

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*”.

akd

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 bouwkveld 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](#).