

## Publicatie

Auteurs: W.J.E. Van der Werf  
Verschenen in: Tijdschrift voor Agrarisch Recht 2021/12  
Datum: December 2021  
Titel: Gelijkheid voor gegadigden bij gronduitgifte

Met zijn opzienbarende arrest van 26 november 2021 in de zaak Bedeco/gemeente Montferland (ECLI:NL:HR:2021:1778), opgenomen in dit tijdschrift onder n r XXXX, heeft de Hoge Raad de gemoederen bij gemeenten en ontwikkelaars flink in beweging gezet. Overheden mogen in principe niet meer één op één onroerend goed verkopen, maar moeten bij gronduitgifte gelijke kansen bieden aan gegadigden.

De gemeente Montferland wilde de voormalige gemeentehuislocatie van Didam verkopen aan een projectontwikkelaar. Een franchisenemer van Albert Heijn wilde met zijn eigen vastgoedonderneming ook het perceel kunnen kopen, maar de gemeente weigerde met hem in zee te gaan. De gemeente verkocht de locatie daarop onderhands aan de projectontwikkelaar. In kort geding stelde de franchisenemer dat de gemeente het perceel alleen maar mocht verkopen na een openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure waarin alle gegadigden een kans hebben gekregen het perceel aan te kopen. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in hoger beroep dat de gemeente niet verplicht was om gelegenheid tot mededinging te bieden bij de verkoop van grond buiten de aanbestedingsrechtelijke context. De franchisenemer stelde vervolgens cassatieberoep in.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, op grond van art. 3:14 BW niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat de overheid

‘mededingingsruimte’ moet bieden aan (potentiële) gegadigden. Zij moeten in staat worden gesteld om mee te dingen naar een onroerende zaak als er meerdere gegadigden zijn of als te verwachten is dat die meerdere gegadigden er zijn. De overheid moet in dat geval objectieve, toetsbare en redelijke criteria opstellen op basis waar van de koper kan worden geselecteerd. Ook moet een passende mate van transparantie zijn verzekerd ten aanzien van de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. De overheid moet daarover duidelijkheid verschaffen door die informatie op zodanige wijze bekend te maken dat (potentiële) gegadigden daar van kennis kunnen nemen. Dat geldt alleen niet indien op basis van die criteria vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is, maar ook zo’n beslissing moet tijdig publiek bekend worden gemaakt.

De zaak is terugverwezen naar het Hof.

Het arrest lijkt mij om vier redenen opzienbarend.

In de eerste plaats introduceert de Hoge Raad via de band de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waar overheden ingevolge de Algemene wet bestuursrecht aan gebonden zijn, regels bij de verkoop van grond die duidelijk zijn ontleend aan het aanbestedingsrecht, terwijl bij de verkoop van uitsluitend grond geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht hoeft te zijn. Dat de overheid bij gronduitgifte gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel, is al duidelijk sinds het IKON-arrest (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727), maar daar ging het om de naleving van de erfpachtvoorwaarden, niet om de

verkrijging van het erfpachtrecht zelf. Met het arrest van 26 november 2021 zet de Hoge Raad in principe een streep door de bestaande, veelvoorkomende praktijk van met name gemeenten om één op één onroerend goed te verkopen. Gemeenten zullen in de meeste gevallen dus selectieprocedures moeten gaan optuigen. Gevreesd wordt al dat de realisatie van woningbouwprojecten ernstig zal vertragen.

In de tweede plaats ontleent de Hoge Raad rechtstreekse inspiratie aan de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over schaarse vergunningen (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927). De Afdeling oordeelde dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat bij de verdeling van schaarse vergunningen een passende mate van openbaarheid moet worden verzekerd met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip 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 daar van kennis kunnen nemen. De Hoge Raad volgt dit oordeel dus op onderdelen letterlijk. Het grote verschil is echter dat de Hoge Raad duidelijk maakt dat niet het schaarste-criterium van belang is, maar de vraag of er meerdere gegadigden (kunnen) zijn. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om dit - of het tegendeel - met een voldoende mate van precisie te kunnen bepalen. Maar ook biedt de selectieprocedure de mogelijkheid voor overheden om door middel van het stellen van bijzondere eisen aan de 'gegadigden knoppen' te draaien.

In de derde plaats kan het arrest potentieel verstrekende consequenties hebben voor reeds gesloten overeenkomsten waarbij de overheid één op één onroerend goed heeft verkocht. Als sprake is van handelen in strijd met art. 3:14 BW, zoals de Hoge Raad veronderstelt, dan zou zo'n transactie op grond van art. 3:40 lid 2 BW vernietigbaar zijn. Aangezien overheden jaarlijks betrokken zijn zijn vele

onroerendgoedtransacties, levert dat voor de praktijk rechtsonzekerheid op.

Tot slot, in de vierde plaats, is aannemelijk dat de rechtsnorm - die is ontleend aan het gelijkheidsbeginsel en geïnspireerd op de rechtspraak over schaarse vergunningen - zich veel breder zal gaan manifesteren dan uitsluitend bij de verkoop van onroerend goed door overheden. Er is geen goede reden denkbaar waarom door de overheid niet ook een selectieprocedure zou moeten worden gevolgd bij de uitgifte van erfpacht- en opstalrechten en bij de verhuur en verpachting van onroerende zaken.

Het arrest van 26 november 2021 krijgt dan ook ongetwijfeld nog een lange staart.