

## DAGVAARDING, TEVENS INCIDENTEEL VERZOEK EX ART. 223 Rv

Heden de tweeduizendnegen, ten verzoeken van de besloten vennootschappen **Wabu Holding B.V.** en **Delício B.V.**, beiden statutair gevestigd en kantoorhoudende te Nunspeet, in deze zaak woonplaats kiezende te (3771 VC) Barneveld aan de Stationsweg 43 ten kantore van Wolleswinkel Advocaten, van wie mr. A. Hofman door requiranten als (proces)advocaat wordt gesteld en als zodanig ook de proceshandelingen zal verrichten.

### **GEDAGVAARD:**

De publiekrechtelijke rechtspersoon de **gemeente Nunspeet**, zetelend te Nunspeet aan de Markt 1, aldaar mijn exploit doende sprekende met en afschrift dezes latende aan:

### **OM:**

op woensdag de tweeduizendnegen des voormiddags te 10.00 uur, te verschijnen niet in persoon, maar vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen ter terechtzitting van de rechtbank te Zutphen, eerste enkelvoudige kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken, alsdan aldaar te houden in het gerechtsgebouw aan de Martinetsingel 2 te Zutphen.

### **MET AANZEGGING:**

dat indien gedaagde niet uiterlijk op die terechtzitting vertegenwoordigd door een advocaat, antwoordt of om uitstel zal verzoeken, de rechtbank de eis bij verstek zal toewijzen, tenzij haar deze onrechtmatig of ongegrond voorkomt, of de formaliteiten en termijnen niet in acht zijn genomen.

## **TENEINDE:**

alsdan namens mijn requiranten als eisers, te horen eis doen en concluderen dat:

## **IN HOOFDZAAK:**

### **Inleiding/feiten**

1. Delício B.V. wordt bestuurd door Wabu Holding B.V., welke tevens enig aandeelhouder van Delício B.V. is. Wabu Holding B.V. wordt op haar beurt bestuurd door de heer M. Waterman en diens echtgenote mevrouw E.E. Budding (*zie productie 1*). De facto zijn eisers de ‘verrechtspersoonlijking’ van voormeld ondernemingsechtpaar. Vanwege fiscaal/juridische redenen worden –zoals te doen gebruikelijk- de ondernemingsactiviteiten in eigen zin c.q. de exploitatie van de onderneming uitgeoefend binnen Delício B.V., terwijl de in het kader van de onderneming plaats te vinden vermogensverwerving plaatsvindt binnen Wabu Holding B.V. Eisers zullen hierna ook gezamenlijk als “Delício” worden aangeduid.
2. Delício exploiteert sinds 2001 in Nunspeet een onderneming waarbij de activiteiten hoofdzakelijk op horecagebied liggen. Het echtpaar Waterman-Budding is sinds vele jaren in de horeca werkzaam. Op dit terrein ligt dan ook hun persoonlijke expertise. Delício had geen professionele kennis en/of ervaring met betrekking tot de verwerving en stichting van onroerend goed in het algemeen en planologische procedures daaromtrent in het bijzonder.
3. Gedaagde, hierna aan te duiden als “gemeente Nunspeet”, houdt zich op professionele basis bezig met de ontwikkeling en uitgifte van aan haar in eigendom toebehorende gronden. In dit kader heeft zij bij besluit van B&W d.d. 20 september 2005 besloten om de vestiging van een permanente horecagelegenheid op het Veluwe Transferium (VT) voor te bereiden. Het uitgangspunt hierbij was dat hieraan door middel van privaat ondernemerschap invulling diende te worden gegeven, in het kader waarvan een perceelsgedeelte behorend tot, dan wel grenzend aan het VT in erfpacht (in combinatie met opstalrecht) aan de betreffende horecaondernemer zal worden uitgegeven, waarbij de bouw en exploitatie van de voorziening diende plaats te vinden conform diverse door gemeente Nunspeet gestelde voorwaarden één en ander als verwoord in het ‘Handboek VT’. Door middel van een oproep in de lokale media zijn ondernemers uitgenodigd zich desgewenst voor 1 november 2005 onder overlegging van een concreet ondernemingsplan als gegadigde aan te melden.

4. Aangezien het exploiteren van een horecavoorziening op het VT aansloot bij de groeiambities van Delício, heeft zij zich op 26 oktober 2005 als gegadigde gemeld. Het door haar opgestelde ondernemingsplan is in hoofdzaak gebaseerd op de combinatie van een (nieuwe) horecavoorziening ter plaatse van het VT en de continuering aldaar van haar reeds bestaande horeca-activiteiten, te weten kookstudio en catering. In de optiek van Delício maakt uitsluitend deze combinatie van activiteiten een vanuit bedrijfseconomisch oogpunt 'levensvatbare' exploitatie van de door de gemeente Nunspeet op het VT gewenste horecavoorziening mogelijk.
5. Naast Delício bleek zich nog één andere gegadigde te hebben gemeld. Aangezien door Delício het hoogste bod was gedaan ten aanzien van de te betalen koopsom c.q. erfpachtkanon en voorts de beoordelingscommissie op voorhand geen belemmeringen aanwezig achtte voor realisatie van het door Delício voorgestelde (bouw)plan, heeft de gemeente Nunspeet op 13 december 2005 besloten de (horeca)exploitatie van het VT te gunnen aan Delício, onder voorbehoud van de uitkomst van de ten aanzien van de verdere over de exacte invulling van het plan nog te voeren onderhandelingen.
6. Vervolgens zijn Delício en de gemeente Nunspeet een langdurig en intensief overlegtraject ingegaan. Daarbij werden telkens de door Delício voorgestelde plannen wat betreft het bouwwerk en het gebruik hiervan alsmede de –mede op verzoek van de gemeente Nunspeet- uitgevoerde aanpassingen hierop, door de gemeente Nunspeet getoetst aan de in het Handboek VT geformuleerde uitgangspunten en bovenal aan de voorschriften van het vigerend bestemmingsplan. Delício heeft daarbij immer zeer nadrukkelijk gecommuniceerd dat de (omvang van) het door haar voorgestelde bouwwerk alsmede door haar gewenste gebruik hiervan essentieel zijn voor het welslagen van de onderneming.
7. Na uitvoerige toetsing door de gemeente Nunspeet is aan Delício op 11 juli 2007 de bouwvergunning voor het door Delício gewenste bouwwerk verstrekt (*zie productie 2*). Bij brief van 12 juli 2007 heeft gemeente Nunspeet onder overlegging van de aan Delício verleende bouwvergunning aan derdebelanghebbende –Landgoedhotel Vennendal- welke bedenkingen tegen het bouwplan had ingediend, meegedeeld dat het bouwplan (wel degelijk) overeenkomstig de voorschriften van het vigerende bestemmingsplan was.
8. Tegen de bovenvermelde vergunning heeft Landgoedhotel Vennendal een bezwaarschrift ingediend en voorts de rechtbank Zutphen verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening de bouwvergunning te schorsen. Bij uitspraak van 16 augustus 2007 is dit schorsingsverzoek afgewezen aangezien naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter het bouwplan niet in strijd met het vigerende bestemmingsplan zou zijn.

9. Vervolgens heeft gemeente Nunspeet bij beslissing d.d. 19 oktober 2007 conform advies van de Commissie Bezwaarschriften het bezwaarschrift van Landgoedhotel Vennendal ongegrond verklaard. Tegen deze beschikking heeft Landgoedhotel Vennendal op 17 november 2007 beroep ingesteld bij de rechtbank Zutphen.
10. Op 26 november 2007 hebben Wabu en gemeente Nunspeet de overeenkomst tot uitgifte in erfpacht en vestiging opstalrecht gesloten (hierna aan te duiden als “de erfpachtovereenkomst”). In deze door gemeente Nunspeet geredigeerde overeenkomst zijn onder meer de navolgende bepalingen opgenomen (*zie productie 3*);

*“3.9 Bestemming; bouwplicht, onderhoud, bijzondere voorschriften*

- a. De in erfpacht uitgegeven grond is bestemd voor de uitoefening van het borecabedrijf in het kader van het Veluwe Transferium. Daarnaast mag de grond ook ten dienste van de doelstellingen van het Veluwe Transferium gebruikt worden voor activiteiten als fietsverhuur, educatie, voorlichting en verkoop van producten en goederen in de sfeer van recreatie en toerisme. De grond en de daarop te stichten opstallen, werken en voorzieningen mogen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van die bestemming, in overeenstemming met de publiekrechtelijke voorschriften.*
- b. De erfpachter is gehouden het erfpachtgoed te bebouwen met de opstallen waarvoor hem op 11 juli 2007 onder nummer 20060531 bouwvergunning is verleend. De bouw dient uiterlijk op 1 januari 2009 gereed te zijn en duurzaam in exploitatie genomen te worden.”*

alsmede

*“3.13 Boete*

- a. In geval de erfpachter handelt in strijd met het bepaalde in artikel 3.9, 3.11 en 3.12 of zij in die artikelen vervatte verplichtingen niet nakomt, verbeurt hij aan de eigenaar een onmiddellijk opeisbare niet voor matiging vatbare boete ten hoogte van tienmaal de geldende canon per jaar.”*
11. Bij notariële akte d.d. 31 december 2007 is bovenbedoeld recht van erfpacht geleverd en het opstalrecht gevestigd (*zie productie 4*).
12. In het kader van sub 9 gemelde beroepsprocedure heeft Landgoedhotel Vennendal wederom de rechter verzocht om bij wijze van voorlopige voorziening de bouwvergunning te schorsen. Bij uitspraak van 7 februari 2008 is de bouwvergunning alsnog geschorst aangezien naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter het bouwplan in strijd is met de (bouw)voorschriften van het vigerend bestemmingsplan (*zie productie 5*).
13. In achtnemende bovenvermelde uitspraak heeft gemeente Nunspeet bij besluit d.d. 6 juni 2008 reeds uit eigen beweging het eerdere besluit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van Landgoedhotel Vennendal ingetrokken en vervolgens bij beschikking d.d. 31 december 2008 het bezwaarschrift alsnog gegrond verklaard en tevens bij beschikking van

gelijke datum de op 11 juli 2007 aan Delício verleende bouwvergunning ingetrokken (*zie productie 6*). In laatstvermelde beschikking overweegt de gemeente Nunspeet onder meer; *“Uit de redeactie van de voorschriften vloeit voort dat in geval van bouw van een bouwwerk de oppervlakte wordt bepaald ten hoogte van de bovenkant van de begane grondvloer, tussen de buitenwerkse gevellakken en/of barten van scheidsmuren. Bij die berekening wordt de kelder en het overdekte terras buiten beschouwing gelaten. Bij de bepaling van de oppervlakte die in dat gebouw ten dienste van horeca en dienstverlening mag worden gebruikt, moeten die oppervlakten op de drie bouwlagen bij elkaar worden opgeteld. In dat geval worden de maximumoppervlakten van 300 en 450 m<sup>2</sup> overschreden en moet de vergunning daarom alleen al worden geweigerd. Daar komt nog bij dat u in het culinaire centrum een aantal horecavoorzieningen treft die niet onder de noemer ‘dagrecreatie’ kunnen vallen. Zo is onder meer catering niet toegestaan, terwijl een kookstudio niet alleen ten dienste staat van de dagrecreatieve voorziening. Volgens vaste jurisprudentie moeten wij bij de toetsing van een bouwplan aan het bestemmingsplan niet slechts beoordelen of het bouwwerk overeenkomstig de bestemming van het perceel kan worden gebruikt, maar mede of het bouwwerk ook met het oog op zodanig gebruik wordt opgericht. Ook dat is een grond om de vergunning te weigeren.”*

14. Blijkens bovenvermelde overweging heeft gemeente Nunspeet de uitvoering tussen haar en Delício besproken (bouw)plannen klaarblijkelijk in eerste instantie faliekant foutief getoetst aan het bestemmingsplan c.q. heeft gemeente Nunspeet op dit punt de plank volledig missgeslagen. Gelet op de door Delício reeds gedane investeringen en aangegeven financiële verplichtingen, als wel gelet op haar bedrijfsmatige toekomstverwachtingen heeft Delício zich jegens gemeente Nunspeet ‘onthutst’ getoond over vermelde gang van zaken. In het kader van het overleg hetwelk plaatsvond nadat gemeente Nunspeet de beslissing op het bezwaarschrift van Landgoedhotel Vennendal had ingetrokken, heeft Delício onder meer bij brief van haar juridisch adviseur mevrouw Kuipers d.d. 10 december 2008 reeds bij voorbaat de gemeente aansprakelijk gesteld voor de schade welke Delício reeds heeft geleden en nog zou lijden indien de bouwvergunning zou worden ingetrokken, welke aansprakelijkheidsstelling bij haar brief d.d. 6 februari 2009 is herhaald (*zie productie 7*). Nadat gemeente Nunspeet bij besluit d.d. 31 december 2008 de eerder verleende bouwvergunning had ingetrokken, hebben partijen opnieuw overleg gevoerd over de hieraan te verbinden consequenties. Tot een voor Delício aanvaardbaar resultaat heeft dit overleg niet geleid, nu gemeente Nunspeet hierbij als uitgangspunt hanteerde dat de door Delício reeds gedane investeringen geheel voor haar rekening en risico kwamen. Immers –zo stelt de gemeente Nunspeet- Delício wist dat de bouwvergunning nog niet onherroepelijk was.
15. Delício heeft vervolgens bij brief van haar raadsman d.d. 19 mei 2009 gemeente Nunspeet wederom aansprakelijk gesteld voor de door haar reeds geleden en nog te lijden schade zowel uit hoofde van non-conformiteit in het kader van de erfpachtovereenkomst, als wel uit hoofde van onrechtmatige daad onder meer vanwege de ingetrokken bouwvergunning (*zie productie 8*). Bij brief van haar aansprakelijkheidsverzekeraar d.d. 17 juli 2009 heeft gemeente Nunspeet opnieuw iedere aansprakelijkheid van de hand gewezen (*zie productie 9*).

Aldus acht Delício zich thans genoodzaakt onderhavige procedure jegens gemeente Nunspeet te entameren.

### Erfpachtovereenkomst

16. Met betrekking tot het bewuste perceel grond bij het VT hebben Delício en de gemeente Nunspeet een erfpachtovereenkomst gesloten. Vanwege deze overeenkomst heeft Delício het navolgende van gemeente Nunspeet te vorderen;

### Non-conformiteit/tekortkoming

17. Gelet op het door gemeente Nunspeet bij de erfpachtovereenkomst voorgeschreven gebruik als hierboven sub 10 geciteerd, mocht Delício verwachten dat er geen planologische belemmeringen zouden zijn om het bouwwerk ten behoeve waarvan de erfpachtovereenkomst was aangegaan te kunnen stichten en conform het bij de bouwaanvraag vermelde wijze te gebruiken. Immers specifiek met dat doel is de gemeente Nunspeet met Delício erfpachtovereenkomst aangegaan. In dit kader mocht Delício dan ook zonder meer verwachten dat de vergunning voor het bouwplan ten behoeve waarvan de grond in erfpacht aan haar was uitgegeven rechtens onaantastbaar zou zijn, althans dat het bouwplan zou voldoen aan de voorschriften van het ten tijde van de bouwvergunning geldende bestemmingsplan. Nu dit gelet op de ingetrokken bouwvergunning niet zo blijkt te zijn en aldus de door gemeente Nunspeet aan Delício in erfpacht uitgegeven grond niet die eigenschap heeft welke Delício op grond van de pachtovereenkomst mocht verwachten, is aldus sprake van non-conformiteit ex art. 7:17 BW, althans van een tekortkoming ex art. 6:74 en 265 BW.
18. Van non-conformiteit, althans een tekortkoming is temeer sprake daar door gemeente Nunspeet aan Delício de plicht tot het bouwen en gebruik overeenkomstig de aan haar verleende bouwvergunning is opgelegd. Blijkens bestendige jurisprudentie wordt gemeente Nunspeet aldus geacht (impliciet) te hebben gegarandeerd dat de betreffende grond ten aanzien van alle relevante aspecten geschikt is voor de verplicht gestelde verbouwing. Aldus mocht Delício op grond van de erfpachtovereenkomst zonder meer verwachten dat het perceel ook in planologisch opzicht geschikt was voor de realisering van het door partijen ten tijde van de gronduitgifte voorziene bouwplan, alsmede het gebruik hiervan, één en ander als geconcretiseerd in het door Delício ingediende bebouwings- en bedrijfsplan en in de vervolgens aan Delício op 11 juli 2007 verleende bouwvergunning.

### Primair; ontbinding

19. Nu het bouwplan ten behoeve waarvan de grond aan Delício in erfpacht uitgegeven niet blijkt te kunnen worden gerealiseerd, heeft het erfpachtrecht voor Delício nauwelijks tot geen waarde meer. Immers zoals Delício van meet af aan jegens gemeente Nunspeet heeft te kennen gegeven is een rendabele exploitatie van de horecavoorziening uitsluitend mogelijk bij onverkorte uitvoering van het aan de erfpachtovereenkomst ten grondslag liggende bedrijfs- en bebouwingsplan. Aldus zal Delício uw rechtbank verzoeken de erfpachtovereenkomst te ontbinden en voorts gemeente Nunspeet te veroordelen tot nakoming van de vanwege de ontbinding op haar rustende ongedaanmakingsverplichtingen.
  
20. Gelet op de intrekking van de bouwvergunning is alsnog correcte nakoming naar zijn aard blijvend onmogelijk, weshalve voor de bevoegdheid tot ontbinding geen verzuim noodzakelijk is. Overigens is gemeente Nunspeet wel degelijk jegens Delício in verzuim komen te verkeren. Zo heeft Delício nadat de bouwvergunning door de voorzieningenrechter in februari 2008 is geschorst gemeente Nunspeet herhaaldelijk verzocht om de bouw en het gebruik van het aan de erfpachtovereenkomst ten gronde liggende bouwplan (alsnog) planologisch mogelijk te maken, terwijl het verzuim in elk geval is ingetreden door de herhaalde schriftelijke afwijzing van aansprakelijkheid door gemeente Nunspeet welke als mededelingen van de schuldenaar in de zin van art. 6:83 sub c BW dienen te worden beschouwd.

### Subsidiar; dwaling

21. Subsidiar –namelijk voor het geval bovenvermeld beroep op ontbinding van de erfpachtovereenkomst niet zal worden gehonoreerd- beroept Delício zich op de vernietigbaarheid van deze overeenkomst vanwege dwaling. Immers;
  
22. Voor het sluiten van de erfpachtovereenkomst was voor Delício van doorslaggevend belang dat het door haar ingediende bouwplan kon worden gerealiseerd en conform het aan de erfpachtovereenkomst ten grondslag liggende bedrijfsplan mocht worden gebruikt. Vanwege de in de door gemeente Nunspeet geredigeerde overeenkomst opgenomen bepaling dat Delício verplicht was om de grond te bebouwen met de aan hem op 11 juli 2007 vergunde opstallen, verkeerde Delício in de veronderstelling dat de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bestaande bouwvergunning rechtens onaantastbaar zou zijn, althans dat dit bouwplan voldeed aan de voorschriften van het vigerende bestemmingsplan c.q. de gemeente Nunspeet als vergunningverlenende instantie deze op correcte wijze aan de voorschriften van het bestemmingsplan had getoetst. Achteraf is gebleken dat de gemeente Nunspeet de voorschriften van het bestemmingsplan verkeerd heeft toegepast op het aan de erfpachtovereenkomst ten grondslag liggende bouwplan en

dat aldus de op 11 juli 2007 aan Delício verleende bouwvergunning in strijd met het bestemmingsplan en daarmee in strijd met de wet is verleend en derhalve niet verleend had mogen worden. Aldus heeft de dwaling geen betrekking op een uitsluitend toekomstige omstandigheid in de zin van art. 6:228, lid 2 BW en wijkt onderhavige casus in die zin dan ook af van de situatie ten aanzien waarvan uw rechtbank bij vonnis van 2 juli 2008 een beroep op dwaling vanwege een niet verleende bouwvergunning heeft afgewezen (LJN:BD 8368).

### **Onrechtmatige daad gemeente Nunspeet**

23. Delício is daarnaast van mening dat gemeente Nunspeet jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. Immers;
24. Mede vanwege de door gemeente Nunspeet in de erfpachtovereenkomst op straffe van een boete opgenomen bouw- en exploitatieverplichting, heeft Delício zich genoodzaakt geacht voortvarend aan het werk te gaan. Op het moment dat voor het eerst bleek dat aan de bouwvergunning mogelijk gebreken kleefden vanwege de schorsing van de vergunning in februari 2008, had Delício reeds in het kader van de realisering van het bouwwerk en de op grond van de erfpachtovereenkomst voorgeschreven ingebruikname hiervan omvangrijke kosten gemaakt c.q. financiële verplichtingen op zich genomen. Naar mening van Delício valt de gemeente Nunspeet hieromtrent een ernstig verwijt te maken. Door vermelde verplichting in de erfpachtovereenkomst op te nemen terwijl, zo is inmiddels gebleken, toetsing van het bouwplan aan de voorschriften van het bestemmingsplan op volstrekt onzorgvuldige en incorrecte wijze heeft plaatsgevonden, heeft gemeente Nunspeet onzorgvuldig c.q. onrechtmatig jegens Delício gehandeld. Dit temeer daar gemeente Nunspeet zich had dienen te realiseren dat vanwege de bouwverplichting Delício zich genoodzaakt zou zien op korte termijn substantiële investeringen te doen. Reeds de enkele omstandigheid dat gemeente Nunspeet jegens Delício een onvoorwaardelijke bouw- en ingebruiknameverplichting heeft bedongen terwijl ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een beroepsprocedure tegen de door haar aan Delício verleende bouwvergunning aanhangig was gemaakt, dient in dit kader als onzorgvuldig c.q. onrechtmatig te worden aangemerkt.
25. Gemeente Nunspeet heeft voorts onrechtmatig jegens Delício gehandeld door op 11 juli 2007 in strijd met het bestemmingsplan en daarmee in strijd met de wet een bouwvergunning aan haar te verlenen. Blijkens jurisprudentie heeft indien op dergelijke gronden het primaire besluit nadien door het bestuursorgaan wordt ingetrokken, dit primaire besluit (evenzeer) jegens de aanvrager c.q. Delício als onrechtmatig te gelden (zie onder meer Hoge Raad 10 april 2009, RvdW; 2009, 513).

## Schade

26. De door Delício te lijden schade valt grosso modo als volgt te specificeren;

a. Kosten gemaakt in verband met verwerving grond, de hierop te stichten bebouwing en de ingebruikname hiervan (zie productie 10);

### **Kosten nieuwbouw**

Architectkosten nieuwbouw	Roordink	2007	€	11.156	
Architectkosten nieuwbouw	Roordink	2007	€	9.657	
Architectkosten nieuwbouw	Roordink	2007	€	11.156	
Tekeningen/berekeningen	Norel	2007	€	7.545	
Advies nieuwbouw	Snetselaar	2007	€	1.488	
Grondmechanisch onderzoek	Snetselaar	2007	€	1.047	
Advies nieuwbouw	DesVeers	2007	€	1.071	
Leges gemeente	Gemeente Nunspeet	2007	€	10.075	
Bouw bedrijfsruimte	H. Drost	2007	€	106.397	
Hallenbouw	Norel	2008	€	120.785	
Franken installatietechniek	Franken	2008	€	11.142	
Tegelwerk e.d.	Drost	2008	€	6.925	
Inrichting keuken	Renselaar	2007	€	47.240	
Meubelen	Vervoort Meubelen	2008	€	32.170	
Tekeningen/berekeningen	Roordink	2007	€	6.358	
Annuleringskosten		2008	€	4.165	
				----- +	
					€ 388.377

### **Financieringslasten**

Betaalde rente financieringen febr. t/m dec. 2008		2008	€	43.958	
Ontvangen rente bouwdepot jan. t/m nov. 2008		2008	- €	25.560	
Behandelingskosten		2008	€	3.500	
				----- +	
					€ 21.898

### **Overige lasten**

Verhoging managementfee		2008	€	24.000	
Advocaatkosten		2008	€	8.839	
Verhuiskosten		2008	€	2.507	
Notaris		2007	€	2.932	
				----- +	
					€ 38.278
				----- +	
					€ 448.553

b. Schade vanwege ontbinding erfpachtovereenkomst

Vanwege de ontbinding van de erfpachtovereenkomst is Delício gehouden om de aan haar in erfpacht uitgegeven grond weer in oorspronkelijke toestand terug te leveren aan gemeente Nunspeet. Op het perceel bevindt zich echter een bouwput met daarin reeds aangebrachte bouwtechnische voorzieningen zoals wapening en bekisting, terwijl voorts ook diverse (nuts)aansluitingen tot stand zijn gebracht. De kosten welke met de ongedaanmaking hiervan zijn gemoeid worden door Delício geraamd op € 50.000,-.

c. Inkomstenderving/positief contractsbelang

Bij correcte nakoming van de erfpachtovereenkomst had Delício naar redelijke verwachting vanaf mei 2008 op het VT operationeel kunnen zijn geweest. Gelet op het geprognosticeerde bedrijfsresultaat wordt de tot op heden geleden inkomstenderving door Delício geraamd op ten minste € 90.000,-.

27. Uit bovenvermelde opstelling moge blijken dat Delício reeds aanzienlijke schade heeft geleden en nog zal lijden. De uiteindelijke, concrete omvang hiervan is op dit moment nog niet vast te stellen. Ten aanzien van een aantal schadeposten is sprake van een doorlopende situatie. Voorts is nog onduidelijk welke financiële consequenties verbonden zullen zijn aan het (voortijdig) beëindigen van bij derden aangegane overeenkomsten. Delício zal dan ook om verwijzing naar een schadestaatprocedure verzoeken. Gelet echter op de tot op heden aantoonbaar reeds geleden schade acht Delício termen aanwezig om een voorschot op de uiteindelijke schadevergoeding van € 100.000,- te verzoeken.
28. Gemeente Nunspeet heeft immer eisers als één en dezelfde (contracts)partij beschouwd. De vraag welke vennootschap in administratief opzicht welke schade wordt geacht te hebben geleden, regardeert gemeente Nunspeet niet. Gemeente Nunspeet is dan ook gehouden om de gezamenlijk door eisers geleden schade als zodanig gezamenlijk aan eisers te vergoeden.

**Verweren gedaagde & weerlegging**

29. Zijdens gemeente Nunspeet werden tot op heden de navolgende verweren gevoerd;
- a. Bouwverplichting in erfpachtovereenkomst impliceert in casu geen garantie.
  - b. Delício heeft onderzoeksverplichting geschonden.
  - c. Artikel 7:17 BW heeft geen betrekking op planologische belemmeringen.
  - d. Het bouwen op basis van een niet-onherroepelijke bouwvergunning geschiedt op eigen risico.

e. Enkel ten aanzien van investeringskosten is er sprake van causaal verband.

### Weerlegging

#### *Ad a*

30. In de 'Maassluis-arresten' (onder andere Hoge Raad 9 oktober 1992, NJ; 287) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een gemeente voor woningbouw bestemde grond met de daarop rustende bouwverplichting uit geeft, zij hiermee (impliciet) garandeert dat de grond ook voor bewoning geschikt is. Alhoewel deze arresten zijn geweest in het kader van verontreinigde grond, is hierin geen enkele aanwijzing te lezen dat voormelde norm anders zal zijn indien de grond vanwege het ontbreken van andere essentiële eigenschappen niet voor het beoogde doel geschikt blijkt te zijn. Integendeel; in het betreffende arrest heeft de Hoge Raad het Hof gevolgd in diens oordeel dat de koper van een stuk bouwgrond met een bouwverplichting er zonder meer vanuit mag gaan deze grond in alle opzichten zodanig bouwrijp was, dat daarop woningen konden worden gebouwd. Naar mening van Delício valt niet in te zien waarom zoals in casu de koper/erfpachter van een door de gemeente uitgegeven grond waarop de verplichting tot het bouwen en exploiteren van een horecavoorziening rust, geen gelijke verwachting zou mogen koesteren.

#### *Ad b*

31. Uitgaande van de door Delício gestelde (impliciete) garantie kan hetgeen Delício mogelijkwijs had behoren te weten niet aan bedoelde garantieverplichting in de weg staan. Zulks blijkt ook onder meer uit het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad.

32. Overigens is Delício van mening dat ook los van de garantieverplichting op haar geen onderzoeksplicht rustte, maar zij er zonder meer van mocht uitgaan dat er geen planologische belemmeringen aanwezig waren om op het betreffende perceel de bebouwing conform de contractuele bestemming te stichten en te gebruiken. Nu het immers de gemeente zelf is die bouwvergunningen heeft afgegeven, ging Delício er zonder meer vanuit en mocht zij er ook zonder meer vanuit gaan dat de gemeente Nunspeet niet de betreffende erfpachtovereenkomst met haar zou zijn aangegaan indien enige onzekerheid zou kunnen bestaan over de planologische situatie. Delício mocht er dan ook vanuit gaan dat gemeente Nunspeet de bouwaanvraag zorgvuldig had getoetst. In dit kader is mede van belang dat Delício zich professioneel bezighoudt met horeca, maar geen enkele ervaring en deskundigheid heeft omtrent onroerendgoed-transacties en de daarmee samenhangende publiekrechtelijke c.q. planologische aspecten. Dit in tegenstelling tot gemeente Nunspeet.

*Ad c*

33. Noch in de parlementaire geschiedenis, noch in enige jurisprudentie is een aanknopingspunt te vinden voor de stelling van gemeente Nunspeet dat de conformiteitvereiste ex art. 7:17 BW geen betrekking heeft op gebreken als door Delício gesteld. Integendeel; uit jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld dat de koper van een woning in beginsel ervan uit mag gaan dat de bouw van een woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften (zie HR 25 februari 2005, LJN AR 5383). Het –zoals in casu- niet kunnen bebouwen van een gekochte/in erfpacht ontvangen bouwkaavel vanwege strijdigheid met de Woningwet betreft evenzeer een feitelijk gebrek in de zin van art. 7:17 BW als een in strijd met de regelgeving uitgevoerde verbouwing.

*Ad d*

34. Weliswaar wordt het gebruikmaken van een nog niet onherroepelijke bouwvergunning door de vergunninghouder in beginsel als eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW beschouwd, echter deze (jurisprudentiele) regel lijkt uitzondering indien aan de zijde van de vergunningverlener bij de vergunninghouder het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden. In casu is deze uitzondering aan de orde. Immers gemeente Nunspeet heeft op het moment dat reeds beroep bij de rechtbank tegen de bouwvergunning (althans tegen de ongegrondverklaring van het hiertegen ingestelde bezwaar) was ingesteld, toch de grond aan Delício in erfpacht uitgegeven en daarbij Delício verplicht om voor 1 januari 2009 de bebouwing overeenkomstig de verleende bouwvergunning te voltooien en in gebruik te nemen. Onder deze omstandigheid kon van Delício redelijkerwijs niet worden gevergd dat zij ter voorkoming van door de gemeente Nunspeet te vergoeden schade vooralsnog geen gebruik zou maken van de verleende bouwvergunning.
35. Het bovenvermelde geldt te meer daar Delício voorafgaand aan de schorsing van de bouwvergunning in februari 2008 geen enkele indicatie had dat de bouwvergunning mogelijk onrechtmatig zou kunnen zijn verleend. In dit kader meldt Delício dat zij langdurig en intensief overleg heeft gehad over het bouwplan met gemeente Nunspeet en dat deze aldaar uitvoerig en –naar het Delício voorkwam- zorgvuldig was getoetst. Dit beeld werd vervolgens ook bevestigd doordat een eerste verzoek om schorsing van de bouwvergunning werd afgewezen en vervolgens de gemeente conform advies van de Commissie Bezwaarschriften het bezwaarschrift van Landgoedhotel Vennendal ongegrond verklaarde. Toen vervolgens gemeente Nunspeet als sluitstuk van het met Delício ingeslagen traject de erfpachtovereenkomst met Delício aanging, mocht Delício erop vertrouwen dat gemeente Nunspeet aan haar een rechtens onaantastbare bouwvergunning had verleend.

36. Daar komt bij dat de gemeente niet bereid is om de planologische situatie door middel van een (partiële) bestemmingsplanherziening aan te passen aan het bedrijfsplan van Delício, daar zij anders problemen (lees; claims) verwacht van derden welke in de fase van aanbesteding zijn afgehaakt vanwege de in het handboek VT geformuleerde uitgangspunten (*zie productie 6*). Dit betreft echter een voor haar rekening en risico komende omstandigheid. Immers de gemeente heeft het handboek VT opgesteld en het met Delício ontwikkelde bouw- en exploitatieplan aan het handboek getoetst. De gemeente kan dan ook niet eenvoudigweg deze (potentiële) schade op Delício afwentelen met het beroep op ‘eigen schuld’ zijdens Delício. Het voormelde geldt mutatis mutandis voor de mededeling van de gemeente dat de noodzakelijke herziening van het bestemmingsplan in strijd zou zijn met de voorwaarden waaronder eertijds een Europese subsidie is verleend.
37. Tenslotte merkt Delício in dit kader nog op dat de gemeente Nunspeet de ontstane situatie heeft bewerkstelligd door geen gehoor te geven aan het verzoek van Delício om aan het aanvankelijke bezwaar van Landgoedhotel Vennendal tegemoet te komen. Het materiële bezwaar van Vennendal had betrekking op de locatie van het voorziene bouwwerk op het Veluwe Transferium. Aangezien Delício een goede verstandhouding met haar toekomstige buurrelatie zeer wenselijk achtte, heeft zij gemeente Nunspeet voorgesteld om de bouwlocatie zodanig te verschuiven dat hiermee de bedenkingen van Vennendal zouden worden weggenomen. De gemeente stelde zich echter op het standpunt dat het bezwaar van Vennendal geen enkele (rechts)grond had en was om die reden niet bereid om aan het verzoek van Delício gehoor te geven. Daarmee heeft de gemeente Nunspeet het risico gecreëerd dat Vennendal op andere, formele gronden de bouwvergunning zou gaan aanvechten. Nu dit gevaar zich heeft gerealiseerd dient de gemeente ook reeds om die reden hierin haar verantwoordelijkheid jegens Delício te nemen c.q. kan zij zich niet verschuilen achter de ‘eigen schuld’ van Delício.

*Ad e*

38. Aangezien de aansprakelijkheid mede is gebaseerd op non-conformiteit/tekortkoming aan de zijde van gemeente Nunspeet dient terzake van de toerekenbaarheid van de schade niet slechts als uitgangspunt te gelden de vermogenspositie van Delício indien de bouwvergunning (van begin af aan) niet zou zijn verleend. Gemeente Nunspeet dient immers ook die schade te vergoeden welke verband houdt met het positieve belang welke Delício bij het erfpachtcontract had. Hierbij is het verlies aan (terug)verdien capaciteit eveneens een essentieel element.

## Bewijsaanbod & bewijsmiddelen

39. Zonder enige rechtens niet op haar rustende bewijslast op zich te willen nemen biedt Delício bewijs aan van al haar stellingen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door het doen horen van de navolgende getuigen;
- de heer M. Waterman
  - mevrouw E. Waterman-Budding
  - mevrouw mr. C.J. Kuipers
  - de heer J. van de Broek
  - de heer F. ten Cate
40. Ter adstructie van haar stellingen worden door Delício voorts de navolgende bescheiden overgelegd:
- **productie 1;** uittreksels Kamer van Koophandel
  - **productie 2;** bouwvergunning d.d. 12 juli 2007
  - **productie 3;** overeenkomst tot uitgifte in erfpacht en vestiging opstalrecht
  - **productie 4;** notariële akte uitgifte in erfpacht en vestiging opstalrecht
  - **productie 5;** uitspraak rechtbank Zutphen d.d. 5 februari 2008
  - **productie 6;** beschikking intrekking bouwvergunning d.d. 31 december 2008
  - **productie 7;** brieven belangenbehartiger Delício aan gemeente Nunspeet d.d. 10 december 2008 en 6 februari 2009
  - **productie 8;** brief raadsman Delício aan gemeente Nunspeet d.d. 19 mei 2009
  - **productie 9;** brief verzekeraar gemeente Nunspeet aan raadsman Delício d.d. 17 juli 2009
  - **productie 10;** bewijsstukken schade
  - **productie 11;** bewijsstukken liquiditeitsproblemen

## IN INCIDENT

41. Zoals hiervoor uiteengezet heeft Delício in de achterliggende jaren omvangrijke kosten moeten maken zonder dat hiertegenover adequate inkomsten worden genoten. Daarnaast beginnen de financieringslasten in toenemende mate op Delício te drukken.
42. De liquiditeitspositie van Delício is inmiddels zodanig dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. De grens van de door de bank aan Delício verstrekte kredietfaciliteit ten bedrage van € 30.000,- is bijna bereikt. Het huidige crediteurensaldo bedraagt ruim € 200.000,-, terwijl het debiteurensaldo slechts € 63.000,- bedraagt. Delício ondervindt dan ook in toenemende mate problemen om aan haar lopende financiële

verplichtingen te kunnen voldoen (*zie productie 11*). Delício heeft dan ook dringend behoefte aan een voorschot door gemeente Nunspeet op de schadevergoeding. Van Delício kan redelijkerwijs niet worden gevergd dat zij terzake van het door haar gevorderde schade de afloop van de bodemzaak afwacht. Om die reden verzoekt Delício –bij wijze van provisionele vordering in de zin van art. 223 Rv- gemeente Nunspeet te veroordelen een voorschot ten bedrage van € 100.000,- op de schadevergoeding aan Delício uit te keren.

## **MITSDIEN:**

### **IN INCIDENT**

Het uw rechtbank behage bij wijze van provisionele voorziening in de zin van art. 223 Rv uitvoerbaar bij voorraad gedaagde te veroordelen als voorschot op de door haar aan eiseres uit te keren schadevergoeding een bedrag van € 100.000,- aan eisers te voldoen, met veroordeling van gedaagde in de kosten van het incident.

### **TEN PRINCIPALE**

Het uw rechtbank behage bij vonnis, voor zover wettelijk toelaatbaar uitvoerbaar bij voorraad;

- A. de tussen partijen op 26 november 2007 gesloten overeenkomst tot uitgifte in erfpacht en vestiging opstalrecht horeca Veluwe Transferium primair te ontbinden vanwege non-conformiteit, althans een tekortkoming in de zin van art. 6:265 BW, subsidiair te vernietigen vanwege dwaling;
- B. gedaagde te veroordelen mee te werken aan het opstellen van de notariële akte tot teruglevering van de sub A bedoelde zakelijke rechten, althans tot wijziging van de registratie hiervan in de openbare registers;
- C. te verklaren voor recht dat gedaagde jegens eisers onrechtmatig heeft gehandeld door op 11 juli 2007 aan eisers een met het bestemmingsplan strijdige bouwvergunning te verlenen alsmede door bij sub A bedoelde overeenkomst eisers op straffe van een boete te verplichten de vergunde bouwwerken op te richten en in gebruik te nemen;
- D. gedaagde te veroordelen tot vergoeding van de door eisers ten gevolge van vanwege de sub A vermelde non-conformiteit, althans tekortkoming en de ontbinding van de overeenkomst en/of het sub C vermelde onrechtmatig handelen reeds geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen als volgens de wet;

E. gedaagde te veroordelen om als voorschot op sub D bedoelde schadevergoeding een bedrag van € 100.000,- aan eisers uit te keren;

F. gedaagde te veroordelen in de kosten van de procedure.

De kosten dezes, van mij, deurwaarder zijn €

Deurwaarder