

beleidsvrijheid van de gemeente er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid.

15. Bij dit alles wordt niet gemotiveerd hoe – gelet op ‘het doelvereiste’ uit onder meer het *Ruimte voor Ruimte*-arrest) – het doel van de bevoegdheid uit de Wro en Bro om een huurprijzenregeling te hanteren zich verhoudt tot het doel van de bevoegdheid uit de Wabo om af te kunnen wijken van het bestemmingsplan met gebruikmaking van de kruimelgevallenregeling. Blijkens de tekst van art. 3.1 lid 1 derde volzin Wro en art. 3.1.2 lid 1 Bro kan een dergelijk huurprijzenbeding in een bestemmingsplan worden opgenomen “ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de in het bestemmingsplan opgenomen bestemmingen”. Het is de vraag in hoeverre dit doel van de huurprijzenregeling – de uitvoerbaarheid van de woonbestemming – overeenkomt met het doel van de kruimelgevallenregeling op basis van art. 2.12 Wabo. Daarbij komt dat in het kader van een bestemmingsplan regels moeten worden getroffen met de goede ruimtelijke ordening als doel (‘ten behoeve van’), terwijl bij een afwijkingsvergunning niet naar dat doel toegewerkt hoeft te worden en de vergunning verleend kan worden zolang er maar geen strijd met ‘de goede ruimtelijke ordening’ is. Dezelfde norm van de ‘goede ruimtelijke ordening’ heeft bij art. 3.1 Wro dus te gelden als doel, terwijl het voor een afwijkingsvergunning geldt als een randvoorwaarde. Kortom, wanneer naar de doelen wordt gekeken van enerzijds de huurprijzenregeling van art. 3.1.2. lid 1 Bro en anderzijds de kruimelgevallenregeling van art. 2.12 Wabo is het de vraag of beide regelingen wel hetzelfde doel dienen. Bovenstaand arrest lijkt geen antwoord te geven op deze vraag, waarmee de vraag of in een bevoegdhedenovereenkomst een huurprijzenbeding als voorwaarde mag worden gesteld aan toepassing van de afwijkingsbevoegdheid van art. 2.12 Wabo, niet volledig lijkt te zijn beantwoord.

M.Y.C.L. de Wit

Aanbestedingsrecht

BR 2023/28

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2022, nr. 200.320.206 (Mrs. S.M. Evers, F.J. de Vries, C.M.E. Lagarde)
m.nt. T.A. Terlien & L.S. Overmeire¹

(Art. 3:14 BW; art. 25i Mededingingswet)

ECLI:NL:GHARL:2022:11197

Didam-arrest, verhuur gemeentegrond, openbare selectieprocedure, serieuze gegadigde, gelijkheidsbeginsel, vernietigbaarheid, nietigheid, beëindiging overeenkomst, turbo-spoedappel, dwangsom

¹ Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum en Laure Overmeire is werkstudent Bouwrecht bij Ploum.

De gemeente Nieuwegein (‘Gemeente’) heeft het voornemen geuit tot een-op-een (tijdelijke) verhuur van gemeentegrond aan Aldi Vastgoed B.V. (‘Aldi’). Volgens de Gemeente is Aldi de enige serieuze gegadigde die voor deze tijdelijke verhuur in aanmerking komt. Een vijftal supermarkten is daarentegen van mening dat de Gemeente een openbare selectieprocedure had moeten organiseren, waarbij zij zich beroepen op het Didam-arrest.² De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland is het hiermee eens en heeft in het vonnis van 15 december 2022³ aan de Gemeente een verbod opgelegd om verdere uitvoering te geven aan de met Aldi gesloten tijdelijke huurovereenkomst op straffe van een dwangsom. Zowel de Gemeente als de supermarkten zijn tegen dit vonnis in beroep gekomen. De supermarkten vorderen hierbij een verhoging van de eerder opgelegde dwangsommen. De Gemeente vordert dat de vorderingen van de supermarkten alsnog worden afgewezen. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden komt tot het oordeel dat de Gemeente wegens het ontbreken van een rechtsgeldig procesbesluit niet-ontvankelijk is. De vordering van de supermarkten tot verhoging van de opgelegde dwangsommen wordt (gedeeltelijk) toegewezen. De stelling van de Gemeente dat sprake is van een tijdelijke onmogelijkheid om uitvoering te geven aan het verbod om verdere uitvoering te geven aan de tijdelijke huurovereenkomst, gaat niet op.

Arrest in kort geding van 29 december 2022 in de zaak van: de publiekrechtelijke rechtspersoon

Gemeente Nieuwegein,

zetelende te Nieuwegein,

appellante in het principaal beroep/verweerster in het incidenteel beroep,

hierna te noemen: de gemeente,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Hoogzandveld B.V.,

gevestigd te Nieuwegein,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

B.V. Nettorama Verbruikersmarkten,

gevestigd te Oosterhout,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Detailconsult Supermarkten B.V.,

gevestigd te Alphen aan de Rijn,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Plus Retail B.V.,

gevestigd te Utrecht,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Plus Van Loon B.V.,

gevestigd te Nieuwegein,

geïntimeerden in het principaal beroep,

appellanten in het incidenteel beroep,

² Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

³ Rechtbank Midden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, BR 2023/23 m.nt. M.J.E. Boudesteijn.

hierna te noemen: de supermarkten,
en in het incident ex artikel 217 Rv van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Aldi Vastgoed B.V.,
gevestigd te Culemborg,
eiseres in het incident tot voeging aan de zijde van de gemeente,
hierna te noemen: Aldi,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Hoogzandveld B.V.,
gevestigd te Nieuwegein,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

B.V. Nettorama Verbruikersmarkten,
gevestigd te Oosterhout,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Detailconsult Supermarkten B.V.,
gevestigd te Alphen aan de Rijn,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Plus Retail B.V.,
gevestigd te Utrecht,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Plus Van Loon B.V.
gevestigd te Nieuwegein,

hierna te noemen: de supermarkten,
verweersters in het incident tot voeging,
(...)

3. De kern van de zaak

3.1 Het gaat in deze zaak om de tijdelijke verhuur van gemeentegrond. De gemeente heeft deze gemeentegrond verhuurd aan Aldi. De gemeente heeft dat gedaan, omdat zij van mening is dat Aldi de enige serieuze kandidaat is die in aanmerking komt voor deze tijdelijke verhuur van de gemeentegrond. Aldi heeft op de gemeentegrond een tijdelijke supermarkt gebouwd, die op 14 december 2022 is geopend.

3.2 De supermarkten vinden dat de gemeente een openbare selectieprocedure had moeten organiseren waarin zij hadden kunnen meedingen naar de tijdelijke huurovereenkomst van de gemeentegrond. De supermarkten beroepen zich daarbij op het Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021.²

3.3 De supermarkten vorderen in dit kort geding dat het de gemeente wordt:

- verboden om (verdere) uitvoering te geven aan de met Aldi gesloten tijdelijke huurovereenkomst en

- geboden om alsnog een openbare selectieprocedure te organiseren voor het verhuren van de gemeentegrond, tenminste als de gemeente de gemeentegrond nog wil verhuren. Zij hebben

de voorzieningenrechter gevraagd het verbod met een dwangsom te versterken.

3.4 De gemeente heeft verweer gevoerd, dat er -onder meer- op neerkomt dat de supermarkten geen belang hebben bij hun vorderingen en voorts dat Aldi de enige serieuze gegadigde voor de tijdelijke huurovereenkomst was.

3.5 De voorzieningenrechter heeft in het vonnis van 15 december 2022, voor zover van belang, de gemeente verboden verdere uitvoering te geven aan de met Aldi gesloten tijdelijke huurovereenkomst van gemeentegrond en dit verbod versterkt met een dwangsom van € 2.500 per dag (met een maximum van € 500.000) en de gemeente geboden een openbare biedprocedure te organiseren voor zover de gemeente haar grond nog wil verhuren. Ook dit gebod heeft de voorzieningenrechter versterkt met een dwangsom van € 500.000. Het bestreden vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3.6 Zowel de gemeente als de supermarkten zijn tegen dit vonnis in beroep gekomen. De supermarkten willen dat het hof de dwangsommen verhoogt. De gemeente is het niet eens met de hoofdveroordelingen en beoogt met haar beroep dat de vorderingen van de supermarkten alsnog worden afgewezen.

3.7 Het hof zal de gemeente vanwege het ontbreken van een rechtsgeldig procesbesluit niet-ontvankelijk verklaren in haar (principaal) hoger beroep. Het incidenteel beroep slaagt (deels).

4. Feiten

4.1 Het hof gaat bij zijn oordeel uit van de feiten zoals de voorzieningenrechter die in de rechtsoverwegingen 3.1 tot en met 3.5 van het bestreden vonnis heeft vastgesteld.

4.2 In hoger beroep is voorts komen vast te staan dat:

- Aldi op 4 oktober 2022 met de bouw van de tijdelijke supermarkt is gestart;
- de omgevingsvergunning voor de (bouw van de) tijdelijke supermarkt nog niet onherroepelijk is;
- Aldi deze supermarkt op 14 december 2022 heeft geopend;
- de slotzin van artikel 5 lid 1 van de tijdelijke huurovereenkomst luidt:

“Voor de eerste ingebruikname dienen alle vergunningen te zijn verkregen en onherroepelijk te zijn.”

(...)

6. Principaal beroep

6.1 Tijdens de mondelinge behandeling op 27 december 2022 is onduidelijk gebleven of het college van burgemeester en wethouders van de gemeente op de voet van artikel 160 sub e Gemeentewet had besloten tot het instellen van het hoger beroep. Het hof heeft de gemeente de gelegenheid geboden tot 28 december 2022, 9:30 uur alsnog het besluit over te leggen of een besluit over te leggen waarin het college alsnog besloot tot het instellen van hoger beroep.

6.2 De gemeente heeft op 27 december 2022, 18:34 uur een besluit van diezelfde datum aan het hof en de andere partijen gestuurd. Het besluit is genomen door wethouder

[naam1] in haar hoedanigheid van gemandateerde van het college. In het besluit wordt verwezen naar artikel 160 sub f Gemeentewet en - in algemene zin - naar de Mandaatregeling gemeente Nieuwegein 2019. Het besluit houdt in dat wordt besloten (1) tot het voeren van een hoger-beroepsprocedure in turbo spoedappel tegen het vonnis in eerste aanleg van 15 december 2022 bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, (2) tot het voeren van verweer tegen het door de Supermarkten in voormelde procedure ingestelde incidenteel appel en (3) tot het verrichten van alle (proces)handelingen die daartoe dienstig kunnen zijn.

De verwijzing in het besluit naar artikel 160 sub f Gemeentewet moet op een vergissing berusten. In dat artikelonderdeel is immers bepaald dat het college bevoegd is ten aanzien van de voorbereiding van de civiele verdediging, te weten het burgerlijk gezag in buitengewone omstandigheden (rampen, onlusten, e.d.). Omdat de gemeente heeft verwezen naar de Mandaatregeling, maar geen bepaling heeft genoemd, waarop de bevoegdheid van de wethouder was gebaseerd, heeft het hof de op www.overheid.nl gepubliceerde Mandaatregeling van de gemeente geraadpleegd en daarin slechts aangetroffen een mandatering voor het voeren van verweer in een civiele procedure (artikel 2 lid 1 Mandaatregeling juncto onderdeel 8 van Bijlage 1 bij de Mandaatregeling), maar niet voor het instellen van hoger beroep van een civiel vonnis.

6.3 Omdat de wethouder niet gemandateerd is om namens het college te besluiten tot het instellen van hoger beroep, heeft de gemeente haar hoger beroep niet op basis van een daartoe door het bevoegd gezag genomen besluit ingesteld en dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in het principaal hoger beroep. De wethouder is wel bevoegd namens het college het besluit te nemen tot het voeren van verweer in een civiele procedure. In zoverre beschikt de gemeente wel over een rechtsgeldige grondslag als partij op te treden in het incidenteel hoger beroep. Haar verweer daarin zal daarom worden besproken bij de beoordeling van dit incidenteel hoger beroep.

6.4 Omdat de gemeente niet-ontvankelijk is in haar principaal hoger beroep, komt het hof niet toe aan de beoordeling van hetgeen Aldi in dat kader als gevoegde partij heeft aangevoerd.

7. Incidenteel beroep

7.1 In het incidenteel beroep grieven de supermarkten tegen de hoogte van de opgelegde dwangsom van € 2.500 voor iedere dag dat de gemeente niet voldoet aan het verbod om verdere uitvoering aan de tijdelijke huurovereenkomst met Aldi te geven, waarvoor het maximum aan te verbeuren dwangsommen € 500.000 bedraagt. Dat zou moeten worden verhoogd naar € 5.000 per dag met een maximum van € 2.000.000. Het maximum aan te verbeuren dwangsommen voor het niet naleven van het door de voorzieningenrechter opgelegde gebod op een openbare biedprocedure te organiseren, zou naar € 2.000.000 moeten worden verhoogd.

Volgens de supermarkten is een verhoging van de dwangsom en het maximum nodig om de gemeente een (extra) prikkel

te geven om het opgelegde verbod na te komen. Het bestreden vonnis is op 16 december 2022 betekend aan de gemeente, maar zij heeft geen enkele actie genomen om het verbod na te leven. Voorts past een hogere dwangsom bij het favoritisme dat de gemeente ten toon spreidt en bij het ten onrechte weglakken van passages uit de tijdelijke huurovereenkomst, aldus de supermarkten.

7.2 De gemeente heeft ook in het incidenteel beroep betoogd dat voor het opleggen van een dwangsom voor iedere dag dat de gemeente niet aan het verbod om verdere uitvoering aan de tijdelijke huurovereenkomst met Aldi te geven, voldoet, geen ruimte bestaat omdat zij in de (tijdelijke) onmogelijkheid verkeert om aan dat verbod te voldoen.

Daarmee zou een dwangsom zinloos zijn nu daarvan, gegeven deze onmogelijkheid geen prikkel uitgaat. Dat geldt ook voor de door de supermarkten gevorderde verhoging van de dwangsom.

Daarnaast heeft de gemeente herhaald dat zij een veroordeling vrijwillig zal naleven.

Zij wijst ter onderbouwing van haar standpunt dat van een (tijdelijke) onmogelijkheid sprake is, op het feit dat de huurovereenkomst met Aldi sinds 1 september 2022 van kracht is, Aldi inmiddels een supermarkt heeft gebouwd en deze met ingang van 14 december 2022 heeft geopend en exploiteert. De gemeente beschikt niet over middelen die verdere uitvoering van de tijdelijke huurovereenkomst kunnen verhinderen. Zij mist daartoe ook de feitelijke macht over de verhuurde grond. Niet kan van haar worden verlangd dat zij de tijdelijke huurovereenkomst met Aldi niet nakomt. Dat zou onder meer leiden tot een toerekenbare tekortkoming, schadeplichtigheid en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, aldus de gemeente.

7.3 Van de door de gemeente bepleite (tijdelijke) onmogelijkheid aan de hoofdveroordelingen te voldoen, is naar het voorshands oordeel van het hof geen sprake. Anders dan de gemeente aanvoert, kan van haar wel degelijk worden verlangd om de met Aldi gesloten tijdelijke overeenkomst niet na te komen, om zodoende aan de veroordelingen te kunnen voldoen. De gemeente heeft zichzelf in deze positie gebracht door geen openbare biedprocedure te organiseren voorafgaand aan het aangaan van deze overeenkomst of zich (op de in het Didam-arrest voorgeschreven wijze) ervan te vergewissen dat Aldi daadwerkelijk de enige serieuze gegadigde daarvoor was, zodat de biedprocedure achterwege kon blijven.

Daarbij komt dat uit de (inmiddels leesbare) tekst van artikel 5, lid 1 van de tijdelijke huurovereenkomst, lijkt te volgen dat de gemeente mogelijk ook zonder tekortkoming de huur door Aldi kan beëindigen. De ingebruikname door Aldi van de verhuurde gemeentegrond is immers op 1 september 2022 gestart terwijl ten tijde van de mondelinge behandeling in hoger beroep nog geen sprake was van een onherroepelijke omgevingsvergunning.

Dat de gemeente mogelijk problemen zal ondervinden om Aldi feitelijk de toegang tot de grond en de supermarkt te ontzeggen, zoals de gemeente stelt, is bij deze beoordeling niet relevant. Het vonnis geeft immers niet aan hoe de gemeente de hoofdveroordelingen moet naleven, alleen dat

zij dat moet doen en dat op het niet naleven daarvan een dwangsom staat. Zo zal het vonnis ook worden bekrachtigd. Dat van een onmogelijkheid sprake is bij de veroordeling om een openbare biedprocedure te organiseren, is gesteld noch gebleken.

7.4 Voorts is uit het gedrag van de gemeente dat is gevolgd op de betekening van het vonnis en tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep gebleken dat de gemeente, ook al zegt zij van wel, niet vrijwillig tot naleving van de hoofdveroordelingen zal overgaan. Dat betekent dat de dwangsommen hun functie van een prikkel om na te komen niet hebben verloren en voor verhoging in aanmerking komen om die prikkel te versterken, opdat de gemeente alsnog aan de veroordelingen zal voldoen.

7.5 Dit betekent dat de incidentele grief (deels) slaagt, in die zin dat de dwangsom voor iedere dag dat de gemeente niet voldoet aan het verbod om verdere uitvoering aan de tijdelijke huurovereenkomst met Aldi te geven, wordt verhoogd naar € 5.000 per dag, met een maximum van € 1.000.000 en de dwangsom bij het niet naleven van het gebod een openbare biedprocedure te organiseren, wordt verhoogd naar € 1.000.000. Deze verhogingen zullen, op de voet van artikel 611a lid 4 Rv, ingaan twee weken na betekening van dit arrest.

8. De conclusie

8.1 De gemeente is niet-ontvankelijk in haar principaal hoger beroep, zodat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met dien verstande dat nu de incidentele grief van de supermarkten deels slaagt, het de bekrachtigde hoofdveroordelingen vanaf twee weken na betekening van dit arrest zal versterken met hogere dwangsommen en een hoger dwangsommaximum.

8.2 Omdat de gemeente in het principaal beroep niet-ontvankelijk zal worden verklaard en in het incidenteel hoger beroep in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof haar tot betaling van de proceskosten van de supermarkten in die procedures veroordelen. Ook de kosten van de supermarkten in verband met de stellingen van Aldi als gevoegde partij in de hoofdzaak worden door deze veroordeling gedekt. Tot de door de gemeente aan de supermarkten te vergoeden kosten behoren ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening. In het voegingsincident zullen de supermarkten als de in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk in de kosten daarvan worden veroordeeld, inclusief de door Aldi gevorderde nakosten en wettelijke rente. De kosten van Aldi als gevoegde partij in de hoofdzaak blijven voor eigen rekening van Aldi.

8.3 De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

9. Beslissing

(...)

Noot

1. De kern van dit geschil spitst zich toe op de toepassing van het *Didam*-arrest op tijdelijke verhuur van gemeentegrond door de Gemeente. In eerste aanleg oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland op 15 december hierover als volgt:⁴

“De Hoge Raad heeft in het Didam arrest een helder uitgangspunt voor het privaatrechtelijk overheidshandelen geformuleerd. Het Didam arrest heeft daarmee naar het oordeel van de voorzieningenrechter een bredere betekenis dan dat het alleen ziet op de verkoop van onroerende zaken door een overheidslichaam.

Uit het Didam arrest valt op het maken dat het gelijkheidsbeginsel dat door de overheid moet worden nageleefd (ook) inhoudt dat de overheid gelijke kansen moet bieden als er meer dan één gegadigde geïnteresseerd is in het aanbod van het overheidslichaam.

Die gelijke kansen moeten dan worden geboden door een openbare selectieprocedure te organiseren. Niet valt in het zien dat het hiervoor bedoelde gelijkheidsbeginsel (het bieden van gelijke kansen) zich alleen voordoet bij verkoop van een onroerende zaak door de overheid. Deze situatie doet zich ook voor bij (tijdelijke) verhuur van een onroerende zaak door de overheid, mits er daarvoor meer dan één geïnteresseerde is.”

2. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter handelde de Gemeente in strijd met het gelijkheidsbeginsel door met Aldi (een-op-een) een tijdelijke huurovereenkomst te sluiten (‘Huurovereenkomst’), zonder daaraan voorafgaand mededingingsruimte te bieden aan potentiële andere geïnteresseerde huurders. Zodoende werd aan de Gemeente het verbod opgelegd om verdere uitvoering te geven aan de met Aldi tijdelijk gesloten huurovereenkomst. De Voorzieningenrechter heeft eveneens toegewezen dat de Gemeente een dwangsom verbeurt van € 2.500 met een maximum van € 500.000 voor iedere dag dat de Gemeente niet voldoet aan het verbod.

3. Interessant is nog dat de Gemeente zich heeft verweerd met de stelling dat in dit geval het gelijkheidsbeginsel “beprekter” zou moeten worden ingevuld dan in het *Didam*-arrest wordt gedaan, omdat de tijdelijke verhuur van de gemeentegrond kan worden aangemerkt als een bagatelzaak, in die zin dat het om een kleine, verwaarloosbare zaak gaat, waarbij de kosten niet opwegen tegen de baten. De Gemeente sluit met dit verweer aan bij het in de praktijk veel gehoorde bezwaar, dat het gelijkheidsbeginsel – anders

⁴ RechtbankMidden-Nederland 15 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5402, BR 2023/23, m.nt. M.J.E. Boudesteijn.

dan in het aanbestedingsrecht – geen drempelbedragen kent, zodat de overheid in beginsel ook bij kleine transacties mededingingsruimte zal moeten bieden.⁵ De Voorzieningenrechter oordeelt echter dat *“als het al zo is dat voor ‘bagatelzaken’ het gelijkheidsbeginsel niet hoeft te worden toegepast op de door de Hoge Raad in het Didam arrest genoemde manier”*, dit de Gemeente in onderhavige kwestie niet kan baten. De Gemeente heeft namelijk niet aannemelijk gemaakt dat de tijdelijke verhuur van de gemeentegrond een bagatelzaak is. Het is wachten op de eerste uitspraak waarin een overheid er wel in slaagt om aannemelijk te maken dat het moeten bieden van mededingingsruimte niet in verhouding staat tot de (beperkte) omvang van de transactie.⁶

4. Zowel de Gemeente als een vijftal supermarkten hebben turbo-spoedappel ingesteld tegen deze uitspraak bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ('Gerechtshof'). Het Gerechtshof verklaart de Gemeente echter niet-ontvankelijk in haar beroep, nu het hoger beroep niet op basis van een rechtsgeldig procesbesluit was ingesteld. Het Gerechtshof oordeelt dat de Gemeente op basis van de Mandaatregeling van de Gemeente daarentegen wel ontvankelijk is in haar verweer tegen de vordering van de supermarkten tot verhoging van de opgelegde dwangsommen.

5. De Gemeente verweert zich tegen de vordering tot verhoging van de dwangsommen, met de stelling dat voor het opleggen van een verhoogde dwangsom geen ruimte bestaat omdat zij in de tijdelijke onmogelijkheid verkeert om aan het in eerste aanleg opgelegde verbod te voldoen. De tijdelijke onmogelijkheid zou eruit bestaan dat de Huurovereenkomst reeds sinds 1 september 2022 van kracht is, Aldi inmiddels een supermarkt zou hebben gebouwd en deze met ingang van 14 december 2022 ook zou hebben geopend en sindsdien exploiteert. Het niet nakomen van de Huurovereenkomst zou leiden tot een toerekenbare tekortkoming, schadelijktigheid en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, aldus de Gemeente. Dit verweer van Gemeente wordt door het Gerechtshof verworpen. In dit verband is mede relevant dat de tekst van (o.a.) art. 5 lid 1 van de tijdelijke huurovereenkomst voor partijen inmiddels leesbaar is geworden.⁷ *“Voor de eerste ingebruikname dienen alle vergunningen te zijn verkregen en onherroepelijk te zijn.”*

6. Hieruit lijkt naar het oordeel van het Gerechtshof te volgen dat de Gemeente de Huurovereenkomst aldus ook zonder toerekenbare tekortkoming kan beëindigen. Immers,

5 Handreiking implementatie van het *Didam*-arrest in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling d.d. 7 november 2022, p. 9.

6 Tot op heden heeft alleen de rechtbank Zeeland-West-Brabant meer ten overvloede als volgt geoordeeld: "Van de gemeente kan ook niet gevegd worden dat zij in dit geval een omvangrijke en arbeidsintensieve openbare verkoopprocedure moet volgen die niet in verhouding staat tot de grootte en de waarde van het perceel." Hier ging het om een bosperceel van 1380 m² tegen een prijs van EUR 2.750,00. Vgl. V.zr. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 7 november 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:6882.

7 In eerste aanleg hebben de supermarkten het verstrekken van een ongecensureerde versie van de tijdelijke huurovereenkomst gevorderd. Deze vordering werd echter afgewezen omdat volgens de rechtbank in het midden kon blijven of de gemeente in strijd met het staatssteunrecht en/of art. 251 Mw heeft gehandeld, nu vaststaat dat de gemeente jegens de supermarkten onrechtmatig heeft gehandeld.

de Aldi heeft de tijdelijke supermarkt al sinds 1 september 2022 in gebruik genomen, terwijl nog geheel geen sprake is van een onherroepelijke omgevingsvergunning.

7. Voorts kan naar het oordeel van het Gerechtshof wel degelijk van de Gemeente worden verwacht dat zij de Huurovereenkomst niet nakomt teneinde aan het vonnis in eerste aanleg te kunnen voldoen. De Gemeente heeft zichzelf immers in deze positie gebracht door geen openbare selectieprocedure te starten of zich er (conform het *Didam*-arrest) van te vergewissen dat Aldi daadwerkelijk de enige serieuze gegadigde was. Dit oordeel is in lijn met het vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland d.d. 18 maart 2022, waarin werd geoordeeld dat:⁸

“Het dus niet [is] uitgesloten dat Gemeente Nieuwegein tekort zal schieten in de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de koopovereenkomst met Shell. Zij zal kavel A2 mogelijk niet kunnen leveren.”

8. Dat de Gemeente mogelijk problemen zal ondervinden om Aldi feitelijk de toegang te ontzeggen, is niet relevant, nu op basis van het vonnis (slechts) geldt dat de Gemeente moet voldoen en niet hoe. Naar het oordeel van het Gerechtshof is uit het gedrag van de Gemeente na betekening van het vonnis en tijdens de mondelinge behandeling gebleken dat de Gemeente niet vrijwillig tot naleving van de hoofdveroordeling over zal gaan, reden waarom het Gerechtshof tot het oordeel komt dat de in eerste aanleg opgelegde dwangsommen worden verhoogd naar € 5.000 per dag, met een maximum van € 1.000.000. De Gemeente heeft na het arrest van het Gerechtshof d.d. 29 december 2022 nogmaals turbo-spoedappel ingesteld tegen de uitspraak van 15 december 2022 bij het Gerechtshof. De mondelinge behandeling heeft inmiddels plaatsgevonden. Op het moment dat deze annotatie bij de redactie werd ingediend, was hiervan echter nog geen arrest gepubliceerd.⁹

9. De Gemeente heeft verder jegens Aldi op 3 januari 2023 een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt. In deze procedure vordert de Gemeente dat Aldi wordt verboden om uitvoering te geven aan de met de Gemeente gesloten Huurovereenkomst. De Gemeente heeft met hekken geprobeerd om aan het vonnis van 15 december 2022 te voldoen, maar Aldi heeft deze hekken weggehaald. Interessant is dat in deze kortgedingprocedure opnieuw wordt gepoogd om aan de bevoegde Voorzieningenrechter een uitspraak te ontlokken over de vraag wat het rechtsgevolg is van een in strijd met de voorwaarden uit het *Didam*-arrest gesloten overeenkomst; zijn deze overeenkomsten nietig of vernietigbaar?¹⁰

10. De supermarkten menen dat sprake is van een nietige Huurovereenkomst, nu (1) deze in strijd met het *Didam*-arrest is gesloten en (2) sprake is van een gekwalificeerde

8 V.zr. Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1017, r.o. 2.44.

9 Deze annotatie is afgerond op 13 maart 2023.

10 Handreiking implementatie van het *Didam*-arrest in het gemeentelijke grond(uitgifte)beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling d.d. 7 november 2022, p. 10 en 21.

schending.¹¹ Dit is het geval als sprake is van ‘verzwarende’ omstandigheden, waarbij de overheid de grenzen van de bevoegdheid op klaarblijkelijke en ernstige wijze overschrijdt.¹² Opnieuw ziet (ook deze) bevoegde Voorzieningenrechter de kans schoon om deze vraag niet te beantwoorden. Uit de overgelegde e-mailcorrespondentie blijkt namelijk dat de Gemeente aan Aldi zou hebben toegezegd dat Aldi de winkel mag blijven exploiteren totdat door het Gerechtshof is beslist op het hoger beroep tegen het vonnis van 15 december 2022. Derhalve zou geen grondslag bestaan voor de toewijzing van de vordering tot het opleggen van (eveneens) een verbod aan Aldi.¹³

11. We zullen dus nog even moeten wachten op de beslissing van het hoger beroep in het (tweede) turbo-spoedappel bij het Gerechtshof. Het is daarmee nog speculatie of het Gerechtshof i. eveneens tot het oordeel komt dat de vereisten uit het *Didam*-arrest (in volle omvang) ook voor tijdelijke verhuur van gemeentegrond gelden en ii. zich mogelijk wél uitlaat over de rechtsgevolgen van een in strijd met het *Didam*-arrest gesloten overeenkomst.

T.A. Terlien & L.S. Overmeire

BR 2023/29

Rechtbank Gelderland 22 februari 2023, nr. 402961
(Mr. W. van der Boon)
m.nt. T.A. Terlien & A.L. Snelders¹

(Art. 3:14 BW)

ECLI:NL:RBGEL:2023:795

Didam-arrest, verkoop gemeentegrond, staking uitgifte, uitgifte door loting, gelijkheidsbeginsel

De gemeente Zevenaar ('Gemeente') heeft een uitgifteprocedure ingesteld voor de verkoop van 23 kavels, waarbij de rangvolgorde werd vastgesteld aan de hand van het moment van inschrijving. Op basis van hun positie op de lijst met belanghebbenden zouden alle eisers in beginsel een optie krijgen op een van de beschikbare kavels. De Gemeente heeft de uitgifteprocedure vervolgens gestaakt, omdat de uitgifteprocedure volgens haar niet aan de voorwaarden uit het Didam-arrest zou voldoen.² In de nieuwe tweede uitgifteprocedure werd geen rekening meer gehouden met een eerdere inschrijfdatum van geïnteresseerden en werd de rangvolgorde ook niet meer bepaald door de volgorde van inschrijving. De Gemeente heeft ervoor gekozen om

11 Gerechtshof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2014, r.o. 4.

12 Zie ook: Vzr. Rechtbank Noord-Holland 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9333, BR 2023/16 m.nt. T.A. Terlien.

13 Vzr. Rechtbank Midden-Nederland 19 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:125.

1 Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum. Anna-Luna Snelders is advocaat Bouw & Vastgoed bij Ploum.

2 Hoge Raad 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

de rangvolgorde in de tweede uitgifteprocedure vast te stellen aan de hand van een loting onder alle geïnteresseerden. Eisers zijn van mening dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de eerste uitgifteprocedure te staken, alsook dat loting als selectiemethode niet voldoet aan de criteria van het Didam-arrest. De Gemeente zou met een dergelijke methode in strijd handelen met art. 3:14 BW, omdat zij het verbod van willekeur en/of het zorgvuldigheidsbeginsel zou schenden door willekeurig te contracteren.

Vonnis van 22 februari 2023 in de zaak van:

1. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
2. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
3. [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
4. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
5. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
6. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
7. [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
8. [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
9. [eiser] en [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
10. [eiser],
woonachtig te [woonplaats],
eisers,
hierna samen te noemen: '[eisers]',
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
[de gemeente],
te [woonplaats],
gedaagde,
hierna te noemen: 'de gemeente',
(...)

3. De feiten

3.1. De gemeente is eigenaar van 23 kavels in de wijk [naam wijk] in [woonplaats]. De gemeente is voornemens deze kavels te verkopen en heeft hiervoor in 2021 een uitgifteprocedure ingesteld (hierna: '**de 1e uitgifteprocedure**'). [eisers] hebben zich ingeschreven voor de 1e uitgifteprocedure.

De 1e uitgifteprocedure

3.2. De relevante voorwaarden van de 1e uitgifteprocedure luiden als volgt:

Algemeen

(...)
[woonplaats] kiest ervoor om de verkoop te verrichten via een inschrijfprocedure. In eerdere uitgifterondes is aan