

Rechtbank  
te Zutphen

Datum zitting: 24 februari 2010  
Rolnummer: 2010 / 0778

**CONCLUSIE VAN ANTWOORD IN HET INCIDENT EX ARTIKEL 223 RV**

inzake

**Gemeente Nunspeet,**

een publiekrechtelijke rechtspersoon zetelend te Nunspeet ("**de Gemeente**"),  
gedaagde,  
advocaten: mrs. V.H. Affourtit en R.D. Lubach, te Amsterdam

tegen:

**1. Wabu Holding B.V. ,**

een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gevestigd en  
kantoorhoudend te Nunspeet ("**Wabu**"), en

**2. Delício B.V.,**

een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gevestigd en  
kantoorhoudend te Nunspeet ("**Delício**"),

eiseressen,

advocaat: mr. A. Hofman, te Barneveld

## 1. Inleiding

- 1.1. Gedaagde (hierna te noemen: "de Gemeente") heeft kennis genomen van de inleidende dagvaarding van 11 december 2009 van eiseressen (hierna ook wel gezamenlijk te noemen "Delício") en wenst tegen de daarin verwoorde stellingen in het incident als volgt verweer te voeren. De Gemeente ontkent al hetgeen Delício in de dagvaarding heeft gesteld, tenzij enige stelling in het hiernavolgende uitdrukkelijk wordt erkend. De Gemeente heeft bij collegebesluit van 18 januari 2010 besloten tegen de vorderingen van Wabu Holding B.V. en Delício B.V. verweer te voeren (**productie 1**).
- 1.2. De Gemeente en Delício (de heer M. Waterman en mevrouw E.E. Waterman-Budding) zijn verwickeld in een geschil inzake de vestiging van een permanente horecavoorziening op het zogenoemde VeluweTransferium ("VT"). Blijkens de dagvaarding stelt Delício zich op het standpunt dat de Gemeente toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van een tussen de Gemeente en Wabu en Delício gesloten erfpachtovereenkomst. Voorts zou de Gemeente toerekenbaar onrechtmatig tegenover Delício hebben gehandeld, door (aanvankelijke) verlening van een met het bestemmingsplan strijdige bouwvergunning en de opname van een bouwplicht in de genoemde erfpachtovereenkomst. Delício stelt hierdoor schade te hebben geleden en begroot deze schade op ten minste € 588.553.
- 1.3. Delício heeft de rechtbank gevraagd bij wijze van provisionele eis in een incident ex artikel 223 Rv, uitvoerbaar bij voorraad, de Gemeente te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 100.000, als voorschot op een door de Gemeente aan Delício uit te keren schadevergoeding, met veroordeling van de Gemeente in de kosten van het incident.
- 1.4. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat de provisionele eis niet kan worden toegewezen, althans wegens gebrek aan (spoedeisend) belang moet worden afgewezen, omdat redelijkerwijs van Delício kan worden gevergd de afloop van de bodemprocedure af te wachten. Ook is de Gemeente van mening dat zij niet aansprakelijk is tegenover Delício, noch uit hoofde van wanprestatie, noch uit hoofde van een toerekenbare onrechtmatige daad, en dat op haar geen verplichting rust de gestelde schade van Delício te vergoeden. De Gemeente licht haar verweer in het navolgende toe.

**A. FORMEEL VERWEER****2. Geen samenhang met hoofdvordering**

- 2.1. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat de provisionele eis van Delício tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding moet worden afgewezen wegens het ontbreken van samenhang met de hoofdvordering in de zin van artikel 223 lid 2 Rv, hetgeen een minimumvereiste is voor toewijzing van een provisionele eis.
- 2.2. In de hoofdzaak wordt (onder meer) een verklaring voor recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd. Een provisionele eis is echter een voorlopige voorziening voor de duur van het geding (een tijdelijke maatregel). Bij vonnis in de hoofdzaak zal hoe dan ook geen bedrag worden toegewezen, waarmee het voorschot zal kunnen worden verrekend. De provisionele eis van Delício is daarmee in wezen een definitieve eis tot schadevergoeding. Het spreekt voor zich dat een incident ex artikel 223 Rv hier niet voor bedoeld is en dat de vereiste samenhang tussen provisionele eis en hoofdvordering hiermee ontbreekt.

**3. Geen (spoedeisend) belang**

- 3.1. De Gemeente stelt zich voorts op het standpunt dat de provisionele eis tot betaling van een voorschot van € 100.000 op de (eventuele) schadevergoeding moet worden afgewezen wegens het ontbreken van voldoende (spoedeisend) belang van Delício in de zin van artikel 3:303 BW.<sup>1</sup> Van Delício kan redelijkerwijs worden verwacht dat zij de afloop van de hoofdzaak afwacht om te bezien of de Gemeente überhaupt aansprakelijk is en of zal worden verwezen naar de schadestaatprocedure.
- 3.2. Hierbij speelt ook een rol dat in het geheel nog niet vaststaat dat in de hoofdzaak de gevraagde verklaring voor recht zal worden gegeven en aansprakelijkheid van de Gemeente tegenover Delício zal worden aangenomen. De provisionele eis is immers ingesteld bij inleidende dagvaarding, waardoor de Gemeente tot op heden geen inhoudelijk verweer heeft kunnen voeren. Ook is de rechtbank nog niet in de gelegenheid geweest op onderdelen van het geschil een definitieve eindbeslissing te geven en zal naar verwachting nog het nodige bewijs moeten worden geleverd. Er is dan ook geen reden om op de uitkomst van de hoofd- en de (eventuele) schadestaatprocedure te prejudiciëren door al op dit moment in de procedure een voorschot van een dergelijke omvang toe te kennen. Het zij hier

---

<sup>1</sup> Uit artikel 3:303 BW, gelezen in samenhang met artikel 63 en 50 van de Wet RO en artikel 254 Rv, volgt dat bij een provisionele vordering ex artikel 223 Rv het vereiste van een voldoende spoedeisend belang wordt gesteld. Zie tevens: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (Van Maanen), Deventer 2008, art. 223, aantekening 2c en Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2008, *JPBR* 2008, 32, m.nt. Den Besten, onder 4.

herhaald dat het provisioneel gevorderde, gezien het petitum in de dagvaarding, in de hoofdzaak hoe dan ook niet kan worden toegewezen. Om deze reden ontbreekt op voorhand het belang van Delício bij haar provisionele eis.<sup>2</sup>

- 3.3. Delício voert aan dat zij dringend behoefte heeft aan een voorschot op de schadevergoeding, nu haar liquiditeitspositie zodanig zou zijn dat de continuïteit van de door Delício gedreven onderneming in gevaar zou komen. Ook zou zij in toenemende mate problemen ondervinden om aan haar lopende financiële verplichtingen te voldoen. Deze stellingen onderbouwt Delício blijkens productie 11 bij dagvaarding, naar de Gemeente begrijpt, met (1) een ongedateerd rekeningoverzicht, kennelijk afkomstig van de internetpagina van de Rabobank, (2) een tweetal fragmenten van afschriften uit de grootboekadministratie van Delício met een overzicht van crediteuren en debiteuren en (3) afschriften van een viertal aanmaningen van crediteuren en een betalingsregeling met Nuon. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat deze 'bewijsstukken' de stellingen van Delício niet ondersteunen.
- 3.4. Dat de grens van de aan Delício verstrekte kredietfaciliteit bijna zou zijn bereikt, blijkt niet uit het ongedateerde rekeningoverzicht, waarop ook niets over een aan Delício verstrekte kredietfaciliteit en de hoogte daarvan is te vinden. Uit het rekeningoverzicht zou enkel afgeleid kunnen worden dat op enig moment Delício B.V. uit een rekening-courant verhouding een negatief saldo had van ruim € 26.000 en Wabu Holding B.V. uit een rekening-courant verhouding een positief saldo had van ruim € 500. Wanneer (op welke peildatum) deze saldi zijn bereikt is niet duidelijk. Bij gebrek aan wetenschap betwist de Gemeente dan ook dat Delício nauwelijks meer kredietruimte zou hebben en dat haar financieringslasten (te) hoog zouden zijn. Zelfs al zou een (gestelde) kredietfaciliteit van Delício bij de Rabobank bijna zijn bereikt, dan nog geldt niet dat daarmee de continuïteit van de bedrijfsvoering van Delício in gevaar zou zijn. Daarbij komt dat gesteld noch gebleken is dat Delício voor haar financiering uitsluitend afhankelijk is van de Rabobank.
- 3.5. Ook voor het genoemde (slechts fragmentarisch met stukken onderbouwde en daardoor nauwelijks verifieerbare) crediteuren- en debiteurenoverzicht geldt dat hieruit nog niet volgt dat Delício's liquiditeitspositie zodanig is dat daarmee haar bedrijfsvoering in gevaar is. Kennelijk wordt de (gestelde) nood bij Delício (vooral) veroorzaakt door de hoge post handelscrediteuren over het boekjaar 2009. Als die niet voortvloeit uit de verleende bouwvergunning, dan wordt de (gesteld) preciaire financiële positie van Delício dus veroorzaakt door buiten de Gemeente

<sup>2</sup> HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113; Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2008, *JPBR* 2008, 32, m.nt. Den Besten.

staande factoren. Het spreekt voor zich dat de Gemeente daarvoor niet hoeft op te draaien. Nu bij toewijzing van het voorschot waarschijnlijk als eerste de handelscrediteuren van Delício zullen worden voldaan, loopt de Gemeente aldus een meer dan aanzienlijk restitutierisico. Ook om deze reden moet de provisionele eis worden afgewezen.

- 3.6. Dat Delício niet of nauwelijks heeft aangetoond dat haar bedrijfsvoering in gevaar is als gevolg van publiekrechtelijk handelen van de Gemeente volgt ook uit de overgelegde aanmaningen die niet meer dan enkele duizenden euro's bedragen en de betalingsregeling met Nuon, waarbij per maand € 676 is verschuldigd. Hieruit blijkt in elk geval niet dat een voorschot van € 100.000 op een (eventuele) schadevergoeding na afloop van de hoofdzaak en een eventuele schadestaat-procedure is gerechtvaardigd. Het gevraagde voorschot is dan ook buitensporig hoog.
- 3.7. De enkele omstandigheid dat Delício naar eigen zeggen in de achterliggende jaren omvangrijke (investerings)kosten heeft moeten maken, zonder daartegenover staande adequate inkomsten, is onvoldoende om een veroordeling van de Gemeente tot betaling van het voorschot te rechtvaardigen. Daarbij miskent Delício immers dat zij een eigen ondernemersrisico heeft, op grond waarvan investeringen in verhouding moeten staan tot redelijkerwijs te verwachten inkomsten. Nu Delício (achteraf gezien wellicht te hoge) investeringen heeft gedaan, terwijl de bouwvergunning nog niet onherroepelijk was, kunnen de gevolgen hiervan niet worden afgewenteld op de Gemeente. In het hiernavolgende gaat de Gemeente hier verder op in.
- 3.8. De Gemeente wijst erop dat Delício haar bedrijf (een kookstudio en cateringbedrijf), na medewerking daartoe van de Gemeente, sinds 15 juli 2008 exploiteert vanuit een pand aan de Hullerweg 107A in Nunspeet. Delício is volop actief, ontplooit nieuwe activiteiten, doet investeringen en maakt reclame, onder meer op haar website (**productie 2**). Ook is Delício onlangs nog geselecteerd voor een samenwerking met het landelijke bedrijf Mona Desserts (**productie 3**). Hieruit blijkt in elk geval niet van een bedrijf dat 'op omvallen' zou staan.
- 3.9. Voorts merkt de Gemeente op dat Delício in de afgelopen periode meerdere malen (onder meer tijdens voortgangsbesprekingen bij de Gemeente, maar ook in diverse correspondentie) bij de Gemeente het argument heeft gebezigd dat zij niet meer in staat zou zijn de financiële gevolgen van de investering in de horecavoorziening op het VT te dragen. De doemscenario's die Delício schetst zijn tot op heden kennelijk uitgebleven, omdat het bedrijf tot op de dag van vandaag, zoals is gebleken, volop actief is.

- 3.10. Tot slot voegt de Gemeente daaraan toe dat Delício na de eerste aansprakelijkstelling nog meer dan een jaar heeft gewacht met het aanhangig maken van een procedure en het in rechte vorderen van een (voorschot op de) schadevergoeding. De thans opgevoerde schadeposten waren in december 2008 ook al aan de orde. Dit maakt de urgentie van het voorschot op de (eventuele) schadevergoeding eens te meer niet aannemelijk.
- 3.11. Uit het voorgaande volgt dat de provisionele vordering van Delício bij incidenteel vonnis moet worden afgewezen.

## **B. MATERIEEL VERWEER**

### **4. Geen aansprakelijkheid Gemeente**

- 4.1. Mocht de rechtbank niet reeds wegens het ontbreken van de noodzakelijke samenhang met de hoofdzaak, het aanzienlijke restitutierisico of het ontbreken van een voldoende (spoedeisend) belang de provisionele vordering van Delício afwijzen, dan geldt dat de vordering ook moet worden afgewezen, omdat niet aannemelijk is gemaakt dat in de hoofdzaak de Gemeente aansprakelijk zal worden geacht voor de gestelde schade van Delício.

#### Relevante feiten en omstandigheden

- 4.2. Sinds enkele jaren kent de Gemeente een voorziening voor toeristen die bij een bezoek aan de Veluwe willen overstappen van gemotoriseerd of openbaar vervoer op recreatief vervoer, het eerdergenoemde VeluweTransferium ("VT"). Het VT is in 2002 gerealiseerd op gemeentegrond nabij het NS-station van Nunspeet.
- 4.3. Omdat vestiging van een permanente horecavoorziening niet mogelijk was, heeft de Gemeente vanaf 2002 getracht ondernemers (waaronder Delício) te interesseren voor de inname van een tijdelijke horecastandplaats op het VT. De interesse aan ondernemerszijde hiervoor was niet groot. Delício heeft de Gemeente laten weten geen mogelijkheden te zien voor exploitatie. Voor de jaren 2003 en 2004 is een standplaatsvergunning voor een mobiel verkooppunt verleend aan een andere ondernemer. In de jaren 2006 en 2008 heeft de Gemeente Delício onder voorwaarden toestemming verleend voor het gebruik van het aanwezige paviljoen voor het exploiteren van een tijdelijke horecavoorziening.
- 4.4. In het najaar van 2004 is het planologisch regime voor het VT gewijzigd. In het "Bestemmingsplan Veluwetransferium" (**productie 4**) is de realisatie van een permanente horecavoorziening op het VT mogelijk gemaakt.

- 4.5. Artikel 3 lid 1 sub e bepaalt dat de op de plankaart als "Transferium" aangewezen gronden zijn bestemd voor *"horeca, met uitzondering van automatenhallen, dancings en discotheken"*. Artikel 3 lid 1 sub f bestemt de gronden tevens voor *"dienstverlening en detailhandel, zoals fietsverhuur, educatie, voorlichting en verkoop van produkten / goederen in de sfeer van toerisme en recreatie."*
- 4.6. Artikel 3 lid 3 sub d bepaalt dat de gezamenlijke oppervlakte van gebouwen ten dienste van horeca binnen het bestemmingsvlak niet meer dan 300 m<sup>2</sup> mag bedragen. Artikel 3 lid 3 sub e bepaalt dat de gezamenlijke oppervlakte van gebouwen ten dienste van dienstverlening en detailhandel binnen het bestemmingsvlak niet meer dan 450 m<sup>2</sup> mag bedragen.
- 4.7. Op 18 november 2004 (**productie 5**) heeft het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente ("het College") besloten om tot een vestiging van een permanente horecavoorziening te komen. De gemeentelijke rol was voorwaardenscheppend en faciliterend: uitwerking en realisatie van de plannen zou plaatsvinden door marktpartijen.
- 4.8. In februari 2005 heeft Delício op eigen initiatief een exploitatievisie c.q. ondernemingsplan (**productie 6**) aan de Gemeente overhandigd voor de vestiging van een permanente horecavoorziening op het VT. Delício was in het kader van haar verhuis- c.q. groeiplannen op zoek naar een nieuwe vestigingsplek in de gemeente (**productie 6**, p. 1).
- 4.9. Bij besluit van 20 september 2005 (**productie 7**) heeft het College besloten om de vestiging van een permanente horecagelegenheid op het VT voor te bereiden. De kernpunten van het besluit waren:
- a. de grond zal in erfpacht worden uitgegeven met daarop een opstalrecht;
  - b. de horecavoorziening moet voldoen aan de publiekrechtelijke eisen, zoals deze zijn opgenomen in de planvoorschriften.
  - c. de horecavoorziening moet voldoen aan de privaatrechtelijke eisen, zoals opgenomen in het handboek Veluwetransferium (**productie 8**).
  - d. marktpartijen worden middels een advertentie opgeroepen een ondernemingsplan in te dienen. De plannen zouden worden beoordeeld door een beoordelingscommissie. Na advies van de commissie zou het College een definitief gunningsbesluit nemen.
- 4.10. Op 27 september 2005 is de bedoelde advertentie verschenen op de gemeentepagina in een huis-aan-huisblad (**productie 9**), waarin ondernemers worden uitgenodigd om voor 1 november 2005 een ondernemingsplan te dienen. De door

het College gestelde publiekrechtelijke en privaatrechtelijke eisen zijn opgenomen in een informatiebrochure (**productie 10**).

- 4.11. Op 26 oktober 2005 heeft Delício haar ondernemingsplan op hoofdlijnen ingediend (**productie 11**). Het exploiteren van een horecavoorziening op het VT paste in de verhuis- en groeiplannen van het bedrijf, en was zelfs in verband met de sloop/herontwikkeling van haar toenmalige locatie (Veluweoord, Molijnlaan 1) volgens Delício "een must". De Gemeente voegt hieraan toe dat het bestaande huurcontract van Delício afliep, zodat Delício nieuwe huisvesting nodig had. De kernactiviteiten van Delício zijn catering, kookstudio en evenementenorganisatie. Bij het ondernemingsplan was gevoegd een schetsmatige opzet van het te bouwen horecapand. Over de grootte van dit pand wordt in het ondernemingsplan opgemerkt:

*"Gezien de uitbreiding met de dagzaak alsmede de wens tot grotere keuken/kookstudio capaciteit kan een bouwblok van 300 m2 voldoen mits er (gedeeltelijk) middels een kelder plus verdieping aanvullende meters beschikbaar komen. Gezien de goot- en nokhoogte van het vigerende bestemmingsplan is een zolder in atelier-stijl een mogelijkheid. Het potentieel aan BVO zou dan 500 m2 kunnen bedragen."*

- 4.12. Op basis van het voornoemde ondernemingsplan en op advies van de door de Gemeente ingestelde beoordelingscommissie, heeft het College op 13 december 2005 (**productie 12**) besloten het gebruik van de grond aan Delício te gunnen, onder voorbehoud van de resultaten van de nog te voeren onderhandelingen. In het kader van deze onderhandelingen hebben in de loop van 2006, voor zover de Gemeente heeft weten te achterhalen, enkele (telefonische) gesprekken plaatsgevonden tussen de heer Waterman en vertegenwoordigers van de Gemeente.
- 4.13. De Gemeente wijst erop dat Delício pas elf maanden na het gunningsbesluit, op 27 november 2006, de definitieve schetsen voor een horecavoorziening (**productie 13**) heeft getoond. Dit plan week behoorlijk af van het ondernemingsplan van oktober 2005, op grond waarvan het College het gebruik van de grond onder voorbehoud had gegund. In de schetsen was een netto oppervlakte van 522 m<sup>2</sup> berekend, waarvan 288 m<sup>2</sup> aan horeca-functies en 234 m<sup>2</sup> aan educatie en niet-horeca functies. De totale grondbehoefte was ten opzichte van het eerdere plan substantieel verhoogd, van 570 m<sup>2</sup> naar 900 m<sup>2</sup>. Dit kwam voor de Gemeente onverwacht.
- 4.14. Het College heeft op 12 december 2006 (**productie 14**) de op 27 november 2006 ontvouwde plannen in hoofdlijnen positief beoordeeld en besloten in overleg de privaatrechtelijke eisen en de eisen van de welstandscommissie verder uit te



werken om te komen tot het sluiten een erfpachtovereenkomst (privaatrechtelijk traject) en een bouwvergunning (publiekrechtelijk-planologisch traject).

- 4.15. Hoewel tijdens het voortraject de (globale) plannen van Delício, voor zover dat mogelijk was, beoordeeld zijn tegen de achtergrond van de planvoorschriften, vond de uiteindelijke toets aan de planvoorschriften van het bestemmingsplan plaats na indiening van de bouwaanvraag in maart 2007. In het hiernavolgende wordt het publiekrechtelijk-planologische traject nader beschreven.

#### *Privaatrechtelijk traject (erfpacht en opstal)*

- 4.16. Conform het besluit van 20 september 2005 en na de gunning onder voorwaarden aan Delício heeft de Gemeente – parallel aan het hierna te schetsen planologische traject – voorbereidingen getroffen voor het uitgeven van de grond in erfpacht en het vestigen van een opstalrecht en daartoe met Delício onderhandelingen gevoerd.
- 4.17. Op 3 april 2007 heeft het College een concept-erfpachtovereenkomst vastgesteld, waarbij op verzoek van Delício de boetebepaling is gewijzigd en de erfpachttermijn is gewijzigd in vijftig jaar. De privaatrechtelijke eisen die zijn gesteld in de gunningsprocedure op basis van het Handboek Veluwetransferium (**productie 8**) zijn daarbij opgenomen in de overeenkomst.
- 4.18. Op aandringen van de heer Waterman hebben de Gemeente als eigenaar-erfverpachter en Wabu Holding B.V. als erfpachter op 28 november 2007 een overeenkomst gesloten tot uitgifte in erfpacht en vestiging van een opstalrecht ten behoeve van de vestiging van een horecavoorziening op het VT (**productie 15**). De erfpachtcanon is bepaald op € 12.900 (te vermeerderen met BTW) per kalenderjaar, per maandelijkse termijn bij vooruitbetaling te voldoen. Voor het jaar 2008 is de helft van de jaarlijkse canon verschuldigd. De hoogte van de canon wordt jaarlijks geïndexeerd op basis van het CBS-consumentenprijsindexcijfer voor alle huishoudens (2007=100).
- 4.19. De notaris heeft op 31 december 2007 de akte uitgifte in erfpacht gepasseerd en doen inschrijven in de openbare registers.

#### *Publiekrechtelijk-planologisch traject*

- 4.20. Op 26 maart 2007 heeft Delício een bouwvergunning aangevraagd voor het oprichten van een culinair centrum op het VT (**productie 16**).
- 4.21. Vanwege de gewijzigde plannen van Delício is de bouwlocatie medio mei / juni 2007 in overleg met Delício verschoven.
- 4.22. Na een positief advies van de welstandscommissie heeft het College op 12 juli 2007 aan Delício een reguliere bouwvergunning verleend (**productie 17**). Bij de

bouwvergunning waren gevoegd de voorwaarden en algemene informatie. Hierin is opgenomen:

*“Als u gebruik maakt van de vergunning voordat de bezwarentermijn is verstreken of een eventueel bezwarentermijn is verstreken of een eventueel bezwaar of nader beroep is afgehandeld, handelt u op eigen risico en kunt u, bij daadwerkelijke vernietiging achteraf van de vergunning, de gemeente niet aansprakelijk houden.”*

- 4.23. Op 24 juli 2007 heeft de heer Jung, directeur van het naast het VT gelegen Landgoedhotel Vennendal, bezwaar gemaakt tegen de bouwvergunning en een verzoek om voorlopige voorziening ingediend (**productie 18**). Het bezwaar zag enerzijds op de aard van het bedrijf en het voorziene gebruik dat in strijd zou zijn met het bestemmingsplan en anderzijds op de vergunde locatie (in de groenstrook voor het hotel).
- 4.24. De voorzieningenrechter Zutphen heeft bij uitspraak van 16 augustus 2007 (**productie 19**) het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter konden zowel de cateringactiviteiten als de kookstudio worden aangemerkt als een ten dienste van de dagrecreatieve voorzieningen staande activiteit in de zin van de planvoorschriften. Gesteld noch gebleken was volgens de voorzieningenrechter dat het bouwplan in strijd zou zijn met de bebouwingsvoorschriften (hoogte, oppervlakte). Ook de vergunde locatie was niet in strijd met het bestemmingsplan.
- 4.25. Met overname van het advies van de Commissie Bezwaarschriften heeft het College op 19 oktober 2007 het bezwaar van de heer Jung ongegrond verklaard (**productie 20**). Tegen de beslissing op bezwaar is namens de heer Jung tijdig beroep ingesteld bij de rechtbank (**productie 21**).
- 4.26. Bij e-mail van 19 oktober 2007 (**productie 22**) heeft Delício de Gemeente verzocht om de kavel op het VT zo spoedig mogelijk bouwrijp te maken. In november – december 2007 is de kavel bouwrijp gemaakt.
- 4.27. Omdat de door de heer Jung ingediende bezwaren voornamelijk betrekking hadden op de situering van de horecavoorziening, is de bouwlocatie in overleg met Delício aangepast en 11 meter in noordwestelijke richting verplaatst. Anders dan Delício stelt, heeft de Gemeente dus wel degelijk in overleg getracht tegemoet te komen aan de bezwaren van de heer Jung wat betreft de locatie van het bouwplan. Op 2 januari 2008 heeft het College besloten om overeenkomstig de aanvraag vergunning te verlenen voor het gewijzigd uitvoeren van de op 12 juli 2007 verleende bouwvergunning (**productie 23**). Omdat Delício na de gewijzigde vergunning de bouwwerkzaamheden hervatte, heeft de heer Jung op 7 januari 2008

nogmaals een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend en verzocht de verleende bouwvergunning te schorsen.

- 4.28. Bij uitspraak van 5 februari 2008 heeft de Voorzieningenrechter de bouwvergunning geschorst (**productie 24**), omdat in het bouwplan de volgens de planvoorschriften maximale oppervlakte voor de horecafunctie (300 m<sup>2</sup>) en de dienstverlening (450 m<sup>2</sup>) zou worden overschreden en omdat niet zou worden voldaan aan de parkeernorm op grond van de Bouwverordening. Naar het voorlopig oordeel van de Voorzieningenrechter was het besluit van het College op beide punten ontoereikend gemotiveerd.
- 4.29. Hierop zijn in overleg met Delício voorbereidingen getroffen voor de beroepsprocedure en is door de Gemeente extern juridisch advies gevraagd. Mede naar aanleiding van dit advies is op 6 juni 2008 door het College besloten de beslissing op bezwaar van 19 oktober 2007 in te trekken en na heroverweging opnieuw op het bezwaar te beslissen. De reeds geplande zitting in de beroepsprocedure bij de Rechtbank Zutphen is in overleg met Delício niet doorgegaan.
- 4.30. In de zomer van 2008 is door de Gemeente in overleg met haar adviseurs bezien in hoeverre het mogelijk was het bouwplan van Delício en de voorgenomen activiteiten alsnog planologisch in te passen, bijvoorbeeld door middel van een vrijstelling. Na uitvoerig (intern) beraad bleek dit niet haalbaar. Ook namens de heer Jung is bij brief van 1 augustus 2008 aan de gemeenteraad (**productie 25**) bezwaar gemaakt tegen het voeren van een vrijstellingsprocedure.
- 4.31. Op 16 september 2008 heeft het College besloten om in te stemmen met een scenario van terugkeer naar de basisuitgangspunten van het VT (horecavoorziening ten dienste van de dagrecreatie met een maximale oppervlakte van 300 m<sup>2</sup>).
- 4.32. Bij brief van 2 oktober 2008 (**productie 26**) is Delício uitgenodigd om gemotiveerd aan te geven of er in haar visie nog mogelijkheden waren om het bouwplan planologisch in te passen, dan wel zich bereid te verklaren om alsnog een daghorecavoorziening op het VT te bouwen en te exploiteren conform de uitgangspunten van het bestemmingsplan. Hierna is veelvuldig overleg gevoerd tussen de Gemeente en Delício en haar juridisch adviseur.
- 4.33. Bij besluit van 31 december 2008 (**productie 27**) heeft het College het bezwaar van de heer Jung alsnog gegrond verklaard en de bouwvergunning van 12 juli 2007 (zoals gewijzigd op 2 januari 2008) geweigerd.

## *Schadeclaim Delício*

- 4.34. Tijdens een bespreking op 12 november 2008 naar aanleiding van de voorgenomen beslissing op bezwaar heeft Delício haar schade als gevolg van de gang van zaken met betrekking tot het VT becijferd op € 479.131,25.
- 4.35. Bij brieven van 10 december 2008 (**productie 28**), 6 februari 2009 (dagvaarding, productie 7) en 19 mei 2009 (dagvaarding, productie 8) heeft Delício de Gemeente formeel aansprakelijk gesteld voor de schade.
- 4.36. Bij brief van 17 juli 2009 (dagvaarding, productie 9) heeft de aansprakelijkheidsverzekeraar van de Gemeente aansprakelijkheid van de Gemeente afgewezen.
- 4.37. Bij brieven van 3 augustus 2009 en 11 augustus 2009 (**producties 29 en 30**) hebben partijen op elkaars stellingen gereageerd, maar zijn zij niet nader tot elkaar gekomen.
- 4.38. Op 11 december 2009 heeft Delício de Gemeente doen dagvaarden en de onderhavige procedure ingeleid.

## Partijen en grondslag vordering

- 4.39. De eisers, Wabu Holding B.V. en Delício B.V., stellen de Gemeente aansprakelijk, zowel op grond van wanprestatie (een toerekenbaar tekortschieten) in de nakoming van de erfpachtovereenkomst als op grond van onrechtmatig handelen bij de verlening van de bouwvergunning.
- 4.40. De Gemeente merkt allereerst op dat slechts Wabu Holding B.V. partij is bij de erfpachtovereenkomst. Een eventueel toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de erfpachtovereenkomst van de Gemeente tegenover Delício B.V. kan dan ook op voorhand niet worden aangenomen. Aan de andere kant heeft Delício B.V. de bouwvergunning aangevraagd, zodat de handelwijze van de Gemeente terzake van de vergunningverlening hoe dan ook niet onrechtmatig is tegenover Wabu Holding B.V.
- 4.41. Het door Wabu Holding B.V. in de dagvaarding gestelde onrechtmatig handelen – wat daar verder ook van zij – betreft derhalve geen onrechtmatig handelen jegens Wabu Holding B.V. Naamloze en besloten vennootschappen zijn immers rechtspersonen die zelfstandig, als drager van eigen rechten en verplichtingen, aan het rechtsverkeer deelnemen.
- 4.42. Voor zover er al sprake zou zijn van gelieerde vennootschappen, geldt dat een beweerde onrechtmatige daad tegen een gelieerde vennootschap om die reden nog niet betekent dat onrechtmatig tegen de vennootschap zelf is gehandeld, zo

volgt uit het arrest *Poot / ABP*.<sup>3</sup> Weliswaar was in dit arrest sprake van een moedervennootschap die een vordering uit onrechtmatige daad instelde wegens schade toegebracht aan een dochtervennootschap, maar de Hoge Raad heeft (mede) in dit arrest principieel beslist dat strak moet worden vastgehouden aan het beginsel dat iedere vennootschap een zelfstandig rechtssubject is en daarom slechts voor de door haar geleden schade een vordering in rechte aanhangig kan maken.<sup>4</sup>

- 4.43. Het is de Gemeente ook niet duidelijk wie van de beide vennootschappen welke schade heeft geleden. Deze onduidelijkheid wordt versterkt doordat in de dagvaarding enerzijds wordt gesteld dat de (voorgenomen) exploitatie van de onderneming plaatsvindt door Delício B.V. en anderzijds wordt opgemerkt dat de vermogensaanwas plaatsvindt bij Wabu Holding B.V. Dat het voorgaande voor de beoordeling van het geschil niet zou uitmaken, zoals Delício onder nummer 28 van de dagvaarding betoogt, kan de Gemeente niet volgen. Het ligt op de weg van Wabu Holding B.V. en Delício B.V. om hierover opheldering te verschaffen en in elk geval een deugdelijke schade-opstelling in het geding te brengen, uitgesplitst naar vennootschap en soort schade. Het thans overgelegde schade-overzicht is in elk geval onvoldoende.

#### Schade voor eigen risico Delício

- 4.44. Op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat de houder van een bouwvergunning die nog niet onherroepelijk is en desondanks begint met bouwen op eigen risico handelt. Dit betekent dat deze niet naderhand de gemeente, waarvan het bevoegd gezag de vergunning verleende, kan aanspreken uit onrechtmatige daad, wanneer een door een belanghebbende ingesteld bezwaar en beroep leidt tot vernietiging van de vergunning. Dit is slechts anders als van de zijde van de gemeente bij de vergunninghouder het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden.<sup>5</sup>
- 4.45. Wanneer het voorgaande wordt toegepast op de onderhavige casus volgt dat de door Delício gestelde schade niet kan worden afgewenteld op de Gemeente. Niet ter discussie staat dat de aan Delício op 12 juli 2007 verleende bouwvergunning nooit onherroepelijk is geworden. Op 7 februari 2008 is de bouwvergunning geschorst en bij beslissing op bezwaar van 31 december 2008 is de bouwvergunning alsnog geweigerd. Ook niet ter discussie staat dat Delício is begonnen met

---

<sup>3</sup> HR 2 december 1994, NJ 1995, 288.

<sup>4</sup> Zie in dit verband ook EHRM 24 oktober 1995, NJ 1996, 375.

<sup>5</sup> HR 29 april 1994, NJ 1997, 396 (*Schuttersduin*).

de bouw van de horecavoorziening op het VT zonder dat zij over een onherroepelijke bouwvergunning beschikte. Met andere woorden, gedurende de zeven maanden dat Delício beschikte over een bouwvergunning, bestond (voortdurend) de mogelijkheid dat de vergunning zou worden geschorst, vernietigd of alsnog in heroverweging op bezwaar geweigerd. Delício was zich hiervan ook bewust, nu reeds voor verlening van de bouwvergunning de heer Jung kenbaar had gemaakt de bouwvergunning te zullen aanvechten. Overigens was Delício al tijdens een bespreking van 27 februari 2006 (**productie 31**), toen zij zich liet bijstaan door een tweetal architecten en een stedenbouwkundige – derhalve ter zake deskundigen wier kennis aan Delício dient te worden toegerekend –, gewezen op de mogelijkheid dat belanghebbenden bezwaar, beroep en hoger beroep konden instellen.

- 4.46. Op grond van de hiervoor genoemde rechtspraak geldt dat alle kosten en investeringen die samenhangen met de voorbereiding en uitvoering van de bouwwerkzaamheden voor eigen risico van Delício blijven en niet kunnen worden afgewenteld op de Gemeente. Dit uitgangspunt is meerdere malen aan Delício kenbaar gemaakt, onder meer bij de verlening van de bouwvergunning op 12 juli 2007 (**productie 17**). Ook dit uitgangspunt is overigens niet in geschil tussen de Gemeente en Delício.
- 4.47. Anders dan Delício betoogt, is van de zijde van de Gemeente nooit het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de bezwaar- en beroepsprocedures niet zouden leiden tot vernietiging of weigering van de bouwvergunning. Aan de enkele omstandigheid dat de Gemeente, hangende de beroepsprocedure, het perceel op 26 november 2007 in erfpacht uitgaf aan Delício, kon Delício niet het gerechtvaardigde vertrouwen ontlenen dat de bouwvergunning in stand zou blijven. Immers juist gezien de omstandigheid *dat* er op 17 november 2007 beroep was ingesteld door de heer Jung, had Delício moeten begrijpen dat het planologische traject nog niet was afgerond en dat de bouwvergunning nog niet onherroepelijk zou zijn. Dat de voorzieningenrechter het eerste verzoek om schorsing afwees en het College in de bezwaarprocedure de bezwaren van de heer Jung ongegrond had verklaard, doet daar niet aan af. Pas met het intrekken van het beroep, dan wel het verstrijken van de (hoger)beroepstermijn of een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zou de bouwvergunning onherroepelijk zijn geworden.
- 4.48. Ook de in de (privaatrechtelijke) erfpachtovereenkomst opgenomen bouwplicht (artikel 3.9 sub b), op grond waarvan de bouw op 1 januari 2009 gereed diende te zijn en duurzaam in exploitatie diende te worden genomen, brengt niet mee dat Delício erop mocht vertrouwen dat de Gemeente aan haar naar publiekrecht een rechtens onaantastbare bouwvergunning had verleend. Hierbij speelt een rol

dat de uitgifte van de grond in erfpacht conform de voorwaarden in het Handboek Veluwetransferium door de Gemeente als grondeigenaar volledig losstaat van de planologische vergunningverlening door het College als bevoegd gezag. Deze scheiding tussen het privaat- en publiekrechtelijke traject is door de Gemeente vanaf het gunningsbesluit van november 2005 aan Delício kenbaar gemaakt.

- 4.49. Het echtpaar Waterman-Budding dat middels de vennootschappen Wabu Holding B.V. en Delício B.V. sinds 2001 in de Gemeente horeca-activiteiten ontplooit, was daarvoor (sinds 1997) actief in Zwolle. Als zodanig mag Delício in zeker mate bekend worden verondersteld met het verwerven van onroerend goed en de daarmee gepaard gaande juridisch-planologische procedures. Bovendien werd Delício in het traject voortdurend bijgestaan door professionele adviseurs, zowel door architecten en stedenbouwkundigen als juristen.
- 4.50. Anders dan Delício betoogt, brengen de overeengekomen bouwplicht en boeteclausule in de erfpachtovereenkomst en het feit dat de Gemeente een bouwvergunning had verleend die aanvankelijk in bezwaar ook was gehandhaafd niet mee dat redelijkerwijs van Delício niet kon worden gevergd vooralsnog geen gebruik te maken van de bouwvergunning. Het kan immers niet gezegd worden dat de Gemeente daarmee de garantie had gegeven dat met de bouw kon worden gestart en daarom geen onherroepelijke bouwvergunning behoefde te worden afgewacht. In een vergelijkbaar geval, waar ook een bouwplicht overeengekomen was, oordeelde de Rechtbank Middelburg dat de schade van een projectontwikkelaar die was begonnen met bouwen zonder onherroepelijke bouwvergunning voor diens rekening en risico moest blijven.<sup>6</sup>
- 4.51. Voor zover Delício de indruk tracht te wekken dat de Gemeente druk op haar uitoefende om te starten met de bouw, wordt dit uitdrukkelijk door de Gemeente betwist. De Gemeente heeft op geen enkel moment bij Delício aangedrongen op de start van de bouwwerkzaamheden, laat staan dat zij heeft gedreigd met het invoeren van de boeteclausule.
- 4.52. De Gemeente verwijst hiervoor naar een e-mail van 9 februari 2007 (**productie 32**), waarin in het kader van de besprekingen omtrent de erfpachtovereenkomst specifieke aandacht wordt gevraagd voor de bouwtermijn. Het is opmerkelijk dat Delício op dat moment reeds aandrang op spoed, omdat de aanvraag om een bouwvergunning nog niet was ingediend en omdat de besprekingen nog niet een zodanig stadium hadden bereikt dat er zicht was op bouwplicht of een eindtermijn in de erfpachtovereenkomst.

---

<sup>6</sup> Rb. Middelburg 18 juni 2008, LJN:BD5534 (*De Groene Groep Ontwikkeling / Gemeente Goes*).

- 4.53. Voorts volgt uit een e-mail van 3 oktober 2007 (**productie 33**), toen in een voorlopig concept voor de erfpachtovereenkomst als eindtermijn nog 1 augustus 2008 was opgenomen, dat Delício de uitdrukkelijke wens had om nog in oktober met de bouw een aanvang te maken en dat het in de visie van Delício aan de Gemeente zou zijn om dit haalbaar te maken. Om Delício meer ruimte te geven heeft de Gemeente de opleverdatum in de erfpachtovereenkomst een half jaar opgeschoven en gesteld op 1 januari 2009 (**productie 34**). De Gemeente wijst erop dat de voornaamste reden voor een verplichte opleverdatum is om het terrein niet langer dan strikt noodzakelijk onbebouwd te laten.
- 4.54. Tot slot is in een eerdergenoemde e-mail van 19 oktober 2007 (**productie 22**) het verzoek om spoedig bouwrijp maken van de kavel door Delício nader onderbouwd met (onder meer) een verwijzing naar reeds aangegane financiële verplichtingen, de bouwtermijn en het einde van het huurcontract.
- 4.55. Uit het voorgaande volgt dat het juist Delício was die (grote) haast had met de realisatie van de bouwplannen en de afronding van het privaatrechtelijke traject (het sluiten van een erfpachtovereenkomst) omdat de financiering van het project daarvan afhankelijk was en omdat het huurcontract van Delício afliep. Kennelijk nam Delício daarbij de kans dat de bouwvergunning nog niet onherroepelijk was, op de koop toe.
- 4.56. De stelling van Delício dat de Gemeente, door het bezwaar van de heer Jung aanvankelijk ongegrond te verklaren, zélf het risico in het leven zou hebben geroepen dat de heer Jung de bouwvergunning op andere gronden zou aanvechten, mist elke grond. Dat een belanghebbende in beroep nieuwe beroepsgronden naar voren mag brengen is (binnen de grenzen van de wet, artikel 6:13 Awb) algemeen aanvaard, niet toe te rekenen aan de Gemeente en ook niet onverwacht. Daarbij speelt een rol dat de heer Jung – anders dan tijdens het beroep – in de bezwaarfase nog niet was voorzien van professionele rechtsbijstand.

### Wanprestatie terzake van de erfpachtovereenkomst

- 4.57. Delício heeft als primaire grondslag voor een schadevergoedingsverplichting gesteld dat de Gemeente tegenover haar toerekenbaar zou zijn tekortgeschoten in de nakoming van de erfpachtovereenkomst.
- 4.58. Delício heeft aangevoerd dat nu er geen rechtens onaantastbare bouwvergunning voor de bouw van een horecavoorziening tot stand is gekomen, de aan haar in erfpacht uitgegeven grond niet zou beantwoorden aan de overeenkomst in de zin van artikel 7:17 BW (non-conformiteit). Artikel 7:17 lid 2 BW brengt mee dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en mededelingen van de verkoper, niet de eigenschappen be-



zit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

- 4.59. Anders dan Delício betoogt, volgt reeds uit de formulering van het wetsartikel dat dit enkel ziet op *feitelijke* gebreken in een afgeleverde zaak en niet op juridische gebreken. De stelling van Delício dat er sprake zou zijn van non-conformiteit stuit hier op voorhand op af, omdat de vraag of op het in erfpacht uitgegeven perceel krachtens een publiekrechtelijke vergunning gebouwd mag worden bij uitstek een juridische kwestie is.
- 4.60. Uit het feit dat er ruimtelijk-planologische belemmeringen zijn voor de realisatie van het bouwplan van Delício kan hoe dan ook geen toerekenbaar tekortschieten van de Gemeente in de nakoming van de erfpachtovereenkomst (artikel 6:74 e.v. BW) worden afgeleid. Zoals eerder toegelicht, is staat het publiekrechtelijke (planologische) traject bij de realisatie van de plannen van Delício los van het privaatrechtelijke traject. De Gemeente is volledig haar verplichtingen uit hoofde van de erfpachtovereenkomst nagekomen, door de grond in erfpacht uit te geven en mee te werken aan de vestiging van een opstalrecht.
- 4.61. Ook kan niet gezegd worden dat de in de erfpachtovereenkomst opgenomen bouwplicht meebrengt dat de Gemeente (impliciet) zou hebben gegarandeerd dat het perceel grond ten aanzien van alle relevante aspecten (feitelijk en juridisch) geschikt was voor de bouwplannen van Delício. De verwijzing naar de bekende Maassluis-arresten<sup>7</sup>, waarin het ging om de levering van verontreinigde percelen grond, gaat niet op, omdat het daar ging om een *feitelijk gebrek* in de grond (verontreiniging) en niet om een publiekrechtelijke belemmering voor het gebruik van de grond, het ontbreken van een bouwvergunning wegens strijd met de bestemmingsplanvoorschriften. De verborgen gebreken-regeling uit het OBW die in de genoemde arresten nog werd toegepast is de voorloper van artikel 7:17 BW. Dit verschil is doorslaggevend omdat de vraag of een voor de grond opgesteld bouwplan planologisch inpasbaar is een wezenlijk andere toets vergt dan de vraag of de grond zelf de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten.
- 4.62. Gezien het voorgaande, is er voorshands geen enkele aanleiding te zijner tijd bij (eind)vonnissen in de bodemprocedure de erfpachtovereenkomst te ontbinden, of te

<sup>7</sup> HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287-289, m.nt. CJHB.

vernietigen wegens dwaling. De Gemeente zal hier in een later stadium van deze procedure nader op ingaan.

(Omvang) schade

- 4.63. In het geval de rechtbank aansprakelijkheid van de Gemeente tegenover Delício op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad voorshands aannemelijk zou achten, merkt de Gemeente ten aanzien van de (omvang) van de gevorderde schadeposten – voor zover thans mogelijk, omdat een deugdelijk schadeoverzicht ontbreekt – het volgende op.
- 4.64. De door Delício gevorderde schade is door haar gerubriceerd in drie hoofdgroepen: (A) kosten in verband met verwerving grond, het stichten van bebouwing en de gebruikname hiervan (€ 448.553), (B) schade vanwege ontbinding van de erfpachtovereenkomst (€ 50.000) en (C) schade vanwege inkomstenderving / positief contractsbelang (€ 90.000). De totale schade wordt door Delício voornamelijk begroot op € 588.553.
- 4.65. Uit artikel 6:74 en 6:162 BW volgt dat uitsluitend de op geld waardeerbare schade die in oorzakelijk (condicio sine qua non-) verband staat met het publiekrechtelijk handelen van de Gemeente (de verlening en weigering van de bouwvergunning) voor vergoeding in aanmerking kan komen. Daarna moet gekeken worden of deze schadeposten, mede gezien de aard van de schade en van de aansprakelijkheid, de Gemeente kunnen worden toegerekend op grond van artikel 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid). Schade die het gevolg is van omstandigheden in de risicosfeer van Delício moet echter voor haar rekening blijven (artikel 6:101 BW).
- 4.66. In het voorgaande is al aan de orde gekomen dat voor zover de schade bestaat uit kosten die de vergunninghouder Delício heeft gemaakt in verband met het bouwen zonder onherroepelijke bouwvergunning, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit geldt zonder meer voor de posten "kosten nieuwbouw" en "financieringslasten". Voor zover deze schade op grond van het voorgaande (gedeeltelijk) niet al voor rekening van Delício kan blijven, geldt dat Delício (onder meer) de door haar ingeschakelde aannemers Drost en Norel kennelijk zeer hoge voorschotbedragen heeft betaald, een keukeninventaris, interieurmeubels en computersoftware heeft besteld, terwijl de kans bestond dat de bouwvergunning zou worden geschorst of vernietigd. Deze kosten kunnen niet op de Gemeente worden afgewenteld.
- 4.67. Voorts merkt de Gemeente op dat bij de als productie 10 bij dagvaarding overgelegde facturen zich ook rekeningen bevinden die volstrekt geen verband houden met de voorgenomen vestiging op het VT, zoals bijvoorbeeld de aanschaf van

een bedrijfsauto. De Gemeente ziet niet in waarom Delício deze bedrijfsauto niet vanuit haar huidige vestiging zou kunnen gebruiken.

- 4.68. Onder de noemer "overige lasten" vordert Delício, naar de Gemeente begrijpt, de voornamelijk kosten van haar adviseur(s). Voor zover deze kosten verband houden met het aanvragen van een bouwvergunning, geldt dat Delício deze kosten hoe dan ook had moeten maken en dat het oorzakelijk verband met de handelwijze van de Gemeente op voorhand ontbreekt.
- 4.69. Van ontbinding van de erfpachtovereenkomst is (nog) geen sprake, zodat van schade voortvloeiend uit eventuele ongedaanmakingsverbintenissen nog geen sprake kan zijn. Schade vanwege inkomstenderving (positief contractsbelang) komt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de Gemeente geen garantie heeft gegeven dat de bouwvergunning in stand zou blijven.
- 4.70. De Gemeente zal in een later stadium van deze procedure (al dan niet in een schadestaatprocedure) nog uitgebreid op de omvang van de door Delício gestelde schadeposten terugkomen. Vooralsnog is echter niet aannemelijk geworden dat Delício schade heeft geleden die na afloop van een eventuele schadestaatprocedure voor vergoeding in aanmerking komt. Ook om deze reden moet de provisionele eis worden afgewezen.

## **5. Matiging voorschot**

- 5.1. Mocht de rechtbank ondanks het voorgaande tot het voorlopige oordeel komen dat de Gemeente (gedeeltelijk) aansprakelijk is voor de door Delício gestelde schade en dat Delício ook voldoet aan de minimumvereisten voor toewijzing van haar provisionele eis, waaronder het vereiste van een voldoende (spoedeisend) belang, dan stelt de Gemeente zich op het standpunt dat het gevorderde voorschot aanzienlijk moet worden gematigd. Hierbij speelt een rol dat de (eventueel) voor vergoeding in aanmerking komende schade aanzienlijk lager ligt dan het gevorderde voorschot en dat bij toewijzing van het volledige bedrag een reëel restitutierisico zal ontstaan.

## **6. Geen uitvoerbaarheid bij voorraad**

- 6.1. Voor het geval de provisionele eis onverhoopt toewijsbaar wordt geacht, voert de Gemeente verweer tegen de gevorderde uitvoerbaar bij voorraad verklaring. Indien de Gemeente van dit provisionele vonnis in hoger beroep zou gaan, zal tussentijdse executie van het vonnis in eerste aanleg een reëel restitutierisico doen ontstaan. Subsidiair vordert de Gemeente dat aan een onverhoopte uitvoerbaarverklaring bij voorraad op de voet van art. 233 lid 3 Rv de voorwaarde wordt ver-

bonden dat door Wabu en Delicio tot een bedrag van € 100.000, althans een door de rechtbank te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld.

## 7. Geen bewijslevering

7.1. De Gemeente gaat er vanuit dat in het onderhavige incident geen plaats is voor nadere bewijslevering.

7.2. Voor zover de rechtbank oordeelt dat in dit stadium van het geding desalniettemin reeds bewijslevering aan de orde is, en bovendien dat op de Gemeente enige bewijslast rust, biedt de Gemeente aan haar stellingen door het doen horen van getuigen te bewijzen, waaronder in het bijzonder:

- mr. P.F.A. Klein, jurist en hoofd van de afdeling Bestuur van de Gemeente.

## 8. Proceskosten in het incident

8.1. De Gemeente is van mening dat Delício de kosten van het incident nodeloos heeft veroorzaakt, deze voor rekening van Delício moeten worden gelaten ex artikel 237 lid 1 Rv.

### MET CONCLUSIE IN HET INCIDENT:

- De vordering van Delício in het incident af te wijzen, hetzij Delício in haar vordering niet-ontvankelijk te verklaren, hetzij Delício haar vordering te ontzeggen, subsidiair de vordering van Delício toe te wijzen zonder dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, althans aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad de voorwaarde te verbinden dat en Delício zekerheid stelt tot een bedrag van € 100.000, althans tot een door de rechtbank te bepalen bedrag.

- Delício te veroordelen in de kosten van het incident,

een en ander, voor zover de wet het toelaat, uitvoerbaar bij voorraad.



Advocaat