



Rapport

Rapport over een klacht over het college van burgemeester en wethouders van Bergen op Zoom.

Datum: 3 juni 2015

Rapportnummer: 2015/086

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de gemeente Bergen op Zoom een met hem gesloten koopovereenkomst niet is nagekomen en vervolgens op geheel andere voorwaarden met een derde partij een overeenkomst is aangegaan.

Bevindingen

Wat is verzoeker met de gemeente Bergen op Zoom overeengekomen?

Verzoeker en de gemeente, vertegenwoordigd door de manager van de Afdeling Vastgoed en Projecten, kwamen op 30 oktober 2013 overeen dat de gemeente de eigendom van een horecagelegenheid in het centrum van Bergen op Zoom aan verzoeker zou overdragen tegen betaling van de overeengekomen koopsom. Aan deze overeenkomst zijn een aantal voorwaarden verbonden waaraan moest worden voldaan. Zo niet, dan zou de overeenkomst worden ontbonden.

Het ging om de volgende voorwaarden:

- uiterlijk 31 juli 2014 diende verzoeker te beschikken over een onherroepelijke omgevingsvergunning, verleend door het college van burgemeester en wethouders;
- binnen twee maanden na ondertekening van de overeenkomst diende verzoeker te zorgen voor financiering van de overeengekomen koopsom en de bijkomende kosten. Indien hij daarin niet zou slagen kon ontbinding van de overeenkomst worden ingeroepen;
- binnen twee maanden diende verzoeker te zorgen voor een rapport over de bouwkundige staat van het pand, opgesteld door een onafhankelijk expertisebureau en
- indien één der partijen na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig blijft in de nakoming van één of meer van zijn uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, zou de andere partij deze overeenkomst zonder tussenkomst kunnen ontbinden door middel van een daartoe strekkende schriftelijke verklaring aan de nalatige partij.

Wat gebeurde er vóór 30 oktober 2013?

Volgens verzoeker voerde hij al een paar jaar diverse informele gesprekken over zijn horeca-plannen met een wethouder van de gemeente, onder meer over het pand in het centrum. Op 25 september 2012 stuurde hij de wethouder een e-mail waarin hij zijn interesse voor het pand concreet maakte en meedeelde dat hij bereid was tot een nader gesprek hierover. Het college informeerde verzoeker er op 23 november 2012 over, dat er al onderhandelingen liepen met een derde partij, en dat deze vanuit zakelijke ethiek de gelegenheid moest krijgen om de haalbaarheid van het voorstel van het college te onderzoeken. Het college zei verzoeker toe dat als met die partij geen akkoord werd

bereikt als eerste aan hem en exclusief, een voorstel op dezelfde voorwaarden zou worden gedaan.

Op 26 april 2013 deed het college verzoeker een voorstel tot koop, met het verzoek om binnen twee maanden kenbaar te maken of hij daarmee kon instemmen. Na maanden van intensief overleg waarin verzoeker zijn plannen onder andere liet toetsen door een onafhankelijk taxatie- en adviesbureau kwam het tot de overeenkomst van 30 oktober 2013.

Wat deed verzoeker om aan de hem gestelde voorwaarden te voldoen?

Om de financiering van zijn plannen rond te krijgen benaderde verzoeker enkele banken. Twee banken reageerden dat zij op dat moment geen belangstelling hadden voor financieringen in de horecasector. Twee andere banken, die wel belangstelling hadden, deden verzoeker een uitgewerkt voorstel waarvan het taxatierapport dat hij had laten opstellen deel uitmaakte. Dat taxatierapport bevat onder meer de prognose dat zijn plannen haalbaar zijn. Volgens verzoeker haakten ook deze banken op het laatste moment af met naar zijn inzien vage argumenten die zij hem ook al veel eerder hadden kunnen geven. Verzoeker concludeerde uit de vele gesprekken die hij voerde dat banken onder de huidige economische omstandigheden in het geheel niet geïnteresseerd zijn, zelfs niet in een goed plan dat door een onafhankelijk deskundige is getoetst.

Op 19 december 2013 voerde verzoeker een gesprek met de wethouder en twee medewerkers van de Afdeling Vastgoed over de ontstane situatie. Hij bevestigde dit gesprek later die dag met een e-mail aan een van die medewerkers, waarin hij onder meer schreef dat - ondanks alle contacten met banken - hij er niet in was geslaagd de financiering rond te krijgen, en dat hij om die reden een beroep moest doen op het financieringsvoorbepaald in het koopcontract.

In zijn email bevestigde verzoeker tevens dat was gesproken over de mogelijkheid om het pand voor vijf jaar te huren, met de mogelijkheid tot koop. Verder vroeg hij om steun voor een op enkele punten gewijzigd plan, waarbij de over andere punten al gemaakte afspraken geldig zouden blijven.

Op 20 december 2013 voerde verzoeker intensief overleg met enkele medewerkers van de gemeente, waarin volgens hem van de zijde van de gemeente was aangegeven dat in plaats van huur van het pand ook een erfpachtconstructie mogelijk was. Op 30 december 2013 mailde verzoeker een medewerker van de gemeente aanvullende informatie en een nadere toelichting, waarbij hij erop wees dat hij uit concurrentieoverwegingen terughoudend was met het verstrekken van gevoelige financiële gegevens.

Deze medewerker mailde verzoeker op 31 december 2013 dat hij begrip had voor standpunt van verzoeker, maar dat voor het geven van een ambtelijk advies aan het bestuur over een langlopende verbintenis een deugdelijke onderbouwing nodig was. Verder vroeg hij verzoekers begrip voor de omstandigheid dat er nog niet was gereageerd op zijn verzoek om ontbinding van de overeenkomst als gevolg van de beperkte personeelsbezetting rond de feestdagen. Tot slot stelde hij verzoeker voor om op 7 januari 2014 te overleggen over de verdere afwikkeling.

Op 6 januari 2014 bereikte verzoeker met een bank een akkoord over een volledige financiering, op basis van een erfpachtconstructie voor de duur van twaalf jaar. Hij informeerde de wethouder hierover per sms. In zijn gesprek van 7 januari 2014 met medewerkers van de gemeente gaf hij hun volledig inzicht in zijn ondernemingsplan en de financiering daarvan. Volgens verzoeker is daar met instemming op gereageerd en zouden zij een aanbeveling doen voor een positief collegebesluit.

Volgens verzoeker belde een medewerker van de gemeente hem op 13 januari 2014 met het verzoek om meteen te bevestigen dat een erfpacht voor de duur van vijf in plaats van twaalf jaar ook mogelijk was, maar heeft hij hierop geantwoord dat hij dat niet kon zeggen omdat hij dat niet wist en bovendien zijn overeenkomst met de bank was gebaseerd op een erfpacht voor de duur van twaalf jaar. Verzoeker stelt verder dat hij op 14 januari 2014 is gebeld door de wethouder, die hem meedeelde dat het college geen besluit over de erfpacht kon nemen en dat de gemeenteraad hierover een beslissing zou moeten nemen. Verder deelde de wethouder hem mee, dat het college hem twee maanden de tijd had gegeven om zes andere partijen te vragen om een onvoorwaardelijk bod te doen.

Verzoeker benaderde opnieuw zijn bank, met als resultaat dat hij de wethouder op 16 januari 2014 kon meedelen dat de bank akkoord ging met een erfpacht voor de duur van zes jaar.

Hoe stelde het college van burgemeester en wethouders zich in 2014 op?

Het college stuurde de leden van de raad op 17 januari 2014 een overzicht van de stand van zaken in de ontwikkelingen rondom een aantal vastgoeddossiers. Wat betreft het door verzoeker beoogde pand, schreef het college dat hierover intensief was onderhandeld maar dat de koopovereenkomst eind 2013 was ontbonden vanwege het niet verkrijgen van de benodigde financiering. Het college benadrukte dat het niet ging om een gemis aan vertrouwen in de plannen van de ondernemer, maar dat dit te maken had met de terughoudendheid van mogelijke financiers. Verder wees het college op het voorstel voor een alternatieve constructie, zoals erfpacht om de plannen te realiseren. Omdat de overeenkomst was ontbonden en het pand verhandelbaar was verklaard, was bij een zestal mogelijke gegadigden de belangstelling gepeild, waarvan er drie partijen geïnteresseerd bleken te zijn.

Het college deelde verzoeker per brief van 31 januari 2014 mee dat op 7 januari 2014 was ingestemd met zijn verzoek om ontbinding van de overeenkomst, omdat hij niet aan de voorwaarden van de overeenkomst kon voldoen. Naar aanleiding van zijn vraag naar de mogelijkheid van een alternatieve financieringsvorm zoals huur of erfpacht was een onderzoek gedaan, maar omdat het college de voorkeur gaf aan een reguliere verkoop was besloten om niet in te stemmen met huur of erfpacht.

Hoe reageerde verzoeker op de brief van het college?

Verzoeker wendde zich direct tot zijn advocaat, die het college op 31 januari 2014 een brief schreef waarin hij de gang van zaken nog eens uiteenzette en benadrukte dat beide

partijen baat hadden bij grote spoed omdat het uitgangspunt een opening van het horecapand op 7 februari 2014 was.

Wat betreft het besluit om andere partijen te benaderen wees de advocaat erop dat het college hiermee volledig uit het oog was verloren dat tot dat moment op basis van volledige exclusiviteit met zijn cliënt was onderhandeld. Deze exclusiviteit liep na 1 juli 2013 voor onbepaalde tijd en kon alleen worden beëindigd met een redelijke opzegtermijn. Het college doorbrak die exclusiviteit zonder enige redelijke opzegtermijn in acht te nemen en op een moment dat zijn cliënt er in redelijkheid op mocht vertrouwen dat de onderhandelingen met de gemeente met succes zouden worden afgerond. Ook zou hem zijn gebleken dat er binnen het ambtelijk apparaat geen begrip was voor het collegebesluit.

Volgens de advocaat had het eenvoudig tot een afronding met verzoeker kunnen komen; de raadscommissie had de beslissing over de erfpachtconstructie immers aan het college gelaten, zodat er geen bezwaar tegen de effectuering daarvan was. Ook omdat hij uit een sms-bericht van de wethouder van 24 januari 2014 mocht begrijpen dat hij vanwege de carnavalsactiviteiten op 7 februari 2014 zijn plannen verder kon effectueren, was zijn cliënt doorgedaan.

Vervolgens kreeg zijn cliënt op 28 januari 2014 de mededeling dat zou zijn besloten om het pand voor een onbekend bedrag, en zonder de nadere voorwaarden die aan zijn cliënt wel zijn gesteld, aan een derde te gunnen. De wethouder stuurde zijn cliënt een sms waarin hij stelde dat de gemeente door de wet was gedwongen het anders te doen dan de gemeente wilde, maar deze motivering raakte kant noch wal, aldus de advocaat. Hij besloot zijn brief met de sommatie aan het college om per direct een mogelijke gunning van het pand aan een derde te staken en de effectuering van de in feite al met zijn cliënt bestaande overeenstemming af te ronden.

Hoe reageerde het college op de brief van verzoekers advocaat?

Het college reageerde op 7 februari 2014 op de brief van verzoekers advocaat.

Het college stelde voorop dat aan de op 30 oktober 2013 gesloten overeenkomst onder meer een voorbehoud van financiering was verbonden, en dat zijn cliënt binnen de gestelde termijn - op 20 december 2013 - de ontbinding daarvan had ingeroepen. Daarmee was de, voor aankoop van het pand geldende, exclusiviteit beëindigd. Aan het onderzoek naar een alternatieve financiering was geen exclusiviteit verbonden en aan de uitkomsten daarvan kon zijn cliënt geen rechten ontleen. Het college wees tot slot alle aansprakelijkheid voor de gevolgen voor zijn cliënt af.

Wat gebeurde er verder?

Verzoeker diende zowel bij het college als bij de gemeenteraad een klacht in over de gang van zaken, waarbij hij onder meer de integriteit nadrukkelijk aan de orde stelde. Tot een inhoudelijke reactie heeft dat volgens hem echter niet geleid.

Hoe reageerden partijen op de bevindingen van de Nationale ombudsman?

1. de reactie van het college

Het college benadrukte in zijn reactie van 20 maart 2015 dat naar zijn oordeel in deze kwestie zeer integer en zorgvuldig was gehandeld. Nadat verzoeker de koopovereenkomst had ontbonden was er geen sprake meer van een rechtsverhouding met de gemeente, zodat volstrekt onduidelijk is waar hij op baseert dat hem enige exclusiviteit met betrekking tot de aankoop van het desbetreffende pand toekomt. Er is nog onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van een huur- of erfpachtconstructie, maar, zoals gebruikelijk is, onder strikt voorbehoud van goedkeuring door het college. Verzoeker is ondernemer en is er uiteraard mee bekend dat alleen het college bevoegd is om te besluiten over het aangaan van een overeenkomst. Aan ambtelijk vooroverleg hierover kan geen gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend.

Verzoeker is in een gesprek op 8 januari 2014 meegedeeld dat nog geen duidelijkheid kon worden gegeven, waarna hij toen al aangaf dat hij het niet verantwoord achtte om verder te gaan.

Nadat de kwestie aan de gemeenteraad was voorgelegd, is op 28 januari 2014 besloten om het pand aan een derde gegadigde partij te verkopen.

Naar aanleiding van de brief van verzoekers advocaat van 31 januari 2014 is ook de advocaat van de gemeente om advies over het gemeentelijk handelen gevraagd. Deze advocaat heeft verzoekers advocaat op 28 februari 2014 meegedeeld dat er geen aanleiding was om gevolg te geven aan de sommatie om de verkoop te staken. Daarop diende verzoekers advocaat een verzoek om schadevergoeding in, waarop de advocaat van de gemeente hem op 25 maart 2014 meedeelde dat de gemeente daartoe niet verplicht was omdat er niet onrechtmatig was gehandeld. Daarbij is aangegeven dat de gemeente bereid was tot overleg in het geval dat verzoeker een ander pand op het oog had, maar daar is niet meer op gereageerd.

2. de reactie van verzoeker

Verzoeker stelde in zijn reactie van 1 april 2015 voorop, dat hij zaken deed met de gemeentelijke afdeling Vastgoed, en dat daarbij steeds is getoetst aan de randvoorwaarden die de politiek had gesteld omdat anders geen sprake kon zijn van het bereiken van overeenstemming. Nadat hij in december 2013 had aangegeven de overeenkomst te moeten ontbinden, kwam de wethouder met een ander voorstel, waarbij deze meer dan eens liet weten er op basis van dat voorstel uit te willen komen. De Afdeling Vastgoed was daarbij altijd aanspreekpunt, totdat deze buitenspel werd gezet nadat er op 28 januari 2014 een ander besluit was genomen. De brief van 31 januari 2014 waarmee de gemeente hem hierover heeft geïnformeerd wekte volgens verzoeker de indruk dat de gemeente met terugwerkende kracht een andere werkelijkheid creëert.

In zijn gesprek met de burgemeester en de gemeentesecretaris op 6 februari 2014 had hij geprobeerd een klacht in te dienen, maar daarop was hem direct te kennen gegeven dat er geen sprake was van een integriteitskwestie. Later die dag had hij de gemeente een uitvoerig bericht gestuurd, omdat hij het gevoel had dat de gemeente weigerde om

objectief naar zichzelf te kijken en het hem deed denken aan 'een slager die zijn eigen vlees keurde'.

Verzoeker hechtte er aan te benadrukken dat niet hij, maar de gemeente had voorgesteld om andere mogelijkheden te onderzoeken. De suggestie van de gemeente dat hij het na het gesprek van 8 januari 2014 niet verantwoord achtte om verder te gaan, staat haaks op de feiten. Ook na 8 januari 2014 had hij zijn financieringsaanvraag en een aanvraag met betrekking tot een Bibob-vergunning (integriteitstoets) doorgezet, en het diploma behaald dat vereiste is voor het verkrijgen van een horecavergunning.

Wat is het oordeel van de Nationale ombudsman?

Het vereiste van transparantie houdt in dat de overheid open en voorspelbaar is in haar handelen, zodat het voor de burger duidelijk is waarom de overheid bepaalde dingen doet.

Dit vereiste impliceert dat voor een burger die een overeenkomst heeft met de overheid helder is wat hij mag verwachten en wat van hem wordt verwacht.

In dit geval gaat het om de uitvoering van een koopovereenkomst tussen de gemeente Bergen op Zoom en verzoeker. Volgens de overeenkomst kon deze worden ontbonden, indien verzoeker er niet in zou slagen om binnen twee maanden nadat de overeenkomst was aangegaan de financiering van de koopsom rond te krijgen. Het is een feit dat verzoeker daar niet in is geslaagd; de door hem benaderde banken zagen geen heil in het verlenen van een krediet voor de koopprijs en om die reden vroeg verzoeker de gemeente om ontbinding van de overeenkomst.

Verzoeker heeft de gemeente rond 19 december 2013 gevraagd om de overeenkomst te ontbinden, omdat hij er niet in was geslaagd de koopprijs te financieren. Op het verzoek om ontbinding van de overeenkomst heeft de gemeente pas op 31 januari 2014 gereageerd, waardoor onduidelijkheid is ontstaan over de juridische situatie in de tussenliggende periode. In die tussenliggende periode had verzoeker intensieve contacten met medewerkers van de Afdeling Vastgoed van de gemeente en de wethouder die binnen het college van burgemeester en wethouders het beheer van het gemeentelijke vastgoed en de verkoop van het desbetreffende pand in portefeuille had. Het onderwerp van deze gesprekken was een mogelijk alternatief voor een verkoop in de vorm van een huur- of erfpachtconstructie. Gelet op de positie van de bij de gesprekken betrokken medewerkers en de wethouder mocht verzoeker er redelijkerwijs op vertrouwen dat deze namens de gemeente optraden en dat deze besprekingen ten minste de stilzwijgende instemming van het college hadden. Niet duidelijk was echter of deze besprekingen plaats vonden in het kader van de gesloten overeenkomst, dan wel of er na het verzoek om ontbinding een nieuwe situatie was ontstaan waardoor verzoeker in de onderhandelingen geen beroep meer kon doen op exclusiviteit.

Het college stelt dat op 7 januari 2014 is ingestemd met het verzoek om ontbinding van de koopovereenkomst. Verzoeker is daarover echter niet eerder dan bij brief van 31 januari 2014 geïnformeerd.

Het desbetreffende pand is echter al daarvoor, rond 28 januari 2014, aan een andere gegadigde verkocht.

Door in de periode tussen 19 december 2013 en 31 januari 2014 onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag of het verzoek tot ontbinding van de overeenkomst was ingewilligd, heeft het college van burgemeester en wethouders gehandeld in strijd met het vereiste van transparantie.

De onderzochte gedraging is daarom niet behoorlijk.

Slotoverweging

Het is aan de burgerlijke rechter om een bindende uitspraak te doen als twee partijen het niet eens zijn over de ontbinding van hun overeenkomst en de gevolgen daarvan voor de partij die zich benadeeld acht.

De Nationale ombudsman stelt zich om die reden terughoudend op waar het gaat om de vraag of de gemeente in strijd met de met verzoeker gesloten overeenkomst heeft gehandeld. Hij kan wel bezien of de gemeente zich ten opzichte van verzoeker behoorlijk heeft gedragen. In dit geval volstaat de ombudsman dan ook met het oordeel dat de gemeente, door tegenover verzoeker onduidelijkheid te laten bestaan over de vraag of zijn verzoek tot ontbinding was gehonoreerd, in strijd heeft gehandeld met het vereiste van transparantie.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Bergen op Zoom is gegrond, wegens strijd met het vereiste van transparantie.

De Nationale ombudsman,

Reinier van Zutphen