

(gerechtvaardigde) twijfel dat de kisten van Nefab aan de IP 65 - norm kunnen voldoen is die twijfel weggenomen door verstrekking door Nefab aan de Staat van het KIWA-rapport.

Zarges heeft aangevoerd dat op de kisten van Nefab geen drukventiel met stofdichtheidsmembraam zit en dat de kisten daarom bij hogere temperatuurverschillen zullen verschrompelen, omdat de drukverschillen niet kunnen worden opgeheven en de kisten dan niet meer aan de IP 65-norm voldoen. Ook deze stelling baat Zarges niet. Op grond van het PvE is niet vereist dat de kisten voorzien zijn van een drukventiel en Nefab heeft gesteld dat zij voor het oplossen van drukverschillen voor een andere oplossing heeft gekozen. Die oplossing wil zij uit oogpunt van bedrijfsvertrouwelijkheid niet prijsgeven, hetgeen haar in de gegeven omstandigheden vrijstaat. Ter zitting is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk geworden dat de kist van Nefab bij de door KIWA uitgevoerde test ook onder druk is getest. De Staat heeft immers te kennen gegeven het volledige testrapport te hebben ingezien en heeft bevestigd dat de resultaten, waaronder die van de druktest, voldoende zijn. Er is dan ook geen aanleiding aan te nemen dat dit anders is.

Ook de stellingen betreffende de OSB kunnen Zarges niet baten. Aan Zarges kan worden toegegeven dat de door haar geleverde OSB er – naar oordeel van de voorzieningenrechter – mooier uitziet dan de OSB van Nefab. Dat aspect is echter niet relevant. Hoe de OSB er uitziet is geen onderdeel van de eis op dit punt. Vereist is dat er een goed werkende OSB kan worden geleverd. De OSB van Nefab werkt; door Zarges is ook niet gesteld dat dat niet zo is. Daarmee is ook ten aanzien van de OSB door Nefab voldaan aan de vereisten. Als inschrijvingen voldoen aan de gestelde eisen, gaan bij de beslissing aan wie de opdracht gegund wordt andere aspecten een rol spelen. In deze aanbesteding waren de aangeboden prijs en geboden oplossingen ten aanzien van duurzaamheid doorslaggevend. Dat is inherent aan de systematiek van deze aanbesteding. De vraag of de kist van een inschrijver mooier/beter is dan de kist van een andere inschrijver – zoals Zarges ten aanzien van haar eigen kisten van mening is – is geen aspect waarop deze aanbesteding gewonnen kon worden. Ten aanzien van de kist zelf is alleen relevant of deze aan de in het PvE gestelde eisen

voldoet en de Staat mag ervan uit gaan dat de kisten van Nefab voldoen.

### Beslissing

De conclusie is daarom dat er geen reden is om de Staat te verbieden de opdracht aan Nefab te gunnen.

Zarges B.V. te Berkel-Enschot, gemeente Tilburg, eiseres,  
advocaat mr. J.N.A. Kilian te Tilburg,  
tegen  
de Staat der Nederlanden, meer specifiek het Ministerie van Defensie te Den Haag,  
gedaagde,  
advocaten mrs. D. Wolters Rückert en J. Bakker te Den Haag,  
waarin is tussengekomen:  
Nefab Packaging Netherlands B.V.,  
te Voorthuizen, gemeente Barneveld,  
advocaat mr. A.H. Klein Hofmeijer te Rotterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## 70

### Afspraak afwachten hoger beroep omtrent huurovereenkomst

Rechtbank Midden-Nederland  
19 januari 2023, 10263274 UV EXPL 23-1  
MdG/51411, ECLI:NL:RBMNE:2023:125  
(mr. I.L. Rijnbout)  
Noot mr. S.O. Visch, mr. J.P. Heinrich

### Onrechtmatige daad. Selectie. Tussenkomst.

Op 13 juni 2022 hebben de gemeente en Aldi een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een perceel onbebouwde gemeentegrond. Deze huurovereenkomst eindigt als Aldi naar een nieuwe permanente locatie is verhuisd of uiterlijk op 1 september 2027. Op dit perceel heeft Aldi een supermarkt gebouwd die op 14 december 2022 is geopend.

Op 15 december 2022 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland vonnis gewezen in een procedure tussen de supermarkten (en Plus Retail B.V.) en de gemeente. In

de uitspraak is het de gemeente verboden om 'verdere uitvoering te geven aan de met Aldi gesloten tijdelijke huurovereenkomst met betrekking tot de gemeentegrond'. De gemeente is ook opgedragen om een openbare selectieprocedure met betrekking tot de verhuurde gemeentegrond te organiseren, voor zover de gemeente deze grond nog wil verhuren.

De gemeente heeft tegen de uitspraak van 15 december 2022 'turbo spoedappel' ingesteld bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Tijdens deze procedure bij het Hof heeft Aldi zich gevoegd aan de zijde van de gemeente. Op 29 december 2022 heeft het Hof de gemeente niet-ontvankelijk is verklaard, omdat geen geldig procesbesluit was overgelegd. De gemeente heeft na het arrest van 29 december 2022 nogmaals 'turbo spoedappel' ingesteld tegen de uitspraak van 15 december 2022 bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het Hof behandelt dit appel als een spoedappel waarvan de mondelinge behandeling op 6 februari 2023 plaats zal vinden.

De gemeente vordert in deze zaak dat Aldi wordt verboden uitvoering te geven aan de met de gemeente gesloten tijdelijke huurovereenkomst met betrekking tot de gemeentegrond.

## Beoordeling

### Incident

De supermarkten hebben verzocht om hen toe te staan tussen te komen, dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van de gemeente. Dit staat de kantonrechter toe.

### Afspraak

Uit de toelichting van Aldi en de gemeente tijdens de mondelinge behandeling en de e-mail van 19 december 2022 blijkt dat deze partijen na het vonnis van 15 december 2022 hebben afgesproken om samen op te trekken en zich eerst te richten op het vernietigen van het vonnis van 15 december 2022. Met name de zinsnede: 'Lukt dat niet of niet geheel, dan zal de tijdelijke supermarkt per direct dienen te sluiten' kan niet anders gelezen worden dan een toezegging om de beslissing in hoger beroep af te wachten. Uit de standpunten van de gemeente blijkt ook dat zij eigenlijk niets liever wil dan dat Aldi in het gehuurde blijft en het vonnis van 15 december 2022 wordt vernietigd. De e-mail van 19 december 2022, waar Aldi zich op beroept, geeft naar het oordeel van de kantonrechter daarom beter weer wat partijen hebben afgesproken

dan de e-mail van 21 december 2022, waar de gemeente zich op beroept. In de e-mail van 21 december 2021 valt ook niet te lezen dat de gemeente op die afspraak terugkomt. Voorshands is dus aannemelijk dat partijen hebben afgesproken dat Aldi de tijdelijke winkel open mocht houden totdat door het Hof (inhoudelijk) is beslist op het hoger beroep tegen het vonnis van 15 december 2022. Het Hof heeft nog geen (inhoudelijke) beslissing genomen over het vonnis van 15 december 2022, zodat de gemeente geen grond heeft om deze vordering in te stellen. Daarbij is van belang dat aan de afspraak geen verdere voorwaarden zijn verbonden, zodat de verhoging van de dwangsommen niet leidt tot een nieuwe situatie waarin de afspraak niet meer geldt.

### Belangenafweging

Aldi voert aan dat zij momenteel veertien werknemers in dienst heeft voor de tijdelijke winkel, die niet zo maar ergens anders aan het werk kunnen en zij veel geld heeft moeten investeren om de tijdelijke winkel te kunnen realiseren. Ook kan zij een deel van de voorraad niet verkopen bij een sluiting of deze slechts deels ergens anders verkopen met extra te maken transportkosten. Aldi kan bij sluiting ook geen nieuwe klantenkring opbouwen voor de permanente winkel die later in dezelfde buurt zal worden gebouwd, hetgeen ook in de toekomst omzet zal kosten. Verder hebben de bewoners van de nieuwe wijk Blokhoeve dan geen supermarkt meer en staat het financiële belang van de gemeente nog niet vast, omdat het Hof het vonnis en bijbehorende dwangsommen van 15 december 2022 nog kan vernietigen.

De gemeente voert aan dat zij een geldelijk belang heeft. Ook voert zij aan dat zij als overheidsorgaan het vonnis van 15 december 2022 wel moet nakomen. De supermarkten voeren aan dat sprake is van een onrechtmatige situatie die moet worden opgeheven, dat de buurtbewoners voor de opening ook elders boodschappen hebben gedaan en dat Aldi heeft toegezegd het overtollige personeel niet te zullen ontslaan. Ook is de arbeidsmarkt nu goed, zodat de werknemers eenvoudig elders aan de slag kunnen. De schade voor Aldi kan ook lager uitvallen als Aldi na een openbare selectieprocedure voor de verhuur van de verhuurde grond als beste kandidaat naar voren komt.

De kantonrechter komt tot het oordeel dat de door de gemeente en de supermarkten aangevoerde belangen niet zwaarder wegen dan de belangen

van Aldi. Voor de gemeente gaat het enkel om financiële belangen, waarvan nog onduidelijk is hoe dit zal uitvallen voor de gemeente. Als de gemeente alsnog gelijk krijgt in hoger beroep en het verbod de huurovereenkomst uit te voeren wordt vernietigd, is de gemeente geen dwangsommen verschuldigd. Omdat voldoende aannemelijk is dat de gemeente eerst met Aldi heeft afgesproken (en toegezegd) dat zij het vonnis van 15 december 2022 niet direct zou nakomen, kan zij zich er nu niet op beroepen dat zij niet in strijd met het vonnis afspraken kan maken. Ook als wordt aangenomen dat sprake is van onrechtmatig handelen van Aldi door de exploitatie van de tijdelijke supermarkt, leidt dit er niet toe dat het belang van de supermarkten zwaarder weegt dan het belang van Aldi. De supermarkten hebben daarvoor onvoldoende onderbouwd waarom zij een zwaarwegend belang hebben om de gestelde onrechtmatige daad te doen beëindigen (zonder dat de kantonrechter hierbij enig oordeel geeft over de gestelde onrechtmatigheid) en waarom dit belang zwaarder weegt dan de belangen van Aldi. Concluderend wordt de gevorderde voorlopige voorziening afgewezen.

### Beslissing

De kantonrechter (in het incident) staat de supermarkten toe zich te voegen aan de zijde van de gemeente en (in de hoofdzak) wijst de vordering af.

de publiekrechtelijke rechtspersoon

Gemeente Nieuwegein,

gevestigd te Nieuwegein,

verder ook te noemen: de Gemeente,

gemachtigde: mr. R.P.M. de Laat,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Aldi Vastgoed B.V.,

statutair gevestigd te Culemborg,

verder ook te noemen: Aldi,

gemachtigde: mrs. H. Doornhof en M.P.C. Hendriks,

in welke zaak wenst tussen te komen, dan wel wenst zich te voegen aan de zijde van de Gemeente:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Hoogzandveld B.V.

statutair gevestigd te Nieuwegein,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

B.V. Nettorama Verbruikersmarkten

statutair gevestigd te Oosterhout,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Detailconsult supermarkten B.V.

statutair gevestigd te Alpen aan den Rijn,

4 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam] .

statutair gevestigd te Nieuwegein,

verder ook gezamenlijk te noemen: de supermarkten,

gemachtigde: mrs. R.L. Fabritius en M. Jonkers.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 3 januari 2023 met producties 1 tot en met 17,
- de op 3 januari 2023 namens de Gemeente toegestuurde productie 18,
- de op 3 januari 2023 namens Aldi toegestuurde producties 1 tot en met 5,
- de op 4 januari 2023 namens de supermarkten toegestuurde incidentele conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging met producties 1 tot en met 16,
- de e-mail van de griffier van 4 januari 2022 dat de kantonrechter tijdens de mondelinge behandeling een beslissing neemt op de incidentele vorderingen van de supermarkten,
- de mondelinge behandeling van 5 januari 2023, waar zijn verschenen namens de Gemeente [A] , [B] en [C] , bijgestaan door mr. De Laat. Namens de supermarkten is [D] verschenen, bijgestaan door mrs. Fabritius en Jonkers en namens Aldi zijn verschenen [E] en [F] , bijgestaan door mrs. Doornhof en Hendriks. Partijen hebben hun standpunten toegelicht, waarbij de Gemeente gebruik heeft gemaakt van twee verschillende sets spreekantekeningen en Aldi gebruik heeft gemaakt van spreekantekeningen. De Gemeente heeft ook een procesbesluit van het college van de burgemeester en wethouders van de Gemeente overgelegd en machtigingen voor [A] en [C] . De griffier heeft aantekeningen gemaakt.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

2.1. Op 13 juni 2022 hebben de Gemeente en Aldi een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een perceel onbebouwde gemeentegrond in het gebied 'Blokhoeve' te Nieuwegein. Deze huurovereenkomst eindigt als Aldi naar een nieuwe permanente locatie is verhuisd of uiterlijk op 1 september 2027. Op dit perceel heeft Aldi een supermarkt gebouwd die op 14 december 2022 is geopend.

2.2. Op 15 december 2022 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland vonnis gewezen in een procedure tussen de supermarkten (en Plus Retail B.V.) en de Gemeente.<sup>1</sup> In de uitspraak is het de Gemeente verboden om 'verdere uitvoering te geven aan de met Aldi gesloten tijdelijke huurovereenkomst met betrekking tot de gemeentegrond.' Als de Gemeente niet voldoet aan dit verbod, is zij aan de supermarkten een dwangsom verschuldigd van € 2.500 per dag met een maximum van € 500.000. De Gemeente is ook opgedragen om een openbare selectieprocedure met betrekking tot de verhuurde gemeentegrond te organiseren, voor zover de gemeente deze grond nog wil verhuren.

2.3. De Gemeente heeft tegen de uitspraak van 15 december 2022 'turbo spoedappel' ingesteld bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Tijdens deze procedure bij het Hof heeft Aldi zich gevoegd aan de zijde van de Gemeente. Op 29 december 2022 heeft het Hof arrest gewezen in deze procedure, waarbij de Gemeente niet-ontvankelijk is verklaard, omdat geen geldig procesbesluit was overgelegd. In het incidenteel beroep zijn de dwangsommen – vanaf twee weken na betekening van het arrest – verhoogd tot € 5.000 per dag met een maximum van € 1.000.000.<sup>2</sup>

2.4. De Gemeente heeft na het arrest van 29 december 2022 nogmaals 'turbo spoedappel' ingesteld tegen de uitspraak van 15 december 2022 bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het Hof behandelt dit appel als een spoedappel waarvan de mondelinge behandeling op 6 februari 2023 plaats zal vinden.

## 3. De vorderingen en beoordeling in het incident

3.1. De supermarkten hebben bij de incidentele conclusie verzocht om hen toe te staan tussen te komen, dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente.

3.2. De Gemeente en Aldi hebben verweer gevoerd tegen de tussenkomst en voeging.

3.3. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de kantonrechter bepaald dat het de supermarkten wordt toegestaan om zich te voegen aan de zijde van de Gemeente. De supermarkten wisten tot op het moment van de beslissing in het incident, hoewel zij daar meerdere keren om hebben verzocht bij de Gemeente, niet wat de vorderingen van de Gemeente waren en wat de grondslag daarvan was. De supermarkten konden vooraf niet beoordelen wat het meest passend zou zijn. De kantonrechter is van oordeel dat een voeging passend is bij de positie van de supermarkten. De supermarkten hebben belang bij een toewijzing van de vordering van de gemeente en zullen nadeel hebben van een nadelige uitspraak voor de Gemeente. De supermarkten en de Gemeente willen in deze procedure hetzelfde, namelijk dat Aldi stopt met de exploitatie van de winkel op de grond die wordt verhuurd door de Gemeente. Het bezwaar van de Gemeente dat het toestaan van de voeging onredelijke vertraging oploopt, wordt gepasseerd. De Gemeente had er door het verstreken van de (concept)dagvaarding zelf voor kunnen zorgen dat niet eens een leespauze voor de supermarkten nodig was bij een voeging.

3.4. De Gemeente en Aldi worden als de meest in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten in het incident veroordeeld. De kosten aan de zijde van de supermarkten worden begroot op € 249 aan salaris gemachtigde. Volgens vaste rechtspraak levert een kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel op.<sup>3</sup> De nakosten worden daarom niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermeld.

## 4. De vorderingen in de hoofdzaak

4.1. De Gemeente vordert dat Aldi wordt verboden uitvoering te geven aan de met de Gemeente gesloten tijdelijke huurovereenkomst met betrekking tot de gemeentegrond, op straffe van een

1 Rechtbank Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402.

2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11197.

3 Hoge Raad 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8660.

dwangsom van € 10.000 voor iedere dag dat Aldi hier na betekening van dit vonnis niet aan vol doet, met een maximum van € 1.000.000. Dit met veroordeling van Aldi in de proceskosten en nakosten.

4.2. De Gemeente legt aan haar vordering ten grondslag dat bij vonnis van 15 december 2022 aan haar een verbod is opgelegd om de huurovereenkomst met Aldi voort te zetten, zodat Aldi datzelfde verboden moet worden. De Gemeente heeft met hekken geprobeerd om aan het gerechtelijk verbod te voldoen, maar deze hekken zijn weggehaald door Aldi. Zonder medewerking van Aldi kan de Gemeente niet voldoen aan het verbod.

Verder voert de Gemeente aan dat zij op grond van artikel 7:210 lid 1 BW het recht heeft om de huurovereenkomst met Aldi te ontbinden, nu de Gemeente is verboden om de huurovereenkomst uit te voeren en dit daarmee onmogelijk is geworden.

4.3. De supermarkten voeren daarnaast nog als grondslag voor de vordering tegen Aldi aan dat sprake is van een nietige huurovereenkomst, omdat sprake is van een huurovereenkomst die is gesloten in strijd met het Didam-arrest en sprake is van een gekwalificeerde schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook is de huurovereenkomst in strijd met de staatssteunregels en de Wet Markt en Overheid gesloten, aldus dus de supermarkten.

4.4. Aldi heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vordering met als conclusie dat de Gemeente en de supermarkten niet-ontvankelijk zijn, dan wel dat de kantonrechter de vorderingen zal afwijzen, met veroordeling van de Gemeente en de supermarkten in de proceskosten.

4.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

## 5. De beoordeling in de hoofdzaak

### Conclusie

5.1. Voorshands is aannemelijk dat de Gemeente en Aldi hebben afgesproken dat Aldi de tijdelijke winkel open mocht houden totdat door het Hof is beslist op het hoger beroep tegen het vonnis van 15 december 2022. Een belangenafweging van alle belangen leidt er ook niet toe dat de vordering van de Gemeente moet worden toegewezen. De kantonrechter wijst daarom de vorderingen van de Gemeente af.

### Afspraak

5.2. Aldi voert als eerste verweer aan dat de Gemeente onvoorwaardelijk en ondubbelzinnig de afspraak met Aldi heeft gemaakt dat zij pas een procedure tegen Aldi zou beginnen nadat het Hof een oordeel heeft gegeven over het vonnis van 15 december 2022. Aldi wijst daarbij op een e-mail van 19 december 2022 van de advocaat van de Gemeente aan een advocaat van Aldi. In deze e-mail staat het volgende:

*“Zoals besproken wordt door de gemeente turbo spoedappel ingesteld van het vonnis van 15 december 2022 (bijlage). De appeldagvaarding met aanvullende producties gaan eveneens bij dit bericht. Inmiddels is bekend dat de mondelinge behandeling van het hoger beroep zal plaatsvinden op **27 december 2022 te 10:30** bij het gerechtshof Arnhem - Leeuwarden, locatie Arnhem. Ik nodig uw cliënte uit om daarbij aanwezig te zijn. Zij kan zich uiteraard naar haar keuze ook als procespartij voegen in het geding.*

*In de hoger beroep dagvaarding leest u, dat namens de gemeente wordt aangevoerd dat zij niet in staat is om het per direct verbeuren van dwangsommen te voorkomen, nu Aldi Vastgoed desverzocht heeft geweigerd de tijdelijke supermarkt te sluiten. De gemeente behoudt zich dienaangaande alle rechten voor, waaronder het recht Aldi aansprakelijk te houden voor eventueel reeds verbeurde dwangsommen. De primaire inzet van de gemeente gericht op vernietiging van het bestreden vonnis, dat op alle oordelen wordt aangevochten. Lukt dat niet of niet geheel, dan zal de tijdelijke supermarkt per direct dienen te sluiten, zo deelde ik u mede. De gemeente is in dat geval gebonden aan de uitspaken en gehouden om ter voorkoming van het verbeuren van verdere dwangsommen van Aldi Vastgoed te vorderen dat zij de tijdelijke supermarkt per direct sluit en gesloten houdt.”*

Aldi voert aan dat op basis van deze e-mail bij haar een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Aldi, totdat het Hof het vonnis van 15 december 2022 niet of niet geheel heeft vernietigd, het gehuurde kan blijven gebruiken en de Gemeente zich enkel richt op het vernietiging van het vonnis. Na de niet-ontvankelijkheidsverklaring bij arrest van 29 december 2022, waarbij Aldi erop wijst dat dit door toedoen van de Gemeente is gebeurd, heeft de Gemeente nogmaals hoger beroep in kunnen stellen tegen het vonnis van 15 december 2022, zodat de Gemeente zich daar eerst op moet richten. Deze procedure tegen Aldi is daarom in strijd met het door de Gemeente ge-

wekte vertrouwen en is ook in strijd met het vertrouwensbeginsel, welk beginsel ook doorwerkt in de rechtsverhouding tussen Aldi en de Gemeente.

5.3. De Gemeente betwist dat zij gerechtvaardigd vertrouwen heeft opgewekt bij Aldi dat de Gemeente, voordat het Hof zich over het vonnis van 15 december 2022 heeft uitgelaten, geen poging zou doen om Aldi het gebruik van het gehuurde te belemmeren. Daarnaast is door het arrest van 29 december 2022 een andere situatie ontstaan, omdat de dwangsommen zijn verhoogd. De Gemeente wijst ook op een e-mail van 21 december 2022 van haar advocaat aan de advocaat van Aldi. In deze e-mail staat het volgende:

*“Bijgaand zend ik u het exploit van betekening van 17 december 2022, waarbij het kort geding vonnis van 15 december 2022 aan de gemeente Nieuwegein is betekend. Daaruit blijkt dat Nettorama c.s. per direct aanspraak maken op nakoming van het vonnis en de daaraan verbonden dwangsommen. Zo lang echter Aldi Vastgoed weigert medewerking te verlenen is het voor de gemeente op dit moment rechtens niet mogelijk te voldoen aan de eerste veroordeling, te weten het verbod verdere uitvoering te geven aan de met Aldi Vastgoed gesloten tijdelijke huurovereenkomst met betrekking tot de gemeentegrond. Als gevolg daarvan moet er rekening mee worden gehouden, dat de gemeente thans dwangsommen verbeurt aan Nettorama c.s..*

*Zoals u weet is door de gemeente turbospoedappel ingesteld van het vonnis van 15 december 2022, waarvan de mondelinge behandeling plaatsvindt op 27 december a.s. Tot het moment waarop het gerechtshof anders oordeelt, is de gemeente gebonden aan het rechterlijk verbod uitvoering te geven aan de huurovereenkomst met Aldi Vastgoed. De gemeente volhardt dan ook in haar aanspraken dat Aldi Vastgoed tot het moment waarop het gerechtshof anders oordeelt de gemeente in staat stelt aan dat verbod te voldoen, waardoor het risico dat zij verdere dwangsommen verbeurt vervalt. De gemeente houdt zich alle rechten dienaangaande voor.”*

5.4. Uit de toelichting van Aldi en de Gemeente tijdens de mondelinge behandeling en de e-mail van 19 december 2022 blijkt dat deze partijen na het vonnis van 15 december 2022 hebben afgesproken om samen op te trekken en zich eerst te richten op het vernietigen van het vonnis van 15 december 2022. Met name de zinsnede: *‘Lukt dat niet of niet geheel, dan zal de tijdelijke supermarkt*

*per direct dienen te sluiten’* kan niet anders gelezen worden dan een toezegging om de beslissing in hoger beroep af te wachten. Uit de standpunten van de Gemeente blijkt ook dat zij eigenlijk niets liever wil dan dat Aldi in het gehuurde blijft en het vonnis van 15 december 2022 wordt vernietigd. De e-mail van 19 december 2022, waar Aldi zich op beroept, geeft naar het oordeel van de kantonrechter daarom beter weer wat partijen hebben afgesproken dan de e-mail van 21 december 2022, waar de Gemeente zich op beroept. In de e-mail van 21 december 2021 valt ook niet te lezen dat de Gemeente op die afspraak terugkomt. Voorshands is dus aannemelijk dat partijen hebben afgesproken dat Aldi de tijdelijke winkel open mocht houden totdat door het Hof (inhoudelijk) is beslist op het hoger beroep tegen het vonnis van 15 december 2022. Het Hof heeft nog geen (inhoudelijke) beslissing genomen over het vonnis van 15 december 2022, zodat de Gemeente geen grond heeft om deze vordering in te stellen. Daarbij is van belang dat aan de afspraak geen verdere voorwaarden zijn verbonden, zodat de verhoging van de dwangsommen niet leidt tot een nieuwe situatie waarin de afspraak niet meer geldt.

#### *Belangenafweging*

5.5. Omdat ook de wederzijdse belangen moeten worden betrokken bij de beoordeling, worden hierna de wederzijdse belangen gewogen om te beoordelen of de gevorderde voorlopige voorziening alsnog moet worden toegewezen.

5.5.1. Aldi voert aan dat zij momenteel veertien werknemers in dienst heeft voor de tijdelijke winkel, die niet zo maar ergens anders aan het werk kunnen en zij veel geld heeft moeten investeren om de tijdelijke winkel te kunnen realiseren. Ook kan zij een deel van de voorraad niet verkopen bij een sluiting of deze slechts deels ergens anders verkopen met extra te maken transportkosten. Aldi kan bij sluiting ook geen nieuwe klantenkring opbouwen voor de permanente winkel die later in dezelfde buurt zal worden gebouwd, hetgeen ook in de toekomst omzet zal kosten. Verder hebben de bewoners van de nieuwe wijk Blokhoeve dan geen supermarkt meer en staat het financiële belang van de Gemeente nog niet vast, omdat het Hof het vonnis en bijbehorende dwangsommen van 15 december 2022 nog kan vernietigen.

5.5.2. De Gemeente voert aan dat zij een geldelijk belang heeft doordat zij, totdat het vonnis van 15 december 2022 is vernietigd, dwangsommen verbeurt (met een maximum van € 1.000.000). Ook

voert zij aan dat zij als overheidsorgaan het vonnis van 15 december 2022 wel moet nakomen.

5.5.3. De supermarkten voeren aan dat sprake is van een onrechtmatige situatie die moet worden opgeheven. Zij voeren ook aan dat de buurtbewoners voor de opening ook elders boodschappen hebben gedaan en dat Aldi heeft toegezegd het overtollige personeel niet te zullen ontslaan. Ook is de arbeidsmarkt nu goed, zodat de werknemers eenvoudig elders aan de slag kunnen. De schade voor Aldi kan ook lager uitvallen als Aldi na een openbare selectieprocedure voor de verhuur van de verhuurde grond als beste kandidaat naar voren komt.

5.5.4. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de door de Gemeente en de supermarkten aangevoerde belangen niet zwaarder wegen dan de belangen van Aldi. Voor de gemeente gaat het enkel om financiële belangen, waarvan nog onduidelijk is hoe dit zal uitvallen voor de Gemeente. Als de Gemeente alsnog gelijk krijgt in hoger beroep en het verbod de huurovereenkomst uit te voeren wordt vernietigd, is de Gemeente geen dwangsommen verschuldigd. Omdat voldoende aanneemelijk is dat de Gemeente eerst met Aldi heeft afgesproken (en toegezegd) dat zij het vonnis van 15 december 2022 niet direct zou nakomen, kan zij zich er nu niet op beroepen dat zij niet in strijd met het vonnis afspraken kan maken. Ook als – ondanks verweer daartegen door Aldi en de Gemeente – wordt aangenomen dat sprake is van onrechtmatig handelen van Aldi door de exploitatie van de tijdelijke supermarkt, leidt dit er niet toe dat het belang van de supermarkten zwaarder weegt dan het belang van Aldi. De supermarkten hebben daarvoor onvoldoende onderbouwd waarom zij een zwaarwegend belang hebben om de gestelde onrechtmatige daad te doen beëindigen (zonder dat de kantonrechter hierbij enig oordeel geeft over de gestelde onrechtmatigheid) en waarom dit belang zwaarder weegt dan de belangen van Aldi.

5.6. Concluderend wordt de gevorderde voorlopige voorziening afgewezen.

#### *Proceskosten*

5.7. De Gemeente en de supermarkten zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Aldi worden begroot op € 996 aan salaris gemachtigde. Volgens vaste rechtspraak levert een kostenveroordeling ook voor de nakosten een

executoriale titel op.<sup>4</sup> De nakosten worden daarom niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermeld.

#### *6. De beslissing*

De kantonrechter:

geeft de volgende onmiddellijke voorziening:  
*in het incident*

6.1. staat de supermarkten toe zich te voegen aan de zijde van de Gemeente;

6.2. veroordeelt de Gemeente en Aldi hoofdelijk, in die zin, dat wanneer de een betaalt, de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, tot betaling van de proceskosten aan de zijde van de supermarkten, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 249 aan salaris gemachtigde, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf veertien dagen na het vonnis;

6.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

*in de hoofdzaak*

6.4. wijst de vordering af;

6.5. veroordeelt de Gemeente en de supermarkten hoofdelijk, in die zin, dat wanneer de een betaalt, de ander tot de hoogte van die betaling zal zijn bevrijd, tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Aldi, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 996 aan salaris gemachtigde;

6.6. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

### Toereikend procesbesluit

#### Inleiding

Het bovenstaande arrest illustreert het belang van een toereikend procesbesluit in civiele procedures. Een procesbesluit houdt in dat door of namens het bevoegde bestuursorgaan is besloten tot de start van of deelname aan een gerechtelijke procedure, zoals in het voorliggende geval het instellen van hoger beroep. Het vereiste van een bevoegdelijk genomen procesbesluit geldt zowel voor procedures bij de burgerlijke rechter, als voor hoger beroep in bestuursrechtelijke pro-

<sup>4</sup> Hoge Raad 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8660.

cedures. Vragen over de aanwezigheid en geldigheid van een procesbesluit in een dossier zorgen niet zelden voor stress bij vertegenwoordigers van overheden, zeker als die vragen kort voor een pleidooi of comparitie opkomen. In deze annotatie staan wij stil bij de formaliteiten die een bestuursorganen c.q. aanbestedende dienst in acht moet nemen. Wij sluiten af met een aantal aandachtspunten en tips voor de (aanbestedingsrechtelijke) praktijk.

Het arrest staat niet op zichzelf. De rechtspraak over dit onderwerp, zowel van de burgerlijke rechter, als van de bestuursrechter, laat zien dat het vaker misgaat met procesbesluiten.<sup>1</sup>

### **Stand van zaken in de procesbesluitenrecht-spraak: voor het einde van de procedure moet een bevoegdelijk genomen procesbesluit zijn overgelegd**

Tegenwoordig zitten de bestuursrechter en de burgerlijke rechter op één lijn waar het gaat om de overlegging van een geldig procesbesluit. De bestuursrechter verlangt dat het bestuursorgaan dat zelf een procedure start een toereikend procesbesluit moet hebben.<sup>2</sup> Voor het voeren van verweer is een procesbesluit niet nodig. Wanneer het bestuursorgaan zelf hoger beroep instelt, dan hanteert de hoogste bestuursrechter de lijn dat tijdens de hoger beroepsprocedure (dus voor de sluiting van het onderzoek) moet zijn komen vast te staan dat het bestuursorgaan heeft ingestemd met het aanhangig maken van de procedure.<sup>3</sup> Daarmee is teruggekomen van de eerdere strengere benadering dat voor het verstrijken van de hoger beroepstermijn een toereikend procesbesluit moest zijn overgelegd.<sup>4</sup>

De burgerlijke rechter verlangt zowel een toereikend procesbesluit voor het aanhangig maken (het dagvaarden) van een civiele procedure, als voor het voeren van verweer en opwerpen van incidenten (tot voeging). Daarnaast staat de burgerlijke rechter het toe dat een (bevoegdelijk genomen) procesbesluit in de loop van de procedu-

re wordt overgelegd.<sup>5</sup> De burgerlijke rechter staat al geruime tijd toe dat een ontoereikend procesbesluit op een later moment kan worden bekrachtigd.<sup>6</sup>

Als hoofdregel kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat in de regel een toereikend procesbesluit nodig is voor het voeren van procedures namens een bestuursorgaan (meestal het college) en de publiekrechtelijke rechtspersoon (de gemeente of provincie) waartoe het behoort. De enige uitzondering op die regel kan worden gevonden in de Afdelingsrechtspraak over het voeren van verweer in procedures bij de bestuursrechtters. Dat de rechtspraak over de hele breedte nu de soepele lijn hanteert dat een rechtsgeldig procesbesluit op enig moment in de procedure moet zijn overgelegd, maakt niet dat ambtenaren het belang van een bevoegdelijk genomen procesbesluit kunnen relativeren en de aandacht op dit punt kunnen laten verslappen, zo illustreert het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Voor wij dieper op de zaak ingaan en inzichtelijk maken wat daar niet goed ging, beschrijven wij aan welke formele vereisten een gemeentelijk of provinciaal procesbesluit moet voldoen.

### **De formaliteiten en voorschriften voor een rechtsgeldig procesbesluit**

Uit artikel 160, eerste lid, onder e, van de gemeentewet<sup>7</sup> volgt als hoofdregel dat het college bevoegd is te besluiten om namens de gemeente, het college of de raad rechtsgedingen (zowel civiel als bestuursrechtelijk) te voeren.<sup>8</sup>

Er bestaat een belangrijk onderscheid tussen de besluitvorming tot het starten (lees: instellen van een rechtsmiddel of het voeren van verweer) en het voeren van de procedure zelf. Zoals hiervoor

1 Zie hierna illustratief voetnoten 3 t/m 6.

2 ABRvS 6 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1007.

3 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:567.

4 Zie voor een van de laatste voorbeelden waarin de 'strengere' koers werd gevaren: ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1104.

5 Hoge Raad 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2834; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3600. Zie over het vereiste procesbesluit voor het voeren van verweer: Hof Arnhem 8 februari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS7882.

6 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5517.

7 Zie ook het – materieel hetzelfde – artikel 158, eerste lid, onder e, Provinciewet en artikel 86 van de Waterschapswet.

8 Deze annotatie ziet op de procespraktijk van gemeenten, provincies en waterschappen, gelet op het vergelijkbare juridische kader dat hiervoor geldt. Verder onderzoek naar andere aanbestedende diensten ging het bestek van deze annotatie te buiten.



duidelijk werd ligt de besluitvorming in het eerste geval bij het college. Het voeren van de procedure is in artikel 171, eerste lid, van de gemeentewet opgedragen aan de burgemeester.<sup>9</sup> De burgemeester vertegenwoordigt de gemeente in en buiten rechte.

Er zijn drie manieren waarop een geldig procesbesluit kan worden genomen: door het college zelf, door een ondergeschikte ambtenaar krachtens mandaat of door een wethouder, krachtens een zogeheten ‘wethoudersmachtiging’. We bespreken de drie varianten kort.

Variant 1: een procesbesluit van het college zelf. Een procesbesluit dat door het college genomen wordt komt tot stand op dezelfde wijze als alle andere collegebesluiten in een vergadering van het college, door middel van collegiale besluitvorming.<sup>10</sup> Daarvoor is in de regel instemming van het gehele college vereist.<sup>11</sup>

Variant 2: een procesbesluit namens het college, krachtens mandaat genomen. De bevoegdheid tot het nemen van een collegebesluit (en dus ook de bevoegdheid tot het nemen van een procesbesluit) kan worden gemandateerd aan een ondergeschikte. Op grond van artikel 10:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, kan een aan het college ondergeschikte ambtenaar in naam van het college besluiten tot het starten of verwerpen in een procedure. Het college kan instructies geven aan de gemandateerde (artikel 10:6 Awb) en blijft ook zelf bevoegd (artikel 10:7 Awb).

Variant 3: een procesbesluit namens het college, bevoegdelijk genomen door een daartoe gemachtigde wethouder. Het college is een bestuursorgaan dat collegiaal besluiten neemt. Om een bepaalde mate van zelfstandigheid van wethouders bij het uitvoeren van de eigen portefeuille mogelijk te maken, voorziet artikel 168 van de gemeentewet in de mogelijkheid voor het college om één of meer leden van het college te machtigen tot uitoefening van de bevoegdheden van het college. Daaronder wordt ook een beslissings-, uitvoerings- en afdoeningsmandaat ver-

staan. Het (voltallige) college blijft wel (politiek) verantwoordelijk voor het genomen besluit.<sup>12</sup> Een dergelijke machtiging moet wel uitdrukkelijk zijn geregeld, voordat de wethouder tot het uitoefenen van de in de machtiging genoemde bevoegdheden bevoegd is.

Wanneer gebruik wordt gemaakt van een mandaat- of machtigingsconstructie, dan moet dat voor de buitenwereld – en dus ook voor de rechter – kenbaar zijn. Ratio hierachter is dat duidelijk moet zijn wie een procesbesluit mogen nemen. Wordt een dergelijk besluit niet bekendgemaakt in het (digitale) Gemeentebled (of Provinciebled), dan treedt het niet in werking.<sup>13</sup>

### Wat ging mis in de door het hof behandelde procedure?

Het arrest laat zien dat het nemen van een geldig procesbesluit aandacht vraagt. In de gegeven situatie bleef het tot op de zitting onduidelijk of een toereikend procesbesluit genomen was voor (a) het instellen van principaal hoger beroep, en (b) het voeren van verweer in incidenteel hoger beroep. Het hof heeft de gemeente alsnog gelegenheid geboden (om binnen één dag) een toereikend procesbesluit op te stellen en deze te overleggen.

De gemeente maakte van de geboden gelegenheid gebruik en legde een besluit over waarin (in algemene zin) verwezen werd naar artikel 160, eerste lid, onder f, van de gemeentewet en een gepubliceerde mandaatregeling. Het overgelegde besluit was genomen door een wethouder, als gemandateerde van het college. De gedachte moet zijn geweest dat de voor de portefeuille verantwoordelijke wethouder automatisch bevoegd was om namens het college een procesbesluit te nemen in een zaak die tot de portefeuille van de wethouder behoorde.

Hoe praktisch en voor de hand liggend deze redenering ook was: juridisch gezien ontbrak het daarvoor vereiste besluit waaruit bleek dat de wethouder daartoe – op grond van artikel 168, eerste lid, van de gemeentewet – ook daadwerkelijk gemachtigd was door het college. Het Hof kon – al googelend – niet een (bekendgemaakt) besluit vinden daaruit de vertegenwoor-

9 Of: de commissaris van de koning, zie artikel 176, eerste lid, Provinciewet.

10 Zoals beschreven in artikel 59a, eerste lid, van de Gemeentewet.

11 ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1104, r.o. 5.2.

12 *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, nr. 3, p. 87.

13 Zie artikel 3:40 (inwerkingtreding) en 3:42 (wijze van bekendmaking) Awb.

digingsbevoegdheid van de wethouder bleek: een machtiging op grond van artikel 168 kwam niet boven water. De Mandaatregeling gemeente Nieuwegein 2019 voorzag niet in mandatering van de bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep in civiele procedures. Voor de gemeente Nieuwegein geldt (dus) dat een procesbesluit alleen door het college van burgemeester en wethouders zelf kan worden genomen. De Mandaatregeling voorzag overigens wel in mandatering van de bevoegdheid tot het nemen van een procesbesluit om verweer te kunnen voeren in een civiele procedure, waartoe afdelingshoofden bevoegd zijn.

De fout komt de gemeente in dit geval duur te staan, zoals te lezen is in rechtsoverweging 6.3: omdat de wethouder niet bevoegd was om namens het college te besluiten tot het instellen van hoger beroep, heeft de gemeente het principale hoger beroep niet op basis van een daartoe door het bevoegd gezag genomen besluit ingesteld. Op die grond volgde niet-ontvankelijkverklaring. De wethouder was wel bevoegd namens het college het besluit te nemen tot het voeren van verweer in een civiele procedure, waardoor wel verweer kon worden gevoerd in het incident. Dat de gemeente in deze procedure werd vertegenwoordigd door een advocaat kon de gemeente evenmin baten. Een advocaat kan de gemeente (of provincie) vertegenwoordigen in rechte, maar niet voor een bestuursorgaan besluiten tot het voeren van de procedure zelf.

#### **Wat leren we uit dit arrest; enkele vuistregels voor de praktijk**

Wij trekken lessen uit dit arrest over het goed beleggen van de bevoegdheid tot het nemen van een rechtsgeldig procesbesluit:

- (1) Zorg steeds voor een bevoegd en binnen de termijn voor aanwending van een rechtsmiddel genomen procesbesluit. Creëer bewustzijn over de noodzaak en het belang hiervan, zodat het nemen van procesbesluiten gaat behoren tot de standaardprocedure bij de behandeling van civiele procedures. Dat minimaliseert het risico van noodzakelijke reparatiewerkzaamheden achteraf (met bijbehorende procesrisico's).
- (2) Veel geregeld en procesbesluitstress kan worden voorkomen als een portefeuillehouder (door middel van een bekendgemaakte machtiging op grond van artikel 168, eerste lid, van de gemeentewet) en/of één of meer ambtenaren,

zoals het hoofd juridische zaken en/of de gemeentesecretaris (door middel van een bekendgemaakt mandaat, volmacht- en machtigingsbesluit) in staat zijn om een procesbesluit te nemen namens het college. Door anderen binnen de gemeentelijke organisatie bevoegd te maken om namens het college procesbesluiten te nemen, is het mogelijk om gebreken die onverhoopt, te elfder ure opkomen, snel te repareren. De hierboven afgedrukte casuslaat zien dat snel handelen (binnen één dag) soms geboden is.

(3) Ga na of de op dit moment van kracht zijnde mandaat- en machtigingsregelingen voorzien in een goede en werkbare regeling voor het bevoegdelijk nemen van procesbesluiten namens het college en of deze op de juiste wijze zijn bekendgemaakt.

mr. S.O. Visch  
advocaat bij AKD

mr. J.P. Heinrich  
advocaat bij sectie bestuursrecht Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn

## 71

### **Didam binnen onteigening**

Rechtbank Zeeland-West-Brabant  
25 januari 2023, 399630\_T25012023,  
ECLI:NL:RBZWB:2023:443  
(mrs. Van der Lende-Mulder Smit, Kool,  
Van den Boom)

### **Didam. Gronduitgifte. Openbare verkoop.**

[Ow art. 17]

*De Staat vordert bij vervroeging de onteigening uit te spreken van de te onteigenen gronden in de dagvaarding genoemd. De Staat stelt dat hij heeft getracht om met [gedaagde] in der minne tot overeenstemming te komen over de overdracht van de te onteigenen gronden, maar dat hij er nog niet in is geslaagd om minnelijke overeenstemming te bereiken die heeft geresulteerd in overdracht van de juridische eigendom. De Staat heeft bij dagvaarding aan [gedaagde] een bedrag aangeboden.*