

University of Groningen

De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed

Verstappen, L.C.A.

Published in:
WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstappen, L. C. A. (2022). De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed: HR 26 november 2021 - ECLI:NL:PHR:2021:1778. *WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie*, 2022(7355), 41-43.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed

HR 26 november 2021 - ECLI:NL:PHR:2021:1778

1. Recentelijk heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan over de verplichtingen van een gemeente bij gronduitgifte. In dit Privaatrecht Actueel ga ik kort in op de mogelijke gevolgen van deze uitspraak voor de notariële rechtspraktijk.

2. Het ging in deze zaak (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778) om het volgende (korte beschrijving uit persbericht HR te vinden in Nieuwsoverzicht HR 2021). De gemeente Montferland was eigenaar van een perceel grond in het centrum van Didam, dat zij wilde verkopen aan een projectontwikkelaar. Bij de gemeente meldde zich ook een vastgoedonderneming als gegadigde, maar deze viste achter het net. De gemeente verkocht het perceel aan de projectontwikkelaar. Vervolgens heeft de vastgoedonderneming een kort geding aangespannen tegen de gemeente en de projectontwikkelaar. Zij betoogde dat de gemeente het perceel alleen mocht verkopen na een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure waarin alle gegadigden een kans hebben gekregen het perceel aan te kopen.

3. De vastgoedonderneming verloor de zaak bij de rechtbank en ook in hoger beroep bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het hof oordeelde dat een gemeente niet verplicht is om gelegenheid tot mededinging te bieden bij de uitgifte van grond. De vastgoedonderneming betoogde bij de Hoge Raad onder meer dat de overheid, in dit geval een gemeente, bij de verdeling van schaarse grond transparant moet zijn en ruimte moet bieden aan potentiële gegadigden om mee te dingen.

4. Anders dan het advies van de A-G in deze zaak, stelde de Hoge Raad de vastgoedonderneming in het gelijk:

“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. [voetnoot in uitspraak: Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 8.]

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.”

5. Op welke wijze gaat deze uitspraak invloed uitoefenen op de notariële rechtspraktijk? De notaris die gevraagd wordt een overdracht te begeleiden, dient in het kader van het titelonderzoek niet alleen de rechtverkrijging door de verkoper te onderzoeken, maar ook de titel op grond waarvan de verkoper levert. Zie ook art. 11. Verordening Beroeps- en gedragsregels 2011 (Onderzoeksplicht en toezicht financiële afwikkeling).

6. Voor het antwoord op de vraag wat de zorgplicht van de notaris bij dit soort overheidstransacties met zich brengt, zal allereerst moeten worden bepaald wat rechtens is als de overheid zich niet aan de door de Hoge Raad geformuleerde mededingingsruimte houdt. Is de overdracht in dat geval nietig of vernietigbaar?

7. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.1.3 dat op grond van art. 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, waaronder begrepen de

algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tot de regels van publiekrecht behoren volgens de Hoge Raad 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. De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, rov. 3.3; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, rov. 3.3. 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. De positie van een overheid is op dit punt anders dan van een private partij, aldus de Hoge Raad.

8. Als de overheid de door de Hoge Raad geformuleerde procedurele regels voor het bieden van mededingingsruimte, vermeld hiervoor in nr. 4, niet of niet geheel in acht genomen heeft en daardoor een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt, levert dat dan een rechtshandeling op, de verkoop, die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde en dus nietig is? Onder ‘goede zeden of de openbare orde’ vallen de normen van ongeschreven recht die in de samenleving als fundamenteel worden ervaren, waaronder algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:14 BW jo. art. 3:40 lid 1 BW). Vgl. ook Tekst & Commentaar bij art. 3:14 BW door PS. Bakker. In het onderhavige geval was sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel. Er is dan ook sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling (art. 3:14 BW jo. art. 3:40 lid 2 BW), nu het gelijkheidsbeginsel in art. 1 van de Grondwet is verankerd en deze bepaling evident niet uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling. Hier spelen de belangen van derden een rol, ook al zijn dat (vooral) geen derden die beschikken over een opeisbaar vorderingsrecht tot levering. Zij hebben hoogstens een legitieme verwachting.

9. Er lijkt geen ontkomen aan: het door de overheid ten onrechte niet bieden van de door de Hoge Raad geformuleerde mededingingsruimte bij de verkoop van grond, leidt tot nietigheid van de verkoop. Maar deze conclusie leidt tot zodanige ingrijpende en verstrekkende rechtsgevolgen in het private rechtsverkeer voor wat betreft reeds plaatsgehad hebbende verkopen van overheidsgrond waarbij dergelijke mededingingsruimte door de overheid niet in acht werd genomen,

dat het onwaarschijnlijk lijkt dat we in volle omvang van deze gevolgtrekking uit zouden moeten gaan. Heeft de Hoge Raad zich dit allemaal gerealiseerd? Was het niet passend geweest als men een regel van jurisprudentieel overgangsrecht had geformuleerd? Of moeten we uitgaan van de in art. 3:40 BW lid 2 slot, dat van (ver)nietig(baar)heid geen sprake is omdat uit de strekking van de bepaling iets anders voortvloeit? Ik twijfel zeer bij schending van een zo'n fundamenteel rechtsbeginsel dat het als eerste artikel van de Grondwet in ons rechtstelsels een plek heeft gekregen.

10. Nietigheid van de verkoop op deze grond doet de overdracht mislukken: de levering op grond van een nietige titel zal niet leiden tot een verkrijging. Omdat de notaris niet mag meewerken aan de uitvoering van een nietige verkoop, (vgl. ook art. 21 lid 2 Wna) zal hij op grond van art. 11 Verordening Beroeps- en gedragsregels 2011 in alle gevallen van verkoop van registergoederen door een overheid onderzoek moeten verrichten of de overheid mededingingsruimte moest bieden en – als dat het geval is – of deze mededingingsruimte daadwerkelijk is geboden op de wijze als door de Hoge Raad is geformuleerd. Ook de hoge mate van zorgvuldigheid die van de dienstverlening van de notaris wordt geëist, brengt dit met zich.

11. Men kan dit ook wel vergelijken met de rol van de notaris bij een openbare, al dan niet executoriale verkoop. Verschil met de onderhavige problematiek is echter, dat de wet zelf voorziet in een uitgebreide procedure bij executoriale verkoop, waarin de notaris expliciet een belangrijke coördinerende en regisserende rol heeft. De wet voorziet niet in een procedure voor het bieden van mededingingsruimte bij verkoop van overheidsgrond; we moeten het voornamelijk doen met de vrij summier aangewezingen die de Hoge Raad in dit arrest geeft.

12. Welke verantwoordelijkheid heeft de notaris als men opdracht krijgt voor een dergelijke overdracht? Mag de notaris afdaan op mededelingen van de zijde van de overheid of heeft hij een verplichting nader onderzoek in te stellen? Mijns inziens zal de notaris moeten nagaan welke de aard van de titel is en of de procedure die de Hoge Raad in zijn arrest formuleert, moet worden gevolgd en – als dat het geval is – of die is gevolgd. Dat hoeft op zichzelf niet veel om het lijf te hebben; een brief naar de gemeente met het verzoek om aan te geven of die procedure van toepassing is en – zo ja – of die gevolgd is, zou in beginsel kunnen volstaan. Het ligt niet op de weg van de

notaris om de procedure die de Hoge Raad beschrijft, te volgen. Dat zal het overheidslichaam zelf moeten doen. Ik acht echter niet uitgesloten, dat men in het notariaat procedurevoorschriften ontwikkelt, die men zou kunnen gebruiken als de overheid de procedure geheel en al overlaat aan de notaris die daartoe wordt aangezocht. Het zou de notaris op zijn lijf geschreven zijn.

13. Bij een en ander moet worden opgemerkt dat als de gemeente een naar wellicht achteraf blijkt, verkeerde opgave heeft gedaan, de titel aan de overdracht weliswaar kan komen te ontvallen en de verkrijging daarmee ook, maar dat

dat onverlet laat dat eventuele derdenverkrijgers – dus niet de koper – beschermd worden (art. 3:88 BW).

14. Het arrest van de Hoge Raad heeft op verschillende terreinen grote gevolgen. Binnenkort zal Steven Bartels in het WPNR zijn licht doen schijnen over deze problematiek. De vragen die dit arrest oproept hebben alles te maken met het onderwerp van de KNB-preadviezen 2022 die thans in voorbereiding zijn: de poortwachtersrol van de notaris.

Prof. mr. L.C.A. Verstappen*

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Notarieel instituut Rijksuniversiteit Groningen, kantooradviseur bij Hekkelman advocaten en notarissen te Arnhem en Nijmegen, redacteur van het WPNR. (l.c.a.verstappen@rug.nl)