

# **Gevolgen van het Didam-arrest voor de verkoop van onroerende zaken door overheden**

12-01-2022 12:40

**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. Dat betekent dat overheden niet zonder meer vrij zijn om grond te verkopen aan een partij naar keuze. Overheden moeten gelijke kansen bieden bij uitgifte van grond.**

## **1. Waar ging de zaak over?**

De gemeente Montferland wilde een locatie in het centrum van Didam verkopen aan een projectontwikkelaar, die daar een Coop-supermarkt wilde vestigen. Bij de gemeente had zich ook een (vastgoed)onderneming als gegadigde gemeld, om daar een Albert Heijn-filiaal te exploiteren. De gemeente verkocht echter het stuk grond aan de projectontwikkelaar. Naar aanleiding daarvan spande de (vastgoed)onderneming een kort geding aan bij de rechtbank Gelderland. Daarin vorderde de (vastgoed)onderneming primair dat de Gemeente werd verboden de locatie te verkopen en te leveren, anders dan na het doorlopen van een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure.

In eerste aanleg en in hoger beroep werd de (vastgoed)onderneming in het ongelijk gesteld. De zaak kwam vervolgens bij de Hoge Raad. Ook A-G Langemeijer concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad gaat daarin echter niet mee.

De Hoge Raad meent dat op grond van artikel 3:14 BW een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Hiertoe behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel.

Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit volgens de Hoge Raad voort dat een overheidslichaam dat een onroerende zaak wil verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) kopers om mee te dingen. Dit geldt alleen indien er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam objectieve, toetsbare en redelijke criteria moeten formuleren, aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd.

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot (i) het voornemen tot verkoop 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.

De Hoge Raad formuleert hierbij ook een uitzondering. Van een selectieprocedure kan worden afgezien (en dus onderhands c.q. '1-op-1 gunnen'), 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 dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat eenieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

## **2. Op welke overheidsinstellingen is deze uitspraak van toepassing?**

Het arrest lijkt enkel van toepassing op overheidslichamen die gebonden zijn aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn de zogeheten a-organen (die onderdeel zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon) en de b-organen (die niet onderdeel zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon maar wél met overheidsgezag bekleed zijn). Immers de plicht om een selectieprocedure te organiseren, baseert de Hoge Raad op deze beginselen. Tot deze overheidslichamen behoren in elk geval gemeenten, provincies, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en de Staat. In toekomstige rechtspraak zal nog verder uitgemaakt moeten worden of ook de verschillende overheidsondernemingen en semi-overheden de uitspraak moeten naleven, vanwege hun nauwe banden met de overheid.

### **3. Hoe moet een selectieprocedure worden ingericht?**

De Hoge Raad omschrijft slechts op hoofdlijnen aan welke criteria de selectieprocedure moet voldoen. De Hoge Raad oordeelt dat het overheidslichaam, met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte, criteria moet opstellen, die objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Voorts moet het overheidslichaam als gezegd tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen over het voornemen tot verkoop van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. De bekendmaking hiervan dient op zodanige wijze te geschieden dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

De Hoge Raad geeft verder geen concrete handvatten. Verdere rechtspraak zal meer duidelijkheid moeten geven over de precieze invulling van de door de Hoge Raad bedoelde selectieprocedures. Daarbij geldt dat diverse overheden (zoals de Gemeente Amsterdam) op dit moment vaak al tenders organiseren voor de uitgifte van gronden voor commerciële vastgoedontwikkeling. Wij verwachten dat dergelijke procedures veelal zullen voldoen aan de door de Hoge Raad bedoelde voorwaarden, maar ook andere procedures zijn denkbaar. Hierbij kan inspiratie ontleend worden aan de procedures die bij de verdeling van schaarse publieke rechten gehanteerd worden (zoals veiling, vergelijkende toets ("beauty-contest") en rangschikking door bijvoorbeeld loting).

### **4. Wanneer kan worden afgezien van een selectieprocedure?**

De hierboven toegelichte selectieprocedure is niet vereist 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 zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop bekend te maken. Dit dient op zodanige wijze te gebeuren, dat eenieder daarvan kennis kan nemen. Hierbij dient het overheidslichaam te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

Ook hier geldt dat de Hoge Raad geen verdere concrete handvatten geeft en zal toekomstige rechtspraak verdere duidelijkheid moeten geven. Denkbaar zou bijvoorbeeld kunnen zijn de situatie waarbij een overheidslichaam wil contracteren met een marktpartij over een integrale gebiedsontwikkeling en die marktpartij reeds rechtmatig beschikt over een groot deel van de in betreffende plangebied gelegen gronden.

### **5. Hoe verhoudt de uitspraak zich tot aanbestedingsregels?**

De uitspraak staat los van aanbestedingsplichten die op overheden rusten op grond van de Aanbestedingswet 2012 en Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Overigens zijn zuivere gronduitgiftes niet aanbestedingsplichtig onder de Aanbestedingswet 2012. Op 25 maart 2010 [oordeelde](#) het Europees Hof van Justitie dat een overheidsopdracht aanbestedingsplichtig is indien de werken 'in het rechtstreekse economisch belang' van deze dienst worden uitgevoerd. Volgens het Europees Hof van Justitie is de aanbestedende dienst bij een 'zuivere' verkoop van onroerend goed, zonder opdracht om diensten/producten te leveren, niet aanbestedingsplichtig.

Het Didam-arrest creëert als het ware een 'aanvullende aanbestedingsplicht' (althans verplichte selectieprocedure) bij grondverkoop - voor bepaalde overheidslichamen.

Verder gelden er in het aanbestedingsrecht "drempelwaarden": indien de waarde van de opdracht voor werken, leveringen of diensten onder deze waarde blijft, hoeft de aanbestedende dienst in beginsel geen Europese aanbestedingsprocedure te doorlopen. Of er ook bepaalde drempelwaarden gelden voor de verplichte selectieprocedure uit het Didam-arrest, is vooralsnog onduidelijk. De Hoge Raad heeft daaraan niet gerefereerd.

## **6. Wat zijn de gevolgen van het Didam-arrest voor bestaande projecten?**

Een prangende vraag die de praktijk in zijn greep houdt is natuurlijk wat de consequenties zijn van dit arrest voor huidige projecten en reeds gesloten overeenkomsten. De Hoge Raad zegt hier niets over en heeft de zaak terugverwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Naar verwachting zal dit arrest van het hof meer duidelijkheid geven over de gevolgen van niet-naleving van de verplichting om gelijke kansen aan (potentiele) gegadigden te bieden. Hieronder enkele eerste gedachten.

In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van overeenkomsten die in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden gesloten. Op grond van artikel 3:14 jo. 3:40 BW kan een handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – onder omstandigheden – tot nietigheid van de rechtshandeling leiden. Uit een [arrest](#) van het Gerechtshof Den Haag volgt echter dat niet elk handelen door een overheidslichaam in strijd met bedoelde beginselen direct tot nietigheid leidt, maar dat daarvoor een gekwalificeerde schending nodig is. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als zonder objectieve en gerechtvaardigde gronden gelijke gevallen niet gelijk worden behandeld. Of sprake is van gelijke gevallen moet worden beoordeeld met inachtneming van [alle relevante omstandigheden](#), voor zover deze rechtens in aanmerking mogen worden genomen.

Het lijkt dus niet zo dat elke overeenkomst die in het verleden is gesloten in strijd met de verplichting om gelijke kansen aan (potentiele) gegadigden te bieden, nietig is. Uit de feiten en omstandigheden moet een gekwalificeerde schending van deze verplichting zijn af te leiden.

Naast eventuele nietigheid bij een gekwalificeerde schending, zou het overheidslichaam – onder omstandigheden – op grond van onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW, kunnen worden aangesproken. Als onrechtmatige daad kan bijvoorbeeld worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Indien sprake is van een onrechtmatige daad, zou degene die daardoor schade heeft geleden (zoals concurrenten die mee hadden kunnen dingen), mogelijk schadevergoeding kunnen vorderen.

Of en in hoeverre bovengenoemde remedies open staan zal in verdere rechtspraak duidelijk moeten worden. Op grond van rechtszekerheid lijkt het ons overigens lastig voor te stellen dat alle in het verleden gesloten verkopen nietig en/of onrechtmatig zouden zijn. Ten aanzien van overeenkomsten die in strijd met de aanbestedingsregels werden gesloten oordeelde de Hoge Raad al eerder dat zo'n schending geen nietigheid met zich brengt. Inmiddels regelen de Europese- en nationale aanbestedingsregels in welke gevallen

vernietigbaarheid aan de orde kan zijn. Mogelijk bieden die regels aanknopingspunten voor hoe om te gaan met gronduitgiftes waarvoor ten onrechte geen selectieprocedure werd georganiseerd, en waar geen gekwalificeerde schending aan de orde is.

## **7. Ziet het arrest ook op transacties als de uitgifte van erfpachten, het verlenen van opstalrechten en de verhuur door overheden?**

Het lijkt ons aannemelijk dat de uitspraak van de Hoge Raad niet alleen van toepassing is op de verkoop van onroerende zaken, maar ook op de uitgifte van erfpacht- en opstalrechten daarop alsook op de verhuur en verpachting ervan door overheden. De Hoge Raad ontleent zijn oordeel aan het gelijkheidsbeginsel en is mede geïnspireerd op de rechtspraak inzake schaarse publieke rechten. Dat ook bij de uitgifte van erfpacht- en opstalrechten overheden in de toekomst een selectieprocedure dienen te volgen, lijkt dan ook logisch.

## **8. Hoe moet het arrest in breder perspectief worden beschouwd?**

Het arrest van de Hoge Raad sluit aan bij de weg die de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al geruime tijd bewandelt bij de verdeling van schaarse publieke rechten (zoals kansspelvergunningen en omgevingsvergunning voor windturbines). Zo [overwoog](#) de Raad van State reeds in 2016 dat bij de verdeling van schaarse vergunningen, potentiële gegadigden gelijke kansen moeten krijgen om in een transparante procedure mee te dingen naar zo'n vergunning.

Waar het gaat om woningcorporaties wordt in Nederland veelal aangenomen dat Nederlandse woningcorporaties geen 'aanbestedende diensten' zijn in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Ook zijn woningbouwcorporaties in principe niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – zodat de regels uit het 'Didam-arrest' niet van toepassing zijn op woningbouwcorporaties. Echter, de Europese Commissie meent dat Nederlandse woningcorporaties wél aanbestedingsplichtig zijn. De Europese Commissie is om deze reden een inbreukprocedure gestart tegen de Nederlandse regering. De Europese rechter moet hierover een uitspraak doen (zie hierover ook onze blog ['Nederlandse woningcorporaties volgens Europese Commissie aanbestedingsplichtig'](#)).



Stibbe

**Erik Verweij**  
**Counsel Amsterdam**

# VASTGOED JOURNAAL

T. +31 20 546 01 50

[E-mail Erik over het artikel](#)

Erik Verweij