

Inleiding

De gemeente geeft in voorkomend geval onroerend goed uit. Het gaat dan bijvoorbeeld om gronden, bouwkavels, panden, grond gelegen in de openbare ruimte of snippergroen. De gemeente geeft onroerend goed uit door dit bijvoorbeeld te verkopen, te verhuren of uit te geven in erfpacht. Wanneer het onroerend goed openbaar wordt uitgegeven maakt de gemeente de uitgifte bekend via haar gemeentelijke website. Er zijn echter ook situaties waarin de gemeente onroerend goed onderhands (1 op 1) doet uitgeven.

De handelswijze rondom het uitgeven van onroerend goed is na een arrest van de Hoge Raad op 26 november 2021¹, ook wel 'arrest Didam' genoemd, echter aangescherpt. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit 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.

Van zo'n selectieprocedure kan worden afgezien (en is een 1 op 1 verkoop dus mogelijk), 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 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.

Het is aannemelijk dat de uitspraak van de Hoge Raad niet alleen van toepassing is op de verkoop van onroerende zaken, maar ook op andere vormen van uitgifte van onroerend goed, zoals uitgifte in erfpacht, verhuringen en verpachting. Vooralsnog gaan we er dus van uit dat de uitspraak Didam van toepassing is op alle vormen van uitgifte van onroerende zaken. De precieze reikwijdte van het arrest zal zich nog moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie.

Naar aanleiding van arrest Didam is onderzocht hoe we voortaan omgaan met de uitgifte van gemeentelijk onroerend goed. Hierbij is een onderscheid gemaakt tussen een drietal categorieën, te weten

1. Overeenkomsten gesloten voor 26.11.2021;
2. Lopende onderhandelingen gestart voor 26.11.2021;
3. Uitgiften vanaf 26.11.21;

In onderstaand plan van aanpak is per categorie op hoofdlijnen weer gegeven hoe de gemeente met toepassing van arrest Didam handelt.

¹ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2021:1778>

Plan van Aanpak

1. Overeenkomsten gesloten voor 26.11.2021;

Gesloten overeenkomsten voor 26 november 2021 worden gerespecteerd; voor reeds gesloten contracten waarbij gehandeld is in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze tot 26-11-2021 werden toegepast bij gemeentelijke uitgiften (geen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten) wordt ervan uit gegaan dat het rechtszekerheidsbeginsel prevaleert.

2. Lopende onderhandelingen gestart voor 26.11.2021;

Bij thans lopende onderhandelingen die zijn gestart voor 26 november 2021 stellen we ons de vraag of we kunnen motiveren dat de partij waarmee we in gesprek c.q. in onderhandeling zijn redelijkerwijs als enige serieuze gegadigde is aan te merken op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria?

Is dat het geval; dan kan 1 op 1 uitgifte plaatsvinden, met dien verstande dat het voornemen tot de 1 op 1 uitgifte tijdig wordt gepubliceerd en bekendgemaakt.

Is dat niet het geval; dan vindt een openbare uitgifte plaats op basis van objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria, mits dit (op basis van een juridische toets) nog mogelijk is gezien de reeds gevoerde onderhandelingen.

3. Uitgiften vanaf 26.11.21;

Bij nieuwe uitgiften vanaf 26.11.21 stellen we ons de vraag of er meerdere gegadigden voor de uitgifte van de desbetreffende onroerende zaak zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn.

Is dat het geval; dan vindt een openbare uitgifte plaats tegen objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria.

Is dat niet het geval; met andere woorden er staat bij voorbaat vast of er mag redelijkerwijs worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt, dan kan 1 op 1 uitgifte plaatsvinden, met dien verstande dat het voornemen tot de 1 op 1 uitgifte tijdig wordt gepubliceerd.

Publicatie van openbare uitgiften

Wanneer vastgoed wordt uitgegeven via een openbare selectieprocedure wordt dit, net zoals voorheen, kenbaar gemaakt via de gemeentelijke website. De objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria zijn niet altijd voorzienbaar en vaak ook maatwerk. Deze zullen voorafgaand aan de selectieprocedure bekend worden gemaakt.

Publicatie van voorgenomen 1 op 1 uitgiften

Publicatie en bekendmaking van voorgenomen onderhandse (1 op 1) uitgiften vindt plaats op de gemeentelijke website. Daarbij wordt dan gemotiveerd aangegeven waarom er slechts met één partij wordt onderhandeld c.q. waarom deze partij naar de mening van de gemeente als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de uitgifte.

Bij de bekendmaking wordt een reactietermijn van twintig dagen opengesteld waarbinnen eventuele derdepartijen die van mening zijn dat ook zij als gegadigden in aanmerking dienen te komen, zich kunnen melden. De termijn van 20 dagen is vergelijkbaar met de "Alcatel-termijn" in het aanbestedingsrecht de periode die

tussen de voorlopige gunning en de definitieve gunning in acht genomen moet worden.

Hoe handelen we na de publicatie van voorgenomen 1 op 1 uitgiften

Indien zich geen andere gegadigden melden naar aanleiding van de kennisgeving kan de overeenkomst in beginsel worden gesloten.

Mochten zich wél een of meerdere andere gegadigde(n) melden naar aanleiding van de kennisgeving, zal in de eerste plaats worden beoordeeld of het inderdaad gaat om serieuze gegadigden c.q. of het een gerechtvaardigd beroep op het gelijkheidsbeginsel betreft. Hiertoe zal moeten worden getoetst of de andere gegadigden voldoen aan de in de kennisgeving gestelde criteria op basis waarvan werd aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam. Indien blijkt dat aan die criteria is voldaan, ligt het in de rede alsnog een selectieprocedure te starten. Indien daarentegen wordt geconcludeerd dat de andere gegadigden niet aan de criteria voldoen, worden deze partijen hiervan in kennis gesteld, waarbij tevens een termijn kan worden gesteld waarbinnen de kwestie aan de rechter kan worden voorgelegd voordat de koopovereenkomst gesloten wordt. Deze termijn zal voldoende lang zijn voor de afgewezen gegadigden om zich te kunnen beraden over de motivering van de afwijzing.

Positie WOM Belvédère BV in relatie tot arrest Didam

WOM Belvédère BV (WOM) is als private rechtspersoon partij bij uitgiftecontracten binnen de Belvédère. De WOM heeft echter nauwe banden met de gemeente op het gebied van financiën, beheer en toezicht waardoor de WOM ook aanbestedingsplichtig is. Daarnaast is gemeentelijk beleid op het gebied van grond- of vastgoeduitgifte zoals bijvoorbeeld het grondprijzenbeleid en de Algemene verkoopvoorwaarden ook van toepassing op de WOM. Uit de Hoge Raad arresten RZG/Comformed (2003) en KLM (2013) volgt grosso modo voor private rechtspersonen dat zij contractvrijheid hebben maar wegens bijzondere omstandigheden via de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) in de precontractuele fase aan de beginselen van gelijkheid en transparantie gebonden kunnen zijn. Het is te verwachten dat WOM via de redelijkheid en billijkheid ook gebonden is aan de beginselen van gelijkheid en transparantie uit het arrest Didam.

Slot

De precieze reikwijdte en uitwerking van het arrest Didam zal zich nog moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie. Waar nodig zal de werkwijze rondom de uitgifte van onroerend goed alsdan worden aangepast.