

MEMO

Aan : Het College van B&W van de gemeente Losser

Van : mw. mr. I.L. Van der Woude en mw. mr. Adam, KienhuisHoving N.V.

Datum : 11 april 2023

Inzake : koopovereenkomst Steenfabriek De Werklust

Geacht College,

Op 23 maart jl. hebben wij van u het verzoek ontvangen om u van extern juridisch advies te voorzien ten aanzien van de koopovereenkomst tussen de gemeente Losser en BOEi. Dit naar aanleiding van enkele vragen die u heeft ontvangen vanuit de gemeenteraad. De vragen van de gemeenteraad zijn als volgt:

‘1. In hoeverre geeft het contract aanknopingspunten voor de gemeente om onder de terugkoopverplichting uit te komen?

Vanuit de gemeenteraad wordt daarbij ten eerste gewezen op artikel 12, lid 1 van de verkoopovereenkomst, waaruit het verplichting kan worden geconstrueerd om te investeren in gebouwen en terreinen; en

2. Ten tweede vraagt de gemeenteraad zich af of de gemeente zich (bijvoorbeeld) kan beroepen op het Haviltex-criterium, zodat de letterlijke uitleg van de overeenkomst niet hoeft te worden gevolgd.’

U heeft ons verzocht deze vragen te onderzoeken en te beantwoorden. Onze analyse vindt u hieronder. Daarbij merken wij op dat wij enkel de onderhandse verkoopovereenkomst ter beschikking hebben gehad. De notariële koopakte of andere documenten, zoals correspondentie tussen de Gemeente Losser en BOEi, hebben wij niet (in)gezien. Indien in deze andere documenten andere afspraken zijn gemaakt of de in de verkoopovereenkomst getroffen afspraken nader zijn ingekleurd, kan dit van invloed zijn op de beantwoording van de vragen.

Nu de antwoorden op beide vragen nauw met elkaar zijn verweven, zullen de antwoorden gedeeltelijk in elkaar overlopen.

Inleiding en Feiten

Aan de rand van het dorp Losser (richting Oldenzaal) staat de Steenfabriek de Werklust (hierna te noemen: Steenfabriek). Dit is een beeldbepalend pand, met de status van rijksmonument. De gemeente Losser (hierna te noemen: Gemeente) heeft de Steenfabriek in 2001 aangekocht in het kader van de Landesgartenschau Gronau - Losser 2003.

Rond 2012/2013 heeft Nationale Maatschappij tot Restaureren & Herbestemmen van Cultureel Erfgoed B.V. (hierna te noemen: Koper) zich gemeld bij de Gemeente met het verzoek om de Steenfabriek te kunnen kopen. De doelstelling van Koper was het om de Steenfabriek als erfgoed in stand te houden en vanuit een gezonde exploitatie ook op langere termijn goed onderhoud aan fabriek en bijgebouwen te kunnen waarborgen.

Deze verkoop heeft ook daadwerkelijk plaatsgevonden in 2017. In de onderhandse verkoopovereenkomst is een terugkoopbepaling opgenomen (artikel 11), waarbij Koper het recht heeft de Steenfabriek terug te leveren aan de Gemeente indien het niet lukt om de exploitatie binnen vijf jaar kostendekkend te maken. De Gemeente heeft destijds ingestemd met het opnemen van deze bepaling in de verkoopovereenkomst.

Laatstelijk heeft Koper zich bij de Gemeente gemeld met de mededeling dat het niet gelukt is om de exploitatie van de Steenfabriek kostendekkend te krijgen.

Juridische analyse

1. In hoeverre geeft de verkoopovereenkomst aanknopingspunten voor de Gemeente om onder de terugkoopverplichting uit te komen? Dient de verkoopovereenkomst uit de woorden gelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf?

Artikel 11 van de verkoopovereenkomst bevat de terugkoopverplichting:

11- Terugkoopverplichting verkoper

1. Indien koper er niet in slaagt om de exploitatie van het verkochte in een periode van 5 jaar na levering kostendekkend te maken, dat wil zeggen een exploitatie waarbij voldoende middelen gegenereerd worden om onderhoud te bekostigen, verzekeringen, belastingen en kapitaalslasten te dragen en te betalen en adequaat beheer te borgen, heeft koper het recht om het verkochte aan verkoper terug te leveren voor een koopprijs van € 1,--, onder overlegging van de relevante documenten.
2. Koper spant zich in dekking te vinden voor het huidige exploitatietekort (jaarlijks € 20.000,--).

De voorwaarden waaronder Koper de Steenfabriek kan terug leveren aan de Gemeente luiden, voor zover hier relevant:

- Koper slaagt er niet in om;
- Binnen een periode van vijf jaar na levering van de Steenfabriek;
- De exploitatie kostendekkend te maken, zijnde het verwerven van genoeg financiële middelen om onderhoud, verzekeringen, belastingen en kapitaalslasten te dragen en adequaat beheer te borgen.

Daarbij zal zich Koper inspannen om het bestaande exploitatietekort van jaarlijkse EUR 20.000 te dekken.

Wij merken op dat artikel 11 een vrij algemeen geformuleerde bepaling bevat. Aan de Koper wordt het recht geboden om de Steenfabriek terug te leveren, indien de Koper de exploitatie na vijf jaar niet kostendekkend kan maken. In het tweede lid van artikel 11 wordt bepaald dat de Koper hiervoor een inspanningsverplichting heeft. Echter, deze inspanningsverplichting wordt in de overeenkomst niet nader geconcretiseerd. Eén en ander maakt dat de Koper – om een beroep te kunnen doen op artikel 11 – ‘enkel’ documenten ter beschikking moet stellen, waaruit blijkt dat de exploitatie niet kostendekkend is. Artikel 11 lijkt daarmee nauwelijks ruimte te geven voor een discussie tussen partijen over de wijze waarop de Koper aan diens inspanningsverplichting heeft voldaan, mits de Koper inspanningen heeft verricht. Immers, als de Koper de documenten aan de Gemeente ter beschikking kan stellen, dan volgt in beginsel de verplichting voor de Gemeente om de Steenfabriek terug te laten leveren. Desondanks heeft de Koper wel de plicht om enige inspanningen te verrichten, waarover de Gemeente ook de Koper kan bevragen (artikel 11 lid 2 van de overeenkomst). Enkel en alleen indien Koper in de afgelopen vijf jaar geen inspanning(en) heeft verricht, kan hij naar onze mening geen beroep doen op deze bepaling.

2. Ten tweede vraagt de gemeenteraad zich af of de gemeente zich (bijvoorbeeld) kan beroepen op het Haviltex-criterium, zodat de letterlijke uitleg van de overeenkomst niet hoeft te worden gevolgd.

Los van de taalkundige benadering van de overeenkomst, rijst de vraag of artikel 11 van de verkoopovereenkomst los kan worden gezien van andere bepalingen uit de verkoopovereenkomst. Hier komt ook de vraag van de gemeenteraad terug, waarin de gemeenteraad vraagt of er een mogelijkheid bestaat om op grond van artikel 12 tot een andere uitkomst te komen. Juridisch gezien kan deze vraag worden samengevat tot de navolgende rechtsvraag: ‘Geldt hier de zogeheten “Haviltex-maatstaf”?’

Wat is de Haxiltex-maatstaf en is hij in het onderhavige geval van toepassing?

De Haxiltex-maatstaf wordt aangewend als partijen over de uitleg van een bepaling in een overeenkomst twisten of als een overeenkomst een leemte bevat. Deze maatstaf brengt mee dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het ook aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de bedoeling van partijen). Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

De taalkundige betekenis van de bewoordingen uit de overeenkomst (die zij normaal gesproken in het maatschappelijk verkeer hebben), gelezen in de context van de gehele overeenkomst, zijn bij de uitleg van de bepalingen door middel van de Haxiltex-maatstaf van groot belang¹. Daarnaast heeft te gelden dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen moeten blijken uit de tussen hen gesloten contracten, maar ook moeten volgen uit de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW).

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat ook ten aanzien van koopovereenkomsten betreffende onroerend goed, waarbij een gemeente betrokken is, een onderhandse overeenkomst dient te worden beoordeeld aan de hand van de Haxiltex-maatstaf².

Hoe moet de Haxiltex-maatstaf in de onderhavige situatie worden toegepast?

De Haxiltex-norm is met name goed bruikbaar indien partijen over de door hen te sluiten overeenkomst hebben onderhandeld. Dan kan de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, namelijk worden vastgesteld. Een dergelijke onderhandeling tussen de gemeente Losser en BOEi plaatsgevonden. Er zijn meerdere concept koopovereenkomsten over en weer gegaan, waarna de tekst van de overeenkomst – overeenkomstig de wensen van partijen en de bedoeling die partijen bij de afspraken hadden – zijn bijgesteld.

In de onderhavige kwestie zou aldus relevant zijn wat partijen ten aanzien van artikel 11 hebben besproken. Uit de aan ons ter beschikking gestelde informatie maken we op dat de Gemeente “weloverwogen” heeft ingestemd met de terugkoopbepaling. We gaan er dan ook vanuit dat hierover is gesproken en - onderhandeld. Voor zover bij ons bekend – uit informatie van uw college – volgt uit de verscheidene concept koopovereenkomsten en de overleggen daaromtrent dat er in eerste instantie geen inspanning stond tegenover

¹ Hoge Raad 20 februari 2004, nr. C 02/219, NJ 2005, 493.

² Hoge Raad 13 maart 1981, nr. 11647, NJ 1981, 635 en zie bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:2005:AU2414, Hoge Raad 23 december 2005.

de terugkoopverplichting. Op aandringen van de gemeente Losser heeft dit geleid tot het opnemen van de bepaling met betrekking tot het destijds bestaande exploitatietekort van € 20.000,- . Echter niet is gesproken over een algemene inspanningsverplichting met betrekking tot de exploitatie.

Dit alles lijkt erop te wijzen dat partijen welbewust en weloverwogen de terugkoopverplichting zijn aangegaan en dat partijen in het kader van de inspanningsverplichting c.q. terugleveringsverplichting bewust geen dan wel zo weinig mogelijk barrières hebben willen opwerpen c.q. opnemen. Door de verplichtingen wel op te nemen, maar vrij algemeen te laten, lijken partijen de bedoeling te hebben gehad om de Steenfabriek ofwel als vastgoed binnen de portefeuille van BOEi te laten vallen ofwel binnen de gemeente Losser. Hierdoor zou de Steenfabriek als rijksmonument lokaal behouden blijven, enkel het eigendom gaat over naar een ander. Er is vooralsnog geen indicatie in de bij ons bekende stukken waaruit blijkt dat partijen een andere bedoeling hebben gehad bij het aangaan van de overeenkomst, dan hetgeen is verwoord in artikel 11 van de overeenkomst.

Daarnaast merken wij op dat deze uitleg ook past bij hetgeen in de overeenkomst is opgenomen. Artikel 11 komt ons vanuit een taalkundige benadering niet onduidelijk voor. De voorwaarden voor de uitoefening van het recht de Steenfabriek terug te leveren zijn duidelijk omschreven.

Voor de volledigheid merken wij nog wel op dat indien de gemeente Losser zou menen dat er geen sprake zou kunnen c.q. moeten zijn van een teruglevering aan de gemeente door een beroep te doen op de uitleg van de overeenkomst (Haxiltex) en/of wanprestatie door BOEi, dan ligt het bewijslast voor deze stellingen bij de gemeente Losser.

Moet artikel 11 worden gezien in het licht van de overige artikelen?

Wel is het zo dat een bepaling in een overeenkomst in beginsel nooit los staat van de andere bepalingen uit een overeenkomst. De bepalingen moeten in hun onderling verband worden gezien, tenzij er aanwijzingen zijn dat dat niet het geval is. Zo verwijst bijvoorbeeld artikel 10 lid 3 naar artikel 11 lid 4.

Artikel 12 lid 1 van de verkoopovereenkomst bepaalt dat Koper dient te investeren in de gebouwen en in het verbeteren van de exploitatie. Dit past bij artikel 11 lid 2, waarin staat dat Koper zich moet inspannen om het exploitatietekort te dekken. Wij zijn van mening dat artikel 11 en artikel 12 lid 1 in verband met elkaar moeten worden gezien. De inspanningsverplichting uit artikel 11 lid 2 wordt (enigszins) vormgegeven door artikel 12 lid 1. We kunnen ons voorstellen dat de Gemeente de verplichting tot investeren in artikel 12 lid 1 heeft opgenomen om niet na vijf jaar te worden geconfronteerd met een niet onderhouden terrein en gebouw.

Ons is niet bekend of Koper zich heeft ingespannen om het exploitatietekort te dichten en of hij heeft geïnvesteerd conform artikel 12 lid 2. Als Koper dat niet heeft gedaan, pleegt hij wanprestatie. In dat geval bepaalt artikel 15 van de koopovereenkomst dat hij in gebreke moet worden gesteld en vervolgens in verzuim geraakt, waarnaar de Gemeente de koopovereenkomst kan ontbinden en/of schadevergoeding kan vorderen. Artikel 15 verwijst niet terug naar artikel 11 of andersom.

Vervolgens is het een kwestie van uitleg wat partijen hebben bedoeld. Het feit dat artikel 11 niet verwijst naar artikel 15 en andersom kan betekenen dat een wanprestatie van Koper niet tot gevolg heeft dat hij geen aanspraak kan maken op zijn recht tot teruglevering. Daartegen kan worden aangevoerd dat in artikel 11 in lid 2 juist een inspanningsverplichting staat. Er zal wel een reden zijn waarom partijen deze inspanningsverplichting in artikel 11 hebben opgenomen. De juridische samenhang tussen artikel 11 en artikel 15 jo. 12 van de koopovereenkomst is niet direct gegeven. Indien de gemeente hier een beroep op wenst te doen, dan zal het de taak van de gemeente zijn om inzichtelijk te maken c.q. te 'bewijzen' dat de inspanningsverplichting uit artikel 11 lid 2 een dusdanige uitwerking is van artikel 12 jo. 15, dat het de bedoeling van partijen is geweest om aan een gebrek ten aanzien van artikel 12 jo. 15 de consequentie te verbinden dat de gemeente alsdan niet langer hoeft mee te werken aan de constructie zoals bepaald in artikel 11 lid 1 van de koopovereenkomst.

Andere aanknopingspunten voor de Gemeente om onder de terugkoopverplichting uit te komen zien we op dit moment, op basis van de aan ons verstrekte informatie, niet.
