

IN NAAM DER KONINGIN!

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

VONNIS

Zaaknummer : 73014 / HA ZA 01-2421

Datum uitspraak : 30 juni 2004

Vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch, meervoudige kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken, in de zaak van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VERSPAGET BEHEER EN VASTGOED B.V.**,
gevestigd te Helmond,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VERSPAGET PROJECTONTWIKKELING B.V.**,
gevestigd te Helmond,
eiseressen,
procureur mr. J.E. Lenglet,

tegen:

DE GEMEENTE HELMOND,
zetelende te Helmond,
gedaagde,
procureur mr. J.C.M. Braakman.

Partijen zullen hierna "Verspaget c.s." en "de gemeente" worden genoemd.

1. De procedure

Het verloop van het geding blijkt onder meer uit de volgende stukken:

- de dagvaarding;
- de conclusie van eis;
- de conclusie van antwoord;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek;
- akte uitlating producties van de zijde van Verspaget.

Partijen hebben vonnis gevraagd.

2. De vaststaande feiten

2.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, althans niet of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de door partijen overgelegde stukken, voor zover de inhoud daarvan niet is betwist, staat tussen partijen het volgende vast.

2.2. In 1993 is de "Structuurvisie Centrum Helmond 1993" verschenen. In deze structuurvisie wordt in hoofdlijnen de gewenste ontwikkeling van het centrum van Helmond geschetst. Begin 1995 is op basis van de Structuurvisie het concept voor het "Bestemmingsplan Centrum" verschenen. In 1997 is het "Projectenboek Centrum Helmond" verschenen. In dit projectenboek wordt het project Ameideplein (voor zover van belang) als volgt omschreven: *"Toren op het plein, die zowel de pleinvorm markeert als een ruimtelijk accent/ beëindiging van de Markt vormt: Horeca + wonen, hoogte 6 lagen.Op het plein ca. 150 á 200 m² horeca en 5 "torenwoningen" in de oostwand bestaat de mogelijkheid voor uitbreiding van annexe functies van de Ameideflat. ..."*

2.3. Bij brief van 25 februari 1994, overhandigd op 13 maart 1994, schrijft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Helmond (hierna te noemen: het college) aan Verspagnet Beheer en Vastgoed B.V. onder meer het volgende: *"... In uw brief van 24 januari j.l. geeft u te kennen geïntrigeerd te zijn door de visie van de gemeente op de voorgenomen herinrichting van het Ameideplein. Het "sleutelproject" hierin, het Pleingebouw, heeft uw bijzondere belangstelling. ... Deze opgave is slechts tot een goede oplossing te brengen als de betrokken opdrachtgevers eendrachtig en door een goed ontwerp geleid samenwerken. In principe zijn wij bereid deze samenwerking met u aan te gaan. De inhoudelijke aspecten van deze samenwerking en wijze waarop partijen met elkaar zullen omgaan zullen nog geregeld moeten worden in een overeenkomst. ..."*

2.4. Ten gevolge van gewijzigde inzichten over de inrichting van het betreffende gebied heeft het college besloten niet langer te streven naar realisering van het vorenbedoelde sleutelproject (hierna ook: het Ameidetorentje). Bij brief van 29 september 1999 schrijft het college aan Verspagnet Beheer en Vastgoed BV onder meer het volgende: *"... Wethouder M. Jonkers-Goedhart en de heer J. Verspagnet hebben in goed overleg met u afspraken gemaakt Tevens zijn er afspraken gemaakt over de wijze van omgaan met de bouwtoezegging "Torentje" op het Ameideplein. Zowel u als het gemeentebestuur hechten eraan deze afspraken op hoofdlijnen formeel vast te leggen om misverstanden in de toekomst zoveel mogelijk uit te sluiten. Het College erkent dat er door het vorige College toezeggingen zijn gedaan over het realiseren van een torentje op het Ameideplein. Partijen zullen op uw voorstel uiterlijk 13 maart 2000 besluiten of er een compensatieproject in het centrum kan worden toegezegd of dat een afkoopsom wordt betaald voor de geleden schade. ... Beide partijen zullen voor eigen rekening de schadeberekeningen uitvoeren. ..."* Vanaf juni 1999 hebben diverse bijeenkomsten tussen Verspagnet en ambtenaren van de gemeente plaatsgevonden met betrekking tot de gevolgen van het (niet) nakomen van de in de brief van 25 februari 1994 gedane toezegging, onder meer op 3 juni 1999, 6 september 1999, 9 maart 2000, 18 september 2000, 3 november 2000, 29 november 2000, 30 januari 2001 en op 17 april 2001.

2.5. Door Diana van de Mortel van de afdeling SO/GZ van de gemeente Helmond is een verslag gemaakt van een gesprek van 9 maart 2000, waarbij de heer Verspagnet van Verspagnet Beheer en Vastgoed B.V., de heer Luijendijk van Meeüs van Oostrum, J.W. Verspagnet van de gemeente en mevrouw Van de Mortel, eveneens van de gemeente, aanwezig waren. Dit verslag luidt – voor zover van belang – als volgt: *"De aanleiding van dit gesprek is het niet mogen realiseren van het torentje op het Ameideplein door de heer J. Verspagnet van Verspagnet beheer en vastgoed b.v. . De heer Luijendijk ... is door de gemeente ... ingeschakeld om een schadeberekening op te stellen. Het is de bedoeling dat tijdens dit gesprek de uitgangspunten van beide partijen op een rijtje gezet worden. Op 13*

maart 1994 heeft de heer J. Verspaget afscheid genomen als projectontwikkelaar ... Als blijk van waardering voor bewezen diensten heeft de gemeente aan de heer J. Verspaget een bouwtoezegging gedaan. Hij kreeg de toezegging om het zogenaamde torentje op het Ameideplein te Helmond te mogen realiseren, In het bij het bestemmingsplan behorende projectenboek is een nadere uitwerking van het torengedouw opgenomen. Het bestemmingsplan is op 11 juni 1998 vastgesteld. ... Dit alles leidt tot de volgende drie mogelijkheden:

- alsnog realiseren
- schade vergoeden
- alternatieve locatie aanbieden

Op dit moment is gekozen voor de tweede variant, namelijk het vergoeden van eventuele schade,

De heer Verspaget is, evenals de gemeente, al druk doende met het opstellen van een berekening. Hij heeft daarvoor twee marktpartijen (aannemers) ingeschakeld die een elementenbegroting opstellen. Vervolgens toetst een schade-expert op basis van een bouwkostentoetsing of de beide marktpartijen een redelijke berekening opgesteld hebben.

...
De gemeente geeft aan dat zij het projectenboek 1997 als basis hanteert. ..."

2.6. Op 9 maart 2001 schrijft J.W. Verspaget, directeur dienst stadsontwikkeling van de gemeente, hierna: JWV, dat uiteindelijk gebleken is dat een project als compensatie voor de gemeentelijke bouwtoezegging geen haalbare kaart was. Positie moet worden gekozen in de afhandeling van de geleden en door de gemeente te compenseren schade, aldus JWV. Verder schrijft hij dat hij heeft geconstateerd dat er niet tot een gezamenlijke vaststelling van de geleden schade kan worden gekomen.

3. Het geschil

3.1. Verspaget c.s. vorderen - kort gezegd - :

- de gemeente te veroordelen tot betaling van fl 1.285.000,--, te vermeerderen met BTW indien en voorzover de fiscus zich op het standpunt stelt dat over dat bedrag BTW verschuldigd is;
 - de gemeente te veroordelen te betalen een bedrag van fl. 334.000,-- terzake van door Verspaget c.s. geleden belastingschade te vermeerderen met BTW indien en voorzover de fiscus zich op het standpunt stelt dat over dat bedrag BTW verschuldigd is;
- onder veroordeling van de gemeente tot betaling van wettelijke rente en tot betaling van de kosten van deze procedure.

3.2. Verspaget c.s. leggen naast de genoemde vaststaande feiten (voor zover door hen aangedragen) aan deze vorderingen het volgende ten grondslag.

3.2.1. De gemeente heeft Verspaget c.s. onherroepelijk en onvoorwaardelijk toegezegd c.q. opdracht gegeven om op het Ameideplein een torenbebouwing te realiseren. Verspaget c.s. hebben deze opdracht aanvaard. Op grond hiervan mochten zij erop vertrouwen dat de gemeente c.q. het gemeentebestuur zich voor de realisatie van het plan met betrekking tot de bebouwing van het Ameideplein zou inzetten. De gemeente heeft er echter zelf voor gekozen het Ameideproject geen doorgang te laten vinden en heeft de bouwtoezegging ingetrokken. Die intrekking is onrechtmatig jegens Verspaget c.s. en om die reden is de gemeente gehouden alle schade die uit die intrekking voortvloeit aan Verspaget c.s. te vergoeden. De schade die Verspaget c.s. lijden door het niet kunnen realiseren van het

bouwwerk op het Ameideplein bestaat uit misgelopen projectwinst, belastingschade en wettelijke rente (hierna ook: het positieve contractsbelang).

3.2.2. De gemeente heeft erkend tot schadevergoeding jegens Verspaget c.s. gehouden te zijn. Volgens Verspaget c.s. hebben zij de uitlatingen en schriftelijke stukken van het college en de door het college aangestelde onderhandelaar JWV, niet anders kunnen en behoeven te begrijpen dan dat de gemeente het positieve contractsbelang zou vergoeden.

3.3. De gemeente voert het volgende verweer.

3.3.1. De beweerde toezegging is door de gemeente gedaan aan J.M.F. Verspaget, als directeur van eiseres sub 1 en niet aan eiseres sub 2. Verspaget Projectontwikkeling B.V. dient daarom niet ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering.

3.3.2. De gemeente heeft geen onrechtmatige daad gepleegd. Zij erkent dat in een vroeg stadium door het college aan Verspaget is toegezegd dat, indien het Ameidetorentje gerealiseerd zou worden, hij dit project zou kunnen uitvoeren. Verspaget kon en mocht er echter niet van uitgaan dat realisering zou plaatsvinden. Het is niet gekomen tot een vooraf bepaalde gedachtewisseling over de ontwerpopgave, de taakverdeling, de te volgen werkwijze en kostenaspecten, zoals vermeld in de brief van 25 februari 1994. Er waren nog moeilijkheden te verwachten van de gemeenteraad in verband met de aankoop en de eigendomsoverdracht van de grond, er diende nog een bouwvergunning te worden verleend, het was onzeker of ter plaatse een bodemverklaring kon worden gegeven, er dienden nutsleidingen te worden verlegd en het was te verwachten dat er bezwaren naar voren zouden worden gebracht door kermisexploitanten en anderen. Een toezegging als de onderhavige heeft niet de strekking te garanderen dat het gewenst geachte bouwproject kan worden gerealiseerd. Verspaget als professionele vastgoedbeheerder weet dat een dergelijke toezegging nooit die strekking kan hebben. Van een aanvaarding door Verspaget, wat daar ook mee bedoeld moge zijn, is in het geheel niets gebleken. Ten gevolge van gewijzigde inzichten, ook door derden naar voren gebracht, over de inrichting van het betreffende gebied heeft het college besloten niet langer te streven naar realisering van het Ameidetorentje. Hoewel er geen zodanige toezegging was gedaan dat Verspaget er met zekerheid van uit kon gaan dat het project gerealiseerd zou worden, was het college zich ervan bewust dat een toezegging was gedaan en is daarom in overleg met Verspaget getreden over een alternatief project, en, indien daarover geen overeenstemming zou worden bereikt, over een afkoopsom. Verspaget heeft zich hierbij neergelegd.

3.3.3. De gemeente erkent dat het college het redelijk achtte Verspaget een vergoeding toe te kennen voor de kosten die hij had gemaakt. De gemeente betwist echter dat zij, of een daartoe bevoegd orgaan van de gemeente, heeft toegezegd dat de gemeente misgelopen projectwinst, rente en belastingschade zou vergoeden.

3.3.4. Het was Verspaget bekend dat het schadebedrag moest worden goedgekeurd door het college en daarna door de gemeenteraad. Het college heeft besloten om ambtenaren van de dienst stadsontwikkeling te laten onderhandelen over een compensatieproject dan wel een afkoopsom. Het projectenboek '97 en de berekeningen, waaronder de schadeberekeningen van door de gemeente ingeschakelde deskundigen (producties 2, 3, 4, en 5 bij conclusie van antwoord), dienden slechts als hulpmiddel om tot een redelijke afkoopsom te komen. De onderhandelingen hebben niet geleid tot een voorstel aan het college en daarna een voorstel van het college aan de gemeenteraad. In verband hiermee zijn die onderhandelingen niet meer van belang. Verspaget c.s. stellen ten onrechte dat hetgeen door de ambtenaren naar voren is gebracht, beschouwd dient te worden als uitlatingen en opvattingen van de gemeente.

3.3.5. De gemeente betwist de hoogte van de door Verspaget c.s. gestelde schade.

3.3.6. De vordering tot betaling van wettelijke rente dient te worden afgewezen, alleen al op grond van de omstandigheid dat de beweerde schade eerst had kunnen worden geleden op het moment dat het bouwproject voltooid had kunnen zijn.

3.4. Verspaget c.s. reageren hierop als volgt.

3.4.1. De gemeente heeft nooit een scherp onderscheid gemaakt tussen de beide vennootschappen ten aanzien van de toezeggingen in verband met de bebouwing van het Ameideplein.

3.4.2. De gemeente heeft steeds de indruk gewekt bij Verspaget c.s. dat het college zelfstandig zou kunnen beslissen over compensatie van de geleden schade zonder dat daarvoor een raadsbesluit nodig was.

De stelling dat JWV onvoldoende gemandateerd zou zijn om tot afhandeling van de schade te komen is onjuist. JWV heeft aangegeven dat hij door het college was belast met de opdracht om de schadekwestie tot een oplossing te brengen en dat hij tot een bedrag van ca. f 600.000,-- de vrije hand had gekregen.

3.5. Hetgeen partijen over en weer nog opmerken zal, voor zover nodig, worden vermeld onder de overwegingen.

4. De beoordeling

4.1. Volgens Verspaget c.s. heeft de burgemeester Verspaget bij de viering van zijn 25-jarig ondernemersjubileum op 13 maart 1994 opdracht gegeven tot herinrichting en bebouwing van het Ameideplein en is die opdracht door Verspaget aanvaard.

4.1.1. Voor zover Verspaget c.s. betogen dat tussen partijen een perfecte overeenkomst tot stand is gekomen, volgt de rechtbank hen hierin niet. Vaststaat dat de burgemeester Verspaget op 13 maart 1994 een brief van het college d.d. 25 februari 1994 heeft overhandigd. Uit deze brief blijkt dat nog afspraken moesten worden gemaakt over de ontwerpogave, de taakverdeling, de te volgen werkwijze en de kostenaspecten van de herinrichting en bebouwing van Ameideplein. Er bestond derhalve nog geen overeenstemming over een aantal hoofdzaken van de gestelde opdracht. Ook later hebben partijen hierover geen overeenstemming bereikt. Verspaget c.s. hebben in dit kader gewezen op de beschrijving van het project Ameideplein in het Projectenboek. De rechtbank acht deze beschrijving evenwel te globaal en te vaag om de conclusie te rechtvaardigen dat overeenstemming is bereikt over de ontwerpogave. In het Projectenboek is immers slechts een globale bebouwingssuggestie gegeven voor de herinrichting van het Ameideplein en is ten aanzien van het Ameidetorentje aangegeven dat de vormgeving op verschillende manieren kan worden uitgewerkt. Bovendien heeft de gemeente onweersproken gesteld dat er nog overlegd diende te worden over de kostenaspecten.

4.1.2. Gelet op het voorgaande was geen sprake van een perfecte overeenkomst waarbij de gemeente Verspaget c.s. opdracht hebben gegeven tot herinrichting en bebouwing van het Ameideplein dan wel de realisering van het Ameidetorentje.

4.2. Vervolgens is de stelling van Verspaget c.s. aan de orde dat de gemeente een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de intrekking van de onherroepelijke en onvoorwaardelijke toezegging aan Verspaget c.s. om een torenbebouwing te realiseren op het Ameideplein.

4.2.1. Ter onderbouwing van de vorenbedoelde toezegging verwijzen Verspaget c.s. naar de brief van de gemeente van 25 februari 1994, hiervoor weergegeven onder rechtsoverweging 2.3. Uit deze brief blijkt echter niet van een onherroepelijke en onvoorwaardelijke toezegging om een torenbebouwing te realiseren, doch slechts van een toezegging om in beginsel de samenwerking aan te gaan met betrekking tot het oprichten van een pleingebouw.

4.2.2. Vaststaat dat de gemeente invulling heeft gegeven aan de principetoezegging om samen te werken aan de oprichting van het Ameidetorentje. In dit kader wijst de rechtbank op het "projectenboek Centrum Helmond", waarin de herinrichting van het Ameideplein als prioriteitsproject is omschreven. Tevens wijst de rechtbank op de voorbereiding en vaststelling van het bestemmingsplan "Centrum", waarin de gemeenteraad heeft opgenomen dat het college het bestemmingsplan onder toepassing van artikel 11 van de Wet op de ruimtelijke ordening kan wijzigen met het oog op de herinrichting van het Ameideplein (art. 14 lid I onder c van de bestemmingsplanvoorschriften).

Voorts staat vast dat er in 1998 een kentering in het gemeentelijke ruimtelijke beleid heeft plaatsgevonden die ertoe heeft geleid dat het college medio 1998 te kennen heeft gegeven het Ameidetorentje niet te willen (doen) realiseren. Hiermee heeft het college de samenwerking met het oog op de realisatie van het Ameidetorentje beëindigd.

4.2.3. Naar het oordeel van de rechtbank was de samenwerking tussen Verspaget c.s. en de gemeente in 1998 niet reeds in een zodanig stadium dat de gemeente zich niet meer terug mocht trekken uit het Ameideproject. Er was evenmin een stadium bereikt waarin terugtrekking zonder vergoeding van het positieve contractsbelang onaanvaardbaar was. Hierbij acht de rechtbank doorslaggevend dat er nog onzekere factoren waren, waardoor Verspaget c.s. niet gerechtvaardigd konden vertrouwen op de realisatie van het Ameidetorentje. Ingevolge artikel 11, eerste en tweede lid, van de WRO moesten belanghebbenden de gelegenheid krijgen om hun zienswijze kenbaar te maken omtrent een wijziging van het bestemmingsplan en moest de wijziging worden goedgekeurd door gedeputeerde staten. Bovendien was er een schone grondverklaring nodig en moest er een (positief) welstandsadvies worden gegeven. Gelet op deze factoren ziet de rechtbank onvoldoende aanleiding om aan te nemen dat voortzetting van de inspanningen van het college zonder meer tot realisatie van het Ameidetorentje zou hebben geleid.

4.2.4. Gelet op al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de gemeente geen onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens Verspaget c.s. door zich in 1998 terug te trekken uit het Ameideproject zonder het positieve contractsbelang aan Verspaget c.s. te vergoeden.

4.3. Tussen partijen is niet in geschil dat de gemeente verplicht is schadevergoeding te betalen aan Verspaget c.s. in verband met het besluit van het college om niet langer te streven naar realisering van het Ameidetorentje. Het geschil is beperkt tot de vraag of de gemeente gehouden is het zogeheten positieve contractsbelang te vergoeden. In dit kader hebben Verspaget c.s. zich erop beroepen dat uit uitspraken en gedragingen van het college en van JWV de bereidheid moet worden opgemaakt tot vergoeding van het positieve contractsbelang.

4.4. In dit kader is eerst de vraag aan de orde in hoeverre uitspraken en andere gedragingen van het college en van JWV de gemeente in de gegeven omstandigheden konden binden.

4.4.1. De gemeente voert terecht aan dat het college en JWV niet bevoegd waren de gemeente te binden ter zake van de toekenning van schadevergoeding. Uit artikel 147, tweede lid, van de Gemeentewet, zoals deze wet luidde ten tijde hier in geding, leidt de

rechtbank af dat deze bevoegdheid ten tijde hier in geding berustte bij de gemeenteraad. Gesteld noch gebleken is namelijk dat de gemeenteraad de bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding aan het college of aan JWV heeft gedelegeerd of gemandateerd. Hieraan doet niet af dat Verspaget c.s. stellen dat JWV voldoende gemandateerd was *door het college*. Nu het college niet bevoegd was schadevergoeding toe te kennen, was het niet in staat die bevoegdheid te mandateren.

4.4.2. In geval van onderhandelingen tussen een overheidsfunctionaris (of een overheidsorgaan) en een derde, die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat deze functionaris (of het orgaan) ten aanzien van de betreffende materie bevoegd is de overheid te binden, kunnen zich omstandigheden voordoen waaronder die onjuiste veronderstelling voor rekening van de overheid dient te komen. Verspaget c.s. stellen evenwel niet dat zij in de (onjuiste) veronderstelling leefden dat het college bevoegd was een schadevergoeding aan hen toe te kennen. Voor zover Verspaget c.s. dat wel beogen te stellen, voeren zij geen omstandigheden aan die deze stelling onderbouwen. Uit hetgeen Verspaget c.s. in de conclusie van repliek onder de punten 31 tot en met 33 aanvoeren blijkt namelijk dat zij wisten dat niet het college, maar de gemeenteraad bevoegd was. Verspaget c.s. stellen immers dat het college de indruk wekte dat zij het seniorenconvent zou kunnen inlichten om van hen toestemming te krijgen schadevergoeding te betalen zonder de kwestie aan de gemeenteraad voor te leggen. Niet is gesteld of gebleken dat het college die toestemming van het seniorenconvent had of dat het college heeft medegedeeld aan Verspaget c.s. dat zij die toestemming had gekregen. Ook staat in de door Verspaget c.s. geciteerde passage uit de brief van 9 maart 2001 van de zijde van de gemeente dat het college bereid is een voorstel ter zake van de vaststelling van schadevergoeding aan de gemeenteraad voor te leggen. Gelet op het voorgaande gaat de rechtbank ervan uit dat Verspaget c.s. niet in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat het college bevoegd was schadevergoeding toe te kennen. De gemeente is derhalve niet gebonden aan uitspraken en gedragingen van het college omtrent de hoogte van de schadevergoeding.

4.4.3. Daar waar Verspaget c.s. niet in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat het college bevoegd was in plaats van de gemeenteraad, is niet relevant of JWV al dan niet bevoegd was het college te vertegenwoordigen, zodat de desbetreffende stelling van Verspaget c.s. geen bespreking behoeft.

4.5. Aangezien de vorderingen reeds op grond van het voorgaande worden afgewezen, behoeven de overige weren geen bespreking meer.

4.6. Verspaget c.s. zullen als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

5. De beslissing

De rechtbank:

wijst de vorderingen af;

veroordeelt Verspaget c.s. in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van de wederpartij begroot op € 8.080,06, waarvan € 4.448,00 salaris procureur en € 3.632,06 verschotten.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.A.M. Penders-Janssen, mr. B.C.W. Geurtsen-van Eeden, en mr. D.J. Hutten, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 juni 2004 in tegenwoordigheid van de griffier.

Type: ds



Get.: A.P.H.M. van Waas-Snoeijjs Get.: mr. ~~W.M. Callenberg~~ *P.A.M. Rousseau*
VOOR GROSSE/AFSCHRIJF
Afgegeven aan de Procureur van ~~eiser~~/gedaagde
DE GRIFFIER DER
RECHTBANK te 's-HERTOGENBOSCH

MM

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Rolnummer: 1425 / 04

Pleidooi

Behandeling 28 maart 2006

om 11.00 uur

PLEITNOTA

inzake:

GEMEENTE HELMOND

zetelende te Helmond

geïntimeerde

procureur: Mr. G.C.G. Raymakers

contra:

**1. De Besloten Vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid VERSPAGET BEHEER
EN VASTGOED B.V.**

**2. De Besloten Vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid VERSPAGET PROJECT
ONTWIKKELING B.V.**

beide gevestigd te Helmond

appellanten

advocaat: Mr. H.M. Slaghekke

procureur: Mr. J.E. Lenglet

Partijen zal ik hierna aanduiden met "de gemeente" respectievelijk "Verspaget c.s.".

Inleiding:

Zoals u uit de op heden gewisselde processtukken hebt kunnen opmaken bestond er voorafgaande aan het ontstaan van het geschil rond het project "Ameidetorentje" een jarenlange verhouding tussen de gemeente en Verspaget c.s..

In deze periode heeft Verspaget c.s. diverse projecten in opdracht van de gemeente mogen realiseren. Verspaget c.s. heeft dat overigens naar tevredenheid van de gemeente gedaan.

Uiteraard kan dit gegeven niet worden weg gedacht en heeft het ook daarmee een directe verbondenheid, in de wijze waarop partijen jegens elkaar de intentie hebben uitgesproken te willen gaan samenwerken inzake het project Ameideplein en het daarin voorziene

Ameidetorentje. Partijen wisten wat ze aan elkaar hadden en met name kenden Verspaget c.s. als geen ander de procedures en wisten zij ook van de "obstakels" en "gevoeligheden" welke onder dit project lagen.

Anderzijds krijgt de gemeente uit onderhavig dossier de stellige indruk dat Verspaget c.s. uit hoofde van de bestaande verhouding zich rondom onderhavig project rechten en aanspraken toeëigenen, welke geen juridische grondslag hebben en dat de stellingen waarmee het een en ander wordt onderbouwd in belangrijke mate berusten op "Wishful thinking".

Diverse stellingen in de processtukken, met name de memorie van grieven, waarin Verspaget c.s. verwijzen naar ervaringen met eerdere projecten, gewoonten en gebruiken aldaar, en gebruik van kwalificaties als "stilzwijgende overeenstemming" getuigen daarvan. Verspaget c.s. verliezen echter daardoor het contact met de juridische realiteit. Nog daargelaten de vraag of deze door Verspaget c.s. gezochte parallellen met eerdere projecten (en daaraan te ontleenen verwachtingen) terecht zijn, hetgeen door de gemeente wordt bestreden, wenst de gemeente te benadrukken dat het onderhavige project volledig op zichzelf staat met haar volledig eigen merites. Aan Verspaget c.s. was eveneens volledig bekend dat op het moment dat partijen jegens elkander de intentiebereidheid uitspraken, zoals vastgelegd in de brief zijdens de gemeente van 25 februari 1994, de opzet en inrichting van het uiteindelijk te realiseren project nog zeer rudimentair van aard was en dat nog vele "voetangels en klemmen" te overwinnen waren, zelfs nog op het moment dat 1997 het projectboek "Centrum Helmond" het licht zag en het Bestemmingsplan Centrum werd vastgesteld in 1998.

De tijdsperiode tussen 1994 en 1998, gedurende welke tussen de gemeente en Verspaget c.s. geen nadere invulling heeft plaatsgevonden van de beoogde samenwerking noch onderhandelingen zijn gevoerd, is besteed aan (ambtelijk) overleg en onderzoek omtrent vormgeving van het plein en het torentje. Zulks was nodig vanwege planologisch en ruimtelijk omstreden aspecten in het plan.

In 1998 heeft de gemeente besloten om van realisering van het plan af te zien.

Het vorenstaande zij ter inleiding opgemerkt nu het van juridische betekenis is voor de juridische positionering van partijen.

De feiten:

Voor wat betreft een gedetailleerde weergave van de feiten verwijs ik naar de processtukken. Ik volsta hier de belangrijkste feiten te noemen welke voor de juridische beoordeling van belang zijn.

Verspaget heeft begin 1994 van zijn belangstelling doen blijken voor de ontwikkeling en realisatie van het Ameidetorentje, als onderdeel van een meeromvattend plan tot herinrichting van het Ameideplein.

Bij brief van 25 februari 1994 heeft de gemeente aangegeven in beginsel met Verspaget c.s. de samenwerking te willen aangaan.

De verdere inhoud van de samenwerking alsook andere aspecten als ontwerp-opgave, taakverdeling, werkwijze en kosten zouden uitgewerkt worden in een overeenkomst. Deze brief is aan Verspaget c.s. overhandigd op 13 maart 1994 bij gelegenheid van diens afscheid als projectontwikkelaar.

Tot bedoelde overeenkomst is het nimmer gekomen.

De tijd tot aan 1998 is benut door de gemeente om op ambtelijk niveau studie en onderzoek te verrichten naar inhoud en vormgeving van het plan. Tussentijds verschijnt in maart 1997 het projectenboek centrum, hetwelk beoogt een daadwerkelijke aanpak van het centrum in gang te zetten door middel van omschrijving van de projecten teneinde onder meer particulier initiatief te stimuleren.

Als gevolg van verandering in ruimtelijke beleidsinzichten wordt in 1998 door de gemeente besloten om het Ameidetorentje niet meer te realiseren.

Vanaf dit moment wordt een nieuw traject ingeslagen. Op dat moment was er nog geen bouwvergunning aangevraagd, was er nog niet onderhandeld over de aankoop van de grond en was de in het bestemmingsplan voorgescreven vrijstellingsprocedure nog niet aangevangen. De gemeente, in casu het College van B&W, accepteert de verantwoordelijkheid dat mogelijk in een eerder stadium aan Verspaget c.s. een bepaalde toezegging is gedaan, waarover zij met Verspaget c.s. in overleg wil treden. Tijdens het overleg, 6 september 1999, legt Verspaget zich neer bij het besluit van het College om niet tot realisatie over te gaan en werd afgesproken dat in gezamenlijk overleg naar een compensatieproject zou worden gezocht of dat een afkoopsom zou worden betaald voor de geleden schade. De onderhandelingen daarover zouden worden gevoerd tussen ambtenaren van de Dienst Stadsontwikkeling en Verspaget c.s..

Deze onderhandelingen hebben, zoals vaststaat, niet tot resultaat geleiden; althans de onderhandelende partijen hebben geen overeenstemming bereikt over de schade dan wel een afkoopsom. De onderhandelingen zijn afgesloten onder de vaststelling door beide partijen dat zij geen overeenstemming hebben kunnen bereiken en dat de meest gerede partij, in casu Verspaget, het vrijstond de rechter in te schakelen. Aldus is geschied.

Het Recht:

Voor wat betreft het ontvankelijkheidsverweer, door de gemeente opgeroepen tegen appellante sub 2, dan wel het verweer dat aan appellante sub 2 in ieder geval de vordering behoort te worden afgewezen, volstaat de gemeente te verwijzen naar eerder ten processe ingenomen standpunten. Ik zal daar binnen dit bestek niet verder op ingaan.

Het meest verstrekkende standpunt van Verspaget c.s. houdt in dat tussen de gemeente en hen een perfecte overeenkomst is tot stand gekomen omtrent de verlening van een opdracht respectievelijk de aanvaarding daarvan door Verspaget c.s. tot herinrichting en bebouwing van het Ameideplein c.q. de bouw van het Ameidetorentje. Verspaget c.s. beroepen zich daarbij op de brief van de gemeente d.d. 25 februari 1994.

De gemeente kan Verspaget c.s. in dit betoog niet volgen. Reeds de letterlijke bewoordingen van de brief spreken de opvatting van Verspaget c.s. tegen. In de brief staat immers: "In principe zijn wij bereid deze samenwerking met u aan te gaan. De inhoudelijke aspecten van deze samenwerking en wijze waarop partijen met elkaar zullen omgaan, zullen nog geregeld moeten worden in een overeenkomst". Met andere woorden: de gemeente geeft zelf aan dat over essentiële samenwerkingsaspecten nog een overeenkomst moet worden gesloten. Welnu, tot deze overeenkomst is het nooit gekomen. Partijen hebben nimmer nadere invulling gegeven aan de essentiële aspecten van samenwerking zoals taakverdeling, de te volgen werkwijze, enz., om nog maar niet te spreken over invulling van de aan Verspaget c.s. te verstrekken opdracht zoals ontwerpopgave, kostenaspecten, grondaankoop en noodzakelijk te maken voorbehouden. Ook een tijdspad ontbreekt.

Ook de betekenis van het door Verspaget c.s. in dat kader gemaakte vergelijk tussen essentialia van een samenwerkingsovereenkomst en de essentialia van een andersoortige overeenkomst (bijvoorbeeld een koopovereenkomst) ontgaat de gemeente volledig. Indien toch, zoals Verspaget c.s. betogen, de onderhavige overeenkomst tevens de opdracht behelsde, zelfs exclusief, aan hen om het Ameidetorentje te bouwen, dan zullen toch ook duidelijke en uitputtende afspraken moeten worden gemaakt over essentiële kenmerken als kostenaspecten, een ontwerpopgave alsmede een tijdstraject. Het betoog van Verspaget c.s. is derhalve niet consistent.

Voorts stellen Verspaget c.s. dat zij op grond van de jarenlange bestaande verhouding met de gemeente en ervaringen met eerdere projecten, ondanks het feit dat daarover (duidelijke) afspraken ontbraken, er van mochten uitgaan dat over een aantal essentialia stilzwijgend overeenstemming zou zijn bereikt. De gemeente heeft hierover reeds in de stukken opgemerkt dat dit standpunt in strijd is met de fundamentele beginselen van het overeenkomstenrecht, krachtens dewelke over in ieder geval de hoofdzaken van een overeenkomst uitdrukkelijke wilsovereenstemming moet zijn bereikt, wil dit leiden tot rechtens afdwingbare aanspraken. Daarvan is in onderhavig geval geen sprake.

In de brief van 25 februari 1994 ligt slechts de intentiebereidheid van partijen besloten om te gaan samenwerken. Het onderwerp c.q. te onderwerpen van de te sluiten overeenkomst, die onderscheidenlijk daarin genoemd zijn, zijn vooralsnog niet, vaag, dan wel globaal omschreven. Het projectenboek van 1997 maakt dat niet anders. Overigens bestond op dat moment nog geen definitief bestemmingsplan en moest de ontwerpopgave van het Ameidetorentje ook nog in volle omvang worden uitgewerkt.

Zijn er door de gemeente jegens Verspaget c.s. (onvoorwaardelijke) toezeggingen gedaan, waaraan de gemeente zich niet (meer) kon onttrekken, zonder onrechtmatig te handelen jegens Verspaget c.s.?

Deze vraag dient stellig ontkennend beantwoord te worden. Een toezegging anders dan dat de gemeente heeft toegezegd dat, indien het Ameidetorentje gerealiseerd zou worden, Verspaget c.s. het project zou kunnen uitvoeren, kan aan het schrijven van 25 februari 1994 niet worden ontleend. Een toezegging derhalve met een zeer beperkte betekenis, met nog zovele onzekerheden omgeven dat Verspaget c.s. daaraan zeker niet gerechtvaardigd konden ontleen dat realisering van het bouwplan zou plaatsvinden. Juist op grond van de bij Verspaget c.s. bestaande professionaliteit inzake projectontwikkeling en de verhoudingen met de gemeente uit het verleden wisten zij, althans konden zij weten, dat deze toezegging nooit die strekking kon hebben die zij daaraan toekennen, namelijk een onvoorwaardelijk exclusiviteitsrecht op realisering.

Daarvoor was het plan nog veel te globaal van opzet, en moest dit nader worden uitgewerkt moesten nog een aantal moeilijke procedures doorlopen worden, waaronder goedkeuring Gedeputeerde Staten, en niet op de laatste plaats konden derden-belanghebbenden zienswijzen naar voren brengen, met daaraan verbonden bezwaar- en beroepsmogelijkheden. Het was in dat verband bekend dat het Ameideplan uitermate gevoelig lag bij kermis- en marktexploitanten.

Verspaget c.s. beroepen zich erop dat de gemeente door niet-nakoming van de toezegging jegens hen onrechtmatig handelt, hetgeen haar verplicht tot vergoeding van schade.

Zoals hiervoor uiteengezet kan van onrechtmatig handelen geen sprake zijn alleen al omdat in de toezegging als besloten in de brief van 25 februari 1994 geen concrete rechten aan Verspaget c.s. zijn toegekend.

Om dezelfde reden was het voor de gemeente gelegitimeerd om op grond van de gewijzigde inzichten de samenwerking met Verspaget c.s. te beëindigen zonder gehouden te zijn aan hen schade te vergoeden in de vorm van het positieve contractsbelang.

Evenmin kan aan de gemeente worden verweten dat zij tekort is geschoten in haar inspanningsverplichting om de bouw van het Ameidetorentje te realiseren. Gelet immers op alle inhoudelijke en procedurele obstakels die op het traject tot eventuele realisatie lagen, welke buiten de invloedssfeer van de gemeente lagen, valt geenszins aan te nemen dat deze inspanningen tot dit resultaat zouden hebben geleid.

Is de gemeente anderszins gehouden tot vergoeding van schade?

In de memorie van antwoord heeft de gemeente geopponeerd tegen rechtsoverweging 4.3 van het vonnis van de Rechtbank d.d. 30 juni 2004, waarin de Rechtbank overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat de gemeente verplicht is schadevergoeding te betalen aan Verspaget c.s. in verband met het besluit van het College om niet langer te streven naar realisering van het Ameidetorentje.

De gemeente heeft in verband daarmee doen stellen dat deze juridische kwalificatie niet (meer) past bij het feitensubstraat. De gemeente heeft na beëindiging van de samenwerking met Verspaget c.s. vanuit haar verantwoordelijkheid dat eerder zekere toezeggingen zijn gedaan naar Verspaget c.s. aangegeven met laatstgenoemde in overleg te willen treden over mogelijkheden tot vergoeding van schade, in de vorm van geleden schade dan wel een afkoopsom.

De gemeente heeft daarmee niet aanstonds een verplichting tot vergoeding van schade aanvaard. In ieder geval staat vast dat dit overleg niet tot resultaat heeft geleid zodat de gemeente zich hierna niet meer rechtens gebonden acht jegens Verspaget c.s.

Subsidiair, voor zover in het vorenstaande wel een impliciete verplichting tot vergoeding van schade besloten zou liggen, dan zou dit ten hoogste betrekking kunnen hebben op

vergoeding van schade in de vorm van gemaakte kosten (negatief contractsbelang). Dit laatste vormt evenwel niet de inzet van onderhavig geschil en daarop is ook niet de rechtsvordering van Verspaget c.s. gebaseerd. Ik kom later in mijn betoog nog op dit aspect terug.

Zoals hiervoor opgemerkt is na beëindiging van de samenwerking door de gemeente, waarbij Verspaget c.s. zich hebben neergelegd, tussen partijen een nieuw traject ingeslagen inzake een onderzoek naar schade en overleg over de mogelijkheden tot vergoeding van schade. Aanzet daartoe vormde een overleg op 3 september 1999 en de bevestiging daarvan in de brief van het College van B&W d.d. 29 september 1999. Nadrukkelijk is tussen partijen afgesproken dat het overleg (en daarvan onderdeel uitmakende onderhandelingen) zou worden gevoerd door ambtenaren van de Dienst Stadsontwikkeling, dat vervolgens het resultaat zou moeten worden goedgekeurd door het College en dat, voorzover het resultaat toekenning van een schadevergoeding behelsde, goedkeuring moest worden verleend door de Gemeenteraad. Verspaget c.s. kenden als "ingewijden" als geen ander de bevoegdheidsverdeling, die overigens ook wettelijk is ingekaderd zoals de Rechtbank in het aangevallen vonnis terecht overweegt. Dat deze wetenschap bij Verspaget c.s. voorhanden was blijkt ook uit door henzelf geschreven brieven, waarin aan deze wetenschap wordt gerefereerd, zoals eveneens door de Rechtbank terecht wordt overwogen.

Al hetgeen in het kader van overleg en onderhandelingen is aangevoerd dan wel anderszins naar voren is gekomen, met name adviezen van derden, is blijven steken op ambtelijk niveau. Ten onrechte wordt door Verspaget c.s. de suggestie gewekt dat hetgeen door ambtenaren is aangevoerd beschouwd dient te worden als uitlatingen en opvattingen van de gemeente. Verdedigd wordt zelfs de opvatting dat de directeur Stadsontwikkeling, eveneens genaamd Verspaget c.s., zijnde ambtenaar, uitdrukkelijk was gemandateerd door de gemeente om namens haar de onderhandelingen te voeren. Ook deze opvatting vindt geen steun in de stukken. De onderscheidenlijke bevoegdheden waren duidelijk, ook voor Verspaget c.s. Ook rechtens is geen grondslag te vinden voor de visie van Verspaget c.s., nu men eenmaal geen bevoegdheden kan overdragen die men zelf niet heeft.

Voornoemd ambtelijk overleg met Verspaget c.s. heeft niet tot resultaat geleid, althans tot een voorstel van het College van B&W. Zoals reeds opgemerkt hebben beide partijen dat vastgesteld. Daarmee was voor de gemeente de kous af.

De gemeente heeft, gelet op het vorenstaande, evenmin aan Verspaget c.s., haar althans rechtens bindende, toezeggingen gedaan tot vergoeding van schade overeenkomstig het

positieve contractsbelang. In het te openen overleg met Verspaget c.s. heeft de gemeente ten hoogste voor ogen gestaan om Verspaget c.s. te compenseren voor schade in de vorm van kosten welke Verspaget c.s. tot op dat moment gemaakt hadden. Verspaget c.s. hebben steeds, en nu nog, ingezet op vergoeding van schade overeenkomstig het positieve contractsbelang. Daarop is hun rechtsvordering enkel en alleen, zowel in eerste aanleg als thans ook in hoger beroep, steeds gebaseerd geweest. Kennelijk zijn Verspaget c.s. in sportieve termen gesproken alleen voor "goud" gegaan, doch zoals uit ervaringen in de topsport blijkt loopt men dan ook een niet onaanzienlijk risico met lege handen te blijven.

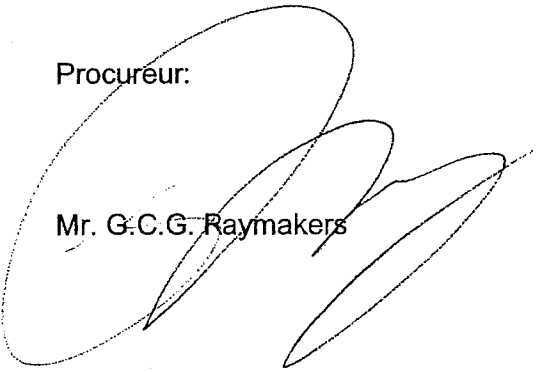
Terecht heeft dan ook de Rechtbank, onder uitdrukkelijke overweging dat het geschil tot dit aspect beperkt blijft, de vordering integraal afgewezen. De redenering van Verspaget c.s. in dat licht, dat als de Rechtbank het meerdere afwijst, zij nog wel het mindere kan toewijzen, doet hier geen opgeld. Immers hebben Verspaget c.s. tot op de dag van vandaag op geen enkele wijze aangegeven, laat staan aangetoond, waaruit hun schade in de vorm van het negatieve contractsbelang bestaat. Daaruit moet de gemeente voorshands afleiden dat die schade er ook niet is.

Het spreekt tot slot voor zich dat de gemeente, gezien het mislukken van het overleg, zich thans op geen enkele wijze (meer) jegens Verspaget c.s. gehouden acht.

Gelet op al het vorenstaande persisteert de gemeente bij afwijzing van de vordering van Verspaget c.s.

Procureur:

Mr. G.C.G. Raymakers



Gerechtshof
te 's-Hertogenbosch

Datum zitting: 28 maart 2006
Rolnummer: 1425/04

PLEITNOTITIES

inzake:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VERSPAGET BEHEER EN VASTGOED B.V.** ("VERSPAGET"), gevestigd en kantoorhoudend te Helmond
en
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VERSPAGET PROJECTONTWIKKELING B.V.** ("Verspaget"), gevestigd te Helmond en kantoorhoudend te Helmond

Appellanten
procureur: mr. J.E. Lenglet
advocaten: mr. H.M. Slaghekke en mr. A.M. de Visser

tegen:

De publiekrechtelijke rechtspersoon de Gemeente HELMOND ("DE GEMEENTE"),
gevestigd en kantoorhoudend te Helmond
Geïntimeerde
Advocaat en procureur: mr. G.C.G. Raymakers

Inleiding

1. Heel af en toe krijg je een vonnis of uitspraak van een rechterlijk college in handen waarvan je niet begrijpt hoe die uitspraak tot stand is gekomen. Als het een vonnis betreft in een eigen procedure dan kun je het gevoel hebben dat er vonnis is gewezen in een heel andere zaak dan die aan de rechter is voorgehouden.
2. Zo is het ook met het vonnis waarvan het appel vandaag aan de orde is. Bij lezing en bij herlezing wil niet doordringen waaróm de rechtbank tot het oordeel komt dat Verspaget geen enkel recht heeft op schadevergoeding. Gezien de feiten die ook de rechtbank zelf als vaststaand aanneemt, valt dit vonnis niet uit te leggen. Het valt niet uit te leggen aan de betrokkenen, maar ook niet aan buitenstaanders.
3. Immers, de rechtbank overweeg terecht:
Tussen partijen is niet in geschil dat de gemeente verplicht is schadevergoeding te betalen aan Verspaget c.s. in verband met het besluit van het college om niet langer te streven naar realisering van het Ameidetorentje. (onderstreping advocaat)
4. Hoe is die consensus tussen partijen verenigbaar met de volledige afwijzing van de vordering? Partijen waren het eens over het vorderingsrecht van Verspaget. Waar partijen het niet over eens waren is over de hoogte van die vordering. In het vonnis wordt echter niet toegelicht waarom de vordering ondanks de erkenning van de schadevergoedingsplicht door de gemeente, integraal wordt afgewezen.
Dat is de belangrijkste grief tegen het vonnis en deze mondelinge toelichting zal zich met name daarop toespitsen. Daarmee wil Verspaget niets afdoen aan hetgeen voorts in de MvG is gesteld; dat wordt volledig gehandhaafd.
5. Er is in deze zaak door partijen een aantal belangrijke afspraken gemaakt en geen van die afspraken is door de gemeente nagekomen. De gemeente heeft er blijk van gegeven geen betrouwbare partij te zijn. De eerste afspraak betreft de realisatie van het Ameidetorentje door Verspaget. De gemeente had het volledig in haar macht om de verplichtingen die voortvloeiden uit die overeenkomst na te komen jegens Verspaget en uitvoering te geven aan de gemaakte afspraken.

6. De gemeente sloeg echter een andere weg in. Zij besloot het Ameidetorentje niet te doen realiseren en in plaats daarvan zegde zij toe de schade te vergoeden aan Verspaget. Hoewel dat niet erg chique is en ook niet past bij het gedrag van de betrouwbare overheid, kon Verspaget daarmee leven.
7. Dat leidt dan tot de tweede overeenkomst tussen partijen, namelijk de overeenkomst waarbij de gemeente zich jegens Verspaget verplicht aan Verspaget schade te vergoeden waartegenover Verspaget zich jegens de gemeente verplicht af te zien van zijn recht op realisatie van het Ameidetorentje. Met deze overeenkomst stemt Verspaget uitdrukkelijk in en bevestigt dat ook schriftelijk aan de gemeente. Partijen hebben daarmee in ieder geval een perfecte overeenstemming bereikt over het beginsel van schadeplichtigheid.
8. De rechtbank ziet dat ook zo. Zie het eerdere citaat.
9. Dan komt de uitwerking van die overeenstemming en dan gaan de visies van partijen uiteen. Dan pas, niet eerder. Nee, dat zeg ik fout: ook dan zitten partijen in eerste instantie nog volledig op één lijn. Dat wordt pas anders zodra de schadeberekeningen van partijen uiteen lopen. De visies van partijen lopen uiteen zodra de gemeente vindt dat haar vergoedingsplicht is beperkt tot ca. 5 ton (gulden) en Verspaget meent dat dat meer zou moeten zijn. De rechtbank ziet dan geen enkele vergoedingsplicht meer en stuurt Verspaget met lege handen naar huis.
10. Dat valt niet te begrijpen. Dat valt niet uit te leggen.
11. Bij dit pleidooi ga ik in op de tussen de gemeente en Verspaget tot stand gekomen overeenkomst met betrekking tot het Ameidetorentje. Vervolgens ga ik in op de wilsovereenstemming tussen partijen om de schade van Verspaget te vergoeden. Daarbij is de gezamenlijke voorgeschiedenis van partijen van groot belang, zodat ik ook daar op inga.

Totstandkoming overeenkomst

12. Primair ben ik van mening dat het niet relevant is of nu wel of niet er een perfecte overeenkomst tot stand is gekomen ten aanzien van het Amaidetarentje. Maar als we toch even naar de historie kijken heeft het er alles van weg dat er wel een overeenkomst tot stand is gekomen. Nadat het college bij brief van 13 maart

1994 aan Verspaget heeft laten weten met hem het Ameidetorentje te willen realiseren, is een stroom van gebeurtenissen op gang gekomen:

- Het project is in planologische zin door de gemeente voorbereid;
- Verspaget heeft met Lutters Bouwbedrijven afspraken gemaakt over de realisatie en verkoop van het torentje;
- het bestemmingsplan Centrum is opgesteld;
- het Projectenboek Centrum is tot stand gekomen
- een architect is ingeschakeld voor het stedenbouwkundig ontwerp,
- etc.

zonder dat de afspraken tussen de gemeente en Verspaget overigens verder op papier werden uitgewerkt.

13. Zo ging het bij de andere projecten die Verspaget samen met de gemeente ontwikkeld heeft ook. In sommige gevallen werd er uiteindelijk zelfs helemaal niets op papier vastgelegd. Dat betekent echter niet dat Verspaget en de gemeente bij die projecten geen overeenkomst of afspraak hadden. Ook bij het Ameidetorentje staat buiten twijfel dat Verspaget én de gemeente een samenwerkingsovereenkomst hadden.
14. Verspaget en de gemeente hadden overeenstemming over de essentialia van de overeenkomst. Het te realiseren object, de plaats en de taakverdeling tussen partijen was bekend. De gemeente zou de planologische voorbereiding van de komst van het Ameidetorentje verzorgen en de publieke ruimte inrichten, onder meer met de opbrengsten die zij uit de grondverkoop zou verkrijgen. Verspaget zou voor eigen rekening en risico tot realisatie van het Ameidetorentje overgaan.
15. Ook over de door de rechtbank in het vonnis van 30 juni 2004 genoemde punten - grondkosten, taakverdeling, werkwijze en ontwerpogave - bestond overeenstemming. De grondkosten zijn genormeerd (dat staat ook in de door de gemeente overgelegde producties). Dit alles is in de memorie van grieven al toegelicht. Als hierover geen overeenstemming zou hebben bestaan zou dat overigens ook geen beletsel zijn geweest bij de verdere uitwerking van de overeenkomst. Op dit moment vindt onder leiding van Verspaget een grootschalig project plaats waarbij de ambiance in het centrum van Helmond sterk wordt verbeterd. Ook in dit project zijn deze aspecten niet uitgewerkt op papier gezet. Voor beide partijen staat ook nu vast dat sprake is van een door Verspaget ten uitvoer gebrachte overeenkomst met betrekking tot de binnenstad.

16. Dat ook de gemeente er van uit ging dat de met Verspaget ontstane relatie niet vrijblijvend was, blijkt uit diverse stukken. De gemeente hanteert in haar correspondentie van voor deze procedure immers meerdere keren de term 'bouwtoezeggingen' in verband met de aan Verspaget te betalen schadevergoeding¹ en maakt daarbij niet een keer een voorbehoud. Verspaget biedt uitdrukkelijk bewijs aan dat die bouwtoezegging daadwerkelijk is gedaan en dat er zonder meer van mocht worden uitgegaan dat uiteindelijk ook gebouwd had kunnen worden indien de gemeente geen koerswijziging had gemaakt. Verspaget meent dat te kunnen bewijzen door het horen van getuigen, in het bijzonder de betrokken wethouder(s) en de betrokken ambtenaren, alsmede door deskundigen onderzoek van de relevante juridisch planologische situatie. Overigens rust de bewijslast dat geen bouwtoezegging is gedaan, c.q. dat geen bouwtoezegging is gedaan die uiteindelijk tot een te realiseren bouwplan had kunnen leiden, bij de gemeente.
17. Ik meen echter dat dit punt uiteindelijk geen betekenis heeft voor de onderhavige procedure. Het bindende karakter van de tussen de gemeente en Verspaget gesloten overeenkomst blijkt immers al uit het feit dat de gemeente op het moment dat duidelijk werd dat het torentje niet gerealiseerd zou worden, heeft aangegeven dat zij jegens Verspaget een verplichting was aangegaan en haar schade wilde vergoeden. Dat hoeft je niet te doen als gemeente, als een en ander nog in het vrijblijvende stadium verkeerde.
18. Die uitspraak van de gemeente dat zij schadeplichtig is jegens Verspaget is niet vrijblijvend. Dat is rechtsfeit waarvan Verspaget mag en moet uitgaan. Voor die constatering is ook geen toestemming van de raad nodig.
19. Onder meer op 9 maart 2000 hebben partijen over deze verplichting van de gemeente gesproken. Het besprekingsverslag is als productie 6 bij conclusie van eis in het geding gebracht. De volgende mogelijkheden zijn toen de revue gepasseerd:
 - Het torentje alsnog realiseren (dus nakoming van de overeenkomst);
 - Schade vergoeden;
 - Een alternatieve locatie aanbieden.
20. Omdat de gemeente had aangegeven dat de politieke bereidheid om het torentje te realiseren niet meer aanwezig was, hebben partijen zich gericht op mogelijk-

¹ Zie onder meer de brief van 13 maart 1994, 29 september 1999, 9 maart 2001 en 9 juli 2001.

heid 2 en 3. Verspaget heeft daarmee ingestemd. De suggestie van de gemeente in de memorie van antwoord dat Verspaget daarmee blijk zou hebben gegeven van het feit dat er naar zijn mening geen sprake was van een overeenkomst is onjuist. Het staat een partij vrij om bij wanprestatie van de wederpartij ófwel nakoming van de overeenkomst ófwel schadevergoeding te vorderen.

Toezegging schadevergoeding

21. Partijen zijn in overleg getreden over de hoogte van de aan Verspaget toekomende schadevergoeding. In een bespreking op 6 september 1999 zijn partijen overeengekomen dat beide partijen een schadeberekening zouden opstellen, waarvoor het Projectenboek als uitgangspunt zou gelden.²
22. Verspaget biedt uitdrukkelijk getuigenbewijs aan van zijn stelling dat voor de gemeente de vraag óf er schade vergoed diende te worden aan Verspaget, een gepasseerd station was, dat de schadevergoedingsverplichting van de gemeente altijd het uitgangspunt van beide partijen is geweest en dat het Projectenboek als uitgangspunt zou dienen voor de schadeberekeningen. Daarover kunnen gehoord worden de toenmalige wethouder ruimtelijke ordening (mevrouw Jonkers-Goedhart) en Joost Verspaget (de verantwoordelijk ambtenaar), alsmede de overige gemeenteambtenaren die bij de besprekingen zijn geweest waarvan verslagen in deze procedure zijn overgelegd..
23. De gemeente schakelt voor de schadeberekening een deskundige ingeschakeld. Als tijdens een bespreking op 18 september 2000 over de door beide partijen uitgevoerde schadeberekening blijkt dat de gemeente de uitgangspunten van het Projectenboek niet helemaal heeft gevolgd, komen partijen uitdrukkelijk overeen dat de gemeente een herberekening zal uitvoeren.
24. Als de gemeente daarop aangeeft de schade van Verspaget liever in de vorm van zogenaamde compensatiepanden te willen vergoeden, is Verspaget bereid daarover mee te denken. Ook hierover gaan partijen in gesprek, maar er blijken geen geschikte compensatiepanden beschikbaar. Nog steeds twijfelt geen van beide partijen over het recht van Verspaget op schadevergoeding. Op 14 februari 2001 geeft de gemeente (de heer Joost Verspaget) aan dat zij afziet van com-

² Zie hiervoor het besprekingsverslag van de gemeente van 29 september 1999, productie 4 bij de conclusie van eis en de brief van Verspaget van 1 november 1999, productie 5 bij conclusie van eis.

pensatie van onroerend goed en alsnog tot schadevergoeding in geld zal worden overgegaan. Wederom spreken partijen af dat er alsnog een herberekening van de schade zal plaatsvinden door de gemeente en wederom wordt geen enkel voorbehoud gemaakt.

25. Op 31 mei 2001 geeft Joost Verspaget telefonisch aan dat de gemeente geen herberekening heeft uitgevoerd, maar haar eerste aanbieding (gebaseerd op onjuiste uitgangspunten) handhaaft. Over het feit dat de gemeente schadevergoeding moest betalen, bestond geen enkele twijfel.
26. Tijdens deze procedure wordt dat eerder tussen partijen buiten discussie staande uitgangspunt verlaten door de gemeente en stelt de gemeente voor het eerst dat Verspaget niet mocht vertrouwen op de mededelingen van de gemeente over de vergoeding van schade. Dat klopt natuurlijk niet.

Gang van zaken tussen partijen

27. Verspaget en de gemeente waren geen onbekenden van elkaar op het moment dat de gemeente te kennen gaf samen tot de bouw van het Ameidetorentje te willen komen. In diverse projecten hadden Verspaget en de gemeente al met elkaar samengewerkt. Veel projecten die de afgelopen twintig jaar in de binnenstad van Helmond zijn gerealiseerd zijn een product van de samenwerking tussen de gemeente en Verspaget. Bij die projecten hebben partijen een bepaalde handelwijze ontwikkeld, waarbij wederzijds vertrouwen uitgangspunt was. Zoals ik hiervoor al aangaf, werd in sommige projecten zelfs helemaal niets op papier vastgelegd.
28. De gemeente gaat in de memorie van antwoord ten onrechte voorbij aan die voorgeschiedenis en doet deze af als 'niet ter zake doende'. De voorgeschiedenis die partijen met elkaar hebben is in deze zaak echter wél van belang. Die voorgeschiedenis bepaalt voor een groot deel waarom partijen in dit geval gehandeld hebben zoals ze dat hebben gedaan. Die voorgeschiedenis bepaalt dat Verspaget er wel degelijk van mocht uitgaan dat het torentje zou worden gerealiseerd. Die voorgeschiedenis bepaalt mede dat gerechtvaardigd kon vertrouwen op de realisatie van het Ameidetorentje.
29. Verspaget biedt uitdrukkelijk bewijs aan van het feit dat voortzetting van de inspanningen van het college tot realisatie van het Ameidetorentje zouden kunnen

hebben geleid. Daartoe kunnen de betrokken wethouders en ambtenaren worden gehoord.

30. Die voorgeschiedenis waarover ik eerder sprak bepaalt ook waarom Verspaget mocht afgaan op de mededelingen van de gemeente betreffende de volmacht die Joost Verspaget daarvoor gekregen had en de wijze van afhandeling van de schadevaststelling en betaling daarvan zonder dat daartoe een officieel raadsbesluit nodig was. Die voorgeschiedenis bepaalt ook waarom Verspaget de wethouder mocht geloven toe deze schreef dat uiterlijk 13 maart 2000 of compensatieprojecten zouden worden toegezegd of een afkoopsom zou worden betaald. De voorgeschiedenis bepaalt ook waarom gemeente gebonden is door uitlatingen van haar collegeleden en haar ambtenaren.
31. De toezeggingen over het vergoeden van schade buiten de raad om waren geheel in lijn met de eerdere ervaringen van Verspaget met de gemeente Helmond. Zoals Verspaget in de memorie van grieven al heeft aangegeven, heeft zij in het verleden vaker zaken met de gemeente gedaan buiten de raad om. Bij de projecten Princenhof en Ketsegangse heeft de gemeente bijgedragen aan de kosten van aankoop van panden die voor realisatie van de projecten moesten wijken. De raad had hiervoor geen toestemming gegeven.
32. De gemeente geeft in de memorie van antwoord onder punt 32 bovendien zelf aan dat schadevergoeding in de vorm van compensatieprojecten wél buiten de raad om kan plaatsvinden en dit alleen hoefde te worden goedgekeurd door het College.
33. De door de heer Joost Verspaget (van de gemeente) gedane uitlatingen over het bestaan van een stroppenpot en de afhandeling via het seniorenconvent klonken Verspaget dan ook niet vreemd in de oren. In de gemeente Helmond worden meerdere zaken via het seniorenconvent afgedaan. De gemeente betwist het bestaan van het seniorenconvent ook niet. Joost Verspaget noch het college heeft bovendien een voorbehoud van wat voor aard ook gemaakt tijdens de gesprekken over de te betalen schadevergoeding. Hoe moest Verspaget dan voorzien dat dit keer geen regeling tot stand zou komen?
34. Verspaget heeft vernomen dat de wethouder Ruimtelijke Ordening in het exploitatiegebied centrum bevoegd is eventuele schadeclaims buiten de raad en zelfs buiten het college om af te doen. Onlangs nog heeft de wethouder zonder dat

daaraan een formeel besluit van de raad of het college aan ten grondslag lag een exploitant van een kiosk € 150.000,-- betaald in ruil waarvoor de kiosk is verwijderd.

35. In dit geval maken juist de eerdere ervaringen van Verspaget met de gemeente Helmond dat Verspaget mocht vertrouwen op de uitspraken van het college en de heer J.W. Verspaget. Als Verspaget minder bekend was geweest met de handelswijze van de gemeente Helmond, was dat vertrouwen wellicht minder groot geweest. In dit geval had Verspaget geen reden om aan de toezeggingen van de gemeente te twijfelen.
36. Ook de *herhaalde* toezegging maakt dat Verspaget op de uitspraken van de gemeente mocht vertrouwen. Er hebben vele besprekingen plaatsgevonden over de aan Verspaget te betalen schadevergoedingen en er zijn evenzovele brieven geschreven en telefoontjes gepleegd over dit onderwerp, zonder dat de gemeente in dat stadium ook maar een keer heeft aangegeven dat de raad het uiteindelijke schadebedrag nog zou moeten goedkeuren. Deze besprekingen hebben ook de nodige tijd in beslag genomen.
37. Daar komt nog bij dat de gemeente geen goede reden had om niet tot realisatie van het Ameidetorentje over te gaan. In het huidige Masterplan is immers ook voorzien in een torenbebouwing aan het Ameideplein, zodat van een werkelijke beleidswijziging geen sprake is.
38. De hiervoor geschetste omstandigheden zijn dan ook zodanig dat Verspaget heeft mogen vertrouwen op de toezeggingen van de gemeente. De toezeggingen van de gemeente omtrent het vergoeden van schade dienen voor rekening van de gemeente te komen. Ik wijs op de uitspraak van de Hoge Raad van 27 november 1992 (NJ 1993, 287) en de uitspraak van uw Hof van 9 november 1992 (NJ 1993, 311).
39. Verspaget meent dat de gemeente gebonden is aan uitspraken en gedragingen van het college en de door het college daartoe aangewezen ambtenaren omtrent de hoogte van de schadevergoeding omdat hij niet behoefde te weten dat het college daartoe niet bevoegd was. Immers in diverse besprekingen en diverse brieven had het college, c.q. hadden de desbetreffende ambtenaren de indruk laten ontstaan dat die bevoegdheid er wél was. Verspaget kan natuurlijk niet aantonen dat de bevoegdheid inderdaad aanwezig was; hij mag echter afgaan op hetgeen

hem daarover werd gezegd. De rechtbank draait de zaak om voor wat het seniorenconvent betreft. Het is aan het college om aan te tonen dat deze kwestie indien deze aan het seniorenconvent zou zijn voorgelegd, daarop gestuit zou zijn.

40. Ook wat dit betreft biedt Verspaget uitdrukkelijk bewijs aan van de gang van zaken en met name van het feit dat aan hem gezegd is dat een en ander buiten de raad om kon worden afgehandeld en dat hij mocht afgaan op hetgeen hem daarover werd verteld. Ook hierover kunnen de betreffende wethouders en betrokken ambtenaren worden gehoord.

Conclusie

41. De gemeente heeft afspraken met Verspaget geschonden. Zij is haar toezegging dat Verspaget het Ameidetorentje zou mogen bouwen niet nagekomen. Toen Verspaget dit als realiteit accepteerde, is de gemeente haar toezeggingen over de als gevolg daarvan te betalen schadevergoeding niet nagekomen. Er waren geen zwaarwegende redenen had om de toezeggingen niet na te komen. Onder deze omstandigheden mag Verspaget niet met lege handen achterblijven.
42. Ik verzoek u dan ook het vonnis te vernietigen.

Advocaat,

typ. LD
rolnr. C0401425/HE

ARREST VAN HET GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH,
tweede kamer, van 3 oktober 2006,
gewezen in de zaak van:

1. VERSPAGET BEHEER EN VASTGOED B.V.,
2. VERSPAGET PROJECTONTWIKKELING B.V.,
beide gevestigd te Helmond,
appellanten,
procureur: mr. J.E. Lenglet,

t e g e n :

DE GEMEENTE HELMOND,
zetelende te Helmond,
geïntimeerde,
- procureur: mr. G.C.G. Raymakers,

op het bij dagvaarding van 9 september 2004 ingeleide hoger beroep van het op 30 juni 2004 onder zaaknummer 73014/HA ZA 01-2421 uitgesproken vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch tussen appellanten - tezamen in enkelvoud Verspaget te noemen - als eisers en geïntimeerde - de gemeente - als gedaagde.

1. Het geding in eerste aanleg

Hiervoor verwijst het hof naar het vonnis waarvan beroep.

2. Het geding in hoger beroep

Verspaget is van voormeld vonnis tijdig in hoger beroep gekomen. Zij heeft bij memorie van grieven, onder overlegging van twee producties, vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van voormeld vonnis en toewijzing alsnog van haar vordering. De gemeente heeft bij memorie van antwoord, onder overlegging van een productie, de grieven bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van het beroepen vonnis. De partijen hebben hierna hun standpunten bij pleidooi nader doen toelichten door hun raadslieden. Beide raadslieden hebben dat gedaan aan de hand van een bij het pleidooi overgelegde pleitnota. Na afloop van de pleidooien is de zaak naar de rol verwezen. De partijen hebben vervolgens, onder overlegging van de procesdossiers uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de precieze inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1.1. De door de rechtbank onder 2 van het vonnis vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Het hof verwijst korthedshalve naar de weergave van deze feiten in het vonnis van de rechtbank.

4.1.2. In deze zaak gaat het, kort samengevat, om het volgende:

- J.M.F. Verspaget was directeur van Verspaget Projectontwikkeling B.V. en van Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. Verspaget heeft in samenwerking met de gemeente een aantal projecten ontwikkeld. Nadat in 1993 de Structuurvisie Centrum Helmond was verschenen, heeft J.M.F. Verspaget bij brief van 24 januari 1994 aan de gemeente doen blijken van zijn bijzondere interesse in het sleutelproject "het oprichten van het pleingebouw op het Van Ameideplein".
- In een brief d.d. 25 februari 1994 heeft de gemeente in antwoord op voormelde brief aan Verspaget laten weten dat zij in principe bereid waren deze samenwerking (hof: de ontwikkeling van het pleingebouw, het "Ameidetorentje") met haar aan te gaan. Deze brief is aan J.M.F. Verspaget overhandigd bij de viering van diens 25-jarig jubileum als ondernemer op 13 maart 1994. Een bericht in het Eindhovens Dagblad betreffende dit jubileum heeft als opschrift "Ameideplein laatste opdracht". Het artikel begint voorts als volgt: "Jan Verspaget heeft van de gemeente Helmond opdracht gekregen het Ameideplein opnieuw in te richten.".
- In 1998 komt er een ander college van B&W. Het nieuwe college besluit het project van het Ameidetorentje niet te realiseren. In een brief d.d. 29 september 1999 van het college van B&W aan Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. (prod. 4 concl.v.eis) wordt onder het opschrift 'Bouwtoezegging Ameideplein' gesteld: "Het College erkent dat er door het vorige College toezeggingen zijn gedaan over het realiseren van een torentje op het Ameideplein. Partijen zullen, op uw voorstel, uiterlijk 13 maart 2000 besluiten of er een compensatieproject in het centrum kan worden toegezegd

- of dat een afkoopsom wordt betaald voor de geleden schade...".
- In voormelde brief is tevens aangegeven dat beide partijen voor eigen rekening schadeberekeningen zouden uitvoeren.
 - Tussen J.M.F. Verspaget en ambtenaren van de gemeente hebben diverse bijeenkomsten plaatsgevonden. Het onder 2.5 van het vonnis van de rechtbank gerelateerde verslag van een bijeenkomst op 9 maart 2000 vermeldt dat op dat moment is gekozen voor de variant van schadevergoeding. In de onder 2.6 van het vonnis van de rechtbank vermelde brief van 9 maart 2001 (prod. 11 concl.v.eis) deelt de directeur dienst stadsontwikkeling van de gemeente (J.W. Verspaget, geen familie van J.M.F. Verspaget) mee dat er voor de schadeberekening verschillende uitgangspunten worden gehanteerd door de partijen en dat dit leidt tot een aanzienlijk verschil in de uitkomsten van deze berekeningen. Volgens deze brief is er een financieel verschil van ongeveer f 600.000,= à f 700.000,= geconstateerd.
 - de gemeente heeft zich voor haar schadeberekening gewend tot van Luyt & Van der Horst taxateurs. Door de taxateur Van der Horst is in mei 2001 een taxatierapport (prod. 3 bij concl.v.antw.). In dat rapport stelt Van der Horst de naar zijn oordeel eventuele schade op "het verschil tussen de verkoopwaarde van het totale complex na realisatie en de verkoopwaarde gronden in huidige staat vermeerderd met de investeringen die zouden moeten worden gedaan om de bouw te realiseren". Van der Horst komt op die wijze tot een totale schade van f 578.500,=.
 - Verspaget becijfert haar schade op f 1.285.000,= (prod. 17 concl.v.eis), te vermeerderen met belasting-schade van f 334.000,= (prod. 18 concl.v.eis).

4.1.3. In eerste aanleg heeft Verspaget van de gemeente vergoeding van voormelde schadebedragen gevorderd, te vermeerderen met btw indien zij deze verschuldigd zou zijn en te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 juli 1998, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum. Aan die vordering heeft Verspaget ten grondslag gelegd dat a. de gemeente haar onherroepelijk heeft toegezegd dat zij het Ameidetorentje zou mogen realiseren en de gemeente tot vergoeding van het positief contractsbelang gehouden is nu zij dit project geen door-gang heeft laten vinden en b. dat de gemeente heeft erkend tot schadevergoeding gehouden te zijn en er tussen partijen consensus was over de grondslag van de schade-berekening (het positief contractsbelang).

4.1.4. De rechtbank heeft in het beroepen vonnis, kort samengevat, overwogen:

- dat de samenwerking tussen Verspaget en de gemeente nog niet in een zodanig stadium was gekomen dat de gemeente zich niet meer terug mocht trekken uit het Ameideproject en er evenmin een stadium was bereikt dat terugtrekking zonder vergoeding van het positieve contractsbelang onaanvaardbaar was;
- dat tussen partijen weliswaar niet in geschil is dat de gemeente tot schadevergoeding verplicht is doch het geschil in rechte beperkt is tot de vraag of de gemeente tot vergoeding van het positief contractsbelang gehouden is;
- dat door de gemeente terecht is aangevoerd dat het college en de directeur dienst stadsontwikkeling niet bevoegd waren de gemeente ter zake van de toekenning van schadevergoeding te binden en de gemeente derhalve niet gebonden kan worden geacht aan uitlatingen of gedragingen van deze functionarissen over de hoogte van de schadevergoeding bij de onderhandelingen met Verspaget.

De rechtbank heeft op voormelde gronden de vordering van Verspaget afgewezen.

4.1.5. De grieven richten zich tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag liggende rechtsoverwegingen. In grief I stelt Verspaget dat de rechtbank haar vordering ten onrechte (integraal) heeft afgewezen. Met deze grief komt zij zowel op tegen het feit dat de rechtbank haar geen enkel bedrag aan schadevergoeding - ook niet een op basis van een negatief contractsbelang berekende schade - heeft toegewezen als tegen de afwijzing van haar standpunt dat zij om tweeërlei redenen aanspraak kan maken op vergoeding van het positief contractsbelang. De grieven II, III en IV behelzen concrete bezwaren tegen de gronden waarop de rechtbank haar aanspraak op vergoeding van het positief contractsbelang heeft verworpen. Grief V is gericht tegen de veroordeling van Verspaget in de proceskosten.

4.2.1. Grief I zal in elk geval tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank moeten leiden nu enerzijds de gemeente niet heeft betwist dat zij jegens Verspaget tot schadevergoeding verplicht is en Verspaget zodanige schadevergoeding vordert. Daarbij heeft Verspaget in hoger beroep uitdrukkelijk te kennen gegeven dat haar standpunt inzake de omvang van de door de gemeente te vergoeden schade (het positief contractsbelang) niet betekent dat haar vordering niet mede een op andere wijze te bepalen

schadevergoeding (zoals het negatief contractsbelang) zou behelzen.

4.2.2. Nu de grieven voor het overige de strekking hebben dat de stellingen van Verspaget over de omvang van de te vergoeden schade door het hof nader worden beoordeeld, zal het hof de grieven verder niet alle afzonderlijk bespreken. Voorts zal door het hof nog dienen te worden ingegaan op het in eerste aanleg onbesproken gelaten verweer van de gemeente dat zij alleen aan (J.M.F. Verspaget als directeur van) Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. toezeggingen heeft gedaan, zodat alleen Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. en niet Verspaget Project Ontwikkeling B.V. aanspraak op schadevergoeding heeft.

welke schade komt voor vergoeding in aanmerking

4.3.1. De toezegging die door de gemeente aan Verspaget is gedaan betreft de toezegging van de gemeente dat Verspaget van het project Ameideplein het "sleutelproject": de realisatie van een torentje op het Ameideplein voor haar rekening zou mogen nemen.

4.3.2. Het feit dat een aantal onzekere factoren aan een daadwerkelijke realisatie van het project in de weg zouden hebben kunnen staan, laat onverlet dat het project in dit geval niet om die reden niet is doorgegaan maar omdat de gemeente zelf op haar voornemen tot het doen realiseren van dit project is teruggekomen.

4.3.3. Weliswaar stond het de gemeente vrij haar beleid te wijzigen en alsnog van het project af te zien maar de door de haar begin 1994 aan Verspaget gedane toezegging bracht wel mee dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de gemeente mocht worden verwacht dat zij Verspaget voor het niet gestand doen van haar toezegging compenseerde. De gemeente betwist dat op zichzelf ook niet. Tussen partijen is alleen de mate waarin Verspaget voor het niet gestand doen van de gedane toezegging moet worden gecompenseerd in geschil.

4.3.4. Naar het oordeel van het hof stelt Verspaget zich terecht op het standpunt dat zij na de toezegging van de gemeente - behoudens andere factoren die daaraan in de weg zouden kunnen staan - in een zodanige mate op een mogen realiseren van het Ameidetorentje mocht vertrouwen dat van de gemeente een verdergaande vergoeding aan Verspaget mocht worden verwacht dan uitsluitend een vergoeding van de door Verspaget tot dan toe gemaakte kosten.

4.3.5. Dat neemt niet weg dat het standpunt van Verspaget dat haar door de gemeente volledig het positieve contractsbelang (geraamde opbrengst minus geraamde kosten) behoort te worden vergoed dient te worden verworpen. Met dat standpunt miskent Verspaget dat de gemeente geen onrechtmatig handelen kan worden verweten in het feit dat zij van het project heeft afgezien en dat het uitsluitend gaat om de vraag welke vergoeding aan Verspaget voor het niet doorgaan van het project redelijk is te achten. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat het zelfs in het geval van een al concreet verstrekte opdracht te allen tijde aan de opdrachtgever vrij staat om de opdracht op te zeggen (art. 7:408 BW) en dat in dat geval de opdrachtnemer slechts aanspraak op betaling van het volle loon kan maken indien het einde van de overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Bovendien moeten op het bedrag van het loon de besparingen die voor de opdrachtnemer uit de voortijdige beëindiging voortvloeien in mindering worden gebracht (art. 7:411 BW).

concrete afspraken over de te betalen afkoopsom?

4.4.1. Bij het pleidooi in hoger beroep heeft de heer J. Verspaget (procescoördinator centrum van de gemeente) verklaard dat de gemeente bij de onderhandelingen over de aan Verspaget te betalen afkoopsom tevens heeft laten meewegen wat Verspaget aan voordeel van het project zou hebben gehad. De door de gemeente ingeschakelde taxateur Van der Horst (Van Luyt & Van der Horst Taxateurs) heeft in zijn taxatierapport de schade van Verspaget ten gevolge van het niet doorgaan van het project eveneens op die wijze benaderd. Van der Horst heeft in zijn rapport daarover gesteld: *Naar ons oordeel bestaat de eventuele schade uit het verschil tussen de verkoopwaarde van het totale complex na realisatie en de verkoopwaarde van gronden in de huidige staat vermeerderd met de investeringen die zouden moeten worden gedaan om de bouw te realiseren.*

4.4.2. Het voorgaande staft de stelling van Verspaget dat bij de onderhandelingen tussen partijen over de te betalen afkoopsom ook aan de gemeente een vergoeding voor ogen heeft gestaan waarbij het positief contractsbelang van Verspaget werd betrokken. Naar het oordeel van het hof kan daar echter niet de verstrekkende conclusie aan worden verbonden die Verspaget daaraan wil verbinden, te weten een toezegging van de gemeente om, ongeacht de hoogte van het daarvoor te berekenen bedrag en ongeacht de bij de berekening gehanteerde uitgangspunten, aan

Verspaget een afkoopsom ter hoogte van 100% van de winst die Verspaget bij realisering van het project had kunnen behalen te vergoeden. Het feit dat berekeningen zijn uitgevoerd waarbij is uitgegaan van de winst c.q. het rendement die/dat Verspaget met het project had kunnen behalen staat er niet aan in de weg dat de gemeente het resultaat van die berekening als onredelijk en niet in overeenstemming met de door Verspaget geleden schade betwist en dat zij in de onderhavige procedure haar gehoudenheid tot vergoeding van het positief contractsbelang (alsnog) bestrijdt.

4.4.3. Het hof merkt verder op dat consensus over het feit dat schade zal worden vergoed en dat er een compensatieproject dan wel een afkoopsom zal moeten komen nog geen toezegging inhoudt over de hoogte van de afkoopsom/te vergoeden schade. Evenmin houdt consensus over de ter bepaling van de afkoopsom te maken berekeningen consensus in over de hoogte van het te betalen bedrag. Voorts was het voor Verspaget voldoende duidelijk dat over de hoogte van de afkoopsom door het daartoe bevoegde orgaan van de gemeente zou moeten worden beslist en dat in elk geval de directeur Dienst Stadsontwikkeling J.W.Verspaget, die voor de gemeente de onderhandelingen met Verspaget over de afkoopsom voerde, tot vaststelling van dat bedrag niet bevoegd was. In zijn aantekeningen van de bijeenkomst van 18 september 2001 (prod. 7 bij concl.v.eis) vermeldt J.M.F. Verspaget zelf dat eerstgenoemde Verspaget meedeelde dat hij over bedragen als door Verspaget genoemd niet zou kunnen beslissen en deze met het College zou moeten bespreken. In zijn brief d.d. 9 maart 2001 aan Verspaget (prod. 11 bij concl.v.eis) heeft voormelde directeur van de Dienst Stadsontwikkeling voorts uitdrukkelijk meegedeeld dat hij zijn in de brief geponeerde voorstel met het College van B&W had besproken en dat B&W bereid waren een dergelijk voorstel aan de Raad voor te leggen.

de vordering van Verspaget

4.5.1. Hiervoor heeft het hof al overwogen dat van een situatie waarin Verspaget zonder meer aanspraak kan maken op vergoeding van het volledige positief contractsbelang geen sprake is. Dat neemt niet weg dat naar het oordeel van het hof de door partijen bij de onderhandelingen tot uitgangspunt genomen wijze van schadeberekening voor de bepaling van een aan Verspaget te betalen redelijke vergoeding een passend uitgangspunt kan worden geacht. Door Verspaget zijn immers vanaf begin 1994 enerzijds inspanningen verricht die bij een realisatie van het project

hun beloning zouden hebben gevonden in de op het project te behalen winst, terwijl door haar anderzijds mogelijk andere projecten waarop zij winst zou kunnen behalen niet zijn ontwikkeld of ter hand genomen in verband met het aan haar toegezegde project van het Ameidetorentje.

4.5.2. Daar staat tegenover dat vanaf het moment dat de gemeente kenbaar maakte dat zij afzag van het project Verspaget aan dat project geen energie meer heeft hoeven besteden en de aan het Ameidetorentje te besteden aandacht voor andere zaken heeft kunnen aanwenden. Een volledige vergoeding van alle voordelen die Verspaget van het project verwachtte zou, mede gelet op het feit dat deze vergoeding mede een vergoeding voor thans niet meer door Verspaget te verrichten inspanningen zou hebben behelsd, neerkomen op een verdergaande vergoeding dan ter compensatie van het niet doorgaan van het project redelijk moet worden geacht. Het feit dat de gemeente wellicht tot vergoeding van de volledige winstderving bereid zou zijn geweest indien het aan winstderving berekende bedrag haar niet zou zijn tegengevallen, maakt dit niet anders. Overigens wordt in de brief d.d. 30 augustus 2000 van mr. J.A.P. Luijendijk van Meeûs van Oostrum, de eerste deskundige van de gemeente, aan de gemeente (prod. 2 bij conclusie van antwoord) het besparingsaspect wel vermeld als aspect waarmee rekening dient te worden gehouden bij de begroting van de schade die Verspaget door het niet doorgaan van het project heeft geleden.

4.5.3. Door voormelde deskundige van de gemeente is een raming gemaakt van de kosten en opbrengsten van het project, waarbij hij - na bijstelling van een kennelijke eerder genoemd hoger bedrag - komt tot een saldo van opbrengsten minus kosten van f 525.000,= (f 2.425.000,= minus f 1.900.000,=).

4.5.4. De tweede deskundige die door de gemeente is ingeschakeld, ing. M.A.J. van der Horst van Van Luyt & Van der Horst Taxateurs, komt in diens taxatierapport van 23 mei 2001, berekend naar het waardepeil per medio 1999, tot een onderhandse verkoopwaarde na realisatie van de beoogde bouwplannen van f 3.150.000,= en een onderhandse verkoopwaarde voor realisatie (aankoopprijs grond vermeerderd met de te plegen investeringen) van f 2.572.000,=. Dit resulteert in een saldo van f 578.000,=. In het als bijlage bijgevoegde rekenmodel wordt overigens een bedrag van f 578.500,= als saldo genoemd.

4.5.5. Verspaget komt tot een berekening van een totale netto opbrengst van f 5.265.000,= (resp. 4.655.000,= volgens prod. 17) en stichtingskosten van in totaal f 3.595.000,= (resp. 3.370.000,= volgens prod. 17) en begroot daarmee de misgelopen projectwinst op f 1.285.000,=. Daarbij is Verspaget voor de verkoopwaarden van kelder en begane grond - welke onderdelen zij niet zou hebben willen verkopen doch willen verhuren - uitgegaan van 13 x de door haar begrote huursommen.

4.5.6. De verschillen tussen de ramingen van Van der Horst en Verspaget worden voor een belangrijk deel veroorzaakt door een verschil in de door ieder van hen begrote opbrengsten. Van der Horst komt voor de opbrengst van de horecabedrijfsruimte op basis van de huurkapitalisatie methodiek op een bedrag van f 750.000,=, terwijl Verspaget daarvoor in totaal op een bedrag van f 1.170.000,= komt. Volgens Van der Horst (prod. 4 bij concl.v.antw.) gaat Verspaget ten onrechte van een factor 13 uit ipv van een factor 12 en gaat zij voorts uit van een te hoge huurprijs per m2. Voor de appartementen (4 appartementen van 200 m2 en 1 penthouse van 300 m2) gaat Van der Horst voorts uit van een verkoopopbrengst (inclusief 1 parkeerplaats in de kelder) van in totaal f 2.400.000,=. Verspaget gaat uit van een totaal van f 4.095.000,= (f 3.485.000,= excl. btw).

4.5.7. Van der Horst heeft in een schrijven d.d. 30 november 2001 (prod. 4 bij concl.v.antw.) de opstelling van Verspaget op een aantal punten bekritiseerd. Door Verspaget is op haar beurt een reactie van G. Lutters (Lutters Bouwbedrijven B.V.) d.d. 2 april 2002 op die reactie in het geding gebracht (prod. 27 bij repliek). Daarop is weer door Van der Horst gereageerd in een brief aan de raadsman van de gemeente van 1 augustus 2002 (prod. 1 bij dupliek). In zijn reactie van 2 april 2002 merkt Lutters op zichzelf terecht op dat de door Verspaget voor de appartementen geraamde verkoopprijs niet neerkomt op f 6.250,= per m2, zoals Van der Horst opmerkt in zijn schrijven van 30 november 2001, maar op een prijs van f 3.750,= per m2 (hof: voor de 4 appartementen, voor het penthouse komt de prijs per m2 neer op f 3.650,= per m2). Aan het verschil in de door Van der Horst enerzijds en Verspaget anderzijds berekende opbrengst voor de appartementen doet dat overigens niet af.

4.5.8. Het hof constateert dat de berekening van Verspaget op een aanmerkelijk hoger rendement op de kostprijs (bijna 36%) uitkomt dan die van Van der Horst (bijna

22,5%). Het hof constateert voorts dat een kleine wijziging in de uitgangspunten al tot een aanmerkelijk andere berekening leidt. Indien bijvoorbeeld voor de appartementen niet van een verkoopprijs van f 3.750,= per m² wordt uitgegaan maar van f 3.600,= (zoals door Van der Horst op p.11 van zijn rapport reëel geacht), vermindert dat de opbrengst voor de vier appartementen in de berekening van Verspaget al met een bedrag van f 120.000,= (800 m² x f 150,= verschil) en voor het penthouse met f 15.000,= (300 m² x f 50,=). Een berekening van de verkoopwaarde van de horecabedrijfsruimte op basis van 12 maal de huurwaarde resulteert voorts zelfs bij de door Verspaget gehanteerde huurprijzen per m² al in een f 90.000,= lagere opbrengst.

4.5.9. Mede gelet op het hypothetische karakter van een raming van de winst die Verspaget op het project zou hebben kunnen behalen, ziet het hof geen aanleiding die potentiële winst op andere wijze dan ex aequo et bono met inachtneming van de reeds voorhanden ramingen te bepalen. Het hof zal uitgaan van de door Verspaget begrote kostprijs (f 3.370.000,=) en een daarop te behalen rendement van 22,5% (f 758.250,= ofwel € 344.078,85). Daarvan uitgaande acht het hof een bedrag van € 280.000,= (ruim 80% van de geraamde potentiële winst) in de gegeven omstandigheden een redelijke vergoeding voor Verspaget voor het niet gestand doen door de gemeente van haar toezegging. Bij een vergoeding van deze omvang wordt naar het oordeel van het hof voldoende rekening gehouden met enerzijds de door Verspaget bespaarde kosten en anderzijds de omstandigheid dat de toezegging door de gemeente al begin 1994 is gedaan en de gemeente pas in 1998 op die toezegging is teruggekomen, alsmede met de omstandigheid dat vervolgens tussen partijen nog diverse besprekingen hebben plaatsgevonden en correspondentie is gevoerd in verband met de vraag hoe Verspaget voor het terugkomen door de gemeente op haar toezegging zou kunnen worden gecompenseerd.

4.5.10. Aangezien voormeld bedrag als schadevergoeding aan Verspaget zal worden toegewezen, valt niet in te zien waarom door Verspaget daarover btw verschuldigd zou zijn. Het hof zal daarom een toevoeging van die strekking bij de veroordeling achterwege laten.

de gevorderde rente

4.6.1. Verspaget heeft over het aan schadevergoeding toe te wijzen bedrag de wettelijke rente gevorderd vanaf 1 juli 1998, althans een door het hof in goede justitie te bepalen datum.

4.6.2. Voor toewijzing van de wettelijke rente zoals primair door Verspaget gevorderd is geen grond nu a. de niet nakoming van de bouwtoezegging als zodanig de gemeente niet als onrechtmatig handelen valt te verwijten en b. door Verspaget vergoeding wordt gevorderd van winst die op 1 juli 1998 nog niet zou zijn gerealiseerd.

4.6.3. Tussen partijen is na medio 1998 nog geruime tijd over de aan Verspaget te betalen vergoeding onderhandeld. Verspaget heeft harerzijds een schadeberekening aangedragen waarbij is uitgegaan van maart 2000 als peildatum (prod. 17 bij concl.v.eis).

In mei/juni 2001 zijn de partijen tot de conclusie gekomen dat hun standpunten te ver uiteenlagen. Hierop heeft Verspaget bij dagvaarding van 26 september 2001 de gemeente in rechte betrokken. Het hof zal de wettelijke rente toewijzen vanaf deze laatste datum, welke datum kan worden beschouwd als ingebrekestelling van de gemeente door Verspaget om tot betaling van de door de gemeente aan Verspaget te betalen redelijke vergoeding over te gaan.

verdere schadevergoeding?

4.7.1. Verspaget heeft naast een vergoeding voor de door haar gederfde winst vergoeding gevorderd voor het fiscale nadeel dat zij lijdt doordat zij een vergoeding zal ontvangen voor het niet kunnen realiseren van het project en niet de winst/het rendement dat zij bij realisatie had kunnen ontvangen en die zij ten dele aan de verschuldigheid van vennootschapsbelasting had kunnen onttrekken door het vormen van een herinvesteringsreserve.

4.7.2. Nu die vordering uitgaat van het door het hof verworpen standpunt van Verspaget dat haar het volledige positieve contractsbelang dient te worden vergoed, verwierpt het hof deze vordering reeds om die reden. Het hof acht het voorts, mede gelet op de door de gemeente in het geding gebrachte brieven van respectievelijk 17 januari 2002 (prod. 5 bij concl.v.antw.) en 24 juli 2002 (prod. 2 bij concl. v.dupliek) van Deloitte & Touche aan de raadsman van de gemeente, onvoldoende duidelijk of en in hoeverre Verspaget de winst die zij op het project had kunnen maken door vorming van een herinvesteringsreserve aan de heffing van vennootschapsbelasting zou hebben kunnen onttrekken. Het hof ziet mede daarom in die door Verspaget gestelde en door de gemeente gemotiveerd betwiste mogelijkheid geen aanleiding om dat mogelijke voordeel bij de bepaling van de door de gemeente te betalen rede-

lijke vergoeding te betrekken. Het hof merkt daarbij op dat bij de bepaling van de redelijke vergoeding anderszijds ook factoren die ten nadele van de door Verspaget geraamde winst zouden hebben kunnen werken (bijvoorbeeld factoren die anderszins aan de realisatie in de weg hadden kunnen staan of een instortende woningmarkt) buiten beschouwing zijn gelaten.

aan wie komt de schadevergoeding toe?

4.8.1. Het hof concludeert uit de diverse producties die door partijen zijn overgelegd dat de vraag of de ene of de andere Verspaget vennootschap dan wel beide vennootschappen als wederpartij van de gemeente had(den) te gelden niet uitdrukkelijk tussen de partijen is besproken. De brief van 25 februari 1994 die de toezegging behelst is weliswaar geadresseerd aan Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. doch richt zich in de inhoud op J.M.F. Verspaget in persoon en gaat vooral ook in op de ontwikkeling van het project. In het artikel in het Eindhovens dagblad wordt J.M.F. Verspaget genoemd als de persoon die de opdracht van de gemeente heeft gekregen. J.M.F. Verspaget wordt daarbij "projectontwikkelaar" genoemd. In het - door mevrouw Van de Mortel van de gemeente opgemaakte - verslag van de bijeenkomst van 9 maart 2000 over de bespreking tussen partijen van de vraag op welke wijze Verspaget genoegdoening zou kunnen worden geboden voor het feit dat zij het toreentje niet zou mogen realiseren (prod. 23 bij repliek) wordt Verspaget projectontwikkeling genoemd onder de aanwezigen en wordt J.M.F. Verspaget aangeduid als "de heer J. Verspaget van Verspaget projectontwikkeling B.V.". Het verslag van het gesprek d.d. 9 maart 2000 (prod. 19 bij concl. van repliek) is toegezonden aan Verspaget Projectontwikkeling B.V., terwijl een schrijven d.d. 9 maart 2001 over de bouwtoezegging Ameideplein (prod. 11 bij concl.v.eis) is geadresseerd aan Verspaget Beheer en Vastgoed B.V.

4.8.2. Gelet op het vorenstaande verwerpt het hof het verweer van de gemeente dat zij J.M.F. Verspaget alleen in diens hoedanigheid van directeur van Verspaget Beheer & Vastgoed als haar wederpartij heeft beschouwd. Nu de gemeente bij haar onderhandelingen met J.M.F. Verspaget geen duidelijk en consistent onderscheid heeft gemaakt tussen de hoedanigheid van J.M.F. Verspaget als directeur van Verspaget Beheer en Vastgoed B.V. en als directeur van Verspaget Projectontwikkeling B.V. en zij een samenwerking met Verspaget beoogde vanwege de activiteiten van de beide vennootschappen (de ontwikkeling van het project door Verspaget Projectontwikkeling B.V. en de verkoop van

de appartementen en het beheer van de commerciële ruimte door Verspaget Beheer & Vastgoed B.V.), acht het hof de vordering van beide vennootschappen gezamenlijk voor toewijzing vatbaar. Toewijzing van de schadevergoeding aan de vennootschappen gezamenlijk strookt met het feit dat de schade door elk van deze vennootschappen voor enig deel wordt geleden.

en voorts

4.9.1. Hetgeen hiervoor is overwogen betekent dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vordering van Verspaget alsnog zal worden toegewezen tot het in r.o. 4.5.9 genoemde bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 26 september 2001.

4.9.2. In de omstandigheid dat partijen over en weer op enig punt in het ongelijk zijn gesteld ziet het hof aanleiding om de proceskosten tussen partijen gedeeltelijk te compenseren. Het hof zal de gemeente veroordelen tot vergoeding van twee derde van de proceskosten van Verspaget in eerste aanleg en in hoger beroep en de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep voor het overige tussen partijen compenseren in die zin dat Verspaget de resterende eigen kosten en de gemeente geheel haar eigen kosten draagt.

4.9.3. Door Verspaget is nog uitdrukkelijk bewijs aangeboden van haar stelling dat zij ervan mocht uitgaan dat het Ameidetorentje zou worden gerealiseerd. Dit bewijsaanbod is, gelet op het voorgaande, verder niet ter zake dienende en zal om die reden worden gepasseerd. Hetzelfde geldt voor het aanbod van Verspaget tot bewijs van haar stelling dat beide partijen steeds van een schadevergoedingsverplichting van de gemeente zijn uitgegaan en dat het uitgangspunt van partijen is geweest dat het projectenboek bij de schadeberekening als uitgangspunt zou dienen.

5. De beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van 30 juni 2004 waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt de gemeente om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Verspaget een bedrag van € 280.000,= (TWEEHONDERDTACHTIGDUIZEND EURO) te betalen, te vermeerderen

met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 26 september 2001;

wijst het door Verspaget meer of anders gevorderde af;

veroordeelt de gemeente om aan Verspaget twee derde deel van de proceskosten van Verspaget in eerste aanleg en in hoger beroep te vergoeden, welke proceskosten tot op heden aan de zijde van Verspaget in totaal worden begroot op € 3.695,85 aan verschotten en € 4.448,= aan salaris procureur in eerste aanleg en op € 5.739,40 aan verschotten en € 11.685,= aan salaris procureur in hoger beroep;

compenseert de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep voor het overige tussen de partijen;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van Schaik-Veltman, Venhuizen en Van der Molen en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van 3 oktober 2006.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier w.g. de rolraadsheer
VOOR GROSSE / ~~AFSCHRIJF~~

Afgegeven aan: proc. app. / geintim.: *mr. G. C. G. Roymakers*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *3 - 10 - 2006*

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the griffier or rolraadsheer.