

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.098.559
(zaaknummer rechtbank Almelo 109735)

arrest van de derde kamer van 12 november 2013

in de zaak van

de vennootschap onder firma
VOF LANDGOED HOF VAN TWENTE,
gevestigd te Enschede,
appellante,
verder te noemen: Landgoed,
advocaat: mr. J. Boogaard te Middelburg,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE HOF VAN TWENTE,
zetelend te Goor, gemeente Hof van Twente,
geïntimeerde,
verder te noemen: de gemeente,
advocaat: mr. J. Schutrups te Enschede.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het verdere verloop blijkt uit:

- de akte na tussenarrest van Landgoed;
- de antwoordakte van de gemeente;
- de akte uitlating producties D tot en met F van Landgoed.

1.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 5 maart 2013 hier over, behoudens voor zover hierna aan de orde zal komen.

2.2 Het hof heeft in het tussenarrest overwogen dat behoefte bestaat aan nadere inlichtingen en heeft partijen verzocht een gedetailleerd overzicht te verschaffen van de gevoerde onderhandelingen omtrent in elk geval de realisatieovereenkomst (en zo nodig de samenwerkingsovereenkomst), dus over de periode 2003-2009, in elk geval voor zover het

betreft een (mogelijk) verbod van uitponding, en van de betrokkenheid van de diverse actoren van de beide zijden (de raad daaronder begrepen), zo mogelijk onderbouwd door gespreksverslagen en andere stukken. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte hierover uit te laten, hetgeen partijen bij akte respectievelijk antwoordakte hebben gedaan. Landgoed heeft bij akte uitlating nog gereageerd op door de gemeente bij antwoordakte nieuw ingebrachte stukken.

2.3 Het hof stelt, gelet op de over en weer geponeerde stellingen van partijen, voor zover niet (gemotiveerd) betwist, een en ander met inachtneming van de reeds in het tussenarrest vastgestelde feiten, de navolgende feitelijke in chronologie vast.

2003

2.4 Op verzoek van wethouder Eshuis zijn Landgoed en de gemeente in 2003 gestart met oriënterende gesprekken over een grootschalige recreatieontwikkeling in de gemeente Hof van Twente. Dit overleg heeft geleid tot het door Landgoed op 24 juni 2003 bij de gemeente indienen van een startnotitie milieueffectrapportage. Na het rapport van de commissie MER van 8 maart 2005 zijn partijen in onderhandeling getreden over de tussen de gemeente en Landgoed te sluiten exploitatieovereenkomst. De onderhandelingen hebben feitelijk plaatsgevonden tussen Landgoed en de door het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) aangestelde stuurgroep, welke stuurgroep bestond uit (onder meer) de wethouder ruimtelijke ontwikkeling en de afdelingsmanager ruimtelijke ontwikkeling. Daarbij bleek dat informatie, met name op het gebied van civieltechnische werken, ontbrak en dat besloten is eerst een samenwerkingsovereenkomst te sluiten in plaats van een exploitatieovereenkomst in eigenlijke zin. Daarbij zijn tien concepten van de samenwerkingsovereenkomst de revue gepasseerd. Deze tien concepten én de definitieve samenwerkingsovereenkomst zijn door de huisadvocaat van de gemeente opgesteld. Landgoed heeft, onweersproken, aangevoerd dat tijdens de onderhandelingen is besproken dat het plan een grootschalige recreatieve ontwikkeling diende in te houden en dat dus voorkomen diende te worden dat recreatiewoningen permanent zouden worden bewoond. Tegelijkertijd is besproken dat het zogenoemde project Cochem, een eerder door Landgoed in Duitsland ontwikkeld vakantie- en golfresort, het uitgangspunt zou zijn voor het te realiseren Park Hof van Twente.

gemeenteraads(commissie)vergadering 2005

2.5 Op 6 september 2005 is door het college aan de gemeenteraad een voorstel gedaan met betrekking tot het voornemen het voorontwerpbestemmingsplan "Landgoed Hof van Twente" in procedure te brengen en de samenwerkingsovereenkomst met Landgoed te sluiten. In het procedurevoorstel van het college staat onder meer: *"Omdat er een constructie wordt opgesteld waarbij eigendom en exploitatie niet in één hand zitten, is de overeenkomst zodanig vorm gegeven dat ook de achterliggende partijen (Roompot en Herikerberg Vastgoed), gehouden kunnen worden aan de afspraken. (...) Permanente bewoning is via het bestemmingsplan uitgesloten. Ter meerdere zekerheid wordt ook een privaatrechtelijke constructie opgenomen. Deze samenwerkingsovereenkomst is de basis voor de op te stellen exploitatieovereenkomst, die tegelijk gesloten wordt met de vaststelling van de definitieve wijziging van het bestemmingsplan door de gemeenteraad. De samenwerkingsovereenkomst is in goed overleg met onze huisadvocaat opgesteld en bevat voldoende zekerheden om met vertrouwen de verdere ontwikkeling ter hand te nemen. Bij de vaststelling door uw raad van de definitieve bestemmingsplanherziening zal er een*

exploitatieovereenkomst liggen met de initiatiefnemer. Deze samenwerkingsovereenkomst vormt hiervoor een goede basis. Wij denken met deze overeenkomst alle aspecten waar op dit moment afspraken over gemaakt moeten en kunnen worden, te hebben vastgelegd."

Het procedurevoorstel is op 20 september 2005 besproken in de raadscommissie Fysiek, Algemeen en Sociaal. Wethouder Eshuis heeft in die vergadering onder meer gezegd: *"De initiatiefnemers kiezen voor een BV/CV- constructie, er worden aandelen uitgegeven aan degenen die daarvoor belangstelling hebben, zonder dat zij eigenaar worden van het object. De samenwerkingsovereenkomst is ook gebaseerd op die constructie en zal uitmonden in een veel gedetailleerder exploitatieovereenkomst."* (pagina 11).

Op 27 september 2005 is het plan besproken in de vergadering van de gemeenteraad. Het verslag van de vergadering luidt onder meer: *"Wethouder ESHUIS vervolgt dat er aan de hand van de samenwerkingsovereenkomst te zien is dat er een CV- constructie wordt gemaakt. De Commanditaire Vennoten worden voor 40% eigenaar van het park, verder gaan ze geld lenen. (...) De Roompot gaat de exploitatie doen en geeft een vijftienjarige garantie af aan de participanten in de CV."* (pagina 23). Naar aanleiding van het debat in de raadsvergadering van 27 september 2005 is een nieuw lid 7 aan artikel 4 van de samenwerkingsovereenkomst, versie IX van 12 september 2005, toegevoegd.

Dit nieuwe lid luidt als volgt:

"7. Ontwikkelaars en exploitant verbinden zich, mede ter voorkoming van permanente bewoning, om het project te structureren overeenkomstig de opzet als door ontwikkelaars voorgesteld en toegepast in hun vergelijkbare project te Cochem, als weergegeven in bijlage 8, en het project volgens die structuur te exploiteren, welke verplichting eveneens in de (concept)exploitatieovereenkomst zal worden opgenomen. (...) "

De Raad heeft op 27 september 2005 ingestemd met deze voorgestelde samenwerkingsovereenkomst.

samenwerkingsovereenkomst 2005

2.6 Op 5 januari 2006 is de samenwerkingsovereenkomst ondertekend.

In deze overeenkomst staat onder meer:

"Samenwerkingsovereenkomst

1. Gemeente Hof van Twente (...)

en

2a. de besloten vennootschap i.o. Euro Investors Hof van Twente BV, (...)

en

2b. de besloten vennootschap Golfresort Hof van Twente BV in oprichting, (...)

hierna te noemen: "exploitant" (...)

verklaren te zijn overeengekomen: (...)

Artikel 2 Bestemmings- en Stedenbouwkundig plan (...)

2. Na overeenstemming tussen het college van Burgemeester en Wethouders, ontwikkelaars en Exploitant over enerzijds de inhoud van het bestemmingsplan alsmede anderzijds over de overige voor realisatie benodigde documenten, laatstgenoemde onder voorbehoud van goedkeuring door de Gemeenteraad, zal het college van Burgemeester en Wethouders het bestemmingsplan in procedure brengen en die realisatiedocumenten ter goedkeuring aan de Gemeenteraad voorleggen. Het college van Burgemeester en Wethouders heeft daarbij de inspanningsverplichting om te bevorderen dat het bestemmingsplan op voortvarende wijze de daartoe geëigende procedure doorloopt en op de kortst haalbare termijn in werking treedt.

3. In de exploitatieovereenkomst zal worden bepaald dat de Gemeente de verplichting heeft om te bevorderen dat, indien voor de vergunningen die ten behoeve van de realisering van het Project moeten worden verleend, goedkeuring e.d. van andere overheden zijn vereist, deze goedkeuringen e.d. tijdig zullen worden verleend.

Onverminderd de eigen verantwoordelijkheid van de Gemeente krachtens publiekrecht spant de Gemeente zich in om binnen de wettelijke voorgeschreven termijnen de gevraagde vergunningen tijdig te verlenen. De Gemeente zal ontwikkelaars op de hoogte houden van de voortgang van deze procedures. Voor de voor de realisering van het Project vereiste vergunningen geldt, dat ontwikkelaars en exploitant er zich volledig van bewust zijn dat de terzake bevoegde bestuursorganen bevoegd zijn op grond van de regelgeving waarop de vergunningen zijn gebaseerd, te weigeren waardoor het Project niet kan worden gerealiseerd. Behoudens voorzover dat in deze overeenkomst anders is bepaald, kunnen de ontwikkelaars en exploitant in een die situatie de Gemeente op generlei wijze aanspreken voor vergoeding van gemaakte kosten of geleden en te lijden schade, in welke vorm dan ook. (...)

Artikel 4 Verplichtingen van de ontwikkelaars (...)

7. Ontwikkelaars en exploitant verbinden zich, mede ter voorkoming van permanente bewoning, om het project te structureren overeenkomstig de opzet als door ontwikkelaars voorgesteld en toegepast in hun vergelijkbare project te Cochem, als weergegeven in bijlage 8, en het project volgens die structuur te exploiteren, welke verplichting eveneens in de (concept)exploitatieovereenkomst zal worden opgenomen. (...)

Artikel 6 Permanente bewoning

1. In het bestemmingsplan, alsook in de in de exploitatieovereenkomst op te nemen koopovereenkomst van de door de Gemeente aan ontwikkelaars over te dragen grond zal uitdrukkelijk worden bepaald en nader worden uitgewerkt dat permanente bewoning (...) van de door ontwikkelaars te stichten recreatiewoningen onder geen beding is toegestaan.

2. In de exploitatie- en/of koopovereenkomst zal onder meer worden bepaald en nader worden uitgewerkt, dat de ontwikkelaars en exploitant gehouden zijn er op straffe van verbeurte van dwangsommen voor te zorgen, dat de recreatiewoningen niet permanent zullen worden bewoond.

Voorts zal worden bepaald dat ingeval van uitponding van de recreatiewoningen, de ontwikkelaars en exploitant gehouden zijn aan alle toekomstige eigenaren en beperkt gerechtigden het verbod op te leggen om de woningen permanent te bewonen in combinatie met een substantieel boetebeding, dan wel zal de kwestie langs andere privaatrechtelijke weg met naar het oordeel van de Gemeente vergelijkbaar resultaat dient te worden uitgewerkt. (...)

Artikel 14 Ontbinding en beëindiging (...)

2. Deze samenwerkingsovereenkomst wordt afgesloten onder de nadrukkelijke opschortende voorwaarde dat de gemeenteraad Hof van Twente in principe instemt met de komst van het Project.

3. Deze overeenkomst, en daarmee de verplichting om een bestemmingsplan voor het Project in procedure te brengen, is van rechtswege ontbonden indien partijen geen volledige overeenstemming bereiken over de inhoud van i) het bestemmingsplan alsmede ii) de overige voor realisatie benodigde documenten, waaronder de exploitatie- en uitgifte overeenkomst. (...)

Artikel 15 Ontbindende voorwaarde

1. In de exploitatieovereenkomst zal worden opgenomen de voorwaarde dat indien het bestemmingsplan niet wordt vastgesteld door de Gemeenteraad of vanwege wettelijke procedures niet onherroepelijk wordt overeenkomstig het door de Gemeenteraad Hof van Twente vastgestelde bestemmingsplan, de exploitatieovereenkomst kan worden ontbonden en/of gewijzigd.

2. De vervulling van de in het tweede lid van het vorige artikel bedoelde opschortende voorwaarde laat onverlet de bevoegdheid van de Raad om te zijner tijd haar goedkeuring, vaststelling of instemming te onthouden aan een of meerdere documenten die in het kader van deze overeenkomst dienen te worden vervaardigd en aan de Raad dienen te of zullen worden voorgelegd, zoals bijvoorbeeld maar niet uitsluitend het bestemmingsplan, het inrichtings- en bouwplan, de exploitatieovereenkomst en dergelijke (...). Indien geen exploitatieovereenkomst tot stand mocht komen, dragen ontwikkelaars en exploitant de door de Gemeente in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst gemaakte kosten. (...)

Artikel 19 Akte en bijlagen:

(...) De volgende bijlagen maken integraal onderdeel uit van deze overeenkomst of worden dat na gereedkomen in. Zij worden daartoe mede door partijen, voor zover dat nog niet is geschied, geparafeerd voor zover de bijlagen bij het aangaan van deze overeenkomst al gereed zijn. (...)

Bijlage 5 " Beoordeling van de plannen en omvang van ' Landgoed hof van Twente '", rapport van Van Gent Van der Reest V.O.F. d.d. 3 augustus 2005; (...)

Bijlage 9 Project opzet Cochem; (...)"

2.7 Het Project Cochem gaat, aldus heeft Landgoed met verwijzing naar uitvoerige stukken aangevoerd (zie akte 20 april 2011), uit van de realisatie van onder meer 390 recreatiewoningen, van directe verkoop en levering van (120 dan wel) 108 recreatiewoningen aan individuele eigenaren en 270 recreatiewoningen die worden verkocht en geleverd aan een onroerend goed c.v. die deze woningen kan verkopen en leveren aan individuele eigenaren. De verkoopbrochure, daterende van februari 2006 (productie 30), die ook als bijlage 9 aan de overeenkomst is gehecht, luidt op pagina 2 onder meer: *"De resterende 108 woningen worden door Euro Investors individueel verkocht via (...) Makelaardij (...)"*. Ten behoeve van de verkoop en levering is het volledige project van 390 recreatiewoningen in individuele kavels opgesplitst (productie 31). De gemeente heeft deze stellingen en stukken van Landgoed onbetwist gelaten althans onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof van de juistheid daarvan uitgaat.

2.8 Het rapport "Beoordeling van de plannen en omvang van 'Landgoed Hof van Twente' van Van Gent Van Der Reest V.O.F. (hierna: Van Gent Van der Reest) luidt onder 3.4 onder meer:

"Commanditaire vennootschap

De initiatiefnemers hebben Roompot Recreatie Beheer b.v. bereid gevonden om samen het project te ontwikkelen en exploiteren. (...) Sinds 1999 heeft Roompot ervaring opgedaan in een twaalfstal projecten (...) In die projecten wordt gewerkt met een commanditaire vennootschap (cv) waarin beleggers kunnen participeren. De kopers van de participaties zijn de commanditaire of stille vennoten in de cv. Zij verstrekken met hun participaties het eigen vermogen van de cv. De cv verwerft het (economisch) eigendom van het te realiseren en/of te verkrijgen onroerend goed (...). De cv verhuurt vervolgens het vastgoed voor lange termijn aan één of meerdere exploitanten.

Uit figuur 6 blijkt dat ontwikkeling, eigendom, exploitatie en verhuur gescheiden is. (...)

In figuur 7 wordt verduidelijkt dat de cv het economisch eigendom van het vastgoed heeft, en het vastgoed verhuurt aan een Exploitatie BV (recreatiewoningen en centrum) en een Golf BV (golfbaan). (...)

Geen verkoop individuele woningen

Er is met de cv-constructie dus geen sprake van verkoop van individuele recreatiewoningen aan particulieren en/of beleggers. Men kan alleen participaties verkrijgen in de cv die het totale onroerend goed verhuurt aan de exploitant. (...) Het staat de juridische eigenaar wel vrij te verkopen.

Permanente bewoning

De cv constructie met contractueel vastgelegde verplichte verhuur voorkomt het oneigenlijk gebruik. Als een extra zekerheid zou de gemeente een privaatrechtelijke overeenkomst met de exploitant van het park kunnen aangaan om de handhaving van het verbod op permanente bewoning ook een verantwoordelijkheid van de beheerder te maken. (...)"

Periode 27 september 2005- 1 september 2009

2.9 Ten behoeve van de voorbereiding van het bestemmingsplan "Landgoed Hof van Twente" hebben het college van gedeputeerde staten van Gelderland (hierna: gedeputeerde staten) bij besluit van 10 juni 2008 het voorontwerp streekplan "Herziening Landgoed Hof van Twente" vastgesteld. De nota luidt onder meer:

"2. Garanties dat de woningen alleen beschikbaar komen voor de verdere duur.

De beste garantie tegen permanente bewoning is gelezen in een complexmatige exploitatie en beheer van het recreatiepark. Daarvan is in dit geval sprake. In de exploitatieovereenkomst van de initiatiefnemer met de gemeente wordt opgenomen dat permanente bewoning en het aanbieden als tweede woningen zal worden voorkomen; ook het bestemmingsplan bevat bepalingen die permanente bewoning uitsluiten. (...) De exploitatieovereenkomst bevat een flinke aanscherping van het begrip permanente bewoning, waarbij langer verhuren dan 4 weken aan dezelfde huurder al als permanente bewoning wordt aangemerkt. Er is ook sprake van een fiks boetebeding. (...)"

2.10 Naar aanleiding van het besluit van de gemeenteraad om in principe in te stemmen met de komst van het recreatiepark heeft het college de stuurgroep de opdracht gegeven om ter voorbereiding concepten op te stellen van de realisatieovereenkomst, de inrichtings- en beheersovereenkomst en de planschadeverhaalsovereenkomst. Op 17 oktober 2008 is het eerste concept van de realisatieovereenkomst aan Landgoed ter goedkeuring toegezonden. Daarbij is in artikel 9.1 bepaald dat uitponing niet is toegestaan. Op 3 november 2008 heeft een bespreking van dit eerste concept tussen Landgoed en de stuurgroep plaatsgevonden. Tijdens deze bespreking heeft Landgoed gesteld dat zij niet kan instemmen met het opnemen van een verbod tot uitponing. In het memo van 6 november 2008 van Frank Dorenbusch, projectleider Landgoed Hof van Twente en werkzaam bij de gemeente, welk memo is opgesteld naar aanleiding van de bespreking op 3 november 2008, wordt onder meer vermeld:

"9. Blz 11 artikel 9.1 uitponing

De gemeente heeft de bepaling opgenomen dat uitponing niet is toegestaan.

Voor exploitant is deze bepaling niet acceptabel. Daarmee gaat het project niet door.

Reactie stuurgroep gemeente

Uitponing is niet toegestaan kan eruit.

Voor de stuurgroep is van belang dat de exploitatie van het park als één geheel bedrijfsmatig plaatsvindt en dat permanente bewoning wordt uitgesloten.

Vanuit de exploitant wordt gevraagd om schriftelijk aan te geven hoe de eigendomssituatie en de financiering in de toekomst wordt geregeld.

Dit kan dan worden gebruikt bij de vragen die er zullen komen over de exploitatie van het park.

Eigendom naar vastgoed CV of particulier eigendom. Gehele project wordt gesplitst en in delen verkocht aan beleggers en weer teruggehuurd. Exploitatie van het geheel in één hand."

In de volgende concepten en de definitieve tekst van de realisatieovereenkomst is artikel 9.1 gewijzigd en komt het verbod van uitponing niet meer voor.

2.11 In de adviesnota van 15 oktober 2008 van de portefeuillehouder wethouder B.J. Sijbom van de gemeente wordt onder meer het volgende opgemerkt:

"Aanleiding en probleemstelling

Op maandag 13 oktober 2008 heeft de provinciale Statencommissie Ruimte, Water en Duurzaamheid gesproken over het recreatiepark Landgoed Hof van Twente. (...) De Statencommissie heeft uiteindelijk besloten (nipte meerderheid) GS op te dragen met een Statenvoorstel te komen waarbij gekozen wordt voor het geven van een zienswijze die zal inhouden om het park niet te realiseren. (...) De vragen die nu voorliggen zijn (...) de volgende. Hoe gaan we als gemeente nu verder in de procedure. Welke ruimte (inzake bestemmingsplanprocedure) heeft het college gelet op de nu ontstane situatie gelet op de uitspraak van de Statencommissie en wie is bevoegd in de nieuwe wet ruimtelijke ordening en wat is daarbij de positie van de provincie.

In dit rapport wordt een antwoord gegeven op deze vragen. (...)

Conclusie

Gelet op het bovenstaande (raadsbesluit, samenwerkingsovereenkomst) kan de conclusie naar mijn mening niet anders zijn dan dat het college gehouden is de bestemmingsplanprocedure te vervolgen en daarmee uiteindelijk de stukken ter besluitvorming aan de gemeenteraad aan te bieden. Daarnaast kan bovendien worden geconcludeerd dat de rol van de provincie onder de nieuwe Wet ro (...) slechts marginaal is (...) Ik adviseer dan ook om de procedure mbt bestemmingsplan Landgoed Hof van Twente voort te zetten (...).

Communicatie

Intern

De raad informeren via de actieve informatieplicht in de vergadering van 28 oktober 2008. (...)"

2.12 In de adviesnota van 22 december 2008 van de portefeuillehouder B.J. Sijbom wordt onder meer gesteld:

"Overeenkomsten

Vanaf medio oktober 2008 is met de exploitant van Landgoed Hof van Twente (...) onderhandeld over de realisatie-overeenkomst (.) en de planschade-verhaalsovereenkomst. (...) Recent is overeenstemming bereikt met de exploitanten over de overeenkomsten.

Bijgevoegd treft u een kopie van de realisatieovereenkomst, planschade-verhaalsovereenkomst en de inrichting- en beheerovereenkomst aan. (...)

De belangrijkste onderdelen van de realisatie-overeenkomst zijn: (...)

- De binnen het exploitatiegebied te realiseren recreatiewoningen zullen als één geheel door exploitant worden beheerd en geëxploiteerd ten behoeve van recreatief gebruik waarbij geen permanente bewoning is toegestaan. (...)

U wordt voorgesteld de inhoud van deze overeenkomsten vrij te geven voor het indienen van zienswijzen en deze vervolgens aan de gemeenteraad voor te leggen. (...)

6 Communicatie

Intern

Bijgaand ontwerp-bestemmingsplan, bijlagen, beeldkwaliteitsplan en privaatrechtelijke overeenkomsten zijn akkoord bevonden door de stuurgroep Landgoed Hof van Twente. Deze stuurgroep bestaat uit wethouder Sijbom, Herma Boom en René Janssen.

De details van de onderliggende stukken zijn besproken met de interne projectgroep Landgoed Hof van Twente. In deze projectgroep zijn de verschillende afdelingen betrokken en bestaan uit (...) Frank Dorenbusch (REO) en Bart Overbeek (projectleider, REO). (...)

Extern

De realisatie-overeenkomst is opgesteld in nauw overleg met (...) Kienhuis Hoving Advocaten en Notarissen.

Er heeft uitgebreid vooroverleg plaatsgevonden tussen gemeente en gemeentelijk adviseur SAB en de initiatiefnemers en hun adviseurs. De initiatiefnemers hebben te kennen gegeven

in te kunnen stemmen met de stukken.

Op 2 december 2008 is de gemeenteraad in een openbare vergadering geïnformeerd over het concept-ontwerp bestemmingsplan. (...)

Deze adviesnota is geagendeerd voor de vergadering van het college van 20 januari 2009 en voor akkoord door de leden van het college geparafeerd.

2.13 In het in opdracht van de gemeente opgestelde ontwerpbestemmingsplan van 6 februari 2009 wordt ervan uitgegaan dat permanente bewoning van de recreatiewoningen wordt tegengegaan door middel van bestemmingsplanvoorschriften waarin is bepaald dat de recreatiewoningen bestemd zijn voor recreatief gebruik en permanente bewoning verboden is. In de in opdracht van de gemeente opgestelde bij het ontwerpbestemmingsplan behorende inspraaknota van 10 november 2008 is door de gemeente gesteld dat het recreatieve gebruik van de recreatiewoningen wordt geregeld in het bestemmingsplan, alsmede door vastlegging in de exploitatie-overeenkomst en de inrichtings- en beheersovereenkomst, waarin tevens via privaatrechtelijke weg wordt geregeld dat recreatiewoningen blijvend bedrijfsmatig dient te worden geëxploiteerd. In het ontwerpbestemmingsplan noch in de inspraaknota wordt melding gemaakt van een verbod tot uitpolding.

In de in opdracht van de gemeente opgestelde inrichtings- en beheersovereenkomst van 7 juli 2009 is bepaald dat recreatiewoningen recreatief dienen te worden gebruikt en permanente bewoning niet is toegestaan (artikel 4.6.2 en 5.1.2). Aan Landgoed is de verplichting opgelegd ervoor zorg te dragen dat de recreatiewoningen bedrijfsmatig zullen worden geëxploiteerd (artikel 5.1.1 en 5.1.3). Ten behoeve van toekomstige exploitanten en/of eigenaren van de recreatiewoningen zijn derdenbedingen opgenomen teneinde te waarborgen dat de recreatiewoningen in de toekomst bedrijfsmatig zullen worden geëxploiteerd en niet permanent zullen worden bewoond (artikel 5.1.4). Gelijkluidende bepalingen zijn opgenomen als artikel 9 van de exploitatie-overeenkomst.

In de in opdracht van de gemeente opgestelde nota van zienswijzen van 13 juli 2009 wordt vermeld dat de gemeente van mening is dat het bestemmingsplan en de privaatrechtelijke overeenkomsten op een juiste en effectieve wijze invulling geven aan de beoogde doelstellingen, waaronder het tegengaan van permanente of onrechtmatige bewoning van de recreatiewoningen (paragrafen 1.8, 2.4.10, 2.6.16, 2.10.5 en 2.21.5).

Raadsvergadering 1 september 2009

2.14 Het college heeft op 14 juli 2009 aan de raad het voorstel gedaan om het bestemmingsplan landgoed Hof van Twente en het beeldkwaliteitsplan landgoed Hof van Twente vast te stellen, alsmede in te stemmen met de realisatieovereenkomst, de inrichting- en beheersovereenkomst en de planschadeverhaalovereenkomst. Het voorstel is behandeld in de raadsvergadering van 1 september 2009. Uit het verslag van de raadsvergadering van 1 september 2009 (pagina 6) volgt dat de woordvoerder van het CDA, Van Zwanenburg, in eerste termijn onder meer heeft verklaard: *"Permanente bewoning: dit is een zwaar punt. Wat gaat de Europese wetgeving hierover zeggen? Na zorgvuldige bestudering van het kettingbeding vindt CDA dat het voldoende juridische basis biedt. Maar wel onder de toezegging van het college dat op elke inbreuk een juridisch proces volgt. (...)"* Deze woordvoerder heeft voorts onder meer aangegeven dat er nogal wat hobbels te nemen zijn en vragen te beantwoorden (pagina 7). In tweede termijn heeft deze woordvoerder aangegeven dat hij nog geen antwoord heeft gehad op vragen over de strategische visie, werkgelegenheid, intentieverklaring enzovoorts (pagina 17). Zijn ordevoorstel voor uitstel van de besluitvorming is met meerderheid van stemmen aangenomen.

2.15 Bij mailbericht van 13 november 2009 van de heer Overbeek, stuurgroep lid en werkzaam bij de gemeente, gericht aan de heer Van Leeuwen van Landgoed, wordt op verzoek van de gemeentesecretaris verzocht voorafgaand aan de raadsvergadering van 24 november 2009 de privaatrechtelijke overeenkomsten te ondertekenen, zodat tijdens de raadsvergadering het college/de burgemeester de privaatrechtelijke overeenkomsten zou kunnen ondertekenen. De directie van Landgoed heeft de haar voorgelegde overeenkomsten ondertekend en retour gezonden.

Raadsvergadering 24 november 2009

2.16 Op de agenda van de gemeenteraadsvergadering van 24 november 2009 stond de vaststelling van het bestemmingsplan en het instemmen met, en daarmee de ondertekening van, de privaatrechtelijke overeenkomsten door de gemeente.

Tijdens deze raadsvergadering heeft de woordvoerder van het CDA volgens het woordelijk opgenomen verslag onder meer verklaard: *"De fractie krijgt buikpijn van het feit dat de kaartjes tijdens het spel toch weer verzet zijn en daar wordt een amendement voor ingediend en hoort hij wel van het college dat ze daarvan vinden. Dat heeft namelijk alles te maken, en hij moet zeggen dat hij door een aantal vragen van andere raadsleden en ook zeker door het vage debat in Markelo dat door de PvdA georganiseerd was, was dit punt ook sterk aan de orde en het ging met name over hoe is die Second Opinion gedaan? Daar ging men uit van dat de huisjes verhuurd zouden worden aan een CV-constructie en niet op naam verkocht. Gaandeweg is blijkaar die situatie veranderd. De CDA fractie gaat daar niet mee akkoord. (...)"* (pagina's 7-8).

In dezelfde raadsvergadering heeft de fractie Beens onder meer verklaard: *"Hij begrijpt absoluut niet dat er ook nog raadsleden zijn die het mogelijk prima vinden dat de projectontwikkelaars alle bungalows mogen verkopen aan particulieren. (...) In 2005, voor degenen die nog twijfelen, (...) is heel duidelijk met de raad afgesproken dat de projectontwikkelaars, het waren nog deels andere persoon dan nu, ervoor moesten zorgen dat alle bungalows in één hand bleven. Van Gent & Van de Reest heeft in opdracht van de gemeente een second-opinion rapport geschreven over de economische haalbaarheid. Daarin stond: "de CV-constructie met contractueel vastgelegde verplichte verhuur, hij roept de heer Sijbom op om goed te luisteren, voorkomt het oneigenlijke gebruik." (...) Voor de twijfelaars (...) heeft hij de samenwerkingsovereenkomst bij de hand, artikel 4, lid 7: "Ontwikkelaars en exploitant verbinden zich, mede ter voorkoming van permanente bewoning, om een project te structureren overeenkomstig de opzet als ontwikkelaars zelf hebben voorgesteld en toegepast in een vergelijkbaar project Cochem." (...) De heer De Vries van Van Gent & Van de Reest die op uitnodiging van de PvdA naar Camping Bergzicht was gekomen wist niet wat hij hoorde toen hij hem vertelde dat het college de projectontwikkelaars wilde toestaan om alle bungalows één voor één te verkopen en dat heet dan uitponden. Eén voor één te verkopen aan particulieren en om dus het park niet te financieren met die CV-constructie. (...)"* (pagina 14).

De CDA fractie heeft gelet op het eerder genoemde standpunt ter vergadering een amendement, genummerd voorstel nr. 9, ingediend waarbij wordt voorgesteld de realisatieovereenkomst als volgt te wijzigen: *"De binnen het exploitatiegebied te realiseren woningen zullen als een geheel door de exploitant of diens rechtsopvolgers worden beheerd en geëxploiteerd. Uitponding is niet toegestaan. Een opzet zoals de Projectopzet Cochem is denkbaar, zie bijlage 9 van de samenwerkingsovereenkomst van de projectopzet in Cochem."* Het amendement van het CDA is met algemene stemmen aangenomen. Het college heeft zich tijdens deze raadsvergadering teruggetrokken en na de schorsing meegedeeld dat het college de voorgestelde wijziging van de realisatieovereenkomst heeft overgenomen zoals de

raad heeft voorgesteld. De bij de raadsvergadering aanwezige directeurs van Landgoed, de heren Brandriet en Temmink (de heer Van Leeuwen was niet aanwezig) hebben gezegd dat zij op dat moment niet konden instemmen met de voorgestelde wijziging en daarom niet tot ondertekening van de (aldus gewijzigde) overeenkomst zouden overgaan. Het college heeft de door Landgoed reeds ondertekende exploitatieovereenkomst niet ondertekend. Vervolgens is het bestemmingsplan in stemming gebracht en heeft de raad unaniem besloten het bestemmingsplan Landgoed Hof van Twente af te wijzen.

Ontwikkelingen na de raadsvergadering van 24 november 2009

2.17 Bij brief van 14 december 2009 heeft Landgoed het college verzocht het bestemmingsplan alsnog te doen vaststellen en tot ondertekening van de realisatieovereenkomst over te gaan. Zij heeft zich daarbij bereid verklaard aan de gemeente een voorstel te doen tot wijziging/ aanvulling van artikel 9 van de realisatieovereenkomst in die zin dat voor zover de belangen van de gemeente niet zeker zouden zijn gesteld voor nadere aanvulling zorg te dragen, met dien verstande dat verkoop van de recreatiewoningen aan individuele gegadigden mogelijk blijft. Bij brief van 12 januari 2010 heeft het college laten weten het niet opportuun te achten het bestemmingsplan opnieuw voor te leggen aan de raad. Voorts heeft het college gesteld dat in de samenwerkingsovereenkomst en de voorbereide realisatieovereenkomst het voorbehoud is gemaakt van vaststelling van het bestemmingsplan. Nu het bestemmingsplan niet is vastgesteld, heeft het college de samenwerkingsovereenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

Verdere beoordeling in het principaal appel en het incidenteel appel

Permanente bewoning/duurzame en bedrijfsmatige exploitatie

2.18 Het hof stelt vast dat in de onderhandelingen tussen partijen in het verleden steeds centraal heeft gestaan dat permanente bewoning van de recreatiewoningen niet toelaatbaar was en moest worden voorkomen alsmede dat - kennelijk in het voetspoor daarvan - sprake moest zijn van een duurzame en bedrijfsmatige exploitatie van het recreatiepark. Dit eerste komt tot uitdrukking in artikel 6 eerste lid en tweede lid eerste volzin van de samenwerkingsovereenkomst uit 2006 waarin is vastgelegd dat in het bestemmingsplan en de exploitatieovereenkomst zal worden opgenomen dat permanente bewoning "onder geen beding is toegestaan" en dat in de exploitatie- en/of koopovereenkomst zal worden bepaald dat de ontwikkelaars en de exploitant op straffe van verbeurte van dwangsommen gehouden zijn dit verbod na te leven. In de nota van gedeputeerde staten ten behoeve van de vaststelling van de streekplanherziening is met betrekking tot gebruik van de recreatiewoningen tot uitgangspunt genomen dat de beste garantie tegen permanente bewoning gelegen is in een complexmatige exploitatie en beheer van het recreatiepark. Daartoe diende in de exploitatieovereenkomst die tussen de gemeente en Landgoed zou worden gesloten te worden bepaald dat permanente bewoning moest worden voorkomen, onder het opleggen van een boetebeding bij overtreding van het verbod, alsmede diende te worden bepaald dat de verhuur van de recreatiewoningen via een centrale beheerder zou geschieden. Ook in het bestemmingsplan dienden bepalingen te worden opgenomen die permanente bewoning uitsloten. Van de zijde van de stuurgroep en de gemeente is van gelijke uitgangspunten als gedeputeerde staten uitgegaan. In het ontwerpbestemmingsplan is dan ook vastgelegd dat permanente bewoning van de recreatiewoningen wordt tegengegaan door middel van bestemmingsplanbepalingen waarin is bepaald dat recreatiewoningen bestemd zijn voor recreatief gebruik en permanente bewoning is verboden. In de van de zijde

van de gemeente opgestelde en de bij de stukken van het bestemmingsplan behorende inspraaknota is vermeld dat het recreatieve gebruik van de recreatiewoningen wordt geregeld in het bestemmingsplan, alsmede door vastlegging in de exploitatieovereenkomst en de inrichtings- en beheersovereenkomst. In de inrichtings- en beheersovereenkomst is bepaald dat de recreatiewoningen recreatief dienen worden gebruikt en permanente bewoning niet is toegestaan. Aan Landgoed is de verplichting opgelegd er voor zorg te dragen dat de recreatiewoningen bedrijfsmatig zullen worden geëxploiteerd. Ten behoeve van toekomstige exploitanten en/of eigenaren van de recreatiewoningen zijn derdenbedingen opgenomen teneinde te waarborgen dat de recreatiewoningen in de toekomst bedrijfsmatig zullen worden geëxploiteerd en niet permanent zullen worden bewoond. Gelijklopende bepalingen zijn opgenomen als artikel 9 van de exploitatieovereenkomst. In de nota van zienswijzen van 13 juli 2009 schrijft het college dat hij van mening is dat het bestemmingsplan en de privaatrechtelijke overeenkomsten op een juiste en effectieve wijze invulling geven aan de beoogde doelstellingen, waaronder het tegengaan van permanente bewoning van recreatiewoningen. Tijdens de raadsvergadering van 1 september 2009 heeft de woordvoerder van de CDA fractie kenbaar gemaakt dat permanente bewoning een zwaarwegend punt is, maar dat hij na zorgvuldige bestudering van het kettingsbeding in de exploitatieovereenkomst van oordeel is dat dit voldoende juridische basis biedt om permanente bewoning te voorkomen.

Uit het voorgaande leidt het hof af dat het kerndoel van de gemeente was om permanente bewoning te voorkomen en dat dit doel via de in de gesloten overeenkomsten en publiekrechtelijke regels opgenomen middelen en de handhaving daarvan kon worden bereikt. Ook het doel dat het project duurzaam en bedrijfsmatig zou worden geëxploiteerd en beheerd - waarbij die exploitatie en dat beheer in één hand was, van Landgoed - is vastgelegd in de tussen partijen gesloten overeenkomsten, zodat ook dat doel reeds was gewaarborgd.

(Realisatie)overeenkomst

2.19 In het kader van de - na tussenarrest - over en weer genomen aktes met producties is sprake van een voortschrijdend inzicht omtrent hetgeen zich feitelijk tussen partijen heeft afgespeeld, wat dient te leiden tot een nuancering van hetgeen in het tussenarrest onder 4.23 en 4.24 in het kader van de toen bekende en gestelde feiten en omstandigheden in voorlopige zin is overwogen. Het hof leidt uit de hiervoor weergegeven feiten, in het bijzonder als weergegeven onder 2.10-2.15, af dat reeds voorafgaand aan de raadsvergadering van 24 november 2009 door aanbod en aanvaarding de realisatieovereenkomst tot stand is gekomen en overweegt daartoe als volgt. Reeds in de adviesnota van 22 december 2008 van wethouder Sijbom aan het college wordt gesteld: *“Recent is overeenstemming bereikt met de exploitanten over de overeenkomsten.”* Het college heeft het voorstel van de portefeuillehouder overgenomen blijkens de parafering door de burgemeester en de (overige) wethouders. Gesteld noch gebleken is dat in de collegevergadering van 20 januari 2009 alsnog anders is beslist, zodat het hof daarvan uitgaat. Het college heeft zich, zo blijkt uit de adviesnota, ook met de uitonderhandelde resultaten van de stuurgroep, die als onderhandelaar voor de gemeente optrad, verenigd. B&W waren immers op grond van artikel 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet zelfstandig bevoegd de gemeente te binden, nu niet gebleken is dat het voorbehoud van goedkeuring van de raad als een totstandkomingsvereiste moet worden beschouwd. Maar ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat de overeenkomst is aangegaan zonder een besluit van een daartoe bevoegd orgaan, is in elk geval sprake van een onbevoegd verrichte rechtshandeling waaraan op grond van het vertrouwensbeginsel, waarop Landgoed een beroep toekomt, rechtsgevolgen verbonden zijn, in de vorm van gebondenheid van de gemeente aan de overeenkomst. De

overeenkomst is daarmee reeds vóór de raadsvergadering tot stand gekomen, in elk geval laatstelijk op het moment dat van de zijde van het college (op verzoek van de gemeentesecretaris) aan Landgoed werd gevraagd de realisatieovereenkomst te ondertekenen aan welk verzoek zij gehoor heeft gegeven. Onder deze omstandigheden mocht Landgoed er immers op vertrouwen dat een overeenkomst tot stand was gekomen. De voorgenomen ondertekening van de overeenkomst door de burgemeester bij gelegenheid van de raadsvergadering had daarmee in zoverre slechts symbolische betekenis.

Voorwaarde/goedkeuring raad

2.20 Na de totstandkoming van de realisatieovereenkomst diende krachtens de samenwerkingsovereenkomst deze overeenkomst te worden goedgekeurd door de raad. In een dergelijk geval kan (in het geval sprake zou zijn van een opschortende voorwaarde) artikel 6:23 lid 1 BW toepassing vinden, inhoudende dat indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen de voorwaarde geacht wordt in vervulling te zijn gegaan wanneer de partij die bij de niet-vervulling belang had, de vervulling heeft belet, dan wel kan (in het geval sprake zou zijn van een ontbindende voorwaarde) art. 6:23 lid 2 BW toepassing vinden, inhoudende dat indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen de voorwaarde geacht wordt niet te zijn vervuld wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeg gebracht. Landgoed heeft op deze bepaling expliciet een beroep gedaan.

2.21 Bij het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid in dit geval verlangen dat de voorwaarde als vervuld respectievelijk als niet vervuld geldt, acht het hof van belang alle feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de totstandkoming van de realisatieovereenkomst en de daaraan voorafgegane samenwerkingsovereenkomst en hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten.

Uitponding

2.22 Het hof stelt voorop dat noch in (de toelichting van) het ontwerpbestemmingsplan, noch in de inspraaknota melding wordt gemaakt van een verbod tot uitponding. Ook de realisatieovereenkomst rept daarvan niet. Zoals hiervoor is overwogen heeft het college in de nota van zienswijzen van 13 juli 2009 verwoord dat het van mening is dat het bestemmingsplan en de privaatrechtelijke overeenkomsten op een juiste en effectieve wijze invulling geven aan de beoogde doelstellingen, waaronder het tegengaan van permanente bewoning van recreatiewoningen. Een verbod op uitponding is hier dus niet ter sprake gekomen.

2.23 Het hof stelt vast dat in de Projectopzet Cochem, die als bijlage 8 (bedoeld is bijlage 9) was gevoegd bij de samenwerkingsovereenkomst uit 2005, geen expliciet verbod van uitponding is opgenomen. Deze opzet voorziet juist in opsplitsing in individuele kavels alsmede directe verkoop en levering van 120 (uiteindelijk 108) recreatiewoningen aan individuele eigenaren en de overige woningen aan een onroerend goed-CV. Het hof is daarom van oordeel dat, nu de onderhavige overeenkomst gebaseerd is op de opzet van het project Cochem, zoals ook volgt uit de daartoe strekkende expliciete verplichting voor Landgoed van artikel 4 lid 7 van de samenwerkingsovereenkomst, niet daaruit kan worden afgeleid dat verkoop aan individuele eigenaren per definitie zou zijn uitgesloten. Dit standpunt vindt, zonder toelichting die ontbreekt, immers geen steun in de Projectopzet Cochem. Dat kennelijk in het rapport Van Gent Van der Reest ervan wordt uitgegaan dat verkoop aan individuele eigenaren niet mogelijk zou zijn, doet daaraan niet af nu deze

conclusie geen steun vindt in de projectopzet Cochem. Voor zover de gemeente heeft bedoeld te stellen dat zij is afgegaan op deze mededeling in het rapport Van Gent Van der Reest, baat dit de gemeente niet. Het rapport is opgesteld in opdracht van de gemeente zodat wanneer zij daarvan is uitgegaan, de inhoud voor haar rekening en risico komt. Een beroep op dwaling is niet gedaan. Daargelaten dat een dergelijke expliciete stelling door de gemeente niet is ingenomen, brengt de enkele omstandigheid dat het rapport als bijlage 5 is gehecht aan de samenwerkingsovereenkomst en blijkens artikel 19 onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, nog niet mee dat Landgoed aan de inhoud daarvan integraal is gebonden, zeker niet nu deze niet overeenstemt met de Projectopzet Cochem. Het hof betreft bij dit oordeel tevens het reeds genoemde karakter van het rapport, getiteld: "Beoordeling van de plannen en omvang van Landgoed Hof van Twente" en opgemaakt in opdracht van de gemeente als second opinion met betrekking tot de plannen van Landgoed. Daaruit volgt, zonder toelichting, die ontbreekt, niet dat Landgoed de inhoud van die second opinion ook voor haar rekening neemt. Het hof wijst erop dat in artikel 4 van de samenwerkingsovereenkomst wel de verplichting voor Landgoed is opgenomen om het project te structureren overeenkomstig de opzet als toegepast in het Project Cochem, waarbij expliciet verwezen wordt naar bijlage 8. Een vergelijkbare verwijzing naar bijlage 5, het rapport Van Gent Van der Reest, ontbreekt.

De stelling van de gemeente dat een kenmerk van de CV-constructie is dat er geen verkoop aan particulieren plaatsvindt en dus impliciet een verbod tot uitpanding zou behelzen (antwoordakte sub 39), deelt het hof niet. Een CV-constructie sluit niet uit dat slechts een deel van de woningen verkocht wordt aan de CV en een deel van de woningen aan individuele eigenaren, zoals het geval was bij het Project Cochem, dan wel dat bijvoorbeeld na ontbinding van de CV verkoop van de individuele kavels/recreatiewoningen plaatsvindt, zoals Landgoed - onvoldoende gemotiveerd betwist door de gemeente - heeft gesteld. Grief 4 in het incidenteel appel faalt daarmee.

2.24 Voor de beoordeling acht het hof tevens van belang dat in artikel 6 lid 2 van de samenwerkingsovereenkomst juist expliciet over de mogelijkheid van uitpanding wordt gesproken, en tot welke maatregelen uitpanding zal moeten leiden. Dit impliceert dat de opstellers ervan en de partijen bij deze overeenkomst zich hebben gerealiseerd dat deze mogelijkheid van uitpanding bestaat en tot welke gevolgen dat dient te leiden. De raad heeft reeds eind 2005 met deze overeenkomst ingestemd, waaruit het hof afleidt dat ook de raad zich van het voorgaande bewust was althans had moeten zijn.

2.25 Voorts stelt het hof vast dat een verbod tot uitpanding voor Landgoed onbespreekbaar was, hetgeen de stuurgroep en daarmee indirect de gemeente in elk geval in de loop van 2008 bekend was. Voorts staat vast dat de stuurgroep niet speciaal hechtte aan een verbod tot uitpanding. Tussen partijen staat immers vast dat na expliciet bezwaar van de kant van Landgoed ter zake van het eerste concept van de realisatieovereenkomst, welk bezwaar onmiddellijk na het opnemen van het verbod in het eerste concept is gemaakt waaruit het hof afleidt dat zij daaraan groot belang hechtte, de stuurgroep onder voorzitterschap van de betrokken wethouder akkoord is gegaan met het schrappen van het verbod tot uitpanding. In de volgende (negen) concepten is een dergelijk verbod niet meer opgenomen. Uit het memo van Frank Dorenbusch van de gemeente blijkt voorts dat voor de stuurgroep van belang was dat de exploitatie van het park als één geheel bedrijfsmatig zou plaatsvinden en dat permanente bewoning is uitgesloten. Tussen partijen is niet in geschil dat aan deze voorwaarden is voldaan. Ook wordt in dit memo expliciet gesteld: "*Eigendom naar Vastgoed CV en particulier eigendom.*", waaruit het hof afleidt dat het ook de projectgroep duidelijk was dat verkoop aan particulieren mogelijk was. Het college van B&W heeft zich,

zo blijkt uit de onder 2.11 weergegeven stukken, in het najaar van 2008/voorjaar 2009 verenigd met de door de stuurgroep met Landgoed uitonderhandelde concepten van de diverse overeenkomsten, zodat ook het college geacht moet worden daarvan op de hoogte te zijn, en heeft daarvan de raad kort daarna in kennis gesteld. Ook in de raadsvergadering van 1 september 2009 is (het alsnog opnemen van) een verbod tot uitponding niet aan de orde geweest, zoals de gemeente heeft erkend (antwoordakte sub 42), terwijl op alle bestuurlijke niveau's binnen de gemeente toen bekend moet zijn geweest dat een verbod tot uitponding geen deel uitmaakte van het onderhandelingsresultaat.

2.26 Onder deze omstandigheden stond het de gemeente niet vrij om op het allerlaatste moment alsnog de eis te stellen dat een verbod tot uitponding in de realisatieovereenkomst moest worden opgenomen en de ondertekening van de overeenkomst en het vaststellen van het bestemmingsplan daarvan afhankelijk te stellen.

2.27 Het hof betreft bij dit oordeel de gang van zaken bij de raadsvergadering van 24 november 2009. Het CDA amendement waarbij verzocht werd in de samenwerkingsovereenkomst expliciet een verbod tot uitponding op te nemen is eerst ter vergadering van 24 november 2009 aan de orde gekomen. De gemeente heeft eerder gesteld dat dit reeds op 20 november 2009 (telefonisch) aan Landgoed zou zijn aangekondigd, maar bij gelegenheid van de pleidooien is erkend dat het daarbij alleen ging om de mededeling van een gerucht dat het CDA een amendement zou indienen maar dat de inhoud daarvan nog niet bekend was, zodat dit naar het oordeel van het hof bij de beoordeling niet relevant is. Tussen partijen staat vast dat op verzoek van de zijde van de gemeente de overeenkomsten voorafgaand aan de raadsvergadering door Landgoed zijn ondertekend, zodat ondertekening door het college/de burgemeester namens de gemeente op diezelfde vergadering zou kunnen plaatsvinden. Voorts is gebleken dat het college na het aannemen van het amendement van het CDA de raadsvergadering voor intern overleg heeft geschorst en bij die gelegenheid heeft besloten de tekst van de (reeds door Landgoed ondertekende) overeenkomst eenzijdig aan te passen om deze in overeenstemming te brengen met genoemd amendement. Voorts is aan de op dat moment ter raadsvergadering aanwezige bestuurders van Landgoed (de heren Brandriet en Temmink, directeurs van de respectieve vennoten die samen de VOF Landgoed vormen) gevraagd om staande vergadering de aldus aangepaste overeenkomst te ondertekenen. Deze hebben, naar eigen zeggen verrast door deze ontwikkeling, op dat moment geweigerd te tekenen, daarbij ook aangevend dat niet alle verantwoordelijke bestuurders op dat moment aanwezig waren. Landgoed heeft, onweersproken, aangevoerd dat Brandriet en Temmink niet in de gelegenheid werden gesteld overleg te voeren met de afwezige directeur Van Leeuwen en evenmin in de gelegenheid werden gesteld advies bij derden in te winnen (akte sub 26). De gemeente heeft evenwel niet op dat moment pas op de plaats gemaakt, hetgeen op haar weg had gelegen, en Landgoed op ordentelijke wijze in de gelegenheid gesteld haar standpunt ten aanzien van het amendement van de raad te bepalen, door overleg mogelijk te maken tussen alle betrokkenen aan de zijde van Landgoed. Integendeel, na de weigering van de wel aanwezige bestuurders van Landgoed om de aangepaste overeenkomst staande vergadering te ondertekenen, is diezelfde avond onmiddellijk besloten de overeenkomsten niet goed te keuren en het bestemmingsplan niet vast te stellen. Het had evenwel op de weg van de gemeente gelegen om deze besluitvorming aan te houden teneinde een juiste en zorgvuldige afweging aan de zijde van Landgoed mogelijk te maken, waaraan het dus heeft ontbroken. Aanhouding was ook zonder bezwaar mogelijk, zoals Landgoed onweersproken heeft gesteld (pleitnota sub 20). Dit zou tevens in lijn zijn geweest met artikel 19 van de realisatieovereenkomst waarin is bepaald dat in geval van onvoorziene omstandigheden beide partijen zullen trachten de overeenkomst in

onderling overleg aan te passen op een zodanige wijze dat de beoogde doelstellingen zoveel mogelijk in stand blijven en bereikt kunnen worden.

Voorts staat vast dat Landgoed kort na de raadsvergadering heeft voorgesteld om het gesprek over de samenwerkingsovereenkomst te hervatten en heeft zij de bereidheid uitgesproken zo nodig aanvullende voorzieningen te treffen ten aanzien van de problematiek van permanente bewoning. De gemeente heeft dit aanbod evenwel zonder meer van de hand gewezen.

2.28 Uit het voorgaande volgt dat Landgoed ervan mocht uitgaan dat de raad bekend was met de stand van de onderhandelingen op het moment van de raadsvergadering in die zin dat tussen de onderhandelaars overeenstemming was bereikt. Landgoed hoefde er dan ook geen rekening mee te houden dat de raad over het onderwerp uitponding op het allerlaatste moment – nadat reeds in 2005/2006 uitponding mogelijk werd geacht en in 2008 onomwonden duidelijk was geworden dat een verbod van uitponding voor Landgoed onaanvaardbaar zou zijn en de gemeente middels de stuurgroep en het college de daartoe strekkende aanvankelijke eis had laten vallen - aanvullende voorwaarden zou stellen. Dit geldt temeer niet nu de stuurgroep/het college/de gemeente bij de onderhandelingen werd bijgestaan door een advocaat die geacht werd niet alleen het standpunt van de ambtenaren, maar ook dat van de gemeente (het college en de raad) te kennen. Dat de onderhandelingen niet tot een evenwichtig resultaat hebben gesorteerd, is gesteld noch gebleken.

2.29 Onder de omstandigheden gelijk hiervoor is overwogen, brengen de redelijkheid en billijkheid naar oordeel van het hof mee dat de voorwaarde van het goedkeuren van de overeenkomst door de raad als vervuld (als opschortend van aard) respectievelijk als niet vervuld (als ontbindend van aard) heeft te gelden, zodat de (niet)vervulling van de voorwaarde niet leidt tot het tenietgaan van de overeenkomst en derhalve sprake is van een onvoorwaardelijke overeenkomst. Dat de raad de overeenkomst niet (onvoorwaardelijk) heeft willen goedkeuren staat aan dit oordeel niet in de weg. Dit oordeel brengt mee dat de exploitatieovereenkomst conform de het door Landgoed reeds ondertekende exemplaar tussen partijen geldt. De (gewijzigde) vordering tot nakoming van deze overeenkomst is, nu de gemeente nakoming daarvan weigert, toewijsbaar.

2.30 Het hof voegt daaraan toe dat onder voormelde omstandigheden een beroep van de gemeente op het voorbehoud tevens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

2.31 In zoverre slagen de grieven II en VII. De gemeente komt geen beroep toe op het voorbehoud zodat de realisatieovereenkomst tussen partijen geldt. Het staat vast dat de gemeente nakoming daarvan weigert. Landgoed heeft aanspraak gemaakt op schadevergoeding. Dat de gemeente met de betaling van de schadevergoeding in verzuim is, is onbestreden. Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is naar vaste rechtspraak slechts vereist dat de mogelijkheid dat schade is geleden, aannemelijk is geworden. Aan dit vereiste is voldaan reeds nu Landgoed, onvoldoende weersproken door de gemeente, heeft aangevoerd dat zij allerlei onderzoeken heeft doen verrichten in het kader van de voorbereiding van de planvorming en daarvoor kosten (volgens Landgoed bij de pleidooien ter grootte van € 3.000.000,-) heeft gemaakt.

Dat daarnaast mogelijk factoren aanwezig zijn die tot vermindering van de gestelde schade aanleiding kunnen geven, is een omstandigheid die in de schadestaatprocedure dient te worden beoordeeld. Of de schade kan worden toegerekend, zijnde een verweer dat de omvang van de schade raakt, kan in de schadestaatprocedure aan de orde komen en staat daarmee thans niet in de weg staat aan verwijzing naar die procedure.

5. Slotsom

2.35 De grieven II en VII slagen (deels). Bij de bespreking van de grieven IV en X (OD), VI, VIII en IX (gerechtvaardigd vertrouwen), XI deels (abbb) en XII (aanhouding) heeft Landgoed geen belang. De overige grieven in het principaal appel zijn reeds in het tussenarrest verworpen. De grieven in het incidenteel appel falen, zoals ook voor de eerste drie grieven volgt uit het tussenarrest.

2.36 Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen en doen hetgeen de rechtbank had behoren te doen, te weten de verklaring voor recht afgeven dat de gemeente tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen jegens Landgoed en jegens haar wanprestatie heeft gepleegd alsmede voor recht te verklaren dat de gemeente uit dien hoofde aansprakelijk is voor de door Landgoed geleden en nog te lijden schade, vermeerderd met de wettelijke rente en de gemeente veroordelen tot betaling aan Landgoed van schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente.

2.37 Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal het hof de gemeente in de kosten van beide instanties veroordelen.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Landgoed zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten	€ 73,89
- griffierecht	€ 263,-
subtotaal verschotten	€ 336,89
- salaris advocaat	€ 1.130,- (2 ½ punt x tarief II ad € 452,-)
Totaal	€ 1.466,89

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Landgoed zullen worden vastgesteld op:

- exploitkosten	€ 76,31
- griffierecht	€ 649,-
subtotaal verschotten	€ 725,31
- salaris advocaat	€ 2.682,- (3 punten x tarief II ad € 894,-)
Totaal	€ 3.407,31

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het bestreden vonnis van de rechtbank Almelo van 10 augustus 2011 en doet opnieuw recht;

verklaart voor recht dat de gemeente tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen jegens Landgoed en dat de gemeente jegens haar wanprestatie heeft gepleegd;

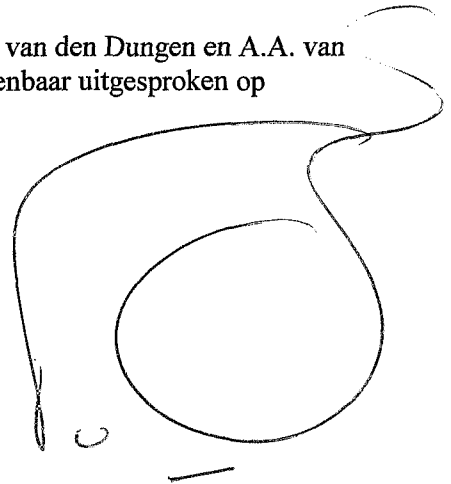
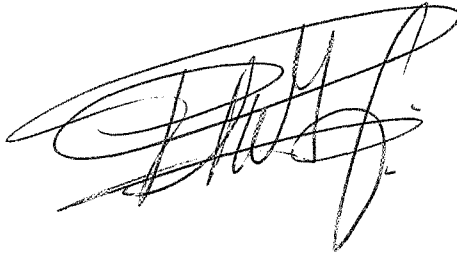
verklaart voor recht dat de gemeente uit dien hoofde aansprakelijk is voor de door Landgoed geleden en nog te lijden schade, vermeerderd met de wettelijke rente;

veroordeelt de gemeente tot betaling aan Landgoed van schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente;

veroordeelt de gemeente in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Landgoed wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 336,89 voor verschotten en op € 1.130,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 725,31 voor verschotten en op € 3.407,31 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.F.J.N. van Osch, G.P.M. van den Dungen en A.A. van Rossum en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 12 november 2013.



Voor kople conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden

