemeente stelt visie op voor hele dorpscentrum
- Gemeente is eigenaar oude sporthal
- Dit is een ontwikkellocatie
- Uit het participatieve visietraject volgt keuze: supermarkt of woningbouw i.c.m. zorg en dagbesteding op deze locatie
- Voor beide scenario's hebben zich al meerdere partijen gemeld met interesse
- Nadat keuze is gemaakt voor scenario, wil de gemeente de locatie gaan verkopen aan een partij die de locatie conform de visie wil ontwikkelen

# Casus 3

## Vragen:

- **(i)** Wanneer moet gemeente voldoende openheid bieden rondom de verkoop van de locatie? Is dat al in het visietraject, dus voordat een voorkeursscenario is gekozen, óf is het vroeg genoeg als het voorkeursscenario is gekozen?
- **(ii)** Kan 'uitvoering geven aan de visie' een selectie criterium zijn bij de verkoop? M.a.w.: dat een gegadigde alleen in aanmerking komt als hij de locatie ontwikkelt in lijn met het voorkeursscenario?

## Uitwerking vragen casus 3

**Uitwerking vraag (i):** wanneer moet gemeente voldoende openheid bieden rondom de verkoop van de locatie?

- De mededingingsmogelijkheid moet worden geboden m.b.t. de voorgenomen verkoop (vgl. r.o. 3.1.4 in het Didam-arrest)
- Mededingingsmogelijkheid kan worden geboden zowel vóór als nadat het voorkeursscenario is gekozen

## Uitwerking vragen casus 3

**Uitwerking vraag (ii):** kan 'uitvoering geven aan de visie' een selectiecriteria zijn bij de verkoop?

- Ja, de visie kan een selectie- althans gunningscriterium of voorwaarde zijn als de mededingingsruimte wordt geboden voordat het voorkeursscenario is gekozen. Als het voorkeursscenario al is gekozen, ligt dat minder voor de hand
- Drie voorwaarden: criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn
- Voor selectiecriteria kan worden gedacht aan geschiktheidseisen (bijv. financiële en economische draagkracht, technische- en beroepsbekwaamheid etc.), maar ook aan kwalitatieve criteria (bijv. plankwaliteit, kwaliteit van openbare ruimte)
- Ook aansluiting bij AW2012 mogelijk
- Let wel, het gesuggereerde selectiecriteria levert mogelijk een aanbestedingsplichtige opdracht op (bezwarende titel plus eisencriterium)!

## Casus 3 (vervolg)

### **Feiten:**

- Uit detailhandel structuurvisie van de gemeente blijkt dat er ruimte is voor 2 grote supermarkten in het dorp
- Er zitten nu 1 grote (Plus) en 1 kleine supermarkt (Aldi)
- Het ligt voor de hand dat de kleine Aldi wordt verplaatst naar de sporthallocatie en daar met voldoende omvang nieuw bouwt
- De oude Aldi-locatie komt dan te vervallen en wordt bijv. nieuwbouw
- Nu meldt zich een derde supermarkt met interesse voor nieuwbouw op de sporthallocatie

## Casus 3 (vervolg)

### **Vervolg vraag:**

- Stel dat de derde supermarkt de selectieprocedure wint. Dan wordt het vermoedelijk lastig om het bestemmingsplan te wijzigen. De kleine Aldi zal zich waarschijnlijk verzetten tegen de komst van een derde supermarkt.
- Kan dit nog enige rol hebben in de selectiecriteria bij de verkoop?

# Uitwerking vervolgvraag casus 3

## **Uitwerking vervolgvraag:**

- Gemeente heeft beleidsruimte bij het opstellen van criteria aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd
- Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn
- Detailhandelsbeleid kan een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zijn
- Gemeente heeft dus de ruimte om, op basis van het detailhandelsbeleid, de overeenkomst te sluiten met één van de bestaande supermarkten

# Casus 4

## **Feiten:**

- De gemeente wil samen met private partijen (ontwikkelaars) een gebiedsontwikkeling oppakken
- Niet alleen de gemeente brengt gronden in, maar ook de private partijen



# Casus 4

## Vragen:

- **(i)** Levert het Didam-arrest al problemen op bij het aangaan van deze samenwerking?
- **(ii)** Welke effecten heeft het Didam-arrest op de verdeling van de woningbouwproductie vanuit deze samenwerking?

# Uitwerking vragen casus 4

**Uitwerking vraag (i):** levert het Didam-arrest al problemen op bij het aangaan van deze samenwerking?

- Allereerst toetsen of de beoogde samenwerking t.z.v. deze gebiedsontwikkeling gepaard gaat met één of meer aanbestedingsplichtige opdrachten
- Zo ja, dan moet(en) de samenwerking(spartners) worden aanbesteed
- Zo nee, dan toetsen aan Didam-arrest

## Uitwerking vragen casus 4

**Uitwerking vraag (i)**: levert het Didam-arrest al problemen op bij het aangaan van deze samenwerking?

- I.c. heeft niet alleen de gemeente een grondpositie, maar hebben diverse ontwikkelaars ook een grondpositie
- Dat laatste kan een objectief criterium/argument te zijn voor de stelling dat er slechts enkele serieuze gegadigden zijn
- Integraliteit ontwikkeling ook een objectief criterium, bijv. als de gronden van de ontwikkelaars nodig zijn voor ontsluiting of waterafvoer
- Bouwclaim-model blijft mogelijk: ontwikkelaar verkoopt grond aan gemeente, gemeente maakt bestemmingsplan en geeft bouwrijpe gronden terug aan ontwikkelaar
- Argumenten onteigeningsrecht: als ontwikkelaars in staat en bereid zijn om te ontwikkelen conform visie gemeente, dan levert dat een objectief criterium/argument op
- Hoe dan ook voornemen bekend maken i.g.v. slechts één of meer serieuze gegadigden!

## Uitwerking vragen casus 4

**Uitwerking vraag (ii):** welke effecten heeft het Didam-arrest op de verdeling van de woningbouwproductie vanuit deze samenwerking?

- Bij selectiecriteria kunnen eisen worden gesteld aan bijv. woningbouwcategorieën

# Casus 5

## **Feiten:**

- De gemeente is eigenaar van een gebouw waarin de bibliotheek is gevestigd
- De gemeente heeft met betrekking tot deze bibliotheek een huur- en beheer-/exploitatieovereenkomst gesloten met een stichting die vooral met vrijwilligers werkt
- De stichting betaalt dus huur aan de gemeente en de gemeente betaalt een bijdrage in de beheer- en exploitatiekosten aan de stichting
- Deze overeenkomsten lopen op 31 december a.s. af
- De overeenkomsten bevatten géén verlengingsopties meer
- De gemeente hecht aan voortzetting van de relatie met de stichting

# Casus 5

## Vragen:

- **(i)** Kan/mag de gemeente de overeenkomsten met de stichting één op één verlengen/vernieuwen?
- **(ii)** Stel dat de overeenkomsten toch nog een verlengingsoptie bevatten voor 5 jaar: kan/mag de gemeente gebruik maken van deze optie? Zo nee, welke risico's loopt de gemeente dan?

# Uitwerking vragen casus 5

**Uitwerking vraag (i):** kan/mag de gemeente de overeenkomsten met de stichting één op één verlengen/vernieuwen?

- Check of sprake is van een *overheidsopdracht* dan wel *concessieopdracht voor diensten* in de zin van art. 1.1 AW2012
  - Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen aanbestedende dienst en dienstverlener gericht op (laten) uitvoeren van diensten; bij concessieopdracht bestaat de tegenprestatie van de AD uit recht de dienst te exploiteren al dan niet i.c.m. een betaling
- Check de waarde van de overheids-/concessieopdracht
- I.g.v. waarde  $\geq$  drempel, dan Europees aanbesteden
  - Drempel voor "gewone" diensten: € 215 k. ex BTW
  - Drempel voor SAS-diensten (beheer bibliotheek): € 750 k. ex BTW
  - Drempel voor dienstenconcessies: € 5.382.000,- ex BTW
- I.g.v. waarde  $<$  drempel, dan eerst duidelijk grensoverschrijdend belang checken:
  - Zo ja, dan passende mate van openbaarheid
- Indien géén d.g.o.b., dan a.d.h.v. Gids P en inkoop- en aanbestedingsbeleid procedure bepalen (in principe nationaal/lokaal aanbesteden)
- **NB!** Gekke situatie: dienstenconcessie met waarde  $<$  € 1,5 mio. mag o.g.v. Gids P meervoudig onderhands worden aanbesteed, terwijl m.v.o. niet kan/mag o.g.v. Didam bij (ongereguleerde) koop/verkoop!

# Uitwerking vragen casus 5

## **Uitwerking vraag (i):**

- Indien géén aanbestedingsplichtige opdracht, dan toetsen aan Didam-arrest
- Arrest ziet waarschijnlijk ook op andere onroerend goed-transacties dan koop/verkoop
- Arrest gaat volgens ons niet zo ver dat je als overheid verplicht bent om een ovk. die eerder i.s.m. het arrest tot stand is gekomen actief te beëindigen en niet stilzwijgend zou mogen laten doorlopen/verlengen
- Kleeft echter een risico aan
- Risicobeperkende maatregelen treffen, zoals: clausules opnemen en evt. voornemen openbaar bekend maken
  - i.g.v. reactie(s): toetsen o.b.v. objectieve criteria of die gegadigde(n) serieus zijn. Zo ja, dan alsnog selectieprocedure. Zo nee, dan gegadigde(n) rechtsbeschermingsmogelijkheid bieden
  - Indien géén reactie, dan voornemen effectueren



# Uitwerking vragen casus 5

**Uitwerking vraag (ii):** stel dat de overeenkomsten tóch een verlengingsoptie bevatten voor 5 jaar: kan/mag de gemeente gebruik maken van deze optie? Zo nee, welke risico's loopt de gemeente dan?

- Check eerst of de huidige overeenkomsten het resultaat zijn van een voorafgaande correct toegepaste aanbestedingsprocedure
- Zo ja, dan kan/mag de gemeente de overeenkomsten voor 5 jaar verlengen, mits géén wezenlijke wijziging van de overeenkomsten
- Zo nee, dan belangen- en risicoafweging en evt. clausules: Didam-arrest gaat volgens ons niet zo ver dat overheid actief lopende ovk. moet beëindigen die eerder i.s.m. dat arrest tot stand zijn gekomen. Dus: nakoming verdedigbaar
- Als gemeente verlengt terwijl dat niet mag, dan hoofdzakelijk de volgende risico's:
  - Handelen i.s.m. Europese aanbestedingsplicht: overeenkomsten zijn gedurende max. 6 maanden vernietigbaar (art. 4.15 lid 2 AW2012)
  - Uiterste consequentie handelen i.s.m. Didam-arrest: overeenkomsten nietig of vernietigbaar o.g.v. art. 3:40 BW
    - **NB!** Antwoord op vraag 12 in de 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen': "*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.*" Dit gaat dus over reeds verkochte of geleverde onroerende zaken in een tijd waarin het Didam-arrest nog niet was geweest, terwijl in casus 5 i.s.m. het Didam-arrest wordt gehandeld

# Casus 6

## **Feiten:**

- Gemeente X is eigenaar van een schoollocatie
- De gemeente wil deze schoollocatie ruilen met een projectontwikkelaar voor een locatie waar de gemeente vervolgens parkeerplaatsen wil realiseren
- Er wordt deels in natura (de ruil) betaald en deels in geld

# Casus 6

## Vragen:

- **(i)** Is het Didam-arrest van toepassing op kavelruil?
- **(ii)** Moet de gemeente openbaar maken dat zij openstaat voor ruil en aangeven waaraan de te ruilen kavel moet voldoen?

# Uitwerking vragen casus 6

**Uitwerking vraag (i):** is het Didam-arrest van toepassing op kavelruil?

- HR in Didam-arrest: het overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende zaak te verkopen, moet ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak
- Bij vrijwillige kavelruil is er vermogensrechtelijk bezien sprake van een 'gewone' overdracht in de zin van art. 3:84 BW. De kavelruilovereenkomst vormt de titel van de overdracht en levering vindt plaats door inschrijving van de notariële leveringsakte in de openbare registers
- Didam-arrest is dus ook van toepassing op deze overeenkomst

## Uitwerking vragen casus 6

**Uitwerking vraag (ii):** moet de gemeente openbaar maken dat zij openstaat voor ruil en aangeven waaraan de te ruilen kavel moet voldoen?

- Mededingingsruimte hoeft niet door middel van een selectieprocedure te worden geboden als er maar één serieuze gegadigde is
- Objectieve, toetsbare en redelijke criteria
- Voornemen tot kavelruil wel tijdig voorafgaand aan de ruil op zodanige wijze bekendmaken dat een ieder daarvan kennis kan nemen
- Ook motiveren waarom er maar één serieuze gegadigde is

# Casus 7

## **Feiten:**

- Gemeente X wil grond een op een verkopen aan een woningbouwcorporatie binnen de gemeente voor de realisatie van sociale huurwoningen

# Casus 7

## Vragen:

- **(i)** Is het Didam-arrest ook van toepassing op de verkoop van gronden aan een woningbouwcorporatie? Of zit er een verschil tussen sociale en commerciële ontwikkelingen?
- **(ii)** Moet de gemeente derden (bijv. andere woningcorporaties of ontwikkelaars) een kans geven tot aankoop?

# Uitwerking vragen casus 7

**Uitwerking vraag (i):** is het Didam-arrest ook van toepassing op de verkoop van gronden aan een woningbouwcorporatie?

- HR in Didam-arrest: het overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende zaak te verkopen, moet mededingingsruimte bieden
- Didam-arrest dus ook van toepassing op verkoop van gronden aan woningcorporaties



## Uitwerking vragen casus 7

**Uitwerking vraag (ii):** moet de gemeente derden (bijv. andere woningcorporaties of ontwikkelaars) een kans geven tot aankoop?

- Eén serieuze gegadigde bepalen a.d.h.v. objectieve, toetsbare en redelijke criteria
- Gemeente is bevoegd om te bepalen dat op bepaalde gronden uitsluitend sociale huurwoningen mogen worden gebouwd
- Woningcorporatie kan, o.b.v. prestatieafspraken met de gemeente, aanspraak maken op verwezenlijking van een deel van de geplande sociale huurwoningen
- Wel denkbaar dat marktpartijen zich bij de gemeente melden die stellen bereid en in staat te zijn sociale huurwoningen te realiseren, met inachtneming van de verplichtingen. Dan mogelijk een ruimere kring van gegadigden
- Beleidsmatig beperken met doelgroepenverordening?

# Casus 8

## **Feiten:**

- Gemeente X is sinds het 3<sup>e</sup> kwartaal van 2021 in onderhandeling met een partij over bouwgrond voor een woningbouwplan
- Net vóór de uitspraak in het Didam-arrest is er op hoofdlijnen (ambtelijk) overeenstemming bereikt
- In de weken daarna zijn er zaken nader uitgewerkt. Er is een concept-koopovereenkomst voorbereid, maar er is nog niet getekend
- Voortgang van het project is gelet op volkshuisvestelijk belang zeer gewenst

# Casus 8

## Vragen:

- **(i)** Mag de koopovereenkomst worden gesloten op grond van het volkshuisvestelijk belang en vanwege het feit dat er een principeakkoord was?
- **(ii)** Zo ja, moet over de koopovereenkomst worden gepubliceerd?

## Uitwerking vragen casus 8

**Uitwerking vraag (i):** mag de koopovereenkomst worden gesloten op grond van het volkshuisvestelijk belang en vanwege het feit dat er een principeakkoord was?

- Bij lopende onderhandelingen geldt in beginsel de verplichting om toepassing te geven aan het Didam-arrest
- Bij totstandkomingsvertrouwen is er wellicht ruimte voor nakoming
- Risicoafweging en belangenafweging: zijn er geïnteresseerde derden?
- Uitzondering: eventueel sprake van één serieuze gegadigde?

# Uitwerking vragen casus 8

**Uitwerking vraag (ii):** zo ja, moet over de koopovereenkomst worden gepubliceerd?

- Ook als er redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde is → voornemen tot onderhandse verkoop moet worden gepubliceerd
- Bij bekendmaking motiveren waarom op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria mag worden aangenomen dat er maar één serieuze gegadigde is
- Indien geen sprake van één serieuze gegadigde: tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen over beschikbaarheid van onroerende zaak, selectieprocedure, tijdschema en toe te passen selectiecriteria

# Casus 9

## **Feiten:**

- Binnen een project verkoopt de gemeente ruim 20 vrije kavels
- Afgesproken is een lijst vast te stellen en o.b.v. binnenkomst partijen de gelegenheid te geven om een optie te nemen op een kavel
- De uitnodiging is algemeen verspreid, maar het college heeft uitgesproken dat partijen die min of meer toevallig al op de lijst stonden, omdat zij proactief hebben geïnformeerd naar de mogelijkheid om te kopen, hun "inschrijftijd" behouden
- Deze procedure is dus niet super transparant, de spelregels zijn pas halverwege het traject vastgesteld, met een voordeel voor de proactieve gegadigden
- Nu wil de gemeente op basis van een belangenafweging verder met dit project

## Casus 9

### Vragen:

- **(i)** Heeft het zin om de deelnemers alsnog akkoord te laten gaan met deze (mogelijk gebrekkige) procedure door middel van een rechtsverwerkingsclausule? Het recht van een derde om een rechtszaak te beginnen, wordt dan niet verwerkt.
- **(ii)** Is het houdbaar om ook die derde te binden aan de rechtsverwerking door middel van een publicatie, met een termijn om hiertegen te ageren? Voorbeeld:
- *“Indien u het niet mee eens bent met de wijze waarop de gemeente de uitgiftecriteria heeft vastgesteld in relatie tot het arrest van de Hoge Raad, moet u de gemeente hiervan onverwijld in kennis stellen en binnen 10 werkdagen na verzending van deze e-mail een kort geding aanhangig maken bij de bevoegde rechter. Indien u geen bezwaar maakt en/of geen kort geding aanhangig maakt, dan kunt u zich daar na de start van de eerste uitgifte gesprekken niet op beroepen. De gesprekken worden na de genoemde termijn van 10 werkdagen gestart.”*

## Uitwerking vragen casus 9

**Uitwerking vraag (i):** heeft het zin om de deelnemers alsnog akkoord te laten gaan met deze (mogelijk gebrekkige) procedure door middel van een rechtsverwerkingsclausule?

- Nee, dat biedt onvoldoende rechtszekerheid
- Uit Didam-arrest volgt dat een meervoudig onderhandse selectieprocedure niet kan/mag, terwijl het in deze casus wél om een soort meervoudig onderhandse procedure gaat
- Bovendien werkt de rechtsverwerkingsclausule enkel tussen de daarbij betrokken partijen, derden zijn daaraan niet gebonden
- Zie tot slot bovendien art. 6:236 sub g BW: *"Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding (...); g. dat een wettelijke verjarings- of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort;"*



## Uitwerking vragen casus 9

**Uitwerking vraag (ii):** is het houdbaar om ook die derde te binden aan de rechtsverwerking door middel van een publicatie, met een termijn om hiertegen te ageren? Voorbeeld:

- *“Indien u het niet mee eens bent met de wijze waarop de gemeente de uitgiftecriteria heeft vastgesteld in relatie tot het arrest van de Hoge Raad, moet u de gemeente hiervan onverwijld in kennis stellen en binnen 10 werkdagen na verzending van deze e-mail een kort geding aanhangig maken bij de bevoegde rechter. Indien u geen bezwaar maakt en/of geen kort geding aanhangig maakt, dan kunt u zich daar na de start van de eerste uitgifte gesprekken niet op beroepen. De gesprekken worden na de genoemde termijn van 10 werkdagen gestart.”*
- Verdedigbaar dat deze rechtsverwerkingsclausule kan/mag, als deze is opgenomen in de publicatie van een (openbare) selectieprocedure zoals bedoeld in het Didam-arrest

## Tot slot enkele dilemma's

- Ik ben geen civilist en heb een warm gevoel bij de Afdeling, die gemeenten ruimte geeft om gedegen keuzes te maken. Naar mijn idee is de HR veel rechtlijniger. Partijen staan gelijkwaardig tegenover elkaar en recht is recht. In de kern merk ik dat bij het maken van een advies voor het college de politiek-bestuurlijke belangen meeweeg. In hoeverre houdt de civiele rechter rekening met deze bestuurlijke benadering?
- De HR biedt wel ruimte voor beleid. Hoe denken jullie en de anderen over deze toevoeging?
- Als ik denk aan een voorbeeld van publiek beleid dat getoetst wordt door de civiele rechter dan kun je kijken bij het aanbestedingsrecht, waar de gemeente binnen de AW2012 en de Gids P behoorlijk wat beoordelingsvrijheid krijgt. Bij schaarse vergunningen is dat ook het geval en in beide gevallen toetst de rechter ten eerste marginaal of de gemeente haar eigen procedures goed heeft doorlopen en haar eigen beleid heeft toegepast.

## Tot slot enkele dilemma's

- Heeft de gemeente vergelijkbare vrijheid om beleidsregels te schrijven? En ziet dat dan enkel op proces (hoe een verkoop in te richten) of ook op de inhoud (de gemeente besluit dat het arrest niet geldt voor de exploitatie van een MFA)?
- In het eerdere webinar is aangegeven dat onderhandelingen die zijn afgerond (d.w.z.: gemeente neemt een besluit over een voorgestelde transactie) vóór 26/11 doorgang kunnen vinden, omdat partijen geenszins hadden kunnen vermoeden dat dit niet was toegestaan. Dit is een redenatie die uitlegbaar is tussen partijen. Maar de belangen van benadeelde derden zijn daarin niet meegenomen. Dit lijkt mij de vergelijkbare casuspositie als in Didam
- Ten aanzien van de risico's: wat kost het om in kort geding te verzoeken om een gemeente aan te spreken?



**Advocatuur Nijmegen**

Prins Bernhardstraat 1  
6521 AA Nijmegen  
advocatuur@hekkelman.nl  
024 - 382 83 84

**Notariaat Nijmegen**

Oranjesingel 41  
6511 NN Nijmegen  
notariaat-nijmegen@hekkelman.nl  
024 - 382 84 86

**Notariaat Arnhem**

Sickeszplein 1  
6821 HV Arnhem  
notariaat-arnhem@hekkelman.nl  
026 - 377 71 11

**DUIDELIJK  
HEKKELMAN.**