

# VU Research Portal

## Hoge Raad (Didam-arrest)

van Ommeren, FJ

2022

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

van Ommeren, FJ., (2022). *Hoge Raad (Didam-arrest)*: AB 2022/11, No. 2, No. 11, 9 p., Nov 26, 2021. (AB Administratief Rechtelijke Beslissingen).  
[https://www.navigators.nl/document/id7d0bdca79fdd4b53aac77efade8283e5?ctx=WKNL\\_CSL\\_3](https://www.navigators.nl/document/id7d0bdca79fdd4b53aac77efade8283e5?ctx=WKNL_CSL_3)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **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.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Gemeentelijke gronduitgifte. Privaatrechtelijke overheidsovereenkomst. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gelijkheidsbeginsel. Schaarste. Ve...

HR 26-11-2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, m.nt. F.J. van Ommeren

### Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

### Datum

26 november 2021

### Magistraten

Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma, G.C. Makkink

### Zaaknummer

20/00123

### Noot

F.J. van Ommeren

### Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

### JCDI

JCDI:ADS627106:1

### Vakgebied(en)

Civiel recht algemeen (V)

### Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2021:1778, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 26-11-2021

ECLI:NL:PHR:2021:243, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 12-03-2021

Beroepschrift, Hoge Raad, 13-01-2020

### Wetingang

Art. 3:14 BW

## Essentie

**Gemeentelijke gronduitgifte. Privaatrechtelijke overheidsovereenkomst. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Gelijkheidsbeginsel. Schaarste. Verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Selectiecriteria. Passende mate van openbaarheid. Staatssteun?**

## Samenvatting

*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. 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.*

*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. 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. 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.

De hiervoor 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.

## Partij(en)

Arrest in de zaak van:

1. Eiseres 1,
  2. Becedo Vastgoed IV B.V., te Didam, gemeente Montferland,
  3. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V., te Didam, gemeente Montferland,
- eiseressen tot cassatie, hierna: eiseressen, advocaat: R.L.M.M. Tan,  
tegen

1. Gemeente Montferland, te Didam, gemeente Montferland, verweerster in cassatie, advocaat: T. van Malssen,
2. De vennootschap onder firma verweerster 2, verweerster in cassatie, advocaat: J.F. de Groot.

## Uitspraak

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- het vonnis in de zaak C/05/345864/KZ ZA 18-284 van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Gelderland van 8 januari 2019, hersteld bij vonnis van 7 maart 2019;
- het arrest in de zaak 200.253.579 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 november 2019.

Eiseressen hebben tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

De Gemeente en verweerster 2 hebben ieder afzonderlijk een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor eiseressen mede door A.A. al Khatib.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van eiseressen heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 2. Uitgangspunten en feiten

#### 2.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Eiseres 1 is een onderneming die als franchisenemer Albert Heijn-supermarkten exploiteert. Becedo Vastgoed IV houdt zich bezig met verhuur van onroerend goed, handel in eigen onroerend goed en aan- en verkoop en verhuur van registergoederen. Becedo Vastgoed Ontwikkeling legt zich toe op vastgoedontwikkeling. Zij maken alle deel uit van het eiseres 1 concern. Directeur van dit concern is betrokkene 1.
- (ii) De Gemeente is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam met daarop het oude gemeentehuis aan de Raadhuisstraat 14 te Didam (hierna: de gemeentehuislocatie).
- (iii) Verweerster 2 is een onderneming gericht op vastgoedontwikkeling.
- (iv) Eén van de Albert Heijn-supermarkten van eiseres 1 is gevestigd op een locatie buiten het dorpscentrum van Didam.
- (v) De Gemeente is voornemens om het dorpscentrum van Didam ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2016 het Masterplan Didam 'De samenleving verandert' vastgesteld (hierna: het Masterplan).
- (vi) Medio 2016 hebben eiseressen mondeling aan de Gemeente laten weten geïnteresseerd te zijn in de gemeentehuislocatie. Betrokkene 1 heeft daarover gesproken met de Gemeente en onder meer met een wethouder tijdens een vastgoedbeurs. Ook heeft een gesprek plaatsgevonden tussen betrokkene 1 en een wethouder van de Gemeente op 7 juli 2016. De Gemeente heeft betrokkene 1 verwezen naar verweerster 2 met de mededeling dat de gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop is, maar onderdeel uitmaakt van de totale ontwikkeling van het Raadhuisplein.
- (vii) Op 18 juli 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen betrokkene 1 en de wethouder grondzaken van de Gemeente. Onderwerp van dit gesprek was de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie en de door Didam Have gewenste verplaatsing van haar Albert Heijn-supermarkt naar het dorpscentrum van Didam. De Gemeente

- heeft betrokkene 1 toen weer verwezen naar verweerster 2.
- (viii)** Eiseressen hebben de Gemeente bij brief van 7 augustus 2018, voor zover relevant, bericht:
- “Het Masterplan is buiten medeweten van eiseres 1 tot stand gekomen: eiseres 1 is daar [op] generlei wijze bij betrokken. Dit terwijl het Masterplan onder meer beoogt dat supermarkten die buiten het centrum zijn gelegen — zoals de Albert Heijn-supermarkt van eiseres 1 — verhuizen naar het centrum.
- (...)
- Als een van de potentiële locaties voor verplaatsers wordt het oude gemeentehuis genoemd, een locatie die in eigendom is van de gemeente (...).
- In lijn met het Masterplan wil eiseres 1 zich graag vestigen in het centrum van Didam en wel op de locatie van het oude gemeentehuis (...).
- Eiseres 1 heeft evenwel vernomen dat de Gemeente met verweerster 2 Vastgoed B.V. (...) onderhands in overleg is over de herontwikkeling van Gemeentehuislocatie. Daarbij is het streven, zo begrijpt eiseres 1, dat de COOP-supermarkt wordt verplaatst naar de Gemeentehuislocatie; een supermarkt, die reeds in het centrum gevestigd is. Net als het geval was bij de totstandkoming van het Masterplan is eiseres 1 op generlei wijze in kennis gesteld over het voornemen tot en invulling van deze herontwikkeling.
- Deze procedure, die onder meer voorziet in de mogelijkheid een supermarkt te realiseren, verloopt daarmee volstrekt intransparant (...), terwijl bovendien onduidelijk is in hoeverre de prijs die verweerster 2 voor de grond betaalt, marktconform is en dus niet in strijd is met staatssteunregels. Bovendien is deze onderhandse toekenning van het recht om deze gemeentelijke gronden te gebruiken in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. (...) Gemeenten zijn ook bij privaatrechtelijk handelen, zoals het verkopen of in gebruik geven van grond, onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuurlijk handelen, waaronder het gelijkheidsbeginsel (...).
- Gelet op het voorgaande verzoek ik u en zo nodig sommeer ik u binnen veertien dagen na verzending van deze brief mij te bevestigen dat ieder overleg tussen (medewerkers van) de Gemeente met verweerster 2 of aan haar gelieerde (rechts)personen over de herontwikkeling van de Gemeentehuislocatie wordt gestaakt en dat een openbare biedprocedure wordt gestart met betrekking tot de herontwikkeling van in ieder geval de Gemeentehuislocatie.
- (...)”
- (ix)** De Gemeente heeft laten weten dat zij geen gevolg zal geven aan de sommatie van eiseressen
- (x)** Op 3 oktober 2019 zijn zowel de ‘Koopovereenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.’ als de ‘Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.’ tussen de Gemeente en verweerster 2 tot stand gekomen.

## 2.2.

Eiseressen vorderen in dit kort geding, voor zover in cassatie van belang, primair dat de Gemeente zal worden verboden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure, subsidiair dat de Gemeente zal worden bevolen aan hen een schriftelijke uitnodiging te sturen om een bod te doen op de gemeentehuislocatie, en uiterst subsidiair dat de rechter voorzieningen beveelt en/of verbiedt die hem juist voorkomen. De voorzieningenrechter heeft verweerster 2 toegestaan tussen te komen en heeft eiseressen niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen wegens gebrek aan spoedeisend belang.[\[1\]](#)

## 2.3.

In hoger beroep hebben eiseressen hun eis vermeerderd en, voor het geval dat de gemeentehuislocatie al aan verweerster 2 is verkocht en/of geleverd voordat eindarrest is gewezen, gevorderd dat de Gemeente en verweerster 2 hoofdelijk worden veroordeeld de koop en levering ongedaan te maken. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voor zover eiseressen niet-ontvankelijk zijn verklaard in hun vorderingen, en de vorderingen van eiseressen zowel tegen de Gemeente als verweerster 2 afgewezen.[\[2\]](#) Daartoe heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt geoordeeld.

Er is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht van de Gemeente aan verweerster 2. Zelfs al zou sprake zijn van een overheidsopdracht, dan blijft de waarde ervan ruim onder de Europese drempel. Er geldt ook geen transparantieverplichting, nu geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (rov. 5.6).

Eiseressen hebben niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de Gemeente in strijd met het staatssteunrecht handelt door verweerster 2 een voorkeurspositie te geven. Bovendien geldt dat zelfs als sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun, daardoor nog niet de door eiseressen gevorderde verplichting van de Gemeente ontstaat om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven (rov. 5.7).

Over de door eiseressen bedoelde, in de bestuursrechtspraak gehanteerde ‘mededingings- en transparantienorm’ heeft het hof overwogen:

“5.8. Eiseressen betoogt verder dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. Daarvan is volgens eiseressen sprake bij een toplocatie midden in het centrum van Didam waar een supermarkt kan worden gevestigd, zodat het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel vergen dat alle potentiële gegadigden een kans krijgen die schaarse grond te verkrijgen. Het hof ziet dat anders. Een dergelijke ‘mededingingsnorm bij schaarse vergunningen’ is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste. Eiseressen heeft in dit kort geding niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte die in het centrum van Didam beschikbaar is voor een supermarkt, ook niet met de verklaring van makelaar [makelaar] (...) dat er op dit moment geen vergelijkbare locatie te koop wordt aangeboden. (...)”

Ten slotte is het hof ingegaan op de door eiseressen gestelde strijd met het gelijkheidsbeginsel voor het overige en heeft het op grond van een belangenafweging geoordeeld dat er geen reden is om de levering van de gemeentehuislocatie aan verweerster 2 te verbieden. Naar het oordeel van het hof is van strijd met het vertrouwensbeginsel evenmin sprake (rov. 5.10–5.12).

### 3. Beoordeling van het middel

#### 3.1.1.

Onderdeel I.a van het middel keert zich tegen rov. 5.8 van het bestreden arrest. Het klaagt dat het hof heeft miskend dat in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, al dan niet naar analogie van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016,<sup>[3]</sup> die er toe strekt dat bij de verdeling van schaarse grond, daaronder begrepen de verkoop als in het onderhavige geval aan de orde is, in beginsel door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de grond mee te dingen, althans aan hen van wie het bestuur weet dat zij geïnteresseerd zijn in de desbetreffende grond. Voorts heeft het hof miskend dat het bestuur, om gelijke kansen te realiseren, in beginsel een passende mate van openbaarheid moet verzekeren bij de verkoop van de grond, aldus het onderdeel.

#### 3.1.2.

Het gaat in deze zaak om een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij een overheidslichaam een aan hem toebehorende onroerende zaak verkoopt. In cassatie is niet bestreden het oordeel van het hof in rov. 5.6 dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht of van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

#### 3.1.3.

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.<sup>[4]</sup> 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.<sup>[5]</sup> 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.<sup>[6]</sup>

### 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.

### 3.1.7.

Het hof heeft in rov. 5.8 het hiervoor in 3.1.4–3.1.6 overwogene miskend. Onderdeel I.a slaagt dus.

### 3.1.8.

Onderdeel I.b klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 5.8 dat eiseressen in dit kort geding niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

### 3.1.9.

Het onderdeel slaagt. Het bestreden oordeel van het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting als het hof heeft miskend dat in deze context niet beslissend is of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel niet voldoende gemotiveerd nu het hof niet is ingegaan op de stelling van eiseressen dat meerdere partijen (verweerster 2 en eiseressen) geïnteresseerd zijn in het onderhavige perceel terwijl niet alle partijen dit zullen kunnen verwerven.

### 3.1.10.

Eiseressen hebben geen afzonderlijke klachten gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.11 dat, ook al zou de Gemeente jegens eiseressen in strijd met het gelijkheidsbeginsel hebben gehandeld door verweerster 2 exclusief onderdeel te laten uitmaken van het Masterplan, er geen plaats is voor toewijzing van de vorderingen van eiseressen, omdat de belangen van de Gemeente bij doorgang van de inmiddels vergaande samenwerking met verweerster 2 dienen te prevaleren boven de belangen van eiseressen bij blokkering hiervan. Anders dan de Gemeente heeft aangevoerd, betekent dit niet dat het slagen van de onderdelen I.a en I.b niet tot cassatie kan leiden. Het oordeel van het hof in rov. 5.11 berust immers mede op de door de onderdelen I.a en I.b met succes bestreden overwegingen van het hof in rov. 5.8.

### 3.1.11.

Onderdeel I.c gaat uit van een verkeerde lezing van het bestreden arrest en kan wegens gebrek aan feitelijke grondslag dus niet tot cassatie leiden.

### 3.2.

Onderdeel II keert zich tegen het oordeel van het hof over staatssteun in rov. 5.7, welk oordeel is gebaseerd op twee gronden. Elk van beide gronden kan de beslissing tot afwijzing van de vordering op grond van het staatssteunrecht zelfstandig dragen. Onderdeel II.c, dat zich keert tegen de tweede grond, faalt op de gronden uiteengezet in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2.52. De overige klachten van het onderdeel, die zich keren tegen de eerste grond, kunnen bij gebrek aan belang dus niet tot cassatie leiden.

### 3.3.

Onderdeel III behoeft geen afzonderlijke behandeling.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 november 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt de Gemeente en verweerster 2 in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van eiseressen begroot op € 1.013,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Gemeente en verweerster 2 deze niet binnen veertien dagen na

## Noot

**Auteur:** F.J. van Ommeren

### 1.

*Oók bij overheidsverkoop.* De kogel is door de kerk! Als de overheid een haar toebehorende onroerende zaak verkoopt, is daarop het beginsel van gelijke kansen van toepassing, hetgeen met zich brengt dat de overheid aan (potentiële) gegadigden de ruimte moet bieden om mee te dingen naar die onroerende zaak en daarvoor een passende mate van openbaarheid moet verzekeren.

Deze uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting werd in het verleden (i) vanwege de doelstelling van de totstandbrenging van een interne markt door middel van het aanbestedingsrecht geïntroduceerd bij overheidsinkoop, vervolgens (ii) door de bestuursrechter toegepast op schaarse vergunningen en ontheffingen en (iii) ook op schaarse subsidies en andere financiële tegemoetkomingen, en nu (iv) stelt de burgerlijke rechter dezelfde eisen ook bij overheidsverkoop, althans bij verkoop van onroerende zaken. Dat is een vérstrekkend maar wel voor de hand liggend vervolg. Men zie meer uitvoerig voor het om zich heen grijpen van deze verplichting op deze terreinen de annotatie onder het bestreden arrest van het hof (Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, AB 2020/116, m.nt. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren).

In zoverre hing dit arrest al jaren in de lucht. Dat neemt niet weg dat het arrest in de rechtspraak, en dan met name in de vastgoedwereld, is ingeslagen als een bom. Dat hoeft niet te verwonderen, want het arrest vereist een aanzienlijke verandering van een tot nu toe nog veel voorkomende praktijk. Overigens komt het ook voor dat gemeenten bij gronduitgifte uit eigen beweging doen wat de Hoge Raad hier voorschrijft.

### 2.

*Verkoop supermarktlocatie.* In essentie is het volgende het geval. De gemeente is voornemens een in haar eigendom zijnd perceel — de zogeheten gemeentehuislocatie — in het kader van een meerjarige samenwerking aan een projectontwikkelaar te verkopen met het oog op de vestiging van een supermarkt. Het is de bedoeling dat een Coöp het pand gaat huren van de projectontwikkelaar. Een franchisenemer die Albert Heijn-supermarkten exploiteert, laat de gemeente meerdere keren weten geïnteresseerd te zijn in het perceel, maar hij wordt slechts verwezen naar de projectontwikkelaar, die belast is met de ontwikkeling van het gebied. De gemeente heeft in zijn ogen de projectontwikkelaar een voorkeurspositie gegeven. Hij is van oordeel dat hij geen eerlijke kans heeft gekregen om mee te dingen naar de aankoop van het perceel. Zijn vorderingen strekken ertoe dat hij die kans alsnog krijgt.

In het kader van de hiervoor genoemde toepassingsterreinen is het van belang te benadrukken dat er i.c. geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, omdat er geen bouwplicht wordt opgelegd. Bovendien blijft de waarde ervan onder de Europese drempel noch is er sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie over deze aspecten meer uitvoerig de genoemde annotatie bij het arrest van het hof, AB 2020/116).

### 3.

*Verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel.* Het is standaardrechtspraak dat de overheid zowel bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten (*Zeeland/Hoondert*: HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, AB 1992/542, NJ 1993/232) als bij het uitvoeren ervan (*Amsterdam/Ikon*: HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB 1987/273, NJ 1987/727, AB *Klassiek* 2016/11) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dus het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen.

Het gelijkheidsbeginsel kent, in de woorden van de Hoge Raad, verschillende “verschijningsvormen” (o.a. HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, AB 2001/412, NJ 2003/615). Alleen al vanwege zijn prominente plaats krijgt het gelijkheidsbeginsel van art. 1 Grondwet relatief veel aandacht. Maar daarnaast zijn er ook andere verschijningsvormen, zoals het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* (gelijkheid voor de publieke lasten) en zeker ook het gelijkheidsbeginsel als *beginsel van gelijke kansen*. Deze laatste verschijningsvorm is de laatste jaren vooral in de bestuursrechtelijke jurisprudentie uitdrukkelijk tot volle wasdom gekomen. De klassieke uitspraak, waarop eiseressen zich i.c. beroepen, is *Speelautomatenhal Vlaardingen* (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel).

De vraag die tot nu toe nog niet was beantwoord, was of deze verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel — het beginsel van gelijke kansen — als beginsel van ongeschreven recht op de overheid van toepassing is wanneer zij privaatrechtelijk handelt, althans een privaatrechtelijke overeenkomst sluit. In dit arrest wordt die vraag uitdrukkelijk bevestigend beantwoord.

#### 4.

*Schaarste*. Voor de toepasselijkheid van het beginsel van gelijke kansen geldt er wel iets bijzonders. Dit beginsel is niet, zoals de meeste *algemene* beginselen van behoorlijk bestuur, zonder meer op het overheidsoptreden van toepassing, maar uitsluitend als er sprake is van schaarste. Dat roept de vraag op wanneer er precies sprake is van schaarste. Is de interesse van een concurrent voldoende om de locatie als schaars aan te merken?

Dit is het springende punt van dit arrest. Volgens het hof — en de A-G gaat hierin mee — is er in dit geval geen sprake van een schaarste locatie, omdat er ook elders in het centrum van Didam een supermarktlocatie kan worden gevonden.

Waarom zou het voor het aannemen van schaarste echter niet voldoende zijn dat er meer (potentiële) gegadigden zijn dan er rechten beschikbaar zijn? Waarom zou, met andere woorden, hun subjectieve belangstelling niet voldoende zijn? In onze annotatie onder het arrest van het hof hebben Huisman en ik daarover onze verwondering uitgesproken. Uit het beginsel van gelijke kansen vloeit de verplichting voort om mededingingsruimte te creëren. De gemeente zou, wanneer de rechter een enger concept 'schaarste' zou bezigen, als aanbieder die rechtsnorm kunnen ontduiken. Dan zou het beginsel van gelijke kansen voor die specifieke locatie niet worden verwezenlijkt, terwijl bepaalde partijen daarom wel verzoeken.

In de literatuur wordt dit aspect van schaarste aangeduid als het "niveau" waarop de schaarste wordt vastgesteld, zie met name: C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013, p. 370 e.v. Als de aanbieder, zoals hier de gemeente, de ruimte heeft om het niveau van de schaarste te bepalen, bijvoorbeeld door (potentiële) gegadigden naar andere locaties te verwijzen terwijl hun voorkeur daarnaar niet uitgaat, dan biedt hem dat de mogelijkheid de toepasselijke normen te omzeilen en in feite een 'voorverdeling' te creëren.

Dat is de reden dat in de literatuur van meet af aan tot uitgangspunt is genomen dat — als er een plafond of maximum is vastgesteld — de schaarste van het recht wordt bepaald door de voorkeur van de (potentiële) gegadigden of aanvragers en niet door de overheid als aanbieder, zie met name F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 18 e.v.

De Hoge Raad neemt voor het aannemen van schaarste als maatstaf "of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak" (r.o. 3.1.9). De Afdeling bestuursrechtspraak zit op dezelfde lijn; zij gaat zelfs net iets verder. Voor het aannemen van schaarste acht zij voldoende dat er een plafond bestaat. Of de vraag daadwerkelijk groter is dan het aanbod, laat zij buiten bespreking, zie *Ligplaatsvergunning Rederij Lovers* (ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, AB 2019/496). Zelfs of het redelijkerwijs te verwachten valt dat er meer aanvragers zullen zijn, kan aldus bij schaarse vergunningen buiten beschouwing blijven. In de literatuur wordt wel onderscheiden tussen daadwerkelijke en potentiële schaarste. Potentiële schaarste acht de Afdeling dus voldoende om van schaarste te spreken.

#### 5.

*Geen uitzonderingen en beperkingen?* De verplichting om mededingingsruimte te bieden en te zorgen voor een passende mate van openbaarheid kan veel inspanningen van alle betrokkenen vergen. Afgezien van de uitzondering ingeval er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt (waarover de annotatie onder het bestreden arrest van het hof, AB 2020/116), laat de Hoge Raad zich in dit arrest niet uit over mogelijke beperkingen van deze rechtsnormen. Toch laten die zich wel degelijk denken. De ervaringen op de aan het begin van deze noot al kort genoemde terreinen geven enig inzicht in de mogelijkheid om beperkingen en uitzonderingen te maken.

Bij de introductie van de verplichting om mededingingsruimte te bieden in de al genoemde uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* merkte de Afdeling bestuursrechtspraak meteen op dat deze verplichting kan worden beperkt door wettelijk voorschriften. Overigens stelt de Afdeling wel enige grenzen aan de wettelijke beperking van de mededingingsruimte. Een eis die in ieder geval geldt is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt is er blijk van geeft dat de mededingingsruimte is meegewogen, aldus de Afdeling.

Het voorbeeld bij uitstek van een wet die enerzijds mededingingsruimte creëert maar die anderzijds ook beperkt, is de Aanbestedingswet 2012. Voor overheidsinkoop kent de Aanbestedingswet 2012 allerlei beperkingen en uitzonderingen. De A-G noemt in zijn conclusie (nr. 2.31 en 2.39) terecht als praktisch nadeel van de overeenkomstige toepassing van de mededingings- en transparantienorm op de verkoop van (bouw)grond in overheidseigendom, dat deze normen geen drempelbedrag kennen waaronder het toepassen van deze normen achterwege kan blijven. Het lijkt mij inderdaad moeilijk te rechtvaardigen dat bij overheidsinkoop wel een onderdrempel wordt gehanteerd maar bij overheidsverkoop niet.

Een arrest waarin de Hoge Raad zich baseert op de door de wetgever aangebrachte en uit de parlementaire geschiedenis blijkende beperking van de reikwijdte van het beginsel van gelijke kansen, is het arrest *HLA/Kadaster* (HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, AB 2017/347, NJ 2017/383). Dat arrest heeft betrekking op de meervoudige onderhandse aanbesteding.

Ter voorkoming van misverstanden zij hier dan ook benadrukt dat uit de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel niet mag worden afgeleid dat er geen uitzonderingen denkbaar zouden zijn op de toepasselijke rechtsnormen. Integendeel, voor het maken van uitzonderingen dient een objectieve, toetsbare en redelijke rechtvaardiging aanwezig te zijn. De maatstaf



van “objectief, toetsbaar en redelijk” is te ontleen aan de maatstaf die de Hoge Raad aanlegt voor de selectiecriteria (r.o. 3.1.4). Het is logisch dat de gronden om een uitzondering te maken eveneens aan deze maatstaf dienen te voldoen. Wanneer die gerechtvaardigde uitzondering of beperking gelijkelijk geldt voor alle partijen, staat het gelijkheidsbeginsel — hier: het beginsel van gelijke kansen — aan die uitzonderingen en beperkingen niet in de weg. Het ligt mijns inziens dan ook niet in de rede om uit het feit dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest over deze uitzonderingsmogelijkheid niets zegt, af te leiden dat dit arrest aan dergelijke uitzonderingen in de weg staat. Integendeel, veeleer is het aannemelijk dat de Hoge Raad in dit arrest hierover zwijgt om de rechtsontwikkeling op dit punt geen beperking op te leggen.

## 6.

*Bagatel en bestuurlijke lasten.* Het lijkt mij van belang dat de wet- en regelgever zich over de uitzonderingen op en de beperkingen van deze rechtsnormen uitdrukkelijk uitsprekt. Voor privaatrechtelijk overheidshandelen kan dat ook gebeuren door de gebruiker van algemene voorwaarden. In hoeverre kan een overheidslichaam in zijn algemene gronduitgiftevoorwaarden bepalen dat voor bepaalde uitgiffen de mededingingssystematiek in het geheel niet of slechts in beperkte mate geldt? De uitzondering of beperking zal in elk geval objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn. Mededinging is niet steeds zinvol. De vormgeving van een verdelingsprocedure die mededinging mogelijk maakt, is een aangelegenheid die van de overheid het nodige verlangt. Ook daarom is het van belang dat in de uitgiftevoorwaarden een drempel wordt opgenomen die uitsluit dat voor een bagatel een verdelingsprocedure wordt opgezet die mededingingsruimte creëert. Op die manier kunnen de bestuurlijke lasten van een verdelingsprocedure met mededinging enigszins worden ingeperkt. Dit is vooral aan de orde indien een mededingingsprocedure onevenredig is in verhouding tot de ermee te dienen doelen.

## 7.

*Openbare gronduitgiftevoorwaarden.* Het einde van de onderhandse praktijk dwingt de overheid nog meer haar gronduitgiftevoorwaarden openbaar te maken. Er moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot (a) de beschikbaarheid van de onroerende zaak, (b) de selectieprocedure, (c) het tijdschema en (d) de toe te passen selectiecriteria (r.o. 3.1.5). Deze punten zijn voor de verdeling van schaarse vergunningen reeds kenbaar uit de Afdelingsuitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen*. De Hoge Raad heeft ze als het ware vertaald voor de uitgifte door de overheid van schaarse onroerende zaken.

Algemene gronduitgiftevoorwaarden van de overheid zijn over het algemeen aan te merken als privaatrechtelijke beleidsregels. De A-G (nr. 2.39) spreekt over protocollen of beleidsregels. De Hoge Raad pleegt voor het afwijken van dit soort beleid de regel van art. 4:84 Awb toe te passen, zie vrij recent het arrest *1997-Beleid* (HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:719, AB 2020/288). Men zie nader over hun rechtskarakter en de verhouding met algemene voorwaarden in de zin van afd. 6.5.3 BW: P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 12.8, p. 662 e.v.

## 8.

*Geen overheidslichaam, wel aanbestedende dienst.* De reikwijdte van het onderhavige arrest is beperkt tot overheidslichamen. Immers, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op de overheid. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij, zo overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.1.3). Er zijn evenwel nogal wat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in de zin van de Aanbestedingswet 2012 die niet tevens overheidslichaam zijn, althans niet de status hebben van bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb. Voor zorgen onderwijsinstellingen (tenzij bestuursorgaan) en voor bedrijven als de NV Nederlandse Spoorwegen, de NV Luchthaven Schiphol, de landelijke netbeheerder Tennet BV en de regionale waterleidingbedrijven geldt dat zij voor hun inkoopactiviteiten weliswaar onder het regime van de Aanbestedingswet 2012 vallen, maar mochten zij roerende of onroerende zaken willen verkopen, dan kunnen zij dat doen zonder het beginsel van gelijke kansen — en dus de verplichting om mededingingsruimte en passende openbaarheid te bieden — in acht te nemen.

Voor de vaststelling van de kring van rechtssubjecten waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn, geldt het arrest *RZG/ComforMed* (HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2380, AB 2003/365, NJ 2004/35) als standaardarrest. Mijns inziens mag uit het arrest *RZG/ComforMed* niet worden afgeleid dat de Hoge Raad de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal blijven beperken tot de bestuursorganen in de zin van de Awb. Het is veeleer wachten op een zaak waarin hij zich daarover zal kunnen uitspreken. Men zie recentelijk in deze richting ook R. Schlössels, ‘De beginselen van behoorlijk bestuur bij ‘privaat bestuur’’, in: R. Schlössels e.a., *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Nijmegen: WLP 2021, p. 26 e.v. De verkoop van roerende of onroerende zaken door aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven, die niet tevens bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, biedt daarvoor wellicht een goede mogelijkheid.

## 9.

*Geleidelijke rechtsontwikkeling.* In 2004 gaf ik aan dat, vanwege de rechtstreekse toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het privaatrechtelijk overheidsoptreden, de overheid mijns inziens bij de verdeling van schaarste langs privaatrechtelijke weg — zoals de uitgifte van bouw kavels — gelijke kansen moet bieden en een daarvoor geschikte verdelingsprocedure moet hanteren (F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-63). Het heeft zeventien jaar geduurd voordat het rechtens zo ver was.

De volgende voorspelling ligt inmiddels voor de hand: het valt niet te rechtvaardigen dat bepaalde private instellingen die een publieke taak verrichten voor hun inkoop wél het beginsel van gelijke kansen — met de daaruit voortvloeiende verplichting om mededingingsruimte te bieden en passende openbaarheid te verzekeren — in acht moeten nemen, maar voor hun verkoopactiviteiten niet. Er komt dan ook vast een moment waarop de Hoge Raad ook voor deze instellingen zal overwegen dat bij schaarste voor zowel inkoop als verkoop deze normen in acht moeten worden genomen, net zoals met het onderhavige arrest geldend recht is voor overheidslichamen. Zou het weer zolang duren voordat het zo ver is?

Voetnoten

[1.]

Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

[2.]

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

[3.]

ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

[4.]

Vgl. HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, rov. 3.3; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, rov. 3.3.

[5.]

Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 8, met betrekking tot het verlenen van schaarse vergunningen.

[6.]

Vgl. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, rov. 8.