Inventarislijst

I. Tussenbeslissing d.d. 13 juli 2016

II. Tussenbeslissing d.d. 25 oktober 2016

III. Tussenbeslissing d.d. 13 maart 2016

IV. Tussenbeslissing d.d. 29 september 2017

V. Tussenbeslissing d.d. 14 maart 2018

VI. Proces-verbaal van de comparitie d.d. 15 april 2019

VII. Tussenbeslissing d.d. 18 juni 2019

VIII. Eindbeslissing d.d. 21 december 2020

Tussenbeslissing d.d. 13 juli 2016

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigde: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince le Roy en P.P. Wijling, beiden advocaat te Rotterdam.

DE BINDEND ADVISEURS

1. Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, en MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

DE PROCEDURE

2. Het verloop van de procedure blijkt uit:
   - de memorie van eis van 21 december 2015 met bijlagen 1 tot en met 40;
   - de memorie van antwoord in conventie en van eis in reconventie van 20 april 2016 met bijlagen 1 tot en met 7;
   - de memorie van antwoord in reconventie met bijlagen 51 tot en met 53;
   - de fax van mr. Wijling van 18 april 2016 met bijlage;
   - de pleitnotities van mevrouw mr. De Bruin van 20 april 2016;

- de pleitnotities van mr. Crince le Roy van 20 april 2016;
- de e-mail van mr. Mollema van 20 april 2016, waarbij partijen in de gelegenheid werden gesteld nadere stukken over te leggen;
- de brief van mevrouw mr. De Bruin van 26 april 2016 met bijlagen A tot en met G;
- de brief van mr. Crince le Roy van 3 mei 2016 met de daarbij gevoegde fax van mr. Van Zelm van 22 december 1997 (eerder overgelegd onder tab 6 van het door de Gemeente als bijlage 1 bij memorie van antwoord in de onderhavige procedure overgelegde feitenoverzicht);
- de e-mail van mr. Crince le Roy van 11 mei 2016 waarbij werd verzocht om uitstel voor de indiening van stukken ten aanzien waarvan de geheimhoudingsplicht nog door de Gemeenteraad moest worden opgeheven;
- de e-mail van mr. Mollema van 11 mei 2016 waarbij dat uitstel werd verleend;
- de brief van mevrouw mr. De Bruin van 12 mei 2016;
- de brief van mevrouw mr. De Bruin van 20 mei 2016 met bijlagen;
- de brief van mr. Crince le Roy van 25 mei 2016 met bijlagen;
- de e-mail van mr. Mollema van 3 juni 2016;
- de brief van mevrouw mr. De Bruin van 9 juni 2016.

3. Op woensdag 20 april 2016 is een mondelinge behandeling van dit geschil gehouden in een vergaderzaal van het stadhuis te Amersfoort, waarbij behalve ondergetekenden aanwezig waren:
   - aan de kant van Vahstal: mevrouw mr. De Bruin, de heer J.J. Vahstal (eiser 4) en diens zoon, P.P. Vahstal;
   - aan de kant van de Gemeente: mrs. Crince le Roy en Wijling, alsmede de heer R. Titulaer en mevrouw J.C.M. Mensink, beiden ambtenaar;
   - mr. C.M.H. Kroeks als secretaris.

4. Bij brief van haar gemachtigde van 12 mei 2016 heeft Vahstal op voorhand bezwaar gemaakt tegen de bij brief van haar gemachtigde van 25 mei 2016 door de Gemeente overgelegde stukken, omdat deze volgens hem eerder hadden moeten worden overgelegd. Vahstal wijst er op dat de stukken wegens de geheimhouding daarvan nooit aan haar kenbaar zijn geweest en stelt dat deze daarom in de onderhavige procedure geen doorslaggevende rol kunnen spelen. Bij haar e-mail bericht van 9 juni 2016 heeft Vahstal dat bezwaar

tegens de inmiddels (op 25 mei 2016) door de Gemeente overgelegde stukken herhaald, zij het dat zij ook inhoudelijk op die stukken heeft gereageerd. Bindend adviseurs leggen genoemde bezwaren naast zich neer, nu de Gemeente reeds onderbouwd had waarom zij de stukken wenste in te brengen en Vahstal volgens de ter mondelinge behandeling gemaakte afspraak de gelegenheid heeft gekregen daarop schriftelijk te reageren, hetgeen zij bij brief van haar gemachtigde van 9 juni 2016 ook heeft gedaan.

5. Bij e-mail van haar gemachtigde van 25 mei 2016 heeft de Gemeente bezwaar gemaakt tegen de opname in het procesdossier van de bij brief van 20 mei 2016 zijdens Vahstal in het geding gebrachte bescheiden (een boek, een dvd en een krantenartikel), alsmede tegen de inhoud daarvan. Bij e-mail van 3 juni 2016 heeft mr. Mollema namens ondergetekenden aan partijen bericht dat deze stukken nog niet waren toegelicht en dat de voorbereiding van deze tussenbeslissing in een dermate gevorderd stadium verkeerde, dat zij in die beslissing niet zouden worden betrokken. De stukken zijn wel opgenomen in het procesdossier, in afwachting van een toelichting daarop in een later stadium van de procedure.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

in conventie en in reconventie

de bevoegdheid / het onderwerp van het bindend advies

6. De bevoegdheid van ondergetekenden tot beslechting van dit geschil bij bindend advies staat onbetwist tussen partijen vast, behalve met betrekking tot de mogelijke planschadeclaim Amsterdamseweg 18 (vordering 6 in conventie; zie sub 17 hierna).

7. De Gemeente stelt dat deze vordering niet aan bindend adviseurs ter beslissing kan worden voorgelegd, omdat op grond van de Wet op de ruimtelijke ordening de Gemeenteraad bij uitsluiting bevoegd is om dergelijke claims te beoordelen.

8. Volgens Vahstal heeft wethouder Boer tijdens het overleg van 4 april 2011 toegezegd dat deze claim niet in bouwvolume zou worden afgewikkeld, maar door betaling in geld. Zij wijst er op dat in het verslag van het genoemde overleg (bijlage 5.7 bij memorie van eis) is vermeld:

"Artikel 5
De heer Boer meldt dat wat hem betreft de heer Vahstal de claim maar indient; liever geld dan meters".

9. Dit vormt volgens Vahstal een erkenning van de claim. Die erkenning maakt een beoordeling overbodig en ter zake van de uit de erkenning voortvloeiende en tot op heden onbetaalde geldvordering zijn ondergetekenden wel bevoegd, zo begrijpen ondergetekenden het betoog van Vahstal.

10. Voorts voert Vahstal aan dat de planschadeclaim op de agenda voor de bespreking van 16 februari 2001 stond en dat deze bovendien één van de geschilpunten was die wethouder Boer in opdracht van de Burgemeester diende op te lossen. Omdat artikel VI DV 98 en artikel 9 O&R 2005 bepalen dat alle geschillen voortvloeiend uit deze overeenkomsten moeten worden onderworpen aan bindend advies, zijn ondergetekenden ook op die grond bevoegd over de planschadeclaim te oordelen, aldus Vahstal.

11. Ondergetekenden stellen voorop dat planschadeclaims in beginsel dienen te worden ingediend bij de Gemeenteraad (en sinds 2005 bij het College van Burgemeester en Wethouders) en slechts door ondergetekenden zouden kunnen worden beoordeeld voor zover de aan hen door beide partijen gegeven opdracht daartoe strekt.

12. Weliswaar is de planschadeclaim op de agenda voor de bespreking van 16 februari 2011 vermeld (laatste alinea), maar in het verslag van de besprekingen op 16 en 22 februari 2001 (bijlage 5.2 bij memorie van eis) is expliciet vermeld:

"De heer Vahstal geeft, op verzoek van de heren Boer en Van der Horst, aan dat de planschadeclaim Amsterdamseweg 18 (± 2.000 m2, Maaike Huizer) bewust door partijen buiten de vaststellingsovereenkomst is gebleven. De heer Van Zelm stelt aan de gemeente voor om die claim af te doen ter voorkoming van gesteggel en een langdurige procedure, in een compensatie van vierkante meters ontwikkelingsvolume, zonder grondkostencomponent. Afgesproken wordt dat de heer Vahstal terzake nog zal vernemen van de gemeente".

13. Gesteld noch gebleken is dat de Gemeente later alsnog heeft ingestemd met het voorstel. In de DV 98 en O&R 2005 wordt de claim ook niet genoemd. Uit het sub 8 hiervoor opgenomen citaat blijkt naar het oordeel van ondergetekenden bovendien dat de heer Boer de claim geen onderdeel wilde doen zijn van de compensatieafspraken en Vahstal ter zake naar de gewone procedure voor planschadeclaims verwees, dus naar de Gemeenteraad.

14. De planschadeclaim maakt dan ook geen onderdeel uit van de bindend adviesopdracht aan ondergetekenden en zal daarom door hen niet worden beoordeeld.

<u>de feiten</u>

15. Tussen partijen staat voorts het volgende vast:
    a. Vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw ontstonden er geschillen tussen partijen over diverse projecten, ten aanzien waarvan over en weer diverse gerechtelijke procedures zijn begonnen.
    b. Op 17 januari 1995 is tussen de Gemeente enerzijds en Bouwstichting Vahstal-Vermeulen, Bouw- en Aannemingsbedrijf J.J. Vahstal B.V. en Vahstal Bedrijfsobjecten B.V. anderzijds een vaststellingsovereenkomst (hierna te noemen: "VO 95") gesloten betreffende:
    "- *de realisering [...] van premie C-woningen in de wijk Zielhorst te Amersfoort;*
    - *de bouwval van de voormalige garage Freede aan de Stationsstraat te Amersfoort*".
    Deze overeenkomst werd blijkens de aanhef ervan gesloten onder voorbehoud van goedkeuring van de Gemeenteraad.
    c. Op 28 maart 1995 heeft de Gemeenteraad onder nr. B95/0382 het besluit genomen: "*de lopende procedures m.b.t. Bouwstichting Vahstal-Vermeulen, Bouw- en Aannemingsbedrijf J.J. Vahstal B.V., Vahstal Bedrijfsobjecten B.V. en Bam-Vermeulen Ontwikkeling B.V. te beëindigen door het aangaan van dadingsovereenkomsten*". Bij dit raadsbesluit was, naast de onder b genoemde vaststellingsovereenkomst, tevens gevoegd een op 11 januari tussen de Gemeente enerzijds en BAM-Vermeulen Ontwikkeling B.V. gesloten overeenkomst. Ook deze overeenkomst was blijkens de aanhef ervan gesloten onder voorbehoud van goedkeuring van de Gemeenteraad.

d. Op 12 november 1997 is een bespreking gehouden, waarbij aanwezig waren:
   - de heren ing. F.W.A. van der Horst en mr. A.J. Ashouwer namens de Gemeente;
   - de heer ing. J.J. Vahstal, de heer mr. E.M. van Zelm en mevrouw C.A. Klein namens Vahstal;
   - de heer mr. G.H. Beens als notulist.

   In het verslag van die bespreking (bijlage 11 bij memorie van eis) is vermeld:

   "*Het doel van deze en volgende besprekingen zal zijn: De normalisering van de betrekkingen, zoals aangegeven in de overeenkomst d.d. 17-03-1995 feitelijk vorm te geven.*

   Vastgesteld wordt, dat er door het blijven voortbestaan van de hierna volgende konfliktpunten, buiten het stopzetten van alle procedures over en weer, nog niets wezenlijks is veranderd. Er wordt alleen maar gesproken en niet gebouwd.

   De konfliktpunten zijn:
   - *De wijziging van de bestemming van het totale Handelsgebouw van detailhandel in algemene zin naar volumineuze handel en de daardoor reeds 10 jaar leegstaande 1e verdieping. Schade Hfl. 365.000,- per jaar.*
   - *De beperking van de nieuwbouw mogelijkheden op het terrein aan de Amsterdamseweg 18 (kantoor Vahstal) tot 15 meter hoogte en daarboven maximaal 100 m2 als opbouw*
   - *Het Gemeentelijke initiatief om aan de Amsterdamseweg, in het kader van plan Puntenburg, op meerdere plaatsen ruim boven de 15 meter te bouwen, hetgeen een bezwaren procedure en een planschade claim vanwege Vahstal zal betekenen.*
   - *De claim vanwege Vahstal van 100 miljoen bouwproductie als resultante van 250 miljoen ontwikkelingsproductie, zijnde 12,5% van de OCA produktie in het Centrale Stadsgebied.*
   - *De realisatie van ontwikkeling en bebouwing van het Freedeterrein, welke al vanaf 1983 renteloos ligt*".

e. Tijdens diverse daaropvolgende besprekingen is onderhandeld over de inhoud van een vaststellingsovereenkomst. De onderhandelingsdelegatie

van de Gemeente stond onder leiding van toenmalig wethouder R.L. Boer.

f. Op 24 april 1998 hebben de Gemeente enerzijds en Vahstal Holding B.V. en Hobeva Amersfoort B.V. anderzijds een *"definitieve"* vaststellingsovereenkomst (hierna te noemen: "DV 98") gesloten *"ter uitvoering van"* het genoemde raadsbesluit van 28 maart 1995. Volgens artikel I van de DV 98 zijn onderwerp van deze overeenkomst: het Handelsgebouw aan de Amsterdamseweg, de toedeling van ontwikkelingsvolume in het plan Vathorst aan Vahstal en het perceel grond aan de Stationsstraat (het Freedeterrein). Voor zover in dit geschil van belang luidt de DV 98 verder:

*"**Artikel II – Partijen en hun verhouding***

1. *Onder partij Vahstal wordt verstaan Vahstal Holding B.V. en de met haar geli*[e]*erde vennootschappen voor zover de vennootschap daarin doorslaggevend zeggenschap heeft, alsmede de heer Vahstal persoonlijk in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding B.V. en de met haar geli*[e]*erde vennootschappen.*
2. *Partijen zijn er zich bij het aangaan van deze overeenkomst van bewust dat deze overeenkomst de algemene- en Gemeentelijke belangen dient en dat onderdelen ter uitvoering van deze overeenkomst nog aan nadere besluitvorming binnen de Gemeente Amersfoort zullen zijn onderworpen op grond van de Wet. Bij de tot standkoming van deze overeenkomst maken partijen ten aanzien van de openbaarmaking nadere afspraken.*
3. *De verhouding tussen partijen wordt bepaald door de redelijkheid en billijkheid zowel bij de tot standkoming als de uitvoering van de overeenkomst. In dit verband zal de Gemeente gedurende de looptijd van deze overeenkomst een coördinerend ambtenaar op het niveau afdelingshoofd aanwijzen die deskundig is terzake van de in deze overeenkomst geregelde onderwerpen.*

   Tussen Vahstal en bedoelde ambtenaar zal periodiek overleg worden gevoerd. In geval dit overleg niet leidt tot een naar de mening van beide partijen billijke oplossing binnen het kader van deze overeenkomst, zal de Gemeente middels één of meerdere bij betreffende problematiek betrokken leden van het College van Burgemeester en Wethouders overleg voeren met Vahstal.

[...]

Artikel III – Ontwikkelingsvolume

1. *Partijen onderscheiden in het kader van dit artikel woningbouwprojekten en, al of niet daarmee gemengd, projekten ter realisatie van bedrijfsruimten waaronder partijen verstaan kantoren, groot- en kleinschalige detailhandel, alsmede ruimten waarin bedrijfsmatige aktiviteiten worden uitgeoefend.*

A.1. *In het kader van de normalisatie van de betrekkingen tussen Vahstal en de Gemeente zal in daartoe geëigende situaties de Gemeente Vahstal uitnodigen ter bespreking van woningbouwprojekten met dien verstande dat:*

* *het gaat om een projekt van niet meer dan 100 woningen;*
* *in de vrije sektor/goedkope vrije sektor.*

Vahstal zal in geval van aanbieding tot realisatie van een projekt gerechtigd zijn deze realisatie te accepteren met inachtneming van de globale van toepassing zijnde regelingen zoals het door de Gemeente vastgestelde danwel vast te stellen bestemmingsplan en programma van eisen onder de navolgende voorwaarden:

* *toepassing van de inspraakverordening van de Gemeente in het variabele deel van het programma van eisen, zoals deze verordening geldt op dat moment;*
* *geen binding aan verkoopprijzen;*
* *markconforme grondprijzen;*
* *architectenkeus in overleg.*

Het zal de Gemeente vrij staan derden onder dezelfde voorwaarden als met Vahstal besproken, terzake van de realisatie van betreffend projekt te benaderen indien en zodra Vahstal schriftelijk te kennen heeft gegeven niet in de realisatie geïnteresseerd te zijn. Vahstal is gehouden binnen één maand nadat het overleg met de Gemeente is afgerond daaromtrent een schriftelijke verklaring af te geven, bij gebreke waarvan de Gemeente vrij zal zijn. Het overleg zal eerst als afgerond worden beschouwd indien de Gemeente schriftelijk een aanbieding doet met inachtneming van de resultaten van het overleg tussen partijen. De Gemeente is gerechtigd indien de besprekingen in

het kader van een projekt tussentijds worden beëindigd door Vahstal, om haar moverende redenen het projekt aan derden aan te bieden.

2. *De Gemeente garandeert Vahstal dat gedurende de looptijd van deze overeenkomst minimaal 250 woningen als bedoeld onder A.1 van dit artikel van deze overeenkomst aan Vahstal zullen worden aangeboden, waarvan 100 woningen liggend in de bestaande stad. Voor wat betreft eerstgenoemde woningen zal Vahstal het recht hebben deze woningen te doen vervangen door projekten binnen de ontwikkelingsgebieden in de Gemeente Amersfoort, waaronder Vathorst. Vooruitlopend op de ondertekening van deze overeenkomst en in het kader daarvan heeft de Gemeente aan Vahstal aangeboden een woningbouwprojekt van 100 woningen in de vrije sektor in het ontwikkelingsplan Vathorst, welke aanbieding door Vahstal is aanvaard.*

B.1. [...]

2. *Voorts zal de Gemeente grond voor de realisatie van 3.000 m2 bedrijfsruimte in het plan Vathorst in de oksel op een zichtlokatie aan Vahstal aanbieden waarbij het bepaalde in lid B.1. van dit artikel van deze overeenkomst buiten beschouwing blijft.*

C.1 De in dit artikel genoemde aantallen woningen en meters bedrijfsruimten worden door partijen als minima beschouwd. Niettegenstaande een eventuele vroegtijdige invulling van de aantallen woningen en vierkante meters bedrijfsruimte, blijft deze overeenkomst van kracht. Partijen kunnen besluiten ingeval projekten gefaseerd dienen te worden uitgevoerd nadere overeenkomsten binnen het kader van deze overeenkomst te treffen.

[...]

Artikel VI – Geschillen

1. *Geschillen voortvloeiende uit de uitvoering van deze overeenkomst, danwel de interpretatie daarvan, worden behoudends voor de Gemeente geldende dwingende wettelijke bepalingen, met uitsluiting van de – gewone terzake bevoegde – rechter voorbehouden aan bindend advies.*

[...]

3. *De bindend adviseurs zullen* [...] *als goede personen naar billijkheid hun advies uitbrengen* [...]

Artikel VII – duur van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van tien jaren, ingaande op de datum van ondertekening dezes."

g. Al snel werd duidelijk dat partijen van mening verschilden over de uitleg van de DV 98.

h. Bij brief van 16 december 1999 (bijlage 3.4 bij de memorie van eis) heeft het College van B&W aan Vahstal bericht:
"*In de* [DV 98] *hebben wij afgesproken dat de ruiling van gronden aan de Stationsstraat en Weijerstraat op 1 november 1998 zou plaatsvinden. Wij constateren dat deze ruiling ca. 1 jaar later heeft plaatsgevonden. Alhoewel geen der partijen daarvoor kan worden aangesproken betreuren wij de gang van zaken.*
Eveneens is in de [DV 98] *afgesproken een aanbieding van de Gemeente aan Vahstal betreffende een aantal woningen in een bepaalde periode. Het in dat kader genoemde minimale woningbouwvolume zullen wij trachten ruim te interpreteren, met inachtneming van de daaraan in de Vaststellingsovereenkomst opgenomen uitgangspunten en randvoorwaarden*".

i. In 2001 hebben partijen getracht te bepalen hoe de DV 98 verder moest worden geïnterpreteerd en uitgevoerd.

j. In dat kader is op 16 februari 2001 in de kamer van wethouder Boer voornoemd een bespreking gehouden, die op 22 februari 2001 is voortgezet. Daarbij waren aanwezig:
- de heer R.L. Boer en de heer Ing. F.W.A. van der Horst namens de Gemeente Amersfoort;
- de heer Ing. J.J. Vahstal en de heer Mr. E.M. van Zelm, namens Vahstal;
- de heer mr. G.H. Beens als notulist.

Het verslag van de twee besprekingen van 16 en 22 februari 2001 luidt, voor zover in dit geschil van belang:
"*Bespreking 16 februari 2001.*
[...]
3. <u>Vathorst woningen</u>
Volgens de vaststellingsovereenkomst [DV 98] *zijn in Vathorst aan de heer Vahstal al 100 woningen aangeboden, hij is deze aanbieding echter*

niet tegengekomen! Hoe moet nu worden omgegaan bijvoorbeeld met de term "ruim". De heer Van Zelm wenst, gelet op al het voorafgaande waarvan vooral de basis vertrouwen in elkaar was, zeker nu de betrokken personen bij de Gemeente wijzigen, een juridisch afdwingbare overeenkomst. Hij ziet bijvoorbeeld een probleem nu straks niemand meer sturend begeleiding zal geven met betrekking tot de in de partijen bekende brief vermelde opmerking dat aantallen ruim worden geïnterpreteerd. De heer Vahstal vraagt de heer Boer na te denken over het begrip "ruim" en dit in de vervolgovereenkomst te kwantificeren. De heer Van Zelm stelt voor om op basis van oude concepten – voor de vaststellingsovereenkomst – een concept op te stellen.

[...]

Bespreking 22 februari 2001.

[...]

<u>250 luxe woningen</u> in de vrije sector met aanvullende brief.

In de aan partijen bekende brief van de heer Boer wordt aangegeven dat het aantal van 250 woningen ruim uitgelegd wordt. Nu geconcludeerd wordt dat alleen de heer Boer weet wat moet worden verstaan onder "ruim", wordt besloten dat de heer Van Zelm de uitleg verwerkt in de concept-overeenkomst (na overleg tussen de heren Boer en Van der Horst)".

k. In de derde versie van de laatstgenoemde conceptovereenkomst ("concept III" van 28 maart 2001) is opgenomen:

"Artikel 4: 250 luxe woningen in de vrije sektor

Ter vermijding van misverstanden in de toekomst leggen partijen vast dat onder de gebruikte terminologi[e]*ën ten aanzien van de uitleg van het in artikel III sub A van de vaststellingsovereenkomst bepaalde en de nadien met betrekking tot het onderwerp gevolgde korrespondentie onder het begrip "ruim" het volgende moet worden verstaan.*

- *Het in de vaststellingsovereenkomst genoemde aantal van 250 woningen, is een minimum.*
- *Onder woningen dient te worden verstaan: luxe woningen in de vrije sektor.*
- *Een woningbouwprojekt, als bedoeld in de vaststellingsovereenkomst, zal in zijn geheel en derhalve niet gesplitst op basis van de bij het*

projekt betrokken aantallen woningen aan Vahstal worden aangeboden. Deze projekten zullen daarentegen qua bebouwingsmogelijkheden geoptimaliseerd zijn op basis van de randvoorwaarden, planologische inzichten eenheid van bebouwing qua type woning, prijs en uitvoering.

Het in dit artikel bepaalde geldt niet ten aanzien van woningen, niet zijnde luxe woningen in de vrije sektor. Het bepaalde in de vaststellingsovereenkomst [DV 98] *blijft ten aanzien van bedoelde "andere" woningen van toepassing.*

[...]

Artikel 8: geschillen.

De geschillenregeling als opgenomen in de vaststellingsovereenkomst blijft van toepassing".

l. In het verslag van de bespreking van 4 april 2001 (zelfde aanwezigen als op 16 en 22 februari 2001) is opgenomen:
"*Uitdrukkelijk stellen partijen vast dat de concept-overeenkomst van de heer Van Zelm (28 maart 2001) in overeenstemming is met hetgeen is besproken.*"

m. De vierde versie van de conceptovereenkomst ("concept IV") van 12 april 2001 is, waar het artikel 4 betreft, tekstueel gelijk aan concept III, met dien verstande dat de laatste alinea van artikel 4 ("*Het in dit artikel bepaalde* [...] *"andere" woningen van toepassing*") is verwijderd en is vervangen door een lid 2 met de volgende tekst:
"*2. Ter uitwerking van de vaststellingsovereenkomst komen partijen overeen dat gedurende de resterende looptijd van die overeenkomst de Gemeente aan Vahstal grond voor gemiddeld 50 woningen per jaar zal aanbieden*".
Artikel 8 van concept III bleef eveneens tekstueel gelijk en werd in concept IV vernummerd naar artikel 6, wegens het vervallen van de artikelen 5 (planschade) en 7 (compensatie) van concept III.

n. In het verslag van de bespreking van 13 april 2001 (zelfde aanwezigen als de hiervoor genoemde bijeenkomsten) is vastgelegd dat de heer Van der Horst voorstelde artikel 3 (betreffende het aan Vahstal aan te bieden volume voor bedrijfsruimte in Vathorst) vast te leggen in een "Collegebrief" en dat mr. Van Zelm een concept daarvoor zou opstellen.

o. Mr. Van Zelm heeft vervolgens een conceptbrief voor het College van B&W (hierna te noemen "de Collegebrief") opgesteld, met de volgende tekst:

"*Geachte heer Vahstal,*

Refererend aan de besprekingen die u met onze wethouder Economische Zaken, de heer R. Boer, heeft gevoerd met betrekking tot een nadere uitwerking van de op 24 april 1998 met u gesloten vaststellingsovereenkomst bevestigen wij u ten aanzien van genoemde overeenkomst het volgende:

Artikel III, lid A (aanbieding woningen)

Wij streven er naar en zullen ons daarvoor inspannen dat u gedurende de resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst die gesteld wordt op 7,5 jaar vanaf heden, u grond voor de realisatie van gemiddeld 50 luxe woningen in de vrije sektor per jaar aan te bieden.

Artikel III, lid B sub 2 (Bedrijfsruimte Vathorst)

Uit de in dit artikel omschreven "zichtlokatie" vloeit voort dat de bestemming omvat detailhandel in de ruimste zin des woords en kantoren alsmede andere bedrijfsruimten.

Artikel V, lid I (Stationsstraat)

Het op dit moment bij u in uitvoering zijnde bouwplan wordt door ons beschouwd als een uitwerking van de vaststellingsovereenkomst en heeft in zijn huidige vorm, waarin rekening gehouden is met de wensen van de huurder, en de voorliggende tekeningen, onze instemming. Hieruit kan en mag u echter niet afleiden dat de uitvoering van het bouwplan niet de instemming van de architect, danwel de goedkeuring van de brandweer dient te hebben, ofwel in strijd mag zijn met de bouwverordening".

p. De Collegebrief is echter nooit verzonden.

q. In 2004 is J.H.M. Struijk door de Gemeente aangesteld als mediator.

r. Deze heeft de op 29 september 2005 gedateerde Ontwikkelings- en Realisatieovereenkomst Handelsgebouw e.o. (hierna: "O&R 2005") opgesteld. De O&R 2005 is gesloten tussen enerzijds de Gemeente en anderzijds "*Vahstal Holding B.V. en de met Vahstal Holding gelieerde ondernemingen voorzover Vahstal Holding B.V. daarin doorslaggevende zeggenschap heeft, zoals onder meer Vahstal Probouw B.V. en Vabeog Amersfoort B.V.*", alsmede "*de heer ing. J.J. Vahstal persoonlijk in zijn*

kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding B.V. en de met Vahstal Holding B.V. gelieerde vennootschappen" als *"de Ontwikkelaar"* en luidt, voor zover hier van belang:

"Overwegende dat:

Tussen Partijen op 24 april 1998 [de DV 98] *is gesloten, hierna te noemen "de Vaststellingsovereenkomst", waarin voor verschillende gebieden binnen de Gemeente Amersfoort ontwikkelingsrechten voor de Ontwikkelaar zijn vastgelegd;*

[...]

Artikel 1

1. Doel van de overeenkomst

Doel van deze overeenkomst is vast te leggen dat Partijen de uitdrukkelijke bedoeling hebben:

[...]

d. *alle tussen Partijen bestaande geschillen ter zake de* [DV 98] *onherroepelijk te beëindigen.*

[...]

Artikel 7 de Vaststellingsovereenkomst

7.1 Van de [DV 98] *blijven de bepalingen die betrekking hebben op afspraken tussen partijen over rechten van de Ontwikkelaar ten aanzien van woningbouw en de ontwikkeling van 3.000 m2 bvo bedrijfsruimten in Vathorst van kracht, met dien verstande dat de daarin genoemde uitwerkingstermijn van tien jaar gaat gelden vanaf de datum waarop Partijen deze overeenkomst hebben getekend.*

[...]

Artikel 9 geschillen

9.1 Alle geschillen die uit deze overeenkomst of uit de interpretatie daarvan voortvloeien, worden behoudens voor de Gemeente geldende dwingende wettelijke bepalingen, worden onderworpen aan het bindend advies van een college van adviseurs.

[...]

9.3 De bindend adviseurs zullen binnen zes weken na hun benoeming naar redelijkheid en billijkheid hun advies uitbrengen en terzake van de kostenverdeling in het advies bepalen wie de kosten van de

procedure zal dienen te dragen. Het college van adviseurs bepaalt zelf de procesorde".

s. Volgens de verklaringen van mediator Struijk (bijlage 10 bij memorie van eis) en de heer Vahstal (bijlage 10 bij memorie van eis) was de Collegebrief uit 2001 bij ondertekening van de O&R 2005 aan die overeenkomst gehecht.

t. In 2012 hebben partijen een bindend adviesprocedure gevoerd met betrekking tot de vraag wat zij zijn overeengekomen ter zake van de 3.000 vierkante meter bedrijfsruimte in het plan Vathorst, genoemd in het onder f hiervoor geciteerde artikel III.B.2 DV 98. Het bindend advies in die procedure van 2 augustus 2012 is in de onderhavige procedure overgelegd als onderdeel van bijlage 10 bij de memorie van eis, evenals de getuigenverklaringen van een aantal betrokkenen, afgelegd in 2011 tijdens voorlopig getuigenverhoren voor de rechtbank in aanloop naar die bindend adviesprocedure.

het geschil

16. Vahstal stelt - kort gezegd - primair dat in 2001 een overeenkomst betreffende de uitleg van de DV 98 tot stand is gekomen waaraan zij direct rechten kan ontlenen en subsidiair stelt zij dat de in 2001 gevoerde onderhandelingen moeten worden betrokken in de uitleg van de DV 98 en de O&R 2005 en dat dit eveneens zou moeten leiden tot toewijzing van haar hierna te noemen vorderingen.

17. De conclusie van Vahstal luidt:

"***Vordering***

Vahstal verzoekt de bindend adviseurs:

1. *Te verklaren voor recht dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98;*

2. *Te verklaren voor recht dat artikel IIIA 1, 2 en C1 van de DV 98 moet*[en] *worden gelezen met inachtneming van de hierover in 2001 gemaakte interpretatie- en uitvoeringsafspraken ('nadere afspraken') en dat deze nadere afspraken geldend zijn gebleven en van toepassing zijn onder de O&R 2005 en te verklaren voor recht dat de termijn waarbinnen de Ge-*

meente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken;

3. *Te bepalen dat artikel IIIA. 1, 2 en C1 van de DV 98 onder de O&R 2005 als volgt dient te worden geïnterpreteerd en uitgevoerd op basis van de nadere afspraken:*
   a. de 100 woningen in Vathorst zoals genoemd in artikel IIIA.2 DV 98 (slot) staan los van de minimaal 250 woningen zoals genoemd in artikel IIIA.2 eerste zin en zij zijn niet inbegrepen in de in artikel III A.2 DV 98 (eerste zin) genoemde 'minimaal 250 woningen';
   b. de begrippen 'minimaal' en 'ruim' zoals genoemd in artikel III van de DV 98 dienen aldus te worden gelezen en geïnterpreteerd, dat voor 250 gelezen moet worden: 375;
   c. de term 'vrije sector en goedkope vrije sector' zoals genoemd in artikel III.A. 1 van de DV 98 dient te worden gelezen als 'woningen in de luxe vrije sector';
   d. tussen de Gemeente en Vahstal is een gespreide aanbieding van woningbouwprojecten afgesproken van gemiddeld 50 woningen per jaar en door de Gemeente is toegezegd dat zij niet pas aan het einde van de (verlengde) looptijd woningen aan Vahstal zal gaan aanbieden;

4. *Te bepalen dat de Gemeente nu zij de hierboven onder 1 tot en met 3 bedoelde nadere afspraken betwist en de Gemeente deze nadere afspraken niet uitvoert, toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden ten opzichte van Vahstal en aansprakelijk is voor de schade die Vahstal als gevolg van het wanpresteren heeft geleden, waarbij de omvang van de schade nader zal worden bepaald in de te starten schadestaatprocedure;*

5. *Subsidiair, voor zover de vorderingen 1 tot en met 4 niet worden toegewezen: te bepalen dat een redelijke uitleg van de DV 98 en de O&R 2005 met zich meebrengt, dat de uitgangspunten zoals deze tussen partijen zijn besproken in 2001, zoals hierboven weergegeven onder 3, van toepassing zijn onder O&R 2005 en te bepalen dat de Gemeente nu zij deze uitgangspunten betwist en zij deze niet uitvoert, toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden ten opzichte van Vahstal en*

aansprakelijk is voor de schade die Vahstal als gevolg van het wanpresteren heeft geleden, waarbij de omvang van deze schade nader zal worden bepaald in een schadestaatprocedure;

6. *Te bepalen dat de Gemeente gebonden is aan de toezegging van wethouder Boer namens het College om ter zake van Amsterdamseweg 18 te Amersfoort over te gaan tot vergoeding van de claim aan Vahstal in geld met betrekking tot het ten onrechte beperken van het bouwvolume op dit perceel en de Gemeente te veroordelen alsnog tot vergoeding van deze schade aan Vahstal over te gaan, waarbij de omvang nader zal worden bepaald in de te starten schadestaatprocedure;*

7. *Vahstal toe te laten tot een schadestaatprocedure, waarbij de onderwerpen aan de orde dienen te komen zoals gespecificeerd onder 2.11 en 2.12 van deze memorie van eis en Vahstal in de gelegenheid te stellen haar stellingen en vorderingen in de schadestaatprocedure aan te passen en te onderbouwen op basis van de uitspraak die bindend adviseurs doen over het gevorderde 1 tot en met 6;*

8. *De Gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure."*

18. Partijen verschillen van mening over enkele (procedurele) voorvragen met betrekking tot de door ondergetekenden te hanteren beoordelingsmaatstaf, de vraag welke (rechts)personen partij zijn bij de DV 98/in deze procedure en de vraag of (een deel van) de vorderingen van Vahstal is verjaard.

19. Partijen zijn het er over eens dat ondergetekenden zich allereerst door middel van een tussenbeslissing dienen uit te spreken over deze voorvragen, alsmede over de inhoud van de tussen partijen gemaakte afspraken, alvorens in te gaan op de vraag of de Gemeente in de uitvoering van die afspraken tekort is geschoten.

20. De Gemeente stelt dat de DV 98 duidelijk is. Volgens haar was de Gemeenteraad bevoegd privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten (onder de in 2001 geldende Gemeentewet 1992), heeft de Gemeenteraad in 2001 geen machtiging verstrekt aan wethouder Boer en was laatstgenoemde dus niet bevoegd tot het maken van nadere afspraken. Voorts is de concept overeenkomst nooit

door de juristen van de Gemeente gecontroleerd en heeft de Gemeenteraad deze nooit goedgekeurd. In 2001 zijn dus geen nadere afspraken gemaakt, zo stelt de Gemeente.

21. Voor het overige voert de Gemeente het hierna te vermelden gemotiveerde verweer. Zij concludeert:

"***CONCLUSIE in conventie***
tot afwijzing van de vorderingen van Vahstal en tot veroordeling van Vahstal in de kosten van deze procedure.

CONCLUSIE in reconventie
te verklaren voor recht dat de Gemeente haar verplichtingen uit de [DV 98] *tijdig en op een juiste wijze is nagekomen.*"

22. Sub 8.25 van haar memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie vraagt de Gemeente aan bindend adviseurs dat zij voor recht zullen verklaren dat de Gemeente het begrip "*minimaal*" in artikel III.A.2 en C.2 van de DV 98 (sub 15 onder f hiervoor) mag invullen en heeft mogen invullen op de wijze zoals beschreven in onderdeel 8.21 en 8.22 van de genoemde memorie.

23. Bindend adviseurs begrijpen deze 'verscholen' vordering aldus dat de Gemeente, indien haar vordering in reconventie niet geheel zou worden toegewezen, in ieder geval een uitspraak wenst omtrent hetgeen in de context van de DV 98 moet worden verstaan onder het begrip "*minimaal*".

24. Het betreft hier de vordering in reconventie, die geen onderwerp is van deze tussenbeslissing (sub 19 hiervoor), zodat de Gemeente de gelegenheid heeft zich daarover tijdens de voortzetting van de mondelinge behandeling nader uit te laten en thans verder in het midden kan blijven wat onder de vordering dient te worden begrepen.

25. Vahstal voert gemotiveerd verweer in reconventie en concludeert dat de vordering in reconventie moet worden afgewezen met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten.

de beoordeling van het geschil

(Procedurele) voorvragen

26. Vahstal stelt dat het geschil, gelet op artikel 9.1 en 9.3 van de O&R 2005, door ondergetekenden moet worden beoordeeld als goede mannen naar billijkheid in de zin van artikel 1054 Rv.

27. De Gemeente stelt dat de vorderingen van Vahstal en de door de Gemeente opgeworpen verweren daartegen "*zich meer lijken te lenen voor een beoordeling naar de regelen des rechts*".

28. Voorts werpt de Gemeente de vraag op tussen welke partijen de DV 98 is gesloten, omdat dit van belang kan zijn voor de beoordeling van haar beroep op verjaring.

Beoordelingsmaatstaf

29. Ondergetekenden zijn, conform de heersende opvatting in de doctrine, van oordeel dat er nauwelijks nog een relevant verschil bestaat tussen de beoordeling van een geschil "*als goede mannen naar billijkheid*" en de beoordeling van een geschil naar de regelen des rechts.

30. Niettemin zullen ondergetekenden het onderhavige geschil beoordelen als goede mannen naar (redelijkheid en) billijkheid, omdat partijen blijkens artikel VI lid 3 van de DV 98 (sub 15 onder f hiervoor) en artikel 9.3 van de O&R 2005 (sub 15 onder r hiervoor) aldus zijn overeengekomen.

Partijen bij DV 98

31. Ondergetekenden overwegen dat Vahstal Holding B.V en Hobeva Amersfoort B.V. volgens de kop van de DV 98 partij zijn bij die overeenkomst.

32. Volgens artikel II lid 1 van de DV 98 zijn voorts partij: alle met Vahstal Holding B.V. gelieerde vennootschappen waarin laatstgenoemde doorslaggevend zeggenschap heeft, alsmede de heer Vahstal persoonlijk in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding B.V. en de met haar gelieerde vennootschappen.

33. Blijkens de kop van de O&R 2005 zijn dezelfde (rechts)personen partij bij die overeenkomst, zij het dat daarin nog expliciet als voorbeeld zijn genoemd: Vahstal Probouw B.V. en Vabeog Amersfoort B.V.

34. Met het als productie 44 overgelegde overzicht uit het handelsregister van de KvK heeft Vahstal gespecificeerd welke vennootschappen aldus, naast de heer Vahstal in zijn hoedanigheid van bestuurder, partij zijn bij de O&R 2005: Vahstal Holding B.V., Hobeva Amersfoort B.V., Vabeog Amersfoort B.V., Vahstal Probouw B.V. en de 12 andere in productie 44 opgesomde vennootschappen die 100% dochter zijn van Vahstal Holding B.V.

35. Nu de Gemeente daar geen onderbouwd verweer tegen heeft gevoerd, gaan ondergetekenden er van uit dat die specificatie correct is en eveneens geldt voor de DV 98.

36. Anders dan Vahstal stelt in de laatste alinea onder 2.2 van de memorie van antwoord in reconventie, zijn niet alle voornoemde (rechts)personen partij in de onderhavige procedure. Volgens de kop van de memorie van eis zijn dit, net als in de eerder gevoerde bindend advies procedure die heeft geleid tot het bindend advies van 2 augustus 2012 (productie 10 bij memorie van eis), alleen Vahstal Holding B.V., Hobeva Amersfoort B.V., Vabeog Amersfoort B.V. en de heer Johannes Joseph Vahstal in zijn hoedanigheid van bestuurder.

<u>Verjaring</u>

37. De Gemeente stelt zich bij memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie op het standpunt dat "de vorderingen" van Vahstal - gelet op het tijdsverloop sedert 2001 (en 2005) - zijn verjaard, nu de verjaring niet tijdig is gestuit.

38. Vahstal betwist dat sprake is van verjaring. Zij voert in dat verband het volgende aan:

- De DV '98 had een looptijd van 10 jaren. Deze overeenkomst is met het sluiten van de O&R 2005 op 29 september 2005 verlengd met een periode van 10 jaren, zodat (tenminste ook) de afspraken als neergelegd in de DV 98 hun rechtskracht hebben behouden.

- Nu partijen bij voortduring hebben gecorrespondeerd en overlegd over de wijze waarop de DV 98 moest worden uitgevoerd, is een beroep op verjaring in strijd met de billijkheid.

- De verjaringstermijn van vijf jaren gaat in vanaf het moment dat de vordering opeisbaar is. Gelet op de verlenging in 2005 voor een periode van 10 jaren, was van opeisbaarheid pas sprake op 29 september 2015.

- Vahstal heeft wel degelijk de (eventuele) verjaring schriftelijk en/of per e-mail gestuit.

39. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft de Gemeente haar beroep op verjaring gehandhaafd en nader toegelicht. Daarbij maakt zij onderscheid tussen de 100 woningen als genoemd onder III A 1 van de DV 98, welke volgens de Gemeente zijn begrepen in de 250 woningen als genoemd onder III 2 van de DV 98 en volgens Vahstal als een zelfstandige claim moeten worden beschouwd, en de overige claims voortvloeiend uit de DV 98.

40. Ondergetekenden stellen vast dat in de op 29 september 2005 tussen partijen gesloten overeenkomst (O&R 2005) onder Hoofdstuk 7 – onder meer - het volgende is bepaald:

"*7.1 Van de Vaststellingsovereenkomst d.d. 24 april 1998 blijven de bepalingen die betrekking hebben op afspraken tussen partijen over rechten van de Ontwikkelaar ten aanzien van woningbouw en de ontwikkeling van 3000 m2 bvo bedrijfsruimten in Vathorst van kracht, met dien verstande dat de daarin genoemde uitwerkingstermijn van tien jaar gaat gelden vanaf de datum waarop Partijen deze overeenkomst hebben getekend*".

41. Deze bepaling laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Van verjaring van alle op de DV 98 gebaseerde vorderingen ten aanzien van woningbouw kan derhalve – behoudens nadien gemaakte afwijkende afspraken – geen sprake zijn nu eerst op 29 september 2015 sprake was van het expireren van de verplichtingen voortvloeiende uit de DV 98. De discussie tussen partijen over inhoud en strekking van de DV 98 en over de vraag of partijen in 2001 nadere invulling hebben gegeven aan hetgeen in de DV 98 is vastgelegd, doet daaraan niet af, nu een en ander enkel betrekking heeft op de vraag hoe onduidelijkheden in de DV 98 moeten worden geïnterpreteerd. Indien mocht komen vast te staan dat partijen ter zake in 2001 nadere bindende afspraken hebben gemaakt, geldt vanzelfsprekend ook voor die afspraken de hiervoor geciteerde bepaling in de O&R 2005. Als niet komt vast te staan dat in 2001 dergelij-

ke nadere afspraken zijn gemaakt, zal de DV 98 alsnog nader moeten worden uitgelegd (Haviltex) en geldt voor de aldus uitgelegde DV 98 dat de verjaringstermijn niet eerder kon aanvangen dan op 29 september 2015. Nu de discussie rond de 100 door de Gemeente bedoelde woningen één van de punten betreft waarover partijen bij de uitleg van de DV 98 van mening verschillen, geldt daarvoor geen apart verjaringsregime, zodat de Gemeente ook op dat punt niet kan worden gevolgd.

42. De Gemeente heeft nog aangevoerd dat de jaarlijkse contingenten woningen, die in de visie van Vahstal hadden moeten worden aangeboden (50 woningen gedurende 7,5 jaren) in ieder geval deels zijn verjaard. Ondergetekenden gaan aan dat betoog van de Gemeente voorbij. Daargelaten dat dit standpunt zich niet verdraagt met de eigen stelling van de Gemeente "*dat er in 2001 geen afspraak (is) gemaakt dat de woningen gespreid zouden worden aangeboden en niet pas aan het einde van de rit*" (zie de memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie onder 5C 8.37), moet, als een dergelijke afspraak wel is gemaakt met ongeveer 50 woningen per jaar worden teruggeteld vanaf 29 september 2015. Dat impliceert dat voor het eerst woningen moesten worden aangeboden in 2007/2008. Vahstal heeft echter bij brief d.d. 23 maart 2011 (bijlage 45 van de zijde van Vahstal) aan de Gemeente gewezen op hetgeen in de DV 98 is vastgelegd en heeft aangegeven dat er door de Gemeente geen passende aanbieding(en) zijn gedaan en dat – meer concreet – ook de aanbieding "Kop Gildenkwartier" niet conform de in de DV 98 neergelegde afspraken is gedaan. De Gemeente wordt daarbij uitdrukkelijk gesommeerd om alsnog met de DV 98 overeenstemmende aanbiedingen te doen. Voor het geval de Gemeente niet aan haar verplichtingen zou voldoen, behoudt Vahstal zich daarbij alle rechten voor. Deze brief heeft naar het oordeel van ondergetekenden te gelden als een rechtsgeldige stuitingshandeling als bedoeld in artikel 3:317 BW. Hetzelfde geldt voor de brief van 24 augustus 2011 (productie 46 bij memorie van antwoord in reconventie). Derhalve is ook in de hiervoor bedoelde situatie geen sprake van verjaring.

43. Het beroep op verjaring wordt derhalve verworpen.

Verklaring voor recht dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98

44. De vordering sub 1 van Vahstal strekt tot een verklaring voor recht dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98. De vorderingen sub 2 t/m 4 bouwen hierop voort. Vahstal heeft hieraan ten grondslag gelegd dat de onderhandelende partijen op 13 april 2001 overeenstemming hebben verkregen over concept IV van de nadere overeenkomst d.d. 12.04.2001.

45. Partijen zouden voorts hebben afgesproken dat de artikelen 2, 3 en 4 van dit concept IV in een aparte Collegebrief zouden worden neergelegd; de artikelen 1, 5 en 6 hebben hun weg gevonden naar een concept VI d.d. 23.04.2001, getiteld "*Uitwerkingsovereenkomst bouwlokatie Handelsgebouw en omgeving*". Over deze laatste "overeenkomst" hebben partijen geen overeenstemming bereikt; de in 2005 gesloten O&R 2005 bouwt niet op dit concept voort.

46. Het meest verstrekkende verweer van de Gemeente is dat de vertegenwoordigers van de Gemeente in de onderhandelingen van februari t/m april 2001, in het bijzonder wethouder Boer, niet bevoegd waren de Gemeente te binden. Dat verweer wordt thans besproken.

47. Vast staat dat de Wet dualisering Gemeentebestuur op 7 maart 2002 in werking is getreden; in 1998 en in 2001 was derhalve de Gemeenteraad het bevoegde orgaan om namens de Gemeente overeenkomsten te sluiten. Op grond van het in 2001 geldende artikel 162 Gemeentewet was het College van B&W belast met de uitvoering van raadsbesluiten.

48. Vahstal stelt dat de Gemeente tijdens de mondelinge behandeling van de vorige bindend adviesprocedure erkend heeft dat het College bevoegd was ten aanzien van het onderwerp woningbouwprojecten, en niet de Gemeenteraad. Blijkens het proces-verbaal waren partijen het er toen over eens dat het College als gevolg van de Wet dualisering uit 2001 bevoegd werd om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten. In april 2001 was deze Wet echter nog niet in werking getreden.

49. Vahstal stelt dat het College van Burgemeester en Wethouders (B&W) krachtens het raadsbesluit van 28 maart 1995 een (doorlopende) machtiging had om met Vahstal dadingsovereenkomsten aan te gaan ter beslechting van alle geschillen die tussen partijen bestaan. Voorts stelt Vahstal dat de bevoegdheid van wethouder Boer ook uit dit raadsbesluit voortvloeit. Tot slot stelt Vahstal dat de Gemeente is gebonden omdat zij de schijn heeft gewekt dat aan wethouder Boer een toereikende volmacht was verleend.

50. De Gemeente stelt daar tegenover dat het raadsbesluit van 28 maart 1995 slechts betrekking had op de VO 95 en de met BAM-Vermeulen Ontwikkeling B.V. gesloten vaststellingsovereenkomst, dat ten behoeve van de DV 98 een apart raadsbesluit is genomen en dat derhalve voor aanvullende afspraken in 2001 opnieuw een raadsbesluit nodig was. De Gemeente wijst daarbij op de verklaring van wethouder Boer d.d. 12 april 2011: "[...] *dat de Gemeenteraad de te sluiten overeenkomst met Vahstal nog wel moest goedkeuren*" (productie 4 bij memorie van antwoord/eis in reconventie). Aan deze verklaring komt echter geen betekenis toe, nu deze betrekking had op de onderhandelingen in het kader van de DV 98 en niet op de onderhandelingen in 2001 over de uitleg van die overeenkomst.

51. Ondergetekenden stellen vast dat het raadsbesluit van 28 maart 1995 geen machtiging bevat aan het College of een wethouder om namens de Gemeente overeenkomsten te sluiten. Het College ontleende – vóór 7 maart 2002 – zijn bevoegdheid derhalve slechts aan het meergenoemde artikel 162 van de Gemeentewet. Individuele wethouders ontlenen (zowel voor als na de dualisering) geen bevoegdheden aan de Gemeentewet.

52. De DV 98 vermeldt in de aanhef dat de burgemeester, die de DV 98 namens de Gemeente heeft ondertekend, handelde ter uitvoering van het besluit van het College en de Raad casu quo de daartoe bevoegde raadscommissie. De considerans vermeldt dat partijen ten uitvoering van het raadsbesluit van 28 maart 1995 de DV 98 wensen aan te gaan ter concretisering van de genormaliseerde betrekkingen.

53. Blijkens de door de Gemeente op 25 mei 2016 overgelegde stukken heeft de gecombineerde raadscommissie CSG en FMC op 16 maart 1998 ingestemd

met het raadsvoorstel omtrent de DV 98. De Gemeente heeft het raadsvoorstel niet overgelegd, noch een raadsbesluit krachtens artikel 156 van de toenmalige Gemeentewet waaruit de bevoegdheid van de raadscommissie is af te leiden. Evenmin is gebleken van een besluit van de Gemeenteraad zelf tot het aangaan van de DV 98.

54. Gelet op deze omstandigheden gaan ondergetekenden er op basis van de stukken vanuit dat het College het sluiten van de DV 98 beschouwde als uitvoering (krachtens artikel 162 Gemeentewet) van het raadsbesluit van 28 maart 1995 en dat de instemming van de raadscommissie voor het College een politiek karakter had. Daarmee strookt dat het College het besluit van de raadscommissie in zijn vergadering van 24 maart 1998 voor kennisgeving heeft aangenomen. Gelet op de inhoud van het raadsvoorstel van 17 maart 1995 en de daarbij behorende vaststellingsovereenkomsten kan de DV 98 overigens bezwaarlijk als uitvoering van het raadsbesluit van 28 maart 1995 worden beschouwd, maar de vraag of de DV 98 aldus rechtsgeldig tot stand is gekomen kunnen ondergetekenden laten rusten, omdat dit tussen partijen niet in geschil is.

55. Uit de wijze van totstandkoming van de DV 98 is wel af te leiden welke procedurele stappen binnen de Gemeente moesten worden doorlopen om te komen tot een nadere overeenkomst ter uitwerking van het raadsbesluit van 28 maart 1995. Dat Vahstal zich daar ook rekenschap van gaf, blijkt uit het besprekingsverslag van 5 juni 2001. In reactie op de opmerking van de heer Ashouwer dat het gesprek van 13 april 2001 en het gesprek van 5 juni 2001 uitdrukkelijk plaatsvinden onder voorbehoud van goedkeuring door het College en de Raad(scommissie) stelt zijn advocaat mr. Van Zelm dat met wethouder Boer was overeengekomen dat wat wordt afgesproken tijdens de besprekingen als Collegevoorstel naar de Raadscommissie wordt gezonden.

56. Ter onderbouwing van zijn beroep op (schijn van) volmachtverlening aan wethouder Boer heeft Vahstal verwezen naar de verklaring van wethouder Boer van 20 februari 2016 en die van zijn advocaat, mr. Van Zelm van 9 november 2015. De essentie van deze verklaringen is dat wethouder Boer volledige volmacht zou hebben om de Gemeente te binden voor zover het betrof

uitwerking, interpretatie en verduidelijking van de DV 98. Omdat een dergelijke uitwerkingsbevoegdheid binnen de kaders van de DV 98 is te beschouwen als uitvoering van het raad(scommissie)besluit tot het aangaan van de DV 98, gaan ondergetekenden er op basis van de stukken vanuit dat deze uitwerkingsbevoegdheid op grond van artikel 162 Gemeentewet bij het College berustte.

57. Niet is gebleken van een Collegebesluit tot machtiging van wethouder Boer. Derhalve resteert de vraag of de Gemeente gebonden is op grond van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zoals Vahstal terecht heeft gememoreerd, kan daarvan bij overheidslichamen, zoals gemeenten, krachtens vaste rechtspraak slechts in bijzondere omstandigheden sprake zijn. Dat dit vóór de inwerkingtreding van de Wet dualisering anders zou zijn heeft Vahstal niet met jurisprudentie gestaafd. Het argument dat de bevoegdheidsverdeling toen minder duidelijk zou zijn geweest en niet uit raadpleegbare mandaatbesluiten zou blijken, vindt geen steun in de feiten. Ook vóór 7 maart 2002 bevatte de Gemeentewet een duidelijke verdeling van bevoegdheden over Gemeenteraad en College, kwam aan individuele wethouders op grond van de Gemeentewet geen bevoegdheid toe (het beginsel van collegiale besluitvorming) en was afdeling 10.1.1 van de Awb (mandaat), in het bijzonder artikel 10:12 Awb, reeds van kracht. Vahstal beroept zich in dit verband op de verklaring van wethouder Boer, waarin deze opmerkt dat het in die tijd gebruikelijk was "*dat het college over lopende overeenkomsten, de uitvoering daarvan en de oplossing van mogelijke interpretatieverschillen mocht onderhandelen en beslissen*". Een (schijn van) bevoegdheid van wethouder Boer is uit deze praktijk, indien daarvan destijds sprake was, echter niet af leiden. Ook overigens heeft Vahstal geen feiten of omstandigheden gesteld die ertoe leiden dat de door wethouder Boer opgewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid voor rekening van het College komt.

58. Vahstal heeft voorts aangevoerd dat de Burgemeester in de zomer van 1999 wethouder Boer in het bijzijn van de heer Vahstal heeft gemachtigd om het geschil over de uitleg van de DV 98 namens de Gemeente op te lossen. Vahstal heeft in dat verband verwezen naar artikel 171 van de Gemeentewet, welk artikel destijds bepaalde dat de Burgemeester de Gemeente in en buiten

rechte vertegenwoordigt en dat de Burgemeester deze vertegenwoordiging kan opdragen aan een door hem aan te wijzen persoon.

59. Algemeen wordt aangenomen dat artikel 171 de Burgemeester niet de bevoegdheid geeft om te besluiten tot het aangaan van rechtshandelingen namens de Gemeente, doch dat deze bevoegdheid is beperkt tot het namens de Gemeente verrichten van rechtshandelingen krachtens een besluit van het bevoegde orgaan. Dat brengt mee dat wethouder Boer, ook als niet de Gemeenteraad maar het College de bevoegdheid had namens de Gemeente een nadere overeenkomst aan te gaan, deze bevoegdheid niet van de Burgemeester kon verkrijgen zonder een daartoe strekkend besluit van het College. Vahstal heeft niet gesteld dat een zodanig besluit is genomen en de Gemeente heeft onder overlegging van afschriften van Collegebesluiten uit de betreffende periode gemotiveerd betwist dat het College heeft besloten om wethouder Boer te machtigen namens het College te besluiten tot het aangaan van een nadere overeenkomst met Vahstal. Hiermee is in lijn dat de vertegenwoordigers van partijen er tijdens de onderhandelingen in 2001 zelf ook vanuit gingen dat het onderhandelingsresultaat neergelegd moest worden in een van het College afkomstige brief.

60. Ondergetekenden concluderen dat wethouder Boer in 2001 niet bevoegd was om zelfstandig namens de Gemeente een nadere overeenkomst met Vahstal te sluiten. Daarvoor was ten minste een Collegebesluit nodig. Vahstal heeft niet gesteld dat het College een dergelijk besluit heeft genomen en daarmee strookt dat de Collegebrief weliswaar is opgesteld, maar nooit aan Vahstal is verzonden. De door wethouder Boer en de burgemeester in 2001 mogelijk bij Vahstal gewekte indruk dat wethouder Boer bevoegd was de Gemeente te binden en de verklaringen van wethouder Boer en mr. Van Zelm uit 2015 en 2016, leveren geen aan de Gemeente toe te rekenen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van wethouder Boer op, omdat het Vahstal duidelijk was, althans moest zijn, dat de bevoegdheid tot interpretatie en uitwerking van de DV 98 (behoudens mandaat, waarvan niet is gebleken) bij het College berustte.

61. Uit het voorgaande volgt dat Vahstal ten onrechte stelt (1) dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98. De vorderingen in conventie sub 1 tot en met 4 zullen daarom worden afgewezen voor zover zij gebaseerd zijn op die gestelde nadere afspraken.

62. De Gemeente voert geen onderbouwd verweer tegen de in het laatste deel van de vordering in conventie sub 2 gevorderde verklaring voor recht dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken. Deze verklaring voor recht is niet gebaseerd op de gestelde nadere afspraken en uit de tekst van de O&R 2005 blijkt zonneklaar dat de termijn voor aanbieding op de genoemde datum is verstreken. Dat onderdeel van de vordering in conventie sub 2 zal daarom worden toegewezen.

63. De vordering in conventie sub 5 is ingesteld voor het geval de vorderingen sub 1 tot en met 4 zouden worden afgewezen. Nu die voorwaarde in vervulling gaat, dient de vordering sub 5 te worden beoordeeld.

64. Vahstal heeft aan haar subsidiaire vordering sub 5 ten grondslag gelegd dat een redelijke uitleg van de DV 98 meebrengt dat daarin worden verdisconteerd de uitgangspunten waarover de onderhandelaars op 13 april 2001 overeenstemming bereikten. In dit verband is relevant dat wethouder Boer in 1997 betrokken was bij de onderhandelingen die hebben geleid tot het sluiten van de DV 98. In dat licht moet bij de uitleg van de DV 98 inderdaad, zoals Vahstal betoogt – naast de tekst van de DV 98 en de overige omstandigheden van het geval – gewicht worden toegekend aan de interpretatieve afspraken die wethouder Boer in 2001 namens de Gemeente wenste te maken.

65. Daarom zullen ondergetekenden in het hierna volgende de vordering in conventie sub 5 beoordelen en – voor zover thans mogelijk - bepalen hoe de artikelen III.A.1, III.A.2 en C.1 van de DV 98 moeten worden uitgelegd, mede in het licht van de genoemde onderhandelingen in de periode februari – april 2001.

Uitleg van de DV 98

3.a. Staan de 100 woningen in Vathorst (III.A.2 DV98, slot) los van de minimaal 250 woningen?

3.b. Zijn *"minimaal"* en *"ruim"* 250 woningen (III DV 98) gelijk aan 375 woningen?

66. Tussen partijen bestaat verschil van mening over het totaal aantal aan Vahstal aan te bieden woningen. Vahstal heeft het over 375 en zelfs over 475. De Gemeente gaat uit van de minimaal 250 woningen als bedoeld onder III.A.2 van de DV 98. De 100 woningen in de vrije sector in het ontwikkelingsgebied Vathorst, waarover in de 3e volzin van artikel III.A.2 van de DV 98 wordt gesproken, zouden in die 250 zijn inbegrepen.

67. In dit verband stellen bindend adviseurs het volgende vast:

- Bij brief van 10 september 1997 (productie 4.3 van Vahstal) wordt in het kader van de grondruil met betrekking tot het zogenaamde "Freede terrein" de eerder aan Vahstal toegezegde *"ontwikkelings-en bouwproductie in Vathorst"* door de Gemeente *"in beginsel"* gekwantificeerd op *"ca. 100 woningen in de marktsector."*

- In het 7e concept van de DV 98 (bijlage A bij de brief van de advocate van Vahstal d.d. 26 april 2016) wordt onder Artikel V apart melding gemaakt van 100 (reeds aan Vahstal aangeboden) koopwoningen in de vrije sector in het ontwikkelingsplan Vathorst, terwijl onder III.A.3 wordt aangegeven dat de Gemeente gedurende de looptijd van *"deze overeenkomst"* minimaal ... bouwkavels voor woningen als bedoeld onder III.A.1 aan Vahstal zullen worden aangeboden. Genoemd artikel III.A.1 is in essentie gelijkluidend aan artikel III.A.1 van de uiteindelijke DV 98.

- In de door Vahstal opgestelde agenda d.d. 16 februari 2001 voor de bespreking van 16 februari 2001 wordt onder het kopje *"Nieuwe ontwikkelingen"* vermeld:
  "100 woningen in de vrije sector in Vathorst is geaccepteerd door Vahstal. Nu drie jaar later geen aanbieding."

- Mr. Van Zelm heeft op 9 november 2015 verklaard (productie 4 van Vahstal, sub 7 en 8) dat de agenda van 16 februari 2001 leidend is ge-

weest voor de op 16 februari, 22 februari, 4 april en 13 april 2001 tussen partijen gevoerde gesprekken, alsmede dat partijen het in die besprekingen er al snel over eens waren dat de aanbieding van de 100 woningen in Vathorst op dat moment niet door Vahstal was ontvangen en los stond van de "*minimaal 250 woningen*". Mr. van Zelm maakt (sub 14) in zijn verklaring van 9 november 2015 voorts gewag van een door hem opgestelde conceptbrief inzake de luxe woningen in de vrije sector, waarover volgens hem overeenstemming bestond ("*was reeds geaccordeerd*") en waarin wordt gesproken over vanaf dat moment in 7,5 jaar aan te bieden woningen in de vrije sector van gemiddeld 50 per jaar.

- Oud-wethouder Boer heeft op 12 juni 2016 verklaard (bijlage 3.3 bij memorie van eis): "*Uiteindelijk is hierover afgesproken dat sprake zou zijn van 7,5 jaar x (gemiddeld) 50 woningen per jaar = 375, luxe vrijesector-woningen*".

- De Gemeente stelt dat zij heeft voldaan aan haar verplichtingen en dat zij 204 woningen in de ontwikkelingsgebieden (passend binnen de kaders van DV 98) en 177 woningen in de bestaande stad (passend binnen de kaders van DV 98) aan Vahstal heeft aangeboden.

68. Bindend adviseurs stellen voorop dat de derde volzin onder III.A.2 van de DV 98 uitermate cryptisch is geformuleerd en niet duidelijk maakt of de daar bedoelde 100 woningen nu wel of niet zijn begrepen onder de eerder genoemde 250 woningen. Waar die woningen al veel eerder waren toegezegd en – volgens de Gemeente - ook al waren aangeboden, rijst wel de vraag waarom die woningen, als ze deel uitmaakten van de 250 eerder genoemde woningen, daarvan niet gewoon zijn afgetrokken. Bindend adviseurs stellen vast dat ook in de besprekingen begin 2001 de 100 woningen enkele keren apart worden vermeld. Ook het door (oud) wethouder Boer en Van Zelm genoemde getal van 375 woningen, laat zich niet anders verklaren dan 250 (ruim genomen + 10 %) + 100. Moeilijk kan immers worden volgehouden dat ruim 250 een totaal van 375 zou kunnen opleveren. Vahstal stelt in dat verband weliswaar dat zij om allerlei redenen extra gecompenseerd moest worden (5.8 van de memorie van eis), maar een extra compensatie van 125 woningen, alsmede een upgrading van de categorie woningen is een zodanig ruime uitleg dat

deze – zonder nadere toelichting, welke ontbreekt – niet valt te begrijpen. Daarbij komt dat evenmin valt te begrijpen waarom partijen, die in 2001 doende waren afspraken te maken voor de nog resterende duur van de DV 98, de feitelijk nog niet aangeboden 100 woningen in Vathorst niet zouden hebben betrokken in een totaal aantal woningen. De claim van Vahstal op nog 100 extra woningen bovenop de 375 wordt derhalve afgewezen.

69. Voorop staat dat op Vahstal de bewijslast rust met betrekking tot de door haar genoemde aantallen aan te bieden woningen. Gelet op hetgeen hiervoor is weergegeven, een en ander in onderling verband en samenhang beschouwd, zijn bindend adviseurs van oordeel dat voorshands – behoudens door de Gemeente te leveren tegenbewijs – vast staat dat de 100 woningen in Vathorst zoals genoemd in artikel III.A.2 DV 98 (slot), dus los staan van de "*minimaal 250 woningen*" zoals genoemd in artikel III.A.2 eerste zin DV 98 en niet in die "*minimaal 250 woningen*" zijn inbegrepen, maar dat sprake is van een verplichting van de Gemeente om aan Vahstal in totaal 375 woningen aan te bieden. Daarbij past ook het door de Gemeente gestelde (en door Vahstal betwiste) feitelijke aanbod. De Gemeente zal tot dat tegenbewijs worden toegelaten.

3.c. Betekent "*vrije sector en goedkope vrije sector*" (III.A.1 DV 98) "*woningen in de luxe vrije sector*"?

70. Tussen partijen is niet in discussie dat woningen in de luxe vrije sector of vrije woningen in de luxe sector een duurder segment betreft dan vrije sector/goedkope vrije sector. Vahstal geeft zelf aan dat die upgrading een compensatie was voor een aantal kwesties (zie de memorie van eis onder 5.8).

71. Partijen zijn het er ook over eens dat de besprekingen in 2001 bedoeld waren om onduidelijkheden welke voortvloeiden uit de DV 98 op te helderen. Het doen van een aanbod van woningen in een hogere categorie dan is neergelegd in de DV 98, is echter geen kwestie van uitleg van onduidelijkheden, maar een nieuw (beter) bod. De kaders voor uitvoering die de Gemeenteraad (althans de daartoe aangewezen raadscommissie) op 16 maart 1998 aan het College heeft gegeven bieden daartoe echter geen ruimte, zodat een dergelijke toezegging – indien al gedaan – bekrachtiging door de Raad zou hebben behoefd. Nu Vahstal zich ter zake beroept op een zijdens de Gemeente geno-

men besluit (wilsovereenstemming tussen partijen in het overleg in het voorjaar van 2001), maar een rechtsgeldig besluit ter zake ontbreekt, moeten haar daarop gebaseerde vorderingen stranden.

72. De vordering in conventie sub 5 zal dan ook worden afgewezen voor zover deze betrekking heeft op de sub 3 onder c gevraagde verklaring voor recht.

3.d. Is een gespreide aanbieding van gemiddeld 50 woningen per jaar afgesproken?

73. Bindend adviseurs houden de beslissing op dit punt aan, nu in dit stadium van de procedure nog niet valt te voorzien of Vahstal belang heeft bij hetgeen zij ter zake heeft gevorderd.

Resumé

74. Op grond van het voorgaande zullen bindend adviseurs zich onbevoegd verklaren te oordelen over de planschadeclaim met betrekking tot het perceel Amsterdamseweg 18 te Amersfoort.

75. Voorts zullen zij verklaren voor recht dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken en zullen zij de vorderingen in conventie sub 1 tot en met 4 voor het overige afwijzen.

76. Tevens zal de vordering in conventie sub 5 worden afgewezen, voor zover dezAe betrekking heeft op de stelling dat de term "*vrije sector en goedkope vrije sector*" zoals genoemd in artikel III.A.1 van de DV 98 dient te worden gelezen als "*woningen in de luxe vrije sector*".

77. Alle overige beslissingen in conventie en de beslissingen in reconventie zullen worden aangehouden.

DE BESLISSING

Ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

VERKLAREN ZICH ONBEVOEGD kennis te nemen van en te oordelen over de planschadeclaim met betrekking tot het perceel Amsterdamseweg 18 te Amersfoort;

VERKLAREN VOOR RECHT dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouw-projecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken;

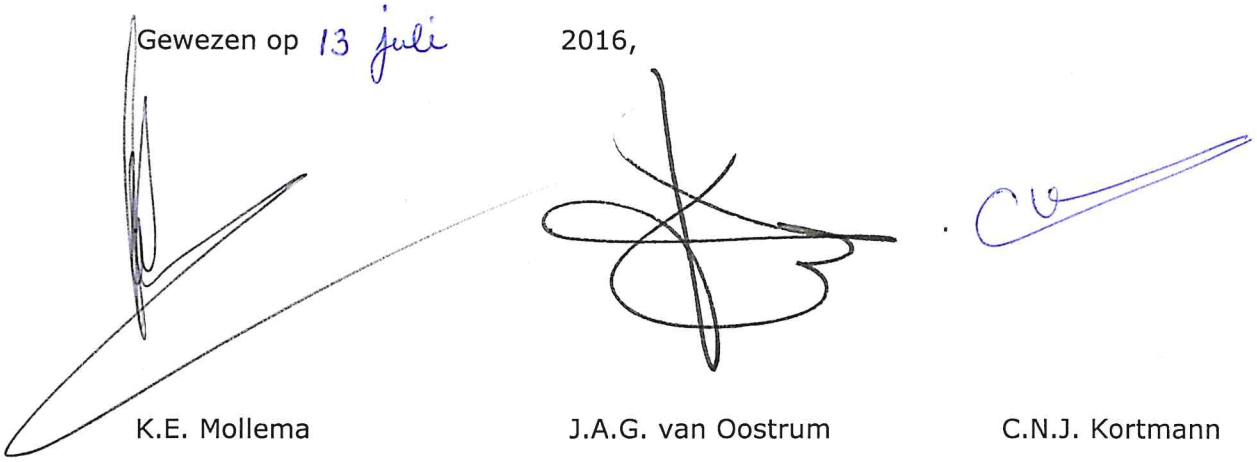
WIJZEN de vorderingen in conventie sub 1 tot en met 4 voor het overige AF;

WIJZEN de vordering in conventie sub 5 AF, voor zover deze betrekking heeft op de stelling dat de term "*vrije sector en goedkope vrije sector*" zoals genoemd in artikel III.A.1 van de DV 98 dient te worden gelezen als "*woningen in de luxe vrije sector*";

LATEN de Gemeente TOE tot het leveren van tegenbewijs als bedoeld sub 69 in het lichaam van dit bindend advies;

HOUDEN alle overige beslissingen in conventie en reconventie AAN.

Gewezen op 13 juli 2016,



K.E. Mollema J.A.G. van Oostrum C.N.J. Kortmann

Tussenbeslissing d.d. 25 oktober 2016

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",
e i s e r s,

gemachtigde: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince le Roy en P.P. Wijling, beiden advocaat te Rotterdam.

DE BINDEND ADVISEURS

1. Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

DE PROCEDURE

2. Het verloop van de procedure blijkt uit:
   - De tussenbeslissing van 13 juli 2016
   - Een tweetal brieven van mw. mr De Bruin van 15 en 23 augustus 2016
   - Een brief van mr. Crince le Roy van 22 september 2016
   - Diverse e-mails met betrekking tot de voorbereiding van de verhoren van 4 oktober 2016.

3. Met de tussenbeslissing van 13 juli 2016 is de Gemeente toegelaten tot het leveren van tegenbewijs met betrekking tot de aantallen door de Gemeente aan Vahstal aan te bieden woningen. Daartoe heeft de gemeente de volgende getuigen voorgedragen:
   - De heer F.W.A. van der Horst
   - De heer. A. Ashouwer
   - De heer mr. G.H. Beens
   - De heer mr. E.M. van Zelm
4. Op dinsdag 4 oktober 2016 zijn getuigen gehoord in een vergaderzaal van het stadhuis te Amersfoort, waarbij behalve ondergetekenden aanwezig waren:
   - aan de kant van Vahstal: mevrouw mr. De Bruin, de heer J.J. Vahstal (eiser 4) en diens zoon, P.P. Vahstal;
   - aan de kant van de Gemeente: mrs. Crince le Roy en Wijling, alsmede de heer R. Titulaer, ambtenaar werkzaam bij de gemeente;
   - mw. J.C. van Maastricht als notulist.

5. Als getuigen zijn in de enquête en de contra-enquête gehoord:
   - De heer. A. Ashouwer
   - De heer mr. G.H. Beens

6. Het verhoor in de enquête en de contra-enquête van de heren Van der Horst en Van Zelm is in overleg met partijen verschoven naar 2 november 2016. Alsdan zal tevens de heer R.L. Boer in de contra-enquête worden gehoord.

7. Na het horen van de getuigen hebben de bindend adviseurs met partijen de navolgende procesafspraken gemaakt (zie sub 8, 9 en 10 hierna).

8. Ten eerste zal de contra-enquête na 2 november 2016 worden voortgezet op 12 december 2016. Tevens zal Vahstal dan, afhankelijk van de inhoud van de onderhavige tussenbeslissing, eventueel in de gelegenheid zijn om getuigen te horen in het kader van het door Vahstal aangeboden bewijs bij memorie van eis (onderdeel 8.3) zoals aangevuld bij brief van 15 augustus 2016.

9. Ten tweede kunnen partijen uiterlijk twee weken vóór 12 december 2016 nader bewijs van hun eerder ingenomen stellingen leveren door middel van het overleggen van producties bij eenvoudige akte.

10. Ten slotte zullen beide partijen na afloop van de getuigenverhoren de gelegenheid hebben een memorie na enquête te nemen. In deze memorie zal geen plaats zijn voor nadere bewijslevering. Eventuele producties bij de memorie na enquête zullen buiten beschouwing worden gelaten.

11. Ter zitting van 4 oktober 2016 is aan Vahstal medegedeeld dat de e-mails met bijlagen van 12 september 2016 en 28 september 2016 ter bewaring van de goede procesorde buiten beschouwing worden gelaten. Het staat Vahstal vrij om de inhoud van die e-mails en de daarbij gevoegde bijlagen alsnog in het geding te brengen met inachtneming van de zojuist weergegeven procesafspraken.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

in conventie

Het geschil

12. Vahstal verzoekt sub 1 om op de niet behandelde punten uit de memorie van eis (3.1 t/m 3.11) alsnog een uitspraak te krijgen.

13. Vahstal wijst er uitdrukkelijk op dat dit verzoek geen (verkapt) hoger beroep, appel of bezwaar betreft tegen de tussenbeslissing van 13 juli 2016. Ondergetekenden vatten het verzoek in dat licht op als een verzoek om herstel dan wel aanvulling als bedoeld in de artikelen 31 en 32 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

14. Vahstal legt aan het verzoek kort samengevat ten grondslag dat ondergetekenden geen beslissing hebben genomen over de stelling Van Vahstal dat de gemeente zich in 2005 contractueel gebonden heeft aan de Collegebrief doordat deze was gevoegd bij de O&R 2005. Vahstal biedt van die stelling tevens bewijs aan evenals van het feit dat de Collegebrief een bijlage betreft van de O&R 2005. Vahstal verwijst voorts naar de gang van zaken binnen het college van b&w in 2001, en biedt ook daarvan bewijs aan.

15. De Gemeente heeft verweer gevoerd. Zij stelt dat Vahstal, niettegenstaande het hiervoor gestelde, (verkapt) ageert tegen bindende eindbeslissingen uit de tussenbeslissing van 13 juli 2016. Voorts bestrijdt de gemeente dat sprake is van een onvolledige beoordeling van de memorie van eis, dan wel dat de af-

wijzing van de vorderingen sub 1 tot en met 4 onjuist, althans prematuur is. De gemeente voert verder aan dat de status van de Collegebrief reeds bij bindend advies van 2 augustus 2012 bindend tussen partijen is vastgesteld. Tot slot verzoekt de gemeente het bewijsaanbod van Vahstal te passeren, omdat over het probandum reeds in de tussenbeslissing van 13 juli 2016 is geoordeeld en omdat het in het licht van de goede procesorde tardief is gedaan.

De beoordeling

16. In de punten 3.1 t/m 3.11 van de Memorie van Eis heeft Vahstal – kort samengevat – gesteld dat partijen in 2001 nadere afspraken hebben gemaakt over de DV98, die ook na 2005 hun gelding hebben behouden. Ter onderbouwing daarvan heeft Vahstal gesteld dat (i) wethouder Boer bevoegd was namens de gemeente afspraken te maken (ii) partijen wilsovereenstemming hebben bereikt en (iii) de gemeente bij het sluiten van de O&R2005 geen voorbehoud heeft gemaakt. Vide het kopje van paragraaf 3 van de memorie van eis.

17. Ondergetekenden hebben dit betoog aldus opgevat, dat in 2001 afspraken zijn gemaakt die in 2005 hun gelding hebben behouden. Deze interpretatie vindt steun in de tekst van de memorie van eis. Zoals in de brief van 15 augustus 2016 met juistheid wordt gesteld, in de onderdelen 3.1 t/m 3.11 van de memorie van eis heeft Vahstal gesteld dat de tussen partijen gemaakte afspraken bij de O&R 2005 zijn (her)bevestigd en verlengd. De bijlagen 13 en 14, waarnaar wordt verwezen in de onderdelen 3.6 en 3.11, hebben betrekking op feiten uit 2001. Tot slot zijn de vorderingen 1 tot en met 3 in conventie gebaseerd op de stelling dat "in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV98" en dat " deze nadere afspraken geldend zijn gebleven en van toepassing zijn onder de O&R 2005".

18. Voor zover hier relevant hebben ondergetekenden in de tussenbeslissing van 13 juli 2016 geoordeeld dat Vahstal ten onrechte stelt dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98. Deze nadere afspraken konden dus ook niet doorlopen, geldend blijven, worden (her)bevestigd of verlengd in 2005. De vorderingen in con-

ventie sub 1 tot en met 4 zijn daarom afgewezen voor zover zij zijn gebaseerd op die gestelde nadere afspraken.

19. Ter voorlichting van partijen voegen ondergetekenden hieraan toe dat als in 2001 wel nadere afspraken zouden zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98, deze inderdaad zouden zijn doorgelopen na 2005. Immers, de O&R 2005 verlengt de DV 98, en daarmee in beginsel ook de afspraken omtrent de interpretatie en uitvoering van de DV 98, tenzij partijen in 2005 anders zouden zijn overeengekomen.

20. Vahstal heeft als subsidiaire stelling ingenomen dat een redelijke uitleg van de DV98 en de O&R2005 meebrengt dat de bepalingen van de DV98 moeten worden geïnterpreteerd en uitgevoerd op basis van de uitgangspunten van 2001. Deze stelling heeft haar weerslag gevonden in de vordering in conventie sub 5. Ondergetekenden hebben hieraan overwegingen gewijd in de punten 64 en 65 van de tussenbeslissing van 13 juli 2016, en daarop aansluitend in de punten 66 tot en met 73. Ten aanzien van de vordering in conventie sub 5 hebben ondergetekenden de beslissing (grotendeels) aangehouden, en daarover is in de brief van 15 augustus 2016 niet geklaagd.

21. Vahstal heeft niet als subsidiaire stelling ingenomen dat in 2005 alsnog een nadere overeenkomst tot stand is gekomen op basis van de uitgangspunten van 2001. In het petitum is evenmin een verklaring voor recht van die strekking gevorderd. Daar waar Vahstal in de punten 3.1 t/m 3.11 refereert aan de O&R2005, is dat ter onderbouwing van de stelling dat Vahstal toen geen afstand heeft gedaan van de in 2001 gemaakte afspraken en dat de gemeente ter zake evenmin een voorbehoud heeft gemaakt. Bij het sluiten van de O&R 2005 is niet afgesproken of overeengekomen dat (een deel van) de nadere afspraken niet meer zouden gelden, aldus het slot van punt 3.3. Deze stelling hebben ondergetekenden niet hoeven bespreken, omdat deze slechts relevant is als in 2001 nadere afspraken zouden zijn gemaakt. Ondergetekenden hebben echter geoordeeld dat dat niet zo is. Daarom is de verklaring voor recht "dat deze nadere afspraken geldend zijn gebleven en van toepassing zijn onder de O&R 2005" niet gegeven.

22. Ten overvloede merken ondergetekenden op dat Vahstal in 2012 wel de stelling heeft verdedigd dat de Collegebrief (eerst) in 2005 tussen partijen bin-

dende kracht heeft gekregen doordat deze als bijlage bij de O&R2005 was gevoegd. Die stelling hebben de bindend adviseurs toen niet aanvaard. Zij oordeelden dat de status van het stuk (de Collegebrief) onduidelijk was gebleven, nu in de O&R2005 het stuk niet wordt genoemd en het ook niet is vermeld in art. 12 van de O&R2005 opgenomen lijst van bij de overeenkomst behorende bijlagen. De Collegebrief is evenmin vóór of na totstandkoming van de O&R2005 ondertekend en aan Vahstal verzonden, aldus paragraaf 5.2 van het bindende advies uit 2012. In de onderhavige procedure heeft Vahstal niet beargumenteerd dat en waarom de status van de Collegebrief in 2005 wel duidelijk was, zodat ondergetekenden geen aanleiding zien om op dit punt tot een ander oordeel te komen dan de bindend adviseurs in 2012.

Ten aanzien van het bewijsaanbod

23. In de brief van 15 augustus 2016 wordt het bewijsaanbod sub 8.3 van de memorie van eis geciteerd. Dit bewijs heeft betrekking op de stelling dat de afspraken uit 2001 ook bij de verlenging in 2005 gewoon doorliepen. Ondergetekenden hebben dit bewijsaanbod gepasseerd als niet ter zake doende, omdat het probandum vooronderstelt dat in 2001 afspraken zijn gemaakt. Ondergetekenden hebben echter geoordeeld dat dit niet het geval is.

24. Voor zover Vahstal bewijs aanbiedt van de stelling dat de gemeente zich in 2005 heeft gebonden aan de inhoud van de Collegebrief, is sprake van een nieuw bewijsaanbod, waarvoor geen plaats is in het kader van een verzoek om herstel of aanvulling.

25. Tot slot heeft Vahstal, onder punt 2 van de brief van 15 augustus 2016, bewijs aangeboden omtrent de in 2001 gebruikelijke gang van zaken binnen het college van b&w, onder meer dat collega-wethouders de heer Boer in overeenstemming met de bestaande praktijk bevoegd achtten om afspraken te maken met Vahstal en dat verantwoordelijk wethouder De Wilde in 2005 deze praktijk heeft geaccepteerd door de collegebrief als bijlage aan de O&R 2005 te hechten. Vahstal heeft verzocht om deze omstandigheid te betrekken bij het verzoek om aanvulling onder punt 1 van de brief van 15 augustus 2016.

26. Dit (nieuwe) bewijsaanbod moet worden gepasseerd omdat een verzoek om herstel of aanvulling zich naar zijn aard niet leent voor nadere bewijslevering. Daarbij komt dat in de brief van 15 augustus 2016 niet is gespecificeerd of en

wanneer Vahstal in het partijdebat voorafgaande aan de tussenbeslissing van 13 juli 2016 stellingen heeft betrokken over de gang van zaken binnen het college van b&w in 2001, zodat niet duidelijk is op welke stelling ondergetekenden niet zouden hebben beslist.

27. Ondergetekenden zien derhalve geen aanleiding om Vahstal toe te laten tot nadere bewijslevering door middel van het horen van getuigen.

in conventie en in reconventie

28. Alle overige beslissingen, waaronder die met betrekking tot de proceskosten, worden aangehouden.

DE BESLISSING

Ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

in conventie

WIJZEN het verzoek om verbetering of aanvulling, vervat in de brief van mr. De Bruin van 15 augustus 2016, AF ;

in conventie en in reconventie

HOUDEN alle overige beslissingen AAN.

Gegeven op 25 oktober 2016,

K.E. Mollema C.N.J. Kortmann J.A.G. van Oostrum

Tussenbeslissing d.d. 13 maart 2016

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigde: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince te Roy en P.P. Wijling,
beiden advocaat te Rotterdam.

DE BINDEND ADVISEURS

Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo,
MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

DE PROCEDURE

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De tussenbeslissingen van 13 juli 2016 en van 25 oktober 2016, waarvan de inhoud hier wordt geacht te zijn overgenomen.
- De processen-verbaal van de getuigenverhoren d.d. 4 oktober 2016, d.d. 2 november 2016 en d.d.12 december 2016 (waarin ook nadere procesafspraken zijn vastgelegd).
- De akte overlegging producties van de zijde van beide partijen d.d. 25 november 2016 (Vahstal) en d.d. 28 november (de Gemeente).

- Diverse e-mails ter voorbereiding of in het kader van de hiervoor bedoelde getuigenverhoren.
- De brief van 2 december 2016 van de zijde van Vahstal, met een viertal getuigenverklaringen als bijlagen, houdende een verzoek tot vermeerdering/wijziging van de eis als bedoeld in artikel 130 lid 1 Rv.
- De memorie van 1 februari 2017 van de zijde van de Gemeente naar aanleiding van het verzoek vermeerdering/wijziging eis.

Het verzoek vermeerdering/wijziging eis:
Vahstal verzoekt thans bij bindend advies:

1. *Te verklaren voor recht dat de Collegebrief onderdeel uitmaakt van de Ontwikkelings- en Realisatieovereenkomst Handelsgebouw e.o. van 29 september 2005, bindende kracht heeft tussen de Gemeente en Vahstal, de gemaakte afspraken tussen partijen weergeeft en dat Vahstal aan deze brief rechten kan ontlenen.*

2. *Te verklaren voor recht dat artikel IIIA 1, 2 en C1 van de DV 98 moet worden gelezen met inachtneming van de Collegebrief en de daarin vastgelegde nadere afspraken, dat deze nadere afspraken van toepassing zijn onder de O&R 2005 en dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken;*

3. *Te bepalen dat artikel IIIA. 1, 2 en C1 van de DV 98 onder de O&R 2005 als volgt dient te worden geïnterpreteerd en uitgevoerd op basis van de nadere afspraken:*
   a. de 100 woningen in Vathorst zoals genoemd in artikel IIIA.2 DV98 (slot) staan los van de minimaal 250 woningen zoals genoemd in artikel IIIA.2 eerste zin en zij zijn niet inbegrepen in de in artikel III A.2 DV 98 (eerste zin) genoemde 'minimaal 250 woningen';
   b. de begrippen 'minimaal' en 'ruim' zoals genoemd in artikel III van de DV 98 dienen aldus te worden gelezen en geïnterpreteerd, dat voor 250 gelezen moet worden: 375;
   c. de term 'vrije sector en goedkope vrije sector' zoals genoemd in artikel III.A. 1 van de DV 98 dient te worden gelezen als 'woningen in de luxe vrije sector';
   d. tussen de Gemeente en Vahstal is een gespreide aanbieding van woningbouwprojecten afgesproken van gemiddeld 50 woningen per jaar en

door de Gemeente is toegezegd dat zij niet pas aan het einde van de (verlengde) looptijd woningen aan Vahstal zal gaan aanbieden;

4. *Te verklaren voor recht dat de Gemeente nu zij de hierboven onder 1 tot en met 3 bedoelde nadere afspraken betwist en de Gemeente deze nadere afspraken niet uitvoert, toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden ten opzichte van Vahstal en aansprakelijk is voor de schade die Vahstal als gevolg van het wanpresteren heeft geleden, waarbij de omvang van de schade nader zal worden bepaald in de starten schadestaatprocedure;*

5. *Subsidiair, voor zover de vorderingen 1 tot en met 4 niet worden toegewezen: te bepalen dat een redelijke uitleg van de DV 98 en de O&R 2005 met zich meebrengt, dat de uitgangspunten zoals deze tussen partijen zijn besproken in 2001, zoals deze vastliggen in de Collegebrief, zoals hierboven weergegeven onder 3 van toepassing zijn onder de O&R 2005 en te bepalen dat de Gemeente nu zij deze uitgangspunten betwist en zij deze niet uitvoert, toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden ten opzichte van Vahstal en aansprakelijk is voor de schade die Vahstal als gevolg van het wanpresteren heeft geleden, waarbij de omvang van deze schade nader zal worden bepaald in een schadestaatprocedure;*

6. *Te verklaren voor recht dat de Gemeente gebonden is aan de toezegging van wethouder Boer namens het College om ter zake van Amsterdamseweg 18 te Amersfoort over te gaan tot vergoeding van de claim aan Vahstal in geld met betrekking tot het ten onrechte beperken van het bouwvolume op dit perceel en de Gemeente te veroordelen alsnog tot vergoeding van deze schade aan Vahstal over te gaan, waarbij de omvang nader zal worden bepaald in de te starten schadestaatprocedure;*

7. *Vahstal toe te laten tot een schadestaatprocedure, waarbij de onderwerpen aan de orde dienen te komen zoals gespecificeerd onder 2. 11 en 2. 12 van de memorie van eis en Vahstal in de gelegenheid te stellen haar stellingen en vorderingen in de schadestaatprocedure aan te passen en te onderbouwen op basis van de uitspraak die bindend adviseurs doen over het gevorderde 1 tot en met 6;*

8. *De Gemeente te veroordelen in de kosten van deze procedure."*

De beoordeling van het verzoek:

1. De Gemeente stelt zich primair op het standpunt dat bindend adviseurs niet bevoegd zijn over de voorliggende eiswijziging te oordelen, nu daarmee beoogd wordt een nieuw geschil aan bindend adviseurs voor te leggen, welk geschil de kaders voortvloeiend uit de tussen partijen gesloten Overeenkomst en de opdrachtbrief van Vahstal aan bindend adviseurs, te buiten gaat.

2. Bindend adviseurs verwerpen dit standpunt. Het wijzigingsverzoek betreft niet een nieuw geschil of een heroverweging van het in 2012 door (deels) andere arbiters gegeven bindend advies, als wel een nieuwe stelling op grond waarvan de oorspronkelijk ingestelde vorderingen alsnog zouden moeten worden gehonoreerd. Of een dergelijke wijziging van de grondslag van de eis in dit stadium van de procedure en gegeven de inhoud van de twee eerdere tussenbeslissingen van bindend adviseurs nog toelaatbaar is, ligt ter beslissing aan bindend adviseurs voor. Nu op de onderhavige procedure de dagvaardingsprocedure van toepassing is verklaard, is daarbij het bepaalde in artikel 130 lid 1 Rv het toetsingskader.

3. Bindend adviseurs achten zich derhalve bevoegd de toelaatbaarheid van het verzoek inhoudelijk te beoordelen, zulks mede op basis van de bezwaren die zijdens de Gemeente tegen dat verzoek zijn aangevoerd.

4. In artikel 130 lid 1 Rv is het volgende bepaald: *"Zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen is eiser bevoegd zijn eis of de gronden daarvan schriftelijk, bij conclusie of akte ter rolle, te veranderen of te vermeerderen. De gedaagde is bevoegd daartegen bezwaar te maken, op grond dat de verandering of vermeerdering in strijd is met de goede procesorde. De rechter beslist, partijen gehoord, zo spoedig mogelijk. De rechter kan op dezelfde grond ook ambtshalve een verandering of vermeerdering van eis buiten beschouwing laten.*

5. Voor de onderhavige procedure moet vanzelfsprekend voor rechter worden gelezen: bindend adviseurs en voor eindvonnis: een beslissing van de bindend adviseurs waarbij het gevorderde geheel of gedeeltelijk bij dictum wordt afgedaan (vgl. art. 1049 Rv).

6. Bindend adviseurs stellen vast dat de oorspronkelijke eis van Vahstal was gebaseerd op de stelling *"dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98."* Onder 1. vorderde

Vahstal in dat stadium van de procedure ook dat bindend adviseurs de juistheid van die stelling zouden vastleggen door middel van een verklaring voor recht.

7. De daarop gebaseerde vorderingen 2 t/m 6 zijn door bindend adviseurs beoordeeld bij tussenbeslissing d.d. 13 juli 2016. Bindend adviseurs hebben bij die beslissing de onder 1 verzochte verklaring voor recht afgewezen. Hetzelfde geldt voor hetgeen onder 2 t/m 4 was gevorderd, behoudens de onder 2 (ook) gevorderde verklaring voor recht dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de Q&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken. Ten aanzien van het gevorderde onder 6 hebben bindend adviseurs zich onbevoegd verklaard. Het onder 5 gevorderde is afgewezen voor zover dat betrekking heeft op de stelling dat de term *"vrije sector en goedkope vrije sector"* zoals genoemd in artikel III.A.1 van de DV 98 dient te worden gelezen als *"woningen in de luxe vrije sector"*.

8. Onder rechtsoverweging 69 hebben bindend adviseurs aangegeven dat zij voorshands – behoudens door de Gemeente te leveren tegenbewijs – als vaststaand aannemen dat de Gemeente verplicht is aan Vahstal 375 woningen aan te bieden. In het dictum is bepaald dat de Gemeente wordt toegelaten tot dat tegenbewijs. De overige beslissingen in conventie en reconventie zijn aangehouden.

9. Vahstal heeft vervolgens aan bindend adviseurs verzocht de tussenbeslissing van 13 juli 2013 te herstellen dan wel aan te vullen, nu bindend adviseurs voorbij zouden zijn gegaan aan de ook door Vahstal betrokken stelling dat de Gemeente zich in 2005 contractueel gebonden heeft aan de Collegebrief doordat deze was gevoegd bij de Q&R 2005. Bindend adviseurs hebben bij hun tweede tussenbeslissing (d.d. 25 oktober 2016) het verzoek afgewezen, nu de door Vahstal betrokken stelling (zie onder 3.1. t/m 3.11 van de memorie van eis), inhoudt dat de (bedoeld wordt: in 2001) tussen partijen gemaakte afspraken bij de Q&R 2005 zijn (her)bevestigd en verlengd en van dat laatste slechts sprake zou kunnen zijn als in 2001 nadere afspraken zouden zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98, hetwelk naar bindend adviseurs in hun eerste tussenbeslissing (d.d. 13 juli 2016) hebben geoordeeld, niet het geval is geweest. Bindend adviseurs hebben daarbij (onder rechtsoverweging 21) nog expliciet aangegeven dat Vahstal niet de subsidiaire stelling heeft ingenomen "dat in 2005 alsnog een nadere overeenkomst tot stand is gekomen op basis van de uitgangspunten van 2001". Juist die stelling vormt thans het fundament

voor de gewijzigde eis en Vahstal verzoekt thans onder 1 de juistheid van die thans alsnog ingenomen stelling, bevestigd te krijgen door middel van een verklaring voor recht.

10. Alhoewel de bewoordingen hier en daar op kleine onderdelen verschillen, vordert Vahstal thans onder 2 tot en met 7 hetzelfde als bij memorie van eis, echter nu – voor wat betreft het onder 2 t/m 4 gevorderde, gebaseerd op een stelling die zij aanvankelijk niet heeft betrokken. In feite tracht zij daarmee het niet betrekken van de hiervoor bedoelde subsidiaire stelling, waar bindend adviseurs in hun tweede tussenbeslissing de vinger op hebben gelegd (zie hiervoor onder overweging 8), te herstellen, zulks terwijl in het dictum van de eerste tussenbeslissing al uitdrukkelijk over een groot deel van de vorderingen is beslist. Het verzoek wijziging eis is daarmee feitelijk een verkapt hoger beroep tegen de reeds afgewezen onderdelen van de vordering, terwijl een vaststellingsovereenkomst, waarbij bindend advies is overeengekomen, uit haar aard geen mogelijkheid tot hoger beroep behelst, tenzij zulks uitdrukkelijk is overeengekomen. Bindend adviseurs tekenen daarbij nog aan dat het oorspronkelijk onder 5 gevorderde (waaromtrent nog allerminst in volle omvang is beslist) na de wijziging van eis niet veranderd is en (blijkens haar aanhef) ook niet is gebaseerd op de nieuw betrokken stelling. Hetzelfde geldt met betrekking tot de nog openstaande onderdelen 7 en 8 van de oorspronkelijk vordering.

11. Aan het eerste vereiste van artikel 130 lid 1 Rv ("Zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen...) is derhalve niet voldaan zodat alleen al op die grond de eiswijzing niet toelaatbaar is. Daar komt nog bij honorering van het verzoek de procedure ernstig zou worden vertraagd, nu alsdan een volledige herbeoordeling nodig zou zijn ten aanzien van de onderdelen van de vordering waarop reeds bij bindend advies afwijzend is beslist.

12. Het verzoek zal derhalve worden afgewezen.

13. Overeenkomstig de eerder met partijen gemaakte afspraken zullen partijen thans in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte nader uit te laten over de vraag of het tegenbewijs, waartoe de Gemeente in de eerste tussenbeslissing is toegelaten, al dan niet is geleverd. De Gemeente krijgt daarvoor een termijn van vier weken (uiterlijk 11 april 2017) waarna Vahstal eveneens een termijn van vier weken zal worden gegund.

De Beslissing:

Ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

In conventie:

wijzen het verzoek tot wijziging/vermeerdering van eis van de zijde van Vahstal af;

laat de Gemeente toe tot het nemen van een nadere akte als hiervoor onder 13 bedoeld en bepaalt dat de Gemeente daartoe termijn wordt gegund tot uiterlijk 11 april 2017

voorts in conventie en in reconventie:

houden iedere verdere beslissing aan.

Gegeven op 13 maart 2017

K.E. Mollema C.N.J. Kortmann J.A.G. van Oostrum

Tussenbeslissing d.d. 29 september 2017

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigde: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince te Roy en P.P. Wijling,
beiden advocaat te Rotterdam.

De bindend adviseurs

Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De tussenbeslissingen van 13 juli 2016, van 25 oktober 2016 en van 13 maart 2017, waarvan de inhoud hier wordt geacht te zijn overgenomen.
- De memorie na enquête van de zijde van de Gemeente.
- De memorie na enquête van de zijde van Vahstal.

De verdere beoordeling

1. Bij hun tussenbeslissing van 13 juli 2016 hebben bindend adviseurs het volgende beslist:

VERKLAREN VOOR RECHT dat de termijn waarbinnen de Gemeente woningbouwprojecten aan Vahstal conform de DV 98 kon aanbieden onder de O&R 2005 per 29 september 2015 is verstreken;

WIJZEN de vorderingen in conventie sub 1 tot en met 4 voor het overige AF;

WIJZEN de vordering in conventie sub 5 AF, voor zover deze betrekking heeft op de stelling dat de term *"vrije sector en goedkope vrije sector"* zoals genoemd in artikel III.A.1 van de DV 98 dient te worden gelezen als *"woningen in de luxe vrije sector";*

LATEN de Gemeente TOE tot het leveren van tegenbewijs als bedoeld sub 69 in het lichaam van het bindend advies;

HOUDEN alle overige beslissingen in conventie en reconventie AAN.

2. Ter voldoening aan de haar geboden mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het voorshands door bindend adviseurs als vaststaand aangenomen feit *dat de Gemeente verplicht is aan Vahstal 375 woningen aan te bieden*, heeft de Gemeente op 4 oktober 2016 en op 2 november 2016 getuigen doen horen (te weten: Ashouwer, Beens, Van Zelm en Van der Horst) . Vahstal heeft bij wege van (tegen-tegen)bewijs op 2 november 2016 en op 12 december 2016 getuigen doen horen (te weten: Boer, De Wilde en Vahstal zelf). Van al deze verhoren is proces-verbaal opgemaakt. In het proces-verbaal van het getuigenverhoor van Vahstal zelf is in de aanhef het volgende vermeld: *"...de na te noemen persoon, welke persoon - na de eed of de belofte te hebben afgelegd de gehele waarheid en niets dan de waarheid te zullen zeggen - verklaarde dat wat achter zijn naam is vermeld."* Abusievelijk is vervolgens bij de naamsvermelding niet - zoals te doen gebruikelijk - vermeld welke keuze de getuige heeft gemaakt de eed of de belofte. Bindend adviseurs menen zich te herinneren dat dat de belofte is geweest, maar wat daarvan ook zij, voor de waardering van de betreffende verklaring maakt dat verder niet uit nu in ieder geval de eed of de belofte is afgelegd (zie de hiervoor geciteerde aanhef van dat proces-verbaal, waarin enkel de verklaring van Vahstal is opgenomen). Overigens dient bij de waardering van hetgeen Vahstal als getuige heeft verklaard, rekening te worden gehouden met de beperking die het tweede lid van artikel 164 Rv op dat punt geeft (*"Indien een partij als getuige is gehoord, kan haar verklaring omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in haar voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs"*).

3. Beide partijen hebben op 25 november 2016 bij akte ook nog bewijsstukken overgelegd. Vahstal heeft bij brief van 2 december 2016 nog een viertal getuigenverklaringen overgelegd.

4. De Gemeente heeft – alvorens inhoudelijk in te gaan op het bijgebrachte bewijs – uitdrukkelijk bezwaar gemaakt tegen het oordeel zoals dat voorshands door bindend adviseurs is gegeven met betrekking tot het aantal aan Vahstal aan te bieden woningen (375). De Gemeente meent dat bindend adviseurs onder overweging 68 van de tussenbeslissing van 13 juli 2016 buiten de door partijen gestelde grenzen zijn getreden. Bindend adviseurs verwerpen dit bezwaar. In de stellingen van Vahstal liggen de getallen van 100 woningen en ruim 250 woningen wel degelijk besloten, terwijl van de kant van Vahstal ook is gerefereerd aan 7,5 x 50 woningen (zie de overgelegde verklaring van Van Zelm d.d. 9 november 2015). Weliswaar dient de term "ruim 250" woningen in de visie van Vahstal te worden uitgelegd als 375 woningen, maar bindend adviseurs hebben dat standpunt gemotiveerd afgewezen (zie eveneens onder overweging 68 van het tussenadvies van 13 juli 2016). Nu zowel Van Zelm als oud-wethouder De Boer gewag hadden gemaakt van 375 woningen, hebben bindend adviseurs overwogen dat een logische verklaring voor dat getal zou kunnen worden gevonden door de door Vahstal bedoelde "ruim 250" woningen te interpreteren als 250 + 10%, welke interpretatie bindend adviseurs niet onlogisch voorkwam, terwijl een andere logische verklaring voor het getal van 275 (naast de eerder genoemde 100) niet voorlag. Anders dan de Gemeente kennelijk meent, is het bindend adviseurs immers niet verboden de stellingen van partijen te toetsen op (on)logica.

5. Los van hetgeen hiervoor is overwogen heeft echter het volgende te gelden. Als bindend adviseurs niet op voorhand van de verplichting van de Gemeente om 375 woningen aan Vahstal aan te bieden, zouden zijn uitgegaan, zou het bewijs met betrekking tot de door Vahstal gestelde aantallen woningen aan Vahstal zijn opgedragen. Weliswaar zouden de getuigen dan – naar verwachting – in omgekeerde volgorde zijn gehoord, maar dat er meer of ander bewijs zou zijn geleverd dan thans het geval is, blijkt niet uit hetgeen de Gemeente ter onderbouwing van haar bezwaar heeft gesteld en ligt ook niet voor de hand. De Gemeente heeft dus ook geen enkel belang bij haar bezwaar, nu zij door de voorshandse beslissing van bindend adviseurs – zoals ook zal blijken uit hetgeen hierna wordt overwogen – niet in haar belangen is geschaad. Hetgeen de Gemeente voor het overige aan bezwaren tegen de voorshandse beslissing van bindend adviseurs hebben aangevoerd, zal daarom verder ook niet worden besproken.

6. Een rechter/arbiter/bindend adviseur kan onder bijzondere omstandigheden terugkomen op een bindende eindbeslissing (zie o.a. HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800). Een dergelijke uitzondering kan zich echter niet voordoen indien de beslissing is vastgelegd in het dictum. De Hoge Raad heeft in het hiervoor bedoelde arrest immers met zoveel woorden het volgende beslist: "De eisen van een goede procesorde brengen immers mee dat de rechter, aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, *maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing* berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen." Als er derhalve, zoals in casu sprake van een in het eindvonnis vervatte beslissing, kan daarop in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, behoudens in geval van aanvulling of herstel (zie de artikelen 31 en 32 Rv en voor arbitrage de artikelen de artikelen 1060 en 1061 Rv). Nu op deze procedure de dagvaardingsprocedure van toepassing is verklaard, geldt deze rechtsregel ook hier (er moet immers ooit een eind aan het juridisch debat komen). De hier bedoelde rechtsregel brengt mede dat bindend adviseurs niet kunnen terugkomen op hetgeen zij in hun tussenadvies d.d. 13 juli 2016 hebben beslist ten aanzien van de (onder sub 3) verzochte verklaring voor recht *dat de term vrije sector en goedkope vrije sector, zoals genoemd in artikel III.A.1 van de DV 98 dient te worden gelezen als woningen in de luxe vrije sector* en op hetgeen zij op dat punt hebben beslist op de onder sub 5 gedane subsidiaire vordering. Hetgeen de diverse getuigen op dat punt, zij het buiten het probandum, hebben verklaard, kan derhalve – wat er van die verklaringen verder ook zij – niet meer tot een ander oordeel leiden, zelfs niet (het zij ten overvloede opgemerkt) in een geval dat de gegeven eindbeslissing niet op juiste gronden zou berusten, hetwelk hier overigens niet het geval is. Daarbij tekenen bindend adviseurs – geheel ten overvloede – nog aan dat zij Vahstal niet volgen in zijn betoog onder 8 van de antwoordmemorie na enquête, nu ook andere dan louter financiële argumenten redengevend kunnen zijn voor de aanbieding van een bepaalde categorie woningen. Bindend adviseurs stellen voorts vast dat geen vordering voorligt met betrekking tot de vraag hoe de term "vrije sector en goedkope vrije sector" in de DV 98 dan wél moet worden geïnterpreteerd, zodat zij dienaangaande niet kunnen beslissen.

7. Alhoewel de Gemeente is toegelaten tot tegenbewijs, zullen bindend adviseurs, nu ook van de zijde van Vahstal alle bewijsregisters zijn opengetrokken, op basis van het over en weer bijgebrachte bewijs beoordelen of er sprake is van een toezegging van 375 woningen (Vahstal) ofwel van 250 woningen (Gemeente).

8. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de voorliggende vorderingen waaromtrent in de tussenbeslissing van 13 juli 2016 reeds een eindbeslissing is gegeven en gelet op de inhoud van de tussenbeslissingen van 25 oktober 2016 en van 13 maart 2017 gaan bindend adviseurs voorbij aan hetgeen de getuigen hebben verklaard over de (totstandkoming van de) O&R 2005.

9. Aan het door Vahstal overgelegde boek "Vahstal versus Amersfoort" kennen bindend adviseurs geen bewijswaarde toe, alleen al omdat van de kant van Vahstal niet is aangegeven welke passages van het boek van belang zijn en waarom. Hetzelfde heeft te gelden met betrekking tot de door Vahstal overgelegde DVD en de door Vahstal overgelegde artikelen uit kranten en tijdschriften.

10. Bindend adviseurs begrijpen hetgeen de Gemeente stelt in de memorie na enquête onder 17 aldus dat bindend adviseurs bij het formuleren van het probandum er ten onrechte van zijn uitgegaan dat wethouder Boer afspraken wenste te maken met Vahstal die afweken van de in de DV1998 gemaakte afspraken. Aan dit betoog van de Gemeente ligt de overtuiging ten grondslag dat de DV1998 duidelijk was op het punt van de aanbiedingsplicht van het aantal woningen, zodat er voor "interpretatieve afspraken" ter zake geen ruimte was. Die overtuiging wordt door bindend adviseurs niet gedeeld, getuige hetgeen zij ter zake in bedoeld tussenadvies onder 68 hebben overwogen. Bindend adviseurs zien in hetgeen de Gemeente op dit punt heeft aangevoerd slechts een herhaling van hetgeen de Gemeente eerder had aangevoerd en vinden daarin geen aanleiding op bedoelde overweging terug te komen. Dat de DV1998 allerminst duidelijk is op het punt van het aantal woningen wordt nog eens fraai door partijen geïllustreerd in hun memories na enquête. Naast de Gemeente is ook Vahstal van oordeel dat de DV1998 op dit punt duidelijk is (zie de antwoordmemorie na enquête onder 7) terwijl beide partijen tot totaal verschillende aantallen concluderen. Uit hetgeen de getuige Ashouwer heeft verklaard (zie hieronder), kan overigens ook worden opgemaakt dat de eindtekst een soort compromis was (*"Daarbij zijn er wellicht concessies gedaan voor wat betreft de helderheid."*)

11. De getuige Ashouwer (voormalig ambtenaar van de Gemeente) heeft met betrekking tot het probandum – zakelijk weergegeven en voor zover relevant – het volgende verklaard:

    Begin 2001 zijn er opnieuw onderhandelingen met Vahstal gestart omdat er onduidelijkheden waren met betrekking tot de uitvoering van de DV 1998. Die

onderhandelingen zijn namens de Gemeente gevoerd door wethouder Boer en collega Frans van der Horst. Ik was daar niet direct bij betrokken, maar Boer en Van der Horst koppelden wel alles aan mij terug en ik was hun juridisch adviseur op de achtergrond. Voor mij is steeds uitgangspunt geweest dat in de 250 woningen, welke Van der Horst in mijn perceptie begin 1998 heeft voorgesteld, de meergenoemde 100 woningen in Vathorst waren begrepen. Op de vraag waarom dat niet helderder is vastgelegd in de DV1998 kan ik slechts antwoorden dat er veel druk op de onderhandelingen stond omdat wij onze plannen met betrekking tot het Centraal Stadsgebied wilden doorvoeren. Wij stonden met de rug tegen de muur en dat heeft er toe geleid dat uiteindelijk een tekst tot stand is gekomen die voor beide partijen acceptabel was, Daarbij zijn er wellicht concessies gedaan voor wat betreft de helderheid. Op de vraag of ik eerst op 2 mei 2001 via het memo van Van Zelm op de hoogte kwam van een getal van 375 woningen antwoord ik dat dat niet het geval is. Ik had dat getal al eerder gehoord tijdens de terugkoppeling die wethouder Boer en Van der Horst mij van de onderhandelingen gaven. Ik was het daar niet mee eens en wilde vasthouden aan de in mijn ogen toegezegde 250 woningen. In mijn memo (productie 24 bij de MVA) heb ik aangegeven dat voor wat betreft het aantal woningen het moest gaan om een evenredig deel van de toegezegde woningen van circa 50 per jaar binnen het maximum van 250.

12. De getuige Beens (notaris) heeft met betrekking tot het probandum – zakelijk weergegeven en voor zover relevant – het volgende verklaard:

Ik ben door partijen in deze kwestie een aantal keren ingehuurd als notulist. Ik heb in 1997 op instigatie van de betrokken partijen een eerste concept opgesteld voor een vaststellingsovereenkomst tussen de Gemeente en Vahstal. Daarna zijn er een tweede concept en vervolgconcepten gevolgd van de hand van Van Zelm. Ik ben tussentijds niet bij de besprekingen of onderhandelingen aanwezig geweest. Nadat Van Zelm een zesde concept versie had gemaakt hebben partijen mij gevraagd daar een aangepaste versie van te maken. Ook toen heb ik weer input van partijen gekregen. In die door mij geschreven versie (productie 9 bij de MVA) heb ik de onderwerpen met betrekking tot de woningen, zoals die in het zesde concept van Van Zelm onder artikel III en V separaat waren beschreven gecombineerd tot een nieuw artikel III A2. Op de vraag waarom, moet ik het antwoord schuldig blijven, anders ga ik speculeren. Het aantal van 250 woningen is mij door partijen aangereikt, zonder dat ik daarvan de achtergrond kende. Mijn aanspreekpunten waren destijds Vahstal zelf en Van Zelm en van de kant van de Gemeente altijd Ashouwer en soms ook Van der Horst. Op de vraag of ik de

eindtekst duidelijk vond, antwoord ik dat er met zoveel juristen aan tafel bij mij niet de neiging is opgekomen mij daarmee te bemoeien. Ik heb het mij ook niet afgevraagd. Voor zover ik in 2001 bij de besprekingen aanwezig ben geweest, heb ik steeds schriftelijke aantekeningen gemaakt op basis waarvan ik een verslag heb gemaakt, dat aan partijen ter accordering werd voorgelegd. Ook in 2001 was mijn rol slechts die van onafhankelijke notulist. Op de vraag of er in de periode februari- april 2001 gesproken is over aantallen woningen moet ik het antwoord schuldig blijven. Ik verwijs naar de verslagen. Over de onderhandelingen zelf wil ik niets kwijt. Ook wat dat betreft verwijs ik naar de verslagen. Op de vraag of ik de indruk had dat er op 13 april 2001 tussen Boer, Van der Horst en Vahstal/Van Zelm overeenstemming was bereikt, antwoord ik bevestigend.

13. De getuige Van Zelm (voormalig advocaat van Vahstal) heeft met betrekking tot het probandum – zakelijk weergegeven en voor zover relevant – het volgende verklaard:

In 1997-1998 was wethouder Boer de man die namens de Gemeente trachtte de verhoudingen met Vahstal te normaliseren. Ik nam in die jaren deel aan de besprekingen als adviseur van Vahstal en zijn bedrijven. Tijdens de besprekingen in die jaren waren namens de gemeente de heren Van der Horst en/of Ashouwer aanwezig. Ook wethouder Boer schoof af en toe aan, vooral aan het begin en aan het eind. De eerste concepten begin 1998 waren van mijn hand. Ik wilde graag boetebedingen aan een aantal verplichtingen hechten, maar dat leidde tot boze reacties bij Ashouwer en Van der Horst. Vanaf dat moment heeft Beens de concepten opgesteld. Ingrijpende wijzigingen hebben zich sinds mijn laatste concept (februari 1998) niet voorgedaan. Vahstal was zelf steeds bij de gesprekken aanwezig. Productie 8 bij de MvA is van mijn hand. Daarin komt nog een apart artikel V voor over de 100 woningen in Vathorst. In het volgende concept (productie 9 MvA) van de hand van Beens is bedoeld artikel V vervallen en verwerkt onder artikel III onder A2. Ik heb daar geen inhoudelijke wijziging in gezien. In mijn visie waren de 100 woningen Vathorst niet inbegrepen in de ook genoemde 250 woningen. De 100 woningen waren immers al eerder aangeboden en stonden los van de qua aantal nog in te vullen andere woningen. In 2001 was ik mede onderhandelaar aan de zijde van Vahstal. Zijdens de Gemeente waren steeds Van der Horst en Boer aanwezig. Beens was notulist. Vahstal heeft voor dat overleg een concept agenda opgesteld. In één van de eerste bijeenkomsten heeft Van der Horst zelf aangegeven dat de 100 woningen Vathorst niet aan Vahstal waren aangeboden omdat ze al vergeven waren. Volgens Van der Horst vroeg dat om compensatie. In het concept van mijn hand (productie 18 MvA)

wordt onder artikel 4 alleen gesproken over 250 luxe woningen in de vrije sector. De 100 woningen Vathorst zijn in dat concept niet apart genoemd omdat over die woningen geen discussie bestond. Wethouder Boer heeft mij verzocht de concept collegebrief op te stellen. Hij zei dat de inhoud daarvan, zoals ik dat op zijn verzoek heb vastgelegd, al besproken was met zijn juridische adviseurs, Ashouwer en Van der Horst. Van der Horst had daar wel moeite mee. Productie 24 bij de MvA is een memo van Ashouwer aan mij. Ik had daar geen boodschap aan omdat op 13 april 2001 alles geregeld was, We (Vahstal, ik zelf, Van der Horst, Boer en Beens) hebben die dag een bijeenkomst gehad in het Berg paviljoen om te vieren dat we eruit waren. Uit de hiervoor bedoelde productie 24 blijkt duidelijk dat Ashouwer het niet eens was met de door ons gemaakte afspraken. In productie 26 bij de MvA wordt door mij melding gemaakt van 375 luxe woningen in de vrije sector. Dat is uitdrukkelijk zo in de vergaderingen besproken en geaccordeerd. Anders dan in het besprekingsverslag van 5 juni 2001 staat vermeld, heeft Van der Horst mij nooit gezegd dat ik een rekentruc heb uitgehaald of hem heb vernacheld. Ondanks dat de periode tussen april 2001 en april 2008 7 jaren bestrijkt is er met 7,5 jaren gerekend ter invulling van het begrip ruim. Productie 19 bij de MvA is concept IV van 12 april 2001. Omdat de 100 woningen Vathorst al in de DV 1998 stonden, hoefden ze toen niet nogmaals in het concept te worden opgenomen. Toen concept IV het licht zag, was er in mijn visie al een concept collegebrief d.d. 4 april. Over de status van de collegebrief waren partijen het wel eens. Dat de brief in de la is blijven liggen, heeft te maken met de discussie rond het handelsgebouw.

14. De getuige Boer (oud wethouder van de Gemeente) heeft met betrekking tot het probandum – zakelijk weergegeven en voor zover relevant – het volgende verklaard.

Ik sta nog steeds volledig achter de verklaring die ik in juni 2015 ten overstaan van de rechtbank heb afgelegd (productie 3 bij de MvE). Ten aanzien van de mij getoonde producties 8 en 9 bij de MvA merk ik op dat ik niet weet wat de reden is dat artikel V in productie 8 in productie 9 is geïntegreerd in III. Ik heb geen herinnering aan de commissievergadering van 2 maart 1998. De getallen die daar worden genoemd zeggen me niets. In commissievergaderingen vlogen de getallen heen en weer. In 2001 is er uiteindelijk op alle punten overeenstemming bereikt tussen mij en Vahstal. Dat is vastgelegd in een concept collegebrief en in een concept overeenkomst. We hebben op 13 april 2001 in het Berg paviljoen in Amersfoort gevierd dat we het op alle punten eens waren. De door mij met Vahstal gemaakte afspraken, welke zijn neergelegd in de collegebrief, zouden nog

wel door het college moeten worden vastgesteld. Daarmee bedoel ik dat die brief door ondertekening van de burgemeester en de gemeentesecretaris moest worden geformaliseerd, alvorens te kunnen worden verstuurd. Ik ben er echter van overtuigd dat dat ook zonder meer zou zijn gebeurd als ik niet voordien was vertrokken. Het getal van 375 woningen waarover ik in mijn verklaring van 2015 (ten overstaan van de rechtbank) iets heb gezegd, is heel duidelijk het getal waarover we het eens zijn geworden. Het is ondenkbaar dat die overeenstemming buiten aanwezigheid van Van der Horst is bereikt. Op de dinsdag na het bereiken van het akkoord (13 april 2001) heb ik mijn collega's in het college ongetwijfeld geinformeerd over het onderhandelingsresultaat. In de brief van Ashouwer (productie 22 bij de MvA) staat aan het eind vermeld "op korte termijn bereik jij dus geen overeenstemming met Vahstal." Die opmerking doet bij mij de haren recht overeind staan. De brief dateerde van na het bereiken van het akkoord en ik heb de adviezen van Ashouwer dan ook niet opgevolgd. Voor zover ik me kan herinneren was Van der Horst het op 13 april 2001 eens met wat we waren overeengekomen.

15. De getuige Van der Horst (ambtenaar van de Gemeente) heeft met betrekking tot het probandum – zakelijk weergegeven en voor zover relevant – het volgende verklaard:

Ik ben van 1990 tot 2001 betrokken geweest bij het dossier Vahstal. Aanvankelijk als persoonlijk adviseur van de gemeentesecretaris en daarna als directeur van het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst. Bij de onderhandelingen welke hebben geleid tot de vaststellingsovereenkomst 1998 waren aanwezig zijdens de gemeente: Wethouder Boer, ikzelf en soms de heer Ashouwer. Vahstal liet zich vergezellen door zijn advocaat, mr. Van Zelm. Notaris Beens notuleerde. Hij bemoeide zich niet met de onderhandelingen, maar hielp ons wel de gewenste wijzigingen te verwoorden. Ik word geconfronteerd met het verslag van de Raadscommissie van 2 maart 1998 (nagekomen productie van de zijde van de Gemeente Amersfoort). Bij die Commissievergadering was ook wethouder De Man aanwezig. Hij was wethouder van Financiën en verantwoordelijk voor grondzaken. Boer zat die commissie voor.

Productie 4 bij de MvA betreft een concept overeenkomst. De daarbij geplaatste opmerkingen zijn van mijn hand. Op pagina 2 staat bijgeschreven: "100 bsg, 100 Vathorst projecten waar gemeente vrij in is".

De aantekeningen bij productie 5 bij de MvA zijn van mijn hand. Dat geldt ook voor de aantekeningen op productie 6 bij de MvA. Ik heb in die laatste productie op pagina 5 het getal 500 doorgehaald en er 200 van gemaakt.

Ik ben in juli 2001 uit beeld geraakt voor wat betreft de onderhandelingen met Vahstal. Tot die tijd is in mijn perceptie nooit gesproken over meer dan 250 woningen. Productie 7 bij de MvA bevat aantekeningen die uitsluitend van mijn hand zijn.

Hetzelfde geldt voor productie 8 bij de MvA.

Alhoewel in die overeenkomst het aantal bouwkavels nog niet is ingevuld is wel bepaald dat er 100 zouden liggen in de bestaande stad en zijn de woorden "derhalve exclusief Vathorst" doorgehaald. Die doorhaling had er mee te maken dat ik niet alle woningen (in mijn perceptie 250) kon aanbieden in Vathorst. Met betrekking tot productie 9 bij de MvA merk ik op dat ik niet weet waarom hoofdstuk V in het als productie 8 overgelegde concept is vervallen en is versleuteld in III. Voor mij staat er echter materieel het zelfde. Onder A1 in de overeenkomst welke is overgelegd als productie 9 wordt mijns inziens gedoeld op de eerder aangeboden 100 woningen.

Die woningen zijn mijns inziens begrepen onder de 250 woningen die onder A2 worden genoemd. De verwijzing onder A2 naar A1 is bedoeld om de voorwaarden die onder A1 zijn genoemd van toepassing te verklaren. U houdt mij voor dat onder A2 de 100 eerder aangeboden woningen nogmaals terugkomen. Het betreft hier dezelfde woningen. Het verschil tussen de als producties 8 en 9 overlegde concepten moet zijn grondslag vinden in het tussen partijen gevoerde overleg. Beens is uiteindelijk verantwoordelijk voor de redactie.

Voor wat betreft de onderhandelingen in 2001 was mijn rol hetzelfde als in de jaren daarvoor. Tot en met april zaten Boer en ik bij die onderhandelingen namens de Gemeente. Vahstal liet zich vergezellen door Van Zelm en notaris Beens notuleerde. Ashouwer speelde een rol op de achtergrond. Nadat wethouder Boer eind april 2001 was vertrokken heeft Ashouwer de bijeenkomsten met Vahstal bijgewoond. De reden van de gespreksrondes in 2001 was dat er nog een groot aantal punten in de ogen van Vahstal niet goed geregeld waren en dat in zijn ogen de Gemeente de afspraken niet nakwam. Vahstal heeft toen een agenda voorgesteld welke als productie 14 bij de MvA is overgelegd. Op pagina 2 van die agenda wordt gesproken over 100 nog niet aangeboden woningen. Verderop wordt gesproken over 250 woningen. In de discussies is het echter steeds gegaan over 250 woningen. De aantekeningen welke voorkomen op het concept welke is overgelegd als productie 18 bij de MvA zijn niet van mijn hand. Ik denk dat ze van Ashouwer zijn. In artikel 4 wordt gesproken over 250 woningen. Dat is mijns inziens inclusief de eerdergenoemde 100 woningen. De in productie 23 overgelegde concept overeenkomst voorkomende aantekeningen zijn van mijn hand. Met een evenredig deel van de toezegde woningen per jaar aan te bieden met een maximum van 50 woningen per jaar heb ik bedoeld aan te geven dat er nog steeds uitgegaan dienden te worden van 250 woningen, maar dat er

maximaal 50 woningen per jaar zouden worden aangeboden. Ik was boos op Van Zelm, omdat die volgens mij een trucje uithaalde door te spreken over 7,5 x 50. Over aantallen is op de vergadering in juni 2001 verder nauwelijks gesproken omdat Vahstal boos is geworden en het verdere verloop zich buiten mij om heeft afgespeeld.

De als productie 26 bij de MvA overgelegde email komt mij wel bekend voor. Ik zie dat daar over 375 woningen wordt gesproken. In mijn bijzijn is nooit overeenstemming bereikt over een dergelijk aantal woningen. Er is wel over gesproken. Volgens mij had Boer volledig mandaat vanuit het College hetgeen in mijn ogen betekent dat als hij zei "zo gaan we het doen" het College daar achter zou gaan staan. U vraagt mij of ik aanwezig ben geweest bij een afsluitende bijeenkomst in het Berg paviljoen. Dat zou best kunnen, maar ik weet niet ter gelegenheid waarvan die bijeenkomst heeft plaatsgevonden.

Als Beens aanwezig was notuleerde hij. Op het verslag werd door betrokkenen gereageerd en in de volgende vergadering werd dan de definitieve tekst vastgesteld. In mijn optiek was er geen overeenstemming over 375 woningen. U confronteert mij met hetgeen Van Zelm daarover heeft verklaard op 27 februari 2011 ten overstaan van de rechtbank, inhoudend dat er op het concept van de Collegebrief geen commentaar door mij is gegeven. Ik heb op de fax van 17 april 2001 (productie 20 bij de MvA) wel commentaar gegeven. Dat is in ieder geval aan de orde gekomen op de vergadering van 5 juni 2001 waarbij naast mij ook collega Ashouwer aanwezig was en waarbij Vahstal boos is weggelopen. In mijn beleving was er geen overeenstemming over de Collegebrief, wel over de overeenkomst. Zoals aangegeven in mijn eerdere verklaring heb ik voorgesteld om de bestemmingswijziging van de 3000 meter bedrijventerrein apart te benoemen omdat de Raad daar nooit mee zou kunnen instemmen. De aanbieding van het aantal en het type woningen was gemandateerd aan het College. We waren het zeker eens over het type woningen: luxe vrije sector, maar over het aantal woningen waren we het volgens mij niet eens. In de vaststellingsovereenkomst 1998 zijn de 100 woningen welke eerder waren aangeboden als een voorschot op de nader te maken afspraken voor wat betreft de compensatie aan Vahstal inbegrepen in de 250 woningen. Ik ben het met u eens dat het achteraf wellicht beter was geweest om te spreken over 250 woningen inclusief de 100 woningen. Maar voor mij was het duidelijk dat dat bedoeld werd.

16. De getuige De Wilde (oud wethouder van de Gemeente) heeft – zakelijk weergegeven en voor zover van belang – het volgende verklaard:

Ik ben vanaf 1986 tot 2002 raadslid geweest van de gemeente Amersfoort. Vanaf 1998 tot 2002 was ik wethouder stedelijk beheer en milieu. Vanaf 2002 tot 2006 werd ik nadat Boer was vertrokken, verantwoordelijk voor o.a. grondzaken PPS/Centraal Stadsgebied en als zodanig voor het dossier Vahstal. Toen ik raadslid was werd ik door Fons Asselberg steeds bijgepraat over de ontwikkelingen in het dossier Vahstal. Zelf zat ik niet in de betreffende raadcommissie. Asselberg was een partijgenoot van mij. In 2002 werd mij duidelijk dat er links en rechts toezeggingen waren gedaan met betrekking tot de uitgifte van woningen in Amersfoort, waaronder Vathorst. Ik wilde toen helder hebben welke afspraken er lagen en hoe hard ze waren. Een van de degenen aan wie toezeggingen waren gedaan was Vahstal. Ik had Vahstal wel een paar keer gesproken en ik had van hem begrepen dat hij zich onjuist bejegend voelde door de Gemeente. Ik heb die opdracht om alles in kaart te brengen gegeven aan de heer Struijk, destijds directeur centraal stadsgebied/PPS Eemkwartier. Nadat Struijk de problematieken rond de toezeggingen in Vathorst en de overige problemen met Vahstal in kaart had gebracht, heb ik Struijk een vervolgopdracht gegeven om de problemen op te lossen. In totaal ging het bij Vahstal om 19 punten. Een van de punten die geregeld zijn was het aantal woningen. Ik weet nu niet meer precies wat de uiteindelijke deal inhield, maar ik weet wel dat er discussie was over de vraag of het om 250 of 375 woningen ging, of ze in 7 of in 10 jaar moesten worden aangeboden en of het woningen in de vrije sector c.q. in de sociale sector waren. Ik teken hierbij nog aan dat er ook nog 100 woningen waren toegezegd voorafgaand aan de discussie over de 250/375 woningen. Die woningen maakten geen deel uit van de onderhandelpunten waarmee ik Struijk op pad heb gestuurd omdat dit geen discussiepunt was. Ik was in 2004/2005 wethouder Centraal Stadgebied en Grondzaken en ik hield regelmatig stafoverleg. In dat stafoverleg is in het licht van de onderhandelingen die Struijk voerde zeker ook de collegebrief uit 2001 ter sprake gekomen. Ik ben er steeds vanuit gegaan dat Struijk de inhoud van die collegebrief zou betrekken bij de te maken afspraken. Ik weet ook dat hij dat gedaan heeft. Ik merk hierbij op dat het mij in 2004 verbaasd heeft dat die collegebrief destijds in 2001 niet is uitgegaan. Ik herinner me dat wethouder Boer in 2001 alles met Vahstal had uit onderhandeld en daarvan verslag heeft gedaan in onze collegevergadering onder het agendapunt "keek op de week". Keek op de week was in elke collegevergadering agendapunt 2 en nam vaak de helft van de vergadering in beslag. Wethouders praatten elkaar bij over lopende dossiers. Het kan zijn dat de keek op week niet officieel werd geagendeerd en dat klopt dat er in de verslaglegging geen melding werd gemaakt van wat daar werd uitgewisseld. Pas als een dossier was afgerond

en besluitklaar was, werd het geagendeerd en besproken. Zoals gezegd heeft Boer in 2001 de uitkomst van de onderhandelingen met Vahstal gerapporteerd in keek op de week en daar is ook het akkoord dat in een collegebrief vervat zou worden aan de orde geweest. In mijn opdracht aan Struijk heb ik aangegeven dat de punten zoals Boer die had afgesproken, uitgangspunt diende te zijn, met uitzondering van meergenoemde 3000 m2. In de brief van 11 mei 2004 (productie 11 bij de nadere akte van de Gemeente) wordt ervan uitgegaan dat de eerder toegezegde 100 woningen deel uitmaakten van de 250 woningen. Ik wist toen nog niet dat dat een geschilpunt was en heb daarom deze brief die waarschijnlijk door Ashouwer is opgesteld getekend en doen versturen. Later werd mij duidelijk dat die 100 woningen niet in geschil waren en de 250 wel. Hetgeen in bijlage 79, te weten een memo van Struijk op pagina 3 staat vermeld omtrent de aantallen woningen betreft alleen de 250 woningen in geschil. Waar daar ook het getal 100 wordt genoemd duidt dat op een andere plaats in Amersfoort dan Vathorst.
In de besluitenlijsten van het college van B en W uit de periode 12 tot en met 24 april 2001vindt u niets over de collegebrief. Als gezegd zou daarvan melding zijn gemaakt als besloten was om die brief te verzenden.
In mijn collegetijd hadden de wethouders een grote mate van vrijheid van onderhandelingen zolang ze maar bleven binnen hun begroting en binnen hun beleidskader. Vaak werden er definitieve toezeggingen gedaan die dan later alleen nog met een handtekening van de burgemeester en de secretaris moest worden geformaliseerd. De wethouder tekende niet zonder dat hij daartoe mandaat had. De burgemeester tekende niet zonder dat het besluit op de besluitenlijst stond.
Er was derhalve sprake van een onderhandelingsmandaat. De portefeuillehouder mocht ook een deal maken maar die niet formaliseren als het contractstukken betrof waardoor de gemeente werd gebonden.

17. De getuige Vahstal (partij-getuige) heeft – zakelijk weergegeven en voor zover van belang – het volgende verklaard:

Ik blijf bij de schriftelijke verklaring zoals ik die op 2 december jl. aan u heb doen toezenden.
In Amersfoort is altijd sprake geweest van een vierde macht die het voor het zeggen heeft. Toen de gemeentesecretaris Bekkers op mijn dossier bakzeil heeft moeten halen, is hij direct daarna afgetreden.
De 375 woningen waarover ik in mijn verklaring heb gesproken, is mede de invulling van het begrip "ruim en minimaal 250". De reden voor die ruime compensatie hebben wij in de processtukken uiteengezet. Zoals blijkt uit mijn schriftelijke

verklaring staan die 375 woningen los van de 100 woningen waarover in 1996/1997 reeds een afspraak was gemaakt.

In de schriftelijke verklaring d.d. 2 december 2016, waarnaar Vahstal in zijn als getuige afgelegde verklaring verwijst, staat onder meer het volgende op pagina 5:

"In 2003 is dus het eerder afgesproken aantal woningen (375) expliciet vastgelegd en bevestigd door mr. Van Zelm. De Gemeente heeft de inhoud van deze aangetekende brief niet weersproken.

...

Verder blijkt uit deze brief van mr. Van Zelm dat de 375 woningen los staan van de 100 woningen waarover in 1996/1997 reeds een afspraak was gemaakt."

18. Bindend Adviseurs stellen vast dat Vahstal, zowel in zijn getuigenverklaring als in de schriftelijke verklaring van 2 december 2016, waarna hij verwijst, andermaal heeft aangegeven dat er in totaal sprake zou zijn van 475 aan te bieden woningen, omdat "ruim 250" uiteindelijk is vastgesteld op 375, waarbij de 100 woningen die al separaat waren toegezegd nog moeten worden opgeteld. Ook in de memorie na enquête van de zijde van Vahstal is die stelling wederom betrokken en verdedigd. Bindend Adviseurs verwijzen naar hetgeen zij dienaangaande hebben overwogen en beslist in hun tussenadvies van 13 juli 2016 (overweging 68). Hetgeen Vahstal dienaangaande nader heeft verklaard, geeft bindend adviseurs geen aanleiding op die beslissing terug te komen, temeer nu voor dat standpunt overigens nadere onderbouwing ontbreekt. Bindend Adviseurs wijzen er daarbij op dat de getuige De Wilde de enige getuige is die naast de 100 eerder aangeboden woningen ook het getal van 375 noemt. Deze getuige heeft zich op dat punt echter voorzichtig uitgelaten door te spreken over 250/ 375 woningen, waarin de eerder toegezegde 100 woningen waren begrepen. Die verklaring biedt dus evenveel steun aan het door bindend adviseurs gegeven oordeel als aan het door Vahstal herhaalde standpunt.

19. Anders dan de Gemeente betoogt, komt geen gewichtige betekenis toe aan hetgeen in de raadsvergadering voor het Centraal Stadsgebied en Financiën, Milieu en Cultuur d.d. 2 maart 1998 in reactie op een vraag van de heer Van Nieuwenhuizen door de voorzitter (wethouder Boer) in positieve zin is geantwoord op de vraag ten aanzien van de 250 woningen "of dit inhoudt 100 woningen in de stad, 100 woningen in Vathorst en 50 woningen te verdelen." Los van het feit dat hier gaat om een opmerking in een politieke discussie in een besloten

vergadering, waarvan Boer zelf als getuige aangeeft dat er allerlei getallen werden genoemd, is niet door de Gemeente niet gesteld en/of aannemelijk gemaakt dat Vahstal van deze raadsinformatie op de hoogte is gesteld of moest begrijpen dat de 100 woningen in de visie van de Gemeente deel uitmaakten van de 250 woningen. Bovendien moet worden geconstateerd dat de discussie in 2001 nu juist werd gevoerd omdat niet duidelijk was wat nu precies tussen partijen was afgesproken in het kader van de DV1998.

20. Met betrekking tot de brief van Kamphorst (productie 10 bij de akte overlegging productie van de zijde van de Gemeente d.d. 28 november 2016, merken bindend adviseurs op dat het gaat om een intern ambtelijk stuk van een ambtenaar die noch in 1997/1998, noch in 2001 rechtsreeks bij de onderhandelingen tussen de Gemeente en Vahstal betrokken is geweest, zodat daaraan weinig bewijswaarde toekomt. Hetzelfde geldt voor de brief van De Wilde aan Vahstal d.d. 11 mei 2004 (productie 11 bij de nadere akte van de Gemeente) waaraan de Gemeente in haar akte d.d. 28 november 2016 refereert. De Wilde heeft immers – als getuige - afstand genomen van de inhoud van die brief en zijn nadere verklaring op dat punt komt plausibel voor.

21. Bindend adviseurs zijn op grond van het door partijen geproduceerde bewijs, een en ander in onderling verband en samenhang bezien, van oordeel dat voldoende is komen vast te staan dat de in 2001 tussen partijen gevoerde onderhandelingen op 13 april 2001 hebben geleid tot een akkoord op alle agendapunten met betrekking tot de aan te bieden woningen en dat onderdeel van het akkoord was dat aan Vahstal 375 woningen zouden worden aangeboden, inclusief de 100 reeds eerder aangeboden woningen in Vathorst. Dat er op 13 april 2001 een allesomvattend akkoord met betrekking tot de aan te bieden woningen is gesloten blijkt duidelijk uit hetgeen de getuigen Boer, Van Zelm en Vahstal (schriftelijk) op dat punt hebben verklaard (afsluitend feestelijk samenzijn bij het Berg paviljoen te Amersfoort), welke verklaringen op dat punt ook nog ondersteuning vinden in de verklaring van de getuige Beens. Alleen de getuige Van der Horst houdt zich op dit punt op de vlakte ("het zou best kunnen" maar hij "weet niet ter gelegenheid waarvan") en legt tegenover de andere getuigenverklaringen onvoldoende gewicht in de schaal.
Zowel de Boer, Van Zelm en Vahstal (dus 3 van de vier onderhandelaars in 2001) hebben stellig verklaard dat er sprake was van 375 aan te bieden woningen. Ook de getuige Ashouwer geeft aan dat hij dat hij van wethouder Boer teruggekoppeld kreeg dat er tijdens de onderhandelingen werd gesproken over 375 woningen. Weliswaar heeft Van der Horst betoogd dat in zijn bijzijn nooit overeenstemming is bereikt over een dergelijk aantal woningen, maar, naar het oordeel van bindend

adviseurs, is de verklaring van Van der Horst op dit punt onvoldoende geloofwaardig in het licht van hetgeen de andere hier genoemde getuigen ter zake hebben verklaard. Daarbij komt nog dat ook de getuige Van der Wilde met stelligheid spreekt over 250/375 woningen waarin de 100 eerder toegezegde woningen Vathorst niet waren begrepen, zodat ook hij tenminste doelt op 350 woningen. Voor wat betreft hetgeen Vahstal als partijgetuige ter zake heeft verklaard, geldt dat deze verklaring strekt ter aanvulling van het overigens al aanwezige bewijs.

Aan hetgeen de getuige Ashouwer overigens op dit punt heeft verklaard gaan bindend adviseurs voorbij, nu hij niet rechtstreeks bij de onderhandelingen betrokken is geweest en dus niet uit eigen wetenschap omtrent het op 13 april 2001 tot stand gekomen onderhandelingsresultaat kan verklaren. Wel is tekenend dat in zijn visie strak is vastgehouden aan 250 woningen (inclusief de eerder aangeboden honderd woningen). Bindend adviseurs achten dat weinig geloofwaardig, temeer omdat dan geen invulling zou zijn gegeven aan de begrippen "ruim" en "minimaal".

Alhoewel niet of nauwelijks nog van belang in het licht van de hiervoor op basis van de getuigenverklaringen door bindend adviseurs getrokken conclusie, hechten binden adviseurs eraan nog twee opmerkingen te maken ten aanzien van hetgeen zij onder 67 van het tussenadvies van 13 juli 2016 hebben overwogen, zulks naar aanleiding van het commentaar dat de Gemeente ter zake heeft gegeven.

De Gemeente betwist dat het 7e concept van de DV 98, welke door Vahstal bij brief van 26 april 2016 als bijlage A is ingebracht, bij haar bekend was. De Gemeente heeft echter bij haar memorie van antwoord als productie 8 de brief van Van Zelm overgelegd van 2 februari 2016, gericht aan de gemeente, waarbij als bijlage een concept is overgelegd waarin in de kantlijn de wijzigingen ten opzichte van het zesde concept d.d. 27 januari 1998 zijn aangegeven. Dit concept verschilt (rekening houdend met de met pen aangegeven wijzigingen en behoudens een paar hier niet ter zake doende punten) inhoudelijk niet van het door Vahstal bedoelde 7e concept en was dus wel degelijk bekend bij de gemeente.

De gemeente betwist dat er enige relatie bestaat tussen het beweerdelijk feitelijk door haar aan Vahstal aangeboden woningen (381) en het meergenoemde aantal van 375. Zij spreekt over toeval. Bindend adviseurs komt die redenering weinig geloofwaardig voor, maar ook hier geldt dat het een aspect is wat uiteindelijk geen gewicht van betekenis in de (bewijs)schaal legt.

22. Bindend adviseurs onderstrepen dat zowel de getuige Boer als de getuige De Wilde hebben aangegeven dat de collegebrief (zoals die in concept voorlag) nog diende te worden geformaliseerd, hetgeen betekent dat zij – na agendering en bespreking (zie de getuige De Wilde) - door de burgemeester en gemeentesecretaris voor akkoord moest worden ondertekend. Een en ander is niet gebeurd, zodat het ook geen

verbazing hoeft te wekken dat de verslagen van de college vergaderingen uit de betreffende periode, geen melding maken van de collegebrief. Van de meer informele "Keek op de week" bijeenkomsten, waarvan de getuigen Boer en De Wilde gewag maken, werd geen verslag gemaakt (De Wilde). Dat het onderhandelingsresultaat daar wel is gemeld, volgt uit hetgeen Boer en De Wilde dienaangaande hebben verklaard als getuige. Wat daar verder ook van zij, een en ander doet op geen enkele wijze af aan hetgeen bindend adviseurs hieromtrent hebben geoordeeld.

23. Het hiervoor overwogene brengt mede dat een redelijke uitleg van de DV1998 meebrengt dat de 100 woningen in Vathorst genoemd in artikel IIIA.2 DV1998 (slot) los staan van de minimaal 250 woningen zoals genoemd in artikel IIIA.2 DV1998 (eerste zin) genoemde "minimaal 250 woningen"] en dat de begrippen "minimaal" en "ruim" zoals genoemd in artikel III van de DV98 zodanig moeten worden gelezen en geïnterpreteerd, dat voor 250 gelezen moet worden 275. Het door Vahstal in zijn memorie van eis onder sub 5 gevorderde wordt in zoverre toegewezen als na te melden.

24. Bindend adviseurs hebben in hun tussenbeslissing van 13 juli 2016 onder 73 overwogen dat de beslissing omtrent de vraag of is afgesproken dat de toegezegde woningen gespreid zouden worden aangeboden met een gemiddelde van 50 per jaar, zou worden aangehouden, omdat op dat moment niet viel te voorzien in hoeverre Vahstal belang heeft bij die beslissing. Alhoewel dat belang ook thans nog niet valt te kwantificeren, zullen bindend adviseurs ter zake reeds het nodige overwegen.

25. In de concept collegebrief, welke op 13 april 2001 in de vergadering voorlag, (productie 4.4. bij de memorie van eis) is onder Artikel 4.2 het volgende bepaald:
"Ter uitwerking van de vaststellingsovereenkomst komen partijen overeen dat gedurende de resterende looptijd van die overeenkomst de gemeente aan Vahstal grond voor gemiddeld 50 woningen per jaar zal aanbieden."
Blijkens het besprekingsverslag van de bijeenkomst van 13 april 2001 is dit artikel onderwerp van bespreking geweest, waarbij onder meer het volgende vastgelegd: *"Op artikel 4 reageert de heer Boer dat het niet zijn intentie is om aan het einde van de 10 jaar met het aanbod te komen, maar de vraag rijst hoe je in een brief weergeeft, zonder begin datum te noemen, dat het gaat om gemiddelden."*
Vervolgens wordt – blijkens datzelfde verslag – afgesproken dat Van Zelm "de gewijzigde conceptovereenkomst en conceptbrieven voor het college" dinsdag onmiddellijk na Pasen zal sturen.

Van Zelm stuurt op 17 april 2001 per telefax een nieuw concept collegebrief (V). Dit concept bevindt zich als productie 20 bij de memorie van antwoord. In artikel III lid A ("aanbieding woningen") van dat concept staat het volgende:

"Wij streven er naar en zullen ons daarvoor inspannen dat u gedurende de resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst die gesteld wordt op 7,5 jaar vanaf heden, u grond voor de realisatie van gemiddeld 50 luxe woningen in de vrije sector per jaar aan te bieden."

Blijkens zijn als getuige afgelegde verklaring heeft Ashouwer hierop met pen aantekeningen gemaakt. Bij genoemd artikel III lid A staat geschreven: "tot een maximum van 250 cfm vaststellingsovereenkomst."

In een vertrouwelijk memo van 18 april 2001 van Ashouwer aan wethouder Boer wordt bij genoemd artikel III lid A als voorbehoud het volgende opgenomen:

"Voor wat betreft de aanbieding van bouwkavels in het gebied Vathorst maken wij uitdrukkelijk het voorbehoud dat zulks uitsluitend kan geschieden indien en voorzover het bestemmingsplan Vathorst rechtskracht krijgt."

Bij faxbericht van 18 april 2001 (productie 23 bij de memorie van antwoord) reageert Van der Horst naar Ashouwer door middel van handgeschreven commentaar op de concept college brief van 17 april 2001. Hij haalt in artikel III lid A de woorden *"vanaf heden, u grond voor de realisatie van gemiddeld 50 luxe woningen in de vrije sector per jaar aan te bieden."* door en schrijft daarbij in de kantlijn: *"een evenredig deel van de toegezegde woningen per jaar aan te bieden met een maximum van 50 woningen per jaar."*

Zowel het intern gemaakte voorbehoud van de woningen in Vathorst van Ashouwer als het hiervoor weergegeven tekstwijzigingsvoorstel van Van der Horst (productie 23 MvA), zijn terug te vinden in een memo van Ashouwer aan Van der Zelm van 23 april 2001 (productie 24 bij de memorie van antwoord).

26. Naar het oordeel van bindend adviseurs volgt uit een en ander, in onderling verband en samenhang bezien genoegzaam dat de Gemeente zich zou inspannen de aan te bieden woningen proportioneel aan te bieden gedurende de nog resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, zulks met een maximum van 50 per jaar.

27. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat zij aan haar aanbiedingsverplichting(en) heeft voldaan en vordert in reconventie een daarmee overeenstemmende verklaring voor recht. Zij heeft daarbij verwezen naar productie 7 en de daarin vervatte aanbiedingen B tot en met R. Vahstal betwist dat de Gemeente bij het doen van aanbiedingen de voorwaarden welke onder Artikel III A.1 zijn vastgelegd in de DV1998 heeft nageleefd en stelt zich daarnaast op het

standpunt dat de Gemeente ten onrechte door Vahstal niet geaccepteerde aanbiedingen van het toegezegde volume heeft afgetrokken.

28. De mondelinge behandeling welke op 20 april 2016 heeft plaatsgevonden was voornamelijk geconcentreerd op de procedurele voorvragen (beoordelingsmaatstaf, wie zijn partij en zijn de vorderingen van Vahstal geheel of ten dele verjaard) en op de vragen rond de inhoud van hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Bindend adviseurs hebben zich (met instemming van partijen) eerst daaromtrent uitgesproken en hebben de vraag in hoeverre de Gemeente in de uitvoering van haar afspraken tekort is geschoten, voor zich uitgeschoven. Alvorens op die laatste vraag en hetgeen daarmee samenhangt, te kunnen beslissen, is een nadere mondelinge behandeling gewenst waarbij het accent ligt op het door Vahstal in conventie onder 5 gevorderde en het door de Gemeente in reconventie gevorderde. Partijen zal de gelegenheid worden geboden hun respectievelijke standpunten ter zake nader te bepleiten, waarbij de Gemeente als eerste het woord krijgt, nu Vahstal in zijn memorie van antwoord in reconventie omtrent de voorliggende vragen het laatst aan het woord is geweest. Partijen krijgen elk 45 minuten toegewezen voor hun eerste pleitronde.

29. Indien partijen voorafgaande aan de mondelinge behandeling nog stukken in het geding willen brengen dienen zij dat te doen uiterlijk 14 dagen voor de datum waarop de mondelinge behandeling zal worden gepland. De stukken worden bij eenvoudige akte ingediend; het nemen van nadere conclusies is niet toegestaan.

30. Het verzoek van Vahstal tot aanhouding van de procedure (als gedaan in de antwoordmemorie na enquête onder 105) zal ter mondelinge behandeling nader kunnen worden besproken, nu eerst nadat op de nog voorliggende vragen een antwoord is gegeven, verwijzing naar de schadestaatprocedure eventueel aan de orde is.

31. Datum, plaats en tijdstip voor de mondelinge behandeling worden in overleg met partijen (per e-mail) vastgesteld.

32. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

<u>De Beslissing:</u>

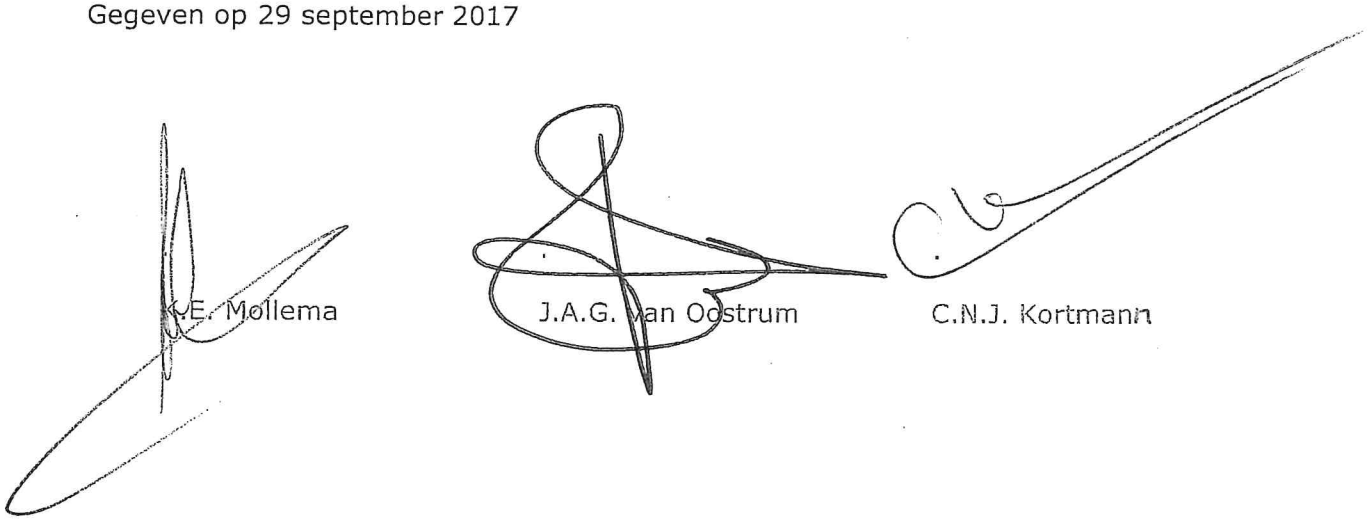
Ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

stellen vast dat een redelijke uitleg van de DV1998 meebrengt dat de Gemeente gehouden was in totaal 375 woningen aan Vahstal aan te bieden;

bepalen dat er een nadere mondelinge behandeling dient plaats te vinden (zie hiervoor onder overweging 29) waarvan datum, plaats en tijdstip nader – in overleg met partijen zal worden bepaald;

houden iedere verdere beslissing aan.

Gegeven op 29 september 2017



K.E. Mollema J.A.G. van Oostrum C.N.J. Kortmann

Tussenbeslissing d.d. 14 maart 2018

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigde: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince te Roy en P.P. Wijling,
beiden advocaat te Rotterdam.

De bindend adviseurs

Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De tussenbeslissingen van 13 juli 2016, van 25 oktober 2016, van 13 maart 2017 en van 29 september 2017 waarvan de inhoud hier wordt geacht te zijn overgenomen.
- Het uitgebreide mailverkeer tussen partijen en bindend adviseurs over het al dan niet doorgaan van de geplande mondelinge behandeling op 18 december 2017 in de periode tussen 5 oktober 2017 en 15 december 2017.
- De schriftelijke pleitnota van Vahstal d.d. 8 december 2017 met daarbij de producties A t/m L.

- De schriftelijke pleitnota van de Gemeente d.d. 8 december 2017 met daarbij 35 producties.
- De mondelinge behandeling op 18 december 2017 waar partijen hun respectievelijke standpunten aan de hand van aanvullende pleitnotities hebben toegelicht en waar met partijen – zoals vastgelegd in het e-mailbericht van bindend adviseurs aan partijen van 21 december 2017 – het volgende is afgesproken:
- Partij Vahstal/mr. De Bruin krijgt tot uiterlijk 7 januari 2018 de gelegenheid bij eenvoudige akte (zonder nieuwe producties) kort haar standpunt nader uiteen te zetten over de ontbinding van de overeenkomst met betrekking tot de 100 woningen in Vathorst (zie de nadere memorie van de zijde van Vahstal d.d. 8 december 2017 onder 56).
- De Gemeente/mr. Wijling of mr. Crince le Roy zal uiterlijk op 1 februari 2018 bij eenvoudige akte (zonder nieuwe producties) het standpunt van de Gemeente op dit punt nader toelichten.
- Bindend adviseurs gaan op zoek naar drie deskundigen die, na benoeming door bindend adviseurs, zullen rapporteren over de vraag wat ten tijde van de door de Gemeente gedane aanbiedingen (zie productie 7 bij de memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie) telkens de "marktconforme grondprijzen" waren als door partijen bedoeld in de DV 1998. De exacte vraagstelling zal na overleg met partijen aan de deskundigen worden voorgelegd.
- In bedoeld e-mailbericht van 21 december 2017 is tevens bevestigd dat bindend adviseurs op 18 december 2017 hebben aangegeven *dat in de vierde tussenbeslissing onder overweging 26 abusievelijk wordt geconcludeerd "...dat de Gemeente zich zou inspannen... zulks met een "maximum van 50 woningen per jaar". In plaats van "maximum" had daar moeten staan "gemiddelde".* Alsmede dat bindend adviseurs op 18 december 2017 hebben toegezegd bij hun volgende beslissing in deze bindend advies procedure deze (kennelijke) fout te zullen herstellen.
- De Akte van 5 januari 2018 van de zijde van Vahstal.
- Een e-mail bericht van de zijde van Vahstal d.d. 15 januari 2018 over de "procesgang".
- De akte van de zijde van de Gemeente van 1 februari 2018, met begeleidend schrijven onder meer inhoudende een reactie op het e-mail bericht van 15 januari 2018 van de zijde van Vahstal.
- De mailberichten van partijen aan bindend adviseurs van respectievelijk 30 januari 2018 (Vahstal) en van 1 februari 2018 (Gemeente) inzake de locatie Lichtenberg in Amersfoort.

De verdere beoordeling

1. In de (vierde) tussenbeslissing van 29 september 2017 is door bindend adviseurs onder nummer 26 het volgende overwogen: *"Naar het oordeel van bindend adviseurs volgt uit een en ander, in onderling verband en samenhang bezien, genoegzaam dat de Gemeente zich zou inspannen de aan te bieden woningen proportioneel aan te bieden gedurende de nog resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, zulks met een maximum van 50 per jaar."*

2. Zoals (ook) duidelijk blijkt uit overweging 73 van de tussenbeslissing van 13 juli 2016 alsmede uit overweging 24 van de tussenbeslissing van 29 september 2017 was de voorliggende vraag of de toezegging van *"gemiddeld 50 woningen per jaar"* was gedaan. Het oordeel van bindend adviseurs, als gedaan onder overweging 26 van de tussenbeslissing van 29 september 2017 had dan ook als volgt moeten luiden: *"Naar het oordeel van bindend adviseurs volgt uit een en ander, in onderling verband en samenhang bezien, genoegzaam dat de Gemeente zich zou inspannen de aan te bieden woningen proportioneel aan te bieden gedurende de nog resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, zulks met een* ***gemiddelde*** *van 50 per jaar."*

3. De overweging wordt dienovereenkomstig verbeterd.

4. In haar schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 heeft de Gemeente bindend adviseurs gevraagd terug te komen op de (niet in het dictum) vastgelegde beslissing omtrent het jaarlijks aan te bieden aantal woningen, dan wel om deze beslissing te herzien (1.34 van de betreffende pleitnota). Nu dat laatste is gebeurd (zie de voorgaande overwegingen) , rijst de vraag of de Gemeente deze beslissing ook overigens nog ter discussie stelt en bindend adviseurs vraagt daarop terug te komen. Mocht dat het geval zijn dan verzoeken bindend adviseurs aan de Gemeente dat in hun memorie na deskundigenbericht aan te geven. Vahstal zal zich dan natuurlijk ook nader op dat punt mogen uitlaten.

5. Vahstal heeft zich in zijn schriftelijke pleitnota d.d. 8 december 2017 onder verwijzing naar een brief van 18 april 2013 (productie J bij deze pleitnota) op

het standpunt gesteld dat de overeenkomst betreffende de hem in de DV 98 toegezegde 100 woningen Vathorst buitengerechtelijk door hem is ontbonden en dat dienaangaande door hem aanspraak is (en wordt) gemaakt op vervangende schadevergoeding.

6. In bedoelde brief van 18 april 2013 wijst de advocate van Vahstal er onder 3 op dat de Gemeente de in de DV 98 onder III lid A.2 vastgelegde verplichting met betrekking tot 100 vrijesector woningen in Vathorst niet is nagekomen, ook niet nadat zij in 2001 nogmaals op die verplichting is gewezen. De advocate van Vahstal geeft vervolgens aan dat Vahstal de Gemeente bij brief van 24 augustus 2011 in gebreke heeft gesteld met betrekking tot de levering van 375 woningen, gemiddeld 50 per jaar. De brief van 18 april 2013 bevat daarna de volgende passage:

"Op grond van het bovenstaande constateer ik, dat de gemeente niet alleen met betrekking tot de compensatie door middel van woningbouwprojecten in verzuim is (deze compensatie had in de periode 2001 t/m 2008 moeten plaatsvinden) maar ook met betrekking tot de aanbieding van het project van 100 vrijesectorwoningen in Vathorst. Als moet worden aangenomen dat na 2008 nog steeds de mogelijkheid zou bestaan tot het aanbieden van woningbouwprojecten (tot september 2015, einde looptijd O&R-overeenkomst), dan zal de gemeente gezien het overeengekomen gemiddelde van 50 woningen per jaar hoe dan ook niet aan haar verplichting kunnen voldoen om 375 woningen in totaal aan cliënte aan te bieden. Overigens is nakoming van de in de DV toegezegde 100 vrijesectorwoningen inmiddels ook niet meer mogelijk, omdat het desbetreffende project inmiddels aan een derde is vergeven. Cliënte ontbindt hierbij voor zover nodig het desbetreffende deel van de overeenkomst en maakt aanspraak op vervangende schadevergoeding."

7. In de akte van 5 januari 2018 heeft Vahstal zijn standpunt ter zake nogmaals uiteen gezet, daarbij ook verwijzend naar een door zijn advocate aan de Gemeente gezonden e-mail van 29 juli 2014, waarin wordt aangegeven dat de betreffende 100 woningen niet zijn aangeboden, dat de Gemeente op dat punt in verzuim is geraakt en dat de overeenkomst voor dat deel reeds is ontbonden, zodat nakoming niet meer mogelijk is.

8. De Gemeente heeft in haar antwoord-akte van 1 februari 2018 uitgebreid verweer gevoerd tegen het standpunt van Vahstal met betrekking tot de 100

woningen Vathorst. Dat verweer zal hierna, voor zover relevant, aan de orde komen.

9. De Gemeente signaleert terecht dat in de memorie van eis geen separate vordering is opgenomen met betrekking tot vervangende schadevergoeding als door Vahstal kennelijk is bedoeld en dat een dergelijke vordering ook daarna niet separaat is gedaan. Indien de vordering niet moet worden geacht te zijn begrepen onder hetgeen Vahstal in de memorie van eis onder 5 (subsidiair) heeft gevorderd, dan zou dat tot de conclusie moeten leiden dat vervangende schadevergoeding ter zake van de 100 woningen Vathorst in deze procedure niet is aan de orde is, zodat de verdere discussie zich richt op de vraag of de overige 275 woningen wel conform de gemaakte afspraken zijn aangeboden. Een obscuur libel, als door de Gemeente gesteld, levert dat echter niet op.

10. De Gemeente heeft er voorts op gewezen dat de DV 98 (tussentijdse) ontbinding expliciet uitsluit en dat in de O&R 2005 alleen een ontbindingsbevoegdheid aan de Gemeente is toegekend.

11. Bindend adviseurs stellen vast dat de DV 98 onder Artikel VII lid 2 ontbinding van de DV 98 heeft uitgesloten en dat deze overeenkomst met het sluiten van de O & R 2005 op 29 september 2005 met een periode van 10 jaren is verlengd, waarbij is bepaald dat de afspraken tussen partijen die betrekking hebben op de woningbouw van kracht blijven. Vervolgens wordt onder Hoofdstuk 8 van de O&R 2005 slechts aan de Gemeente het recht toegekend de O&R 2005 onder met name genoemde omstandigheden te ontbinden. Nog daargelaten de consequenties van een ontbinding van de O&R 2005 voor de DV 98, is het recht op ontbinding van de O&R 2005 niet aan Vahstal toegekend. Voor Vahstal geldt het verbod tot ontbinding als neergelegd in de DV 98 onverkort, zodat Vahstal niet alleen al daarom niet rechtsgeldig (tussentijds) kon ontbinden.

12. Daar komt bij dat de Gemeente zich ook op het standpunt stelt dat van een concreet project van 100 woningen in Vathorst, hetwelk inmiddels aan een derde zou zijn vergeven, geen sprake is geweest, zodat hetgeen op dat punt in de brief van 18 april 2013 is aangegeven, geen hout snijdt.

13. Nu Vahstal het betreffende project niet heeft geconcretiseerd en ook uit de stukken niet valt op te maken dat partijen bij de in de DV 98 genoemde 100 vrijesector woningen in Vathorst een concreet project op het oog hebben

gehad, dat vervolgens op enig moment (wanneer?) aan een derde zou zijn vergeven, kan deze grondslag een buitengerechtelijke ontbinding als door Vahstal gesteld, inderdaad niet dragen.

14. De vraag die vervolgens nog kan worden gesteld is of de Gemeente op 18 april 2013 in verzuim was met betrekking tot haar verplichting tot aanbieding van 100 vrije sector woningen in Vathorst, als vastgelegd in de DV 98. Waar bindend adviseurs in hun eerste tussenbeslissing hebben overwogen en beslist dat eerst op 29 september 2015 sprake was van het expireren van de verplichtingen voortvloeiend uit de DV 98, moet die vraag negatief worden beantwoord. Indien er immers veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat de Gemeente op 18 april 2013 nog in het geheel geen invulling had gegeven aan haar uit de DV 98 voortvloeiende aanbiedingsverplichtingen (hetgeen overigens door de Gemeente wordt betwist en mede inzet van deze procedure is) dan was het op 18 april 2013 inderdaad niet meer mogelijk om – met in achtneming van de tussen partijen gemaakte afspraken – alsnog ten volle aan die verplichtingen te voldoen. Bindend adviseurs hebben echter in hun eerste tussenbeslissing de claim van Vahstal op nog 100 extra woningen (bovenop de overigens door Vahstal geclaimde 375 woningen) afgewezen (vordering 3b). Hetzelfde geldt voor de vordering van Vahstal onder 3a, waar werd gevorderd te bepalen dat de 100 woningen in Vathorst, genoemd in artikel IIIA.2 DV 98, los staan van de minimaal 250 woningen zoals genoemd in artikel IIIA.2 eerste zin. Bindend adviseurs hebben in dat verband overwogen (zie de eerste tussenbeslissing onder 68) dat "evenmin valt te begrijpen waarom partijen, die in 2001 doende waren afspraken te maken voor de nog resterende duur van de DV 98, de feitelijk nog niet aangeboden 100 woningen in Vathorst niet zouden hebben betrokken in een totaal aantal woningen." Een en ander impliceert dat op 18 april 2013 (met nog ruim twee jaar te gaan), indien dat al niet was gebeurd (de Gemeente stelt dat dat wel is gebeurd), alsnog invulling zou hebben kunnen worden gegeven aan de aanbiedingsplicht van 100 woningen in Vathorst.

15. Het hiervoor overwogene impliceert dat hetgeen de Gemeente overigens als verweer tegen de bedoelde vordering van Vahstal heeft aangevoerd geen behandeling behoeft. Bindend adviseurs zijn van oordeel dat van een rechtsgeldige partiële ontbinding van hetgeen tussen partijen is overeengekomen geen sprake is en dat de 100 woningen Vathorst nog steeds onderdeel zijn van de 375 woningen in geschil.

16. Tijdens de mondelinge behandeling op 18 december 2017 is vastgesteld dat Vahstal het aanbod als bedoeld in productie 7 bij de memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie onder bijlage HI (Vathorst De Laak 2 A|) en het aanbod als bedoeld onder bijlage M (De Geer) heeft geaccepteerd. Alhoewel daarvoor over en weer verschillende aantallen zijn genoemd zijn partijen het er over eens geworden dat het daarbij in totaal om 55 woningen gaat. Dat aantal kan dus in mindering worden gebracht op het totaal van 375 aan te bieden woningen.

17. De aanbieding als bedoeld onder bijlage B (Velden 2B) van genoemde productie 7 is gedaan ruim voor 29 september 2005 (te weten in 2002) en is na 29 september 2005 niet opnieuw gedaan. Deze aanbieding valt derhalve buiten de referentieperiode en komt derhalve naar het oordeel van bindend adviseurs niet in aanmerking voor aftrek op het totaal van 375 aan te bieden woningen. Het antwoord op de vraag of de in maart 2005 (Velden 3G) en de in 2015 gedane aanbiedingen (geheel of ten dele) tijdig en/of in overeenstemming met de gemaakte afspraken over het gemiddeld per jaar aan te bieden aantal woningen zijn gedaan, zullen bindend adviseurs in een later stadium een oordeel geven. Vooralsnog worden ze daarom betrokken in het hierna bedoelde onderzoek door deskundigen.

18. Bindend adviseurs hebben conform de met partijen gemaakte afspraken op 18 december 2017 een drietal personen aangezocht met de vraag of zij bereid en in staat zijn per door de Gemeente aan Vahstal gedane aanbieding (voor zover nog in discussie: zie hiervoor onder 16 en 17) een vanuit hun deskundigheid gemotiveerd antwoord te geven op de vraag of het betreffende aanbod, gegeven de omstandigheden van de markt ten tijde van het doen van het aanbod, markconform was, voor wat betreft de grondprijs. Partijen hebben over en weer hun visie gegeven over de uitleg van het in de DV 98 gehanteerde begrip "marktconforme grondprijzen". Duidelijk is dat partijen daaromtrent van mening verschillen.

19. Bindend adviseurs stellen voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op 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 (ECLI:NL:HR:1981:AG4158).

Voorts volgt uit HR 20 februari 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alsmede dat in praktisch opzicht vaak van groot belang is de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben. Verder komt bij de uitleg betekenis toe aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan - waarbij van belang is of partijen werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden - en de overige bepalingen ervan (ECLI:NL:HR:2007:BA4909 en ECLI:NL:HR:2007:AZ3178).

20. Uitgangspunt is de betekenis die het begrip "marktconform" in het gewone spraakgebruik heeft, te weten *de prijs die de markt onder de gegeven omstandigheden bereid is te betalen c.q. de prijs die een derde onder de zelfde voorwaarden op dat moment bereid zou zijn geweest te betalen.* Bindend adviseurs gaan er vanuit dat die uitleg partijen bij het aangaan van de DV 98 ook voor ogen heeft gestaan, nu in de DV 98 onder A1 is bepaald dat het de Gemeente vrij zal staan het project *onder dezelfde voorwaarden* als met Vahstal besproken aan te bieden aan derden, nadat Vahstal heeft te kennen gegeven niet in realisatie geïnteresseerd te zijn.

21. De aangezochte personen hebben zich in principe bereid verklaard als deskundige in deze zaak op te treden. Het gaat daarbij om de volgende personen:

- Paul van der Wijk, zelfstandig gevestigd consultant (Rijswijk) met rijke ervaring inzake ontwikkeling en realisatie van nieuwe woongebieden.
- Ger Hukker, ervaren makelaar en beëdigd taxateur (Drieman Makelaars te Nieuwkoop) en oud-voorzitter van de NVM.
- Piet Veerman, 40 jaren directeur van een bouwondernemer/ontwikkelaar (Radix en Veerman te Woerden) en lid van diverse branche organisaties.

22. Partijen worden in de gelegenheid gesteld aan te geven of zij bezwaren hebben tegen de benoeming van één of meer van genoemde deskundigen. Bezwaren komen enkel voor honorering in aanmerking als de (on)partijdigheid van een of meer van de deskundigen in het geding is.

Bondend adviseurs zijn voornemens de deskundige de volgende vragen voor te leggen:

- Kunt u per door de Gemeente gedane aanbieding (zie productie 7 bij de memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie onder C t/m G, onder JK en L en onder N t/m R0) aangeven of de aangeboden grondprijs op het moment van het doen van de aanbieding marktconform was ?
- Welke taxatiemethode hebt u daarbij gehanteerd en waarom?
- Wat is uw reactie in dit verband op hetgeen op dat punt is aangegeven door de door Vahstal ingeschakelde deskundige P. van der Pijl van de Brink Groep (productie E) bij de nadere memorie van Vahstal d.d. 8 december 2017?
- Wat is uw reactie in dit verband op hetgeen op dat punt is aangegeven door de Gemeente ingeschakelde deskundigen ("onafhankelijk grondwaardetoets") als blijkend uit de bijlagen bij de schrftelijke pleitnota van de Gemeente d.d. 8 december 2017 (22, 28, 31, 32 en 35)?
- Wat wilt u vanuit uw deskundigheid voor het overige nog opmerken over deze kwestie?

23. Partijen worden in de gelegenheid gesteld commentaar te geven op deze voorgenomen vraagstelling. Bindend adviseurs zullen vervolgens de definitieve vragen formuleren. Aan de deskundigen zal, alvorens tot definitieve benoeming wordt over gegaan, worden gevraagd een begroting te maken van de met het deskundigenrapport gepaard gaande kosten, en partijen worden in de gelegenheid gesteld zich dienaangaande uit te laten. Gegeven aard en onderwerp van het geschil zullen partijen bij wijze van voorschot elk de helft van de kosten van de deskundigen dienen te voldoen.

24. Nu partijen ruimschoots in de gelegenheid zijn gesteld (bij wege van schriftelijk pleidooi en ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op 18 december 2017, hun standpunten omtrent de door de Gemeente gestelde aanbiedingen nader toe te lichten, zien bindend adviseurs op dit moment geen aanleiding het verzoek van Vahstal tot het bieden van gelegenheid om nadere stukken over te leggen, nadere getuigen te horen en een nadere mondelinge behandeling ten houden (direct na het wijzen van deze tussenbeslissing), te honoreren. Nadere instructies ter zake van de procesorde rond en na het uitbrengen van het deskundigenrapport, zullen worden gegeven bij de definitieve benoeming van de deskundigen.

De Beslissing

ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

stellen partijen in de gelegenheid zich uiterlijk op 6 april 2018 bij akte uit te laten over hetgeen hiervoor onder overweging 22 en 23 is aangegeven

houden iedere verdere beslissing aan.

Gegeven op 14 maart 2018, te Utrecht

K.E. Mollema

C.N.J. Kortmann

J.A.G. van Oostrum

Proces-verbaal van de comparitie d.d. 15 april 2019

499 Vahstal / Gemeente Amersfoort

Comparitie 15 april 2019
Stadhuis te Amersfoort

Bindend adviseurs
Mr. K.E. Mollema (vz)
Mr. C.N.J. Kortmann
Ing. J.A.G. van Oostrum

Naast bindend adviseurs waren aanwezig:
- aan de kant van Vahstal: mrs. M.A. Moolhuizen en D.M. de Bruin, alsmede de heer J.J. Vahstal;
- aan de kant van de Gemeente: mrs. R.R. Crince le Roy en R.S. Wijling, alsmede de heer R. Titulaer en mevrouw J.C.M. Mensink, beiden ambtenaar;
- mr. C.M.H. Kroeks als secretaris op verzoek van bindend adviseurs.

Vastlegging van het ter comparitie verhandelde

1. Vahstal heeft, net als ten tijde van de mondelinge behandeling van 18 december 2017, verzocht geluidsopnamen te mogen maken. De Gemeente verzet zich daartegen.

2. De voorzitter meldt dat bindend adviseurs nooit is verzocht om een proces-verbaal van de zitting van 18 december 2017 en dat dit daarom ook niet is verstrekt. Vahstal mag, evenals op 18 december 2017, opnamen maken van aan hem gerichte vragen en zijn antwoord daarop.

3. Mrs. Moolhuizen en De Bruin willen graag een proces-verbaal (zakelijk verslag) van deze comparitie ontvangen. Partijen wordt toegezegd dat zij een kort zakelijk verslag zullen ontvangen, waarop zij ieder schriftelijk commentaar zullen mogen geven, welk commentaar aan het p.v. zal worden gehecht.

4. Naar aanleiding van de opmerking dat de procedure erg veel tijd in beslag neemt, houdt de voorzitter aan partijen voor dat de 2e en 3e tussenbeslissing het gevolg zijn geweest van verzoeken van Vahstal en de reactie van de Gemeente daarop, alsmede dat partijen ook het vervolg de duur van de procedure voor een belangrijk deel zelf hebben bepaald. Daarbij geeft hij aan dat partijen er rekening mee moeten houden dat zowel voor de voorzitter zelf, als voor de heer Van Oostrum geldt, dat zij aan het einde van hun werkzame leven zijn en dus een "*beperkte houdbaarheidsdatum*" hebben.

5. De voorzitter merkt op dat het ongevraagd toezenden van nieuwe stukken, zoals na de mondelinge behandeling van 18 december 2017 is gebeurd, ongepast is en dat met dergelijke stukken geen rekening zal worden gehouden. Dat geldt al

helemaal voor direct door een partij, buiten hun raadslieden om, aan bindend adviseurs gezonden stukken.

Onderhandelingen liggen stil

6. De voorzitter meldt dat nu ruim een jaar is verstreken sinds de laatste mondelinge behandeling van 18 december 2017 en verzoekt partijen te vertellen wat de stand van zaken nu is.

7. Partijen laten weten dat er negen maanden is onderhandeld door de wederzijdse advocaten, maar dat de onderhandelingen op dit moment stil liggen. Zij wijzen ieder de andere partij aan als oorzaak daarvan.

8. De voorzitter vraagt of de advocaten bereid zijn de geheimhouding van de onderhandelingen op te heffen en een tipje van de sluier op te lichten over wat partijen nog verdeeld houdt. Na een schorsing geven de advocaten van de Gemeente aan dat zij geheimhouding willen handhaven.

Nieuw bindend advies

9. De voorzitter geeft aan dat bindend adviseurs hebben vernomen dat de gemeente in kort geding is veroordeeld een bindend adviseur te benoemen voor de nieuwe bindend advies procedure, waarin Vahstal alsnog een vordering wil indienen op grond van de stelling dat in 2005 tussen partijen een nadere overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot de niet verzonden Collegebrief 2001. In dat kader heeft Vahstal verzocht de eindbeslissing in het onderhavige bindend advies aan te houden. Hij wordt in de gelegenheid gesteld dit toe te lichten.

10. Mr. Moolhuizen stelt daarop dat de beslissing van de bindend adviseurs in de nieuwe procedure van invloed kan zijn op de beslissing in de onderhavige procedure. Als voorbeeld noemt hij de vraag wat moet worden verstaan onder een "*marktconforme aanbieding*". Volgens mr. Moolhuizen is het antwoord op die vraag mede afhankelijk van de vraag of partijen zijn overeengekomen dat de gemeente woningen uit de "*luxe*" vrije sector moest aanbieden, welke vraag in de nieuwe bindend advies procedure aan de orde zal worden gesteld. Ook speelt de vraag of er aan de aanbiedingen dusdanig beperkende voorwaarden waren verbonden dat niet gesproken kon worden van een marktconforme aanbieding. Volgens mr. Moolhuizen zijn al dit soort vragen met elkaar verbonden, kunnen zij niet los van elkaar beantwoord worden en verdient het dus de voorkeur dat de bindend adviseurs in de nieuwe procedure daarover beslissen, mede op basis van

de niet in deze procedure betrokken stellingen omtrent de totstandkoming van een overeenkomst in 2005.

11. Mr. De Bruin stelt dat de nieuwe bindend adviesprocedure niet lang hoeft te duren. Deze zou volgens haar in principe in 6 weken doorlopen kunnen worden.

12. Mr. Wijling stelt dat de voorzieningenrechter in zijn beslissing al heeft gerefereerd aan mogelijke verweren zijdens de gemeente en dat de nieuwe bindend adviesprocedure daardoor ook jaren kan gaan duren. De gemeente wil daarom geen aanhouding, maar doorprocederen in de onderhavige procedure.

13. De voorzitter geeft aan er niets voor te voelen de onderhavige procedure aan te houden, met het oog op de eerder gesignaleerde "*beperkte houdbaarheidsdatum*". Om dit probleem te ondervangen, geeft hij partijen in overweging dat zij de in de onderhavige procedure genomen eindbeslissingen zouden kunnen vastleggen in een vaststellingsovereenkomst, die de nieuwe bindend adviseurs tot uitgangspunt zouden kunnen nemen voor de beoordeling van de resterende geschilpunten. Partijen laten echter na een schorsing beide weten dat zij willen dat bindend adviseurs de onderhavige zaak afmaken.

14. De voorzitter houdt partijen voor dat de door mr. Moolhuizen genoemde vragen wel degelijk los van elkaar te beantwoorden zijn. Bindend adviseurs in de onderhavige procedure hebben ervoor gekozen eerst de vraag te beantwoorden of de aanbiedingen marktconform zijn, maar dat betekent niet dat de door mr. Moolhuizen genoemde vragen geen rol meer spelen. Deze zouden in de vraagstelling aan de deskundigen aan de orde kunnen worden gesteld. Partijen zouden zich daarna in hun reactie op het deskundigenbericht daarover uit kunnen laten. Bindend adviseurs zullen dan beslissen welke aanbiedingen voldeden, waarna in een schadestaatprocedure kan worden vastgesteld op welke bedragen aan schadevergoeding Vahstal eventueel recht heeft.

15. Mr. Moolhuizen stelt dat de deskundigen dan juridische vragen (interpretatie van de DV 1998) moeten beantwoorden, terwijl dat soort vragen niet aan hen mogen worden voorgelegd. Die vragen moeten volgens hem beantwoord worden door bindend adviseurs.

16. De voorzitter antwoord daarop dat bindend adviseurs zich slechts laten voorlichten door de deskundigen en vanzelfsprekend zelf de benodigde beslissingen op de voorliggende rechtsvragen zullen nemen.

17. Partijen laten desgevraagd door de voorzitter weten dat zij geen bezwaren hebben tegen de door bindend adviseurs aangedragen deskundigen.

18. De heer Vahstal neemt het woord en licht nogmaals zijn standpunten omtrent de tussen partijen gemaakte afspraken en de in het licht daarvan te hanteren taxatiemethode toe, conform hetgeen reeds eerder in de diverse processtukken zijdens hem is uiteengezet.

19. Na de hierop volgende schorsing geeft mr. Moolhuizen aan dat ook Vahstal nu wenst dat bindend adviseurs de onderhavige procedure voortzetten, maar dat hij nog wel iets wil zeggen over de procesorde en over de vragen die aan de deskundigen zullen worden voorgelegd. Mr. Moolhuizen legt daarop een **pleitnota** over en draagt deze voor. De pleitnota wordt aan dit proces-verbaal gehecht.

"gemiddeld 50 woningen per jaar"

20. Mr. Wijling verwijst naar r.o. 24 van de vierde tussenbeslissing van 29 september 2017 en stelt dat de vraag wat moet worden verstaan onder *"gemiddeld 50 woningen"* per jaar tijdens de mondelingen behandeling van 18 december 2017 uitgebreid aan de orde is geweest. De onder 2.1.1 van de pleitnota van mr. Moolhuizen gevraagde vastlegging van de uitleg daarvan in een dictum zou daarom volgens hem in strijd zijn met een goede procesorde. Mr. Crince le Roy voegt daaraan toe dat de gemeente het niet eens is met hetgeen mr. Moolhuizen onder 2.1.1 van zijn pleitnota stelt.

21. De heer Vahstal stelt dat hij het op 18 december 2017 niet eens was met de wijziging van *"maximaal 50"* in *"gemiddeld 50"* omdat het College van B&W in een brief van 24 maart 2009 zelf de term *"maximaal 50"* heeft gebruikt.

Vragen aan de deskundigen

22. Op de aan de deskundigen voor te leggen vragen wenst de gemeente de volgende aanpassingen door te voeren: De (concept)vraag achter het eerste gedachtestreepje onder overweging 22 van de 5e tussenbeslissing zou moeten worden aangevuld met: *"uitgaande van de door de Gemeente gehanteerde taxatiemethode."* Daarna zou de volgende vraag moeten worden gesteld: *"Indien u een andere taxatiemethode geboden acht, kunt u dan uitleggen waarom."*

23. Mr. Kortmann vraagt de gemeente te reageren op hetgeen is opgenomen in de pleitnota van mr. Moolhuizen onder 2.1.3 onder a (bewijsaanbod betreffende het horen van de heer Van der Vlies van OBV Vathorst omtrent de *"globale*

regelingen") en b (de stelling dat de deskundigen alleen een eerste aanbod mogen beoordelen in het kader van de vraag of de aanbiedingen aan Vahstal marktconform waren). Mr. Crince le Roy antwoordt daarop dat de gemeente op beide punten al heeft gereageerd ter zitting van 18 december 2017 en dat er volgens hem geen ruimte meer is voor Vahstal deze zaken aan de orde te stellen.Op de vraag van mr. Kortmann of de Gemeente zich wil uitlaten over de door mr. Moolhuizen onder 3.5 en 3.8 van zijn pleitnota voorgestelde wijzigingen van de vragen aan de deskundigen, antwoordt mr. Wijling dat de gemeente daarmee niet akkoord gaat en uitsluitend de hiervoor genoemde door haarzelf voorgestelde wijzigingen op die vragen wil doorvoeren.

24. Mr. Crince le Roy stelt dat de tweede ordner (productie 7) die bij memorie van antwoord is overgelegd, anders dan Vahstal stelt, wel degelijk compleet is. Volgens de gemeente moet deze hele ordner aan de deskundigen worden verstrekt als achtergrond voor hun advies. Hij maakt bezwaar tegen het gebruik van de term "*leuren*" onder 3.8 van de pleitnota van mr. Moolhuizen. De transactie met de Alliantie is overigens ook op 18 december 2017 uitgebreid aan de orde gesteld.

25. Mr. Moolhuizen stelt dat het veel efficiënter is als bindend adviseurs van tevoren de vragen aan de deskundigen duidelijk formuleren en de informatie waarop zij het antwoord op die vragen moeten baseren beperken tot de relevante stukken. Hij wil niet dat de hele tweede ordner aan de deskundigen ter beschikking wordt gesteld omdat hij vreest dat de deskundigen daardoor irrelevante of zelfs verkeerde informatie in hun advies zullen betrekken. Zo bevat de ordner volgens hem stukken die alleen intern bij de gemeente zijn verspreid en daarom niet mogen meewegen. Ook bevat de ordner veel aangepaste aanbiedingen, terwijl volgens hem alleen de eerste aanbiedingen van een bepaald project mogen worden beoordeeld.

26. De voorzitter geeft daarop aan dat bindend adviseurs ook de stukken van partijen van 8 en 18 december 2017, inclusief hun pleitnota's, aan de deskundigen ter beschikking willen stellen en dat de deskundigen op grond van hun expertise in staat mogen worden geacht daaruit de relevante onderdelen te kunnen halen.

27. Partijen verklaren zich desgevraagd beide akkoord met het voorgestelde uurtarief van de deskundigen van € 150,00 exclusief btw per uur. Mr. Moolhuizen geeft aan dat hij, zeker als de hele ordner aan de deskundigen ter beschikking wordt gesteld, wel graag een kostenraming wil ontvangen voordat Vahstal definitief akkoord kan gaan. Volgens hem is het, om een goede begroting te kunnen

maken, noodzakelijk dat de deskundigen van tevoren precies weten op welke stukken zij hun advies zullen moeten baseren. Hij wil zelf in ieder geval graag een nieuwe versie van de ordner hebben, om zekere te weten dat hij over alle stukken beschikt.

28. Mr. De Bruin stelt dat zij al in het begin van de procedure (zij meent bij memorie van antwoord in reconventie) heeft aangegeven dat de tweede ordner niet compleet is en dat daarin veel irrelevante stukken waren opgenomen. De Gemeente betwist een en ander. Mr. de Bruin heeft niet haar volledige dossier bij zich en kan daardoor niet precies aangeven waar, maar biedt aan dit in de loop van de week alsnog schriftelijk te zullen doen. De voorzitter biedt haar daartoe de gelegenheid tot uiterlijk vrijdag 19 april 2019.

29. De voorzitter geeft aan dat bindend adviseurs de deskundigen zullen vragen een begroting te maken op basis van de door bindend adviseurs vast te stellen vragen en hetgeen hen ten beantwoording van die vragen aan stukken uit het dossier ter beschikking zal worden gesteld, waaromtrent bindend adviseurs nader zullen beslissen. Vervolgens zal een en ander zijn weerslag vinden in een zesde tussenbeslissing, waarna de deskundigen aan de slag kunnen.

30. De comparitie van partijen wordt gesloten.

Aldus opgemaakt te Utrecht op 7 mei 2019

Mr. K. E. Mollema
Voorzitter van het college van bindend adviseurs

Mr. C.M.H. Kroeks
Toegevoegd secretaris

Tussenbeslissing d.d. 18 juni 2019

Nr. 499

TUSSENBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigden: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn, en mr. M.A. Moolhuizen, advocaat te Amsterdam

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince le Roy en R.S. Wijling, beiden advocaat te Rotterdam.

De bindend adviseurs

Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Amsterdam, en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

Opmerking vooraf:

In de eerdere tussenbeslissingen zijn de advocaten van de zijde van de Gemeente niet altijd geheel correct aangeduid. Waar wordt gesproken over mr. R.R. Crince te Roy is bedoeld mr. R.R. Crince le Roy en waar wordt gesproken over mr. P.P. Wijling is bedoeld mr. R.S. Wijling.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De tussenbeslissingen van 13 juli 2016, van 25 oktober 2016, van 13 maart 2017, van 29 september 2017 en van 14 maart 2018, waarvan de inhoud hier wordt geacht te zijn overgenomen.
- Het uitgebreide mailverkeer tussen partijen en bindend adviseurs omtrent aanhouding van de termijn voor het nemen van een nadere akte (als bepaald in het dictum van de tussenbeslissing van 14 maart 2018).
- Het mailverkeer tussen partijen en bindend adviseurs omtrent het in plaats van het nemen van bedoelde akte, houden van een comparitie van partijen, welk mailverkeer erin heeft geresulteerd dat de comparitie is bepaald op 15 april 2019 in het stadhuis te Amersfoort.
- Het mailbericht d.d. 1 maart 2019 van bindend adviseurs aan de advocaten van partijen waarin de omvang van de ter comparitie te bespreken onderwerpen wordt aangegeven.
- De aantekeningen ten behoeve van de comparitie d.d. 15 april 2019 van mrs. De Bruin en Moolhuizen, welke ter comparitie door mr. Moolhuizen zijn voorgedragen en door hem zijn overgelegd.
- De mondelinge reactie van de Gemeente op die aantekeningen zijdens partij Vahstal en hetgeen overigens ter comparitie is verhandeld, een en anders als blijkend uit het van die comparitie opgemaakte proces-verbaal (zakelijke weergave).
- De reactie van partijen op het proces-verbaal (zakelijke weergave) van de comparitie, welke aan het proces-verbaal zijn gehecht.
- Het mailverkeer tussen partijen en bindend adviseurs naar aanleiding van de comparitie en de begroting van de kosten van de deskundigen, hetgeen er uiteindelijk in heeft geresulteerd dat partijen er mee akkoord zijn gegaan dat bindend adviseurs het voorschot in redelijkheid begroten.

De verdere beoordeling

1. Zoals is overwogen onder overweging 3 van de tussenbeslissing van 14 maart 2018 dient overweging 26 van de tussenbeslissing van 29 september 2017 te worden verbeterd en te worden gelezen als volgt: *"Naar het oordeel van bindend adviseurs volgt uit een en ander, in onderling verband en samenhang bezien, genoegzaam dat de Gemeente zich zou inspannen de aan te bieden woningen proportioneel aan te*

bieden gedurende de nog resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, zulks met een gemiddelde van 50 per jaar."

2. Voorts is in de tussenbeslissing van 14 maart 2018 in dat verband onder 4 het volgende overwogen: *"In haar schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 heeft de Gemeente bindend adviseurs gevraagd terug te komen op de (niet in het dictum) vastgelegde beslissing omtrent het jaarlijks aan te bieden aantal woningen, dan wel om deze beslissing te herzien (1.34 van de betreffende pleitnota). Nu dat laatste is gebeurd (zie de voorgaande overwegingen) , rijst de vraag of de Gemeente deze beslissing ook overigens nog ter discussie stelt en bindend adviseurs vraagt daarop terug te komen. Mocht dat het geval zijn dan verzoeken bindend adviseurs aan de Gemeente dat in hun memorie na deskundigenbericht aan te geven. Vahstal zal zich dan natuurlijk ook nader op dat punt mogen uitlaten."*

3. Vahstal heeft verzocht hetgeen bindend adviseurs ten aanzien van het jaarlijks gemiddeld aantal aan te bieden woningen hebben beslist, vast te leggen in een dictum. Bindend adviseurs achten dat verzoek prematuur gelet op hetgeen zij in hun tussenbeslissing van 14 maart 2018 onder 4 hebben overwogen (zie hiervoor onder rechtsoverweging 2). Eventuele vastlegging in een dictum zal eerst plaats kunnen vinden nadat de Gemeente zich ter zake nader heeft uitgelaten als aangegeven. Wat "gemiddeld 50 per jaar" concreet inhoudt, zal door bindend adviseurs, als zich die vraag mocht aandienen, nader worden ingevuld aan de hand van de daarvoor geldende rechtsregels.

4. Bindend adviseurs hebben in hun tussenbeslissing van 14 maart 2018 aangegeven dat het antwoord op de vraag of de in maart 2005 (Velden 3G) en de in 2015 gedane aanbiedingen (geheel of ten dele) tijdig en/of in overeenstemming met de gemaakte afspraken over het gemiddeld per jaar aan te bieden aantal woningen zijn gedaan, door bindend adviseurs in een later stadium van de procedure zal worden beoordeeld. Bindend adviseurs hebben zich daarbij laten leiden door aspecten van proceseconomie, mede omdat partijen van mening verschillen over het antwoord op de vraag welke

aanbieding zijdens de Gemeente bepalend is, de eerste (standpunt Vahstal) of de uiteindelijke (standpunt Gemeente) en over de vraag of het aantal in 2015 gedane aanbiedingen in strijd is met hetgeen partijen ter zake van het jaarlijks aan te bieden aantal woningen zijn overeengekomen. Bindend adviseurs hebben het daarom raadzaam geacht dat bedoelde aanbiedingen worden betrokken in het onderzoek door deskundigen.

5. Bindend adviseurs houden, in weerwil van het andersluidende verzoek van Vahstal (waartegen zijdens de Gemeente bezwaar is gemaakt), vast aan deze volgorde, ondanks het feit dat omtrent de vraag welke aanbieding bepalend is hieronder een beslissing wordt gegeven. Redengevend daartoe is, naast hetgeen hiervoor is overwogen omtrent de jaarlijks aan te bieden aantallen woningen, dat indien - mede op grond van de rapportage van de deskundigen – zou worden beslist dat één of meer aanbiedingen niet marktconform waren, de overigens door partijen ter zake opgeworpen of op te werpen rechtsvragen geen nadere beantwoording behoeven.

6. Partijen hebben geen bezwaar tegen de door bindend adviseurs voorgestelde deskundigen, te weten:

   - Paul van der Wijk, zelfstandig gevestigd consultant (Rijswijk) met rijke ervaring inzake ontwikkeling en realisatie van nieuwe woongebieden.
   - Ger Hukker, ervaren makelaar en beëdigd taxateur (Drieman Makelaars te Nieuwkoop) en oud-voorzitter van de NVM.
   - Piet Veerman, 40 jaren directeur van een bouwondernemer/ontwikkelaar (Radix en Veerman te Woerden) en lid van diverse branche organisaties.

   Partijen zijn per mail op de hoogte gebracht van de adressen van de deskundigen.

7. Beide partijen hebben met betrekking tot de aan de deskundigen te stellen vragen de nodige opmerkingen gemaakt, waarbij Vahstal de door hem eerder voorgestelde waarderingsmethode (gebaseerd op het door hem ingebrachte advies van de partij-deskundige Van der Pijl) voorop stelt en de Gemeente de eerste door bindend adviseurs geformuleerde vraag (zie onder rechtsoverweging 22 van de tussenbeslissing van 14 maart 2018) wenst aan

te vullen in die zin dat de deskundigen bij de beantwoording van die vraag moeten uitgaan van de door de Gemeente voorgestane taxatiemethode.

8. Bindend adviseurs zijn van oordeel dat de vraagstelling als weergegeven onder de eerste vier gedachtestreepjes van overweging 22 van de tussenbeslissing van 14 maart 2019 voldoende waarborgt dat alle door partijen genoemde aspecten aan de orde komen, zodat die vraagstelling wordt gehandhaafd.

9. Bindend adviseurs achten het wenselijk dat aan de deskundigen een aanvullende vraag wordt gesteld in verband met de beantwoording van de vragen omtrent de marktconforme aanbiedingen, zulks gelet op hetgeen dienaangaande door partijen tijdens de comparitie is opgemerkt. Deze vraag luidt als volgt: *Zijn naar uw mening aan de door de Gemeente aan Vahstal gedane aanbiedingen voorwaarden verbonden die speciaal voor Vahstal extra bezwarend waren om het aangeboden project te realiseren, zulks tegen de achtergrond van hetgeen partijen ter zake in de DV 98 onder Artikel III onder A1 hebben vastgelegd (globale van toepassing zijnde regelingen)?*

10. Partijen hebben aangegeven in te kunnen stemmen met een honorarium voor elk van de deskundigen van € 150,-- per uur (ex btw). Partij Vahstal heeft zijn verzoek ter comparitie om aan de deskundigen een begroting te vragen omtrent de kosten, naderhand laten varen. Partijen hebben het derhalve aan bindend adviseurs overgelaten om de kosten van de deskundigen in redelijkheid te begroten. Bindend adviseurs zijn daarbij op het volgende uit gekomen:

8 uren voor het inlezen en het vergaren van documentatie. 16 uren voor het bespreken van de voorliggende gevallen en het beantwoorden van de vragen. 8 uren voor afstemming en opstellen conceptrapport en 8 uren voor het verwerken van de reactie. Oftewel totaal de man 40 uren. Daarbij nog 5 uren extra voor de voorzitter vanwege zijn coördinerende activiteiten.

11. De aan deze begroting verbonden kosten zullen, gelet op de omstandigheden van het geval, bij helfte door partijen dienen te worden voorgeschoten. De definitieve afrekening ter zake zal plaatsvinden nadat bindend adviseurs bij

hun slotadvies de kosten van het deskundigenrapport hebben vastgesteld en omtrent de draagplicht van partijen dienaangaande hebben beslist.

12. In de DV 98 is in de tweede alinea onder A.1. weergegeven wanneer het de Gemeente vrij zal staan *"derden onder dezelfde voorwaarden als met Vahstal besproken, terzake van de realisatie van betreffend project te benaderen, indien en zodra Vahstal schriftelijk te kennen heeft gegeven niet in de realisatie geïnteresseerd te zijn. Vahstal is gehouden binnen een maand nadat het overleg met de Gemeente is afgerond daaromtrent een schriftelijke verklaring af te geven, bij gebreke waarvan de Gemeente vrij zal zijn. Het overleg zal eerst als afgerond worden beschouwd indien de gemeente schriftelijk een aanbieding doet met inachtneming van de resultaten van het overleg tussen partijen."*

13. Deze bepaling laat zich, met in achtneming van het in eerdere tussenbeslissingen weergegeven Haviltexcriterium niet anders uitleggen dan dat de finaal door de Gemeente gedane aanbieding (na afronding van het tussen partijen gevoerde overleg) bepalend is als het gaat om het antwoord op de vraag of die aanbieding voldoet aan de onder alinea 1 van bepaling A.1. van meergenoemde DV 98 gestelde eisen. Vahstal heeft niet gesteld dat de tweede alinea van bedoelde bepaling anders moet worden gelezen dan de letterlijke bewoordingen, of dat partijen bij het redigeren van die bepaling iets geheel anders voor ogen heeft gestaan. Aan de – zonder enige onderbouwing – geponeerde stelling dat steeds de eerste aanbieding die de Gemeente heeft gedaan bepalend is voor het antwoord op de vraag of die aanbieding voldoet aan de onder alinea 1 van bepaling A.1. van meergenoemde DV 98 gestelde eisen, wordt dan ook voorbij gegaan, temeer nu daardoor het te voeren overleg zinledig zou zijn geworden. Indien er derhalve sprake is van aanpassing van een oorspronkelijk door de Gemeente gedane aanbieding, dienen de deskundigen bij de beantwoording van de vragen telkens uit te gaan van de finaal door de Gemeente gedane aanbieding.

14. Bindend adviseurs onderstrepen dat de deskundigen zich niet hoeven uit te laten over de vraag of het biedproces conform hetgeen ter zake in de DV 98 vastgelegde regeling is verlopen.

15. Zoals reeds aangegeven in de tussenbeslissing van 14 maart 2018 zijn partijen ruimschoots in de gelegenheid gesteld (bij wege van schriftelijk pleidooi en ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op 18 december 2017), hun standpunten omtrent de door de Gemeente gestelde aanbiedingen nader toe te lichten, zodat bindend adviseurs momenteel geen aanleiding zien het (herhaalde) verzoek van Vahstal tot het bieden van gelegenheid om nadere stukken over te leggen, nadere getuigen te horen en een nadere mondelinge behandeling ten houden, te honoreren. Aan hetgeen zijdens Vahstal ter comparitie – zonder nadere onderbouwing - is opgemerkt omtrent het niet volledig zijn van de onderhandelingsstukken, als door de Gemeente overgelegd als productie 7, wordt voorbijgegaan. Vahstal heeft immers niet tijdig gebruik gemaakt van de hem geboden mogelijkheid om uiterlijk 19 april 2019 alsnog voor die onderbouwing zorg te dragen.

16. Resumerend wordt aan de deskundigen de volgende vraagstelling voorgelegd:

- Kunt u per door de Gemeente gedane aanbieding (zie productie 7 bij de memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie onder C t/m G, onder JK en L en onder N t/m R0) aangeven of de aangeboden grondprijs op het moment van het doen van de aanbieding marktconform was ? Welke taxatiemethode hebt u daarbij gehanteerd en waarom?

- Wat is uw reactie in dit verband op hetgeen op dat punt is aangegeven door de door Vahstal ingeschakelde deskundige P. van der Pijl van de Brink Groep (productie E) bij de nadere memorie van Vahstal d.d. 8 december 2017?

- Wat is uw reactie in dit verband op hetgeen op dat punt is aangegeven door de Gemeente ingeschakelde deskundigen ("onafhankelijk grondwaardetoets") als blijkend uit de bijlagen bij de

schriftelijke pleitnota van de Gemeente d.d. 8 december 2017 (22, 28, 31, 32 en 35)?

- Zijn naar uw mening aan de door de Gemeente aan Vahstal gedane aanbiedingen voorwaarden verbonden die speciaal voor Vahstal extra bezwarend waren om het aangeboden project te realiseren, zulks tegen de achtergrond van hetgeen partijen ter zake in de DV 98 onder Artikel III onder A1 hebben vastgelegd (globale van toepassing zijnde regelingen)?

- Wat wilt u vanuit uw deskundigheid voor het overige nog opmerken over deze kwestie?

17. Bindend adviseurs benoemen vanuit hun midden mr. Mollema als degene die de verder contacten met de deskundigen onderhoudt (commissaris).

18. Bindend adviseurs bepalen dat partijen de volgende processtukken aan de deskundigen dienen te doen toekomen:

De tot nu toe gewezen tussenbeslissingen.
De DV 98 (productie 2 bij de memorie van eis).
De memorie van eis in reconventie (inclusief productie 7).
De memorie van antwoord in reconventie (inclusief de productie 42 t/m 53)
De pleitnota zijdens Vahstal d.d. 8 december 2017 inclusief producties.
De pleitnota zijdens de Gemeente van 8 december 2017 inclusief producties.
De aanvullende pleitnota's van partijen ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op 16 december 2017.

Partijen dienen ieder de eigen processtukken van de hiervoor bedoelde lijst aan de deskundigen te zenden. Voor wat betreft de tussenbeslissingen, het proces-verbaal van de comparitie van 15 april 2019 en de DV 98 verwachten bindend adviseurs dat de Gemeente een en ander voor haar rekening neemt.
Partijen dienen ieder een inventarislijst op te stellen van de aan de deskundigen toegezonden stukken, welke lijst eveneens wordt gezonden aan de wederpartij en aan bindend adviseurs.

De Beslissing

ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies:

benoemen de hiervoor onder overweging 6 genoemde heren tot deskundige;

leggen aan deze deskundigen de vragen ter beantwoording voor welke hiervoor zijn weergegeven onder overweging 16;

bepalen het aan elk van de deskundigen te betalen voorschot respectievelijk op € 7.260,-- (inclusief BTW) voor de heren Van der Wijk en Veerman en op € 8.167,50 (inclusief BTW) voor de heer Hukker;

bepaalt dat ieder der partijen na ontvangst van een factuur ter zake de helft van voornoemde bedragen aan elke deskundige zal betalen en wel uiterlijk binnen 14 dagen na ontvangst van die factuur en bepaalt dat de deskundigen hun werkzaamheden niet hoeven te beginnen alvorens zij het hiervoor vastgestelde voorschot hebben ontvangen;

bepaalt dat de deskundigen op voet van het bepaalde in artikel 198 Rv bij hun onderzoek partijen (via hun advocaten) in de gelegenheid zullen stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen naar aanleiding van het door de deskundigen op te stellen concept rapport en bepaalt dat de deskundigen in hun schriftelijke eindrapportage daarvan melding maken en hun reactie daarop weergeven;

bepaalt dat partijen aan ieder van de deskundigen de stukken zullen toezenden als hiervoor onder overweging 18 aangegeven en beveelt partijen om aan de deskundigen alle door dezen gewenste inlichtingen te verstrekken;

bepaalt dat het onderzoek van de deskundigen wordt verricht onder leiding van de hierbij tot commissaris benoemd lid van het college van bindend adviseurs, mr. K.E. Mollema en dat de deskundigen zich voor vragen en/of opmerkingen betreffende het onderzoek zullen wenden tot voornoemde commissaris en dat ook communicatie tussen de deskundigen en partijen uitsluitend via deze commissaris verloopt;

bepaalt dat de deskundigen hun definitieve rapport (ondertekend en met redenen omkleed) indienen bij de commissaris en wel uiterlijk op 1 oktober 2019, tenzij deze

datum, met toestemming van bindend adviseurs, op verzoek van de deskundigen nader wordt bepaald;

bepaalt dat Vahstal een memorie na deskundigenbericht zal mogen nemen, uiterlijk op een nader te bepalen datum en dat de Gemeente vervolgens in de gelegenheid wordt gesteld hetzelfde te doen;

houden iedere verdere beslissing aan;

van deze tussenbeslissing wordt door bindend adviseurs een afschrift gezonden aan de deskundigen;

Gegeven op 18 juni 2019 te Utrecht

K.E. Mollema C.N.J. Kortmann J.A.G. van Oostrum

Eindbeslissing d.d. 21 december 2020

Nr. 499

EINDBESLISSING BIJ WEGE VAN BINDEND ADVIES
in een geschil tussen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAHSTAL HOLDING BV,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HOBEVA AMERSFOORT BV,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VABEOG AMERSFOORT BV,
   alle gevestigd te Amersfoort, en
4. de heer JOHANNES JOSEPH VAHSTAL, in zijn kwaliteit van bestuurder van Vahstal Holding BV en de daarmee gelieerde vennootschappen, wonende te Hoogland,

hierna ieder voor zich en gezamenlijk te noemen "Vahstal",

e i s e r s,

gemachtigden: mr. D.M. de Bruin, advocaat te Baarn, en mr. M.A. Moolhuizen, advocaat te Amsterdam

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE AMERSFOORT,
zetelende te Amersfoort,
hierna te noemen "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r.

gemachtigden: mrs. R.R. Crince le Roy en R.S. Wijling, beiden advocaat te Rotterdam.

De bindend adviseurs

Ondergetekenden, MR. K.E. MOLLEMA, wonende te Ermelo, MR. C.N.J. KORTMANN, wonende te Utrecht en ING. J.A.G. VAN OOSTRUM, wonende te Nieuwegein, zijn conform de daarover door partijen gemaakte afspraken benoemd tot bindend adviseurs in dit geschil. Ondergetekenden hebben hun benoeming aanvaard.

De procedure:

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- De tussenbeslissingen van 13 juli 2016, van 25 oktober 2016, van 13 maart 2017, van 29 september 2017, van 14 maart 2018 en van 18 juni 2019, waarvan de inhoud hier wordt geacht te zijn overgenomen. Voor zover dat niet telkens expliciet is aangegeven, heeft te gelden dat al deze tussenbeslissingen door bindend adviseurs zijn gegeven te Utrecht, als goede mannen naar billijkheid en dienovereenkomstig geacht worden te zijn aangevuld.

- Het mailverkeer van partijen met bindend adviseurs en het mailverkeer van bindend adviseurs met partijen in de periode 3 juli 2019 t/m 3 september 2020 inzake de (verdere) procesorde en enkele daarmee in verband staande perikelen.
- Het bij mailbericht van 20 november 2019 door bindend adviseurs aan partijen gezonden conceptrapport van de (bij tussen beslissing d.d. 18 juni2019 benoemde) deskundigen.
- De reacties van partijen d.d. 12 januari 2020 op het concept deskundigenrapport.
- Het bij mailbericht van 28 april 2020 door bindend adviseurs aan partijen gezonden eindrapport met bijlagen van de hiervoor bedoelde deskundigen.
- De bij datzelfde mailbericht uiteengezette verdere procesorde.
- De memorie na deskundigenbericht met producties (54 t/m 60) van de zijde van Vahstal d.d. 16 juni 2020.
- De antwoordmemorie na deskundigenbericht met producties (1 t/m 7) van de zijde van de Gemeente d.d. 31 juli 2020.
- De nadere memorie van de zijde van Vahstal d.d. 31 augustus 2020.
- De nadere memorie van de zijde van de Gemeente d.d. 1 oktober 2020.
- Het mailbericht van bindend adviseurs aan partijen waarin wordt bericht dat bindend adviseurs zich gaan beraden op het advies en zich inspannen daarmee nog voor het eind van het jaar te komen.

<u>De verdere beoordeling (waarbij partij Vahstal als mannelijk zal worden aangemerkt):</u>

De referentieperiode

1. Ter onderbouwing van hetgeen bindend adviseurs in hun tussenbeslissing van 14 maart 2018 onder 17 hebben overwogen omtrent de referentieperiode en de aanbieding De Velden 2B (productie 7 onder bijlage B van de zijde van de Gemeente) overwegen bindend adviseurs nog het volgende. Vahstal heeft in zijn memorie van antwoord in reconventie zich bij zijn commentaar op de diverse door de Gemeente gestelde aanbiedingen (productie 7 zijdens de Gemeente, voor wat betreft de aanbieding De Velden 2B en 3 G, respectievelijk bijlage B en bijlage C bij bedoelde productie 7) niet uitgelaten omtrent de vraag of deze biedingen tijdig zijn gedaan, in het licht van de in 2005 (O&R) gesloten overeenkomst. In zijn schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 doet Vahstal dat wel en stelt zich op het standpunt dat beide aanbiedingen zijn gedaan voor de ingangsdatum van de O&R-overeenkomst. De Gemeente maakt bezwaar

tegen wat in haar ogen een koerswending is, omdat het hier een nieuwe vordering zou betreffen, welke tardief zou zijn en stelt zich ook inhoudelijk teweer tegen de door Vahstal aangehouden begindatum (29 september 2005) van de nieuwe aanbiedingsperiode van 10 jaren. Bindend adviseurs zijn van oordeel dat, nu zij op dit punt nog geen in een dictum vastgelegd advies hadden gegeven, noch een bindende eindbeslissing, en de Gemeente tijdens de zitting van 18 december 2017 op dit standpunt van Vahstal heeft kunnen reageren, deze nadere onderbouwing van het door Vahstal in conventie gevorderde en het in reconventie gevoerde verweer niet in strijd is met de goede procesorde.

2. Anders dan de Gemeente aanvoert is hier naar het oordeel van bindend adviseurs geen sprake van een tardief ingestelde nieuwe vordering en al evenmin van een stelling die zich niet verdraagt met hetgeen bindend adviseurs eerder hebben beslist ten aanzien van de stelling van Vahstal dat in 2001 nadere afspraken tussen partijen zouden zijn gemaakt, welke in de Collegebrief zijn vastgelegd. Ook van een verkapt hoger beroep is naar het oordeel van bindend adviseurs geen sprake.

3. Bindend adviseurs merken ter toelichting in dat verband allereerst op dat hetgeen Vahstal inhoudelijk omtrent de diverse aanbiedingen van woningen door de Gemeente heeft gesteld in zijn memorie van antwoord in reconventie, een reactie is op hetgeen de Gemeente in haar memorie van eis in reconventie heeft gesteld en gevorderd, erop neerkomend dat de gemeente heeft voldaan aan de op haar rustende aanbiedingsverplichting(en). Er is derhalve niet alleen sprake van een nadere onderbouwing van de eis van Vahstal dat de Gemeente de tussen partijen gemaakte afspraken niet uitvoert, toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden, maar ook van een verweer tegen de reconventionele vordering van de Gemeente.

4. In de eerste drie tussenbeslissingen is de reconventionele vordering niet inhoudelijk aan de orde gesteld, maar zijn slechts procedurele voorvragen, de vordering in conventie en nader opgekomen processuele perikelen behandeld en (grotendeels) beslist. In de vierde tussenbeslissing is er onder overweging 28 wel bij stil gestaan en is vervolgens aangegeven dat de vraag in hoeverre de Gemeente in de uitvoering van haar afspraken tekort is geschoten, met instemming van partijen vooruit is geschoven. Bindend adviseurs hebben vervolgens overwogen en beslist dat alvorens op die vraag te kunnen beslissen

een nadere mondelinge behandeling gewenst is waarbij het accent ligt op het door Vahstal bij memorie van eis in conventie onder 5 gevorderde en het door de Gemeente in reconventie gevorderde. Omdat Vahstal op dat punt het laatst aan het woord was geweest (in de memorie van antwoord in reconventie), is beslist dat de Gemeente tijdens de nader te bepalen mondelinge behandeling het eerst aan het woord zou komen. Vervolgens is nader beslist dat partijen op 8 december 2017 een schriftelijke pleitnota (eventueel met producties) konden indienen, hetwelk partijen ook hebben gedaan. De mondelinge behandeling heeft plaats gevonden op 18 december 2017 waar eerst de Gemeente en vervolgens Vahstal heeft gepleit, conform de overgelegde pleitnota's.

5. Vahstal heeft in zijn schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 voor wat betreft de aanbieding Vathorst Velden 2b (productie 7B bij de memorie van eis in reconventie) en de aanbieding De Velden 3G (productie 7C bij de memorie van eis in reconventie) primair het standpunt ingenomen dat deze aanbiedingen zijn gedaan voor 29 september 2005, de startdatum van de O & R 2005. Het debat op dat punt is vervolgens voortgezet. Vahstal heeft derhalve de eerste mogelijkheid die zich voordeed nadat zij van antwoord had gediend in reconventie, aangegrepen om de gronden waarop zijn eis in conventie onder 5 en zijn verweer in reconventie zijn gebaseerd, aan te vullen.

6. Bindend adviseurs wijzen erop dat Vahstal in zijn memorie van eis weliswaar een verklaring voor recht heeft gevraagd (en verkregen) met betrekking tot de einddatum van de termijn waarbinnen de Gemeentewoningen conform de DV 98 onder de O & R 2005 kon aanbieden, doch dat een vordering ter zake van de startdatum van die termijn toen niet voorlag. Ook nadien heeft Vahstal zijn vordering op dit punt niet formeel gewijzigd. Het in de memorie na enquête door Vahstal onder 5.6 gedane verzoek om ter zake iets vast te leggen in het dictum kan derhalve niet worden gehonoreerd. Wel is de op dit punt te nemen beslissing van bindend adviseurs van belang voor de beoordeling van de nog voorliggende vorderingen in conventie en de vordering in reconventie. De vraag omtrent de startdatum van de in de O & R 2005 afgesproken termijn van 10 jaren is dus van een geheel andere orde dan de vragen waaromtrent in de eerste drie tussenbeslissingen is beslist.

7. Bindend adviseurs wijzen erop dat het de Gemeente zelf is geweest die in haar memorie van eis in reconventie bij wijze van tussenconclusie (onder 9.10)

heeft gesteld dat "*de uitwerkingstermijn van 10 jaren die partijen in 2005 zijn overeengekomen gaat gelden vanaf de datum waarop partijen de O&R hebben getekend.*" Die eigen stelling van de gemeente biedt steun voor het ter zake door Vahstal ingenomen standpunt. Ook de door Vahstal als productie A bij de schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 overgelegde pagina 3 van het verslag van een vergadering van De Ronde/Raadscommissie ECO d.d. 26 april 2005 ondersteunt het standpunt van Vahstal, nu daarin als verklaring van wethouder De Wilde het volgende wordt vermeld: "*De gemeente stelt wel dat de overeenkomst die er lag, vanaf heden gaat lopen voor tien jaar.*" Ook het memo van bemiddelaar Struijk aan wethouder De Wilde van 17 mei 2004 (overgelegd als productie C bij de schriftelijke pleitnota van Vahstal d.d. 8 december 2017) vermeldt dat het de wens van Vahstal is de 10-jarenprocedure, waarin hem wordt toegestaan de toegezegde woningen te realiseren, te laten ingaan op de datum van het nieuwe akkoord, en dat dat naar de mening van Struijk een te rechtvaardigen wens was. Diezelfde Struijk heeft als getuige in het kader van een voorlopig getuigenverhoor bij de rechtbank Utrecht op 26 augustus 2010 (zijdens Vahstal overgelegd als bijlage bij productie 10 bij de memorie van eis) het volgende verklaard: "*In 2004 ben ik door de B & W gevraagd te bemiddelen in de kwesties die speelden tussen Vahstal en zijn Holdings en de Gemeente Amersfoort. Ik was door de gemeente aangesteld... De basis van het geschil was de definitieve vaststellingsovereenkomst van 24 april 1998 tussen de Gemeente Amersfoort en Vahstal waarop op dat moment nog geen uitvoering was gegeven. Ik heb de dossiers van beide partijen bestudeerd. Dit resulteerde onder meer in de O & R-overeenkomst in 2005.*" Tenslotte is in dit verband nog van belang dat Van Zelm, de toenmalige advocaat van Vahstal bij brief van 7 mei 2003 (van de zijde van Vahstal overgelegd als bijlage 6 bij het verzoek wijziging eis van 2 december 2016) onder 7 het volgende stelt: "... *Partijen hebben dienaangaande gesproken over 375 woningen. Dienaangaande is tot op heden geen aanbieding gedaan.*" Vahstal heeft onweersproken gesteld dat de gemeente daarop niet heeft gereageerd. Bindend adviseurs gaan op basis van een en ander vanuit dat bij partijen de bedoeling heeft voorgezeten een nieuwe aanbiedingstermijn te laten ingaan op 29 september 2005.

De gemeente heeft haar standpunt ook nog onderbouwd met de stelling dat de tekst van artikel 7.1 van de O & R-overeenkomst zo glashelder is, dat deze geen ruimte laat voor een andersluidende partijbedoeling. Bindend adviseurs volgen dit standpunt niet. In artikel 7.1 staat dat "de uitwerkingstermijn van tien jaar gaat gelden vanaf de datum waarop Partijen deze overeenkomst

hebben getekend". Anders dan de gemeente stelt, duidt deze tekst er eerder op dat in 2005 een nieuwe termijn is overeengekomen, dan dat de oorspronkelijke termijn van 10 jaar is verlengd. In dat laatste geval had een redactie in de trant van "dat de uitwerkingstermijn van tien jaar wordt verlengd tot tien jaar na de datum waarop Partijen deze overeenkomst hebben getekend" meer voor de hand gelegen. Dat Vahstal zelf een aantal malen van 'verlenging van de termijn' spreekt, zoals de gemeente heeft aangevoerd, maakt, wat daar ook van zij, nog niet dat de tekstuele uitleg van artikel 7.1 glashelder is of wordt in de door de gemeente gewenste zin. De bepaling kan en moet dus worden uitgelegd, hetgeen bindend adviseurs hebben gedaan.

8. Het hiervoor overwogene brengt mede dat bindend adviseurs hun beslissing als gegeven onder rechtsoverweging 17 in de vijfde tussenbeslissing handhaven. Daar komt overigens nog bij dat omtrent de aanbieding De Velden 2B, blijkens hetgeen de Gemeente ter onderbouwing van haar stellingen ter zake aan producties heeft overgelegd (7B bij memorie van eis in reconventie) geleid heeft tot een langdurige correspondentie tussen partijen welke tot tenminste 11 mei 2004 heeft voortgeduurd. In de brief van die datum van wethouder De Wilde aan Vahstal wordt o.a. het volgende aangegeven: "*Ik ben nog wel steeds in afwachting van een bevestiging uwerzijds, zodat het zin heeft een nieuwe aanbieding van plusminus 20 woningen aan u uit te brengen, zonder dat de eerste aanbieding die niet door u is geaccepteerd afgetrokken wordt van de 250 woningen die zijn genoemd in de vaststellingsovereenkomst.*" Deze brief vormt de afsluiting van een omvangrijke correspondentie tussen partijen en betrokken derden. Of deze brief van 11 mei 2004 nog een vervolg heeft gekregen, is gesteld noch gebleken. Wel is duidelijk dat in de O & R-overeenkomst op geen enkele wijze melding is gemaakt van een aanbieding van 20 woningen welke in mindering diende te worden gebracht op de nog aan Vahstal aan te bieden woningen. Dat is in lijn met hetgeen Struijk als getuige ter zake heeft verklaard op 26 augustus 2010 (zie hiervoor onder 7) en hetgeen Van Zelm heeft geschreven in zijn hiervoor bedoelde brief van 7 mei 2003.

Gespreide aanbieding

9. Voor wat betreft de gemiddeld per jaar aan te bieden hoeveelheid woningen, verwijzen bindend adviseurs allereerst naar hetgeen zij ter zake hebben overwogen in de vierde tussenbeslissing (overwegingen 24 t/m 26) en hetgeen

zij in aanvulling daarop onder 2 en 3 van de vijfde tussenbeslissing hebben overwogen en beslist. Nu de Gemeente expliciet aan bindend adviseurs hebben gevraagd op die beslissing terug te komen en in hun memories na deskundigenbericht daartoe gronden hebben aangevoerd, zullen bindend adviseurs hier op een en ander nader ingaan. Aan de door de Gemeente gestelde schending van hoor en wederhoor voor wat betreft hetgeen bindend adviseurs in de vierde tussenbeslissing onder 24 hebben overwogen, kan – wat daar verder ook van zij – worden voorbijgegaan nu partijen nadien ruimschoots in de gelegenheid zijn gesteld al hetgeen zij in dat verband nog van belang vonden, naar voren te brengen.

10. Bindend adviseurs stellen het volgende voorop. Het is juist dat hetgeen Vahstal onder 3d in zijn memorie van eis heeft gevorderd, is afgewezen. De betreffende vordering was gebaseerd op de stelling dat tussen partijen in 2001 nadere afspraken zijn gemaakt over de interpretatie en uitvoering van de DV 98. De vordering is (samen met een aantal andere op die stelling gebaseerde vorderingen) afgewezen omdat – zoals bindend adviseurs hebben overwogen en beslist – wethouder Boer niet bevoegd was namens de Gemeente een nadere overeenkomst met Vahstal te sluiten omdat daarvoor een Collegebesluit nodig was, waarvan niet is gesteld dat die is genomen. Ook was er volgens bindend adviseurs geen sprake van aan de Gemeente toe te rekenen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid.
Alhoewel de Gemeente stelt dat de tekst van de DV 98 op dat punt glashelder is, stellen bindend adviseurs vast dat in de DV 98 enkel onder Artikel III onder A1 iets is bepaald over het aantal aan te bieden woningen en wel dat het (telkens) gaat om projecten van niet meer dan 100 woningen, zonder dat daarbij een tijdseenheid wordt vermeld. Daarmee wordt enkel een bovengrens per aanbieding aangegeven. Hoe de projecten voor het overige in tijd en/of aantallen zouden moeten worden aangeboden is in de DV 98 niet uitgewerkt. Dat betekent niet, zoals de gemeente betoogt, dat een uitwerking op dat punt per definitie heeft te gelden als een wijziging van de DV98. Uit de bepalingen in de DV98 over de aanbiedingstermijn (10 jaar) en de maximale projectgrootte (100 woningen) blijkt dat partijen een gespreide aanbieding van woningen voor ogen stond. Zo zou de beperking tot maximaal 100 woningen zinledig zijn als de gemeente in één jaar 3 projecten van 100 woningen en 1 van 75 woningen zou mogen aanbieden. De DV98 bevat dus, anders dan de gemeente betoogt, wel degelijk een basis voor uitwerking in de vorm van interpretatieve afspraken. Hier heeft derhalve ook te gelden hetgeen bindend

adviseurs in hun eerste tussenbeslissing onder 64 en 65 hebben overwogen, zodat aan hetgeen partijen tijdens de onderhandelingen in de periode februari-april 2001 hebben besproken en/of afgesproken gewicht toekomt bij de uitleg van onder meer artikel III A.1 van de DV 98 en relevant is voor het bij memorie van eis onder 5 door Vahstal gevorderde.

11. In aanvulling op de hiervoor bedoelde overwegingen 24 t/m 26 in de vierde tussenbeslissing onderstrepen bindend adviseurs nog het volgende. De Gemeente betwist onder 8.35 van haar memorie van antwoord in conventie/eis in reconventie dat in 2001, zoals Vahstal stelt, *"er een afspraak (is) gemaakt dat de woningen gespreid zouden worden aangeboden en niet pas aan het einde van de rit."* De Gemeente voegt daar echter het volgende aan toe: *"Wel is door partijen als uitgangspunt genomen dat een uitnodiging aan Vahstal ter bespreking van een woningbouwproject van een evenredig gedeelte van de ("minimaal 250 ") woningen per jaar met een maximum van ca 50 woningen redelijk zou zijn. De Gemeente heeft ook naar dit uitgangspunt gehandeld en daaraan uitvoering gegeven."* De laatste zin van deze opmerking van de Gemeente maakt duidelijk dat de Gemeente hier mede het oog heeft op de 10-jaars periode als vastgelegd in de O & R 2005, nu immers vaststaat dat op 29 september 2005 slechts aanbiedingen waren gedaan ter zake De Velden 2B en De Velden 3G en de overige aanbiedingen van later datum zijn. Dat bindend adviseurs zouden hebben miskend dat er in 2001 slechts over proportionele aanbiedingen is gesproken in het kader van de nog resterende looptijd van de DV 98, wordt hier door de Gemeente zelf weerlegd. Niet onvermeld mag ook blijven hetgeen de Gemeente in haar schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 heeft aangevoerd in haar betoog dat bindend adviseurs ten onrechte in hun vierde tussenbeslissing onder 26 hebben aangegeven dat de Gemeente zich zou inspannen de woningen proportioneel aan te bieden gedurende de resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, zulks met een maximum van 50 per jaar. Onder 1.40 t/m 1.43 van bedoeld processtuk geeft de Gemeente gemotiveerd aan waarom het niet om een maximum van 50 per jaar maar om een gemiddeld aantal van 50 per jaar zou moeten gaan. Daar wordt onder no. 1.40 onder meer het volgende gesteld: *"Ook de Gemeente heeft in de punten 8.33 t/m 8.36 van haar MvA ook als uitgangspunt genomen dat een uitnodiging aan Vahstal ter bespreking van een woningbouwproject van een evenredig deel van de (`minimaal 250`) woningen per jaar met een maximum van ca. 50 woningen redelijk zou zijn."* De slotconclusie (zie no. 143) is vervolgens dat de gemeente bindend adviseurs verzoekt om "bij wege

van bindend advies dit oordeel te herzien, dan wel op dit oordeel terug te komen in die zin dat partijen een gemiddeld aantal van 50 woningen voor ogen stond."

12. Bindend adviseurs hebben vervolgens in de vijfde tussenbeslissing "met een maximum van 50 woningen" gecorrigeerd naar "met een gemiddelde van 50 per jaar". Omdat niet geheel duidelijk was of het verzoek om terug te komen op de bedoelde beslissing nog meer of anders inhield dan de gehonoreerde correctie is onder overweging 4 van die tussenbeslissing aan de Gemeente verzocht om aan te geven (bij memorie na deskundigenbericht) of de betreffende beslissing ook overigens nog door de Gemeente ter discussie wordt gesteld. De Gemeente heeft dat gedaan en voert aan dat bindend adviseurs hebben miskend dat Vahstal de proportionele aanbieding baseert op een in 2001 beweerdelijk gemaakte nadere afspraak, waarvan - naar bindend adviseurs hebben vastgesteld - geen sprake is. Zoals hiervoor onder 10 reeds is aangegeven betreft het hier evenzeer een nadere uitwerking van de DV 98, in welk verband gewicht toekomt aan hetgeen partijen ter zake hebben besproken en afgesproken. Dat de inspanningsverplichting om proportioneel contigenten woningen aan te bieden enkel zou hebben gegolden voor de periode die onder de DV 98 nog restte in 2001, mist deugdelijke onderbouwing en is in strijd met hetgeen de Gemeente zelf ter zake eerder heeft aangevoerd (zie hiervoor onder r.o. 11). Onder de O & R 2005 is de looptijd van de DV 98 verlengd met een nieuwe uitwerkingstermijn van 10 jaar en heeft de DV 98 te gelden conform de daaraan (mede in het licht van de onderhandelingen tussen partijen in 2001) te geven uitleg. In de discussie omtrent de gemiddeld per jaar aan te bieden hoeveelheid woningen hebben partijen - blijkens de door hen ingenomen stellingen - steeds het oog gehad op kalenderjaren, nu bijv. wordt gesproken over 2002, 2005, 2014, 2015 enz. In zijn allerlaatste processtuk (antwoordmemorie na deskundigenbericht) betrekt Vahstal op dit punt een nieuwe stelling, te weten dat voor "per jaar" moet worden gelezen de periode van 25 september van enig jaar tot 25 september van het daaropvolgende jaar (zie onder 11.31), zulks gelet op de startdatum van de O & R 2005. Bindend adviseurs begrijpen deze stelling aldus dat in plaats van 25 september moet worden gelezen 29 september, nu 29 september 2005 de startdatum van de O & R 2005 was. In het licht van hetgeen bindend adviseurs reeds hebben beslist ter zake van het gemiddeld aantal per jaar aan te bieden

woningen is, deze nieuwe stelling tardief geponeerd en dus in strijd met de goede procesorde. Bindend adviseurs gaan er daarom aan voorbij.

13. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat de in 2015 door haar gedane aanbiedingen, voor zover die de jaarlijks aan te bieden hoeveelheid woningen (gemiddeld 50) te boven gaan, zijn gedaan met een uitgestelde realisatieverplichting. De Gemeente stelt dat zij aldus rekening heeft gehouden met de door Vahstal gestelde beperkte productiecapaciteit, zodat haar *"naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet het verwijt kan worden gemaakt niet proportioneel te hebben aangeboden."* Vahstal stelt zich op het standpunt dat de Gemeente, door in 2015 voor 197 woningen grond aan te bieden, in strijd heeft gehandeld met de afspraak de woningen aan te bieden in hoeveelheden van gemiddeld 50 per jaar, alsmede dat het in strijd is met de in de DV 98 bepaalde looptijd, welke in de O & R 2005 met tien jaren is verlengd, om de bovengemiddeld gedane aanbiedingen in 2015 te rechtvaardigen, met een beroep op een uitgestelde realisatietermijn. Bindend adviseurs zijn het op dit punt met Vahstal eens. Een uitgestelde realisatietermijn, als door de Gemeente bepleit, zou immers de mogelijkheid openen om kort voor het verstrijken van de overeengekomen referentieperiode grote hoeveelheden woningbouwlocaties aan te bieden, welke eerst in de jaren daarna behoeven te worden gerealiseerd. Daarmee zou in feite de referentieperiode worden verlengd en in strijd worden gehandeld met de op de Gemeente rustende inspanningsverplichting tot het proportioneel aanbieden van de woningen gedurende de nog resterende looptijd van de vaststellingsovereenkomst, als door bindend adviseurs bindend is beslist in de tussenbeslissing van 14 maart 2018 (rechtsoverweging 2) en hierboven nader is gemotiveerd. Goede redenen waarom de Gemeente niet aan de op haar rustende inspanningsverbintenis heeft voldaan, zijn niet aangevoerd, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat Vahstal gedurende een flink aantal jaren van de referentieperiode geen of onvoldoende aanbiedingen zijn gedaan, waardoor Vahstal, zoals hij onweersproken stelt, zijn productiecapaciteit niet heeft kunnen benutten (zie de laatste memorie van Vahstal onder 11.28). Naar het oordeel van bindend adviseurs rustte op Vahstal onder de gegeven omstandigheden ook niet de plicht om de in 2015 gedane aanbiedingen, voor

zover disproportioneel, geheel of ten dele te accepteren om zijn schade te beperken.

14. Hetgeen hiervoor is overwogen leidt onder meer tot de conclusie dat bindend adviseurs geen reden zien terug te komen op hetgeen zij met betrekking tot de gemiddeld per jaar aan te bieden hoeveelheid woningen, hebben overwogen in de vierde tussenbeslissing (overwegingen 24 t/m 26) en hetgeen zij in aanvulling daarop onder 2 en 3 van de vijfde tussenbeslissing hebben overwogen en beslist. Bindend adviseurs, die beslissen als goede mannen naar billijkheid, voegen daaraan nog toe dat eenzelfde eindresultaat, op basis van de voorliggende feiten, ook wordt verkregen door toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid.

Deskundigenbericht - algemeen

15. In de zesde tussenbeslissing is door bindend adviseurs een deskundigenbericht gelast met benoeming van drie door de bindend adviseurs in hun vijfde tussenbeslissing voorgestelde deskundigen, waartegen door partijen – nadat hen daartoe de gelegenheid is geboden - geen bezwaren zijn geopperd. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op de vragen zoals bindend adviseurs die in de vijfde tussenbeslissing voorshands hadden geformuleerd. Partijen hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt en bindend adviseurs hebben vervolgens in de zesde tussenbeslissing, met in achtneming van de ter zake door partijen gemaakte opmerkingen, de vraagstelling definitief gemaakt en aan de deskundigen voorgelegd. Het in november 2019 verschenen concept-rapport van de deskundigen is aan partijen toegezonden, waarbij partijen in de gelegenheid zijn gesteld. *"Opmerkingen en verzoeken te doen (artikel 198 lid 2 Rv) waarbij het accent ligt op het krijgen van opheldering over onderdelen van het deskundigenrapport die niet worden begrepen. Om partijen nadien in de gelegenheid te stellen bij bindend adviseurs effectief commentaar te leveren, is het aangewezen dat de deskundigen de verlangde opheldering binnen de grenzen van het redelijke verschaffen. Of de deskundigen voor het overige aanleiding zien om in reactie op het door partijen eventueel gemaakte*

opmerkingen hun concept-rapport aan te passen, of om dat buiten beschouwing te laten, is aan de deskundigen."

16. Partijen hebben van die geboden mogelijkheid in ruime mate gebruik gemaakt. Van de zijde van Vahstal zijn 20 pagina's A4 met vragen en/of opmerkingen aan de deskundigen voorgelegd en van de zijde van de Gemeente 18 pagina's A4. De deskundigen hebben vervolgens hun definitieve rapport opgemaakt, waarbij zij, als bijlage, de vragen en/of opmerkingen van partijen hebben gevoegd met daarop per vraag/opmerking hun reactie.

17. Vahstal heeft in zijn memorie na deskundigenbericht aangegeven zich in grote lijnen te kunnen vinden in hetgeen de deskundigen hebben gerapporteerd. Slechts voor het geval de Gemeente de uitkomsten van het rapport betwist, reageert Vahstal (voorwaardelijk) inhoudelijk op de aanbiedingen waarvan de deskundigen hebben geconcludeerd dat deze marktconform waren en behoudt hij zich het recht voor daar ook nog nader op in te gaan. De Gemeente acht dat voorwaardelijke verweer van Vahstal in strijd met de goede procesorde en geeft aan dat het rapport van de deskundigen om allerlei redenen de toets der kritiek niet kan doorstaan. De deskundigen zouden niet of slechts summier hebben gereageerd op de vragen en opmerkingen welke de Gemeente naar aanleiding van het conceptrapport hebben gesteld/gemaakt, het rapport zou kwalitatief niet aan de maat zijn en gekleurd zijn door (voor)oordelen, het zou niet coherent zijn, niet inzichtelijk, niet consistent en niet voldoen aan de randvoorwaarden ex artikel 198 Rv. Kortom, in de visie van de Gemeente zou er aan de eindrapportage van de deskundigen geen betekenis moeten worden toegekend in dit bindend advies.

18. Voor zover de kritiek van de Gemeente op het rapport in algemene zin is geformuleerd, gaan de bindend adviseurs daaraan vooreerst voorbij, nu het rapport een samengesteld rapport is waarin per door de Gemeente gedane aanbieding een analyse wordt gegeven. Bindend adviseurs zullen eerst de diverse aanbiedingen de revue laten passeren en per aanbieding aangeven of zij de conclusies van de deskundigen delen, waarbij vanzelfsprekend de specifieke kritiek van partijen per aanbieding aan de orde zal komen. Daarna zal – waar nodig – nog nader worden ingegaan op de kritiek in algemene zin die met name zijdens de Gemeente op het rapport is geuit (zie bijvoorbeeld hierna onder, 25, 26 en 27). Wel wordt hier reeds opgemerkt dat de deskundigen zijn voorgesteld omdat zij alle drie, vanuit hun eigen professie,

zeer ervaren zijn in de wereld van het vastgoed. Nu partijen zonder meer hebben ingestemd met de benoeming van de voorgestelde deskundigen, gaat het niet aan de kwaliteit van de rapportage ter discussie te stellen, enkel omdat de deskundigen beweerdelijk slechts summier hebben gereageerd op de vele door partijen gemaakte opmerkingen en gestelde vragen en hun eindrapport slechts ten dele hebben aangepast in vergelijking met het conceptrapport. Dat klemt temeer nu aan de vraagstelling van partijen en de door partijen naar aanleiding van het conceptrapport gemaakte opmerkingen veelal ten grondslag ligt dat de betreffende partij het oneens is met de bevindingen van de deskundigen. Ook rechtvaardigt het feit dat de deskundigen in meer algemene zin opmerkingen hebben gemaakt over het handelen van de Gemeente en/of Vahstal niet de vergaande conclusie dat er sprake zou zijn van partijdigheid bij de deskundigen, temeer nu de deskundigen door bindend adviseurs in de laatste aan hen gestelde vraag zijn uitgenodigd vanuit hun deskundigheid ook overigens opmerkingen te maken over de voorliggende kwestie. Daarbij is het vanzelfsprekend aan bindend adviseurs in hoeverre zij aan die opmerkingen gewicht toekennen bij hun eindadvies. Bij dit alles past nog een opmerking in algemene zin. Bindend adviseurs zijn tot benoeming van drie onafhankelijke deskundige overgegaan omdat zij zelf in onvoldoende mate de kennis en ervaring hebben om te beoordelen of de door de Gemeente gedane aanbiedingen al dan niet marktconform waren en tegen de achtergrond van de elkaar tegensprekende, door partijen overgelegde rapporten van Van der Pijl en Stadkwadraat. Dat gebrek aan kennis en ervaring beperkt bindend adviseurs echter ook bij de beoordeling van de vraag of het deskundigenrapport "naar beste weten" tot stand is gekomen (de zogenaamde kennisparadox). Dat brengt mede dat hoge eisen mogen worden gesteld aan de onderbouwing van de stellingen van een partij die achteraf het verwijt uit dat de deskundigen bij de opstelling van hun rapport niet onpartijdig waren en dat het rapport kwalitatief onder de maat is. Een in reactie op het rapport van de onafhankelijke deskundigen uitgebracht rapport van een partij-deskundige (zoals in casu door de Gemeente is ingebracht) kan daarbij een hulpmiddel zijn, maar komt – anders dan de Gemeente lijkt te veronderstellen – geen doorslaggevend betekenis toe. Overigens is het naar het oordeel van bindend adviseurs niet in strijd met de goede procesorde om de memorie na deskundigenbericht mede te baseren op een bij die memorie overgelegd partij-

deskundigenbericht (het rapport van Stadkwadraat van 21 juli 2020 – productie 5 bij de memorie na enquête van de zijde van de Gemeente).

19. Naar aanleiding van vragen van de Gemeente hebben de deskundigen, alvorens in te gaan op de door de Gemeente gedane aanbiedingen, in algemene zin in hun eindrapportage aangegeven wat zij vanuit hun expertise verstaan onder "marktconforme grondprijzen" en "marktwaarde", alsmede welke methode zij hebben gehanteerd om tot een grondwaardebepaling te komen. De deskundigen hebben daarbij aangegeven dat hun waardering geen formele taxatie mag worden genoemd en dat zij het daarom een indicatieve toets hebben genoemd. Wel geven zij aan daarbij een werkwijze te hebben gebruikt die vergelijkbaar is met de werkwijze bij een officiële taxatie. Naar het oordeel van bindend adviseurs hebben zij daarmee in voldoende mate gereageerd op de desbetreffende vragen. De Gemeente stelt in haar memorie na deskundigenbericht (onder 6.7.12) in reactie daarop dat de deskundigen op dat punt niet kunnen worden gevolgd omdat zij een eigen weging dienden te maken binnen de door bindend adviseurs gestelde kaders, maar laat na aan te geven waar de deskundigen dat niet hebben gedaan. Haar kritiek ter zake mist derhalve feitelijke onderbouwing. Vervolgens hebben de deskundigen een aantal algemene opmerkingen gemaakt over het ontstaan van de geschillen tussen partijen, zoals zij dat hebben afgeleid uit de aan hen door partijen ter beschikking gestelde processtukken. Voor zover nodig wordt daarop per aanbieding teruggekomen. Wel kan hier reeds worden vastgesteld dat ook de kritiek op hetgeen de deskundigen hebben opgemerkt over de bedoeling van DV 98 (te weten dat Vahstal moest worden gecompenseerd) verder geen relevantie toekomt. Wat daarvan verder ook zij, ook hier geldt dat de Gemeente niet heeft onderbouwd hoe dat bekritiseerde uitgangspunt effect kan hebben gehad op bevindingen van de deskundigen in het licht van de door de deskundigen gehanteerde methode om tot een grondwaardebepaling te komen. Bij het aanbieden van woningprojecten mag immers, zoals de deskundigen in hun rapportage duidelijk hebben aangegeven, geen sprake zijn van subsidiëring/staatssteun. Bindend adviseurs merken in dat verband ook nog op dat er veeleer sprake lijkt van een semantische discussie tussen partijen. Waar Vahstal stelt dat de DV 98 bedoeld was om hem te compenseren, spreekt de Gemeente vooral over het normaliseren van de betrekkingen (conform de tekst van de DV 98), maar soms ook over "zogenaamde compensatieprojecten" (zie bijvoorbeeld de

Raadsinformatiebrief d.d. 12 januari 2010, door Vahstal overgelegd als productie J1 bij de schriftelijke pleitnota van 08-12-2017).
Dat de deskundigen bij de beantwoording van de aan hen gestelde vragen zijn uitgegaan van "woningen in het duurdere, hogere segment (luxe vrije sector)" wordt weliswaar door de Gemeente gesteld maar is door de deskundigen uitdrukkelijk van de hand gewezen en blijkt, naar het oordeel van bindend adviseurs, allerminst uit de rapportage. Alhoewel het kopje bij 2.5 van het eindrapport van de deskundigen *V.O.N prijs vrije sector luxe*, welllicht voor wat verwarring heeft gezorgd, blijkt uit hetgeen daar door de deskundigen is weergegeven duidelijk dat er wordt gereageerd op hetgeen De Brink Groep onder het dure segment verstaat. Wat de Gemeente met bedoeld commentaar beoogt te stellen is overigens niet helder, nu de deskundigen immers steeds de feitelijk door de Gemeente gedane aanbiedingen hebben beoordeeld. Daarbij ging het zowel om vrijstaande woningen, twee onder één kap woningen, rijtjeswoningen in de vrije sector en appartementen. De deskundigen hebben desgevraagd ook nog aangegeven dat er geen licht zit tussen hetgeen zij hebben overwogen omtrent het begrip marktconformiteit en de definitie die bindend adviseurs ter zake hadden *gegeven* in de vierde tussenbeslissing. Tenslotte hebben de deskundigen in algemene zin aangegeven wat zij vinden van de bevindingen van de door Vahstal ingeschakelde deskundige Van der Piji (van de Brink Groep) en van de door de Gemeente ingeschakelde deskundige Stadkwadraat. Ten aanzien van Van der Piji wordt geconcludeerd dat er – zoals Van der Pijl ook zelf aangeeft – sprake is van een globaal antwoord op de gestelde vragen en dat hij desgewenst dieper en inhoudelijker op de materie zou kunnen ingaan, maar dat dat niet is gebeurd. De deskundigen concluderen dan ook dat de algemene constatering door Van der Pijl dat de aanbiedingen niet marktconform zouden zijn geweest en dat de Gemeente geen rekening heeft gehouden met de marktontwikkelingen niet wordt onderbouwd en dat dat ook niet generiek kan worden gesteld. Ook bij de rapportage van Stadkwadraat zetten de deskundigen vraagtekens. Kenmerkend voor de door Stadkwadraat gehanteerde residuele grondwaarde methodiek is dat in de fase van de grondaanbieding de programmering niet in detail is uitgewerkt, zodat het een toetsing op hoofdlijnen blijft. De deskundigen komen tot de conclusie dat Stadkwadraat de bouwprijzen voor die tijd aan de lage kant heeft vastgesteld en onvoldoende heeft meegewogen dat de consumenten in het hogere segment in de betreffende periode moesten worden verleid om tot aankoop over te gaan, hetgeen invloed had op de kostprijs. Ook de door Stadkwadraat

gebruikte referentieobjecten zijn volgens de deskundigen niet altijd representatief omdat het dan om enkele unieke transacties ging. Bindend adviseurs achten deze kritiek op berichten van de partij-deskundigen dan ook niet zonder grond.

Welke aanbiedingen tellen mee?

20. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of en wanneer een aanbieding in mindering mag worden gebracht op het totaal van de door de Gemeente aan Vahstal aan te bieden woningbouwlocaties. Vahstal stelt dat alleen door hem geaccepteerde aanbiedingen in mindering kunnen strekken op die verplichting, terwijl de Gemeente meent dat alleen aanbiedingen die terecht door Vahstal zijn geweigerd, in mindering kunnen worden gebracht. Onder verwijzing naar hetgeen bindend adviseurs in hun tussenbeslissing van 14 maart 2018 onder 19 hebben overwogen (Haviltexcriterium), zijn bindend adviseurs van oordeel dat de DV 98 op dit punt aan duidelijkheid weinig te wensen over laat. De Gemeente is verplicht woningbouwprojecten, waarop een nader omschreven hoeveelheid woningen kan worden gerealiseerd, aan Vahstal aan te bieden. Daarbij is omschreven onder welke voorwaarden Vahstal "gerechtigd" zal zijn een aanbieding te accepteren. Alhoewel het woord "gerechtigd" wellicht wat ongelukkig gekozen is, biedt de wijze waarop partijen hebben getracht invulling te geven aan een en ander steun voor de conclusie dat bij partijen de bedoeling heeft voorgezeten aan te geven aan welke voorwaarden een aanbod van de Gemeente zou moeten voldoen. De verweren die Vahstal (zowel in de correspondentie naar aanleiding van een concreet aanbod, als ook in deze procedure) heeft ontwikkeld tegen de door de Gemeente gestelde aanbiedingen, hebben immers allemaal betrekking op het niet acceptabel zijn van de voorwaarden waaronder de aanbiedingen zijn gedaan (niet marktconform, meer regels dan die voortvloeien uit de globale regelingen enz.). Als het Vahstal vrij zou hebben gestaan ook een aanbod te weigeren dat aan alle daaraan (op basis van de DV 98 en/of de O & R 2005) te stellen voorwaarden voldoet, zonder dat een dergelijk aanbod in mindering strekt op het aantal woningbouwlocaties die de Gemeente verplicht was aan te bieden, zou op de Gemeente een in tijd niet bepaalde verplichting hebben gerust. Door simpelweg nee te zeggen tegen een gedane aanbieding, zou Vahstal dan immers (telkens) kunnen voorkomen dat de Gemeente aan haar verplichtingen kon voldoen. Juist uit het feit dat partijen voor de DV 98 en later opnieuw voor de O & R 2005 een periode zijn overeen gekomen waarbinnen

de aanbiedingen moesten worden gedaan, kan worden afgeleid dat die bedoeling niet bij partijen heeft voor gezeten. Nu de Gemeente uitdrukkelijk heeft betwist dat partijen een afspraak hebben gemaakt als door Vahstal gesteld, rust – in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen – de bewijslast ter zake op Vahstal. Een voldoende gemotiveerd bewijsaanbod ligt echter niet voor, zodat verder aan deze stelling van Vahstal moet worden voorbijgegaan.

De Velden 3G (prod. 7C)

21. Met betrekking tot de aanbieding De Velden 3G (productie 7 C bij de memorie van eis in reconventie) geven de deskundigen aan dat er sprake is van een marktconform aanbod. De Gemeente is het daarmee eens. Vahstal stelt dat de aanbieding buiten de referentieperiode valt en geeft in zijn laatste memorie tevens aan dat de Gemeente zich niet heeft gehouden aan het aanbiedingstraject als vastgelegd in de DV 98. Nu de betreffende aanbieding is gedaan op 22 maart 2005 en de correspondentie ter zake tussen partijen is geëindigd met de brief van de Gemeente aan Vahstal van 2 mei 2005 (waarbij het verzoek om verlenging van de aanbiedingstermijn werd afgewezen) en niet is gesteld of gebleken dat deze aanbieding na 29 september 2005 opnieuw is gedaan, valt deze aanbieding inderdaad buiten de referentieperiode (zie hiervoor) en telt zij niet mee. Met betrekking tot deze aanbieding wordt op basis van de als productie 7C bij memorie van eis in reconventie feitelijk ook nog het volgende vastgesteld. De aanbiedingsbrief van 22 maart 2005 (waarin aan het slot stond dat ter zake deze aanbieding contact met Vahstal zou worden opgenomen door mevrouw J. Besseling (procesmanager van het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst, verder het OBV) is gevolgd door een brief van 19 april 2005, ondertekend door genoemde J. Besseling van het OBV. In die brief wordt verwezen naar het bij brief van 22 maart 2005 gedane aanbod en wordt vervolgens – onder verwijzing naar "de door u gesloten overeenkomst met de Gemeente Amersfoort" aangegeven dat de aanbieding 1 maand standhoudt, hetgeen betekent dat voor 25 april 2005 een schriftelijke bevestiging van het in ontwikkeling nemen van het project dient te zijn ontvangen. Vahstal reageert de volgende dag (brief van 20 april 2005) en verzoekt om verlenging van de termijn van de gedane aanbieding, daarbij verwijzend naar de gesprekken die op dat moment plaatsvonden onder leiding van de heer Struijk, waarbij Vahstal aangeeft dat het er op lijkt "*dat er op korte termijn overeenstemming komt met de gemeente over het project Handelsgebouw wat niet in uw invloedsfeer ligt, met daaraan gekoppeld*

afspraken omtrent de woningbouwprojecten." In reactie op die brief ontvangt Vathorst de brief van Van der Horst, de directeur van het OBV van 2 mei 2005. Van der Horst geeft aan op de hoogte te zijn van de gesprekken die de heer Struijk met Vahstal heeft gevoerd, maar geeft – zakelijk weergegeven – aan zulks in het kader van de gedane aanbieding niet van belang te vinden en stelt vast dat de gegunde termijn van 4 weken is verstreken en dat Vahstal niet op de aanbieding wenst in te gaan. Van der Horst geeft verder aan dat vanwege de voortgang van het project verlenging van de aanbiedingstermijn niet aan de orde kan zijn, zodat de aanbieding wordt ingetrokken, en het OBV zich vrij acht "mede namens de gemeente Amersfoort" dit bouwvolume aan derden aan te bieden. Bindend adviseurs volgen Vahstal in diens stelling dat de aanbieding niet conform de afspraken in de DV 98 is gedaan. De DV 98 kent niet de strakke aanbiedingstermijn die het OBV heeft aangehouden. De DV 98 bepaalt immers onder A.1 – zakelijk weergegeven - dat Vahstal gehouden is binnen 1 maand, nadat het overleg met de Gemeente inzake een door de Gemeente gedaan aanbod tot realisatie van woningbouwproject is afgerond, schriftelijk te kennen dient te geven niet in het aanbod geïnteresseerd te zijn, bij gebreke waarvan het de Gemeente vrij zal staan het project aan een derde aan te bieden. Het overleg zal echter eerst als afgerond worden beschouwd indien de Gemeente schriftelijk een aanbieding doet met inachtneming van de resultaten van het overleg tussen partijen. In casu is omtrent afgerond overleg niets naders gesteld of gebleken. Het OBV heeft afwijzend gereageerd op een – in de ogen van bindend adviseurs alleszins redelijk - verzoek van Vahstal en heeft aan het enkel verstrijken van de door haar eenzijdig bepaalde aanbiedingstermijn de conclusie verbonden dat het hem en de Gemeente vrij stond het project aan een derde aan te bieden. Dat Vahstal het project niet heeft willen aanvaarden, of zelfs niet inhoudelijk heeft willen reageren op het aanbod (zoals de Gemeente in haar laatste memorie onder 10.4.5.4 stelt) vindt derhalve geen steun in de feiten. Evenmin is sprake van een tussentijdse beëindiging van het overleg om moverende redenen door Vahstal, als omschreven in de DV98. Een gemotiveerd en redelijk verzoek tot uitstel doet, anders dan de Gemeente aangeeft, geen "claim van onbeperkte duur" ontstaan op een project. Nader overleg ter zake en het verlenen van enig uitstel had in de rede gelegen. Indien het project geen uitstel kon velen, had het bovendien op de weg van de

Gemeente gelegen dit tijdig en gemotiveerd aan Vahstal te laten weten, in plaats van hem te overvallen met de intrekking van het aanbod.

De Velden 3DEF (prod. 7D)

22. Met betrekking tot de aanbiedingen De Velden 3DEF (productie 7 D bij de memorie van eis in reconventie geven de deskundigen aan dat deze niet (meer) marktconform was. Vahstal is het daarmee eens, de Gemeente niet. Uit de door de Gemeente inzake deze aanbieding overgelegde correspondentie (productie 7 D bij de memorie van eis in reconventie) blijkt het volgende. Het betreffende aanbod (29 vrijstaande woningen) is namens de Gemeente door het OBV gedaan bij brief van 15 november 2005. Vahstal heeft op 13 januari 2006 aan het OBV laten weten het aanbod te accepteren. Vervolgens is er tussen Vahstal en het OBV (in de persoon van zijn directeur de heer Van der Horst) enig gedoe ontstaan over de architectenkeuze. Vanaf 5 juli 2006 vindt de vervolgdiscussie ter zake plaats tussen Vahstal en de heer Kamphorst van de Gemeente. Bij brief van 31 augustus 2006 laat de heer Kamphorst aan Vahstal weten dat de bij brief van 5 juli 2006 aan Vahstal gestelde termijn, om met het OBV tot overeenstemming te komen over de architectenkeuze, inmiddels is overschreden, doch dat Kamphorst – *"nu echter een begin is gemaakt met de architectenkeuzen"* – bereid is die termijn te verlengen tot 30 september 2006. Kamphorst geeft verder aan dat indien Vahstal deze uiterste termijn laat verlopen, de Gemeente de redelijke termijn voor aanvaarding van het aanbod verlopen acht. Bij brief van 19 september 2006 meldt het OBV aan Vathorst dat één van de door laatstgenoemde voorgestelde architecten zal worden voorgedragen aan de supervisor. Vermeld wordt dat als de eerder door de Gemeente aangegeven deadline (30 september 2006) niet wordt gehaald het OBV de Gemeente voor zal stellen enig uitstel te verlenen. Het bedoelde architectenbureau krijgt bij brief van 20 september 2006 bericht van het OBV dat het zal worden uitgenodigd voor een gesprek met de stedenbouwkundige supervisor ter concretisering van de architectenkeuze. Onduidelijk is wat er in de daaropvolgende periode van eind 2006 tot begin 2009 is gebeurd. Vahstal heeft alleen aangegeven dat na lange gesprekken met bemiddelaar Struijk de systematiek van verkoopprijsafhankelijke grondprijzen met een gegarandeerde minimumprijs is gewijzigd in vaste grondprijzen met vrije verkoopprijzen Op 16 januari 2009 wordt er namens Vahstal een e-mail gestuurd aan de heer Van der Horst waarin wordt aangegeven dat Vahstal – zoals eerder die week besproken – voorstellen heeft gemaakt "om in de huidige

markt aansluiting te vinden met de kopersvraag." Vermeld wordt ook nog dat de huidige ontwerpen "*niet blijken aan te slaan bij de kopersvraag.*" Bij het mailbericht zijn diverse art- impressies van de voorgestelde woningen gevoegd. Op 17 februari 2009 laat het OBV vervolgens aan Vahstal weten dat de voorstellen die Vahstal heeft toegestuurd wellicht aansluiten op de huidige markt, maar niet overeenkomen met de kwalitatieve en conceptuele randvoorwaarden die voor de betreffende locatie van toepassing zijn. Het OBV geeft aan dat een nieuw te ontwerpen woningtype wellicht tot meer (verkoop)mogelijkheden zal leiden. Het OBV verklaart zich bereid de afspraak over de grond van de betreffende locatie (6 % rente vanaf 1 april 2008) te continueren tot 1 juli 2009 en geeft aan dat de grond na die datum in principe dient te worden afgenomen. Bij brief van 23 februari 2009 laat Vahstal vervolgens aan het OBV weten geen verdere basis voor ontwikkeling van de betreffende kavel te zien omdat de vraag naar woningen in het door de architect in samenspraak met de stedenbouwkundige ontwikkelde plan minimaal is. Vahstal geeft aan dat het het OBV vrijstaat de kavel aan derden te verkopen. Het college van B & W van de Gemeente bevestigt e.e.a. bij brief van 24 maart 2009 onder de mededeling dat de aangeboden 29 woningen "*in mindering zullen worden gebracht op de met u afgesproken claim van 250 woningen, waarvan 100 in de bestaande stad.*" De brief vervolgt: "*daarnaast is reeds eerder in mindering gebracht een aantal van 20 woningen (brief OBV d.d. 8-7-2002). Per saldo resten nog 101 woningen die in Vathorst aan u zullen worden aangeboden. U kunt – voordat de duur van de overeenkomst verstreken is – ervan uitgaan dat wij er naar streven de overige woningen in Vathorst aan u te hebben aangeboden in – op uw verzoek – niet te grote aantallen (met een maximum van circa 50).*" Afgezien van het feit dat de laatste zin (door de Gemeente ook aangehaald in haar schriftelijke pleitnota van 08-12-2017) nog maar weer eens onderstreept dat er wel degelijk een (interpretatieve) afspraak lag omtrent gespreide aanbieding (hier benoemd als circa 50 woningen) en dat over aftrek van de in 2005 aangeboden woningen niet wordt gerept, maakt deze correspondentie duidelijk dat Vahstal de grond feitelijk niet heeft afgenomen omdat het woningtype, waarover kennelijk op enig moment (in de periode tussen 20 september 2006 en begin januari 2009) overeenstemming was bereikt tussen de stedenbouwkundige en de architect) niet meer aansloot bij de vraag uit de markt. Vahstal heeft in zijn memorie van antwoord in reconventie in dat verband gesteld dat er aanvankelijk 350 belangstellenden waren voor het betreffende project, maar dat er medio 2008, toen het resultaat van het overleg tussen de architect en de

stedenbouwkundige op de markt kwam, nog maar 1 gegadigde overbleef. Die stelling is door de Gemeente op zich niet bestreden. Er was derhalve toen (in 2008/2009) geen sprake meer van een marktconforme prijs, aldus Vahstal. De door bindend adviseurs benoemde deskundigen onderschrijven dat. Alhoewel vaststaat dat Vahstal het marktconforme aanbod van de Gemeente op 13 januari 2006 heeft geaccepteerd, blijkt uit de inhoud van de bij dat aanbod gevoegde Projectrealisatie Overeenkomst dat er nog het nodige aan overeenstemming tussen partijen moest worden bereikt over de invulling van het project, alvorens de woningen in de markt konden worden gezet. Een belangrijk aspect daarbij was de architectenkeuze en het bereiken van overeenstemming ter zake en het vervolgens bereiken van overeenstemming over de definitieve invulling van het project tussen de architect (namens Vahstal) en de stedenbouwkundige (namens het OBV c.q. de Gemeente). Uit hetgeen hiervoor is overwogen blijkt dat het tot medio 2008 (als door Vahstal gesteld en niet door de Gemeente weersproken) heeft geduurd voordat een en ander was afgerond en de woningen aan de markt konden worden aangeboden. Inmiddels was de woningmarkt ernstig verslechterd en dreigde een nog verdere verslechtering, zoals ook door de deskundigen in hun rapportage is aangegeven. Nu vaststaat dat Vahstal het aanbod van de Gemeente d.d. 14 november 2005, welk aanbod zowel door de deskundigen als door Stadkwadraat als marktconform is bestempeld, heeft aanvaard en partijen klaarblijkelijk ook in gezamenlijk overleg invulling hebben gegeven aan de in de Projectrealisatie Overeenkomst genoemde voorwaarden, valt niet in te zien waarin de Gemeente ter zake is tekort geschoten. Vahstal heeft dat overigens ook niet met zoveel woorden gesteld. Bindend adviseurs gaan derhalve voorbij aan de conclusie van de deskundigen dat het voorliggende aanbod in 2008 niet (meer) marktconform was omdat die constatering, door de acceptatie van het eerdere aanbod door Vahstal, geen relevantie meer toekomt. De vordering in conventie komt derhalve in zoverre voor wat dit project betreft, niet voor toewijzing in aanmerking.

Vahstal heeft echter, zowel in zijn memorie van antwoord in reconventie, als in zijn schriftelijke pleitnota van 8 december 2017 gesteld dat de Gemeente had toegezegd akkoord te zullen gaan met het niet doorgaan van de transactie als het product wat in de markt zou worden gezet, onverkoopbaar zou blijken te zijn. De Gemeente heeft dat niet weersproken. In dat licht bezien valt – zonder verdere toelichting, die ontbreekt – niet te begrijpen waarom de Gemeente in haar brief van 24 maart 2009 (verzonden op 8 april 2009), na zonder meer akkoord te zijn gegaan met hetgeen Vahstal in zijn brief van 23

februari 2009 had aangegeven, meent toch gerechtigd te zijn de betreffende 29 woningen op het totaal in mindering te brengen. Dat brengt mede dat ook de eis in reconventie – voor zover gebaseerd op deze aanbieding – niet voor toewijzing in aanmerking komt.

23. In de vierde tussenbeslissing is echter beslist dat de Gemeente gehouden was 375 woningen aan Vahstal aan te bieden. Tegen die achtergrond zijn de beslissingen in conventie en reconventie, ten aanzien van het aantal aan te bieden of aangeboden woningen communicerende vaten. Dat betekent dat wat er in conventie af gaat er in reconventie bij behoort te komen en omgekeerd. De aldus ontstane discrepantie kan alleen worden opgeheven door de betreffende vordering bij helfte aan partijen toe te wijzen, dus zowel 14,5 in conventie en 14,5 in reconventie. Bindend adviseurs zullen dienovereenkomstig beslissen.
Hieraan kan nog worden toegevoegd dat deze beslissing bindend adviseurs ook billijk voorkomt. Het marktconforme aanbod van de gemeente uit 2005, dat Vahstal in 2006 accepteerde, verloor in 2008 zijn marktconforme karakter door het intreden van de vastgoedcrisis. Zoals blijkt uit het onder 21 weergegeven feitenoverzicht, heeft geen van de partijen inzicht gegeven in wat tussen partijen is voorgevallen tussen eind 2006 en begin 2009. Het dossier biedt dan ook geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag of het intreden van de vastgoedcrisis voor risico van een der partijen moet worden gebracht en zo ja voor welke partij. Ook die onduidelijkheid billijkt naar het oordeel van bindend adviseurs de toewijzing van de vordering bij helfte aan partijen.

De Laak 2A (prod. 7E),
De Velden DEF (prod. 7F) en
Eiland 4, deelplan De Bron 1C (prod. 7G)

24. Voor wat betreft de aanbiedingen De Laak 2A, In de Velden DEF en Eiland 4, deelplan De Bron 1C (respectievelijk de producties 7E, 7F en 7G bij memorie van eis in reconventie) hebben de deskundigen aangegeven dat geen sprake is van marktconforme aanbiedingen. Voor wat betreft de aanbieding in De Velden DEF (productie 7F bij memorie van eis in reconventie) zijn partijen het daarmee eens. Wel stelt de Gemeente zich op het standpunt dat er ten aanzien van die aanbieding sprake is van "eigen schuld" aan de zijde van Vahstal omdat hij niet op de betreffende aanbieding heeft gereageerd. Vahstal is het ook eens met de conclusie van de deskundigen ten aanzien van de beide andere

aanbiedingen (De Laak 2A en De Bron 1C), de Gemeente niet. De Gemeente is bovendien van mening dat ook ten aanzien van de aanbieding De Laak 2A geldt dat er sprake is van "eigen schuld" aan de zijde van Vahstal, omdat hij niet op de aanbieding heeft gereageerd.

25. De kritiek van de Gemeente houdt met name in dat de deskundigen hun conclusies ter zake onvoldoende hebben onderbouwd. Zij geven weliswaar aan dat er weinig informatie voorhanden was om hun oordeel op te baseren, maar geven niet aan welke informatie ontbreekt en waarom zij eventueel ontbrekende informatie niet hebben opgevraagd, aldus de Gemeente. Nadat deze kritiek door de Gemeente naar aanleiding van het concept-rapport was geuit, hebben de deskundigen aangegeven dat zij alleen gebruik hebben gemaakt van de hen door partijen aangereikte documenten en dat het opvragen van extra informatie het kader van hun opdracht te buiten zou gaan. Zij hebben daarbij voor wat betreft deze drie aanbiedingen opgemerkt dat de gesprekken tussen partijen uiteindelijk niet hebben geleid tot overeenstemming omdat tijdens de looptijd van de gesprekken de markomstandigheden dusdanig waren gewijzigd dat een marktconforme ontwikkeling tegen marktconforme voorwaarden op dat moment niet meer mogelijk was.

26. Bindend adviseurs stellen vast dat de deskundigen niet hebben gesteld dat zij over te weinig informatie beschikten om een oordeel te kunnen geven over de drie projecten, maar slechts dat de (door partijen aan de deskundigen ter beschikking gestelde) documenten weinig informatie ter zake bevatten. De deskundigen hebben de aanbiedingen beoordeeld tegen de achtergrond van de door hen in algemene zin geschetste kaders in antwoord op de eerste aan hen voorgelegde vraag en hebben vervolgens een kritische beschouwing gegeven naar aanleiding van hetgeen de partij-deskundigen (Van der Pijl van de Brinkgroep en Stadkwadraat) ten aanzien van de drie aanbiedingen hadden opgemerkt. Vanuit hun kennis en ervaring zijn zij vervolgens tot de door de Gemeente bekritiseerde conclusie gekomen. Bindend adviseurs nemen deze conclusie en de daaraan ten grondslag gelegde redenering over Zij merken daarbij op dat de deskundigen hadden te roeien met de riemen die door bindend adviseurs, na overleg met partijen, ter beschikking waren gesteld.

27. Bindend adviseurs gaan derhalve voorbij aan hetgeen Stadkwadraat, de na het verschijnen van het rapport van de deskundigen wederom door de Gemeente

ingeschakelde partij deskundige, in haar rapport van 21 juli 2020 ter zake heeft opgemerkt.

28. Voor wat betreft de aanbieding In de Velden DEF (productie 7F bij memorie van eis in reconventie) heeft ten aanzien van het eigen schuld verweer van de Gemeente het volgende te gelden. De brief van 25 mei 2011, waarbij het OBV haar aanbod doet, bevat een concreet aanbod, met daarbij de projectrealisatieovereenkomst. Indien Vahstal het aanbod wenst te aanvaarden wordt hem verzocht die overeenkomst binnen 4 weken ondertekend te retourneren. Weliswaar bevat de brief de uitnodiging om desgewenst in een gesprek de aanbieding toe te lichten, ruimte om met elkaar in onderhandeling te treden, wordt daarin niet geboden. Ook de vervolgbrief van 6 juni 2011 bevat geen uitnodiging om in onderhandeling te treden over het project, maar verlengt slechts de ondertekeningstermijn met twee weken. In haar brief van 4 oktober 2011 (verzonden op 6 oktober 2011 geeft het OBV aan dat, nu Vahstal niet binnen de gestelde termijnen heeft gereageerd, wordt geconcludeerd dat hij geen belangstelling heeft en wordt het aanbod vervallen verklaard. Deze gang van zaken is niet in overeenstemming met hetgeen partijen omtrent het doen van een aanbieding en het vervolgtraject hebben afgesproken (zie in dit verband ook de eigen stelling van de Gemeente in haar pleitnota van 18 december 2017: *...het gaat om een aanbiedingsverplichting. Indien de Gemeente dus heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting om Vahstal uit te nodigen ter bespreking van het overeengekomen aantal projecten binnen de overeengekomen kaders heeft zij voldaan aan de DV 98").* Bindend adviseurs zijn weliswaar van oordeel dat het ongepast was van Vahstal om in het geheel niet te reageren, maar nu de Gemeente dat heeft opgevat als een "nee, geen belangstelling" moet (achteraf) worden beoordeeld of de aanbieding is gedaan binnen de "overeengekomen kaders". Nu de prijs waartegen het project is aangeboden als niet markconform moet worden beoordeeld, moet het antwoord op die vraag negatief luiden. De DV 98 verplichtte Vahstal er immers niet toe de Gemeente te wijzen op de non-conformiteit van het aanbod op straffe van verval van recht. Dat Vahstal in andere gevallen wel is ingegaan op een aanbod waarvan hij zich later op het standpunt heeft gesteld dat het niet conform de DV 98 was gedaan, doet aan het voorgaande niet af.

29. Voor wat betreft de aanbieding de Laak 2A (prod. 7E bij de memorie van eis in reconventie) staat op basis van de door de Gemeente overgelegde

producties genoegzaam vast dat de eerste aanbieding heeft plaatsgevonden op 17 juli 2007. In november 2007 is vervolgens een Concept Projectrealisatie Overeenkomst aan Vahstal gestuurd, waarin als minimaal taakstellende opdracht een bedrag van € 2.313.279,-- wordt genoemd. De deskundigen hebben uit de notulen van de diverse besprekingen (de laatste dateert van 31 januari 2008) opgemaakt dat de plannen nadien drastisch zijn gewijzigd. Van een nieuw (aangepast) financieel voorstel van de Gemeente, blijkt uit de overgelegde producties niets. De deskundigen beoordelen het aanbod als niet marktconform. De Gemeente is ook van mening dat het "openingsbod" niet marktconform was. Stadkwadraat is het in haar rapport van 21 juli 2020 daarmee klaarblijkelijk eens, maar geeft aan dat er nog slechts sprake was van een vraagprijs en dat "door middel van het optimaliseren van het programma en/of het verlagen van de grondwaarde" een marktconforme aanbieding mogelijk was geweest. Probleem is echter dat niet is gesteld of gebleken dat die mogelijkheid is benut, terwijl niet duidelijk is hoe en waarom de onderhandelingen zijn gestaakt. Daar komt nog bij dat Stadkwadraat zelfs na optimalisatie tot een grondwaarde van ca € 2.14 miljoen komt als bovenkant van de aanbieding. Gegeven de te hoge vraagprijs had het naar het oordeel van bindend adviseurs op de weg van de Gemeente gelegen met een nieuw marktconform bod te komen. Het verwijt dat Vahstal niet op de aanbieding heeft gereageerd wordt wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing gepasseerd.

Ten aanzien van de aanbieding De Bron 1C (productie 7G bij de memorie van eis in reconventie) blijkt uit de door de Gemeente als productie 7G bij memorie van eis in reconventie overgelegde producties dat de Gemeente bij brief van 14 november 2013 de oorspronkelijke vraagprijs van € 400,-- per vierkante meter heeft verlaagd naar € 350,-- per vierkante meter, zulks nadat Vahstal had aangegeven dat € 200,-- per vierkante meter het maximaal haalbare was. De door bindend adviseurs benoemde deskundigen zijn van oordeel dat het aanbod van 14 november 2013 niet marktconform was. Zij tekenen daarbij aan dat Heijmans het project weliswaar heeft geaccepteerd voor 2,2 miljoen euro per 1 september 2015, maar dat dat is gebeurd op basis van een heel ander programma (43 woningen vrije sector huur). Stadkwadraat berekent op basis van historische stichtingskosten gebaseerd op het kostenniveau van 01-01-2014 de residuele grondwaarde op ca. 1.79 miljoen euro hetgeen neerkomt op een grondprijs van € 321,-- per vierkante meter. Zij merkt daarbij echter op dat de betreffende Projectrealisatie overeenkomst (PROK) geen harde eisen stelt aan de aantallen, omvang en prijssegmenten, zodat door middel van

optimalisaties in verkaveling, omvang van woningen en opbrengstenniveau een grondprijs van € 375,-- te realiseren was geweest. Bindend adviseurs kunnen Stadkwadrant daarin niet volgen nu de PROK weliswaar ruimte laat voor het indienen van een eigen voorstel voor de programmatische invulling, maar wel uitgaat van ca 30 woningen. Bindend adviseurs scharen zich derhalve in alle drie de gevallen achter de conclusies van de door hen benoemde deskundigen en verwerpen het beroep op eigen schuld aan de zijde van Vahstal voor de aanbiedingen de Velden DEF en De Laak 2A.

De Bron 05 (prod. 7JK)

30. Met betrekking tot de aanbieding De Bron 05 (productie 7 JK bij de memorie van eis in reconventie) stellen de bindend adviseurs vast dat zowel de door hen benoemde deskundigen als de Gemeente en haar partij-deskundige Stadkwadraat van mening zijn dat er sprake was van een marktconforme aanbieding. De eerste aanbieding dateert van 29 juni 2015. Bij brief van 16 september 2015 is aangegeven dat de koopovereenkomst wordt opgesteld voorafgaand aan de notariële afname en betaling van de grond, doch uiterlijk 1 september 2017. Vahstal geeft aan dat hij in 2015 al in totaal 55 woningen had geaccepteerd (De Laak 2A in Vathorst en De Geer in de bestaande stad), zodat hij niet gehouden was meer aanbiedingen te accepteren. Bindend adviseurs zullen dat verweer samen met het soortgelijke verweer ten aanzien van andere aanbiedingen hierna behandelen.

Kop van het Gildekwartier (prod. 7L)

31. Met betrekking tot de aanbieding Kop van het Gildekwartier (productie 7L bij de memorie van eis in reconventie) stellen bindend adviseurs vast dat zowel de door hen benoemde deskundigen als de Gemeente en Stadskwadraat van mening zijn dat het uiteindelijke aanbod voor de prijs van € 2.550.000,-- (bij brief van de gemeente aan Vahstal, verzonden op 28 februari 2013) marktconform was. Vahstal heeft dat op zich ook niet bestreden, maar stelt zich op het standpunt dat hij in 2009 met de Gemeente al overeenstemming had bereikt voor een bedrag van 1,4 miljoen euro. De kwestie of tussen partijen een koopovereenkomst tot stand was gekomen met betrekking tot de Kop van het Gildekwartier is aan de orde gekomen in de procedure voor de voorzieningenrechter inzake het verzoek van Vahstal om beslag te mogen leggen onder de Gemeente. De voorzieningenrechter heeft in zijn beschikking

van 25 april 2013 – zakelijk weergegeven – onder meer geoordeeld dat niet genoegzaam is komen vast te staan dat de door Vahstal gestelde overeenkomst tot stand is gekomen en evenmin dat er sprake was van zodanig vergevorderde onderhandelingen dat Vahstal erop mocht vertrouwen dat een dergelijke overeenkomst tot stand zou komen. Het verzoek van Vahstal is vervolgens afgewezen. Vahstal heeft onweersproken gesteld dat tijdens de behandeling van het verzoek om beslag te mogen leggen, door hem – in een poging een minnelijke regeling te bewerkstelligen – is voorgesteld dat de Gemeente de grond Kop Gildekwartier voor de koopsom van 1,4 miljoen euro aan Vahstal overdraagt en dat Vahstal zekerheid stelt voor de eventuele schade van de Gemeente (het verschil tussen 1,4 miljoen euro en 2.550.000 euro), welk aanbod door de Gemeente is afgewezen. Blijkens productie 55 bij de memorie na deskundigenbericht heeft de advocaat van Vahstal bij mail van 25 april 2013 dat aanbod herhaald. Vahstal heeft onweersproken gesteld dat de Gemeente dat voorstel heeft afgewezen en ter zake van het project een overeenkomst met een derde (Van Bekkum) heeft gesloten. De betreffende overeenkomst is overgelegd (productie 7L bij de memorie van eis in reconventie) en dateert van 10 juli 2013 en geeft aan dat er 73 appartementen, 14 koopwoningen, havenfaciliteiten en bijbehorende parkeervoorzieningen zullen worden gerealiseerd. Bindend adviseurs zijn met de Gemeente van oordeel dat de kwestie of er tussen Vahstal en de Gemeente in 2009 een koopovereenkomst ter zake van de Kop van het Gildekwartier is gesloten in dit bindend advies niet ter beslissing voorligt. Het betoog van Vahstal, dat een in overleg tot stand gekomen niet-bindend akkoord over een koopprijs van 1,4 miljoen de Gemeente verplichtte tot het doen van een aanbod van het project voor 1,4 miljoen (gelet op de zinsnede in de DV 98 "met inachtneming van de resultaten van het overleg van partijen") faalt eveneens. De DV 98 verplicht immers niet tot het doen van zulk een aanbod, maar bepaalt slechts dat als de Gemeente zo'n aanbod niet doet, het overleg nog niet als afgerond kan worden beschouwd. De DV 98 belet de Gemeente niet om in zo'n geval een nieuw overleg te starten met een gewijzigd aanbod en dat heeft de Gemeente ook gedaan. In lijn met hetgeen bindend adviseurs in hun tussenbeslissing van 18 juni 2019 onder 13 hebben beslist, is het dus de vraag of de laatstelijk door de Gemeente gedane aanbieding voor de prijs van € 2.550.000,-- (bij brief van de gemeente aan Vahstal, verzonden op 28 februari 2013) marktconform was. Nu dat het geval blijkt te zijn, moet worden beoordeeld of hetgeen Vahstal in dezen verder als verweer naar voren heeft gebracht, hout snijdt. Het gaat dan om de vraag of het overleg tussen partijen

als afgerond mocht worden beschouwd, op het moment dat de Gemeente het project aan een derde heeft aangeboden en of dat aanbod, afgezien van de prijs, nog hetzelfde project betrof. Het aan Vahstal gedane aanbod (45 woningen) was immers van een geheel andere orde dan hetgeen de betrokken derde kon realiseren (zie hiervoor). Vahstal stelt ook nog dat de Gemeente zijn (schikkings)aanbod van 25 april 2013 niet had mogen passeren. Aan die laatste stelling gaan bindend adviseurs voorbij nu het voorstel wellicht als redelijk kan worden getypeerd, maar niet valt in te zien waarom de Gemeente gehouden zou zijn geweest een op het punt van betaling van haar aanbod afwijkend voorstel te accepteren.

Met betrekking tot de vraag of het overleg tussen partijen als afgerond mocht worden beschouwd, overwegen bindend adviseurs als volgt. De brief van 27 februari 2013 eindigt met de mededeling dat zijdens de Gemeente het initiatief zal worden genomen om de ontwikkeling van de locatie te bespreken. Na dat gesprek zal de Gemeente aan Vahstal de locatie voor verdere ontwikkeling aanbieden. Na verzending van die aanbieding heeft Vahstal een maand om schriftelijk te kennen te geven of hij in de ontwikkeling van de locatie geïnteresseerd is. Uit de brief van de advocate van Vahstal d.d. 3 april 2013 blijkt dat er tussen partijen daadwerkelijk overleg heeft plaatsgevonden over de betreffende aanbieding. In de brief wordt aangegeven dat Vahstal geïnteresseerd is in de Locatie, *"maar niet tegen de koopsom die nu wordt voorgesteld."* Na een samenvatting van hoe het aanbiedingsproces ter zake het project Gildenkwartier tot dan toe – in de visie van Vahstal – was verlopen, wordt het standpunt van Vahstal dat een bedrag van 1,4 miljoen (waarover partijen eerder hebben gecommuniceerd) marktconform was, herhaald. Aan het eind van de brief wordt er op gewezen dat Vahstal er kennis van neemt dat de Gemeente met een derde wil onderhandelen (zoals blijkt uit de brief van 27 februari 2013) en ervan uitgaat dat hij *"voor zover u met deze derde tot een overeenkomst mocht komen – de betreffende overeenkomst in het kader van de noodzakelijk transparantie zal ontvangen, opdat getoetst kan worden in hoeverre sprake is (geweest) van een gelijkluidend aanbod aan deze derde."* In haar reactie bij brief van 10 april 2013 (verzonden op 16 april 2013) schrijft de Gemeente vervolgens aan de advocate van Vahstal ter zake het volgende: *"Naar aanleiding van uw brief d.d. 3 april 2013 berichten wij u als volgt. In bovengemelde brief geeft u aan dat de heer Vahstal de aanbieding van de gemeente Amersfoort (hierna: de Gemeente) met betrekking tot (de Kop van) het Gildekwartier d.d. 27 februari 2013 van de hand wijst, omdat hij de door de Gemeente voorgestelde koopsom te hoog vindt. Wij danken u voor*

de schriftelijke bevestiging daarvan." In haar brief van 18 april 2013 laat de advocate van Vahstal vervolgens aan de Gemeente weten dat de brief het standpunt van Vahstal niet correct weergeeft nu in die brief is aangegeven *"dat cliënte wel geïnteresseerd is in de aanbieding met betrekking tot (de kop van) het Gildenkwartier, maar dat zij de thans door u voorgestelde koopsom (€ 2.550.000,--) niet acceptabel vindt, omdat met haar een lagere koopsom is afgesproken, namelijk 1.4 miljoen euro."* Bindend adviseurs zijn van oordeel dat de gemeente op goede gronden de conclusie heeft mogen trekken dat verdere discussie over de hoogte van de koopsom niet zinvol was, omdat Vahstal telkens weer terug bleef komen op de – door de Gemeente betwiste en verder ook niet meer relevante – overeenstemming met wethouder Hekman over een koopsom van 1,4 miljoen euro. Vahstal heeft zich daarnaast op het standpunt gesteld dat het project, waarover uiteindelijk overeenstemming is bereikt tussen Van Bekkum en de Gemeente, onder geheel andere condities is afgesloten dan die welke in het aan Vahstal gedane aanbod voorlagen. Bindend adviseurs stellen voorop dat niet duidelijk is geworden of en - zo ja - wanneer de ruime invulling van het project waar in de brief van 27 februari 2013 een opmerking over wordt gemaakt (*"Met betrekking tot het programmaonderdeel wonen merken wij nog op dat daaraan geen voorwaarden worden gesteld noch in aantallen, noch in segmentering. De realisatie van woningen in de segmenten vrije sector en/of goedkope sector behoort uitdrukkelijk tot de mogelijkheden. In beide segmenten kunnen de woningen te huur dan wel te koop worden aangeboden."*) voor het eerst is aangeboden. Geen van de partijen heeft zich uitgelaten over de door de Gemeente als productie overgelegde brief van 19 maart 2012, terwijl de bijlage bij die brief, met de uitgiftevoorwaarden, niet is overgelegd. Evenmin is gesteld of gebleken of deze ruime mogelijkheid het project in te vullen onderwerp van bespreking is geweest tijdens de bijeenkomst waaraan de advocate van Vahstal in haar brief van 3 april 2013 refereert. Ook in die brief wordt daar verder inhoudelijk niets over vermeld en dat gebeurt evenmin in de brief van de advocate aan de Gemeente van 18 april 2013.

De conclusie die uit deze gang van zaken kan worden getrokken is dat het telkenmale vast blijven houden aan de beweerdelijk eerder overeengekomen koopsom van 1,4 miljoen de verdere discussie over de mogelijke invulling van het project op basis van het (op zich) marktconforme aanbod van € 2.550.000,-- klaarblijkelijk heeft geblokkeerd. Naast het verwijt dat Vahstal ter zake kan worden gemaakt, moet ook worden geconstateerd dat de Gemeente kan worden verweten dat zij in haar meergenoemde brief van 27

februari 2013 niet heeft vermeld wat het principe-akkoord, dat zij stelde met een derde te hebben bereikt, precies inhield. Had zij dat wel gedaan dan had zij Vahstal de mogelijkheid geboden te bezien of binnen de daaruit blijkende kaders voor Vahstal realisering van het project acceptabel was geweest. In dat verband mag niet onvermeld blijven dat de hiervoor geciteerde opmerking in bedoelde brief van 27 februari 2013 over de ruime mogelijkheid tot invulling van het project, spreekt over realisatie van woningen "*in de segmenten vrije sector en/of goedkope sector*" terwijl de Gemeente zelf in haar schriftelijke pleitnota d.d. 08-12-2017 (onder 1.75) onder verwijzing naar deze brief aangeeft dat "realisatie in de segmenten vrije sector en/of goedkope *vrije* sector" tot de mogelijkheden behoort. Dat verschil is van belang nu Vahstal in zijn memorie van antwoord in reconventie (onder 9.12) uitdrukkelijk heeft gesteld dat het aanbod dat uiteindelijk tot overeenstemming met een derde (Van Bekkum) heeft geleid, voorziet in de realisatie van 14 koopwoningen en 73 appartementen in de sociale sector, zoals blijkt uit de desbetreffende overeenkomst (door de Gemeente overgelegd onder productie 7 L bij de memorie van eis in reconventie). Vahstal heeft aangegeven dat de overeenkomst weliswaar met Van Bekkum is afgesloten, doch dat de feitelijke afnemer de Alliantie (een toegelaten instelling in de zin van de Woningwet) was. De Gemeente betwist dat op zich niet, maar stelt dat het de vrije keuze van de ontwikkelaar Van Bekkum is geweest om tot realisatie van woningen in de sociale sector over te gaan (zie de laatste memorie van de Gemeente onder 9.5.2.). Wat er van dat laatste ook zij (Vahstal heeft daar niet meer op kunnen reageren) het is duidelijk dat woningen in de sociale sector niet kunnen worden begrepen onder woningen in de vrije sector/goedkope vrije sector, als tussen partijen overeengekomen in de DV 98. De Gemeente geeft in dezelfde overweging van haar laatste memorie ook nog aan dat ook aan Vahstal uitdrukkelijk de mogelijkheid is geboden om binnen het aangeboden project gesubsidieerde woningen te realiseren. Vahstal heeft echter op deze nieuwe stelling van de Gemeente niet meer kunnen reageren, zodat – nu ook van een dergelijk aanbod onvoldoende is gebleken – daaraan moet worden voorbijgegaan, nog daargelaten dat niet valt in te zien dat Vahstal gehouden zou zijn geweest een dergelijk aanbod te accepteren in het licht van de DV98. Ook hier wreekt zich dat partijen de inhoudelijke onderhandelingen te vroeg hebben afgebroken.

Resumerend moet worden vastgesteld dat zowel Vahstal als de Gemeente ter onderbouwing van hun respectieve vorderingen (in conventie en reconventie), specifiek ter zake van het aanbod Kop Gildenkwartier, te weinig hebben

gesteld, dan wel het tegen de vordering opgeworpen verweer onvoldoende hebben kunnen weerleggen. Het bij memorie na deskundigenbericht van de zijde van Vahstal nog nadrukkelijk gedane bewijsaanbod inzake het proces van overleg en aanbieding voor wat betreft het Gildenkwartier stuit af op het tekort aan feitelijke stellingen ter zake. Datzelfde geldt voor het in algemene zin gedane bewijsaanbod van de zijde van de Gemeente.
Een en ander heeft tot gevolg dat zowel de desbetreffende vordering van Vahstal als die van de Gemeente dient te worden afgewezen. In de vierde tussenbeslissing is echter beslist dat de Gemeente gehouden was 375 woningen aan Vahstal aan te bieden. Tegen die achtergrond zijn de beslissingen in conventie en reconventie, ten aanzien van het aantal aan te bieden of aangeboden woningen communicerende vaten. Dat betekent dat wat er in conventie af gaat er in reconventie bij behoort te komen en omgekeerd. De aldus ontstane discrepantie kan alleen worden opgeheven door de betreffende vordering bij helfte aan partijen toe te wijzen, dus zowel 22,5 in conventie en 22,5 in reconventie. Bindend adviseurs zullen dienovereenkomstig beslissen.

De Schans (prod. 7N) en Laan naar Emiclair (prod. 7PQ)

32. Voor wat betreft de aanbiedingen De Schans en Laan naar Emiclair (productie 7N en 7PQ bij memorie van eis in reconventie) hebben de deskundigen aangegeven dat sprake was van een marktconforme aanbieding. De Gemeente en haar partij-deskundige Stadkwadraat zijn het daarmee eens. Vahstal bestrijdt dit oordeel niet inhoudelijk, maar geeft ook hier aan dat hij in 2015 al in totaal 55 woningen had geaccepteerd (De Laak 2A in Vathorst en De Geer in de bestaande stad), zodat hij niet gehouden was meer aanbiedingen te accepteren. Bindend adviseurs zullen dat verweer samen met het soortgelijke verweer ten aanzien van andere aanbiedingen hierna behandelen.

Hogeweg Zuid/Bloeidaal, Belschuur/Tabakschuur (prod. 7O) en De Lichtenberg (7R)

33. Voor wat betreft de aanbiedingen Hogeweg Zuid/Bloeidaal, Belschuur/Tabakschuur en de Lichtenberg (respectievelijk productie 7O en 7R bij memorie van eis in reconventie) zijn de deskundigen van oordeel dat er geen sprake was van marktconforme aanbieding. Vahstal is het daarmee eens. De Gemeente en haar partij-deskundige Stadkwadraat zijn het daarmee niet

eens. Vahstal stelt ook hier dat hij in 2015 al in totaal 55 woningen had geaccepteerd (De Laak 2A in Vathorst en De Geer in de bestaande stad), zodat hij niet gehouden was meer aanbiedingen te accepteren.

34. Voor de beantwoording van de vraag of er in 2015 al sprake was van 55 geaccepteerde te bouwen woningen is allereerst van belang of de aanbiedingen met betrekking tot de projecten De Laak 2A en De Geer (respectievelijk productie 7HI en 7M bij de memorie van eis in reconventie) aan 2015 moeten worden toegerekend (zoals Vahstal stelt) of aan 2014 (zoals de Gemeente aanvoert). Voor wat betreft het project De Laak 2A stellen bindend adviseurs op basis van de ter zake door de Gemeente (bij bedoelde productie 7 HI) overgelegde correspondentie vast dat de aanbieding (€ 1.794.681,-- ex BTW) die uiteindelijk door Vahstal is geaccepteerd, al bij brief van 30 oktober 2014 door de Gemeente is gedaan. Weliswaar is er daarna heel veel tussen partijen gewisseld, maar daarbij was niet zozeer de vraagprijs onderwerp van discussie. Dit project moet derhalve worden toegerekend aan 2014.

35. Het project De Geer (productie 7M bij memorie van eis in reconventie) is blijkens de niet weersproken stellingen van Vahstal (bij de schriftelijke pleitnota van 8 december 2017) in 2012 aan Vahstal aangeboden voor 1,56 miljoen euro ex btw. Nadat Vahstal had aangegeven die vraagprijs niet marktconform te vinden alsmede dat het programma van eisen te weinig ruimte bood voor een marktconforme ontwikkeling, heeft de Gemeente zich op het standpunt gesteld zich vrij te achten het project aan een derde aan te bieden. De Gemeente heeft het project vervolgens bij brief van 15 januari 2015 andermaal aan Vahstal aangeboden voor een bedrag van € 1.192.000,--. Die aanbieding is door Vahstal geaccepteerd in juni 2015. Dit project moet derhalve worden toegerekend aan 2015.

36. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mede dat er in 2015 20 woningen (project De Geer) aan Vahstal zijn aangeboden en door hem geaccepteerd, zodat Vahstal in zoverre niet, althans niet ten volle, in zijn verweer met betrekking tot de overige in 2015 door de Gemeente aangeboden projecten kan worden gevolgd.

37. De aanbieding inzake De Schans d.d. 24 februari 2015 (7 woningen) is door de deskundigen en de Gemeente als markconform aangemerkt en Vahstal heeft ter zake van die aanbieding verder geen onderbouwd verweer gevoerd,

Deze aanbieding komt derhalve voor verrekening in aanmerking. Daarmee kwam het totaal voor 2015 immers pas op 27.

38. De aanbieding Hogeweg Zuid/Bloeidaal en Belschuur/Tabakschuur, verzonden op 11 juni 2015 (totaal 25 woningen) is door de deskundigen niet als marktconform aangemerkt. De Gemeente en haar partijdeskundige zijn het daarmee niet eens. Bindend adviseurs stellen vast dat het bij de door de deskundigen als niet marktconform aangemerkte prijs ging om de vraagprijs, als neergelegd in de aanbiedingsbrief, welke op 11 juni 2015 door de Gemeente aan Vahstal is gezonden. Deze brief bevat een uitnodiging om over het project met elkaar in gesprek te gaan. Uit de als productie 7 O bij eis in reconventie overgelegde correspondentie blijkt verder dat de Gemeente Vahstal heeft uitgenodigd voor een bespreking met betrekking tot dit project en dat er vervolgens tussen partijen op 30 juni 2015 een ontmoeting heeft plaatsgevonden. Tot een inhoudelijke bespreking is het echter niet gekomen omdat er tussen partijen een verschil van mening is ontstaan omtrent de wens van Vahstal om het gesprek op te nemen. De Gemeente heeft dat in haar brief aan Vahstal d.d. 9 juli 2015 vastgelegd en haar aanbieding met betrekking tot dit project herhaald en heeft aan Vahstal een termijn van 2 maanden (na dagtekening van die brief) gegund om schriftelijk zijn interesse met betrekking tot dit project kenbaar te maken. De betreffende termijn is verlopen, zonder dat Vahstal kenbaar heeft gemaakt interesse in het project te hebben. Ondertussen was bij brief van 29 juni 2015 (verzonden op 2 juli 2015 door de Gemeente aan Vahstal het project De Bron 05 aangeboden (20 woningen). Zoals hiervoor onder 24 reeds overwogen, was dat een marktconform aanbod. Omdat ter zake van het eerder aangeboden project Hogeweg Zuid/Bloeidaal en Belschuur/Tabakschuur nog geen beslissing was genomen en de door de Gemeente aan Vahstal gegunde termijn nog liep, kon Vahstal het aanbod ter zake De Bron 05 redelijkerwijs niet weigeren enkel omdat hem reeds 55 woningen in 2015 waren aangeboden. Er was immers op dat moment slechts sprake van 27 aangeboden woningen met een marktconforme prijs. Inclusief de Bron 05 kwam daarmee het totaal voor 2015 op 47.

39. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor onder 11,12,13 en 14 is overwogen, stellen bindend adviseurs vast dat de nog lopende – en onderhandelbare - aanbieding inzake het project Hogeweg Zuid/Bloeidaal en Belschuur/Tabakschuur en de aanbieding welke later in 2015 nog door de Gemeente is gedaan, te weten De Lichtenberg, verzonden op 31 augustus

2015 (80 appartementen), niet zijn gedaan overeenkomstig de tussen partijen gemaakte afspraken, althans dat de Gemeente niet gemotiveerd heeft aangegeven waarom zij niet aan haar inspanningsverbintenis ter zake heeft kunnen voldoen.

40. Nu de aanbieding ter zake van het project Hogeweg Zuid/Bloeidaal en Belschuur/Tabakschuur (25 woningen) als het ware is ingehaald door de marktconforme aanbieding van De Bron 05, hoefde Vahstal eerstgenoemd project niet (meer) te accepteren omdat daarmee de afgesproken aanbieding van gemiddeld 50 woningen per jaar te fors zou worden geschonden (47 + 25 = 72, hetgeen ruim boven de 50 ligt. Ook als acht wordt geslagen op het feit dat Vahstal in 2014 slechts 35 woningen aangeboden had gekregen en geaccepteerd heeft, ligt het gemiddelde over die beide jaren nog steeds boven de 50. Dat brengt mee dat de door de Gemeente en haar partij-deskundige bekritiseerde conclusie van de deskundigen dat bedoeld project niet markconform zou zijn aangeboden, verder geen behandeling behoeft.

41. Resteert de vraag of Vahstal de aanbieding betreffende de Laan van Emiclaer, verzonden op 31 augustus 2015 (12 woningen) mocht weigeren met als enkele reden dat hij voor 2015 al voldoende woningen had geaccepteerd, zulks tegen de achtergrond van de tussen partijen gemaakte afspraken. Met die 12 woningen kwam het totaal voor 2015 op 59. Mede gelet op het feit dat Vahstal in 2014 slechts 35 woningen aangeboden had gekregen en geaccepteerd heeft, zijn bindend adviseurs van oordeel dat het betreffende aanbod (Laan van Emiclair) van 12 woningen nog net valt binnen de bandbreedte van gemiddeld 50 woningen per jaar. Vahstal had dit aanbod derhalve in redelijkheid moeten accepteren.

Slotsom

42. In totaal komen derhalve 131 (14,5 + 22,5 + 35 + 59) woningen als geaccepteerd of acceptabel voor verrekening in aanmerking, zodat in beginsel nog 244 (375 – 131) voor verrekening in aanmerking komen.

43. In hetgeen hiervoor is overwogen, ligt besloten dat bindend adviseurs verder voorbij kunnen gaan aan de kritiek die in meer algemene zin door de Gemeente is geuit ten aanzien van het rapport van de door bindend adviseurs benoemde deskundigen en aan hetgeen Vahstal heeft aangevoerd ten aanzien van het

niet voldoen aan de globale regelingen van diverse aanbiedingen. Ook aan het verzoek van Vahstal om nader in te mogen gaan op de manier waarop het overleg tussen partijen telkens is verlopen, behoeft geen honorering. Vahstal is voldoende in de gelegenheid gesteld zijn stellingen dienaangaande nader toe te lichten c.q. te onderbouwen (met name ter zitting van 18 december 2017 en in zijn memories na deskundigenbericht). Ook de Gemeente heeft zich op dat punt in haar memories na deskundigenbericht in voldoende mate kunnen uiten.

44. Zoals uit het voorgaande blijkt, is ook een nadere invulling van wat gemiddeld 50 per jaar nu precies inhoud niet nodig, zodat aan het verzoek van Vahstal om dienaangaande een nadere beslissing te nemen geen relevantie (meer) toekomt. Dat geldt evenzeer voor de vragen die van de zijde van Vahstal in zijn memorie na deskundigenbericht zijn opgeworpen onder 8.30. Voor zover nodig zijn die vragen immers al beantwoord in hetgeen bindend adviseurs hiervoor per aanbieding hebben overwogen. Naar het oordeel van bindend adviseurs heeft Vahstal voldoende gelegenheid gehad zijn "voorwaardelijke verweer" (zie hierboven onder 17) te voeren en heeft hij dat ook gedaan bij zijn nadere memorie na deskundigenbericht. Nu de Gemeente daarop heeft kunnen reageren en heeft gereageerd, valt niet in te zien waarom dat verweer in strijd zou zijn met de goede procesorde, zoals door de Gemeente aangevoerd. Ook hetgeen partijen over en weer ter zake van de procesorde verder nog hebben aangevoerd, snijdt naar het oordeel van de bindend adviseurs geen hout, zoals ook blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist.

45. Nu voldoende aannemelijk is dat Vahstal, doordat hem niet alle toegezegde hoeveelheden woningbouwlocaties zijn aangeboden, schade heeft geleden, brengt hetgeen hiervoor en in de eerdere tussenbeslissingen is overwogen en beslist mee dat het bij memorie van eis onder 5 door Vahstal (subsidiair) gevorderde toewijsbaar is als na te melden. Ook het gevorderde in reconventie is deels toewijsbaar en wel als hieronder nader zal worden aangegeven.

46. Omdat de Gemeente niet meer is teruggekomen op haar verscholen vordering in reconventie (sub 2.25 van de memorie van antwoord in conventie/eis in

reconventie) en ook haar vordering in reconventie niet formeel heeft aangevuld, gaan bindend adviseurs daaraan verder voorbij.

47. Naar het oordeel van bindend adviseurs zijn partijen – mede op basis van het externe deskundigenbericht - over en weer in ongeveer gelijke mate in het (on)gelijk gesteld, zodat iedere partij de eigen kosten (inclusief die van de voorgebrachte getuigen) zal hebben te dragen en de helft van de kosten van de door de bindend adviseurs benoemde deskundigen ten laste van ieder der partijen blijft. Bindend adviseurs merken in dit verband nog op dat de Gemeente voor wat betreft 375 minus 131, oftewel 244 woningen tekort is geschoten in haar aanbiedingsplicht, terwijl Vahstal zijn vorderingen heeft gebaseerd op 475 woningen. Daar komt nog bij dat de tweede en de derde tussenbeslissing het gevolg waren van een door Vahstal gedaan verzoek om verbetering en aanvulling, vervat in de brief van mr. De Bruin van 15 augustus 2016 (de tweede) en een verzoek tot wijziging/vermeerdering van eis (de derde) en dat beide verzoeken zijn afgewezen.

48. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen en beslist zal de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gehonoreerd als na te melden.

DE BESLISSING

Ondergetekenden, oordelend bij wege van bindend advies als goede mannen naar billijkheid,

In conventie:

verstaan dat de Gemeente voor wat betreft haar verplichting om aan Vahstal locaties aan te bieden voor de bouw van 244 woningen toerekenbaar tekort is geschoten en aansprakelijk is voor de schade die Vahstal als gevolg van dat tekort schieten heeft geleden,

bepalen dat deze schade zal worden opgemaakt bij staat en zal worden vereffend volgens de wet;

in reconventie:

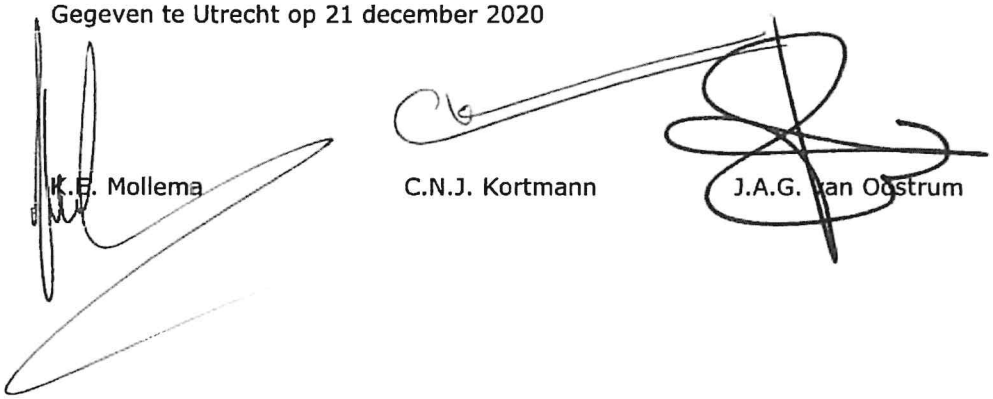
verklaren voor recht dat de Gemeente haar verplichtingen uit de DV 98 voor wat betreft 131 woningen tijdig is nagekomen;

Voorts in conventie en in reconventie:

wijzen het meer of anders gevorderde af;

belast ieder der partijen met de eigen kosten, inclusief de verschotten met betrekking tot het deskundigenrapport.

Gegeven te Utrecht op 21 december 2020



K.E. Mollema C.N.J. Kortmann J.A.G. van Oostrum