



akd

AAN Provincie Zuid-Holland



DATUM 31 mei 2021

ONS KENMERK 1002298

KOPIE AAN -

ONDERWERP Verpachting natuurgronden Krimpenerwaard

I. INLEIDING

1. De Provincie Zuid-Holland (hierna: 'de Provincie') heeft AKD om juridisch advies gevraagd over het volgende.
2. De Provincie is – in samenwerking met het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard en de gemeente Krimpenerwaard¹ bezig met de voorbereiding van de realisatie van 2.250 ha natuur in het gebied de Krimpenerwaard. De formele positie is dat de provincie opdrachtgever is aan de 'Stuurgroep Krimpenerwaard', bestaand uit gemeente en hoogheemraadschap. Deze grond is gelegen in het gebied Natuurnetwerk Nederland (hierna: '**NNN**'). In dit kader is de Provincie bezig met de onteigening van beoogde gronden die nog niet in eigendom zijn van de samenwerkende overheden.
3. Nadat deze zijn ingericht als natuur, wil de Provincie ongeveer 640 tot 880 hectare (het exacte aantal ha wordt vastgesteld na afronding van de grondvererving) uitgeven aan de Stichting Natuurbeheercollectief Krimpenerwaard (hierna: '**NBC**'). NBC gaat de provinciale gronden beheren en zal daarbij een loketfunctie vervullen voor zowel de Provincie als zogeheten 'zelfrealisatoren' (hierna: '**ZR**'). In dat verband zal de Provincie de subsidiegelden die beschikbaar zijn voor het beheer van de provinciale gronden geheel overmaken naar NBC, die een deel hiervan zal doorzetten aan de ZR. In verband met de gewenste BTW-teruggave bij de inrichting van het gebied zullen de gronden voor de periode van 2022 tot en met 2027 aan NBC worden verpacht. De ZR ontvangen van de provincie bij overeenstemming een eigen pachtcontract, maar de beheersubsidie voor deze pachtgronden loopt dus via het NBC.
4. Los van het beheer van de provinciale gronden zal het NBC ook een coördinerende rol voor de volledige

¹ Het Hoogheemraadschap en de gemeente vormen samen de Stuurgroep Krimpenerwaard.

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). . 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 gedeponeerd 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 31 mei 2021
 ONS KENMERK 1002298
 PAGINA 2 van 14

2.250 ha vervullen en zal daarmee aanspreekpunt zijn voor de betrokken overheden en alle gebruikers/beheerders in het NNN Krimpenerwaard.²

5. Van belang is dat zowel in het beleid van het college van Gedeputeerde Staten (hierna: 'GS') als in documenten op interprovinciaal niveau het uitgangspunt is genoemd dat de Provincie bij uitgifte van grond het principe van 'gelijkberechtiging' c.q. 'level playing field' hanteert. Gelet hierop wil de Provincie antwoord op de volgende vraag:
 - *Mag de Provincie de betreffende gronden één-op-één aan NBC verpachten, zonder dat andere partijen hiervoor in aanmerking komen?*
 - *Welke eventuele (rand)voorwaarden gelden hierbij?*
6. Vanaf 2028 wil de Provincie de gronden in erfpacht uitgeven aan NBC, met uitzondering van gronden die zullen worden uitgegeven/verkocht aan de ZR. In dit advies gaan wij hier niet inhoudelijk op in. Reden is allereerst dat de Provincie voornemens is om te zijner tijd ook andere partijen in de gelegenheid te stellen hun interesse kenbaar te maken en hen in voorkomend geval de kans te geven om voor de erfpachtovereenkomst in aanmerking te komen. Afhankelijk van hoe dit precies wordt uitgevoerd, zou dan de conclusie kunnen zijn dat de principes van gelijkberechtiging en level playing field op die manier worden nageleefd. Daar komt bij dat de juridische houdbaarheid van die uitgifte zal afhangen van het alsdan geldende recht. Hierover kunnen wij thans geen uitspraken doen. Wel merken wij voor de volledigheid nog op dat het – naar het huidige recht en provinciale beleid – voor de toepassing van de beginselen van gelijkberechtiging en level playing field geen verschil maakt of de Provincie de gronden in pacht uitgeeft of in erfpacht. Op beide uitgiftvormen zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Ook kan uit de Nota Grondbeleid 2018-2021 van Gedeputeerde Staten wordt opgemerkt dat zowel pacht als erfpacht uitgiftvormen zijn waarop de kernwaarden inzake gelijkberechtiging en level playing field van toepassing zijn.
7. Hieronder geven wij in **Hoofdstuk II** eerst onze conclusies weer. In **Hoofdstuk III** lichten wij het juridisch kader toe, waarna wij onze conclusies in **Hoofdstuk IV** nader uiteenzetten.

II. CONCLUSIES

Leerstuk inzake verdeling schaarse rechten (nog) niet van toepassing op gronduitgifte

8. In het bestuursrecht geldt de rechtsnorm dat bij de verdeling van bijvoorbeeld schaarse vergunningen mededingingsruimte moet worden geboden en transparantie moet worden betracht. Naar de huidige stand van de rechtspraak geldt deze rechtsnorm nog niet bij gronduitgifte. Deze vraag ligt thans echter wel voor aan de Hoge Raad. Wij kunnen geen voorschot nemen op de uitkomst hiervan.
9. Van belang is wel dat deze rechtsnorm überhaupt pas van toepassing zou zijn als er sprake is van 'schaarste'. Op basis van het beoordelingskader dat uit de huidige rechtspraak volgt, concluderen wij dat

² Het onderhavige advies heeft geen betrekking op de vraag of de afspraken die ten aanzien van de coördinerende rol en de 'een-loket-functie' met NBC worden gemaakt in overeenstemming zijn met bijvoorbeeld het subsidierecht en het aanbestedingsrecht.

DATUM 31 mei 2021
 ONS KENMERK 1002298
 PAGINA 3 van 14

er in dit geval geen sprake is van 'schaarste' als bedoeld binnen het leerstuk van schaarse rechten. Wij achten het daarom verdedigbaar dat de Provincie op basis van dit leerstuk niet gehouden is om een openbare mededingingsprocedure te organiseren voor de te verpachten grond.

10. Er kunnen ook andere redenen zijn waarom de Provincie andere (potentiële) gegadigden de ruimte moet bieden voor de grond in aanmerking te komen. Dit kan onder meer het geval zijn als verschillende partijen hun interesse in pacht van de grond hebben kenbaar gemaakt, of als het Provinciaal beleid dit voorschrijft. Het eerste geval doet zich naar wij begrijpen niet voor.

Een-op-een verpachting aan NBC mogelijk, mits gemotiveerde afwijking van Nota Grondbeleid

11. Op interprovinciaal niveau is met zogeheten 'manifestpartijen' afgesproken dat gelijkberechting en level playing field het uitgangspunt zou zijn bij uitgifte van natuurgronden. Dit uitgangspunt is ook – wellicht in navolging daarvan – opgenomen in de Nota Grondbeleid 2018 – 2021 van de Provincie. Het Handelingskader Pacht 2018-2021 is niet van toepassing op de onderhavige uitgifte in pacht.

NB: Wij begrijpen dat er een nieuw Handelingskader Pacht wordt voorbereid. Wij zijn niet bekend met de inhoud hiervan. Echter, voor zover (i) dit nieuwe Handelingskader Pacht wordt vastgesteld vóór de verpachting aan NBC, (ii) daarin het huidige principe van level playing field wordt gehandhaafd en (iii) dit kader van toepassing is op de verpachting aan NBC, geldt dat de voorgenomen verpachting aan NBC niet in overeenstemming zou zijn met dit kader. In dat geval zou dus van het Handelingskader Pacht moeten worden afgeweken. Gelet hierop zouden wij adviseren om in het nieuwe Handelingskader Pacht een uitdrukkelijke afwijkingsbevoegdheid op te nemen. Voor de motivering van het afwijkingsbesluit verwijzen wij naar het onderstaande.

12. De één-op-één uitgifte in pacht aan NBC wijkt af van de kernwaarden van gelijkberechting en level playing uit de Nota Grondbeleid. De Provincie zal immers niet vooraf bekend maken dat zij de gronden aan NBC zal verpachten en andere geïnteresseerde partijen zullen niet de kans krijgen om hiervoor in aanmerking te komen. Het feit dat NBC de gronden mogelijk in onderpacht zal uitgeven, maakt dit niet anders.
13. In de Nota Grondbeleid is bepaald dat GS gemotiveerd kan afwijken van het uitgangspunt van level playing field, bijvoorbeeld in het belang van een gebiedsgerichte aanpak. In dit geval zal GS dus moeten motiveren. Mede nu de Nota Grondbeleid een 'opgavegericht' beleid bevat, lijkt het ons logisch dat GS motiveert waarom het gelet op het beoogde beheer wenselijk is om de gronden direct te verpachten aan NBC tot en met 2027. Hierbij kan – voor zover van toepassing – aandacht worden besteed aan de volgende punten:
 - i. Waarom de Provincie het beheer van de betreffende provinciale gronden wil onderbrengen bij één partij, die niet alleen de beschikbare subsidiegelden zal verdelen, maar ook een 'eenloketsfunctie' vervult voor de volledige 2.250 hectare grond
 - ii. Waarom het wenselijk is om het beheer van de gronden – in ieder geval in de eerste fase tot en met 2027 – op te pakken in samenwerking met stakeholders vanuit natuur en landbouw in de Krimpenerwaard;
 - iii. Dat de Provincie in dit kader in overleg is getreden met verschillende partijen uit het gebied, zoals Stichting Zuid-Hollands Landschap en vertegenwoordigers van de agrariërs;

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 4 van 14

- iv. Dat dit heeft geresulteerd in de oprichting van het NBC, die de loket- en beheerfunctie gaat vervullen;
- v. Dat hiermee strikt genomen wordt afgeweken van het beleid inzake level playing field, maar dat hier tegenover staat dat (in ieder geval) verschillende grondeigenaren vertegenwoordigd door natuur- en landbouwpartijen uit het gebied betrokken zijn bij het voortraject en ook hun belangen via het NBC zijn behartigd.

III. JURIDISCH KADER

- *Rechtsnorm inzake verdeling van schaarse publieke rechten: ook bij gronduitgifte?*

14. De afgelopen jaren is er veel aandacht geweest voor de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten. Dit leerstuk is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven al erkend in de klassieke uitspraak in de zaak *Swiss Leisure Group*.³ De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich hier in de eveneens bekende *Vlaardingen*-uitspraak van 2 november 2016 bij aangesloten.⁴
15. Het leerstuk houdt kort gezegd in dat bij de verdeling van schaarse (publieke) rechten aan gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare rechten mee te dingen. Dit betekent dat bestuursorganen een passende mate van openbaarheid moeten betrachten met betrekking tot onder meer de beschikbaarheid van de schaarse rechten en de wijze van verdeling. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het formele gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.
16. Van belang is dat deze rechtsnorm tot nu toe enkel betrekking heeft op schaarse 'publieke' rechten, zoals vergunningen en subsidiegelden. Buiten het aanbestedingsrecht is een soortgelijke norm in het privaatrecht nog niet aangenomen, hoewel in de literatuur door sommige auteurs is verdedigd dat dit wel het geval zou moeten zijn.⁵ Daarentegen wordt bijvoorbeeld in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019 aangenomen dat één-op-één selectie bij gronduitgifte niet alleen is toegestaan, maar in sommige gevallen ook logisch is, bijvoorbeeld door een combinatie van het grondbeleid van de overheid en de eigendomsposities in het gebied.⁶
17. Voor de praktijk is uiteraard van belang hoe de rechter hiermee omgaat. In een recent arrest heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevestigd dat de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten (nog) niet van toepassing is bij gronduitgifte. Het gerechtshof overwoog het volgende:⁷

³ CBB 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466.

⁴ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Deze uitspraak had betrekking op schaarse vergunningen. In de uitspraak van 11 juli 2018 oordeelde de Afdeling dat deze rechtsnorm ook van toepassing is op de verdeling van schaarse subsidiemiddelen (ECLI:NL:RVS:2018:2310).

⁵ Zie bijvoorbeeld P. Heijnsbroek, 'Aanbestedingsplichten op en over de randen van de Aanbestedingswet 2012', TAAN 2017/43.

⁶ Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019, p. 49.

⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 5 van 14

“Appellanten 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. [...]”

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. Appellanten heeft in dit kort geding niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte [...].”

18. In deze zaak is inmiddels cassatie ingesteld en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (hierna: ‘P-G’) heeft inmiddels zijn conclusie gegeven.⁸ De P-G kiest geen duidelijke kant. De P-G acht het niet vanzelfsprekend dat de rechtsnormen die in de bestuursrechtspraak zijn ontwikkeld voor de verdeling van schaarse publieke rechten door een bestuursorgaan één-op-één worden overgenomen bij privaatrechtelijk handelen op de vrije markt. Hoewel dit bepaalde voordelen zou hebben, ziet de P-G ook nadelen. De P-G ziet echter wel gevallen waarin – vanwege bijkomende omstandigheden – er wel aanleiding is om een overheid bij privaatrechtelijk handelen te binden aan de norm inzake verdeling van schaarse rechten. Dat zou onder de volgende omstandigheden het geval kunnen zijn:
- i. De situatie waarin een overheidslichaam bij de uitgifte van grond een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent – zoals het voorbeeld van de verkoop van publiekrechtelijk inbeslaggenomen goederen;
 - ii. Het geval waarin het publiekrecht zélf de schaarste heeft gecreëerd. Naar de mate waarin op grond van publiekrechtelijke wetgeving of met gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden private partijen zijn uitgeschakeld of achtergesteld, is er meer reden om de in de bestuursrechtspraak ontwikkelde mededingings- en transparantienorm toe te passen op privaatrechtelijke transacties.
19. De P-G laat na om te concluderen of in het beoordeelde geval de mededingings- en transparantienorm hadden moeten worden toegepast. De P-G concludeert wel dat – wat daar ook van zij – er in het beoordeelde geval geen sprake is van ‘schaarse grond’. Het enkele feit dat er meer dan één partij belangstelling toonde in de aankoop van de locatie was daarvoor onvoldoende. Ook doet zich volgens de P-G geen van de eerdergenoemde bijkomende omstandigheden voor waarbij krachtens het publiekrecht schaarste zou zijn gecreëerd en is niet gebleken dat de gemeente het publiekrecht omzeilt of krachteloos maakt.
20. De huidige stand van de rechtspraak is dus dat de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten nog niet van toepassing is bij gronduitgifte. De Hoge Raad zal hier echter op korte termijn (hopelijk) meer duidelijkheid over geven.

⁸ Conclusie van 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243.

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 6 van 14

- *Andere grondslagen voor een plicht tot het bieden van kansen*

21. Het voorgaande laat onverlet dat de Gemeente zich ook bij gronduitgifte aan bepaalde (publiekrechtelijke) kaders moet houden. Op grond van artikel 3:14 BW moet de Gemeente namelijk ook bij privaatrechtelijke rechtshandelingen onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Die kunnen er onder omstandigheden toe leiden dat er tóch aan meerdere partijen de gelegenheid moet worden geboden om in aanmerking te komen voor de uit te geven grond. Dat is het geval wanneer:
- i. Zich meerdere gegadigden hebben gemeld c.q. bekend zijn bij de gemeente;⁹
 - ii. Er toezeggingen zijn gedaan, inhoudende dat een partij de kans zou krijgen op koop;¹⁰
 - iii. Eigen beleid voorschrijft dat er transparantie zal worden betracht.¹¹
22. Als er zich meerdere gegadigden hebben gemeld, moet de Gemeente zonder vooringenomenheid een keuze maken. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch vatte het voor die situatie als volgt samen:¹²

“Dit betekent dat deze besluitvorming behoorlijk en zonder vooringenomenheid moet worden voorbereid en dat, nu het hier feitelijk gaat om een keuze tussen verschillende aspirant-kopers, met name het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel moeten worden nageleefd. Kort gezegd strekt het beginsel van gelijke behandeling ertoe dat alle aspirant-kopers bij het opstellen van hun voorstel/bod dezelfde kansen krijgen en strekt het transparantiebeginsel ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur wordt uitgesloten. Uit beide beginselen vloeit voort dat aspirant-kopers, met het oog op een goede controle achteraf, vanaf het begin een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de verkoop plaats heeft (vgl. HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, r.o. 3.4).”

23. Het voorgaande geldt weer niet indien er geen sprake is van gelijke gevallen, bijvoorbeeld omdat maar één gegadigde over de benodigde gronden beschikt. In de uitspraak die voorafging aan het bovengenoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland bijvoorbeeld het volgende:¹³

“Terwijl [eisers] twee jaar lang stilzat heeft Groenstaete immers een substantiële grondpositie opgebouwd. Vast staat dat [eisers] die grondpositie niet heeft, zodat niet aannemelijk is dat het hier om gelijke gevallen gaat. Een eventuele schending van het verbod van willekeur lijkt ook af te

⁹ Rb Arnhem 23 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN9729.

¹⁰ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210; HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1221.

¹¹ Zie artikel 4:84 Awb en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT0971.

¹² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:79.

¹³ Rechtbank Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46. In hoger beroep ging het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet inhoudelijk in op de vraag of het gelijkheidsbeginsel geschonden is, omdat zij meende dat de vordering om een andere reden niet kon worden toegewezen.

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 7 van 14

stuiten op het feit dat Groenstaete over een grondpositie beschikt. [eisers] heeft immers geen grond in het dorpscentrum in eigendom, zodat de keuze voor Groenstaete niet op willekeur gebaseerd lijkt te zijn, maar eerder op het feit dat Groenstaete simpelweg over een grondpositie beschikt en dus als enige het betreffende deel van het Masterplan kan uitvoeren.”

IV. UITEENZETTING

- Vooraf

24. Zoals gezegd zijn - naar de huidige rechtspraak – de mededingings- en transparantienorm die gelden bij de verdeling van schaarse publieke rechten nog niet van toepassing bij gronduitgifte. Deze vraag ligt nu echter wel voor aan de Hoge Raad. Het is niet mogelijk om een voorschot te nemen op de uitkomst hiervan. Dit geldt temeer vanwege het feit dat ook de P-G in zijn conclusie geen duidelijke richting kiest.
25. Uit hoofde van een risico-inschatting kan wel bekeken worden of er in dit geval überhaupt sprake zou zijn van 'schaarste'. Dat is immers een noodzakelijke toegangsvoorwaarde voor de eventuele toepassing van de mededingings- en transparantienorm. Bij deze beoordeling kan worden aangesloten bij het voornoemde arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en de conclusie van de P-G.
26. Daarnaast is van belang of de Provincie om een andere reden verplicht zou kunnen zijn om op enigerlei wijze mededingingsruimte te bieden. Hierbij gaat het dan om (i) het geval er meerdere gegadigden bekend zijn, (ii) er toezeggingen zijn gedaan of (iii) wanneer het beleid van de Provincie die voorschrijft.
27. Hieronder gaan wij achtereenvolgens op deze aspecten in.
 - *Geen sprake van uitzonderlijk geval zodat de mededingings- en transparantienorm toepasbaar zouden (moeten) zijn*
28. Wij zien in dit geval geen reden om aan te nemen dat er sprake is van schaarste. De betreffende gronden lijken naar hun aard geen uniek karakter te hebben, nu het gaat om gronden die als natuur zijn c.q. worden ingericht. Hoewel natuur volgens sommigen wellicht schaars is, is dat onzes inziens niet het type schaarste dat vereist is voor de toepassing van de mededingings- en transparantienorm. Ook de bestemming tot natuur maakt naar onze mening niet dat sprake zal zijn van schaarste.
29. Wij zien geen reden om te concluderen dat er door het publiekrecht of met gebruikmaking van een publiekrechtelijke bevoegdheid schaarste wordt gecreëerd. Als voorbeeld van een dergelijk geval kan gedacht worden aan het geval waarin een gemeente een pand zou verkopen dat – op grond van publiekrecht/gemeentelijke verordening en bestemmingsplan – als enige pand in de omgeving gebruikt kan worden ten behoeve van een speelautomatenhal c.q. casino. Een dergelijke (vergelijkbare) situatie doet zich in dit geval niet voor. De Provincie en andere overheden in Nederland spannen zich er juist voor in dat er meer gronden

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 8 van 14

als natuur worden ingericht en reiken daarbij hulp aan, zoals subsidies.¹⁴

30. Ook is hier geen sprake van een geval waarin de Provincie – in de woorden van de P-G – het publiekrecht omzeilt of krachteloos te maken. Opgemerkt zij dat de verpachting van de grond aan het NBC gepaard zal gaan met de verlening van een subsidie aan NBC voor het beheer. Ook zal NBC de loketfunctie c.q. -taak krijgen om een deel van deze subsidiegelden door te zetten naar de ZR die hiervoor in aanmerking komen. Voor subsidies geldt echter al een zelfstandig kader voor de verdeling in geval van schaarste. Op basis van artikel 4:26, lid 1 van de Awb moet het bestuursorgaan in geval van een subsidieplafond vooraf bekendmaken hoe dit wordt verdeeld. Daarnaast is (ook) de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse publieke rechten van toepassing op subsidies.¹⁵ Kortom, deze regels zal de Provincie 'gewoon' bij de subsidieverlening in acht moeten nemen en deze worden dus niet omzeild.
31. Tot slot wijzen wij nog op het volgende. Op basis van de ons bekende stukken sluiten wij niet uit dat een deel van de aan NBC te verpachten gronden eerst door de Provincie is onteigend tijdens het lopende onteigeningstraject. Hierbij zou een vergelijking gemaakt kunnen worden met het door de P-G genoemde geval van verkoop van publiekrechtelijk inbeslaggenomen goederen. In dat geval ziet de P-G mogelijk wel aanleiding voor toepassing van de mededingings- en transparantienorm. Wij schatten dit risico op voorhand echter niet hoog in. De conclusie van de P-G is op dit punt niet nader onderbouwd en is het nog maar de vraag of dit (volgens hem) dan ook zou gelden voor onteigende gronden.
32. Gelet op het voorgaande zien wij op basis van de huidige rechtspraak geen reden om aan te nemen dat de mededingings- en transparantienorm in dit geval zouden vereisen dat de Provincie een openbare tenderprocedure organiseert voor de gronden die zij wil verpachten aan NBC.
- *Andere gegadigden bekend?*
33. Wij begrijpen dat er op dit moment geen andere partijen zijn die hun concrete interesse in de te verpachten grond kenbaar hebben gemaakt. Het gaat hier dan niet om de ZR met wie de Provincie nog in overleg is over de eventuele verpachting van grond. Die partijen komen immers reeds voor pacht in aanmerking, mits er overeenstemming wordt bereikt. Er kunnen echter ook andere partijen zijn die interesse hebben in de pachtovereenkomst met de Provincie. Gedacht kan worden aan 'lokale' natuurorganisaties, (groot)grondbezitters of partijen van buiten de provincie. Voor zover wij begrijpen hebben er zich echter geen andere partijen bij de Provincie gemeld.
34. Hierbij is van belang dat NBC naar wij begrijpen is opgericht door verschillende stakeholders in het gebied de Krimpenerwaard. Dit blijkt ook uit artikel 3, lid 2 van de statuten van NBC, op grond waarvan de bestuursleden van NBC worden voorgedragen door Stichting Zuid-Hollands Landschap, Natuur- en Vogel-

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de instrumentenkoffer van de Provincie: https://www.veenweidenkrimpenwaard.nl/application/files/8315/0763/2432/Instrumentenkoffer_A5_okt17.pdf

¹⁵ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310.

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 9 van 14

werkgroep Krimpenerwaard en de Vereniging Agrarisch Natuur en Landschapsbeheer Weidehof Krimpenerwaard. NBC is opgericht in navolging van een meerjarig traject waarbij de Stuurgroep Krimpenerwaard, op verzoek van de Provincie, met de verschillende belanghebbende partijen in het gebied uitgebreid overleg heeft gevoerd over de vraag hoe het beheer van de natuurgebieden in de toekomst het beste kan worden ingeregeld. Wij nemen aan dat deze betreffende partijen daarbij dus niet aangegeven zelf alsnog voor het (gehele) beheer in aanmerking te willen komen, maar hebben besloten in samenwerking het NBC op te richten.

35. Nu de Provincie niet bekend is met andere partijen die concreet geïnteresseerd zijn in de aan NBC te verpachten grond, bestaat er geen verplichting om dergelijke partijen onder gelijke voorwaarden de kans te geven om voor de gronden in aanmerking te komen.

- *Heeft de Provincie toezeggingen gedaan?*

36. Uit de ons bekende stukken blijkt niet van toezeggingen die de Provincie zou hebben gedaan aan bepaalde partijen, inhoudende dat zij voor de betreffende gronden in aanmerking zouden komen. Zoals gezegd is de Provincie nog wel in overleg met bepaalde ZR over de eventuele verpachting van de grond, maar indien die overleggen leiden tot overeenstemming komen die ZR dus voor pacht in aanmerking. De betreffende grond wordt in dat geval niet aan NBC verpacht.

37. Wel merken wij op dat in 2013 de overeenkomst Uitvoering natuur- en landschapsbeleid is gesloten tussen de zogeheten 'manifestpartijen' en 'provincies / IPO' (het Interprovinciaal Overleg).¹⁶ Deze overeenkomst (hierna: '**de Overeenkomst**') is gesloten in het kader van het Natuurpact, waarin de ambities van het Rijk en de provincies zijn vastgelegd met betrekking tot ontwikkeling en beheer van natuur in Nederland over de periode tot en met 2027. De Overeenkomst is ook als bijlage gevoegd bij de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 18 december 2013, waarin het Natuurpact werd aangeboden aan de Tweede Kamer.¹⁷

38. In de Overeenkomst is ook een passage opgenomen over gelijkberechtiging. Deze luidt als volgt:

“Voor verwerving, inrichting en beheer van de natuur in Nederland bestaat een gelijk speelveld voor alle partijen (bijvoorbeeld TBO's, landgoedeigenaren en agrariërs). Gelijkberechtiging van de diverse beheerders is een belangrijk uitgangspunt bij de verwerving, inrichting en het beheer van natuurgebieden. Gelijkberechtiging heeft twee aspecten: gelijke kansen en gelijke behandeling. Met gelijke kansen wordt bedoeld dat in beginsel iedere gegadigde in aanmerking kan komen natuurgebieden aan te kopen en/ of te beheren. Met gelijke behandeling wordt bedoeld dat subsidieregelingen geen onderscheid maken tussen de verschillende categorieën eigenaren onder gelijke omstandigheden.

¹⁶ Beschikbaar via: https://www.eerstekamer.nl/overig/20130918/overeenkomst_tussen/document

¹⁷ Beschikbaar via: https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20130918/brief_regering_het_natuurpact/info

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 10 van 14

De provincies hebben het voortouw bij het tot stand brengen van het uitgangspunt van gelijkberechtiging. Daarbij zal voor augustus 2013 op landelijk niveau nader overleg plaats vinden met de Manifestpartijen over de concretisering van de genoemde uitgangspunten. Uiterlijk eind 2013 wordt het beleid op provinciaal niveau na overleg met de provinciale Manifestpartners nader uitgewerkt en vastgesteld."

39. Dit uitgangspunt is ook herhaald in de voornoemde brief van de Staatssecretaris. Zien wij het goed, dan is in navolging hierop door het IPO de Notitie Beheer en eigendom van natuur vastgesteld.¹⁸ Hierin wordt vermeld dat de Notitie voortkomt uit het landelijk overleg met de manifestpartijen en dat deze is afgestemd met de afzonderlijke provincies. De Notitie zou worden toegevoegd aan de instrumentenkoffer van de provincies voor de realisatie van het NNN. In de Notitie is daarnaast het volgende opgenomen:

"In het Natuurpact en de overeenkomst met manifestpartijen is overeengekomen dat:

- manifestpartijen en provincies/IPO samen het NNN gaan realiseren;*
- gelijkberechtiging (= gelijke kansen voor en gelijke behandeling van iedereen) uitgangspunt is bij het beheer en eigendom van bestaande en nieuwe natuur;*
- gelijkberechtiging in overleg met betrokken partijen wordt uitgewerkt,"*

40. De vraag is of uit de Overeenkomst (reeds) de afdwingbare verplichting voortvloeit voor de Provincie om in concrete gevallen een vorm van mededingingsruimte te bieden. Hiervoor is allereerst van belang of het hier gaat om een overeenkomst als bedoeld in artikel 6:217 BW waar de Provincie zelf partij bij is. Uit de ons bekende stukken kunnen wij niet opmaken of de Provincie zelfstandig bij deze overeenkomst partij is en of in dat kader bijvoorbeeld bevoegdelijk door GS is besloten tot het aangaan ervan (artikel 158, lid 1, onder d, van de Provinciewet). Ook is het niet duidelijk wie de 'manifestpartijen' precies zijn, die in voorkomend geval nakoming van de overeenkomst zouden kunnen vorderen.
41. Wat daar ook van zij, van belang is dat uit de tekst van de overeenkomst lijkt te volgen dat het principe van gelijkberechtiging weliswaar het uitgangspunt was, maar dat dit nog moest worden uitgewerkt. De provincies moesten daarbij het voortouw nemen, met als uiteindelijk doel dat er provinciaal beleid zou worden vastgesteld. Dit lijkt ook te volgen uit de Notitie. Kortom, op basis van de tekst van de overeenkomst lijkt het niet de bedoeling van partijen te zijn geweest om reeds bindende afspraken te maken over hoe het beginsel van gelijkberechtiging in concrete gevallen moest worden toegepast.¹⁹ Het lijkt eerder de bedoeling te zijn geweest dat provincies in hun beleid moesten uitwerken hoe zij toepassing zouden geven aan het uitgangspunt van gelijkberechtiging.
42. Gelet op het voorgaande concluderen wij dat uit de overeenkomst geen verplichting voortvloeit voor de

¹⁸ Beschikbaar via: [Notitie Beheer en eigendom van natuur - PDF Gratis download \(docplayer.nl\)](#)

¹⁹ Volgens de 'Haviltex-norm' komt het bij de uitleg van een overeenkomst niet alleen aan op de tekst daarvan, maar op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan een bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex) en o.a. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830. Wij beschikken echter niet over andere documenten waaruit de partijbedoeling kan worden opgemaakt.

DATUM 31 mei 2021
 ONS KENMERK 1002298
 PAGINA 11 van 14

Provincie om in dit concrete geval aan bepaalde partijen (of in het algemeen) mededingingsruimte te bieden. Voor zover er uit de Overeenkomst concrete verplichtingen voortvloeien voor de Provincie, lijken die met name te zien op de uitwerking van het uitgangspunt van gelijkberechtiging in beleid. Tegen deze achtergrond zal de Overeenkomst (en wellicht ook de Notitie) wel relevant kunnen zijn bij de toepassing van het provinciaal beleid. Op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel (dat op grond van artikel 3:14 BW ook bij privaatrechtelijk handelen moet worden nageleefd) zou de Provincie namelijk gehouden kunnen zijn om bij de toepassing van dit beleid mee te wegen dat dit beleid (mede) tot stand is gekomen naar aanleiding van onderhandelingen met bepaalde (private) partijen.

43. Hieronder gaan wij in op het Provinciaal beleid.

- *Provinciaal grondbeleid*

44. Het relevante beleid volgt in dit geval ten eerste uit de Nota Grondbeleid 2018 – 2021 (hierna: '**Nota Grondbeleid**') ~~van belang~~. Hierin is bepaald dat het beleid uitgaat van 'opgavegericht of gebiedsgericht grondbeleid'. Daarbij is dus verduidelijkt dat dit niet betekent dat 'alles kan'. De Provincie zal bij de uitvoering van het beleid bepaalde kernwaarden hanteren. In paragraaf 3.2 van de Nota Grondbeleid wordt verpachting genoemd als vorm van uitgifte waarop de kernwaarden van toepassing zijn. Deze kernwaarden zijn uitgewerkt in paragraaf 4.2. Een van deze kernwaarden is gelijkberechtiging c.q. level playing field.

"Uitgifte en verkoop geschieden naast marktconform ook transparant, volgens het beginsel van gelijkberechtiging / level playing field. In het belang van een gebieds- en opgavegerichte aanpak kan hieraan alternatief invulling worden geven. (Een marktconsultatie of een voornemen tot verkoop aan een specifieke partij publiceren zijn mogelijkheden om met een preferente partner in zee te gaan en wel recht te doen aan het level playing field.) Onderdeel hiervan is de 'leurprocedure', waarbij in sommige gevallen eerst aan gemeenten of waterschappen de gronden worden aangeboden. GS kunnen nadere uitvoeringsregels vaststellen voor de uitgifte en verkoop van gronden [...]"

45. In paragraaf 4.4 is benoemd dat van deze uitgangspunten kan worden afgeweken:

"Een realisatiestrategie en afspraken over de inzet van het grondbeleid kunnen aanleiding zijn om op alternatieve manieren om te gaan met de kernwaarden van het grondbeleid. GS kunnen gemotiveerd afwijken van het uitgangspunt level playing field."

46. Uit paragraaf 4.4.2 volgt expliciet dat de kernwaarde van level playing field ook geldt ten aanzien van de verkoop van natuurgronden:

"Bij de verkoop, ook van natuurgebieden, werkt de provincie op een level playing field. Hierover zijn ook met de partners in het veld diverse afspraken gemaakt."

47. Ter uitwerking van de Nota Grondbeleid heeft GS onder meer het Handelingskader Pacht 2018-2021 vastgesteld. Zowel uit het Handelingskader Pacht zelf, als uit het vaststellingsbesluit van GS blijkt dat hierin het

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 12 van 14

beleid is geregeld voor pachtuitgifte voor de pachtjaren 2019 tot en met 2022. Over het toepassingsbereik van het Handelingskader Pacht is het volgende opgenomen:

“De provincie heeft in 2014 circa 4.800 hectare grond van het Rijk (voormalig Bureau Beheer Landbouwgronden- BBL) in eigendom en beheer overgenomen. Dit is gebeurd op basis van het Bestuursakkoord Natuur tussen Rijk en provincies en de uitwerking in het Bestuursovereenkomst Grond. Deze gronden worden de komende jaren ingericht voor natuur en recreatie of worden verkocht om geld te genereren voor de realisatie van het Natuurnetwerk Nederland (NNN). In de tussentijd worden deze gronden, voor zover niet al ingericht, in geliberaliseerde pacht uitgegeven. Daarnaast heeft de provincie nog overige gronden in eigendom die in pacht worden uitgegeven. Het Handelingskader Pacht voor de pachtjaren 2019 tot en met 2022 heeft betrekking op alle eigendommen van PZH die agrarisch geëxploiteerd kunnen worden. [...]”

48. In het Handelingskader Pacht 2018 – 2021 is vervolgens – onder verwijzing naar de Nota Grondbeleid – herhaald dat het beginsel van level playing field van toepassing is op uitgifte in pacht. Het beginsel is als volgt gedefinieerd:

“Level playing field: Dit betekent dat iedere in aanmerking komende speler (agrariër met een hoofdberoep in de landbouw) een gelijke kans heeft. Het level playing field (open speelveld) biedt in principe aan iedere serieuze partij de gelegenheid om voor pacht in aanmerking te komen. Om die reden wordt gekozen voor een ‘belangstellingsregistratie’ via de provinciale website. Deze wordt bovendien in de regionale bladen aangekondigd.”

49. Uit de inleiding van het huidige Handelingskader blijkt dat dit kader betrekking heeft op het ‘in de tussentijd’ verpachten van grond die in de komende jaren worden ingericht voor natuur en recreatie. Het Handelingskader Pacht heeft ook betrekking op de pachtjaren 2019 tot en met 2022. Wij begrijpen dat het Handelingskader Pacht niet bedoeld is voor het verpachten van gronden waarvoor reeds definitieve natuurbeheerafspraken zijn gemaakt. Dat geldt dus wel voor de verpachting van gronden aan NBC. De verpachting zal namelijk gepaard gaan met beheerafspraken voor natuur (met subsidie) en zal betrekking hebben op de periode 2022 tot en met 2027. Er is dus geen sprake van het ‘in de tussentijd’ verpachten van grond totdat het definitief is ingericht als natuur en hierover beheerafspraken zijn gemaakt. Het grootste deel van de jaren waarin NBC de gronden zal pachten vallen dus buiten het toepassingsbereik van het Handelingskader Pacht.
50. Tegen deze achtergrond achten wij het verdedigbaar dat het Handelingskader Pacht niet van toepassing is op de verpachting van grond aan NBC.

NB: Naar wij begrijpen is de Provincie momenteel bezig met de voorbereiding van een nieuw Handelingskader Pacht voor de periode na 2022. Wij zijn niet bekend met de (concept)inhoud van dit nieuwe kader, maar het is mogelijk dat dit van toepassing zal zijn op de voorgenomen verpachting aan NBC. Aan NBC zullen namelijk ook gronden worden verpacht die een natuurfunctie hebben met agrarisch medegebruik, een bestemming die

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 13 van 14

ook in het huidige Handelingskader Pacht wordt genoemd. Indien in het nieuwe Handelingskader Pacht wederom het principe van 'level playing field' is benoemd, dit Handelingskader Pacht reeds is vastgesteld op het moment dat de gronden aan NBC worden verpacht én op die gronden van toepassing is, zal dit beginsel dus zowel op basis van de Nota Grondbeleid als op basis van het nieuwe Handelingskader Pacht van toepassing zijn op de voorgenomen verpachting aan NBC.

51. Gelet hierop geldt dus in ieder geval op grond van de Nota Grondbeleid (en eventueel ook op grond van het nieuwe Handelingskader Pacht) dat bij de uitgifte van grond in pacht de beginselen van gelijkberechtiging c.q. level playing field moeten worden toegepast. De Nota Grondbeleid vermeldt niet uitdrukkelijk wat hieronder wordt verstaan. Echter, gelet op de bewoording, de toelichting in het huidige Handelingskader Pacht 2018 - 2021 en de context van de Overeenkomst en de Notitie van het IPO, lijkt het ons duidelijk dat hiermee wordt bedoeld dat bij de uitgifte van grond in beginsel transparantie wordt betracht en potentiële gegadigden de kans krijgen om onder dezelfde voorwaarden in aanmerking te komen voor een overeenkomst.
52. Hiervan uitgaande wijkt de verpachting van de gronden aan NBC voor de periode van 2022 tot en met 2027 af van deze kernwaarde uit de Nota Grondbeleid (en eventueel het nieuwe Handelingskader Pacht). De Provincie zal namelijk geen andere partijen in de gelegenheid stellen om voor de pacht in aanmerking te komen. Er lijkt ook geen sprake te zijn van een 'alternatieve invulling' van deze kernwaarden, zoals in de Nota Grondbeleid worden gesuggereerd. Met een 'alternatieve invulling' wordt bedoeld op uitgiffen waarbij weliswaar een preferente partij in beeld is, maar waarbij andere potentiële gegadigden op enig moment ook hun interesse kenbaar zouden kunnen maken en mogelijk in aanmerking zouden kunnen komen. Dat is in dit geval niet aan de orde. Zo zal er op voorhand geen voornemen tot verpachting aan NBC worden gepubliceerd met als doel dat eventuele andere gegadigden zich alsnog zouden kunnen melden. Weliswaar is het de bedoeling dat NBC de gronden weer in onderpacht zal uitgeven aan bijvoorbeeld agrariërs, maar dat laat onverlet dat NBC een voorrangpositie heeft ten aanzien van de algehele pachtovereenkomst met de Provincie. Voor die overeenkomst komen geen andere partijen in aanmerking.
53. In paragraaf 4.4 van de Nota Grondbeleid is benoemd dat GS gemotiveerd kan afwijken van het uitgangspunt van level playing field. Hierbij is verder niet toegelicht onder welke omstandigheden een afwijking gerechtvaardigd kan zijn. Wel merken wij op dat in de Nota Grondbeleid uitdrukkelijk is gewezen op het feit dat het grondbeleid opgavegericht is. De Provincie moet de ruimte hebben aan te sluiten bij de ruimtelijke doelstellingen en de rol die de Provincie daarbij heeft. Ook in paragraaf 4.2 is tot uitdrukking gebracht dat er een alternatieve invulling kan worden gegeven aan de beginselen van gelijkberechtiging en level playing field in het belang van een gebieds- en opgavegerichte aanpak. Het beleid is ingericht op een nieuwe werkwijze langs de lijnen van opgaven en aanpak op gebiedsniveau.
54. Voor de volledigheid merken wij op dat het huidige Handelingskader pacht 2018 – 2021 geen uitdrukkelijke afwijkingsbevoegdheid bevat. Aangezien dit Handelingskader is vastgesteld op basis c.q. ter uitvoering van de Nota Grondbeleid, kan worden verdedigd dat de daarin genoemde afwijkingsbevoegdheid ook van toepassing op het Handelingskader Pacht. Desalniettemin zouden wij de Provincie adviseren om in het nieuwe Handelingskader Pacht voor de duidelijkheid een uitdrukkelijke afwijkingsbevoegdheid op te nemen, om

DATUM 31 mei 2021
ONS KENMERK 1002298
PAGINA 14 van 14

discussie hierover te voorkomen.

55. Op basis van de ons bekende informatie lijkt het ons op voorhand verdedigbaar dat de Provincie in dit geval kiest voor de uitgifte van grond in pacht aan het NBC en daarbij afwijkt van de Nota Grondbeleid. Wel zal GS dat gemotiveerd moeten doen. Daarbij zal GS naar onze mening moeten uitleggen waarom het nodig c.q. wenselijk is om gelet op de onderhavige opgave de gronden direct te verpachten aan NBC. Daarbij zou GS in ieder geval – voor zover van toepassing – aandacht kunnen besteden aan de volgende punten:
- i. Waarom het wenselijk is om het beheer van de betreffende provinciale gronden onder te brengen bij één partij, die niet alleen de beschikbare subsidiegelden zal verdelen, maar ook de 'een-loketfunctie' vervult voor de volledige 2.250 hectare;
 - ii. Waarom het wenselijk is om het beheer van de gronden – in ieder geval in de eerste fase tot en met 2027 – op te pakken in samenwerking met partijen die reeds grond bezitten in de Krimpenerwaard;
 - iii. Dat de Provincie in dit kader in overleg is getreden met verschillende stakeholders en grondeigenaren met vertegenwoordiging vanuit natuur en landbouw uit het gebied, zoals Stichting Zuid-Hollands Landschap en vertegenwoordigers van de agrariërs;
 - iv. Dat dit heeft geresulteerd in de oprichting van het NBC, die de loket- en beheerfunctie gaat vervullen;
 - v. Dat hiermee strikt genomen wordt afgeweken van het beleid inzake level playing field, maar dat hier tegenover staat dat (in ieder geval) verschillende grondeigenaren met vertegenwoordiging vanuit natuur- en landbouwpartijen uit het gebied betrokken zijn bij het voortraject en ook hun belangen via het NBC zijn behartigd.
 - vi. Dat het NBC eigen beleid zal vaststellen met betrekking tot het (onder)verpachten van gronden, welk beleid gebaseerd zal zijn op objectieve criteria.
56. Indien gewenst zijn wij graag bereid om nader te adviseren over de motivering van het GS-besluit.