Hekkelman Advocaten N.V.
Prins Bernhardstraat 1
6521 AA Nijmegen
www.hekkelman.nl

Postbus 1094
6501 BB Nijmegen
T 024 - 382 83 84
advocatuur@hekkelman.nl

Hekkelman advocaten | notarissen

Gemeente Nijmegen
T.a.v. de heer M. van Oorsouw
Postbus 9105
6500 HG NIJMEGEN

Per e-mail: m.van.oorsouw@nijmegen.nl

Nijmegen, 13 februari 2023

Ons kenmerk
Gemeente Nijmegen / NEC
20190247 - 2522709/1 - TL/ch

Telefoonnummer
024 - 382 83 38

E-mail
t.lam@hekkelman.nl

Faxnummer
024 - 382 83 88

Betreft
Advies

Geachte heer Van Oorouw,

In het kader van de lopende onderhandelingen met NEC heeft u mij gevraagd drie vragen te beantwoorden. De inzet van de onderhandelingen is dat de gemeente en NEC samen willen komen tot een integrale totaaloplossing waardoor de gemeente zoveel mogelijk 'los komt' van NEC. Het betreft de volgende drie vragen:

- *In hoeverre kan de gemeente in het kader van het Didam-arrest het Goffertstadion één-op-één aan NEC verkopen? Kan onderbouwd worden dat NEC de enige serieuze gegadigde is?*

- *In hoeverre kan de verkoopprijs van het Goffertstadion worden verlaagd zonder dat er sprake is van staatssteun, bij het scenario van verkoop van het Goffertstadion zonder woningbouwprogramma.*

- *In hoeverre is de totaaloplossing die (naast de verkoop van het Stadion) bestaat uit een finale regeling voor de resterende issues (te weten: herstelkosten Stadion, terugbetalen huurkorting Covid-periode, terugbetalen huurachterstand Jupiler League en misgelopen inkomsten vanwege instorten Goffertstadion) vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bezien, houdbaar.*

Hierna beantwoord ik deze drie vragen. Het advies is als volgt opgebouwd:

1. Managementsamenvatting 2
1.1. Staatssteun en risicoafslag 2
1.2. Didam-arrest 2
2. Relevante contractuele kader en achtergronden 3

Hekkelman advocaten en notarissen is de handelsnaam waaronder Hekkelman Advocaten N.V. (KvK nr. 09170462) en Hekkelman Notarissen N.V. (KvK nr. 09170507), beide statutair gevestigd te Nijmegen, ieder voor eigen rekening werken. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden (zie www.hekkelman.nl) waarin onder andere een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

3. Staatssteun 5
3.1. Staatssteun en koopprijs opstalrecht 5
3.2. Staatssteun en de overige issues 8

4. Didam-arrest in het algemeen 13
4.1. Didam-arrest 13
4.2. Nietigheid 14
4.3. Didam-arrest in dit geval 17

1. Managementsamenvatting

In deze paragraaf treft u de managementsamenvatting aan.

1.1. *Staatssteun en risicoafslag*

Ik ben van mening dat de gemeente geen staatssteun aan NEC verstrekt door genoegen te nemen met een lagere koopprijs voor het opstalrecht voor het Goffertstadion (hierna: *'het Stadion'*) dan de koopprijs van € 7.6 miljoen die in de koopoptieovereenkomst is overeengekomen.

De koopsom dient ten minste gelijk of hoger te zijn dan de getaxeerde marktconforme waarde van het opstalrecht.

Het is daarom aanvaardbaar dat de gemeente een risicoafslag op de in de koopoptie overeengekomen koopsom toepast, mits de koopsom die resteert tenminste gelijk is aan de getaxeerde marktconforme waarde van het opstalrecht. Er is vanuit staatssteunrechtelijk perspectief geen ruimte om met een lagere dan een marktconforme koopprijs genoegen te nemen.

1.2. *Didam-arrest*

Het Didam-arrest heeft tot gevolg dat het de gemeente niet is toegestaan één-op-één te contracteren over gemeentelijk eigendom, zoals het Stadion.

Voor zover de gemeente een recht van opstal voor het Stadion zou uitgeven, dient daarvoor een transparante selectieprocedure doorlopen te worden waarbij aan de hand van objectieve en redelijke criteria een koper wordt geselecteerd.

Dat is alleen anders als er redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde voor het Stadion is. Ook als daarvan sprake is, moet het voornemen om één-op-één te contracteren gepubliceerd worden. Daarbij moeten ook de redenen waarom de gemeente zich op het standpunt stelt dat er maar één serieuze gegadigde is, kenbaar gemaakt worden.

Aan NEC is ruim voor het Didam-arrest een koopoptie verstrekt. Die koopoptie is vóór het Didam-arrest verlengd, voor het laatst tot en met 31 december 2023.

Ik ben van mening dat vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten niet nietig zijn. Dat betekent dat de gemeente deze overeenkomsten kan en moet nakomen. Rechtspraak die dit expliciet bevestigt, is (nog) niet voorhanden. In uw geval heeft de gemeente ruim voor het Didam-arrest een koopoptie aan NEC verleend. Het Didam-

arrest staat er niet aan in de weg dat NEC de koopoptie licht. Complicerende factor is dat NEC de koopoptie niet wil lichten tegen de overeengekomen condities. NEC wenst ter plaatse van het Stadion een woningbouwprogramma ontwikkelen en heeft die wens gekoppeld aan het lichten van de koopoptie. De gemeente is (contractueel) niet verplicht om met een lagere koopprijs genoegen te nemen of het Stadion tegen andere dan de in de koopoptie vastgelegde condities aan NEC te verkopen. Dat betekent dat er, bijvoorbeeld bij een lagere uitoefenprijs, in Didam-technische zin sprake is van een nieuwe overeenkomst die na het Didam-arrest wordt gesloten. Er kan dan geen beroep gedaan worden op de (naar mijn oordeel geldende) uitzondering dat voor overeenkomsten die vóór het Didam-arrest gesloten zijn, geen mededingingsruimte geboden hoeft te worden.

Er is nog een tweede redenering aan de hand waarvan pleitbaar is dat NEC de enige serieuze gegadigde is. In die redenering is NEC de enige serieuze gegadigde, omdat zij de zittende huurder is die (ook recent nog) investeringen in het Stadion heeft gedaan. Volgens lagere rechtspraak kan met dat argument een één-op-één transactie gerechtvaardigd worden.

Er geldt (onder alle omstandigheden) een verplichting voor de gemeente om de voorgenomen uitgifte van het opstalrecht aan NEC te publiceren. Aan derden moet de mogelijkheid geboden worden om de vraag of de gemeente op goede gronden heeft geoordeeld dat NEC de enige serieuze gegadigde is, aan de rechter voor te leggen. Voor zover van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt wordt, handelt de gemeente niet in strijd met het Didam-arrest door het opstalrecht aan NEC uit te geven.

2. Relevante contractuele kader en achtergronden

De contractuele verhouding tussen de gemeente en NEC wordt in de basis beheerst door de Stadionovereenkomst die de gemeente op 25 februari 2003 met NEC Holding B.V., Nijmegen Eendracht Combinatie B.V. NEC, Exploitatie-Maatschappij De Goffert B.V. en Stichting Betaald Voetbal NEC heeft gesloten en de Huurovereenkomst met Exploitatie-Maatschappij De Goffert B.V. die ook op 25 februari 2003 tot stand is gekomen.
Kort gezegd heeft de gemeente het Stadion destijds van NEC gekocht en in eigendom overgedragen gekregen. Daarnaast zijn de gemeente en NEC een huurovereenkomst voor het Stadion aangegaan op grond waarvan NEC het Stadion van de gemeente is gaan huren.

In de Stadionovereenkomst is vastgelegd dat NEC het recht heeft om het Stadion van de gemeente te kopen indien de gemeente zou besluiten het Stadion gedurende de looptijd van de Stadionovereenkomst te verkopen, waarbij de transactie voor de gemeente 'budgetneutraal' zal zijn. Dit staat in artikel 2.4 van de Stadionovereenkomst:

12.4 In geval van een eventuele verkoop gedurende de duur van deze overeenkomst zal de gemeente het Stadioncomplex eerst aan NEC aanbieden. De koopprijs zal zodanig zijn dat indien NEC het aanbod en de door de gemeente te stellen voorwaarden aanvaardt, de transactie voor de gemeente budgettair neutraal zal zijn, een en ander met inachtneming van art. 10, meer in het bijzonder 10.2. Het bepaalde in de laatste volzin van dit artikellid geldt ook in de gevallen van verkoop aan NEC als gevolg van het bepaalde in art. 12.2 en 12.3.

In 2018 is de gemeente met NEC Holding B.V. en Exploitatie-Maatschappij De Goffert B.V. een koopoptie overeengekomen. De koopoptie is vastgelegd in de Koopoptie Goffertstadion van 10 juli 2018. Op grond van deze overeenkomst heeft de gemeente aan NEC het recht toegekend om een opstalrecht te verwerven voor het hebben en in stand houden van het Stadion voor een koopprijs van € 7.6 miljoen. De koopoptie liep tot 31 december 2019 en is voor het verstrijken van de looptijd meermaals verlengd, voor het laatst tot en met 31 december 2023.

In de koopoptieovereenkomst is geregeld dat de Stadionovereenkomst van kracht blijft zolang de koopoptie niet is geëffectueerd en het opstalrecht is gevestigd:

6. Zolang de gemeente het Opstalrecht niet overeenkomstig deze koopoptie en Vestigingsakte Opstalrecht heeft gevestigd zijn en blijven de tussen de gemeente en NEC ter zake van het Stadion bestaande overeenkomsten van kracht en is en blijft NEC gehouden tijdig en volledig aan de verplichtingen uit deze overeenkomsten te voldoen. Met "bestaande overeenkomsten" zijn de volgende overeenkomsten bedoeld: "Stadionovereenkomst gemeente Nijmegen/NEC" en "Huurovereenkomst Stadioncomplex".

Partijen zijn (met enige tussenpozen) voortdurend met elkaar in overleg gebleven over het lichten van de koopoptie. Tot op heden heeft NEC de koopoptie niet gelicht.

Op 17 oktober 2021 is een tribune-element van het uitvak van het Stadion ingestort. De gemeente en NEC zijn gezamenlijk opgetrokken om te komen tot herstel van het Stadion. Het is de vraag of de gemeente jegens NEC aansprakelijk is voor de schade die NEC als gevolg van de instorting van het tribune-element heeft geleden, omdat (1) de bouwvergunning voor het Stadion naar is gebleken niet verleend had mogen worden en (2) de gemeente het Stadion ten behoeve van de KNVB-licentie van NEC heeft laten keuren en akkoord bevonden.

Daarnaast loopt er nog een aantal andere issues. Het betreft de betalingsverplichting ten aanzien van de huurkorting die in verband met COVID-19 aan NEC is toegekend, de nakoming van de betalingsregeling 'Jupiler League' en de compensatie voor de door NEC misgelopen inkomsten als gevolg van de instorting van het tribune-element.

Tegen deze achtergrond hebben de gemeente en NEC overlegd over een regeling waarbij de koopoptie wordt gelicht en voor alle openstaande issues een oplossing wordt gevonden. Insteek van de gemeente is om door middel van deze afspraken tot een integrale regeling zonder losse eindjes te komen en zoveel mogelijk 'los te komen' van NEC. De gemeente en NEC voeren constructief overleg over deze integrale oplossing.

3. Staatssteun

Van staatssteun is sprake wanneer, kort gezegd, een overheid, zoals de gemeente Nijmegen, aan een onderneming, zoals NEC, een niet-marktconform voordeel verschaft. Op grond van artikel 107 VWEU gelden de volgende vijf criteria:

1) bij de maatregel zijn staatsmiddelen betrokken;
2) door middel van de maatregel wordt een (niet-marktconform) voordeel verschaft;
3) dit voordeel wordt verschaft aan bepaalde ondernemingen of bepaalde productie;
4) hierdoor wordt de mededinging vervalst;
5) hierdoor wordt de tussenstaatse handel beïnvloed.

Hamvraag is of de integrale oplossing de toets aan het tweede criterium kan doorstaan. En dus luidt de relevante staatssteunrechtelijke vraag als volgt: Is de beoogde integrale oplossing marktconform? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend als de gemeente geen voordeel verstrekt aan NEC en daarmee handelt als marktdeelnemer in een markteconomie (dit wordt Market Economy Operator (MEO) genoemd).

3.1. *Staatssteun en koopprijs opstalrecht*

Over de marktconformiteit van de aan NEC verstrekte koopoptie heeft Dirkzwager in het verleden een uitgebreid advies uitgebracht. Het betreft het advies van 5 februari 2018. Dat advies gaat over de vraag of de gemeente in overeenstemming met het staatssteunrecht handelt door met NEC in afwijking van de Stadionovereenkomst een koopoptie overeen te komen.

In paragraaf III.2.1 van het advies wordt het juridisch kader voor de marktconformiteitstoets beschreven. Dat juridisch kader is sindsdien niet gewijzigd.

Uit vaste jurisprudentie en besluitenpraktijk van de Europese Commissie volgt dat een versoepeling van bestaande afspraken ook door een MEO kan worden aanvaard als marktomstandigheden hem daartoe nopen. In de staatssteunmededeling onder randnummer 74 verwoordt de Europese Commissie dat onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie als volgt:

> *"Voorts heeft de Unierechter, om te onderzoeken of met schuldherschikkingen door publieke schuldeisers staatssteun gemoeid is, het "criterium van de particuliere schuldeiser" ontwikkeld, waarbij de handelwijze van een publieke schuldeiser wordt vergeleken met die van hypothetische particuliere schuldeisers die zich in een vergelijkbare situatie zouden bevinden."*

Het advies van Dirkzwager bevat een analyse van groot aantal relevante aspecten waaraan in het kader van de marktconformiteitstoets betekenis toekomt:

- faillissement of betalingsonmacht van NEC is een reëel risico;
- de onzekerheid die het licentiesysteem van de KNVB meebrengt;
- de (dis)proportionele gevolgen van een faillissement;
- het vastgoedbeleid van de gemeente;
- de lage marktwaarde van het Stadion;
- behoud grond onder het Stadion;
- de afnemende boekwaarde van het Stadion.

Aan de hand van een beoordeling van deze aspecten concludeert Dirkzwager in randnummer 118 van het advies dat de gemeente als MEO handelt door de koopoptie aan NEC te verstrekken, omdat zij daarmee hoogst onzekere inkomsten in de toekomst, prijs geeft voor volledige zekerheid op de korte termijn.

Naar aanleiding van het advies van Dirkzwager heeft de gemeente op 16 mei 2018 overleg gevoerd met de Europese Commissie. In het verslag dat van die bijeenkomst is gemaakt, staat het volgende:

> *"De Europese Commissie heeft laten weten dat zij op basis van de door de gemeente Nijmegen gegeven informatie in dit stadium geen aanleiding ziet om te twijfelen aan de markconformiteit van de voorgenomen koopoptie. Op basis van de beschikbare informatie zal zij tevens niet uit eigen beweging (of naar aanleiding van een signaal van een niet-belanghebbende) een onderzoek starten."*

Het is de vraag of de in het verleden ingewonnen adviezen ook opgaan voor de integrale oplossing die partijen ten aanzien van de uitoefening van de koopoptie voorstaan. Naar mijn oordeel is dat goed verdedigbaar. Ik licht dat toe aan de hand van de aspecten die in het advies van Dirkzwager aan de orde komen.

De aspecten 'faillissement of betalingsonmacht van NEC' en 'de onzekerheid die het licentiesysteem van de KNVB meebrengt' spreken voor zich en spelen ook vandaag de dag. NEC is de afgelopen jaren ernstig geraakt door de Corona-crisis en heeft gebruik gemaakt van de diverse steunmaatregelen. Daarnaast is NEC geconfronteerd met een verlies aan inkomsten als gevolg van het instorten van de tribune en met de aanzienlijke kosten van het herstel van de Stadion. Over kalenderjaar 2020/2021 heeft NEC een verlies van €4 miljoen geleden. De financiële positie van NEC is daarmee verre van gezond.

Bij het aspect 'de (dis)proportionele gevolgen van een faillissement' wordt beschreven dat niet aannemelijk is dat de gemeente bij een faillissement van NEC vergelijkbare inkomsten uit het Stadion zal kunnen verwerven. Ook dat is niet veranderd.

Het vierde aspect dat in 2018 is beschouwd, is 'het vastgoedbeleid'. Volgens het gemeentelijke vastgoedbeleid, Kadernota Vastgoedbeleid, wordt het Stadion beschouwd als 'overig vastgoed'. Voor overig vastgoed voert de gemeente het beleid dat zij – gelet

op de beperkte maatschappelijke of strategische waarde – indien mogelijk tot verkoop ervan overgaat. Dat is onder meer het geval als de gemeente kan verkopen tegen een prijs die de gemeentelijke begroting zo min mogelijk nadelig treft. De gemeente probeert zoveel mogelijk risicovol vastgoed af te stoten. De gemeente mocht en mag dit beleid bij de beslissing om het Stadion te verkopen, betrekken.

Het vijfde aspect is 'de lagere boekwaarde van het Stadion'. Bij dit aspect gaat het over verhouding tussen de boekwaarde en de marktwaarde. Die verhouding is relevant, omdat NEC op grond van de Stadionovereenkomst bij een voorgenomen verkoop door de gemeente in beginsel het recht heeft het Stadion te verwerven voor de boekwaarde. Zou de gemeente het Stadion op de markt verkopen, dan komt aan de boekwaarde geen betekenis toe. Een potentiële koper zal niet bereid zijn meer dan de marktwaarde te betalen. De boekwaarde van het Stadion is gelijk aan de koopsom van € 12 miljoen die de gemeente in 2003 voor het Stadion heeft betaald, verminderd met de huurpenningen die NEC jaarlijks op grond van de Huurovereenkomst aan de gemeente betaald heeft. Dat betekent dat de boekwaarde jaarlijks afneemt. Per 1 januari 2019 bedroeg de boekwaarde € 9.73 miljoen. De marktwaarde was toen getaxeerd op een bedrag van € 5.5 miljoen. NEC is op grond van de koopoptie gerechtigd tot een opstalrecht tegen betaling van een koopsom van € 7.6 miljoen. In het advies van Dirkzwager wordt geconcludeerd dat de gemeente als MEO handelt door een koopsom te accepteren die hoger ligt dan de marktwaarde. Dat argument gaat ook nu nog op als de koopprijs die de gemeente met NEC overeenkomt hoger ligt dan de marktwaarde op het moment van of kort voor de uitoefening van de koopoptie. Het verdient aanbeveling de marktwaarde aan de hand van een taxatie te bepalen. Voor zover de koopprijs gelijk is aan de (getaxeerde) marktwaarde, kan het argument van het positieve waardeverschil tussen de koopprijs en de boekwaarde in de staatssteuntoets uiteraard geen rol spelen. Voor een koopprijs die lager ligt dan de (getaxeerde) marktwaarde, geldt dat dit waardeverschil in beginsel als staatssteun kwalificeert, omdat een MEO er dan voor zal kiezen het Stadion niet aan NEC maar aan een marktpartij te verkopen.

Het zesde aspect gaat over de ondergrond van het Stadion. Bij uitoefening van de koopoptie verwerft NEC een opstalrecht. De gemeente blijft eigenaar van de ondergrond. De gemeente ontvangt jaarlijks een retributie. Die retributie wordt jaarlijks geïndexeerd, waardoor de gemeente enigszins profiteert van de marktontwikkelingen. Bovendien valt de waardestijging die bij het einde van de erfpacht (eventueel) is gerealiseerd, in het vermogen van de gemeente en kan profiteren van eventuele stijgingen van de grondwaarde. Daaraan wordt in de integrale totaaloplossing niet getornd.

Het is een gegeven dat het NEC ondanks door haar verrichte inspanningen niet gelukt is het Stadion tot nu toe van de gemeente te kopen op de condities die zijn vastgelegd in de koopoptie. Gelet op de uiteenzetting over de overige (ook voor een MEO) van belang zijnde aspecten is begrijpelijk dat de gemeente een laatste poging onderneemt om het Stadion aan NEC te verkopen. Een MEO zou dezelfde afweging maken en voor verkoop kiezen. Daarbij rijst de vraag met welke koopprijs de gemeente genoegen zou moeten nemen. De ondergrens is in beginsel de getaxeerde marktconforme waarde. Dat is de

prijs die een andere gegadigde voor het Stadion over zou hebben. Niet valt in te zien waarom een MEO met een lagere koopprijs genoegen zou nemen. Als NEC niet bereid is de marktconforme prijs te betalen, zou een MEO trachten op de markt een koper voor de getaxeerde marktconforme koopprijs voor het opstalrecht te vinden.
Naar mijn oordeel is er voldoende aanleiding voor de gemeente om genoegen te nemen met een lagere koopprijs dan de koopprijs van € 7.6 miljoen waarvoor NEC de koopoptie kan lichten. Los van de financiële positie van NEC en de daarmee verband houdende (incasso)risico's, benoem ik in de eerste plaats de bouwkundige staat van het Stadion. Hoewel het beheer en onderhoud van het Stadion op grond van de Huurovereenkomst bij NEC liggen, moet de gemeente er rekening mee houden dat bij de noodzakelijke toekomstige aanpassing en renovatie van het Stadion toch een beroep op haar wordt gedaan. Zolang zij eigenaar van het Stadion is, heeft zij een positie en is zij gesprekspartner. De rol en positie van de gemeente na het instorten van het tribune illustreert dat. Door het Stadion in opstal uit te geven, ontdoet de gemeente zich van deze betrokkenheid. Een tweede omstandigheid is dat er sinds de ondertekening van de koopoptieovereenkomst in 2018 inmiddels (bijna) vier jaren zijn verstreken. Over die periode heeft de gemeente huur ontvangen, waardoor de boekwaarde is afgenomen. Op basis van de overwegingen die in het advies van Dirkzwager zijn neergelegd, is er daarom aanleiding om nu met een lagere koopprijs genoegen te nemen dan de koopprijs die in de koopoptie is overeengekomen.

Samengevat ben ik van mening dat de gemeente geen staatssteun aan NEC verstrekt door genoegen te nemen met een lagere koopprijs voor het Stadion dan de koopprijs van € 7.6 miljoen die in de koopoptieovereenkomst is overeengekomen. De koopsom dient ten minste gelijk of hoger te zijn dan de getaxeerde marktconforme waarde van het opstalrecht. Het is aldus aanvaardbaar dat de gemeente een risicoafslag op de koopsom toepast, mits de koopsom die resteert tenminste gelijk is aan de getaxeerde marktconforme waarde van het opstalrecht. Voor een korting op de getaxeerde marktconforme koopsom, is vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bezien geen ruimte. Het is daarom niet mogelijk om de huurkorting die in de koopoptie is overeengekomen toe te passen op de getaxeerde marktconforme waarde van het opstalrecht.

3.2. *Staatssteun en de overige issues*
Naast de verkoop van het Stadion aan NEC bestaat de totaaloplossing uit een finale regeling voor een aantal andere issues. U heeft over deze issues de volgende achtergrond geschetst en tegen de geschetste achtergrond de volgende adviesvragen gesteld:

1. Herstelkosten Stadion
   - Gemaakte kosten voor herstelwerkzaamheden en maatregelen rest van Stadion.
   - Gemeente Nijmegen ca. € 300.000 aan onderzoek- en sloopkosten.
   - NEC ca. € 900.000 (totaalbedrag indicatief € 800.000 - € 1.000.000) aan herstelwerkzaamheden.
   - NEC heeft aangegeven de gemeente aansprakelijk te achten vanwege de rol van de gemeente bij het verlenen van de oorspronkelijke bouwvergunning en de rol

van de gemeente bij de Veiligheidsverklaring ten behoeve van de KNVB-licentie voor NEC.

- **<u>Vraag: Is een verdeling van ieder 50% voor het totaal van deze kosten verdedigbaar in het kader van staatssteun?</u>**

2. Restant huur Covid-periode
   - Dit betreft 50% huurkorting over de periode maart '20 t/m juni '21.
   - Voor het overige deel (€ 505.384,32) geldt een betalingsregeling (tot 2043). Saldo per 1-1-2022 betreft €505.384,32.

   - **<u>Vraag: Is een kwijtschelding van 50% voor het totaal van deze kosten verdedigbaar in het kader van staatssteun?</u>**

3. Betaling restant huur Jupiler League
   - Huurachterstand Jupiler league verdisconteerd in huurschuld tot 2043.
   - Saldo per 1-1-2022 betreft € 653.908,66.

   - **<u>Vraag: Is een kwijtschelding van 50% voor het totaal van deze kosten verdedigbaar in het kader van staatssteun?</u>**

4. Misgelopen inkomsten vanwege instorten Stadion
   - NEC heeft als gevolg van de instorting van het tribune-element in totaliteit drie thuiswedstrijden zonder toeschouwers gespeeld. Daarnaast zijn nog eens drie thuiswedstrijden zonder toeschouwers gespeeld door de gevolgen van de corona maatregelen.
     Concreet betekent dit een teruggave van 6 van de 17 seizoenkaarten én business lidmaatschapsgeld/loges met een totale compensatie schade van ca. € 1.200.000.
     De wedstrijden die zijn gespeeld zonder toeschouwers vanwege de gevolgen van de coronamaatregelen kunnen we niet koppelen aan de instorting en dus ook niet aan de misgelopen inkomsten. Kortom, de totale schade voor wat betreft dit onderdeel betreft ca. € 600.000.
   - Misgelopen verkoop van 2.000 losse kaartverkoop per wedstrijd (gemiddeld € 15 per kaart). Dit betreft daarmee een totale compensatie schade van € 30.000 per wedstrijd.
     Met betrekking tot de drie wedstrijden die zonder toeschouwers zijn gespeeld door de instorting van het tribune-element gaat het hier om een totale compensatie schade van € 90.000.
   - Misgelopen inkomsten catering (20% van de totale cateringinkomsten). Met betrekking tot de drie wedstrijden die zonder toeschouwers zijn gespeeld door de instorting van het tribune-element gaat het hier om een totale compensatie schade van ca. € 45.000.
   - Totaal gaat het om ca. € 735.000.

   - **<u>Vraag: Is een verdeling van ieder 50% voor het totaal van deze kosten verdedigbaar in het kader van staatssteun?</u>**

Ook voor deze issues zal beoordeeld moeten worden of een MEO zou meewerken aan de oplossingen die voor de verschillende issues zijn bedacht. Ik neem de verschillende issues hierna onder de loep.

Herstelkosten Stadion
Een MEO zal slechts bereid zijn om een bijdrage te leveren aan de herstelkosten als er een grondslag is voor aansprakelijkheid. In 2021 heb ik in een tweetal adviezen de aansprakelijkheidsrisico's voor de gemeente in beeld gebracht.

Het advies van 16 november 2021 gaat over het aansprakelijkheidsrisico dat de gemeente als verhuurder van het Stadion loopt. Het vervolgadvies van eind november 2021 gaat over het aansprakelijkheidsrisico van de gemeente als vergunningverlener, toezichthouder en in haar rol als verantwoordelijke voor het afgeven van de veiligheidsverklaring.

In het vervolgadvies schreef ik over het aansprakelijkheidsrisico van de gemeente als verhuurder van het Stadion:

> *"Op 16 november 2021 heeft mijn collega Myke Willems-Muller de gemeente geadviseerd over de positie van de gemeente als verhuurder van het Goffertstadion. In dit advies is op hoofdlijnen het volgende uiteengezet. Uit artikel 1.4 van de huurovereenkomst volgt dat eventuele bestaande of toekomstige gebreken volledig voor rekening en risico van de huurder zijn en voor eigen rekening en risico van de huurder verholpen moeten worden. In artikel 8.3 van de huurovereenkomst staat dat alle verplichtingen tot onderhoud (verhuurders- en huurdersonderhoud), instandhouding en zo nodig aanpassing van het Stadioncomplex op de huurder rusten. Daarom is verdedigbaar dat de instorting van de betonplaat in de risicosfeer van de huurder ligt."*

In het vervolgadvies concludeerde ik over het aansprakelijkheidsrisico van de gemeente als vergunningverlener, toezichthouder en in haar rol als verantwoordelijke voor het afgeven van de veiligheidsverklaring:

> *"<u>Conclusie aansprakelijkheid als vergunningverlener</u>*
> *De kans dat de gemeente aansprakelijk op de grond dat de bouwvergunning niet verleend had mogen worden, is klein:*
>
> - *aangetoond zal moeten worden dat burgemeester en wethouders de bouwvergunning in 1999 op basis van de toen geldende wetgeving niet hadden mogen verlenen. Dat staat niet vast;*
> - *vorderingen tot schadevergoeding zijn verjaard;*
> - *de bouwvergunning heeft formele rechtskracht en wordt daarmee geacht rechtmatig te zijn.*
>
> *<u>Conclusie aansprakelijkheid als toezichthouder</u>*
> *De kans dat de gemeente jegens NEC aansprakelijk is wegens gebrekkig toezicht, is klein. Dat de gemeente de Veiligheidsverklaring heeft afgegeven, maakt dat in de verhouding van de gemeente tot NEC niet anders. Belangrijkste reden is dat NEC op grond van de*

huurovereenkomst die zij met de gemeente gesloten heeft zelf verantwoordelijk is voor het onderhoud van het Goffertstadion en gehouden is om eventuele gebreken te herstellen."

De conclusie van de adviezen is dus dat het aansprakelijkheidsrisico voor de gemeente beperkt is.

Het voorstel om de herstelkosten 50/50 te verdelen, sluit op het eerste oog niet goed aan bij het advies waaruit volgt dat sprake is van een beperkt aansprakelijkheidsrisico. Ik zie evenwel aanleiding voor een meer genuanceerde benadering. In die genuanceerde benadering speelt een aantal elementen een rol.

In de eerste plaats worden de gemeentelijke kosten in de 50/50 benadering meegenomen. Als er geen regeling tot stand komt, blijft de gemeente met die kosten zitten, omdat er geen grondslag is om die bij NEC in rekening te brengen. Van de € 600.000 die op grond van de regeling voor rekening van de gemeente komt (1/2 van € 1.2 miljoen) blijft daarvan maar de helft over, omdat de gemeentelijke kosten € 300.000 bedragen. Bottomline heeft NEC € 900.000 aan kosten gemaakt, waarvan de gemeente € 300.000 draagt. Dat betekent dat de gemeente bij aanvaarding van de regeling 1/3 deel van de kosten van NEC aan NEC vergoedt.

Een tweede element dat een rol speelt, is dat het lastig is om een 'beperkt aansprakelijkheidsrisico' in een bedrag uit te drukken. De kans dat het aansprakelijkheidsrisico zich verwezenlijkt is klein, maar het effect als aansprakelijkheid wordt vastgesteld, is groot. Daarbij komt dat de proceskosten en het ambtelijk tijdsbeslag van een juridische procedure zeer aanzienlijk zijn. Bovendien bestaat het risico van imagoschade. Tot slot benoem ik dat de rechter zal onderzoeken of er ruimte is voor een minnelijke oplossing. Ik kan zeker niet uitsluiten dat, ook al is het aansprakelijkheidsrisico beperkt, de rechter partijen de gang op stuurt om een regeling te treffen. Die regeling zal er dan uit bestaan dat de gemeente een bijdrage aan de door NEC gemaakte kosten levert. Hoe die regeling er dan uit zal zien, is op dit moment moeilijk in te schatten, maar voor NEC heeft het treffen van een regeling alleen zin als er, mede gelet op de proceskosten die zij moet maken, een behoorlijk bedrag door de gemeente aan haar wordt voldaan.

Tegen deze achtergrond bezien kan ik me voorstellen dat ook een MEO akkoord zou gaan met betaling van 1/3 deel van de door NEC gemaakte kosten als daarmee alle aansprakelijkheidsrisico's worden afgekocht en een integrale totaaloplossing wordt bereikt.

Restant huur Corona-periode
Op 29 juni 2021 hebben burgemeester en wethouders het volgende besluit genomen over de huurkorting voor NEC:

1. Het huurkortingsbedrag voor Exploitatiemaatschappij De Goffert/N.E.C. over de periode maart 2020 tot en met juni 2021 vast te stellen op € 505.384,32 (incl. BTW) en voor het overige deel ad € 505.384,32 (incl. BTW) een betalingsregeling in gelijke delen af te spreken tot 2043.

Uit het collegebesluit blijkt niet dat partijen een rentevergoeding overeen zijn gekomen.

Op grond van de integrale totaaloplossing voldoet NEC 50% van de openstaande vordering aan de gemeente. De vraag die beantwoord moet worden, is of een MEO daarmee genoegen zou nemen. Gelet op het hoge incassorisico dat aan de openstaande vordering verbonden is, de lange looptijd en het gegeven dat NEC geen rentevergoeding verschuldigd is over de openstaande vordering, is op het eerste oog verdedigbaar dat ook een MEO met de betaling van 50% van de vordering ineens genoeg zou willen nemen. Daarbij zou een MEO evenals de gemeente laten meewegen dat door met deze betaling genoegen te nemen een totaaloplossing kan worden bereikt waardoor zij 'los komt' van NEC.

Restant huur Jupiler League
Er is geen sprake van een lening, maar van een betalingsregeling. Op grond van de betalingsregeling betaalt NEC de huur over het seizoen 2014-2015 in termijnen aan de gemeente. Aan de betalingsregeling ligt een overeenkomst van 18 juni 2015 ten grondslag. Op grond van deze overeenkomst lost NEC jaarlijks af op de hoofdsom en is een rentevergoeding verschuldigd van 2% per jaar. De laatste termijn van de betalingsregeling moet in 2043 aan de gemeente voldaan zijn.

Op grond van de integrale totaaloplossing voldoet NEC 50% van de openstaande vordering aan de gemeente. De vraag die beantwoord moet worden, is of een MEO daarmee genoegen zou nemen. Gelet op het hoge incassorisico dat aan de openstaande vordering verbonden is en de beperkte rentevergoeding die daartegenover staat, is op het eerste oog verdedigbaar dat ook een MEO met de betaling van 50% van de vordering ineens genoegen zou willen nemen. Daarbij zou een MEO evenals de gemeente laten meewegen dat door met deze betaling genoegen te nemen een totaaloplossing kan worden bereikt waardoor de gemeente 'los komt' van NEC.

Misgelopen inkomsten vanwege instorten Stadion
NEC stelt dat zij als gevolg van het instorten van het tribune-element inkomsten is misgelopen. Het ligt op de weg van NEC om aan te tonen welk bedrag aan inkomsten zij daadwerkelijk is misgelopen. De gemeente kan een deel van de misgelopen inkomsten voor haar rekening nemen om het risico te elimineren dat zij door NEC aansprakelijk wordt gehouden voor de misgelopen inkomsten. Voor dat aansprakelijkheidsrisico geldt hetzelfde als voor het aansprakelijkheidsrisico dat de gemeente voor de herstelkosten loopt, met dien verstande dat de gemeente in het voorstel geen 1/3 deel, maar de helft van de misgelopen inkomsten voor haar rekening neemt. Ik vind het voorstel vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bezien riskant. Ik vind dat de gemeente met de regeling voor de gemaakte herstelkosten een aanvaarbare regeling treft voor haar aansprakelijkheidsrisico's. Ik zie gelet op de procespositie van de gemeente niet direct

aanleiding om daarbovenop een deel van de misgelopen inkomsten aan NEC te vergoeden. Overigens zal een MEO pas een regeling willen treffen voor schade die in voldoende mate vaststaat. Ik stel vast dat NEC de geleden schade vooralsnog niet heeft gedocumenteerd.

4. Didam-arrest in het algemeen

4.1. *Didam-arrest*

Met het Didam-arrest doel ik op het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778).

In de kort gedingprocedure die tot het Didam-arrest heeft geleid, staat een privaatrechtelijke overeenkomst centraal waarbij de gemeente Didam een perceel grond aan een projectontwikkelaar heeft verkocht. Er is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht of een duidelijk grensoverschrijdend belang. De Hoge Raad overweegt dat uit artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat een gemeente bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen.[1]

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat een gemeente die voornemens is een haar toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de onroerende zaak indien er meer gegadigden zijn of te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval moet de gemeente met inachtneming van de haar toekomende beleidsruimte criteria opstellen aan de hand waarvan de koper geselecteerd wordt. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Om de werking van het gelijkheidsbeginsel te verzekeren moet een passende mate van openbaarheid verzekerd worden met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdsschema en de toe te passen selectiecriteria. De gemeente 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.

> De Hoge Raad verwijst naar de bestuursrechtelijke rechtspraak over schaarse (publiekrechtelijke) vergunningen.[2]

Er hoeft geen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure geboden te worden als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria dat er slechts één serieuze gegadigde voor de aankoop in aanmerking komt. In dat geval moet de gemeente het voornemen om te verkopen tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen. De gemeente moet in de kennisgeving motiveren

---

[1] Zie ook HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565.
[2] AbRS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

waarom naar haar oordeel op grond van de hiervoor geformuleerde criteria redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

De Hoge Raad staat in het arrest niet stil bij de gevolgen van zijn arrest voor lopende onderhandelingen, getekende overeenkomsten en geëffectueerde leveringen. Evenmin besteedt de Hoge Raad aandacht aan wat voor toekomstige gevallen de gevolgen zijn als een gemeente in strijd met het Didam-arrest overeenkomsten sluit (en effectueert). De Hoge Raad heeft de zaak terugverwezen naar het hof Den Bosch. Als advocaat van één van de partijen in het Didam-arrest weet ik dat de zaak niet bij het hof in Den Bosch zal worden aangebracht. Partijen hebben afgesproken dat zij de zaak naar aanleiding van het rechtbankvonnis in de bodemprocedure in hoger beroep zullen voorleggen aan het hof Arnhem-Leeuwarden. Gelet op de procedureafspraken die partijen gemaakt hebben, verwacht ik dat er voor eind 2023 een hof-arrest ligt.

4.2. *Nietigheid*

Deze paragraaf is getiteld 'nietigheid'. Als een rechtshandeling 'nietig' is, kunnen partijen over en weer geen aanspraak maken op nakoming daarvan en dus ook niet op schadevergoeding vanwege het tekortschieten in de nakoming daarvan. Het is daarom van belang om na te gaan of overeenkomsten die zijn of worden aangegaan in strijd met het Didam-arrest nietig zijn. Daarover gaat deze paragraaf.

Artikel 3:40 BW regelt wanneer een rechtshandeling nietig is. Dat is het geval bij strijd met een dwingende wetsbepaling, de goede zeden of de openbare orde. In geval van strijd met een dwingende wetsbepaling is geen sprake van nietigheid, maar van vernietigbaarheid, als (1) de betreffende wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling en (2) vernietigbaarheid niet in strijd is met de strekking van de betreffende bepaling. Bovendien geldt voor rechtshandelingen die in strijd met een dwingende wetsbepaling worden verricht, de sanctie van nietigheid niet als de wetsbepaling niet de strekking heeft de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling aan te tasten.

De hiervoor beschreven escapes gelden alleen voor rechtshandelingen die in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling. Voor rechtshandelingen die door hun inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde gelden deze uitzonderingen niet. Het is daarom van belang om na te gaan of handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel in de betekenis die de Hoge Raad daaraan in het Didam-arrest heeft gegeven, in strijd is met een dwingende wetsbepaling dan wel de goede zeden/openbare orde.

Uit de literatuur volgt dat een overeenkomst die verplicht tot een prestatie die niet rechtstreeks is verboden, maar slechts met overtreding van een verbod kan worden verricht, niet een door de wet verboden overeenkomst is. Een dergelijke overeenkomst is niet nietig wegens strijd met een dwingende wetsbepaling.[3]

[3] Asser Hartkamp 6-III, nr. 317. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, 1981, p. 191.

Een overeenkomst die door een gemeente wordt aangegaan in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zal in deze benadering nietig zijn of kunnen zijn wegens strijd met de openbare orde en niet wegens strijd met een dwingende wetsbepaling. In het arrest Alkemade/Hornkamp volgt de Hoge Raad deze lijn. Dit arrest gaat over een exploitatieovereenkomst die in strijd met het systeem van de Wet op de Ruimtelijke Ordening sociaal economische bindingseisen bevatte. Door de overeenkomst te sluiten, handelde de gemeente volgens de Hoge Raad in strijd met het beginsel van misbruik van bevoegdheid. Door dit beginsel te schenden heeft de gemeente gehandeld in strijd met de openbare orde. Daarom oordeelt de Hoge Raad dat de exploitatieovereenkomst nietig is.[4]

Als de hiervoor geschetste benadering ook zou gelden voor de schending van het gelijkheidsbeginsel bij overeenkomsten over gemeentelijk eigendom, zou dat zeer verstrekkende consequenties hebben. Overeenkomsten waarvoor geen toepassing is of wordt gegeven aan de door de Hoge Raad uit het gelijkheidsbeginsel afgeleide verplichtingen zouden dan nietig zijn. De partijen zouden in dat geval over en weer geen aanspraak kunnen maken op nakoming van de overeengekomen verplichtingen. Overdrachten die reeds hebben plaatsgevonden, zouden eveneens nietig zijn, omdat een rechtsgeldige titel ontbreekt.[5] Dat zou zeer ingrijpende en onwenselijke gevolgen hebben voor het rechtsverkeer. Daarom verwacht ik dat de burgerlijke rechter op zoek zal gaan naar een route om aan de nietigheidssanctie te ontkomen. Ik zie daarvoor een aantal mogelijkheden.

In *eerste plaats* biedt de parlementaire geschiedenis ruimte voor een minder strakke interpretatie van artikel 3:40 BW. Ik citeer:

> *"Strijd met de openbare orde en de goede zeden is per definitie nietig. Is de rechter van mening dat de rechtshandeling in kwestie gesauveerd moet worden, dan zal hij tot de conclusie moeten komen dat ze niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, want anders heeft hij geen speelruimte meer. De uitzondering waarin is voorzien, geldt alleen als er sprake is van strijd met de wet. (...)*
>
> *Er is een heel groot aantal gedeeltelijk formeel wettelijke bepalingen en gedeeltelijk bepalingen zoals allerlei ministeriële beschikkingen en lagere verordeningen van gemeenten, provincies, en dergelijke, waarmee rechtshandelingen op de een of andere manier kunnen botsen. Al die hogere en lagere wetgevers - en ik denk hierbij aan wetgeving van andere departementen - hebben de privaatrechtelijke gevolgen niet voor ogen als zij regels maken. Dat betekent dat je niet veel verder komt dan dat je aan de rechter overlaat te bepalen wat in concreto de meest redelijke regeling is. Je kunt het op twee manieren aan de rechter overlaten. Je kunt zeggen dat het een kwestie is van openbare orde en goede zeden. Dit is een algemene term, maar huiselijk gezegd komt het erop neer dat je het aan de hand van die maatstaf aan die rechter overlaat. Een andere methode is dat je stelt: „in strijd met de*

---

[4] HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655. Ook in andere zaken wordt de nietigheid via de band van artikel 3:40 lid 1 BW geconstrueerd. Zie bij voorbeeld HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056.
[5] Artikel 3:84 BW.

> *wet brengt in beginsel dit of dat mee, tenzij. Beide varianten doen zich bij de rechtspraak voor en beide hebben een kapstok gekregen."*[6]

In die minder strakke benadering is er wellicht toch ruimte voor toepassing van artikel 3:40 lid 2 en lid 3 van het BW.

In het arrest Esmilo/Mediq Apotheken[7] heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij deze passage uit de Parlementaire Geschiedenis. In dit arrest overweegt de Hoge Raad:

> *"Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen."*

In het arrest over de Wet tarieven gezondheidszorg (OZF/AZL)[8] oordeelde de Hoge Raad dat voor nietigheid wegens strijd met de openbare orde vereist is dat sprake is van een zo fundamentele inbreuk op de beginselen van de rechtsorde dat strijd met de openbare orde moet worden aangenomen.

Ook de aanbestedingsrechtspraak biedt aanknopingspunten in deze richting. In een arrest van 22 januari 1999 staat[9]:

> *"Ook dit onderdeel faalt. Zoals hiervoor is overwogen, houden de regels betreffende aanbesteding van werken niet in dat een overeenkomst nietig is omdat de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd bij de aanbestedingsprocedure die tot die overeenkomst heeft geleid. Zoals is opgemerkt in de MvA bij art. 3:40 (Parl. Gesch. Boek 3, p. 192) zal een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, ook niet op grond van alleen die strijdigheid door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde kunnen worden geacht. Het enkele feit dat de aanbestedingsregels in het onderhavige geval niet zouden zijn nageleefd, wettigt aldus niet de conclusie dat de overeenkomst tussen De Vliert en Gibros nietig zou zijn. Dat zich in het onderhavige geval bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan die tot een ander oordeel zouden moeten leiden, is in dit geding niet aangevoerd."*

Uit bovenstaande uiteenzetting volgt dat er ruimte is voor een benadering waarin handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel ofwel via de band van artikel 3:40 lid 2 of lid 3 van het BW niet tot nietigheid leidt ofwel niet zonder meer in strijd met de openbare orde is en daarom niet nietig. Voor reeds gesloten overeenkomsten geldt in ieder geval

---

[6] Zie Parlementaire Geschiedenis BW Inv 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1137.
[7] HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 en NJ 2013/172.
[8] HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555,NJ 2002/364. Zie ook HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184.
[9] HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, r.o. 3.3.4.

dat zich één van de omstandigheden voordoet die volgens het arrest Esmilo/Mediq Apotheken bij de rechterlijke beoordeling een rol moeten spelen: partijen waren zich op het moment dat de overeenkomst is aangegaan niet bewust van de strijd met het gelijkheidsbeginsel en konden daarmee ook niet bekend zijn. Daar staat tegenover dat het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel rechtsbeginsel is. De vraag is echter of dat voldoende is om nietigheid te rechtvaardigen.

In de *tweede plaats* is voor overeenkomsten die vóór 26 november 2021 zijn gesloten, pleitbaar dat deze vanwege het vertrouwensbeginsel en/of de redelijkheid en billijkheid geldig zijn en voor zover ze nog niet ten uitvoer zijn gebracht, (nog steeds) moeten worden uitgevoerd.[10]

Samengevat vind ik verdedigbaar dat overeenkomsten die gesloten zijn vóór 26 november 2021 niet nietig zijn. De belangrijkste reden daarvoor is dat partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten niet bekend waren en konden zijn met de verplichtingen die voor de gemeente bij het aangaan van dergelijke overeenkomsten op de gemeente rusten. Bovendien zou nietigheid zeer verstrekkende gevolgen hebben voor (de rechtszekerheid in) het rechtsverkeer.

4.3. *Didam-arrest in dit geval*
Het Didam-arrest heeft grote gevolgen voor de mogelijkheden om één-op-één te contracteren over gemeentelijk vastgoed. In het arrest zet de Hoge Raad duidelijk uiteen welke verplichtingen op grond van het gelijkheidsbeginsel op de gemeente rusten. De gemeente moet (potentiële) gegadigden gelegenheid bieden om mee te dingen naar overeenkomsten over gemeentelijk onroerend goed en dat op passende wijze openbaar maken. Aan de gemeente komt beleidsruimte toe bij de invulling van deze vereisten. Criteria die de gemeente formuleert moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

Dat betekent dat de gemeente in veel gevallen waar tot nu toe één-op-één werd gecontracteerd, dat niet meer mag. Wel heeft de gemeente beleidsruimte om te bepalen welke kringen van gegadigden in aanmerking komen. Ook voor deze criteria gelden de vereisten van objectiviteit, toetsbaarheid en redelijkheid. Bovendien mag de gemeente één-op-één contracteren als er maar één serieuze gegadigde is.

Ik ben van mening dat vóór het Didam-arrest gesloten overeenkomsten niet nietig zijn. Dat betekent dat de gemeente deze overeenkomsten kan en moet nakomen. Rechtspraak die dit expliciet bevestigt, is (nog) niet voorhanden.[11] In uw geval heeft de gemeente ruim voor het Didam-arrest een koopoptie aan NEC verleend. Het Didam-arrest staat er niet aan in de weg dat NEC de koopoptie licht. Complicerende factor is dat NEC de koopoptie niet wenst te lichten tegen de overeengekomen condities. Er is geen contractuele verplichting van de gemeente om met een lagere koopprijs genoegen te

---

[10] Zie Hartkamp in: 'Vertrouwen in het burgerlijke recht' in de S.C.J.J. Kortmann-bundel, 2017, p. 169 e.v.
[11] Zie in gelijke zin: S.E. Bartels, 'Zijn Didam-strijdige overeenkomsten nietig?', WPNR 2022, p. 864-865.

nemen. Dat betekent dat er, bij een lagere uitoefenprijs, in Didam-technische zin sprake is van een nieuwe overeenkomst die na het Didam-arrest wordt gesloten. Er kan dan geen beroep gedaan worden op de uitzondering dat voor overeenkomsten die vóór het Didam-arrest gesloten zijn, geen mededingingsruimte geboden hoeft te worden.

Er is echter nog een tweede redenering aan de hand waarvan pleitbaar is dat NEC de enige serieuze gegadigde is. In die redenering is NEC de enige serieuze gegadigde, omdat zij de zittende huurder is die (ook recent nog) investeringen in het Stadion heeft gedaan. Een vergelijkbare redenering heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland gevolgd. In een uitspraak van 4 augustus 2022[12] heeft deze voorzieningenrechter geoordeeld dat de zittende huurders van een aantal strandhuisjes als enige serieuze gegadigde voor de koop van de tot dat moment door hen gehuurde strandhuisjes in aanmerking konden komen. De investeringen die de betreffende huurders hadden gedaan in de strandhuisjes was volgens de voorzieningenrechter een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente aan hen een voorrangspositie mocht verlenen.

NEC heeft evenals de zittende huurders in bovenstaande uitspraak investeringen in het gehuurde (in het geval van NEC: het Stadion) gedaan. Het betreft onder meer de kosten van de herstelwerkzaamheden van de ingestorte tribune. De uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland biedt daarmee een tweede aanknopingspunt voor de onderbouwing dat NEC de enige serieuze gegadigde is voor de verwerving van het Stadion.

> Of nog relevant is of NEC zelf eigenaar blijft van het Stadion of het Stadion aan een derde doorverkoopt, is onzeker. Ik adviseer daarom in de overeenkomsten die de gemeente met NEC sluit alleen de relatie NEC-gemeente te regelen. NEC is nadat zij eigenaar is geworden, nadat de procedure van artikel 5 van de koopoptie is doorlopen, bevoegd het Stadion aan een derde te verkopen. Deze latere doorverkoop staat dan los van de één-op-één verkoop door de gemeente aan NEC en daaraan zou dan geen betekenis mogen en kunnen toekomen bij de beoordeling van de houdbaarheid van de transactie tussen de gemeente en NEC.

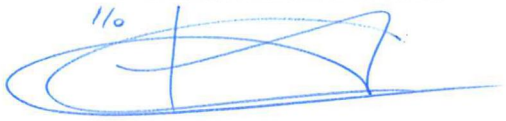
Er geldt (wel) een verplichting voor de gemeente om de voorgenomen uitgifte van het opstalrecht aan NEC te publiceren. Aan derden moet de mogelijkheid geboden worden om de vraag of de gemeente op goede gronden heeft geoordeeld dat NEC de enige serieuze gegadigde is, aan de rechter voor te leggen. Voor zover van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt wordt, handelt de gemeente niet in strijd met het Didam-arrest door het opstalrecht aan NEC uit te geven.

---

[12] Voorzieningenrechter rechtbank Noord-Holland 4 augustus 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:7046.

Ik hoop dat ik al uw vragen in dit advies naar tevredenheid heb beantwoord. Ik ben graag bereid het advies nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



T.E.P.A. Lam
advocaat