

# Artikel

## Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom

Mr. J.R. (Jurgen) Vermeulen<sup>1</sup> en mr. dr. C.N. (Cornelis) van der Sluis\*

### 1 Inleiding

122

Sinds de kwestie Vlaardingen<sup>1</sup> is nog meer dan voorheen – terwijl het voordien geen onontgonnen terrein was – de verdeling van schaarse rechten een belangrijk thema in het bestuursrecht. In die kwestie werd slechts zijdelings aandacht besteed aan de invloed van dit thema en de rol ervan in het ruimtelijk bestuursrecht. De recente conclusie van Widdershoven<sup>2</sup> gaat uitgebreid in op dit onderwerp. Gegeven de bijdrage van Johan Wolswinkel in dit themanummer behoeft deze conclusie geen uitgebreide bespreking door ons. Wij beperken ons tot enkele randverschijnselen bij dit onderwerp die minder aandacht krijgen. Aspecten die juist bij ruimtelijke besluitvorming wel prominent in beeld kunnen komen, te weten de rol van beleid in de ruimtelijke ordening en de invloed van de verdelende instantie op de eigendomssituatie in relatie tot ruimtelijke besluitvorming.

\* Mr. J.R. Vermeulen is advocaat bij Ten Holter Noordam te Rotterdam. In deze hoedanigheid is hij in veel kwesties rond onder andere gebiedsontwikkeling betrokken – waaronder de kwestie Vlaardingen – waarbij de thematiek van de verdeling van schaarse rechten een rol speelt. Mr. dr. C.N. van der Sluis is advocaat bij Ten Holter Noordam te Rotterdam. In deze hoedanigheid is hij in veel kwesties rond onder andere gebiedsontwikkeling betrokken – waaronder de kwestie Vlaardingen – waarbij de thematiek van de verdeling van schaarse rechten een rol speelt. Hij komt met dit onderwerp ook in aanraking in zijn rol als rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Oost-Brabant. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, BR 2017/5, Gst. 2017/57, BR 2017/23, JB 2017/1, JIN 2017/43, JG 2016/64, JOM 2016/1137, BA 2016/295, Module Aanbesteding 2016/575. Zie ook uitgebreid Wolswinkel in dit themanummer (par. 2).
2. Conclusie staatsraad A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847. Zie uitgebreid Wolswinkel in dit themanummer.

Niet zelden is de uitoefening van het schaarse recht – de speelautomatenhalvergunning, de motorbrandstofnuitgifte of het mogen oprichten en exploiteren van een windmolen – immers aan een locatie gebonden.

Onze bijdrage begint bij de slotzin van de conclusie van Widdershoven:

‘De omgevingsvergunning voor bouwen, oprichting en in werking hebben van Windpark Zeewolde is geen vergunning waarbij een schaars recht wordt toebedeeld, omdat voor die vergunning maar één gegadigde kan zijn.’

In de casus van Windpark Zeewolde wordt dat veroorzaakt door de omstandigheid dat volgens het rijksinpassingsplan iedere aanvrager van de omgevingsvergunning voor bouwen moet aantonen dat alle 221 bestaande windturbines zullen worden verwijderd. Die voorwaarde wordt gerechtvaardigd door overwegingen van een ‘goede ruimtelijke ordening’. Of dat in deze zaak een terechte voorwaarde is, moet nog door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) worden beoordeeld. Feitelijk kan aan dit voorschrift alleen worden voldaan als het park door één initiatiefnemer wordt gerealiseerd. Dat impliceert dat die initiatiefnemer de beschikking moet hebben of krijgen over zowel de 91 bouwlocaties als de 221 te saneren locaties. Een rijksinpassingsplan is zelf, zo stelt Widdershoven, geen besluit dat schaarse rechten toedeelt (punt 4.24 van de conclusie). Volgens Widdershoven verschilt de situatie in Windpark Zeewolde niet wezenlijk van de in het omgevingsrecht gebruikelijke situatie dat een vergunning niet schaars is, omdat alleen degene die over de grond kan beschikken voor een vergunning in aanmerking komt, mits hij ook voldoet aan eventuele andere eisen die in het bestemmingsplan worden

gesteld. Dat zo'n plan regels – en dus beperkingen – bevat voor het gebruik van de grond, betekent als regel niet dat een omgevingsvergunning ter effectivering van dat plan een besluit is dat schaarse rechten toedeelt, aldus Widdershoven.

Bij ons roept deze redenering vragen op over de vrijheid die een overheid op grond van het ruimtelijk bestuursrecht en het eigendomsrecht heeft om afspraken met gegadigden te maken over de toedeling van bestemmingen en de eigendom van locaties ten behoeve van rendabele bestemmingen. Op de achtergrond spelen dan vaak beleidsmatige beslissingen over toekomstige ontwikkelingen. Dit is veelvuldig aan de orde in het kader van gebiedsontwikkeling. Gedacht kan worden aan situaties waarin een gemeente, zonder mededingingsruimte te bieden, gronden verkoopt ten behoeve van het realiseren van een rendabele bestemming en toezegt die bestemming planologisch mogelijk te maken. Het kan in algemene zin gaan om het bouwen van woningen of het realiseren van een bedrijventerrein, maar ook heel specifiek om een motorbrandstoffenverkoopplaats, een speelautomatenhal, een outlet of andere perifere detailhandel, of een windmolen. Allemaal bestemmingen waarvoor meer dan één partij belangstelling kan hebben en waar sprake is van een beleidsmatige schaarste. Denk aan de beperking van het aantal te bouwen woningen of te realiseren aantal vierkante meters bedrijfsterrein op grond van provinciaal en gemeentelijk beleid. Denk ook aan beleidsmatige beslissingen (veelal op grond van marktbehoefteonderzoek) over het aantal supermarkten of benzinstations in een gemeente of regio.

De vraag die wij ons stellen, is of in dergelijke situaties de overheid zelf één gegadigde kan kiezen die het recht op de locatie van de overheid verwerft, en die overheid vervolgens (al dan niet op aanvraag van die partij) met inachtneming van een goede ruimtelijke ordening een passende bestemming aan die locatie geeft, zonder dat op enige wijze aandacht wordt gegeven aan de belangstelling van andere gegadigden voor die locatie en de bijbehorende activiteit. Als de conclusie van Widdershoven wordt gevolgd, en er geen sprake is van de door hem genoemde beperkte uitzonderingen (maximumstelsel in het bestemmingsplan, verbondenheid met een schaarse exploitatievergunning of verdeling van gemaximeerde milieugebruiksruimte), zijn de vaststelling van een bestemmingsplan en het geven van een bestemming aan een locatie niet aan te merken als de toedeling van een schaars recht en de daarop volgende verlening van een omgevingsvergunning ook niet, omdat er immers maar één gegadigde kan zijn, te weten de eigenaar. De hieraan voorafgaande overdracht van eigendom van een locatie door de overheid wordt niet bestreken door het bestuursrecht.

Kort en goed bespreken we hierna ten eerste in paragraaf 2 of Widdershoven ten onrechte als uitzondering onbenoemd heeft gelaten de situatie dat door vastgesteld beleid schaarste ontstaat, die vervolgens wordt verdis-

conteerd in nadien volgende en daarop gebaseerde bestemmingsplannen, omgevingsvergunningen en dergelijke. Vervolgens bespreken we in paragraaf 3 of, indien sprake is van (al dan niet beleidsmatige) schaarste, niet gevegd zou moeten worden dat – in voorkomende gevallen – bij de verkoop van overheidseigendom mededingingsruimte wordt geboden. We sluiten af met conclusies (par. 4).

## 2 Beleidsmatige schaarste, ten onrechte onbenoemd?

### 2.1 Rangorde van de verdelingsnormen

De noodzaak voor mededinging ten aanzien van gelijke rechten wordt sinds de uitspraak Vlaardingen gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel,<sup>3</sup> gericht op het bieden van gelijke kansen.<sup>4</sup> Hieruit vloeit voort de verplichte gelegenheid tot het bieden van gelijke kansen, in een open en transparante procedure, leidend tot vergunningen die een bepaalde duur kennen. De verplichting om mededingingsruimte te bieden lijkt in dat verband voorop te zijn gesteld als bepalende norm bij het verdelen van schaarse rechten. De nadruk op mededinging, in vergelijking tot de transparantie en de tijdelijkheid, bleek uit de opbouw van de uitspraak in de casus Vlaardingen. Nadien is die explicieter geworden. Zo leek in bepaalde gevallen de eis van transparantie over de te volgen procedure minder zwaar te wegen.<sup>5</sup> In een ander geval moest de rechtszekerheid wijken voor de noodzaak om mee te kunnen dingen.<sup>6</sup> Tot slot leek de eis van een beperkte duur van het verleende recht ook niet onverkort te gelden. Voor het oprichten van een bouwwerk, een windturbine, op gronden in privaat eigendom oordeelde de Afdeling immers dat toepassing van de eis van een schaarse vergunning (zo werd de omgevingsvergunning in die kwestie dus aangemerkt) zich in beginsel niet leent voor toepassing van de eis dat de vergunning tijdelijk wordt verleend.<sup>7</sup>

### 2.2 Grenzen aan de mededinging

Op de norm die strekt tot mededinging wordt dus meer de nadruk gelegd dan op de eisen van transparantie en tijdelijkheid, maar ook die mededingingsnorm kent zijn grenzen. Zoals door Wolswinkel al benoemd, leek Widdershoven in zijn conclusie in de kwestie Vlaardingen de

3. In navolging ook van Widdershoven in zijn conclusie van 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, zie onder 6.9 e.v.

4. Zie reeds F.J. van Ommeren, *Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?* in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 256, C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 339-342 en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 364-365.

5. ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:994, AB 2017/300.

6. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, ABkort 2018/336.

7. ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316, BR 2017/99, JM 2017/140.

beperking nog enkel te willen vinden in wetten in formele zin.<sup>8</sup> De Afdeling lijkt dat op te rekken met andere wettelijke voorschriften, zoals gemeentelijke verordeningen en de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Wordt de mededingingsruimte beperkt, dan dient, aldus de Afdeling, de verdelende overheid blijk te geven van het feit dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. Dan geldt kennelijk een verzwaarde motiveringsplicht van die beperking en dient zorgvuldigheid te worden betracht. Tot slot stelt de Afdeling dat dit alles onverlet laat dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie, waarover meer in paragraaf 3.<sup>9</sup>

Hoewel de Afdeling dus de mededinging vooropstelt, is voor deze bijdrage de vraag of de beleidsmatig ingegeven schaarste (zoveel woningen, zoveel brandstofuitgiftepunten of een beperkte uitbreiding van vierkante meters supermarkt) niet zodanig als beperking van de mededinging kan worden opgeworpen, dat daaraan in de uiteindelijke besluitvorming dienaangaande – in het vast te stellen bestemmingsplan – aandacht moet worden besteed. Want is het niet juist aan de voorkant van de gedachtevorming die in voorbereiding op regelgeving of besluitvorming plaatsvindt dat (beleidsmatige) schaarste wordt gecreëerd?

Veelal speelt dit al eerder creëren van schaarste bij ruimtelijke besluiten. Zoals uitvoerig door Wolswinkel beschreven, komt Widdershoven tot de conclusie dat een ruimtelijk plan (denk aan een bestemmingsplan, een provinciaal of rijksinpassingsplan, een uitwerkingsplan, een wijzigingsplan – behalve in het geval daarin een herverdeling van milieugebruiksruimte plaatsvindt – en een provinciale ruimtelijke verordening) geen besluit is dat schaarse rechten toebedeelt. Als wel sprake is van een beperking aangaande het gebruik van de gronden (territoriaal en kwantitatief), en voor zover die beperking betrekking heeft op een dienst als bedoeld in de Dienstenrichtlijn, dan is een rechtvaardiging van die beperking vereist. De Dienstenrichtlijn vereist in dat geval dat zo'n beperking niet-discriminatoir en evenredig in het licht van een dwingende reden van algemeen belang is.

Daarnaast stelt Widdershoven dat omgevingsvergunningen in de regel geen besluiten zijn die een schaars recht toebedelen. Ze worden immers alleen aangevraagd door degene die over de grond kan beschikken. In zoverre zijn er dus niet meer gegadigden dan vergunningen. De beschikbare locatie is beperkt, niet het aantal vergunningen. Toch zijn er gevallen (vooral puttend uit al eerdere kwesties die zich hebben voorgedaan) waarbij een omge-

vingsvergunning of een wijzigingsplan wel een besluit kan zijn dat een schaars recht toekent.<sup>10</sup> Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin een maximumstelsel voor de verlening van vergunningen zodanig is vormgegeven dat voor een vergunning tot bouwen of een buitenplanse omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan meer gegadigden kunnen zijn dan vergunningen. Ook valt te denken aan de situatie zoals in de kwestie Helmond aan de orde,<sup>11</sup> waarbij een hoge mate van verbondenheid is tussen een omgevingsvergunning voor binnen- of buitenplanse afwijking van een bestemmingsplan (één vergunning voor de bestemming speelautomatenhal was binnen het plangebied te vergeven) en een schaarse exploitatievergunning (één vergunning was te vergeven). Tot slot ziet Widdershoven de situatie voor zich dat de wijzigingsbevoegdheid wordt gebruikt om de door de wet gemaximaliseerde milieugebruiksruimte te verdelen over meer gegadigden. In deze situatie geldt de eis zoals geformuleerd in de zaak Vlaardingen: voorafgaand aan de start van de procedure moet sprake zijn van een passende mate van openbaarheid met betrekking tot de beschikbaarheid van de vergunning (of het voornemen tot wijziging), de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Specifiek voor de situatie zoals in de kwestie Helmond het geval was,<sup>12</sup> stelt Widdershoven dat de omgevingsvergunning tijdelijk moet worden verleend, en wel voor dezelfde looptijd als die schaarse exploitatievergunning. In alle andere gevallen is tijdelijke verlening niet mogelijk en/of niet wenselijk om redenen van rechtszekerheid of vanwege de bescherming van het fundamentele eigendomsrecht.

### 2.3 Noodzaak tot grensverlegging; eisen aan beleid en 'de goede ruimtelijke ordening'

Met name de eerste stelling die Widdershoven betreft, heeft onze aandacht hier. Met Wolswinkel zijn wij immers van mening dat het toekennen van specifieke bestemmingen (het toebedelen van specifieke functies) via het bestemmingsplan – vergelijkbaar met het concreet benoemen van een adres als locatie voor een speelautomatenhal<sup>13</sup> – evenzeer de mededinging kan beperken en de motivering daarvoor gevonden wordt in 'de goede ruimtelijke ordening'.<sup>14</sup> Hoewel voornoemde uitzonderingen elk voor zich begrijpelijk zijn als uitzondering, valt niet goed in te zien – en is het soms zelfs gevoelsmatig onbevredigend – dat voor alle andere gevallen de eis van mededinging en transparantie geen opgeld zou doen. Juist immers in gevallen waarin via een bestemmingsplan of vergunning een ontwikkeling mogelijk wordt gemaakt waardoor een andere ontwikkeling (op andere locaties) niet (meer) mogelijk is, verkrijgt de eigenaar een voorsprong ten opzichte van ande-

8. Conclusie staatsraad A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847.

9. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8. Zie ook hetgeen Wolswinkel opmerkt in zijn annotatie bij deze uitspraak in AB 2016/426, p. 2683-2684 en C.J. Wolswinkel, Volwassen verdelingsrecht? Rechtsontwikkeling en rechtseenheid bij de verdeling van schaarse vergunningen, JBplus 2017, afl. 1, par. 4.3.

10. Zie ook uitgebreid Wolswinkel in dit themanummer, par. 4.2.

11. ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389, JB 2017/183, JM 2017/136.

12. ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611, AB 2017/389.

13. CBB 26 januari 2000, ECLI:NL:CBB:2000:ZG1740, genoemd in CBB 12 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY1559.

14. Zie Wolswinkel in dit themanummer, par. 3.2.

re potentiële gegadigden. Zij waren evenwel niet in contact met het verdelende bestuursorgaan (of de rechtspersoon) en vissen derhalve achter het net. Het is in zoverre juist vanzelfsprekend – of zou dat moeten zijn – dat de verplichtingen die gelden voor de verdelende overheid, ook in de beleidsfase tot uitdrukking komen of in de besluitvorming die volgt op voornoemde besluitvorming. Redenen gelegen in belangen van veiligheid, consumentenbescherming, evenredige en gelijkmatige allocatie van functies en een goede ruimtelijke ordening kunnen keuzes rechtvaardigen. Het wordt evenwel ongemakkelijk als bij de daarbij gemaakte keuzes geen rekenschap hoeft te worden gegeven van het creëren van een gelijk speelveld voor potentiële gegadigden. Temeer nu dit aspect marginaal wordt getoetst door de rechter.<sup>15</sup>

Juist daar waar een bestemmingsplan, zonder een bijkomende vergunning op grond van een verordening (zoals bij speelautomatenhallen), een bepaald recht mogelijk maakt, ontstaat ons inziens de noodzaak tot een nadere motivering van gemaakte keuzes. Juist bij dergelijke rechten – zoals de bouw van een windturbine, nieuwe woningen of een brandstofuitgiftepunt – zou de werking van het gelijkheidsbeginsel hiertoe nopen. Dit ongeacht het feit dat met het toekennen van een bestemming, vanwege het eigendomsrecht, gesteld kan worden dat geen sprake kan zijn van meerdere gegadigden.<sup>16</sup> Een extra motivering voor een bepaalde keuze kan worden gevonden in de sfeer van ruimtelijke aspecten of uitvoerbaarheid. Denk aan de stelling dat een woonwijk naast een grote fabriek minder logisch is dan in de buurt van recreatie. Wij pleiten er evenwel voor dat dit wel tot uitdrukking komt in de besluitvorming, in het licht van mogelijke andere keuzes die gemaakt kunnen worden. Meer aandacht dus voor het aspect dat de bestemming wordt toegekend aan een bepaald stuk grond in de gemeente en niet aan een ander dient tot uitdrukking te komen in de toelichting van het bestemmingsplan. Wij denken dus aan een verzwaarde onderzoeksplicht naar mogelijke alternatieven, waarbij de motivering een uitdrukking moet geven van de uitkomst van dat onderzoek naar de keuze voor de toewijzing van specifieke functies. Daarmee stellen wij niet dat bij elke toewijzing van functies een transparante procedure, leidend tot tijdelijke bestemmingen, gevolgd moet worden. Wel menen wij dat de beperking van de mededinging moet worden onderkend. Een dergelijke motiveringsplicht zou ook gelden voor provinciale verordeningen waarbij een keuze wordt gemaakt voor het aantal te bouwen woningen op specifieke locaties. Wij pleiten hiervoor nu de verplichtingen van mededinging, transparantie en tijdelijkheid rechtstreeks voortvloeien uit het algemene beginsel van de formele gelijkheid.

## 3 Mededinging bij eigendom of invloed op eigendom

### 3.1 Het belang van eigendom

Zoals gezegd, heeft de Afdeling op grond van het gelijkheidsbeginsel een rechtsnorm erkend ‘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 vergunningen mee te dingen’. Buiten de hiervoor geschetste invloed op de beleidsvorming en het daarop volgende vaststellen van bestemmingsplannen is het ook de vraag welke rol de eigendom van een locatie speelt bij schaarse rechten die als locatiegebonden kunnen worden aangemerkt. *Widdershoven* betoogt ons inziens terecht in *Windpark Zeewolde* dat een omgevingsvergunning niet schaars is omdat er maar één gegadigde is, namelijk de eigenaar van het betreffende perceel.

De Afdeling heeft eerder beslist dat indien vergunning wordt verleend voor een bouwwerk, dat (ook) op gronden in privaat eigendom wordt gerealiseerd, niet de eis kan worden gesteld dat een vergunning tijdelijk wordt verleend.<sup>17</sup> Hoewel dit in de uitspraak verder niet wordt toegelicht, lijkt de reden hiervoor een combinatie van de permanente aard van een bouwwerk, de omvang van de met realisering hiervan gemoeide kosten en de aard van het eigendomsrecht te zijn. Hoewel een bestemmingsplan wel schaarse rechten kan creëren, is een bestemmingsplan zelf geen schaars publiek recht. Uit de conclusie van *Widdershoven* lijkt voort te vloeien dat indien op grond van overwegingen van een goede ruimtelijke ordening een bestemming wordt gegeven aan een locatie, het gelijkheidsbeginsel niet van toepassing is. Zowel die locatie als de gerechtigde tot die locatie is immers uniek. De vraag is of dat juist is: als op grond van regionaal of provinciaal afgestemd beleid<sup>18</sup> vastligt dat een beperkt aantal woningen in een gemeente mag worden toegevoegd, impliceert de bestemming van een locatie voor de bouw van nieuwe woningen ons inziens de toekenning van een schaars recht.<sup>19</sup> Geconcludeerd kan worden dat de eigendom van een locatie derhalve op verschillende manieren van belang is bij vraagstukken van verdeling van schaarse rechten.

Dat heeft ons geleid tot de vraag of de overheid onder alle omstandigheden vrij is grond uit te geven aan een private partij om een locatiegebonden activiteit uit te voeren. Een voorbeeld is de gemeente die een perceel verkoopt aan een private partij ten behoeve van de realisering van een motorbrandstoffenverkooppunt en een inspanningsverplichting op zich neemt om dat planologisch mogelijk te maken. Nog vaker komt voor de situ-

15. Zie bijv. M.J.M.M. Verhoeven, *Geen marginale toetsing meer in omgevingsrecht*, *Trema* 2017/9.

16. Vgl. ook J. Struiksma & M.A.M. Dieperink, *Schaarse rechten en het ruimtelijk beleid*, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 122.

17. ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316 (*Windturbines Amsterdam*).

18. Al dan niet vastgelegd in een provinciale verordening.

19. Vergelijkbaar met het effect van de beperking van het totaal aantal MW windenergie op het grondgebied van de provincie in ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316.

atie dat gronden door de overheid worden verkocht ten behoeve van de (her)ontwikkeling van woningbouw of een bedrijventerrein. Het is evident dat er in dergelijke situaties meer gegadigden (kunnen) zijn die in aanmerking zouden willen en kunnen komen voor de aankoop van die grond en de daarbij in het vooruitzicht gestelde bestemming.

### 3.2 De vrijheid van de overheid om eigendom aan een marktpartij te verkopen

Het huidige recht lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat de overheid vrij is haar wederpartij bij gronduitgifte te kiezen (zolang het aanbestedingsrecht op grond van de wet niet van toepassing is en de overheid niet vrijwillig heeft gekozen voor een vorm van aanbesteding of selectieprocedure). Reeds in zijn proefschrift uit 2013 heeft Heijnsbroek<sup>20</sup> ons inziens terecht betoogd dat het gelijkheidsbeginsel ook van toepassing is op de verkoop van bouwgrond door de overheid aan private partijen. Uitgangspunt daarbij is dat bij de voorgenomen verkoop van grond aan private partijen voor bouwdoeleinden sprake is van een schaars goed. Aangenomen mag immers worden dat er bij elke verkoop van bouwgrond in beginsel meer dan één geïnteresseerde marktpartij is.

De overheid moet, ook indien zij privaatrechtelijk handelt, op grond van de wet<sup>21</sup> en de jurisprudentie<sup>22</sup> de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht nemen. In de lagere rechtspraak heeft dit geleid tot uitspraken waaruit volgt dat de overheid, bij een voorgenomen verkoop van schaarse bouwgrond, bij de selectie van haar contractspartners zakelijke en transparante criteria hanteert en niet zonder goede grond haar contractuele wederpartijen in gelijke gevallen ongelijk mag behandelen.<sup>23</sup> Daarmee bestaat nog geen verplichting voor de overheid om alle potentiële contractspartijen een gelijke kans te bieden op het verwerven van een perceel bouwgrond. Die verplichting komt echter wel in beeld als het gelijkheidsbeginsel wordt opgevat als het beginsel van gelijke kansen.<sup>24</sup> Een eerste stap daarbij is de in lagere rechtspraak erkende verplichting om bij de selectie van contractspartijen rekening te houden met geïnteresseerde partijen die bij de overheid bekend zijn.<sup>25</sup> De volgende stap is het voorafgaand bekendmaken van een voornemen tot gronduitgifte, zodat ook potentiële gegadigden hiervan kennis kunnen nemen.

In zijn dissertatie in 2013 betoogde Heijnsbroek – ons inziens op goede gronden – op basis van de toen beken-

de stand van de jurisprudentie inzake schaarse vergunningen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel) de overheid verplichten een voornemen tot gronduitgifte bekend te maken, zodat potentiële wederpartijen hun interesse kenbaar kunnen maken.<sup>26</sup> Gelet op de nadien door de bestuursrechter in de zaak Vlaardingen expliciet aangenomen rechtsnorm dat bij de toekenning van schaarse publieke rechten ruimte moet worden geboden voor mededinging door (potentiële) gegadigden, is er ons inziens voldoende grond om een vergelijkbare rechtsnorm aan te nemen bij de uitgifte van schaarse bouwgrond. Dit leidt dan tot een verplichting voor de overheid om het voornemen dergelijke bouwgrond uit te geven bekend te maken, en tot het toepassen van transparante en non-discriminatoire criteria bij de keuze van een contractspartij. Uitgifte van bouwgrond is hierbij ruim op te vatten. Het kan ook gaan om bestaande onroerende zaken en de zich daarop bevindende opstallen die in aanmerking komen voor herontwikkeling, en onder uitgifte is behalve verkoop ook te verstaan uitgifte in erfpacht.

Uiteraard gaat dit niet op voor elke uitgifte van grond. Een voorwaarde is dat sprake is van schaarste. Daarvan is geen sprake indien duidelijk is dat slechts één partij in aanmerking komt. Een voorbeeld daarvan is de verkoop van groenstroken aan de aangrenzende perceeleigenaren. Een ander voorbeeld is de verkoop van beperkte oppervlakten grond aan een ontwikkelaar om de realisering van een project op grond die reeds in eigendom is van die ontwikkelaar mogelijk te maken. Redelijkerwijs zal alleen die ontwikkelaar in aanmerking komen om die grond te verwerven ten behoeve van zijn eigen project. Verder gaat een verplichting tot mededinging niet op indien de overheid niet vrij is in het kiezen van een contractspartij. Gedacht kan worden aan de situatie waarin de overheid gronden van één of meer private partijen verwerft om deze na bouwrijp maken weer geheel of gedeeltelijk uit te geven aan diezelfde partijen ('de bouwclaim-overeenkomst'). In een dergelijke situatie is niet in te zien waarom andere partijen de kans geboden zou moeten worden mee te dingen naar die gronduitgifte. Ter verdere onderbouwing van de stelling dat het materiële gelijkheidsbeginsel van toepassing is op gronduitgifteovereenkomsten kan er in navolging van Heijnsbroek op worden gewezen dat gronduitgifte door de overheid (in ieder geval mede) is te zien als een sturend instrument om te komen tot inrichting van ruimte door de uitvoering van werken. Dit is een publiek doel van de overheid en dat blijft ook zo als de overheid de uitvoering van die werken overlaat aan een marktpartij door de uitgifte van grond.

20. P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013.

21. Art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb.

22. HR 27 maart 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5565, NJ 1987/727 m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.3.

23. Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AD2696, KG 1997/133; Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2547.

24. Heijnsbroek 2013, p. 14.

25. Rb. Zutphen 28 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU9991 (Kadaster/HLA); Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7122 (Van der Made/Maassluis).

26. Heijnsbroek 2013, p. 386.

## 4 Conclusies

We hebben geconcludeerd dat op grond van het gelijkheidsbeginsel bij het toewijzen van een functie in het bestemmingsplan, waarvan de bestemmingsplangever mag veronderstellen dat zich meer gegadigden zullen aandienen dan toegewezen kan worden, gemotiveerd dient te worden waarin de rechtvaardiging is gelegen dat die specifieke bestemming op die locatie komt te rusten en niet op andere mogelijke en geschikte locaties. Het gaat hierbij in het kader van gebiedsontwikkeling om functies als nieuwbouw of herontwikkeling van woningen en bedrijfsterreinen, supermarkten, bouwmarkten, motorbrandstofverkooppunten, enzovoort. Voorts hebben wij betoogd dat op grond van het gelijkheidsbeginsel bij de uitgifte van schaarse bouwgrond door de overheid een verplichting kan worden aangenomen om op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte te bieden om naar die beschikbare bouwgrond mee te dingen.