

MEMO

akd

AAN het college van burgemeester en wethouders
van de gemeente Dronten
t.a.v. [REDACTED]

VAN [REDACTED]
TELEFOON +31 88 [REDACTED]
FAX +31 88 [REDACTED]
E-MAIL [REDACTED]@akd.nl

DATUM 20 januari 2022

ONS KENMERK 1005364

KOPIE AAN --

ONDERWERP **Arrest Hoge Raad inzake Didam;
mededingingsruimte bij grondverkoop**

Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad in een arrest geoordeeld dat overheden die een onroerende zaak willen verkopen, in beginsel gelegenheid moeten bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Naar aanleiding van dit arrest is ons op 1 december 2021 verzocht het college van burgemeester en wethouders van Dronten ("**College**") te adviseren. Onze bevindingen treft u in dit memo aan.

1. Inleiding

De gemeente Dronten ("**Gemeente**") is in gesprek met de familie De Regt ("**De Regt**") over een grondtransactie waarbij de Gemeente een kavel (kadastraal bekend, DTN01, sectie B, nummer 1439) aan de De Regt zou verkopen voor de realisatie van huisvesting voor arbeidsmigranten. In ruil daarvoor zou de De Regt onder meer enkele studentenwoningen in Dronten opheffen.

Naar aanleiding van voornoemd arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778) is ons verzocht te adviseren over (i) of het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 consequenties heeft voor de onderhandelingen met De Regt, (ii) een omschrijving van de risico's indien de grond – zonder dat mededingingsruimte wordt geboden – wordt verkocht en (iii) of het arrest ook geldt in het geval van de verkoop van een erfpachtrecht. Op 22 december 2021 zijn aanvullende vragen gesteld over (i) de mogelijkheden tot onderhandse verkoop, vanwege een maatschappelijk belang en (ii) een beroep op het arrest van de Hoge Raad ter voorkoming van de verplichting om een toezegging tot eerste recht van koop na te komen. Deze vragen zullen in dit memo worden beantwoord. Daartoe worden hierna eerst de belangrijkste overwegingen uit voornoemd arrest samengevat (par. 2), waarna de vragen zullen worden beantwoord. Het memo wordt afgesloten met een korte conclusie.

Hierbij merken wij wel in algemene zin op dat het arrest van de Hoge Raad zeer recent is geweest. Om die reden zijn de exacte gevolgen van dit arrest nog niet geheel te duiden, omdat op het arrest toegesneden jurisprudentie ontbreekt. Desalniettemin zullen we in dit memo, ook aan de hand van reeds bestaande jurisprudentie de hiervoor genoemde vragen beantwoorden.

#21520461v1

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening:

[REDACTED] Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponneerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 2 van 11

2. Duiding arrest Hoge Raad

Voor het arrest van de Hoge Raad is eerst door de rechtbank in kort geding vonnis gewezen, heeft het hof arrest gewezen¹ en is door de procureur-generaal F.F. Langemeijer een conclusie (“**Conclusie**”) geschreven.² Teneinde het arrest van de Hoge Raad goed te kunnen duiden is, ondanks dat het arrest contrair gaat aan de Conclusie en arrest van het hof, een korte toelichting op deze Conclusie en het arrest van het Hof van belang. Vervolgens treft u een overzicht van de belangrijkste overwegingen uit het arrest van de Hoge Raad.

2.1. Voorafgaand aan arrest Hoge Raad: ‘schaarste’ lijkt vereiste voor verplichting om mededingingsruimte te bieden

Door appellanten is bij het hof betoogd dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden³, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. Daarbij is specifiek aangevoerd dat het gaat om een ‘top locatie’ in het centrum van Didam waar tevens een supermarkt gevestigd kan worden, waardoor het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel vergen dat alle potentiële gegadigden een kans krijgen die schaarse grond te verkrijgen. Het hof heeft in het arrest als volgt geoordeeld:

“Het hof ziet dit 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.”

Vervolgens is in de Conclusie vrij veel belang gehecht aan de vraag wanneer sprake is van ‘schaarste’, omdat die schaarste als voorwaarde zou hebben te gelden voor het aannemen van een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. In de Conclusie is hierover het volgende opgenomen:

“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. [...]

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. [...]

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)

¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

² Conclusie PG 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243.

³ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 3 van 11

geschikt is voor de vestiging van een supermarkt.”

Zowel in het arrest van het hof als in de Conclusie speelt de vraag, of en wanneer sprake kan zijn van ‘schaarste’ bij grondverkoop, een belangrijke rol voor de vraag of het de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte ook geldt bij de verkoop van grond. Daarbij is in de Conclusie beschreven dat van schaarste niet reeds sprake is, louter in de situatie dat meer dan één partij belangstelling toonde voor de aankoop van een perceel grond.

2.2. Hoge Raad: mededingingsruimte bieden indien (redelijkerwijs te verwachten is dat) er meerdere gegadigden zijn; ‘schaarste’ is niet relevant

De Hoge Raad heeft in het arrest geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit 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. Daarbij geldt volgens de Hoge Raad – samengevat – het volgende:

Selectieprocedure en criteria

- indien er meerdere gegadigden zijn respectievelijk dit redelijkerwijs te verwachten valt, dient het overheidslichaam aan de hand van een selectieprocedure, die plaatsvindt op basis van objectieve, toetsbare en redelijke selectiecriteria, de partij te selecteren met wie zij de koopovereenkomst aangaat;

Passende mate van openbaarheid

- het overheidslichaam moet een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op een zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen;

Niet relevant of er vergelijkbare onroerende zaken zijn

- het is niet beslissend of er andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of redelijkerwijs te verwachten valt dat er meerdere gegadigden zullen zijn voor de aankoop van de onroerende zaak;

Eén geschikte gegadigde?

- een selectieprocedure hoeft niet te worden doorlopen 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 nog steeds wel tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom

DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 4 van 11

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.

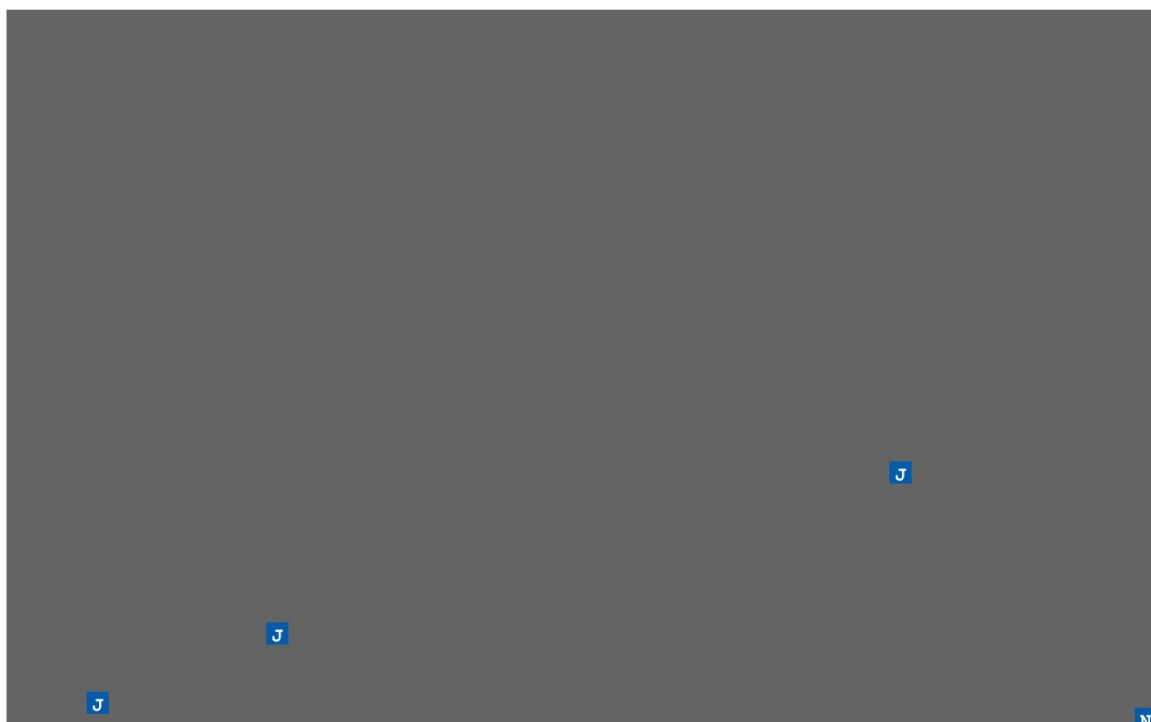
Het valt op dat de Hoge Raad in dit arrest – in tegenstelling tot het arrest van het hof en in de Conclusie – beschrijft wanneer sprake is van ‘schaarste’ noch dat relevant is dat het om een unieke (centrum)locatie gaat waardoor de mededingingsnorm geldt. De Hoge Raad oordeelt in dit verband expliciet – zoals hiervoor samengevat – dat niet beslissend is of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn, maar of (redelijkerwijs te verwachten valt dat) er meerdere gegadigden (zullen) zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak. In zoverre lijkt de reikwijdte van dit arrest mogelijk nog ruimer dan de mededingingsnorm, zoals die zich in het bestuursrecht heeft ontwikkeld. Uiteraard zal dit zich nader moeten uitkristalliseren in nieuwe jurisprudentie.

3. Beantwoording vragen

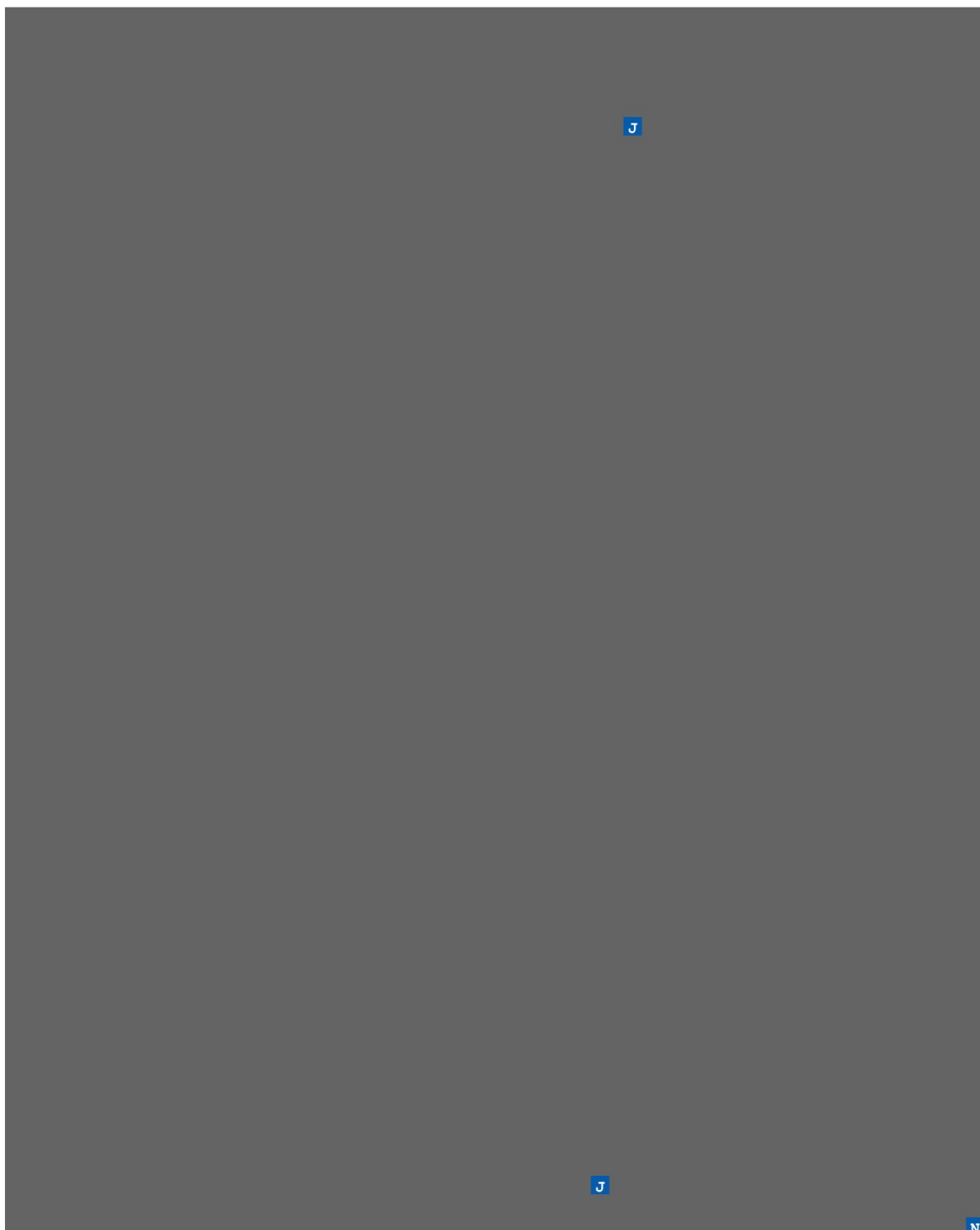
Zoals in de inleiding omschreven is ons verzocht om drie vragen te beantwoorden. De beantwoording van deze vragen treft u in de opvolgende paragrafen.

3.1. Arrest heeft belangrijke consequenties voor lopende contractonderhandelingen

Ten eerste is verzocht of het arrest van de Hoge Raad consequenties heeft voor de onderhandelingen met De Regt. Voor zover ons bekend zijn in dit kader nog geen overeenkomsten gesloten. Hierna zullen we aan de hand van thans beschikbare jurisprudentie nagaan welke consequenties dit arrest mogelijk kan hebben voor bestaande overeenkomsten (3.1.1) en voor lopende onderhandelingen (3.1.2).



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 5 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 6 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 7 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 8 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 9 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 10 van 11



DATUM 20 januari 2022
ONS KENMERK 1005364
PAGINA 11 van 11



We vertrouwen erop hiermee uw vragen te hebben beantwoord. Voor nadere vragen of overleg zijn wij vanzelf steeds beschikbaar.



Toelichting grondslagen

In dit document kunt u secties vinden die onleesbaar zijn gemaakt. Deze informatie is achterwege gelaten op basis van de Wet open overheid (Woo). De letter die hierbij is vermeld correspondeert met de bijbehorende grondslag in onderstaand overzicht.

J Art. 5.1 lid 2 sub e

Het belang van de openbaarmaking van deze informatie weegt niet op tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen

N Art. 5.1 lid 2 sub i

Het belang van de openbaarmaking van deze informatie weegt niet op tegen het belang van het goed functioneren van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen