

## Zorgplicht notaris. Verkoop overheidsvastgoed. De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van overheidsvastgoed. Hoe ver re...

HR 26-11-2021, ECLI:NL:HR:2021:1778

**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

**Conclusie**

plv. P-G mr. F.F. Langemeijer

**JCDI**

JCDI:ADS646217:1

**Vakgebied(en)**

Juridische beroepen / Notaris

Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Staatssteun (V)

Vastgoedrecht / Algemeen

**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

**Wetgeving**

Art. 3:14, art. 3:40 BW; art. 17 lid 1, art. 21 lid 2 Wna; art. 11 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011

### Essentie

**Zorgplicht notaris. Verkoop overheidsvastgoed. Wankele titel. 'Didam-arrest'.****De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van overheidsvastgoed. Hoe ver reikt de zorgplicht van de notaris?**

### Samenvatting

Aanleiding voor het arrest is de herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Bij deze ontwikkeling zijn de eigendommen van verschillende partijen betrokken, waaronder de gemeentehuislocatie die eigendom is van de gemeente. De beoogde ontwikkelaar voor het gehele gebied was Groenstaete. Onderdeel van de ontwikkeling was het verplaatsen van een reeds in het centrum aanwezige Coop-supermarkt naar het oude gemeentehuis. Een buiten het centrum gevestigde Aldi-supermarkt zou vervolgens naar de oude Coop-locatie verhuizen. Een franchisenemer van een buiten het centrum gevestigde Albert Heijn-supermarkt liet weten ook interesse te hebben in de gemeentehuislocatie. De gemeente liet hem echter weten dat de gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop was en verwees hem door naar Groenstaete. Dit was zonder succes, want de gemeente kwam onderhands met Groenstaete overeen dat Groenstaete de gemeentehuislocatie zou kopen en ontwikkelen. De franchisenemer stelde vervolgens een kort geding in om de voorgenomen verkoop van de gemeentehuislocatie aan Groenstaete te voorkomen.

HR: Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat een overheidslichaam, dat het voornemen heeft een 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. Daartoe dient het tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid te scheppen door informatie over beschikbaarheid van de onroerende zaak, selectieprocedure, tijdschema en toe te passen selectiecriteria bekend te maken op zodanige wijze, dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Mededingingsruimte 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. Wel dient ook dan publicatie plaats te vinden. Het hof heeft het vorenstaande miskend. Vernietiging en terugverwijzing naar het hof.

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, NJ 2018/192;
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 (Novitaris);
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721, NJ 2013/340;
- HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971, AB 2005/408 (Lichtenvoorde/Dusseldorp);
- HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232;
- HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon);
- ABRvS 11 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406 (Geobox);
- ABRvS 18 januari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253 (Tjalling Koopmans);
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 (Speelautomatenhal Vlaardingen);
- Hof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5599, RN 2011/82 ('Yukos');
- Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 januari 2022, ECLI:NL:OGEAM:2022:7;
- G. Boogaard, 'Diepste zakken eerst zegt de rechter', *Binnenlands Bestuur*, 2021 week 49, p. 9;
- P. Heijnsbroek & J.F. van Nouhuys, 'Commentaar bij het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021', *TA* 2022/3;
- L.C.A. Verstappen, 'De nieuwe rol van de notaris bij verkoop van overheidsvastgoed', *WPNR* 2022, afl. 7355, p. 41-43;
- D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, Deventer, Kluwer, 2002, Hoofdstuk 2;
- P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid (diss. Utrecht)*, Den Haag, IBR:2013, Hoofdstuk 12;
- J.C. Melis, *De Notariswet*, WoltersKluwer, Deventer, 2019, hoofdstuk 4;
- Ministerie BZK, 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen', <https://www.woningmarktbeleid.nl/onderwerpen/grondbeleid>;
- 'Modelbrief Didam-arrest beschikbaar', website KNB (besloten deel voor leden) 17 maart 2022.

### Zie anders:

- Parket HR 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243, JAAN 2021/130;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, AB 2020/116;
- Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

## Wenk

### Inleiding

De in deze wenk besproken uitspraak van de Hoge Raad heeft niet alleen zeer verstrekkende gevolgen voor de gemeentelijke vastgoedpraktijk, maar ook voor de notariële zorgplicht. De notaris komt immers voor de vraag te staan of er aanleiding is om zijn ministerie op te schorten of te weigeren op grond van artikel 21 lid 2 Wna. Uit het arrest van de Hoge Raad vloeit – heel kort gezegd – namelijk voort dat een met de overheid gesloten koopovereenkomst met betrekking tot onroerend goed nietig (of vernietigbaar) kan zijn, indien de overheid potentiële gegadigden geen gelijke mededingingskansen heeft geboden en/of onvoldoende transparant is geweest. Aldus kan sprake zijn van een zogenaamde 'wankele titel'. In een dergelijk geval geldt, volgens Melis ('Zie ook'), het volgende: "Heeft de notaris concrete, sterke aanwijzingen voor die nietigheid dan dient hij zijn dienst mijns inziens zonder meer te weigeren. (...) De titel kan ook vernietigbaar zijn. (...) Bij gereede twijfel over de onaantastbaarheid heeft de notaris dan mijns inziens dienst te weigeren." De KNB ('Zie ook') heeft deze problematiek onderkend en biedt het notariaat handreikingen in de vorm van een modelbrief. De KNB schrijft verder: "De KNB krijgt veel vragen over de toepassing van het Didam-arrest in de notariële praktijk. Naar aanleiding van deze vragen werkt de KNB momenteel aan handvatten voor de praktijk. Deze worden op korte termijn gepubliceerd op NotarisNet." In deze wenk zullen eerst het 'Didam-arrest' en daarna de gevolgen daarvan voor het notariaat besproken worden. De conclusie is dat hoge alertheid bij de verkoop van overheidsvastgoed geboden is.

## *Het oordeel van de Hoge Raad*

De Hoge Raad oordeelt in het 'Didam-arrest' dat een overheidslichaam bij de verkoop van een hem toebehorende onroerende zaak gehouden is om gelijke kansen te bieden, zodra redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. De Hoge Raad baseert deze regel op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel dient het overheidslichaam – met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte – criteria op te stellen op basis waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel brengt voorts 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. In het arrest formuleert de Hoge Raad ook een uitzondering op de hoofdregel. 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 verkoop. Wel moet ook in dat geval een passende mate van openbaarheid worden verzekerd.

### *Gevolgen voor de praktijk*

Dat het 'Didam-arrest' grote gevolgen heeft voor de overheidsvastgoedpraktijk staat inmiddels wel vast. Het arrest maakt immers een einde aan een jarenlange en wijdverbreide praktijk, waarbij overheden onroerende zaken dikwijls één-op-één verkochten aan marktpartijen. Dat mag nu niet meer. Minstens zo relevant is de vraag naar de gevolgen van dit arrest voor de uitoefening van de notariële praktijk. Getuige de modelbrief die de KNB aan haar leden beschikbaar heeft gesteld, staat vast dat het arrest directe gevolgen heeft voor de dienstverlening door notarissen bij overheidstransacties. Met de modelbrief kunnen c.q. moeten notarissen bij overheidslichamen informatie opvragen over het voorafgaand aan een vastgoedtransactie doorlopen van de voorgeschreven mededingingsprocedure. De KNB schrijft: "Een brief naar het betreffende overheidslichaam met dit verzoek zou volgens de KNB voldoende moeten zijn. Daarbij mag de notaris uitgaan van de juistheid van de naar aanleiding hiervan door het overheidslichaam verstrekte informatie, tenzij uit de omstandigheden van het geval expliciet het tegendeel mocht blijken." De vraag zal niet alleen zijn hoe deze aanbeveling in de praktijk zal uitpakken, maar ook of deze aanpak de toets der kritiek van de (tucht)rechter zal kunnen doorstaan. De vraag is immers wat de notaris moet doen met de van een overheidslichaam verkregen informatie. Op grond van artikel 11 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 rust op de notaris de plicht om bij de levering van registergoederen een zodanig onderzoek in te stellen, dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. Volgens Verstappen ('Zie ook') geldt: "De notaris die gevraagd wordt een overdracht te begeleiden, dient in het kader van het titelonderzoek niet alleen de rechtsverkrijging door de verkoper te onderzoeken, maar ook de titel op grond waarvan de verkoper levert." Is het opvragen van informatie bij de overheidsinstantie daartoe dan wel voldoende? En kan de notaris zonder meer varen op de informatie, die het overheidslichaam verstrekt? Hoe moet de verkregen informatie worden geïnterpreteerd? Moet de notaris aanvullend onderzoek doen als er twijfels zijn over de verkregen informatie? En hoe ver reikt dat aanvullende onderzoek dan precies? En wanneer is er aanleiding om het ministerie op te schorten of te weigeren? Te verwachten is dat deze en andere vragen de komende jaren onderwerp zullen zijn van tuchtrechtelijke procedures en aansprakelijkheidsprocedures tegen notarissen, net zoals dat ook het geval is bij het bekende 'Novitaris-arrest' van de Hoge Raad ('Zie ook').

### *Nietig of vernietigbaar?*

Voor de levering van onroerende zaken en de vestiging van beperkte rechten daarop is een notariële akte vereist. De notaris heeft een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen, die zijn beoogd met de in een akte opgenomen rechtshandelingen (HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721). In de literatuur is hierover opgemerkt dat in het rechtsverkeer op de geldigheid van de in de notariële akte vervatte rechtshandeling moet kunnen worden vertrouwd en dat deelnemers aan het rechtsverkeer van die rechtsgeldigheid moeten kunnen uitgaan. Meer in het bijzonder moeten zij erop kunnen vertrouwen dat de in de authentieke akte opgenomen rechtshandeling zonder materieel gebrek tot stand is gekomen en niet bloot staat aan nietigheid of vernietigbaarheid (Boks 2002, p. 37). Een belangrijke vraag is dan ook wat de consequentie is van het niet volgen van de door de Hoge Raad voorgeschreven procedure. Leidt dit tot nietigheid of vernietigbaarheid van de rechtshandeling? De Hoge Raad laat zich daar in het 'Didam-arrest' niet expliciet over uit. Op grond van artikel 3:40 lid 1 BW is een rechtshandeling, die door strekking of inhoud in strijd is met de goede zeden of openbare orde, nietig. De Hoge Raad heeft eerder (zij het in aanbestedingsrechtelijke geschillen) uitgemaakt dat het feit dat een overeenkomst wordt gesloten in strijd met de eisen die worden gesteld aan de totstandkoming daarvan, geen nietigheid op grond van artikel 3:40 lid 1 BW oplevert (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 en HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826). Dit zou betekenen dat het niet volgen van de door de Hoge Raad voorgeschreven mededingingsprocedure uit het 'Didam-arrest' vermoedelijk niet leidt tot nietigheid van de overdracht op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Op grond van artikel 3:40 lid 2 BW is een rechtshandeling echter tevens nietig, wanneer sprake is van strijd met een dwingende wetsbepaling en die bepaling niet uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij die rechtshandeling. De Hoge Raad baseert in het 'Didam-arrest' de verplichting voor het

overheidslichaam om mededingingsruimte te bieden op het gelijkheidsbeginsel. 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, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus ook het gelijkheidsbeginsel (HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565). Het niet volgen van de door de Hoge Raad voorgeschreven procedure levert via artikel 3:14 BW dan ook waarschijnlijk strijd op met een dwingende wetsbepaling. Bovendien geldt dat deze bepaling niet uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen. Het gelijkheidsbeginsel strekt in deze context immers juist ter bescherming van derden (andere potentiële gegadigden voor de onroerende zaak). Het niet volgen van de door de Hoge Raad voorgeschreven procedure zal in beginsel dan ook kunnen leiden tot nietigheid van de rechtshandeling.

#### *De onderzoekplicht van de notaris en de modelbrief*

Als gezegd heeft de notaris een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in een akte opgenomen rechtshandelingen. Deze zorgplicht houdt in de eerste plaats in dat de notaris een onderzoeksplicht rust. De notaris dient te onderzoeken of er aanleiding is om zijn diensten te weigeren of op te schorten (artikel 21 lid 2 Wna). Bij de verkoop van onroerende zaken door een overheidsinstantie houdt de onderzoeksplicht van de notaris in dat deze, mede gelet op artikel 11 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011, moet onderzoeken of de in het 'Didam-arrest' door de Hoge Raad voorgeschreven procedure is gevolgd bij het selecteren van een koper. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de vraag of de voorgeschreven procedure is gevolgd en of dit op de juiste wijze is gebeurd (formele toets) en anderzijds de vraag of het overheidslichaam bij het selecteren van een koper of het van toepassing achten van een uitzondering, de juiste criteria heeft gehanteerd (inhoudelijke toets). De eerste vraag is voor de notaris eenvoudiger te beantwoorden dan de tweede vraag. Dit brengt ons bij de vraag hoe ver de onderzoeksplicht van de notaris reikt. Een in de praktijk belangrijk uitgangspunt daarbij is dat de notaris er in het algemeen van uit mag gaan dat de gegevens die cliënten hem aanleveren juist zijn, tenzij hij reden heeft te vermoeden dat de informatie niet juist of onvolledig is. Zoals gezegd heeft de KNB een modelbrief aan haar leden ter beschikking gesteld, waarvan zij in een voorkomend geval gebruik kunnen maken als om hun ministerie wordt gevraagd bij de verkoop van een onroerende zaak door een overheidslichaam, dan wel een andere privaatrechtelijke rechtshandeling die onder de reikwijdte van het 'Didam-arrest' valt. Aan de hand van de brief wordt het overheidslichaam gevraagd de notaris te informeren over de vraag of ten aanzien van koopovereenkomst de in het 'Didam-arrest' voorgeschreven procedure van toepassing is en, zo ja, of deze is gevolgd. Tevens wordt gevraagd of sprake is van een uitzonderingsgeval, zoals de situatie dat de desbetreffende koper de enige serieuze gegadigde is, die in aanmerking komt voor de aankoop. Het is echter de vraag of een notaris die van de modelbrief gebruik maakt, daarmee steeds voldoet aan de op hem of haar rustende zwaarwegende zorgplicht. In de eerste plaats is het de vraag of wel aan de zorgplicht wordt voldaan als het overheidslichaam simpelweg antwoordt dat de procedure uit het 'Didam-arrest' is doorlopen. Waarschijnlijk zal de notaris, teneinde aan de onderzoeksplicht te voldoen, soms nadere vragen moeten stellen, dan wel nader onderzoek moeten doen. Daarbij gaat de onderzoeksplicht uiteraard niet zover dat de notaris zich een eigen oordeel dient te vormen over de door het overheidslichaam gehanteerde selectiecriteria (dat oordeel is immers aan de rechter voorbehouden), maar de notaris dient waarschijnlijk wel na te gaan of het overheidslichaam daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van selectiecriteria en of de voorgenomen verkoop daadwerkelijk is gepubliceerd. Een complicatie daarbij is dat de Hoge Raad in het 'Didam-arrest' weliswaar een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte heeft geformuleerd, maar dat er nog veel onduidelijk is over de precieze reikwijdte van die plicht. Welke overheidshandelingen vallen er wel en welke vallen er niet onder? Ook is nog niet precies duidelijk wanneer sprake is van één serieuze gegadigde en het overheidslichaam dus gebruik kan maken van de uitzondering op de plicht om mededingingsruimte te bieden. Een ander punt waarover in de praktijk nog onduidelijkheid bestaat, is hoe de aan de rechtshandeling voorafgaande publicatie van het overheidslichaam er precies uit moet zien. Te verwachten is dan ook dat er de komende jaren veel rechtspraak zal volgen, waarin de procedure uit het 'Didam-arrest' nader zal worden uitgewerkt. Voor nu geldt echter dat notarissen bij de beoordeling van de door het overheidslichaam te verstrekken informatie niet altijd zeker zullen (kunnen) weten of de gevolgde procedure wel helemaal correct is doorlopen. In de tweede plaats is het de vraag of de modelbrief van de KNB wel adequaat is als het om de te verkrijgen informatie gaat. De modelbrief gaat er bijvoorbeeld aan voorbij dat, ook als sprake is van een uitzonderingssituatie en het overheidslichaam geen mededingingsruimte hoeft te bieden, er wel een bepaalde procedure moet worden doorlopen. Zo moet het overheidslichaam ook in dat geval het voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend maken, dat een ieder daarvan kennis kan nemen. In de brief wordt niet concreet gevraagd of ook deze procedure is doorlopen. Kortom, een notaris die genoegen neemt met een bevestigend antwoord op de door hem te verzenden modelbrief, voldoet mogelijk toch niet (altijd) aan zijn zorgplicht. De KNB werkt echter nog aan nadere handvatten voor de notaris en dat is een goede zaak.

#### *De belangen van derden*

Hoewel de zorgplicht van de notaris primair betrekking heeft op de belangen van de partijen bij de akte, volgt, onder andere, uit het 'Novitaris-arrest' dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden ook verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831). De belangen van derden zijn onder meer

betrokken bij de verlangde ambtsverrichting, indien deze betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden, al gaat het daarbij meestal om een recht op levering of obligatoire rechten, zoals een koopoptie of voorkeursrecht. Toch is het 'Novitaris-arrest' relevant, omdat de Hoge Raad in het daaropvolgende arrest in 2017 ('Zie ook') heeft overwogen: "In deze overwegingen is een algemene norm weergegeven ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden. Die norm is een uitwerking van art. 21 lid 2 Wna en bouwt voort op eerdere rechtspraak." Het bieden van mededingingsruimte bij de verkoop van onroerende zaken door een overheidslichaam dient per definitie het belang van derden (lees: potentiële gegadigden), die een eerlijke kans moeten krijgen om voor de verwerving van een onroerende zaak in aanmerking te komen. Het moeilijke daarbij is echter dat meestal niet bekend is wie die derden zijn. Daarom schrijft de Hoge Raad immers ook een passende mate van openbaarheid voor. Het zal voor een notaris dus niet eenvoudig zijn om invulling te geven aan zijn zorgplicht richting derden.

#### *Opschorting ministerie en waarschuwingsplicht*

Wat moet een notaris nu doen als deze twijfelt over de vraag of het overheidslichaam de in het 'Didam-arrest' voorgeschreven procedure wel (op juiste wijze) heeft doorlopen, dan wel twijfelt of het overheidslichaam terecht een beroep doet op de uitzondering? Voorop staat de ministerieplicht. Dit kan echter anders zijn, als sprake is van een redelijke overtuiging of vermoeden dat het verlenen van ministerie leidt tot strijd met het recht of de openbare orde of indien de gevraagde handelingen kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben. In dat geval moet de notaris zijn dienst weigeren (artikel 21 lid 2 Wna). Als de notaris tot de conclusie komt dat het overheidslichaam niet of onvoldoende mededingingsruimte heeft geboden, dan wel als hij dit onvoldoende heeft kunnen vaststellen, dan dient de notaris zich te beraden over de door hem te verlenen dienst. Van de notaris mag ten minste worden verwacht dat hij de betrokken partijen informeert en, zoals ook uit de modelbrief van de KNB blijkt, zo nodig waarschuwt dat de levering mogelijk aantastbaar is vanwege het niet volgen van de in het 'Didam-arrest' voorgeschreven procedure. Maar is waarschuwen wel altijd voldoende? Wanneer de notaris serieuze twijfels heeft over of de vraag of de voorgeschreven procedure wel is gevolgd, ligt het waarschijnlijk voor de hand dat hij zijn ministerie opschort. Het is uiteindelijk immers niet aan de notaris om zich een inhoudelijk oordeel te vormen over de juistheid van de gevolgde procedure. Dat oordeel dient aan de civiele rechter te worden overgelaten. Het ligt in bepaalde gevallen waarschijnlijk dan ook in de rede dat de notaris partijen niet slechts waarschuwt, maar zijn diensten opschort en hen adviseert om in kort geding te vorderen dat de notaris zijn of haar diensten verleent. De Notariskamer oordeelde in 2011 ('Zie ook') immers als volgt: "In een dergelijke situatie, waarin een notaris moet laveren tussen de Scylla van de (wellicht onterechte) ministerieverlening en de Charybdis van de (wellicht onterechte) dienstweigering, is het algemene uitgangspunt dat de notaris op grond van zijn eigen deskundigheid een gefundeerde afweging moet maken. Dit zal anders zijn in een situatie als de onderhavige, waarin de notarissen, gelet op de complexiteit van de zaak, redelijkerwijze niet in staat zijn om op basis van eigen deskundigheid een afweging te maken. Alsdan zou het het meest voor de hand hebben gelegen (...) dat de notarissen zouden hebben bewerkstelligd dat een rechterlijke beslissing op de voet van artikel 254 en volgende van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering zou zijn uitgelokt waarin de notarissen tot het verrichten van de gevraagde diensten werden veroordeeld. (...) De notaris dient, kortom, aan te sturen op een rechterlijk gebod tot het verrichten van de rechtshandelingen en niet op een rechterlijk verbod om de handelingen te verrichten." In complexe 'Didam'-gevallen zal dit mogelijk de veiligste (en daarmee tevens aan te bevelen) route zijn. 'Better safe than sorry'. Het lijkt wenselijk dat de KNB op dit punt ook met nadere aanbevelingen komt.

## Partij(en)

Arrest in de zaak van

1. [Eiseres 1] B.V.,
  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], adv.: R.L.M.M. Tan, tegen

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

## Uitspraak

### Hoge Raad:

#### 1. Procesverloop

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

- a. 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;

b. 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 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.<sup>[1.1]</sup>

## 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.<sup>[2.1]</sup> 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,<sup>[3.1]</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, blijk 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.

## Conclusie

### Conclusie plv. P-G mr. F.F. Langemeijer:

#### 1. Feiten en procesverloop

##### 1.1

In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in het arrest van 19 november 2019 onder 3.2 – 3.16. Deze worden hieronder verkort weergegeven:

- (i) [Eiseres 1] B.V. is een onderneming die als franchisenemer van Albert Heijn supermarkten exploiteert. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. legt zich toe op de ontwikkeling van vastgoed. Becedo Vastgoed IV B.V. houdt zich bezig met de verhuur van onroerend goed, de handel in onroerend goed en de aan- en verkoop en verhuur van registergoederen. Deze vennootschappen (hierna gezamenlijk: de eiseressen) maken deel uit van een concern waarvan [betrokkene 1] directeur is.
- (ii) De eerste verweerster in cassatie (hierna: de Gemeente) is eigenaar van een perceel grond aan de Raadhuisstraat in het centrum van Didam (in de stukken aangeduid als: 'de gemeentehuislocatie'). Op dit perceel staat het voormalige gemeentehuis van Didam.<sup>[1]</sup>
- (iii) De tweede verweerster in cassatie (hierna: [verweerster 2]) is een onderneming die gericht is op de ontwikkeling van vastgoed.
- (iv) Eén van de Albert Heijn-supermarkten van [eiseres 1] B.V. is gevestigd aan de Leliestraat, buiten het centrum van Didam. In Didam is buiten het centrum ook nog een Aldi-supermarkt gevestigd.
- (v) In het centrum van Didam is een Coöp-supermarkt gevestigd aan de Hoofdstraat en een Nettorama-supermarkt aan de Spoorstraat.
- (vi) De Gemeente is voornemens het dorpscentrum ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2016 een Masterplan vastgesteld.<sup>[2]</sup> Dit plan vermeldt in par. 4.2.4 onder meer dat winkels en supermarkten zoveel mogelijk worden geconcentreerd in het centrum, waarbij ook het terrein van het voormalige gemeentehuis als potentiële locatie is opgemerkt. Onder 6.2 ('Raadhuisplein') bevat het plan de volgende tekst:

"De klankbordgroep benoemde het voormalig gemeentehuis al als potentiële supermarktlocatie. Dit sluit namelijk aan bij hun wens om de supermarkten geconcentreerd in het centrum te vestigen. Dit sluit ook aan bij de visie van de supermarkten. Een tweetal supermarkten is samen aan het bekijken hoe ze elkaar kunnen versterken. De supermarkten hebben goede ervaring met concentratievoordeel van een budgetsupermarkt met een supermarkt uit het hogere segment. Het idee is dat op de locatie van het oude gemeentehuis met aansluitend een supermarkt op de locatie nabij de kruising van de

Hoofdstraat en Schoolstraat. De bebouwing van de bibliotheek en het voormalige postkantoor worden gesloopt ten behoeve van een voor beide supermarkten gecombineerd parkeerterrein. Bij de ontwikkeling van de Coöpsupermarkt dient aandacht te zijn voor de aanhaking met het monumentale deel van het oude gemeentehuis. (...)

**(vii)** Over het Masterplan is herhaaldelijk gepubliceerd in de lokale media.<sup>[3]</sup> Zo heeft Montferland Nieuws op 22 april 2016 op haar website een artikel geplaatst dat, voor zover hier van belang, onder de kop “Raadhuisplein” vermeldt:

“(...) Rond het oude gedeelte van het oude gemeentehuis komt een parkachtige setting met ruimte voor een terras (...). Het nieuwe gedeelte gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoöp. De Aldi betreft het pand van de huidige Coöp. (...)”

Op 11 juli 2016 heeft Montferland Nieuws een artikel op haar website gepubliceerd onder de kop “[verweerster 2] trapt af in Masterplan”. Dit luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

“(...) [Verweerster 2] Vastgoed gaat het eerste deel van het Masterplan Didam herontwikkelen. Het gaat om het gebied rondom het voormalige gemeentehuis en de bibliotheek. (...) [Verweerster 2] gaat de gronden verwerven van de gemeente, woningcorporatie Plavei en de bibliotheek en zorgt vervolgens voor de bouw en de aanleg van de openbare ruimte. Stap 1 is de bouw van een nieuwe Coöp-supermarkt op de locatie van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis. Het monumentale gedeelte blijft wél bestaan. Dat pand krijgt een horecabestemming. Na verhuizing van de oude Coöp naar deze nieuwe winkel, komt er een Aldi-vestiging op de oude Coöp-locatie. Beide supermarkten kunnen hun exploitatie dus gewoon voortzetten tot de verhuizing. De Coöp en de Aldi gaan de nieuwe panden huren van [verweerster 2]. (...)”

Op 17 oktober 2016 heeft Montferland Nieuws op haar website een artikel gepubliceerd onder de kop “Ondernemers omarmen Masterplan Didam”. Dit artikel luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

“(...) Ook het Raadhuisplein ondergaat een metamorfose, Het nieuwe gedeelte van het gemeentehuis gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoöp. De Aldi betreft het pand van de huidige Coöp. Op de plek van de bibliotheek en het voormalig postkantoor komt een parkeerplaats (...)”

**(viii)** Medio 2016 heeft [betrokkene 1] mondeling aan de Gemeente laten weten dat [eiseres 1] geïnteresseerd is in de gemeentehuislocatie. Hij heeft tijdens een vastgoedbeurs daarover met een wethouder gesproken en vervolgens op 7 juli 2016. Hem is toen medegedeeld dat de gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop is, maar deel uitmaakt van de totale ontwikkeling van het Raadhuisplein en omgeving. De Gemeente heeft [eiseres 1] doorverwezen naar [verweerster 2].

**(ix)** Twee jaar later, op 18 juli 2018, heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [betrokkene 1] en de wethouder grondzaken. Onderwerp van dit gesprek was de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie en de door [eiseres 1] gewenste verplaatsing van haar Albert Heijn-supermarkt naar het dorpscentrum van Didam. Hij werd wederom verwezen naar [verweerster 2].

**(x)** [Eiseres 1] heeft op 7 augustus 2018 aan de Gemeente geschreven als volgt:<sup>[4]</sup>

“(...

Het Masterplan is buiten medeweten van [eiseres 1] tot stand gekomen: [eiseres 1] is daar 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] B.V. (...) onderhands in overleg is over de herontwikkeling van Gemeentehuislocatie. Daarbij is het streven, zo begrijpt [eiseres 1], dat de COÖP-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.

(...)"

- (xi) Bij brief van 4 oktober 2018 heeft de Gemeente laten weten dat zij geen gevolg zal geven aan de sommatie. Daarna hebben partijen schriftelijk nog standpunten uitgewisseld.
- (xii) [Verweerster 2] heeft een koopovereenkomst gesloten ter verkrijging van de bovengenoemde locaties 'Oude Postkantoor' en 'Bibliotheek'. Op 3 oktober 2019 – één dag vóór de pleidooien in hoger beroep – heeft [verweerster 2] met de Gemeente een 'Koopovereenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.' en een 'Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.' gesloten.

## 1.2

Op 3 december 2018 hebben eiseressen de Gemeente in kort geding doen dagvaarden. Hun vorderingen strekten ertoe dat de voorzieningenrechter *primair* de Gemeente zal verbieden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren, anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure zoals nader omschreven in de vordering. Hieraan waren nevenvorderingen gekoppeld, waaronder een dwangsomsanctie. Ook vorderden eiseressen dat de voorzieningenrechter de Gemeente zal bevelen hun een schriftelijke uitnodiging te sturen om een bod te doen op de gemeentehuislocatie, zoals nader omschreven in de vordering. Ook hieraan waren nevenvorderingen gekoppeld, waaronder een dwangsomsanctie.

## 1.3

Ter onderbouwing van deze vorderingen hebben eiseressen samengevat aangevoerd dat de Gemeente bij de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie aan [verweerster 2] een voorkeurspositie heeft gegeven en aan hen geen eerlijke kans heeft gegeven om mee te dingen naar aankoop van dit perceel. De handelwijze van de Gemeente is volgens eiseressen onrechtmatig, want in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het verbod van willekeur. De Gemeente is volgens eiseressen verplicht hen alsnog een eerlijke kans te geven om naar aankoop mee te dingen.<sup>[5]</sup>

## 1.4

De Gemeente heeft verweer gevoerd. De voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland heeft [verweerster 2] toegelaten als tussenkomen partij in dit kort geding (zie rov. 4.3 Rb).

## 1.5

Bij vonnis van 8 januari 2019<sup>[6]</sup> heeft de voorzieningenrechter overwogen dat eiseressen spoedeisend belang bij het gevorderde missen. Zij hebben twee jaren stilgezeten en geen concrete (rechts)maatregelen getroffen om hun Albert Heijn-supermarkt naar het dorpscentrum verplaatst te krijgen, terwijl meer dan aannemelijk is dat [eiseres 1] medio 2016 op de hoogte was van wat de Gemeente van plan was met de gemeentehuislocatie (rov. 4.8). Om deze reden heeft de voorzieningenrechter eiseressen in hun vorderingen niet-ontvankelijk verklaard.

## 1.6

Eiseressen hebben hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Voor het geval dat de gemeentehuislocatie of een gedeelte daarvan al aan [verweerster 2] verkocht en/of geleverd is voordat eindarrest is gewezen, vorderden zij dat het hof de Gemeente en [verweerster 2], hoofdelijk, zal gelasten om de met de verkoop en levering gemoeide (rechts)handelingen ongedaan te maken, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

## 1.7

De Gemeente en [verweerster 2] hebben in hoger beroep ieder afzonderlijk verweer gevoerd.

## 1.8

Bij arrest van 19 november 2019 heeft het gerechtshof geoordeeld dat eiseressen met deze vorderingen willen bereiken dat het de Gemeente wordt verboden om de gemeentehuislocatie aan een ander te verkopen, respectievelijk te leveren, voordat nadere procedures en/of besprekingen met eiseressen zijn gevoerd. Hoewel vaststaat dat de Gemeente inmiddels een koopovereenkomst en een overeenkomst tot samenwerking met [verweerster 2] heeft gesloten, heeft de levering van de gemeentehuislocatie nog niet plaatsgevonden. Daarmee is een spoedeisend belang van eiseressen bij het gevorderde gegeven (rov. 5.2). Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voor zover eiseressen in hun vorderingen niet-ontvankelijk zijn verklaard. Opnieuw rechtdoende, heeft het hof de vorderingen op inhoudelijke gronden afgewezen.<sup>[7]</sup>

## 1.9

De inhoudelijke redengeving van het hof omvat in het kort de volgende stappen:

-

- er is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht van de Gemeente aan [verweester 2] (rov. 5.6).
- niet aannemelijk is gemaakt dat de Gemeente in strijd met het staatssteunrecht handelt door een voorkeurspositie aan [verweester 2] te geven (rov. 5.7).
- de door eiseressen bedoelde, in de bestuursrechtspraak gehanteerde 'mededingingsnorm' ten aanzien van schaarse vergunningen is niet van toepassing op gronduitgifte buiten een aanbestedingsrechtelijke context. Overigens is in dit geval ook geen sprake van 'schaarse' rechten in de zin van deze 'mededingingsnorm' (rov. 5.8).
- wat betreft de stelling dat het handelen van de Gemeente ook overigens in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, wijst het hof op de lange periode waarin eiseressen hebben stilgezeten hoewel zij toen al wisten of moeten hebben beseft dat de Gemeente met [verweester 2] in zee ging (2016 – 2018). Na een afweging van de betrokken belangen ziet het hof onder de huidige omstandigheden geen reden om de levering door de Gemeente van de aan [verweester 2] verkochte gemeentehuislocatie te verbieden (rov. 5.11).
- de stelling dat de verkoop door de Gemeente aan een ander in strijd is met het vertrouwensbeginsel (omdat de Gemeente kavels gewoonlijk via haar website te koop aanbiedt) wordt verworpen (rov. 5.12).

## 1.10

Eiseressen hebben – tijdig<sup>[8.1]</sup> – beroep in cassatie ingesteld. De Gemeente en [verweester 2] hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten met re- en dupliek.

## 2. Bespreking van het cassatiemiddel

### 2.1

*Middelonderdeel I* is gericht tegen rov. 5.8. Het betreft, kort gezegd, de wel of niet toepasselijkheid van de door eiseressen ingeroepen 'mededingingsnorm'. De klacht onder I.b gaat nader in op het begrip 'schaarste' bij het toedelen van schaarse rechten. *Onderdeel II* is gericht tegen rov. 5.7 en betreft het door eiseressen gestelde onrechtmatig verlenen van staatssteun door de Gemeente aan [verweester 2]. *Onderdeel III* dient slechts ter afsluiting.

### Voorafgaand verweer: missen eiseressen belang bij hun cassatieberoep?

#### 2.2

In par. 3 van haar schriftelijke toelichting werpt de Gemeente de vraag op of eiseressen nog belang hebben bij hun beroep in cassatie.<sup>[9.1]</sup> Dit voorafgaande verweer kan mijns inziens niet slagen: reeds vanwege hun veroordeling in de proceskosten behouden eiseressen belang bij hun beroep in cassatie.<sup>[10.1]</sup> Niettemin zal ik in het kort ingaan op de door de Gemeente aangevoerde argumenten.

#### 2.3

In haar schriftelijke toelichting onder 3.2 stelt de Gemeente dat het hof in rov. 5.11 – in cassatie onbestreden – heeft beslist dat, ook al zou sprake zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel, er geen plaats is voor toewijzing van de vordering omdat het belang van de Gemeente bij voortzetting van de samenwerking met [verweester 2] bij de herinrichting van het dorpscentrum prevaleert boven het belang van eiseressen bij het blokkeren daarvan.

#### 2.4

Uit de samenvatting van de redengeving in alinea 1.9 hiervoor blijkt al waarom dit voorafgaande verweer niet slaagt. Het hof heeft in zijn weergave diverse grondslagen van de vordering onderscheiden (zie rov. 5.5 en volgende). In rov. 5.8 bespreekt het hof de stelling van eiseressen dat de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde 'mededingingsnorm' en daarmee samenhangende 'transparantienorm' overeenkomstig van toepassing zijn indien de Gemeente besluit tot verkoop van schaarse onroerende zaken. Rov. 5.10 ziet op de overige stellingen van eiseressen ten aanzien van de beweerde schending van het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel. Waar het hof in rov. 5.11 een belangenafweging in kort geding maakt, heeft het hof het oog op de in rov. 5.10 samengevatte (overige) stellingen; niet op de in rov. 5.7 en 5.8 besproken grondslag van de vordering. Daarom behouden eiseressen mijns inziens belang bij behandeling van hun klachten over de verwerping van de in rov. 5.7 en rov. 5.8 bedoelde grondslag van hun vordering.

#### 2.5

In haar s.t. onder 3.3 en 3.4 voert de Gemeente aan dat de gemeentehuislocatie al is verkocht en eerdaags aan [verweester 2] zal worden geleverd. Om die reden zouden eiseressen geen spoedeisend belang meer hebben bij de gevorderde voorzieningen. Hierover kan ik kort zijn: het feit van de verkoop staat in cassatie vast; de levering niet. Met het hof (zie rov. 5.2 en 5.4) ben ik van mening dat eiseressen ook na de verkoop belang kunnen hebben bij het door hen gevorderde verbod om deze onroerende zaak aan de koper te leveren. Overigens kan op grond van art. 419 Rv in cassatie geen rekening worden gehouden met feiten die dateren van na het bestreden arrest.

## 2.6

Onder 3.5 voert de Gemeente aan dat de gedingstukken geen andere gevolgtrekking toelaten dan dat feitelijk en juridisch elke grondslag ontbreekt voor toewijzing van de aanvullende vordering van eiseressen, die strekt tot ongedaanmaking van de (veronderstelde) levering van deze onroerende zaak aan [verweerster 2]. Wat daarvan zij, het argument neemt niet weg dat eiseressen nog steeds een spoedeisend belang hebben bij de door hen gevorderde voorziening in kort geding teneinde te voorkomen dat zij in een bodemprocedure voor voldongen feiten worden gesteld. Daarom behouden zij belang bij een behandeling van hun cassatiemiddelen. De Gemeente heeft in cassatie geen incidenteel middel gericht tegen rov. 5.2. De in de s.t. onder 3.6 aan de orde gestelde vraag of eiseressen met deze aanvullende vordering (tot ongedaanmaking van de veronderstelde levering) in wezen beogen een uitspraak met een constitutief karakter te verkrijgen waarvoor in een kort geding geen plaats is, behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

### Onderdeel I: mededinging en transparantie bij verkoop van schaarse bouwgrond

#### Klachten

## 2.7

*Onderdeel I* is gericht tegen rov. 5.8. Deze overweging, door het hof geplaatst onder het kopje “mededingingsnorm en schaars recht”, luidt als volgt:

“[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 [eiseres 1] beschikbaar is voor een supermarkt, ook niet met de verklaring van makelaar [makelaar] van 7 december 2018 (...) dat er op dit moment geen vergelijkbare locatie te koop wordt aangeboden. Een beroep op het arrest van dit hof van 3 december 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:9210) faalt reeds omdat de gemeente die in die zaak was betrokken een potentiële koper (Bouwmarkt Epe) niet had laten meedingen in weerwil van gedane toezeggingen. Van dergelijke toezeggingen van de Gemeente tegenover [eiseressen] is geen sprake.”

## 2.8

Volgens *onderdeel I.a* heeft het hof hier miskend dat wel degelijk een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat het openbaar bestuur (in dit geval: de Gemeente) bij de verdeling van schaarse grond, zoals hier, aan (potentiële) gegadigden ruimte behoort te bieden om mee te dingen naar de aankoop van de grond. Deze norm – in het cassatiemiddel aangeduid als de ‘*mededingingsnorm bij schaarse grond*’ – vloeit volgens eiseressen voort uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen aan potentieel geïnteresseerden. Daarnaast zou het hof hebben miskend dat, om gelijke kansen te realiseren, het openbaar bestuur in beginsel een passende mate van openheid dient te verzekeren. Deze norm – in het cassatiemiddel aangeduid als de ‘*transparantiernorm bij schaarse grond*’ – zou gelden zodra het openbaar bestuur weet althans had behoren te weten dat er meer dan één gegadigde voor dit perceel grond is.

## 2.9

Indien het hof hiermee heeft bedoeld dat deze normen nog niet zijn aanvaard in de jurisprudentie van de Hoge Raad, wordt geklaagd dat de appelrechter, gelet op de artikelen 25 en 26 Rv, binnen de grenzen van de rechtsstrijd verplicht is zélf te beoordelen of deze rechtsnormen op het onderhavige geval van toepassing zijn en, zo nodig, de rechtsgronden aan te vullen.

## 2.10

*Onderdeel I.b* gaat nader in op het begrip ‘schaarste’. Dit onderdeel is gericht tegen het oordeel dat eiseressen onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het hier om schaarse ruimte gaat (rov. 5.8). Volgens het middelonderdeel is het hof zonder toereikende motivering voorbijgegaan aan de stelling van eiseressen dat – los van het antwoord op de vraag hoeveel ruimte in het centrum van Didam fysiek beschikbaar is voor een supermarkt – reeds sprake is van een ‘schaars’ goed zodra meer dan één partij geïnteresseerd is in het verwerpen van de onroerende zaak. In dit geval is het niet mogelijk dat alle belangstellenden deze zaak verwerven. Voor het geval dat de Hoge Raad het bestreden arrest zo leest dat het hof deze stelling (impliciet) heeft verworpen, heeft het hof volgens de klacht miskend dat al sprake is van schaarse publieke rechten zodra er meer belangstelling is dan er rechten kunnen worden verleend of uitgegeven. Indien deze leer ook wordt

toegepast op de beslissing van een overheid tot verkoop van grond, zou al sprake zijn van uitgifte van 'schaarse grond' zodra de vraag naar de grond het aanbod overtreft. In ieder geval behoefde het oordeel dat in dit geval geen sprake is van 'schaarste', een nadere motivering om begrijpelijk te zijn.

## 2.11

Voor zover in het bestreden arrest besloten ligt dat de Gemeente de in onderdeel I.a bedoelde 'mededingingsnorm' en 'transparantienorm' heeft onderkend en nageleefd, klagen eiseressen dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de in *onderdeel I.c* aangehaalde stellingen. Zonder nadere motivering valt volgens de klacht niet in te zien dat de Gemeente op enigerlei wijze aan eiseressen serieus gelegenheid heeft geboden om mee te dingen naar aankoop van de gemeentehuislocatie. Evenmin blijkt uit het arrest hoe het hof, bij deze lezing, tot de slotsom is gekomen dat de Gemeente een passende openbaarheid heeft betracht bij de verkoop van de gemeentehuislocatie. Tot zover de klachten.

### Bespreking van de ingeroepen ongeschreven rechtsnormen

## 2.12

Gelet op rov. 5.6, in cassatie onbestreden, zal in cassatie uitgangspunt moeten zijn dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht van de Gemeente (tot het uitvoeren van werken, het doen van leveringen of het verrichten van diensten). In een overweging ten overvloede – in cassatie onbestreden – heeft het hof vastgesteld dat, zelfs al zou hier sprake zijn van een overheidsopdracht, de waarde daarvan ruim onder het drempelbedrag blijft, terwijl ook geen sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>[11.]</sup> Het gaat in dit geval om een privaatrechtelijke overeenkomst van koop en verkoop met betrekking tot een onroerende zaak. In beginsel is een gemeente vrij om te bepalen met wie zij een koopovereenkomst wil sluiten met betrekking tot een zaak die haar toebehoort. Een algemeen startpunt is dus de contractsvrijheid. Onder contractsvrijheid reken ik onder meer de beslissing over het wel of niet sluiten van de overeenkomst, de keuze van de contractspartner en het bedingen van de contractvoorwaarden, waaronder de koopprijs.

## 2.13

Een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan de Gemeente toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit volgt rechtstreeks uit art. 3:14 BW.<sup>[12.]</sup> Tot de ongeschreven regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van het gelijkheidsbeginsel.<sup>[13.]</sup> Dat de Gemeente op grond van art. 3:14 BW bij de (privaatrechtelijke) verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, is op zichzelf tussen partijen niet in geschil.

## 2.14

Het gelijkheidsbeginsel heeft veel facetten.<sup>[14.]</sup> Naar de tekst van art. 1 van de Grondwet gaat het om de gelijke behandeling van personen: allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld; discriminatie is niet toegestaan. Het gelijkheidsbeginsel is opgenomen in verdragsbepalingen en in diverse bijzondere wetten. Het gelijkheidsbeginsel kan zowel direct als indirect onderscheid tussen personen omvatten.<sup>[15.]</sup> In deze klassieke betekenis spreekt voor zich dat een gemeentebestuur, ook bij de uitgifte van grond, niet mag discrimineren.<sup>[16.]</sup>

## 2.15

Het gelijkheidsbeginsel is niet gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. Het is wel erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Dat beginsel waakt tegen vooringenomenheid van een bestuursorgaan jegens personen of groepen van personen (vgl. de geschreven norm in art. 2:4 lid 1 Awb). Daarnaast is er een verband met het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel draagt bij aan de objectiviteit van de besluitvorming in het openbaar bestuur, mede ter voorkoming van willekeur en belangenvermenging (vgl. art. 2:4 lid 2 en art. 3:2 – 3:4 Awb). Dit kwaliteitsaspect wordt verduidelijkt door Marseille c.s.,<sup>[17.]</sup> die benadrukken dat een ongelijke behandeling een toereikende rechtvaardiging behoeft. Indien van het bestuursorgaan wordt verlangd dat het gelijke gevallen gelijk behandelt en niet zonder objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bepaalde burgers of groepen van burgers nadeliger behandelt dan anderen, wordt daarmee in feite verondersteld dat het bestuursorgaan zelf beslissingscriteria ontwikkelt, als die al niet zijn neergelegd in hogere regelgeving. Zonder zulke criteria is een toetsing aan het materiële vereiste van 'gelijke behandeling' niet goed mogelijk. Voor het bestuursrecht hebben Marseille c.s. de consequenties van deze opvatting samengevat in een aantal uitgangspunten.<sup>[18.]</sup> Ik voeg hieraan wel toe, dat het in dit geding niet slechts gaat om de vraag of de toewijzing van een perceel grond aan een bepaalde gegadigde geschiedt aan de hand van vastgestelde en transparante criteria, maar ook om de vraag of bepaalde (categorieën van) personen worden buitengesloten zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

## 2.16

De uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 2 november 2016 waarop eiseressen een beroep hebben gedaan, betrof – kort gezegd – de beslissing van een burgemeester tot het verlenen van een vergunning voor de exploitatie van een speelautomatenhal, tezamen met een vergunning voor het plaatsen van 200 speelautomaten.<sup>[19.]</sup> Een potentiële concurrent maakte als derde-belanghebbende bezwaar tegen dat besluit. In haar uitspraak stelde de ABRvS vast dat een rechtsnorm geldt, die ertoe strekt dat bij de verdeling door een bestuursorgaan van *schaarse vergunningen* op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om mee te dingen naar de beschikbare vergunning(en).

## 2.17

De ABRvS overwoog (onder 8) als volgt:

“De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBb geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. (...)

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.”<sup>[20.]</sup>

## 2.18

Uit deze overwegingen van de bestuursrechter – voor zover van belang voor het huidige geschil<sup>[21.]</sup> – kunnen twee rechtsnormen voor bestuursorganen worden afgeleid:

- a. de regel dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het openbaar bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen: de zgn. ‘mededingingsnorm’;
- b. de regel dat dat het openbaar bestuur, om een gelijke kans op mededinging te verwezenlijken, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria: de zgn. ‘transparantienorm’. Het openbaar bestuur moet uiterlijk aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid hierover scheppen, door informatie hierover bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.<sup>[22.]</sup>

## 2.19

Deze bestuursrechtelijke rechtsnormen hebben betrekking op ‘schaarse vergunningen’ als *species* van het ruimere begrip ‘schaarse publieke rechten’.<sup>[23.]</sup> In dit verband wordt ook wel een vergelijking gemaakt met de regeling van het ‘subsidieplafond’ in de Algemene wet bestuursrecht.<sup>[24.]</sup> Ook dit gaat uit van een situatie waarin sprake is van ‘schaarste’, zodat enigerlei vorm van verdeling tussen meerdere gegadigden noodzakelijk is. In een situatie waarin zoveel publieke rechten te vergeven zijn (onderscheidenlijk zoveel subsidie te vergeven is) dat alle aanvragen van gegadigden volledig kunnen worden ingewilligd, is er geen sprake van ‘schaarste’. Indien vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is (‘uniciteit’), is er evenmin sprake van een verdelingsvraagstuk waarop het gelijkheidsbeginsel wordt toegepast.

## 2.20

In zijn conclusie voor ABRvS 2 november 2016 had de staatsraad-A-G Widdershoven al opgemerkt dat ‘schaarste’ op verschillende wijzen kan ontstaan. In een uitspraak van 8 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1013), heeft de ABRvS dit thema nader uitgewerkt in een geschil over het toekennen van ligplaatsen voor schepen. Zij overwoog onder 6 – 7 het volgende:

“Partijen zijn het er verder over eens dat in het geval een aanvrager slechts één recht wil of kan verwerven volgens een algemeen gehanteerde definitie sprake is van schaarse rechten als de som van de omvang van de aanvragen het aantal

beschikbare publieke rechten overtreft. Als sprake is van een schaars recht dan moet een verdelingsmethode worden toegepast om de beschikbare rechten te verdelen.

Wat is schaarste?

In de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, die heeft geleid tot de uitspraak van de Afdeling van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, staat dat de hiervoor genoemde definitie van schaarse publieke rechten impliceert dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan volgens de staatsraad advocaat-generaal voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld. Doorgaans zal dit plafond in een getal worden uitgedrukt dat kan zijn neergelegd in een wettelijk voorschrift of op basis van dat wettelijk voorschrift worden vastgesteld. Een plafond kan echter ook zijn 'verstopt' en dus niet expliciet worden genoemd."

## 2.21

In haar voormelde uitspraak van 2 november 2016 heeft de ABRvS, na een bespreking van de gemeentelijke verordening en mogelijke locaties voor het vestigen van een speelautomatenhal in die gemeente, aangenomen dat het toen ging om een 'schaarse' vergunning:

"Het moet er derhalve voor worden gehouden dat binnen het op de kaart aangewezen gebied geen alternatieve locaties aanwezig zijn. Door de bij de gemeentelijke verordening behorende kaart waarop het gebied is vastgelegd waarbinnen een speelautomatenhal is toegestaan wordt de mededinging, die al beperkt is omdat slechts één vergunning beschikbaar is, volledig uitgesloten. De toegang tot de markt wordt feitelijk voorbehouden aan de locatie Veerplein 132-134 en dus aan degene die over het pand op die locatie beschikt." (rov. 1.11)

## 2.22

Over de vraag of deze twee normen ook van toepassing zijn indien het gaat om de uitoefening van burgerlijke rechten door een (orgaan van de) overheid, heeft de bestuursrechter zich niet uitgesproken.<sup>[25.]</sup> Met middelonderdeel I willen eiseressen een uitspraak van de Hoge Raad over deze rechtsvraag uitlokken.

## 2.23

In de vakliteratuur is deze kwestie wel aan de orde geweest. Onder de verzamelaanduiding 'gronduitgifteovereenkomsten ter inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken' onderscheidt Heijnsbroek in zijn dissertatie uit 2013 enerzijds 'opdrachten' (zoals overheidsopdrachten voor werken of concessies voor werken) en anderzijds 'zuivere gronduitgifte'. Bij zuivere gronduitgifte is alleen sprake van eigendomsoverdracht en kan de nieuwe eigenaar, desgewenst, voor eigen rekening werken (laten) uitvoeren op het door hem verworven perceel grond. Heijnsbroek heeft betoogd dat het bepaalde in art. 3:14 BW meebrengt dat ook bij zuivere gronduitgifte door (een orgaan van) een overheid het gelijkheidsbeginsel geldt in gevallen waarin sprake is van een verdelingsvraagstuk (dus: indien er meer dan één potentiële gegadigde is).<sup>[26.]</sup>

## 2.24

In zijn dissertatie heeft Heijnsbroek tevens betoogd dat het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van bestuur de overheid nopen om de voorgenomen gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken, teneinde het materiële gelijkheidsbeginsel te waarborgen. Zodra meer dan één potentiële wederpartij haar belangstelling voor de grond kenbaar heeft gemaakt, is de overheid zijns inziens gehouden alle bij haar bekende gegadigden te laten meedingen naar aankoop van de grond. Hij meent dat een uitzondering op deze regel mag worden aangenomen ten aanzien van partijen waarvan op voorhand vaststaat dat zij ongeschikt zijn voor de desbetreffende uitgifte. Indien de vraag het aanbod overtreft, is volgens Heijnsbroek sprake van schaarste en dient een selectie van kopers plaats te vinden, gebaseerd op een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Heijnsbroek heeft, naar ik uit zijn betoog opmaak, kennelijk een standaardsituatie voor ogen, zoals die waarin een gemeente bouwkvavels voor woningen uitgeeft en de vraag van woningzoekenden groter is dan het aantal beschikbare kvavels.

## 2.25

Heijnsbroek erkent dat andere relevante belangen zo zwaarwegend kunnen zijn, dat de betrokken overheid een voorkeurspositie of zelfs een exclusieve positie toekent aan een categorie potentiële wederpartijen en zelfs aan één potentiële wederpartij. Deze uitzonderingsmogelijkheid zou zo beperkt mogelijk moeten worden uitgelegd. Zij vergt een proportionaliteitstoets: dient de uitzondering een redelijk doel, is de uitzondering geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde redelijke doel te waarborgen en gaat de uitzondering niet verder dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is? Hoewel in dit kort geding niet aan de orde, vermeld ik daarnaast nog de mogelijkheid dat – al dan niet in het kader van het verwerven van dezelfde grond door de gemeente – overeenkomsten kunnen zijn gesloten en/of toezeggingen kunnen zijn gedaan waaraan de gemeente op grond van het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel gebonden is. Vermeulen en Van der Sluis sluiten zich aan bij de stellingname van Heijnsbroek.<sup>[27.]</sup>



## 2.26

Volgens Huisman en Van Ommeren<sup>[28.]</sup> valt niet in te zien waarom de verkoop of verhuur van schaarse overheidseigendommen in principe aan andere normen onderworpen zou moeten zijn dan de verdeling van schaarse publieke rechten, ook al staat (nog) niet helemaal vast wat dit naar huidig recht precies betekent voor de verkoop van overheidseigendommen. Huisman heeft zijn opvatting nader uitgewerkt in een bespreking van het bestreden arrest:<sup>[29.]</sup> “Niet valt in te zien waarom de verkoop van schaarse (bouw)grond in overheidseigendom in principe aan andere normen onderworpen zou moeten zijn dan de verdeling van schaarse publieke rechten. Wat dit naar huidig recht precies betekent voor de overheidsverkoop van schaarse (bouw)grond staat evenwel (nog) niet helemaal vast. Het is natuurlijk de vraag waartoe de overheid gehouden zou zijn als het wel om een geval van schaarse gronduitgifte gaat. Zou het beginsel van gelijke kansen toegepast worden op de uitgifte van schaarse (bouw)grond door de overheid, dan kan daarop de rechtsnorm worden gebaseerd dat mededingingsruimte moet worden geboden. Dat zal met zich brengen dat de gemeente tijdig en adequaat een passende mate van openbaarheid (transparantie) moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de grond. Bovendien ligt het dan voor de hand dat de gemeente aangeeft wat voor soort verdelingsprocedure wordt gehanteerd, het tijdvak bekend wordt gemaakt waarin potentiële gegadigden hun belangstelling kenbaar kunnen maken en dat de toe te passen (non-discriminatoire) selectie- en gunningscriteria tijdig worden bekendgemaakt.”<sup>[30.]</sup>

## 2.27

Ook ik begin met de vraag waarom de verkoop van schaarse (bouw)grond in overheidseigendom aan andere normen onderworpen zou moeten zijn dan de verdeling van schaarse publieke rechten. Zij hebben inderdaad veel gemeen: zowel bij de verkoop van gewilde goederen als bij het toekennen van publieke rechten kan zich de situatie voordoen dat de vraag daarnaar groter is dan het aanbod. In een vrije markt kunnen alle aanbieders met elkaar in concurrentie treden en hetzelfde geldt voor alle potentiële gegadigden. Wanneer in de vrije markt de vraag naar een bepaald goed groter is dan het aanbod, zal dit doorgaans tot uitdrukking komen in de prijs die een koper bereid is te betalen. De vrije markt voor goederen (ook die voor onroerende goederen) wordt niet begrensd door wat overheidslichamen aan te bieden hebben: op de vrije markt concurreren overheidsaanbieders immers met particuliere aanbieders van gelijksoortige goederen. Zo is bijvoorbeeld de (regionale) markt voor onroerend goed niet beperkt tot de onroerende goederen die door een overheidslichaam te koop worden aangeboden. Het aanbod van soortgelijke onroerende goederen van anderen (bij een regionale markt: in de regio) is mede bepalend voor de prijs.

## 2.28

Bij de uitgifte van (schaarse) publieke rechten, zoals vergunningen, ontheffingen, subsidies en dergelijke, ligt dit anders. In Nederland worden publieke rechten niet verkocht op de vrije markt in concurrentie met private aanbieders die soortgelijke rechten aanbieden. Publieke rechten zijn niet van nature aanwezig, maar ontlenen hun bestaan aan regels van publiekrecht. Publieke rechten worden verleend op basis van publiekrechtelijke wetten en regels. Indien de vraag naar bepaalde publieke rechten groter is dan het aanbod, kan alleen een (orgaan van de) overheid optreden als verdeler daarvan. Ook de *leges* of andere financiële tegenprestatie die de wederpartij moet verrichten om een schaars publiek recht te verkrijgen, wordt niet in een vrije markt bepaald, maar is afhankelijk van de publiekrechtelijk daarvoor vastgestelde tarieven.<sup>[31.]</sup> Om deze reden acht ik het geen vanzelfsprekendheid dat de mededingingsnorm en de transparantienorm die in de bestuursrechtspraak zijn ontwikkeld voor de verdeling van ‘schaarse publieke rechten’ door een bestuursorgaan één op één worden overgenomen wanneer het gaat om privaatrechtelijke handelingen van een overheidslichaam op de vrije markt.

## 2.29

Een voordeel van overeenkomstige toepassing van deze normen is dat een protocollering van het op de markt brengen van goederen die overheidseigendom zijn en de schriftelijke vastlegging van een objectieve toewijzingssystematiek voor het geval er meer gegadigden zijn, bijdraagt aan kwaliteit en integriteit bij het uitoefenen door de Gemeente van haar contractsvrijheid. Een nadeel is echter, dat wanneer één aanbieder (de overheid) met gebonden handen op de vrije markt moet opereren, de kans bestaat dat een ander die niet aan deze normen gebonden is, met de *niet* aan de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden gerelateerde component van de winst ervandoor gaat. Zulke situaties zouden zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer in de vrije markt voor onroerend goed zich een uitzonderlijk gunstige kans op een aan- of verkooptransactie voordoet en een aan protocollen gebonden overheidslichaam niet snel genoeg daarop kan reageren omdat eerst een openbare bekendmaking en het afronden van een inschrijvingsprocedure nodig is.

## 2.30

Er zijn ook gevallen waarin ten behoeve van eerlijke mededinging er juist wel aanleiding is om een overheidslichaam dat zich op de vrije markt voor onroerend goed beweegt, te binden aan de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde mededingings- en transparantienorm. Daarvoor zijn dan wel bijkomende omstandigheden nodig. Een voor de hand liggende bijkomende omstandigheid is de situatie waarin een overheidslichaam bij de uitgifte van haar in eigendom toebehorende

grond een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent – ik noem het voorbeeld van de verkoop van publiekrechtelijk inbeslaggenomen goederen –. Daarnaast zijn gevallen voorstelbaar, waarin het publiekrecht (de wet of het door de overheid gebruik te maken van haar publiekrechtelijke bevoegdheden) zélf de schaarste heeft gecreëerd. Naar de mate waarin op grond van publiekrechtelijke wetgeving of met gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden private partijen zijn uitgeschakeld, althans worden achtergesteld, is er meer reden om de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde ‘mededingingsnorm’ en ‘transparantienorm’ overeenkomstig toe te passen op transacties naar burgerlijk recht die een overheidslichaam op de vrije markt verricht.

### 2.31

Eén praktisch nadeel van overeenkomstige toepassing is nog niet genoemd: namelijk dat de mededingingsnorm en de transparantienorm niet een drempelbedrag kennen, waaronder het toepassen van de normen voor de selectie van gegadigden en de verdeling of toedeling (bijv. een inschrijvingsprocedure met een openbare aankondiging en een objectief bepaalde toewijzingssystematiek) achterwege kan blijven. Het valt moeilijk te verklaren dat in het aanbestedingsrecht wél een drempelwaarde wordt gehanteerd en bij de verkoop door een overheidslichaam van een haar in eigendom toebehorend goed niet. Dit aspect is van belang indien een overheid(sorgaan) zou willen overgaan tot verkoop of ruil van kleine objecten.

### 2.32

Na deze inleidende opmerkingen keer ik terug naar het cassatiemiddel.

## Partijstandpunten

### 2.33

Volgens de Gemeente handelt zij niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. In de eerste plaats niet, omdat de verkoop aan [verweerster 2] deel uitmaakte van de herontwikkeling voor eigen rekening door [verweerster 2] van het gebied rondom de gemeentehuislocatie in het kader van een meerjarenplan (met inachtneming van het door de gemeenteraad vastgestelde Masterplan). De door eiseressen gewenste aankoop van de gemeentehuislocatie staat daarentegen op zichzelf en stond in de weg aan het realiseren van het Masterplan.<sup>[32]</sup> In de tweede plaats bestrijdt de Gemeente dat de door eiseressen ingeroepen ‘mededingingsnorm’ en ‘transparantienorm’ een verkoop aan [verweerster 2] verhinderen: het gaat bij deze verkoop niet om een verdeling van schaarse publieke rechten en er is geen sprake van een ‘publiekrechtelijke sturing’. Niet bepalend is de enkele omstandigheid dat een overheidslichaam een object in de verkoop brengt dat schaars is, in die zin dat meerdere gegadigden hierin geïnteresseerd zijn. Volgens de Gemeente is slechts bepalend of sprake is van “de situatie waarin de overheid met die private gronduitgifte op verkapte wijze publieke rechten verdeelt.” Volgens de Gemeente en [verweerster 2] miskennen eiseressen dat het leerstuk van de verdeling van ‘schaarse publieke rechten’ en de daaruit voortvloeiende mededingings- en transparantienorm, zijn legitimatie nu juist ontleent aan het feit dat bij de verdeling sprake is van een publiekrechtelijke sturing. Zulke sturing ontbreekt in dit geval geheel.<sup>[33]</sup> Het belang van het antwoord op de vraag of sprake is van ‘publiekrechtelijke sturing’, wordt volgens de Gemeente geïllustreerd door een passage in de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven.<sup>[34]</sup> Hij stelde zich de vraag of een voor publieke rechten geldende mededingings- en transparantienorm niet óók zou moeten gelden voor private gronduitgifte in de situatie waarin de overheid via gronduitgifte “bepaalt welke particulier in aanmerking kan komen voor een omgevingsvergunning”.

### 2.34

Van de zijde van eiseressen is – na een uiteenzetting over het juridisch kader, de jurisprudentie van de ABRvS en de hiervoor al genoemde opvattingen van Heijnsbroek en anderen<sup>[35]</sup> – gewezen op vindplaatsen in de rechtspraak die hun opvatting zouden ondersteunen.<sup>[36]</sup> Verder betogen zij dat de mededingings- en de transparantienorm, zoals verwoord in uitspraken van de ABRvS, voldoende flexibel zijn voor ‘maatwerk’: de Afdeling bestuursrechtspraak stelt immers geen bijzondere eisen aan de toewijzingssystematiek. De mededingingsruimte kan volgens eiseressen bij wettelijk voorschrift worden beperkt, ook op een lager niveau dan een wet in formele zin, mits niet iedere mededinging wordt uitgesloten en mits (de totstandkoming van) het desbetreffende voorschrift ervan blijkt geeft dat het belang van het bieden van ruimte voor mededinging is meegewogen. De aangevoerde bezwaren tegen overeenkomstige toepassing van de ‘mededingingsnorm’ en de ‘transparantienorm’ wegen volgens eiseressen niet op tegen de voordelen daarvan. Zij noemen in dit verband het voorkómen van favoritisme en willekeur bij de verdeling van schaarse goederen (publiek en privaat) door de overheid. Zij onderstrepen ten slotte dat de ‘mededingingsnorm’ en de ‘transparantienorm’ niet voortvloeien uit het aanbestedingsrecht, maar uit de *algemene* beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>[37]</sup>

### 2.35

In de schriftelijke toelichting van de zijde van [verweerster 2] is aangevoerd dat eiseressen zich uitsluitend hebben beroepen op een ‘natuurlijke schaarste’, te danken aan de ligging en inrichting van dit perceel grond. Van een beleidsmatig door de Gemeente gecreëerde schaarste is volgens [verweerster 2] geen sprake. Verder legt zij in haar schriftelijke toelichting de nadruk op de omstandigheid dat er geen sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld: anders dan

[verweerster 2], hebben eiseressen geen ontwikkelingsplan voor het gehele gebied ingediend. [Verweerster 2] meent dat zij, mede gelet op de haar verworven grondpositie in het dorpscentrum, de enige partij was die dit gebied kan ontwikkelen en die voldoet aan de criteria. Als slechts één gegadigde in aanmerking komt als koper (m.a.w. als sprake is van uniciteit) is er volgens [verweerster 2] geen verdelingsvraagstuk waarbij toepassing van deze normen een oplossing biedt. Tot zover de partijstandpunten.

### 2.36

Weliswaar heeft [eiseres 1] ten processe aangevoerd dat (ook) zij bereid en in staat is de herontwikkeling van het gebied voor haar rekening te nemen, maar het hof heeft in rov. 5.11 – in cassatie onbestreden – overwogen dat eiseressen die weersproken stelling niet voldoende met feiten hebben onderbouwd.<sup>[38.]</sup>

### Toepassing van de twee besproken normen op dit geval?

### 2.37

Dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (ingevolge art. 3:14 BW) van toepassing is op de verkoop door de Gemeente van de gemeentehuislocatie is op zichzelf niet in discussie. De toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel is niet beperkt tot gevallen waarin de Gemeente een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent of met de verkoop van haar eigendommen (openlijk of verkapt) publiekrechtelijke sturing beoogt.

### 2.38

Wel ligt in cassatie de vraag voor, of de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel voor een geval als dit meebrengt dat de Gemeente óók gebonden is aan de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde 'mededingingsnorm' en 'transparantienorm'. Volgens de Gemeente en [verweerster 2] hangt het antwoord op deze vraag ervan af of sprake is van een schaarste die bepaald is door publiekrechtelijke sturing. In de opvatting van eiseressen daarentegen is dat niet relevant: er is al sprake van 'schaarste' zodra er meer dan één serieuze gegadigde voor dit perceel grond is.

### 2.39

De voor- en nadelen van beide opvattingen kwamen hiervoor al aan de orde. Als eenmaal wordt aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur krachtens art. 3:14 BW van toepassing is op de verkoop, is het – vanuit een oogpunt van rechtseenheid beschouwd – slechts een kleine stap om ook de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde 'mededingingsnorm' en 'transparantienorm' overeenkomstig van toepassing te achten op gevallen die door art. 3:14 BW worden bestreken. Via een ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (het zorgvuldigheidsbeginsel) is de verkoop van gemeente-eigendommen al aan banden gelegd. Een nadeel van de overeenkomstige toepassing van deze normen – te weten de mogelijkheid van vertraging of starheid van de besluitvorming door protocollering en de noodzaak van toetsing aan vaste objectieve criteria, op een vrije markt waarin marktdeelnemers snel moeten kunnen beslissen – zou gedeeltelijk kunnen worden ondervangen bij het maken van protocollen en het vastleggen van de toewijzingssystematiek voor de verkoop van gemeente-eigendommen. Het gelijkheidsbeginsel zelf kan in een protocol of in beleidsregels niet worden uitgesloten. In de (bestuurs)rechtspraak tot nu toe lees ik niet dat bij het vaststellen van verkoopprotocollen of bij het schriftelijk vastleggen van een bepaalde objectieve toewijzingssystematiek voor de uitgifte van gemeentegrond, in de regeling geen vereenvoudigd traject zou mogen worden opgenomen voor kleine transacties die een bepaalde drempelwaarde niet halen (zoals de verkoop van zgn. snippergroen aan omwonenden e.d.).

### 2.40

Dit alles neemt niet weg, dat het – bij een overeenkomstige toepassing van de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde 'mededingingsnorm' – moet gaan om 'schaarste' als bedoeld in deze norm. Op die vraag is het debat tussen partijen in cassatie dan ook grotendeels gericht. Middelonderdeel I.b heeft daarop betrekking.

### 2.41

Met de Gemeente ben ik van mening dat, ook bij een verplichting tot overeenkomstige toepassing van de 'mededingingsnorm', in dit geval niet vaststaat dat sprake is van 'schaarste' als bedoeld in die norm, louter op grond van de omstandigheid dat meer dan één partij belangstelling toonde voor aankoop van de gemeentehuislocatie. Bij de verkoop hiervan oefent de Gemeente geen publiekrechtelijke bevoegdheid uit. Niet is gesteld of gebleken dat de Gemeente, door gebruik te maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheid bij de verkoop regels van publiekrecht omzeilt of krachteloos maakt. Evenmin is in dit kort geding vastgesteld dat sprake is van een vorm van schaarste die door het publiekrecht of met gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden is gecreëerd. Kortom, bij gebreke van een aanwijzing voor het tegendeel moet worden aangenomen dat de gestelde 'schaarste' (de belangstelling van meer dan één aspirant-koper) in dit geval voortkomt uit het feit dat dit perceel grond zo gunstig is gelegen in het dorpscentrum en qua afmetingen en bestemming (ruimtelijke ordening) geschikt is voor de vestiging van een supermarkt.<sup>[39.]</sup>

### 2.42

Mijn slotsom is dat onderdeel I.b faalt. Indien de Hoge Raad deze opvatting deelt, hebben eiseressen geen belang meer bij een eventuele gegrondbevinding van onderdeel I.a.

#### 2.43

*Onderdeel I.c* is subsidiair en voorwaardelijk voorgesteld. Het gaat uit van de veronderstelling dat in rov. 5.8 besloten ligt dat de door eiseressen in onderdeel I.a verdedigde normen door de Gemeente zijn nageleefd. Voor dat geval klagen eiseressen dat het hof dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd, mede beschouwd in het licht van de in dit middelonderdeel aangehaalde stellingen van eiseressen in hoger beroep.

#### 2.44

Dit onderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof heeft niet geoordeeld dat de Gemeente heeft voldaan aan de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde ‘mededingingsnorm’ en ‘transparantienorm’, bedoeld in de middelonderdelen I.a en I.b. Verder behoeft deze voorwaardelijke klacht geen bespreking.

### Onderdeel II: ongeoorloofde staatssteun?

#### 2.45

*Onderdeel II* is gericht tegen rov. 5.7. Deze overweging luidt als volgt:

“Dat de Gemeente in strijd zou handelen met het staatssteunrecht – volgens [eiseressen] hierin gelegen dat [verweerster 2] een voorkeurspositie heeft gekregen op herontwikkeling van de gemeentehuislocatie zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat – is evenmin voldoende aannemelijk gemaakt. De Gemeente en [verweerster 2] hebben voldoende toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald, die door middel van een taxatie is onderbouwd, een en ander conform de Mededeling Staatsteun van de Europese Commissie in de zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C262/01). Een dergelijke gang van zaken is volgens de Mededeling in beginsel voldoende om staatssteun bij verkoop van gronden te voorkomen, zodat van het onrechtmatig verlenen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU door de Gemeente voorshands geen sprake is. Onder bijkomende omstandigheden zou niettemin van staatssteun sprake kunnen zijn, maar dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen heeft [eiseressen] niet voldoende aannemelijk gemaakt. Bovendien: zelfs al zou komen vast te staan dat de Gemeente onrechtmatige staatssteun aan [verweerster 2] zou hebben verleend, dan ontstaat daardoor nog niet de door [eiseressen] gevorderde verplichting van de Gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. In een dergelijke situatie dient [verweerster 2] immers (slechts) de steun inclusief het tot de terugbetaling genoten rentevoordeel aan de Gemeente terug te betalen.”

#### 2.46

Volgens middelonderdeel II geeft deze overweging blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd. Ik teken hierbij aan dat de bestreden overweging uiteenvalt in twee gedeelten, gescheiden door het woord “Bovendien”. Elk van beide gedeelten kan zelfstandig de beslissing tot afwijzing van de vordering dragen. De middelonderdelen II.a en II.b hebben betrekking op het eerste gedeelte (handelt de Gemeente in strijd met het staatssteunrecht?). Onderdeel II.c betreft het tweede gedeelte: kon op de grondslag van het staatssteunrecht de vordering worden toegewezen? Om redenen van systematiek begin ik met deze laatste klacht.

### Onderdeel II.c: verband tussen de gestelde staatssteun en de ingestelde vordering

#### 2.47

*Onderdeel II.c*<sup>[40.]</sup> houdt in dat het hof miskent dat eiseressen niet alleen een rechterlijk bevel hadden gevorderd om aan alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. Eiseressen hadden óók gevorderd, kort gezegd, dat aan de Gemeente en aan [verweerster 2] zal worden verboden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren en dat, voor als dit tijdens de procedure in hoger beroep plaatsvindt, aan de Gemeente en [verweerster 2] een gebod zal worden opgelegd om een dergelijke verkoop of levering ongedaan te maken.

#### 2.48

Het middelonderdeel vervolgt dat het oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het zo dient te worden begrepen dat ook de laatstgenoemde vorderingen niet kunnen worden toegewezen indien komt vast te staan dat sprake is van onrechtmatige staatssteun. Indien sprake is van voorgenomen staatssteun in de zin van art. 107 VWEU dient deze immers op grond van art. 108 lid 3 VWEU te worden aangemeld bij de Europese Commissie. De autoriteiten in de EU-lidstaat, in dit geval: de Gemeente, mogen geen uitvoering geven aan de voorgenomen steunmaatregel voordat de aanmeldingsprocedure tot een eindbeslissing heeft geleid (de zgn. “*standstill*-verplichting”). Wanneer de nationale rechter vaststelt dat – kort gezegd – sprake is van staatssteun en de *standstill*-verplichting wordt geschonden, kan de nationale rechter, ook in een kort geding, bevel geven om de uitvoering van de betrokken staatssteunmaatregel te doen opschorten

en de terugvordering van reeds verrichte steunbetalingen gelasten of andere voorlopige maatregelen bevelen ten einde de belangen van anderen te beschermen en het nuttig effect te behouden van een door de Commissie ten aanzien van de voorgenomen steunmaatregel te nemen beslissing.<sup>[41]</sup> Ingeval sprake is van staatssteun, zoals het hof aan het slot van rov. 5.7 veronderstelt, aanneemt, was het hof verplicht om de voorlopige maatregelen te treffen zoals eiseressen hadden gevorderd. Tot zover de klacht.

#### 2.49

Het gevorderde verbod en gebod hadden betrekking op de verkoop en (in hoger beroep) op de levering van de 'gemeentehuislocatie'. Uit hoofde van het staatssteunrecht kan worden belet dat onrechtmatige staatssteun wordt verleend, in welk verband een beroep kan worden gedaan op de in het middelonderdeel bedoelde *standstill*-verplichting.<sup>[42]</sup> Indien de ongeoorloofde staatssteun reeds is verleend kunnen maatregelen worden getroffen om zeker te stellen dat de onrechtmatig verleende steun ongedaan wordt gemaakt, bijvoorbeeld door terugbetaling door de begunstigde van de onrechtmatig genoten staatssteun aan de Gemeente die deze steun heeft verleend. Indien de onrechtmatig verleende staatssteun bestaat uit het door een overheidslichaam verkopen van een onroerende zaak voor een koopprijs onder de (objectief te bepalen) marktwaarde daarvan, waardoor de koper wordt bevoordeeld in vergelijking tot andere potentiële gegadigden, is het volledig ongedaan maken van de desbetreffende verkooptransactie (en van de daarop volgende levering) inderdaad een mogelijkheid om dat doel te bereiken. Het is echter niet de enige mogelijkheid. Ook op andere manieren kan worden bereikt dat de onrechtmatige staatssteun wordt terugbetaald: zo kan, in dit voorbeeld, de koper met instandhouding van de koopovereenkomst het verschil tussen de objectief bepaalde marktwaarde en de (te lage) koopsom met rente bijbetalen aan het overheidslichaam dat als verkoper optrad of voor dat bedrag zekerheid stellen.

#### 2.50

In de twee laatste volzinnen van rov. 5.7 – waarin het hof bij wijze van veronderstelling ervan uitgaat dat sprake is van onrechtmatige staatssteun – heeft het hof geoordeeld dat dit hoogstens leidt tot een verplichting voor [verweerster 2] om de staatssteun inclusief het rentevoordeel aan de Gemeente terug te betalen, maar dat hieruit niet een verplichting ontstaat om eiseressen alsnog een kans te geven een bod op de gemeentehuislocatie te doen (waarbij het hof teruggrijpt op de door eiseressen ingestelde vorderingen zoals die door het hof zijn uitgelegd). Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uit hoofde van het staatssteunrecht kunnen eiseressen niet verhinderen dat de Gemeente de gemeentehuislocatie voor een – naar objectieve vaststelling – marktconforme prijs verkoopt en levert aan [verweerster 2].<sup>[43]</sup>

#### 2.51

De vorderingen in eerste aanleg behelsden – naar de onbestreden samenvatting daarvan in rov. 4.1 – het volgende:

"[Eiseressen] heeft in eerste aanleg, in de kern genomen, gevorderd dat de voorzieningenrechter *primair* de Gemeente zal verbieden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure, *subsidiair* de Gemeente zal bevelen aan haar een schriftelijke uitnodiging te sturen om een bod te doen op de gemeentehuislocatie en *uiterst subsidiair* voorzieningen beveelt en/of verbiedt die hem juist voorkomen."

#### 2.52

Het komt mij voor, met alle respect, dat dit middelonderdeel een 'draai' aan de verbodsvordering geeft die het hof hierin niet heeft gelezen, noch behoefde te lezen. Het hof spreekt in rov. 5.7 van "de door [eiseressen] gevorderde verplichting van de Gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven". Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de vordering, óók wat betreft het daarin opgenomen verbod tot verkoop en levering en wat betreft het later daarin opgenomen gebod (tot ongedaanmaking van een eventueel tijdens het geding in hoger beroep tot stand gekomen verkoop of levering), opgevat als een voorlopige voorziening in afwachting en ter ondersteuning van de door eiseressen gevorderde "openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure". Als het staatssteunrecht geen basis biedt voor die (hoofd)vordering, valt voor de lezer te begrijpen waarom het hof het (ter ondersteuning daarvan gevorderde) verbod en gebod evenmin toewijsbaar achtte op die grondslag. De uitleg van de gedingstukken is overigens voorbehouden aan de feitenrechter.

#### 2.53

Indien de klachten van onderdeel II.c falen, hebben eiseressen geen belang meer bij een bespreking van de onderdelen II.a en II.b. Niettemin zal ik hierna kort op die middelonderdelen ingaan.

#### Onderdelen II.a en II.b: is in dit geval sprake van ongeoorloofde staatssteun?

#### 2.54

*Onderdeel II.a* ziet op het tijdstip van de taxatie. Eiseressen gaan ervan uit dat op grond van art. 107 lid 1 VWEU, zoals

toegelicht in de Mededeling Staatssteun van de Europese Commissie, een taxatie in beginsel voldoende kan zijn om vast te stellen of een verkoopprijs marktconform is. Zij wijzen erop dat de Mededeling Staatssteun wel eisen stelt aan de te verrichten taxatie, namelijk:

“een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria”.<sup>[44.]</sup>

Volgens eiseressen staat vast dat de Gemeente en [verweerster 2] sinds juli 2016 exclusief met elkaar hebben onderhandeld en was er geen voltooide taxatie toen de Gemeente op 26 februari 2019 haar memorie van antwoord in hoger beroep nam. Bij die stand van zaken geeft het bestreden arrest hetzij blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het tijdstip waarop de taxatie die nodig is om onrechtmatige staatssteun te voorkomen dient te worden uitgevoerd, hetzij heeft het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd: volgens de klacht laten de vaststaande feiten geen andere gevolgtrekking toe dan dat de (enige) gestelde taxatie is verricht nadat de onderhandelingen tussen de Gemeente en [verweerster 2] al waren aangevangen.

## 2.55

*Onderdeel II.b* bevat een motiveringsklacht. Deze houdt in dat aan het hof geen taxatierapport is overgelegd. De ter zitting in hoger beroep overgelegde koop- en de samenwerkingsovereenkomst bevatten geen verwijzing naar een taxatierapport. Zo valt niet te controleren of de tussen de Gemeente en [verweerster 2] overeengekomen koopprijs inderdaad is gebaseerd op een taxatie, die tevoren is uitgevoerd door een onafhankelijk deskundige op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, zoals de Mededeling Staatssteun vereist. In elk geval heeft het hof niet toereikend gemotiveerd waarop het oordeel berust dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald die door middel van een taxatie is onderbouwd. Het oordeel van het hof voldoet op dit punt niet aan het minimumvereiste dat het voldoende inzicht biedt in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – de Hoge Raad daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

## 2.56

Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Ten tijde van het geding in eerste aanleg was er (nog) geen overeenkomst. In eerste aanleg hebben eiseressen bezwaar ertegen gemaakt dat de Gemeente aan [verweerster 2] een exclusief recht verschaft om over aankoop van de gemeentehuislocatie te onderhandelen.<sup>[45.]</sup> Ook in hoger beroep stelden eiseressen dat [verweerster 2] van de Gemeente een “voorkeurspositie” heeft gekregen, in die zin dat zij ervan verzekerd kon zijn dat de Gemeente niet met andere partijen (dan [verweerster 2]) zal onderhandelen.<sup>[46.]</sup>

## 2.57

De Gemeente heeft hiertegen als verweer ingebracht dat wanneer zij met [verweerster 2] een koopovereenkomst sluit, bij de bepaling van de koopprijs rekening wordt gehouden met de taxatie van de gemeentehuislocatie door een erkende onafhankelijke taxateur die de marktwaarde vaststelt volgens een algemeen aanvaarde waarderingsmethode en die het algemeen aanvaarde toetsingskader hanteert voor het bepalen van de ‘marktwaarde’. Daarbij wordt volgens de Gemeente ook rekening gehouden met (onder meer) de realisatie van een supermarkt op de te verkopen grond: de getaxeerde marktwaarde bevat het mogelijke prijseffect van de toekomstige supermarktbestemming.<sup>[47.]</sup>

## 2.58

[Verweerster 2] heeft aangevoerd dat in dit kort geding niet de verstrekking van een ontwikkelrecht of van een vergunning ter discussie staat, maar de verkoop van een perceel grond.<sup>[48.]</sup> Volgens [verweerster 2] wordt door haar voor dit perceel een marktconforme prijs betaald, conform de Mededeling Staatssteun onderbouwd door middel van een taxatie door een onafhankelijke taxateur.

## 2.59

Ter zitting in hoger beroep op 4 oktober 2019 heeft de Gemeente – op verzoek van eiseressen<sup>[49.]</sup> – de koopovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst overgelegd.<sup>[50.]</sup> Volgens de Gemeente waren deze overeenkomsten ‘staatssteun-proof’.<sup>[51.]</sup> Ook volgens [verweerster 2] was de koopprijs gebaseerd op een objectieve taxatie en is van verboden staatssteun geen sprake.<sup>[52.]</sup>

## 2.60

Ter zitting in hoger beroep hebben eiseressen naar voren gebracht dat hun staatssteunargument niet alleen ziet op de overdracht van de gemeentehuislocatie, maar ook op het feit dat de Gemeente, zonder daarvoor een vergoeding te bedingen, een exclusief recht aan [verweerster 2] heeft gegeven om onderhandelingen met de Gemeente te voeren over de gemeentehuislocatie en de ontwikkeling van het gebied daaromheen.<sup>[53.]</sup> In reactie op de in hoger beroep in het geding gebrachte koop- en samenwerkingsovereenkomst hebben eiseressen aangevoerd dat daarin geen verwijzing naar de taxatie is te vinden. Wat betreft de in de overeenkomst opgenomen koopprijs, is van de zijde van eiseressen ter zitting

opgemerkt dat dit bedrag “echt een schijntje is”, waarbij als voorbeeld werd genoemd dat in Nijmegen onlangs € 13 miljoen is betaald voor de huurrechten van twee supermarkten en er vaak ook nog sleutelgeld wordt betaald. Volgens de Gemeente, ter zitting in hoger beroep, is die bewering ‘geschoten vanuit de heup’, en correspondeert de overeengekomen koopsom met de uitgebrachte taxatie. Subsidiar heeft de Gemeente gesteld dat, zelfs als hier sprake zou zijn van een aan Groenstate verstrekt voordeel, de staatssteun dan nog steeds onder de *minimis*-grens blijft.

#### 2.61

Het rapport van de taxatie waarover de Gemeente en [verweerster 2] tijdens de zitting in hoger beroep hebben gesproken, behoort niet tot de gedingstukken. Het hof heeft niet aan de hand van een taxatierapport bepaald (noch kunnen bepalen) dat de marktconformiteit van de koopprijs voortvloeit uit een taxatie die aan de maatstaven van de Mededeling Staatssteun voldoet. Het hof heeft zich beperkt tot:

- (i) de constatering dat in dit kort geding niet voldoende aannemelijk is gemaakt dat [verweerster 2] een voorkeurspositie heeft gekregen op herontwikkeling van de gemeentehuislocatie zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat;
- (ii) de constatering dat de Gemeente en [verweerster 2] voldoende hebben toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald die door middel van een taxatie is onderbouwd, een en ander conform de Mededeling Staatsteun;
- (iii) de overweging dat onder bijkomende omstandigheden niettemin van staatssteun sprake zou kunnen zijn, maar dat eiseressen niet aannemelijk hebben gemaakt dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen.

#### 2.62

De constateringen onder (i) en (iii) zijn in onderdeel II niet aan de orde: de klachten gaan over de vraag of de koopprijs van het verkochte perceel grond marktconform is en of die conformiteit is vastgesteld aan de hand van een objectieve taxatie die voldoet aan de Mededeling Staatssteun. Het uitgangspunt van het hof is kennelijk dat indien voor de aankoop van de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs wordt betaald, er géén sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU.

#### 2.63

De constatering onder (ii) dat door de Gemeente en [verweerster 2] voldoende is toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald, welke onderbouwd is door middel van een taxatie die aan de Mededeling Staatsteun voldoet heeft het hof – voor zover uit het arrest blijkt – niet geverifieerd aan de hand van een (kopie van het) taxatierapport of ander schriftelijk bewijs. Een rechtsschending levert dit mijns inziens niet op: de voorzieningenrechter die een oordeel moet geven over een verzochte spoedeisende voorlopige voorziening is niet verplicht om bewijs te laten leveren van stellingen die niet in rechte vaststaan. Hij mag zich beperken tot een voorlopig oordeel over de feiten aan de hand van hetgeen over en weer is gesteld. Het bestreden oordeel is ook niet onbegrijpelijk. Tegenover de gemotiveerde standpunten van de Gemeente en [verweerster 2] dat de koopprijs berustte op een taxatie die door een onafhankelijke taxateur was vastgesteld aan de hand van de in de Mededeling staatssteun bedoelde maatstaven, hebben eiseressen in hoger beroep weinig méér ingebracht dan de bewering dat de koopprijs “een schijntje” zou zijn, en een (niet gespecificeerde) mededeling over een geval waarin voor een huurcontract van een supermarkt in een stedelijke omgeving (Nijmegen) een veel hoger bedrag zou zijn betaald.<sup>[54.]</sup> Door zulke mededelingen behoefde het hof zich in dit kort geding niet te laten weerhouden van de constatering onder (ii).

#### 2.64

Op één punt schiet de motivering van het hof naar mijn mening tekort ten aanzien van het oordeel dat de gestelde taxatie voldoet aan de vereisten in de Mededeling staatssteun. Uit het arrest (en uit de vindplaatsen in de gedingstukken waarnaar partijen verwijzen) blijkt namelijk niet *op welke datum* de taxatie door een onafhankelijke taxateur is uitgebracht, noch op welke datum de onderhandelingen tussen de Gemeente en [verweerster 2] volgens het hof zijn aangevangen. In zoverre slaagt mijns inziens onderdeel II.a als de Hoge Raad aan deze klacht toekomt, maar dat baat eiseressen niet wanneer de in de mededelingsnorm bedoelde ‘schaarste’ niet blijkt.

#### 2.65

In hun schriftelijke toelichting hebben eiseressen een beroep gedaan op een door hen op de gemeentehuislocatie uitgebracht bod. Zij verwijzen naar een door hen aan de Gemeente gestuurde brief van 26 oktober 2018.<sup>[55.]</sup> Volgens de schriftelijke toelichting is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd omdat een voorafgaande taxatie die aan de Mededeling Staatssteun voldoet onder omstandigheden toch onvoldoende kan zijn als bewijs voor de marktconformiteit van een transactie, namelijk wanneer een partij bereid is een hogere prijs te betalen dan uit de objectieve taxatie volgt.

#### 2.66

Deze klacht heb ik niet teruggevonden in de procesinleiding in cassatie: zij is tardief. Ook om een inhoudelijke reden gaat

deze klacht niet op. Volgens het hof waren eiseressen al in 2016 bekend met de plannen voor herontwikkeling van dit gebied en met het feit dat de Gemeente hen naar [verweerster 2] verwees. Met het doen van een dergelijk 'eigen bod' kunnen eiseressen niet met succes in de aanloop naar de procedure alsnog twijfel zaaien over de marktconformiteit. Het aanbod in bedoelde brief hield slechts in dat zij bereid zijn "aanzienlijk meer te betalen dan het bedrag waar de deskundige op uitkomt", niet een concreet aanbod in geld.

## 2.67

In (punt 72 van) hun schriftelijke toelichting hebben eiseressen nog gewezen op de volgende passage in de Mededeling Staatssteun (par. 79):

"Indien een lidstaat aanvoert dat hij als marktdeelnemer in een markteconomie heeft gehandeld, moet hij bij twijfel het bewijs leveren waaruit blijkt dat het besluit om de transactie uit te voeren is genomen op grond van economische analyses die te vergelijken zijn met die welke een rationele marktdeelnemer in een markteconomie (die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de betrokken overheidsinstantie benadert) had laten uitvoeren om de winstgevendheid of economische voordelen van de transactie te bepalen."

## 2.68

Voor zover eiseressen hiermee willen betogen dat het op de weg van de Gemeente en [verweerster 2] lag om aan te tonen dat de overeengekomen koopprijs marktconform is, gaat dat betoog eraan voorbij dat het hier gaat om een kort geding, waarin het hof mocht volstaan met een voorlopig oordeel zonder dat het bewijs daarvan geleverd was. Bij de handhaving van de regels van Europees staatsteunrecht is het aan de lidstaten van de Unie, om de procesrechtelijke middelen te kiezen om naleving van het Europees recht binnen de nationale rechtsorde te verzekeren, zolang de daarin opgenomen rechtstreeks werkende rechten daadwerkelijk en effectief door de nationale rechter kunnen worden beschermd, het nationale procesrecht de uitoefening van deze rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, en de beroepsgang en procesregels voor op het communautaire recht gebaseerde vorderingen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.<sup>[56.]</sup>

### Onderdeel III: voortbouwende klacht

## 2.69

*Onderdeel III* houdt in dat wanneer onderdeel I of II slaagt, de beslissingen tot afwijzing van de vorderingen van eiseressen en tot hun veroordeling in de proceskosten niet in stand kunnen blijven.

## 2.70

Dit onderdeel deelt het lot van de eerste twee middelonderdelen. Het behoeft verder geen bespreking.

## 3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Voetnoten "Uitspraak"

[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.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Didam was tot 2005 een zelfstandige gemeente en behoort nu tot de gemeente Montferland.



[\[2.\]](#)

Prod. 3 bij de inleidende dagvaarding; gedeelten daaruit zijn geciteerd in het bestreden arrest onder 3.8.

[\[3.\]](#)

Prod. 7 bij conclusie van antwoord.

[\[4.\]](#)

Prod. 4 bij de inleidende dagvaarding.

[\[5.\]](#)

Zie de samenvatting in rov. 3.2 van het vonnis in eerste aanleg.

[\[6.\]](#)

Vzr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46. Een verschrijving in de datum van het oorspronkelijke vonnis is gecorrigeerd bij herstellvonnis van 7 maart 2019, waarbij is tevens een foutieve naamsvermelding in rov. 4.4 is verbeterd.

[\[7.\]](#)

Gerechthof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, AB 2020/116 m.nt. P.W.A. Huisman en F.J. van Ommeren, TBR 2020/27 m.nt. A. Drahmman, BR 2020/20 m.nt. E.W.J. de Groot en S. Elbertsen, JAAN (jurisprudentie aanbestedingsrecht, SDU) 2020/27 m.nt. P. Heijnsbroek.

[\[8.\]](#)

Zie art. 402 lid 2 in verbinding met art. 339 lid 2 Rv.

[\[9.\]](#)

Zie de schriftelijke toelichting namens de Gemeente, par. 3.1 – 3.7. Zie voor het standpunt van eiseressen: alinea 32 en 34 van de procesinleiding in cassatie en de cassatiereplek onder 2 – 9.

[\[10.\]](#)

Vgl. HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9705, NJ 2007/188, en specifiek voor het kort geding: HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:661, rov. 3.6.

[\[11.\]](#)

Zie over het begrip 'grensoverschrijdend belang': HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722. Uit Afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet 2012 (art. 1.7 - 1.10), zoals deze tot 1 juli 2016 luidde, volgt dat de aanbestedende dienst bij de aankondiging van te sluiten overeenkomsten de beginselen van het aanbestedingsrecht (het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel) in acht dient te nemen indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. In dat geval moet de aanbestedende dienst onder meer zorgen voor een passende mate van openbaarheid.

[\[12.\]](#)

Zie Groene Serie, Vermogensrecht, aant. 4 bij art. 3:14 BW (M.W. Scheltema).

[\[13.\]](#)

Vgl. Groene Serie, Vermogensrecht, aant. 23 bij art. 3:14 BW (M.W. Scheltema). Zie reeds HR 27 maart 1987, NJ 1987/727 m.nt. M. Scheltema (rov. 3.3): "Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen in acht te nemen. Voor zover het slot van het onderdeel (...) betoogt dat het gelijkheidsbeginsel hier slechts aan de orde zou kunnen komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting." In gelijke zin: HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232 m.nt. M. Scheltema (rov. 3.3).

[\[14.\]](#)

Zie onder meer art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM, waarover HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7740, rov. 3.5.1: "Artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM verbieden niet iedere ongelijke behandeling van gelijke gevallen maar alleen die welke als discriminatie moet worden beschouwd. Hiervan is sprake indien een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor die behandeling ontbreekt. Dit doet zich voor indien het verschil in behandeling geen legitiem doel dient of indien de daartoe gebezigde middelen niet in een redelijke en proportionele verhouding tot dat doel staan. Hetzelfde heeft te gelden voor de toepassing van artikel 26 IVBPR."

[\[15.\]](#)

Vgl. de omschrijving van indirect onderscheid in art. 1 Algemene wet gelijke behandeling: "indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft".

[\[16.\]](#)

Om die reden zal een gemeentebestuur niet de verkoop mogen weigeren aan, bijvoorbeeld, personen met een bepaalde sekse, huidskleur of godsdienst.

[\[17.\]](#)

A.T. Marseille (red.) e.a., Inleiding bestuursrecht, Boom Juridisch 2020, par. 5.4.3.

[18.]

A.T. Marseille (red.) e.a., *Inleiding bestuursrecht*, Boom Juridisch 2020, blz. 183 resp. blz. 185–186.

[19.]

ABRvS 2 november 2016 (rov. 8), ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel, *JAAN* 2017/901 m.nt. P. Heijnsbroek, *BR* 2017/5 m.nt. Van de Sanden, *BR* 2017/23 m.nt. De Groot en Vidal, *JG* 2016/64 m.nt. Barkhuysen en Span, *JIN* 2017/43 m.nt. Timmermans.

[20.]

De aangehaalde uitspraak CBB 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466) is ook gepubliceerd in *AB* 2009/373 m.nt. Wolswinkel, *BR* 2011/7 m.nt. De Groot en Gruppen.

[21.]

De uitspraak van de ABRvS bevat nog een derde regel, namelijk dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd worden verleend. Deze derde regel speelt geen rol in dit geding en leent zich ook niet goed voor analoge toepassing: een eigendomsoverdracht leidt immers tot een definitieve overgang van rechten en plichten met betrekking tot de overgedragen zaak.

[22.]

Zie van de latere uitspraken nog: ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3081 (ligplaatsen); ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1013 (ligplaatsen); ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336 (speelautomaten).

[23.]

Vgl. de conclusie van de staatsraad A-G Widdershoven onder 2.5: "Schaarse vergunningen zijn een species van het genus schaarse publieke rechten. Tot de groep van schaarse publieke rechten behoren behalve vergunningen, andere schaarse overheidstoestemmingen, zoals concessies, ontheffingen of vrijstellingen, schaarse verhandelbare publieke rechten, zoals emissierechten of quota, en schaarse subsidies of andere financiële aanspraken." Zie ook: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004; F.J. van Ommeren, W. den Ouden en W.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: BJU 2011.

[24.]

Zie Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, art. 4:26, aant. 1 (T.C. Borman), onder verwijzing naar ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, *AB* 2018/406; ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, *AB* 2019/320.

[25.]

Zie wel de conclusie van Widdershoven vóór ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, *AB* 2019/111 m.nt. C.J. Wolswinkel, alinea 4.5 (slot): "In de situatie dat de overheid eigenaar is van de grond en deze door gronduitgifte (verkoop of uitgifte in erfpacht) bepaalt welke particulier in aanmerking kan komen voor een omgevingsvergunning, kan op zichzelf de vraag worden opgeworpen of de mededingingsnorm en de transparantieverplichting niet zouden moeten gelden voor die gronduitgifte. In de literatuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord, maar wordt tegelijkertijd vastgesteld dat in de nationale en Europese rechtspraak de toepasselijkheid van de mededingingsnorm op gronduitgifte (nog) niet wordt aangenomen (...). Ik laat dit punt verder rusten, omdat beslissingen tot gronduitgifte behoren tot de competentie van de burgerlijke rechter."

[26.]

Zie P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid*, diss., Den Haag: SIBR 2013, hoofdstuk 12.

[27.]

Vermeulen en Van der Sluis, 'Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom', *TO* 2018/3, blz. 126.

[28.]

P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, 2019, par. 10.10.4. Zie ook hun annotatie onder het bestreden arrest in *AB* 2020/116.

[29.]

P.J. Huisman, De toelaatbaarheid van privaatrechtelijk overheidshandelen: de doorkruisingsformule en enige andere maatstaven, *JBPlus* 2020/1, onder 3.3.

[30.]

In een voetnoot (66) verwijst hij onder meer naar: J.R. Vermeulen en C.N. van der Sluis, 'Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom', *TO* 2018, nr. 3, blz. 126; A. Drahmman, 'Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd. Wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring?', *NJB* 2019/1856, blz. 2201; Huisman & Van Ommeren 2019, par. 10.10.4, blz. 501 e.v. en T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de "mededingingsnorm" bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten', *NTB* 2019/35, blz. 360.

[31.]

Bij het vaststellen van zulke tarieven zal veelal uitgangspunt zijn dat de kostenvergoeding de door de overheid gemaakte kosten moet kunnen dekken.

[32.]

De Gemeente heeft haar stellingen dienaangaande samengevat in haar pleitnota in hoger beroep onder 4.1 – 4.7.

[33.]

Zie de schriftelijke toelichting namens de Gemeente, par. 4.2.14 – 4.2.21. In eerste aanleg had de Gemeente al betoogd dat ook onder het Masterplan

er ruimte blijft voor nieuwe supermarktoctaties, zelfs in het centrum van Didam. Ook zouden voor eiseressen uitbreidingsmogelijkheden bestaan op hun huidige locatie (CvA 2.5 – 2.7).

[34.]

ECLI:NL:RVS:2018:1847, onder 4.5.

[35.]

S.t. van de zijde van eiseressen, par. 12 – 35.

[36.]

S.t. van de zijde van eiseressen, par. 36 – 39, onder verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210 (rov. 4.16 en 4.22), in verbinding met HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1221 (art. 81 RO); Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79 (rov. 5.7.1).

[37.]

S.t. van de zijde van eiseressen, par. 40 – 42; par. 45 en voetnoot 65 aldaar.

[38.]

S.t. van de zijde van de Gemeente, par. 4.2.3 – 4.2.5.

[39.]

Wat betreft de bestemming volgens het bestemmingsplan, herinner ik bij wijze van binnenlandse rechtsvergelijking aan de artikelen 40c, 40d en 40e Onteigeningswet, in relatie tot de hoofdregel van de “werkelijke waarde van de zaak in het vrije commerciële verkeer” in art. 40b Ow.

[40.]

In de procesinleiding bij vergissing genummerd III.c.

[41.]

Het onderdeel verwijst naar rov. 26 van HvJEU 11 november 2015, zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz/Nordhein-Westfalen*).

[42.]

Zie voor de *standstill*-verplichting in geval van steunmaatregelen: art. 108 lid 3 in verbinding met art. 107 lid 1 VWEU).

[43.]

Ter zijde merk ik op dat dit juist een drijfveer is voor de in middelonderdeel I bedoelde ‘mededingingsnorm’: die voegt iets toe aan het verbod van onrechtmatige staatssteun.

[44.]

Zie par. 103 van de Mededeling Staatssteun.

[45.]

Spreekantekeningen namens eiseressen in eerste aanleg, nr. 21.

[46.]

Dagvaarding in hoger beroep, nr. 98 en 100.

[47.]

MvA van de Gemeente d.d. 26 februari 2019, nrs. 12.16 -12.19. (Dat de Gemeente toen geen concreet bedrag als koopsom noemde, valt hieruit te verklaren uit het feit dat zij toen nog geen koopovereenkomst met [verweerster 2] had gesloten.)

[48.]

MvA van [verweerster 2], nr. 56 e.v.

[49.]

Proces-verbaal van pleidooi in appel, blz. 5.

[50.]

Zie alinea 1.1 hiervoor en rov. 2.1 van het bestreden arrest.

[51.]

Pleitnota Gemeente in appel, nr. 5.2.

[52.]

Spreekantekeningen [verweerster 2] in appel, nr. 27.

[53.]

Spreekantekeningen [eiseressen] in appel, nr. 37.

[54.]

P.-v. zitting 4 oktober 2019, blz. 8.

[55.]

S.t. namens eiseressen onder 77 en voetnoot 85 met verwijzingen naar vindplaatsen in het procesdossier. De brief is overgelegd als productie 6 bij de inleidende dagvaarding.

[56.]

Zie: A.D.L. Knook, *Staatssteun: handboek voor de praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, blz. 923; G.J. van Slooten, 'Steunverlening en de Nederlandse bestuurspraktijk', in: B. Hessel, *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht: preadviezen* (VAR-reeks, 134), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, blz. 268 - 271.