



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij het Didam-arrest: Op grond van art. 3:14 BW moet een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht nemen.

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2022). Annotatie bij het Didam-arrest: Op grond van art. 3:14 BW moet een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht nemen. *De Gemeentestem*, 2022(7540), 239-245. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3494127>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3494127>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gst. 2022/45

Hoge Raad (Civiele kamer) 26 november 2021, nr. 20/00123
(Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink)
m.nt. A. Drahmman¹

(Art. 3:14 BW)

BR 2022/7
RAV 2022/16
Module Aanbesteding 2021/1604
RvdW 2021/1150
NJB 2021/3180
Module Aanbesteding 2021/1728
NJ 2022/149
RCR 2022/11
AB 2022/11
RVR 2022/1
Prg. 2022/6
ECLI:NL:HR:2021:1778
ECLI:NL:PHR:2021:243

Op grond van art. 3:14 BW moet een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht nemen. 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. (Montferland)

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 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.

ARREST

In de zaak van

1. [eiseres 1] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
hierna: [eiseres 1],
2. BECEDO VASTGOED IV B.V.,
gevestigd te Didam, gemeente Montferland,
hierna: Becedo Vastgoed IV,
3. BECEDO VASTGOED ONTWIKKELING B.V.,
gevestigd te Didam, gemeente Montferland,
hierna: Becedo Vastgoed Ontwikkeling,
EISERESSEN tot cassatie,
hierna: [eiseressen],
advocaat: R.L.M.M. Tan,
tegen
1. GEMEENTE MONTFERLAND,
zetelende te Didam, gemeente Montferland,
VERWEERSTER in cassatie,
hierna: de Gemeente,
advocaat: T. van Malssen,
2. de vennootschap onder firma
[verweerster 2],
gevestigd te [vestigingsplaats],
VERWEERSTER in cassatie,
hierna: [verweerster 2],
advocaat: J.F. de Groot.

¹ Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

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] (hierna: [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 sommige 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.²

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 geweest, 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.³ 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 transparantieplichting, 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 2016,⁴ 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

² Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

⁴ ABRV's 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.⁵ 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.⁶ 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.⁷

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 heden hebben voldaan.

Naschrift

1. **Inleiding**

Met dit Didam-arrest heeft de Hoge Raad 2021 met vuurwerk afgesloten. Mede omdat de Hoge Raad een andere lijn kiest dan zowel het hof als de procureur-generaal, kwam het oordeel voor velen als een verrassing. In essentie oordeelt

5 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.

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

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

de Hoge Raad dat gemeenten bij grondverkoop op grond van het gelijkheidsbeginsel een selectieprocedure moeten volgen waarbij meerdere gegadigden een kans moeten krijgen om mee te kunnen dingen.

2. Casus

In Didam (gemeente Montferland) is een aantal supermarkten gevestigd. Binnen het dorpscentrum zijn dat een Coöp en een Nettorama, en buiten het centrum een Albert Heijn en een Aldi. De gemeente wil het dorpscentrum ingrijpend wijzigen. Daartoe heeft de gemeenteraad in 2016 een masterplan vastgesteld. Onderdeel van het masterplan is de herontwikkeling van het perceel waarop het oude gemeentehuis staat. In het plan is opgenomen dat de gemeente supermarkten zo veel mogelijk wil concentreren in het centrum. Het oude gemeentehuis is daarvoor een potentiële locatie. Bij de ontwikkeling zou de Coöp dan verplaatsen naar de gemeentehuislocatie en de Aldi naar de locatie van de huidige Coöp. Beide supermarkten zouden de locaties huren van dezelfde vastgoedontwikkelaar. Daarnaast zou op de plek van de bibliotheek en het voormalige postkantoor een parkeerplaats komen. In 2016 en 2018 laat Albert Heijn aan de gemeente weten ook geïnteresseerd te zijn in een verplaatsing naar de gemeentehuislocatie. De gemeente verwijst naar de vastgoedontwikkelaar, omdat de gemeentehuislocatie niet los te koop zou zijn, maar onderdeel zou uitmaken van de totale ontwikkeling van het Raadhuisplein. In 2019 heeft de gemeente met de ontwikkelaar een koopovereenkomst voor de gemeentehuislocatie en een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Dit is reden voor Albert Heijn om de gemeente te dagvaarden. Volgens Albert Heijn heeft de gemeente onder meer het gelijkheids- en transparantiebeginsel geschonden met deze onderhandse grondverkoop.

3. Juridisch speelveld

De kern van dit geschil is dus de vraag wanneer een overheid een recht openbaar moet aanbieden. Afhankelijk van het soort recht kunnen verschillende juridische kaders een rol spelen. Allereerst het aanbestedingsrecht. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 (waarin diverse Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn geïmplementeerd) moeten bepaalde overheidsopdrachten en -concessies openbaar worden aanbesteed. Het hof heeft geoordeeld dat in casu niet kan worden gesteld dat de gemeente aan de ontwikkelaar een opdracht tot het uitvoeren van werk heeft gegund (r.o. 5.6) en in cassatie is dit punt niet meer aan de orde (zie over de aanbestedingsrechtelijke aspecten uitgebreider: A. Jurgens-Boot, 'Gelijke kansen voor gronduitgifte: van Roanne naar Didam', *BR* 2022/24). Uit het Unierecht (meer in het bijzonder de vrij-verkeerbepalingen uit het VWEU) volgt echter dat, ook als geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, toch een transparante procedure gevolgd moet worden als sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Ook daarvan heeft het hof echter geoordeeld dat hiervan in casu geen sprake is (r.o. 5.6). Naast deze transparantieverplichtingen bij het sluiten van overeenkomsten, geldt ook een transparantieverplichting bij het verlenen

van schaarse vergunningen. In het *Betfair*-arrest (HvJ EU 3 juni 2010, ECLI EU:C:2010:307) is (heel kort samengevat) geoordeeld dat bij een éénvergunningstelsel de effecten van die vergunningverlening hetzelfde zijn als die van een concessieverlening en dat daarom ook het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht moeten worden genomen. Daarnaast is ook in de Dienstenrichtlijn een verplichting opgenomen om voor bepaalde schaarse vergunningen een transparante selectieprocedure te volgen. In 2016 is aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) de vraag voorgelegd of in een zuiver nationale situatie (waar noch de Dienstenrichtlijn noch het Unierecht van toepassing is) een schaarse vergunning 'onderhands' kan worden verleend. De Afdeling oordeelde in de Vlaardingen-uitspraak (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927) dat dit niet het geval is: op grond van het gelijkheidsbeginsel – als nationaal beginsel van behoorlijk bestuur – moet mededingingsruimte worden geboden als een schaarse vergunning wordt verleend. Een gewone 'kale' overeenkomst voor de verkoop van grond valt onder geen van de hiervoor genoemde kaders: het is geen aanbestedingsplichtige opdracht en ook geen (schaarse) vergunning. Naar aanleiding van de Vlaardingen-uitspraak rees echter de vraag of deze uitspraak gevolgen zou hebben voor dit soort overeenkomsten. Artikel 3:14 BW bepaalt immers dat een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot die regels behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus ook het gelijkheidsbeginsel. Zou deze bepaling tot gevolg hebben dat ook bij grondverkoop een beginsel van gelijke kansen in acht zou moeten worden genomen? Of zou worden geoordeeld dat de wetgever met de Aanbestedingswet heeft beoogd een voor het privaatrecht uitputtende regeling te treffen? Of zou, zoals Peters betoogt in *JB* 2022/21, deze verplichting alleen moeten gelden voor overeenkomsten met publiekrechtelijke relevantie? Met dit arrest heeft de Hoge Raad deze vragen beantwoord: ja, het gelijkheidsbeginsel moet ook bij grondverkoop in acht worden genomen. Als gekeken wordt naar de zjujst geschetste ontwikkeling die het gelijkheidsbeginsel de afgelopen jaren heeft gemaakt in het aanbestedingsrecht, Unierecht en bestuursrecht, kan worden gezegd dat het oordeel van de Hoge Raad goed in deze lijn past.

4. Gelijheidsbeginsel

De juridische grondslag voor de verplichting om een selectieprocedure te organiseren bij grondverkoop wordt dus door de Hoge Raad (en in navolging van de Afdeling) gebaseerd op het (nationale) gelijkheidsbeginsel. Het is om twee redenen zinvol om hierbij stil te staan. Ten eerste wordt bij de klassieke uitleg van het gelijkheidsbeginsel gekeken naar de uitkomst: iemand wil hetzelfde als wat een ander al eerder heeft gekregen van de overheid. Van een dergelijk beroep op het gelijkheidsbeginsel was bijvoorbeeld sprake in het arrest *Lichtenvoorde/Dusseldorp* (HR 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT0971, *Gst.* 2005/98, m.nt. J.A.E. van der Does) waar de vraag aan de orde was of een andere

gronduitgifteprijs mocht worden gehanteerd. In het hier gepubliceerde Didam-arrest gaat het echter om het formele (of procedurele) gelijkheidsbeginsel. De uitkomst van de procedure kan immers nooit zijn dat meerdere partijen de grond kunnen kopen. Het gaat hier om een gelijke kans om aan de selectieprocedure mee te mogen doen.

Ten tweede wijs ik erop dat de door de Hoge Raad geformuleerde verplichting soms ook wordt omschreven als een 'mededingingsverplichting'. Mededinging heeft bij sommigen wellicht een associatie met marktwerking en "de hoogste bieder". Hierna zal ik nog toelichten dat het moeten organiseren van een selectieprocedure niets afdoet aan de beleidsruimte die overheden hebben. Belangrijker is echter dat gelijke behandeling een belangrijk (grond)recht in onze samenleving is dat niet alleen geldt voor individuen, maar ook voor ondernemers. In de kern moet de verplichting om gelijke kansen te bieden waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de overheid wordt uitgebannen. Het moeten organiseren van een transparante selectieprocedure is dus een belangrijke anticorruptiemaatregel die moet voorkomen dat door middel van vriendjespolitiek grond onderhands wordt verkocht.

5. *Selectieprocedure*

De Hoge Raad heeft slechts beknopt aangegeven hoe de selectieprocedure moet worden vormgegeven. Ten eerste zal de overheid selectiecriteria moeten vaststellen op basis waarvan de koper zal worden geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Van belang is dat de overheid een grote mate van beleidsruimte heeft om te bepalen aan welke eisen de koper en het grondgebruik moeten voldoen. Dit is deels een publiekrechtelijk kader, zoals het bestemmingsplan dat bepaalt welk gebruik is toegestaan, maar ook bij het opstellen van de selectiecriteria is er beleidsruimte. Deze beleidsruimte maakt het mijns inziens mogelijk om bijvoorbeeld te bepalen dat uitsluitend maatschappelijke ondernemingen voor de grondverkoop in aanmerking komen. Ook maakt deze beleidsruimte het mogelijk om niet alleen te bepalen dat er een supermarkt in het oude gemeentehuis van Didam moet komen, maar ook dat dit een supermarkt uit het hogere segment moet zijn, omdat er elders in het centrum al een budgetsupermarkt is. Hierdoor wordt het aantal gegadigden weliswaar aanzienlijk beperkt, maar dient dit een objectief en redelijk beleidsdoel. Ten tweede heeft de Hoge Raad geoordeeld dat tijdig een passende mate van openbaarheid moet worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria (r.o. 3.5). Met deze transparantieverplichting sluit de Hoge Raad aan bij hetgeen al gebruikelijk is in zowel het aanbestedingsrecht als het bestuursrecht. Wel is vermeldenswaardig dat de Hoge Raad het heeft over een 'selectieprocedure' en niet over een 'aangebestedingsprocedure'. Mijns inziens biedt dit overheden de ruimte om te kiezen voor een procedure die weliswaar transparant is en gelijke kansen biedt, maar niet hoeft te voldoen aan alle, vaak als zwaar ervaren, eisen die de Aanbestedingswet stelt aan een openbare aanbestedingsprocedure. In het

bestuursrecht is het bijvoorbeeld naast een tender (kwantitatieve toets) ook mogelijk om vergunningen of subsidies te verloten of te verstrekken aan degene die zich als eerste meldt – en uiteraard mits diegene aan alle selectiecriteria voldoet. Deze twee alternatieve selectieprocedures zijn ook niet onbekend voor de verkoop van kavels of woningen aan particulieren. Als een tender wordt gezien als een disproportioneel zware procedure (mede in het licht van de te bereiken doelen), dan zouden deze alternatieven overwogen kunnen worden. Wordt het wenselijk gevonden een zo hoog mogelijke opbrengst voor de grond te verkrijgen, dan kan een veiling ook een optie zijn. Hoewel deze keuzeruimte op dit moment, zo kort na het arrest, wellicht nog wordt ervaren als onduidelijk, zal het hopelijk op termijn worden gewaardeerd, omdat de ene grondverkoop nu eenmaal niet de andere is en deze keuzeruimte maatwerk mogelijk maakt.

6. *Uitzondering*

Niet onbelangrijk is dat de Hoge Raad in het arrest direct een uitzondering heeft geformuleerd. Een selectieprocedure hoeft niet te worden georganiseerd als bij voorbaat vaststaat (of redelijkerwijs mag worden aangenomen) dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het voornemen tot de onderhandse verkoop nog wel tijdig voorafgaand aan de verkoop bekend te worden gemaakt. Wanneer deze uitzondering precies toepasbaar is, zal uit vervolgjurisprudentie moeten blijken. Mijns inziens kan deze uitzondering bijvoorbeeld worden benut bij de verkoop van de grond aan de eigenaar van het naastgelegen perceel. Stel dat een ziekenhuis of school wil uitbreiden en daartoe de naastgelegen gemeentegrond wil aankopen, dan is de eigenaar van dat ziekenhuis of school de enige serieuze gegadigde. Ook hier speelt dus het beleidsdoel van de verkoop een rol. In algemene zin kan ik me goed voorstellen dat ook bestaande (historische) grondposities ertoe kunnen leiden dat er nog maar één serieuze gegadigde is om tot een bepaalde ontwikkeling te kunnen komen. Ook in de Didam-casus is sprake van de herontwikkeling van een groter gebied. Gesteld zou kunnen worden dat, nu de vastgoedontwikkelaar al de eigenaar is van de andere te ontwikkelen gronden, deze partij de enige serieuze gegadigde kan zijn voor het oude gemeentehuis. In dit geval zijn (zo begrijp ik uit het arrest) die gronden echter pas kort voor de aankoop van het gemeentehuis verworven om er een parkeerterrein aan te kunnen leggen voor die te realiseren supermarkt. Het in een dergelijk geval aanvaarden van een uitzondering op de mededingingsplicht zou de deur kunnen openen voor schijnconstructies, waarbij een ontwikkelaar met medeweten van de overheid gronden van een derde zou verwerven met als doel de mededingingsplicht te omzeilen. Overheden zouden aan een dergelijke constructie geen medewerking moeten verlenen.

7. *Overgangssituatie*

Een nieuwe rechtsplicht leidt altijd tot vragen rondom overgangssituaties. Het reikt te ver om deze in deze annotatie

allemaal uit te werken. Ik wijs daarvoor graag naar het factsheet dat de Rijksoverheid heeft gepubliceerd op <https://www.woningmarktbeleid.nl/>. Hierin is onder meer aangegeven dat het niet voor de hand ligt dat reeds gesloten overeenkomsten alsnog zonder meer nietig of vernietigbaar zouden zijn. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig. In het verlengde hiervan zou ik historische bouwclaims, koopopties, grondruilovereenkomsten ook als overgangssituatie willen bestempelen. Op grond van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel is het redelijk dat de overheid deze in het verleden gemaakte afspraken nakomt en dat in deze specifieke situaties die beginselen zwaarder wegen dan (deze voor velen nieuwe uitleg van) het gelijkheidsbeginsel. Wie meer wil weten over de gevolgen voor reeds gesloten overeenkomsten verwijs ik ook naar: Haverkate & Brand, 'Het Didam-arrest en de gevolgen voor privaatrechtelijke overeenkomsten', *TvHB* 2022/1, par. 6.

8. *Schaarste*

Het hof was van oordeel dat Albert Heijn onvoldoende aannemelijk zou hebben gemaakt dat sprake is van schaarse ruimte die in het centrum van Didam beschikbaar is voor een supermarkt. Ook met deze redenering gaat de Hoge Raad niet mee. De Hoge Raad oordeelt dat 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. Ik kan mij geheel verenigen met dit oordeel van de Hoge Raad. Zoals gesteld, is het doel van het bieden van gelijke kansen dat favoritisme wordt voorkomen en daarvoor is het slechts nodig om te kijken of voor een bepaalde concrete grondverkoop er meerdere serieuze gegadigden (kunnen) zijn.

9. *Verdere uitbreiding?*

Een laatste vraag is of met dit arrest de olievlekwerking van het gelijkheidsbeginsel is voltooid. Dat denk ik niet. Het arrest van de Hoge Raad ziet op de verkoop van onroerende zaken, maar de overheid sluit ook andere overeenkomsten, zoals (erf)pacht-, opstal- en huurovereenkomsten. Bij het sluiten van die overeenkomsten moet de overheid evenzeer de beginselen van behoorlijk bestuur op grond van artikel 3:14 BW in acht nemen. Ik zie geen reden waarom het gelijkheidsbeginsel ook bij het sluiten van die overeenkomsten niet in acht zou moeten worden genomen. Ook Haverkate en Brand zijn van mening dat de verplichting om mededingingsruimte te bieden geldt voor alle andere privaatrechtelijke overeenkomsten die de overheid sluit. Bijzonder aandachtspunt is dan de looptijd van die overeenkomsten. Uitgangspunt in zowel het aanbestedings- als het bestuursrecht is immers dat dergelijke schaarse rechten voor bepaalde tijd worden verleend. Dit aspect komt in dit Hoge Raad-arrest niet aan de orde, omdat koop altijd voor onbepaalde tijd is. Voor andere overeenkomsten ligt dit echter anders.

Van Ommeren gaat zelfs nog twee stappen verder. Volgens hem valt het allereerst niet te rechtvaardigen dat bepaalde private instellingen die een publieke taak verrichten voor

hun inkoop wél het beginsel van gelijke kansen in acht moeten nemen, maar voor hun verkoopactiviteiten niet (*AB* 2022/11). Daarnaast heeft hij, samen met Jansen en Van Boom de vraag gesteld of het beginsel van gelijke kansen niet ook zou moeten gaan gelden voor alle overheidsinkopen, dus ook onder de drempelwaarden. Het bieden van mededingingsruimte kan ook hier voorkomen dat overheden zich laten leiden door dubieuze overwegingen én kan maatschappelijke meerwaarde voor de samenleving realiseren (Jansen, Van Ommeren & Van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', *NJB* 2022/746). Of zij gelijk krijgen zal uit vervolgsjurisprudentie moeten blijken.

10. *Afronding*

Met dit Hoge Raad-arrest is een belangrijke vervolgstap gezet in de toepassing van het beginsel van gelijke kansen door overheden. Gelet op artikel 3:14 BW en de eerdere uitspraken van de Afdeling over dit beginsel, zie ik het arrest als een logische en goede ontwikkeling. Toch roept een dergelijke nieuwe uitleg van het gelijkheidsbeginsel voor de praktijk nieuwe (uitvoerings)vragen op. In het aanbestedings-, subsidie- en vergunningenrecht is de laatste jaren al veel ervaring opgedaan met het transparant verdelen van schaarse rechten. Veel van de daar opgedane ervaringen kunnen hier analoog worden toegepast. Ik zou dan ook willen afronden met de oproep om binnen de overheid die 'best practices' uit te wisselen. Door een dergelijke samenwerking hoeft men niet het wiel opnieuw uit te vinden en kan de verdeling van schaarse rechten zich verder ontwikkelen tot een coherent leerstuk.

A. Drahmman

Gst. 2022/46

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
23 maart 2022, nr. 202107635/2/R3
(Mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen)
m.nt. J.W. van Zundert¹

(Art. 3.1 Wro; art. 8:72, 8:81 Awb)

ECLI:NL:RVS:2022:823

Preventieve schorsing bestemmingsplan in verband met Tegelen-jurisprudentie. (Haaksbergen)

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de belangen van verzoeker bij een schorsing van het inmiddels in werking getreden bestemmingsplan wat betreft de mogelijk gemaakte ruimtevoor-ruimtwoning in dit geval zwaarder wegen dan de belangen van partij bij het voorkomen van een verdere vertraging

¹ Co van Zundert is oud-universitair hoofddocent Omgevingsrecht aan de Universiteit Twente.