



ADVIES AG AAN HOGE RAAD (ÉN WETGEVER): VERDUIDELIJK DIDAM-ARREST!



DE ZAAK

Het veelbesproken Didam-arrest gaat over de onderhandse verkoop van een gemeentehuislocatie door de gemeente Montferland aan een projectontwikkelaar. Een andere gegadigde vindt dat hij een eerlijke kans had moeten krijgen om mee te dingen naar deze gemeentehuislocatie. In het **Didam-arrest** formuleerde de Hoge Raad het uitgangspunt dat een overheidslichaam mededingingsruimte moet bieden bij de verdeling van schaarse rechten, tenzij het overheidslichaam op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria mag aannemen dat er slechts één serieuze gegadigde is. De zaak werd terugverwezen naar het **gerechtshof Arnhem-Leeuwarden**, dat vervolgens oordeelde dat de gemeente Montferland ten onrechte geen mededingingsruimte heeft geboden bij de verkoop van de gemeentehuislocatie. De zaak komt nu weer terug bij de Hoge Raad en Advocaat-Generaal Snijders ("AG") heeft recentelijk zijn **advies aan de Hoge Raad** gepubliceerd. Hieronder bespreken wij twee interessante overwegingen uit deze conclusie van de AG.

NB: Een advocaat-generaal (AG) bij de Hoge Raad neemt zogeheten 'conclusies'; dat zijn rechtsgeleerde adviezen aan de Hoge Raad over een zaak waar de Hoge Raad over moet oordelen. De Hoge Raad is niet gebonden aan een conclusie van een AG.

Allereerst bevat het advies van de AG een grondige analyse van het gelijkheidsbeginsel, waar de Didam-regels uit voortvloeien. Het gelijkheidsbeginsel eist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. De vraag of sprake is van gelijke gevallen, en of daarom sprake is van een ongelijke behandeling, is in de praktijk vaak lastig te beantwoorden. Gevallen zijn bijna nooit geheel gelijk. Of sprake is van (relevant) gelijke gevallen, is onder meer een kwestie van het gekozen gezichtspunt. En het gekozen gezichtspunt bepaalt ook mede of sprake is van een verschil in behandeling.

Zo zijn er in de Didam-zaak meerdere partijen die interesse hebben in de gemeentehuislocatie. Vanuit het gezichtspunt van 'interesse' ("Is een partij geïnteresseerd om het onroerend goed te kopen?") gaat het hier om gelijke gevallen. Maar er zijn ook belangrijke verschillen tussen deze partijen. Zo is er maar één partij die een bestaande grondpositie heeft in het plangebied en die tevens ingeschakeld is om (het betreffende deel van) het centrum van Didam te vernieuwen. Vanuit dit

gezichtspunt zijn het dus géén gelijke gevallen en zou er dus onderscheid gemaakt mogen worden.

In het **Didam-arrest** bepaalde de Hoge Raad dat een overheidslichaam voorafgaand aan de (onderhandse) verkoop van schaars onroerend goed zijn voornemen daartoe dient te publiceren en te motiveren. Wanneer een overheidslichaam een redelijke en objectieve rechtvaardiging heeft om onderscheid te maken tussen ongelijke gevallen om daarmee een bepaald (legitiem) doel te bereiken, is echter geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel, aldus de AG. Dat heeft een belangrijke consequentie. De genoemde publicatieplicht op grond van het Didam-arrest vloeit voort uit het transparantiebeginsel, dat op zijn beurt voortvloeit uit de verplichting tot het bieden van gelijke kansen. Als laatstgenoemde verplichting niet bestaat (omdat het niet gaat om gelijke gevallen), vervalt ook de transparantieplichting. Gelet op de daaraan verbonden tijd en kosten, behoort deze transparantieplichting dan ook niet te worden gesteld, aldus de AG. De publicatieplicht vervalt in dergelijke gevallen.

Toegesplitst op de Didam-casus: als de gemeente Montferland een redelijke en objectieve rechtvaardiging heeft om onderscheid te maken tussen ongelijke gevallen om daarmee een bepaald (legitiem) doel te bereiken en – op basis daarvan – tot de conclusie komt dat de gemeentehuislocatie (onderhands) aan één partij kan worden verkocht, dan hoeft de gemeente Montferland haar voornemen tot verkoop aan deze partij dus ook niet te publiceren. Dat zou een belangrijke wijziging zijn ten opzichte van het Didam-arrest.

Een tweede interessante overweging van de AG gaat over de gevolgen van het schenden van de Didam-regels. In de (lagere) rechtspraak is geoordeeld dat een in strijd met 'Didam' gesloten overeenkomst nietig of vernietigbaar zou zijn. De AG merkt terecht op dat het aannemen van nietigheid of vernietigbaarheid zich niet goed zou verdragen met het aanbestedingsrecht. Het ligt niet voor de hand dat als in het aanbestedingsrecht geen nietigheid of vernietigbaarheid kan worden aangenomen – buiten het nauw omschreven geval van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 – die nietigheid of vernietigbaarheid wel het rechtsgevolg zou zijn in geval van schending van de Didam-regels. De AG vraagt de Hoge Raad hier duidelijkheid over te verschaffen.



JURIDISCH KADER EN RECHTERS AAN HET WOORD

- Reeds in 1987 heeft de Hoge Raad **in het arrest Amsterdam/Ikon** bepaald dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn indien overheidslichamen privaatrechtelijk handelen. Deze uitspraak is geweest voordat artikel 3:14 BW in werking trad, maar heeft dezelfde strekking. Op grond van het huidige artikel 3:14 BW moet een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht nemen.
- In het **Didam-arrest** oordeelde de Hoge Raad dat als een overheidslichaam voornemens is een onroerende zaak te verkopen en er meerdere gegadigden zijn (of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn), het overheidslichaam ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. In dat geval moet het overheidslichaam objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. De hiervoor bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden 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 overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop, en de motivering daarvan, vooraf bekend maken.
- De aanbestedingsregelgeving heeft niet de strekking de inhoud of de geldigheid van een reeds gesloten overeenkomst zelf aan te tasten (artikel 3:40 lid 3 BW; zie in dat verband het Van der **Stroom/Staat**-arrest en het **Uneto/De Vliert**-arrest van de Hoge Raad). De wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht is ook niet van openbare orde (aldus ook **AG Keus in zijn conclusie bij het Xafax-arrest**) en strijd met de goede zeden is in beginsel ook niet aan de orde (vgl. artikel 3:40 lid 1 BW). In een **eerdere nieuwsbrief** schreven wij dat niet valt in te zien waarom het voorgaande anders zou zijn onder het (lichtere) aanbestedingsregime van het Didam-arrest (zie ook: S.E. Bartels, WPNR 2022/7392). De AG lijkt hetzelfde standpunt in te nemen in zijn hierboven beschreven conclusie. Het is nu aan de Hoge Raad om hier duidelijkheid over te verschaffen.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- In een **eerdere nieuwsbrief** bespraken wij een zaak waarin een voorzieningenrechter oordeelde dat een in strijd met het Didam-arrest gesloten overeenkomst ongeldig (nietig) zou zijn. Nietigheid heeft tot gevolg dat een gesloten overeenkomst wordt geacht nooit bestaan te hebben. Met alle gevolgen van dien. Wij gaven toen al aan dat het (in onze optiek) voor de hand lag dat deze uitspraak (al dan niet in hoger beroep) gecorrigeerd zou worden en dat er geen reden is voor paniek. De AG lijkt dit laatste te bevestigen: in zijn optiek zou de Hoge Raad moeten oordelen dat een in strijd met 'Didam' gesloten overeenkomst in beginsel rechtsgeldig en onaantastbaar is.
- Dat betekent overigens niet dat er geen risico's zijn. Handel je als overheidslichaam in strijd met de (huidige) Didam-regels, dan handel je in beginsel onrechtmatig en dat kan leiden tot rechtszaken, kritische vragen van de accountant en schadevergoedingsclaims wegens een 'gemiste kans' van marktpartijen die geen eerlijke kans hebben gekregen om mee te dingen. Wij raden dan ook aan alle regels uit het Didam-arrest (waaronder de hierboven beschreven publicatieplicht) strikt in acht te nemen.
- De kans is wel aanwezig dat de Hoge Raad de Didam-regels gaat verduidelijken of aanscherpen. De uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak staat gepland voor oktober 2024. Wij houden u vanzelfsprekend op de hoogte.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE[⊕]

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com