

Memo

Aan
D&H

Kopie aan



hoogheemraadschap
**Hollands
Noorderkwartier**

Van
Ida Middelburg/Chantal Hoogland

Doorkiesnummer

E-mail

Onderwerp
Gevolgen Arrest HR – Didam -
mededinging

Registratienummer
22.0316053

Datum
29 maart 2022

Aanleiding

Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak verkoop grond Didam, gemeente Montferland ([ECLI:NL:HR:2021:1778](#)). Met deze memo geven wij informatie over de gevolgen van dit arrest voor de praktijk van het hoogheemraadschap. Wij verzoeken u om hiervan kennis te nemen.

Uiteenzetting feiten

De uitspraak heeft gevolgen voor de vastgoedpraktijk van overheden en dus ook Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier (HHNK). Het komt erop neer dat bij verkopen van onroerende zaken mededingingsruimte moet worden geboden als er meerdere (potentiële) gegadigden zijn. Dit is in het kader van gelijkheidsbeginsel; één van de beginselen van Algemeen behoorlijk bestuur, waaraan een overheid zich moet houden, ook in private zaken. Binnen de aan de overheid toekomende beleidsruimte kunnen criteria worden opgesteld aan de hand waarvan de koper kan worden geselecteerd. Deze selectiecriteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Om gelijke kansen te bieden, moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd (publicatie, gelegenheid tot biedingen uitbrengen, tijdsverloop, criteria, gunnen). Als er redelijkerwijs één serieuze koper is die in aanmerking komt voor de aankoop, moet het voornemen tot verkoop en de motivering daartoe tijdig voorafgaand worden gepubliceerd. De uitspraak gaat niet zo zeer over schaarste van grond maar of er meerdere gegadigden kunnen zijn.

Huidige praktijk HHNK

Binnen HHNK worden bebouwde eigendommen, zoals voormalige dienstwoningen, openbaar via een makelaar verkocht. Dit verkoopproces verloopt conform het arrest.

De onbebouwde eigendommen zijn grofweg te onderscheiden in:

- 1a. kleinere percelen grenzend aan een woon- en/of bedrijfsruimte en percelen met gebruik en bestemming natuur- of landbouwgrond kleiner dan 1 hectare, ten behoeve van eigen gebruik, veelal al in gebruik genomen;
- 1b. kleine stroken grond of water, onderdeel uitmakend van een integrale ontwikkeling en die niet zelfstandig ontwikkeld kunnen worden;
2. vrije ontwikkellocaties: percelen die geschikt zijn voor en ontwikkeld kunnen worden naar veelal de bestemming wonen en commercieel vastgoed;
3. agrarische percelen groter dan 1 hectare.

Het aantal vrije ontwikkellocaties is beperkt, evenals grotere agrarische percelen. Voor agrarische percelen groter dan 1 hectare wordt nu al een openbare verkoopprocedure via de makelaar

Datum
29 maart 2022

georganiseerd. Vrije ontwikkellocaties zullen eveneens via een openbare procedure worden verkocht. Voor beide onderdelen heeft het arrest dus geen gevolgen.

Het merendeel van de verkopen onbebouwde eigendommen (98%) betreft categorie 1: stroken grond/water grenzend aan woonpercelen of bedrijfspercelen, bestemd voor eigen gebruik en vaak al in gebruik bij de kandidaat koper (oneigenlijk gebruik of huur). Verkoop vindt nu plaats conform het Grondbeleid (verkoop aan meest gegadigde koper). Hierbij worden de omgeving, het feitelijk gebruik en bijvoorbeeld ook de ligging van de strook en de aangrenzende eigendommen gecontroleerd. Het resultaat is doorgaans dat de stroken worden verkocht aan de eerste verzoeker, of bij de aanpak oneigenlijk gebruik, aan de bestaande gebruiker. Publicatie van deze verkopen vindt op dit moment niet plaats.

Gevolgen praktijk HHNK voor de categorie rest-/snippergroen

In heel algemene bewoordingen formuleert de Hoge Raad dat overheden die grond willen verkopen, dat via een transparante procedure moeten doen en 'mededingingsruimte' moeten bieden. Naar de huidige stand van zaken maakt de Hoge Raad geen onderscheid in typen eigendom, waardoor ook stroken eigendom langs particuliere percelen (rest- of snippergrond) hieraan onderworpen zijn. De praktijk van verkoop van categorie 1 eigendom moet aangepast worden. De Hoge Raad maakt een uitzondering op het uitgangspunt van openbare mededinging: denkbaar is dat bij voorbaat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria vaststaat dat er maar één gegadigde is. In dat geval mag van openbare mededinging worden afgezien. Is er op basis van redelijke en objectieve selectiecriteria slechts één serieuze gegadigde, dan moet dit alsnog vooraf en gemotiveerd worden gepubliceerd. Dit betekent een wijziging in het proces en kost extra tijd.

Voor de verkoop van percelen van categorie 1 moeten selectiecriteria worden opgesteld ten behoeve van de selectie van één serieuze kandidaat. In relatie tot het vigerende Grondbeleid kan dit worden beschouwd als explicatie van de meest gegadigde koper. De in deze memo geformuleerde selectiecriteria zullen in het werkproces Verkoop onbebouwde eigendommen worden opgenomen. Bij de herziening van het Grondbeleid in 2022 zal worden overwogen om de criteria in het beleid op te nemen.

Publicatie van het voornemen tot verkoop van rest-/snippergroen kan geclusterd plaatsvinden op de website van HHNK middels een aparte pagina. Hierbij wordt een aanduiding van het adres, de kadastrale gegevens en de oppervlakte van het perceel weergegeven. In algemene bewoordingen wordt voor dit cluster van percelen gemotiveerd waarom er naar oordeel van HHNK slechts één serieuze koper in aanmerking komt. Het meest praktisch zou zijn als de publicatie via P8 naar de website kan worden gefaciliteerd. Of dit technisch haalbaar is, zal moeten worden onderzocht. Dit vergt tijd. De publicatie omvat een termijn waarbinnen eventuele andere serieuze kandidaten, conform de algemene criteria, kunnen reageren.

Als een andere kandidaat zich meldt, is het aan HHNK om op basis van de algemene criteria een afweging te maken en uiteindelijk een besluit te nemen; dit kan betekenen dat alsnog openbaar wordt verkocht omdat niet de conclusie kan worden getrokken dat er slechts één serieuze kandidaat is, dan wel dat er op grond van de criteria wordt geconcludeerd dat er slechts één serieuze kandidaat is. De kandidaat die niet in aanmerking komt wordt een termijn van 20 kalenderdagen gegund om het besluit van HHNK in een kort geding aan te vechten. Als dit niet gebeurt, is de bepaling van de kandidaat definitief. Om risico's te beperken vindt publicatie in een vroeg stadium van het verkoopproces plaats. Pas na publicatie en verloop van de termijn vinden onderhandelingen

Datum
29 maart 2022

en het sluiten van een koopovereenkomst plaats. Het is van belang dat HHNK in al lopende contacten en onderhandelingen waarin nog geen overeenstemming is gevonden, steeds een totstandkomingsvoorbehoud maakt en in het besluit tot verkoop de overwegingen en motivering van de verkoop benoemt (waaronder onder welke categorie de verkoop valt).

Op dit moment zijn tal van verkoopzaken in behandeling bij HHNK en bevinden zich meerdere verkopen bij de notaris, alsmede ontvangt HHNK verzoeken tot verkoop van grond. Waarschijnlijk is dat de notaris ook achteraf de toets van mededinging zal verrichten, dus ten aanzien van zaken waar al een koopovereenkomst ondertekend is. Dit is tot op heden niet het geval. Het is van belang dat HHNK in al de lopende contacten en onderhandelingen steeds een totstandkomingsvoorbehoud maakt. Ook bij door bestuurders gevoerde gesprekken over grond is het belangrijk dat een voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van mededinging.

Selectiecriteria voor 1-op-1 verkoop rest/snippergroen, categorie 1

Nadat is beoordeeld of een perceel van belang is voor de taakuitvoering van HHNK of als strategisch object kan worden ingezet, en aldus in aanmerking kan komen voor verkoop, gelden de volgende selectiecriteria waaruit kan worden afgeleid dat er sprake is van één serieuze koper die in aanmerking komt voor aankoop van het betreffende perceel. In specifieke situaties kan HHNK de criteria aanvullen om alsnog hieronder te concluderen dat er sprake is van één serieuze koper, zoals bijvoorbeeld ten behoeve van een maatschappelijke en/of openbare invulling van het perceel.

Algemene criteria

- De bestemming, feitelijk en voorgenomen gebruik van het object is bedoeld voor eigen gebruik, dus geen commercieel vastgoed of speculatief doel (geldt niet voor categorie 1b).
- Er is geen sprake van criminele, overlastgevende of maatschappelijk ongewenste activiteiten.
- Verkoop vindt plaats tegen een marktconforme waarde, gebaseerd op een waardebepaling door een onafhankelijk taxateur.

Perceelscriteria

1. Reeds aanwezig en feitelijk gebruik van het te verkopen perceel voor eigen gebruik van de gegadigde en het te verkopen perceel grenst aan het eigendom van de gegadigde zal na verkoop deel uitmaken van het perceel van de gegadigde.
2. Er is geen feitelijk gebruik maar het perceel maakt door ligging logisch deel uit van het perceel van de gegadigde, is ten opzichte van het totale perceel relatief gering van oppervlakte en zal na verkoop deel uitmaken van het perceel van de gegadigde.
3. Het bloot eigendom van een bestaand erfpacht- of opstalrecht wordt verkocht aan de zittende erfpachter of opstaller.

Mededinging en marktconformiteit bij verkoop categorie 1:

Het principe van openbare mededinging ziet bij onroerende zaken voornamelijk op de prijs. Gemeenten en provincies kunnen vanuit de algemene taakstelling daarbij nadere criteria stellen, bijvoorbeeld ten aanzien van ontwikkeling van sociale woningbouw dan wel maatschappelijke doelen. HHNK heeft, als functionele overheid slechts functionele taken en kan doelen buiten de eigen taakstelling niet als criteria bij verkoop hanteren. Wel kan het hoogheemraadschap, als eigenaar, eigen criteria stellen op basis van redelijkheid en objectiviteit. De verkoop van categorie 1 grond zonder openbare mededinging leidt niet altijd tot het verkrijgen van de hoogste prijs in de markt maar wel tot marktconformiteit; er wordt namelijk verkocht tegen een onafhankelijk getaxeerde prijs.



Kanttekeningen

1. Bij grond onder categorie 1 lijken de risico's beperkt; op grond van algemene criteria volgt de conclusie dat er slechts één serieuze kandidaat is. Indien na publicatie geen reactie volgt, kan verkoop plaatsvinden volgens het voornemen. Als er wel een reactie volgt is het aan het hoogheemraadschap om hetzij te kiezen voor alsnog openbare verkoop, hetzij het standpunt te handhaven dat er slechts één serieuze koper in beeld is. De afgewezen kandidaat heeft dan een termijn van 20 kalenderdagen om in kort geding het standpunt van het hoogheemraadschap aan te vechten. Wij schatten in dat dit zich nauwelijks zal voordoen, maar uitgesloten kan niet worden dat publicatie leidt tot een procedure; dit kan leiden tot opschorting van verkoop.
2. Op dit moment zijn tal van verkoopzaken in behandeling bij HHNK waar overeenstemming is bereikt (aanbod aanvaard, koopovereenkomst ondertekend) en bevinden zich meerdere verkopen bij de notaris. Ten aanzien van de verkoop van kleine percelen grond waarover reeds overeenstemming is gevonden met een koper heeft geen expliciete toets op mededinging plaatsgevonden en is niet gepubliceerd. Inmiddels heeft het notariaat aangegeven dat een mededeling over het bieden van mededinging van de verkopende overheid verlangd zal worden; de notaris zal aldus de toets op mededinging invoeren. Dit kan mogelijk tot complicaties leiden met afgesloten overeenkomsten.
3. Ten aanzien van enige ontwikkellocaties voor woningbouw hebben zich kandidaten gemeld die zichzelf presenteren als enige serieuze gegadigde, bijvoorbeeld omdat men aangrenzend eigendom heeft en al met planontwikkeling bezig is; dit zou dan leiden tot uitsluiting van openbare mededinging. Uit bestudering van de literatuur in reactie op het arrest en overleg met onze advocaat blijkt dat openbare verkoop het uitgangspunt is. Niet snel kan worden geconcludeerd of een belangstellende ontwikkelaar daadwerkelijk de enige serieuze kandidaat is; dit is afhankelijk van de specifieke casus. In dat geval zal, afhankelijk van de omstandigheden, het hoogheemraadschap een standpunt bepalen over de aanwezigheid van één serieuze kandidaat. Factoren die daarbij een rol kunnen spelen zijn de ligging van het perceel, de integraliteit van planontwikkeling, de aanwezigheid van aangrenzend eigendom en de ingebrachte of verwachte belangstelling van andere ontwikkelaars. De betreffende zaken worden bestudeerd.
4. Het arrest gaat over verkoop van grond. Dit betekent dat de eisen van mededinging evenzeer gelden voor de verkoop van bloot eigendom; bij HHNK een bestendig toegepaste praktijk waardoor een zittende erfpachter ook de grond kan verwerven. Conform de criteria zal het bloot eigendom aan de zittende erfpachter of opstaller worden verkocht, zijnde de enige serieuze kandidaat.
5. Uit het arrest volgt dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Gelet op deze algemene formulering (*privaatrechtelijke overeenkomsten*) dient er rekening mee te worden gehouden dat het arrest ook van toepassing kan zijn op andere vormen van gronduitgifte, zoals erfpacht- en opstalrechten. Om deze reden zal het hoogheemraadschap ook mededinging toepassen bij geheel nieuwe uitgifte van grond in erfpacht en opstal.
6. Vooralsnog gaan wij ervan uit dat geen mededinging hoeft te worden toegepast bij verlengingen van bestaande erfpacht- en opstalrechten en op de uitgifte van huur- en pachtovereenkomsten. Gezien de algemene formuleringen van het arrest moet verdere jurisprudentie worden afgewacht. Mocht het arrest toch van toepassing zijn op genoemde gronduitgiftes dan is

Datum
29 maart 2022

denkbaar dat de erfpachter/opstaller, huurder of pachter op grond van nader te formuleren criteria kan worden aangemerkt als de enige serieuze gegadigde.

7. Ook verkoop tussen overheden kan niet van mededinging worden uitgesloten, althans, dit is de conclusie op grond van de huidige jurisprudentie. Mogelijk kan een overheid als enige serieuze kandidaat worden beschouwd als aangekocht wordt ten behoeve van een maatschappelijk doel waarvoor geen commerciële kansen aanwezig zijn. Om speculatie te voorkomen zal een meerwaardeclausule opgenomen worden.

Juridische achtergrondinfo

Overwegingen HR

Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.⁴ Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

3.1.4

Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn.⁵ In dat geval 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.

3.1.5

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover 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.

3.1.6

De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden 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 een ieder 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.

Met vriendelijke groet,

R.J. Sellies
Afdelingshoofd VHIJG