ECLI:NL:HR:2021:1778

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	26-11-2021
Datum publicatie	26-11-2021
Zaaknummer	20/00123
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:243, Contrair In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2019:9911, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Verkoop onroerende zaak door overheidslichaam. Gebondenheid aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, gelijkheidsbeginsel (art. 3:14 BW). Verplichting voor overheidslichaam om mededingingsruimte en transparantie te bieden. Staatssteun?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 20/00123
Datum 26 november 2021

ARREST

In de zaak van

1. [eiseres 1] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
hierna: [eiseres 1],

2. BECEDO VASTGOED IV B.V.,
gevestigd te Didam, gemeente Montferland,
hierna: Becedo Vastgoed IV,

3. BECEDO VASTGOED ONTWIKKELING B.V.,
gevestigd te Didam, gemeente Montferland,
hierna: Becedo Vastgoed Ontwikkeling,

EISERESSEN tot cassatie,

hierna: [eiseressen],

advocaat: R.L.M.M. Tan,

tegen

1. GEMEENTE MONTFERLAND,
zetelende te Didam, gemeente Montferland,

VERWEERSTER in cassatie,

hierna: de Gemeente,

advocaat: T. van Malssen,

2. de vennootschap onder firma
[verweerster 2],
gevestigd te [vestigingsplaats],

VERWEERSTER in cassatie,

hierna: [verweerster 2],

advocaat: J.F. de Groot.

1. 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.[1]

2.3 In hoger beroep hebben [eiseressen] hun eis vermeerderd en, voor het geval dat de gemeentehuislocatie al aan [verweerster 2] is verkocht en/of geleverd voordat eindarrest is gewezen, gevorderd dat de Gemeente en [verweerster 2] hoofdelijk worden veroordeeld de koop en levering ongedaan te maken.
Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voor zover [eiseressen] niet-ontvankelijk zijn verklaard in hun vorderingen, en de vorderingen van [eiseressen] zowel tegen de Gemeente als [verweerster 2] afgewezen.[2] Daartoe heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt geoordeeld.
Er is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht van de Gemeente aan [verweerster 2]. Zelfs al zou sprake zijn van een overheidsopdracht, dan blijft de waarde ervan ruim onder de Europese drempel. Er geldt ook geen transparantieverplichting, nu geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. (rov. 5.6)
[eiseressen] hebben niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de Gemeente in strijd met het staatssteunrecht handelt door [verweerster 2] een voorkeurspositie te geven. Bovendien geldt dat zelfs als sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun, daardoor nog niet de door [eiseressen] gevorderde verplichting van de Gemeente ontstaat om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. (rov. 5.7)

Over de door [eiseressen] bedoelde, in de bestuursrechtspraak gehanteerde 'mededingings- en transparantienorm' heeft het hof overwogen:

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

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

3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Onderdeel I.a van het middel keert zich tegen rov. 5.8 van het bestreden arrest. Het klaagt dat het hof heeft miskend dat in het Nederlandse recht een rechtsnorm geldt, al dan niet naar analogie van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2

november 2016[3], 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.[4] 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.[5] 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.[6]

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.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer H.M. Wattendorff op 26 november 2021.

---

[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.