Notitie

voor Gemeente Tilburg, t.a.v. de heer Ton Berben
van Maryse Mesu en Etta Eringa
datum 14 februari 2017
betreft Advies Midi Theater
zaaknr 11000348

1 Inleidende opmerkingen

1.1 De gemeente verzocht ons – ten behoeve van haar interne besluitvorming – om haar te adviseren over het voornemen om met de koper van het voormalig Midi-Theater (hierna: de Midi) een aanvullende koopovereenkomst ("Aanvulling II koopovereenkomst") te sluiten. Hierin komen partijen overeen dat koper bereid is om de Midi in de huidige staat te aanvaarden, inclusief de twee nieuwe gebreken die in 2015 aan het licht zijn gekomen. Overeengekomen is dat koper akkoord gaat met levering en de Midi zal aanvaarden in de staat waarin het zich bij ondertekening van de aanvullende koopovereenkomst bevindt. Tevens is overeengekomen dat koper de mogelijkheid heeft om tot herontwikkeling (inclusief eventuele sloop) van de Midi over te gaan, mits daarbij de randvoorwaarden en uitgangspunten in acht worden genomen zoals uiteengezet in de aanvullende koopovereenkomst.

1.2 In dit advies toetsen wij of het sluiten van de aanvullende koopovereenkomst met de afspraken als hiervoor besproken vanuit juridisch, financieel en tijdtechnisch oogpunt voor de gemeente het meest optimale alternatief betreft, afgezet tegen de andere scenario's van nakoming dan wel beëindiging met wederzijds goedvinden van de (oorspronkelijke) koopovereenkomst. Daarbij baseren wij ons op de stukken die wij bij e-mail van 3 februari jl. van de gemeente hebben ontvangen en de stukken die het kader van de eerdere advisering over deze kwestie aan onze voormalig kantoorgenoot Elmer van der Kamp zijn verstrekt.

> NB. In een eerder Collegeadvies dat wij bij de stukken aantroffen, zijn nog twee alternatieve scenario's geschetst om uit de bestaande impasse te komen, te weten vernietiging van de overeenkomst op grond van wederzijdse dwaling en het verplichten van kopers mee te werken aan levering (zonder herstel van de twee nieuwe gebreken) onder de voorwaarden zoals opgenomen in de (oorspronkelijke) koopovereenkomst. Van de gemeente begrepen wij dat koper heeft aangegeven met deze beide scenario's niet akkoord te zullen gaan. Het kiezen voor een van deze scenario's zou dan ook een gerechtelijke procedure tot gevolg hebben, met alle gevolgen (extra kosten, (negatieve) publiciteit, onzekere uitkomst) van dien. Nu deze scenario's door de gemeente op voorhand niet haalbaar worden geacht, zullen wij in dit advies uitsluitend ingaan op de alternatieve scenario's zoals omschreven onder 1.2 (nakoming met herstel van de twee nieuwe gebreken

respectievelijk minnelijke beëindiging van de koopovereenkomst) en deze vergelijken met het scenario als omschreven onder 1.1.

2 Beoordeling alternatieve scenario's

Nakoming koopovereenkomst en herstel gebreken; scenario 1

2.1 Wij begrijpen uit de stukken dat het lekkageprobleem in de kelder aan normaal gebruik van de Midi in de weg staat. Dit betekent dat dit probleem in beginsel dient te worden aangemerkt als non-conformiteit van het verkochte. Koper heeft zich hierop ook beroepen. Ook het geluidsprobleem aan de voorzijde van de Midi kan tot non-conformiteit leiden. Indien de bestemming van de belendende panden aan de voorzijde van de Midi op termijn zou worden omgezet naar de bestemming 'woonfunctie', zal dit namelijk naar alle waarschijnlijkheid leiden tot een exploitatiebeperking van de vergunde geluidsruimte van de Midi en daarmee tot omzetverlies. Wij begrepen daarnaast dat de 'geluidsuitstraling' van het dak van de Midi belemmerend werkt op de verdere woningbouwontwikkeling van de Westflank van het Veemarktkwartier.

2.2 Als de gemeente ervoor zou kiezen om haar verplichtingen uit de (oorspronkelijke) koopovereenkomst na te komen zonder met de koper aanvullende afspraken te maken, ligt het voor de hand dat koper van de gemeente zal verlangen dat voornoemde gebreken vóór de juridische levering door de gemeente voor eigen rekening en risico zullen worden hersteld. Uit de stukken maken wij op dat het 'wegbestemmen' van de woonbestemming aan de voorzijde een investering vergt van circa € 550.000,--. De kosten voor het waterdicht maken van de kelder worden door de gemeente geschat op circa € 160.000,-- (inclusief btw en interne kosten). Het kiezen voor deze optie zou dus leiden tot een extra afboeking op de Midi van circa € 710.000,--.

2.3 Uit de stukken maken wij daarnaast op dat het alsnog waterdicht maken van de kelder technisch moeilijk uitvoerbaar is. Indien de gemeente geen aannemer bereid vindt om na afronding van de werkzaamheden een afdoende garantie af te geven voor blijvende waterdichtheid van de kelder, loopt de gemeente het risico dat zij in de toekomst alsnog zal worden geconfronteerd met schadeclaims van de zijde van (de rechtsopvolger van) koper. Denkbaar is immers dat de maatregelen toch niet afdoende blijken en zich bij een hoge grondwaterstand nieuwe lekkages zullen voordoen. Ook in de situatie dat de aannemer wel een afdoende garantie afgeeft, wil dit nog niet zeggen dat de gemeente bij eventuele nieuwe lekkageproblemen in de kelder gevrijwaard wordt van claims van de koper. De koper heeft immers de Midi gekocht van de gemeente en heeft op die grond de keuze om ook de gemeente aan te blijven spreken in plaats van de aannemer. De gemeente zal dan op haar beurt deze claim(s) onder de garantie bij de aannemer moeten neerleggen, met alle verwikkelingen van dien. Wij hebben dit recent nog bij de hand gehad in een zaak van een andere cliënt.

2.4 Wij wijzen verder op de afspraak zoals overeengekomen in artikel 3.2 van de (oorspronkelijke) koopovereenkomst. Hierin is opgenomen dat indien de levering later plaatsvindt als gevolg van andere omstandigheden dan de twee eerder al bekende gebreken (het eerdere vochtprobleem en het geluidslek aan de achterzijde van de Midi) en dit aan een der partijen te wijten of toe te rekenen is, een rentevergoeding is verschuldigd van 5% op jaarbasis vanaf de overeengekomen datum van overdracht tot aan de daadwerkelijke datum van overdracht. De gemeente dient er rekening mee te houden dat de twee nieuwe gebreken aan haar toe te rekenen zijn als verkopende partij. In artikel 3.2 is opgenomen dat deze rentevergoeding het bepaalde in artikel 22 van de koopovereenkomst onverlet laat. Dit betekent dat koper mogelijk ook nog aanspraak kan maken op de daarin genoemde boete van 3 promille van de koopprijs, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal. Volledigheidshalve merken wij op dat de oorspronkelijke leveringsdatum 1 december 2014 was en dat die datum in de aanvullende koopovereenkomst van 25 november 2014 is verlengd naar 1 juli 2015 althans zoveel later als de gemeente heeft zorggedragen voor de het verhelpen van het geluidslek zoals omschreven in artikel 16.3 van de (oorspronkelijke) koopovereenkomst.

2.5 Verder dient bij scenario 1 te worden bedacht dat dit geen zekerheid biedt dat de Midi van sloop gespaard zal blijven. De koopovereenkomst legt koper immers geen privaatrechtelijke beperkingen op inzake de herontwikkelingsmogelijkheden. Koper (dan wel diens rechtsopvolger) zou dus ook in dit scenario kunnen komen met een sloop-nieuwbouwvariant, waarvoor dan uiteraard nog wel de benodigde publiekrechtelijke vergunningen dienen te worden verkregen. Dit scenario biedt de gemeente kortom (ook in dit opzicht) geen voordelen en/of comfort.

Beëindiging met wederzijds goedvinden koopovereenkomst; scenario 2

2.6 Het tweede alternatieve scenario zou zijn het treffen van een minnelijke regeling met koper tot beëindiging van de koopovereenkomst. De gemeente dient zich ervan bewust te zijn dat zij, indien zij voor dit scenario kiest, aan koper een financiële vergoeding zal moeten aanbieden voor de door koper reeds gemaakte (investerings)kosten, gederfde (exploitatie)winst en het reeds betaalde gedeelte van de koopsom (de waarborgsom). Koper heeft in een eerder stadium al aangegeven slechts met een minnelijke beëindigingsregeling akkoord te zullen gaan, indien de gemeente bereid is een redelijke (afkoop)vergoeding te betalen. Het ligt overigens op de weg van koper om de hoogte van deze (afkoop)vergoeding met nadere stukken te onderbouwen.

2.7 Mochten partijen het niet eens worden over de hoogte van deze vergoeding, dan zou dit mogelijk kunnen leiden tot een gerechtelijke procedure en dient de gemeente rekening te houden met een eenzijdige ontbinding door de koper op grond van artikel 22 van de (oorspronkelijke) koopovereenkomst. In dat geval loopt de gemeente het risico dat aanspraak wordt gemaakt op de boete als opgenomen in artikel 22.2 van de

(oorspronkelijke) koopovereenkomst ten bedrage van € 131.250,--, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal. Gelet op de gevoeligheid van het Midi-dossier zal een gerechtelijke procedure naar verwachting de nodige (negatieve) publiciteit opleveren, wat niet in het belang van de gemeente is.

2.8 Nog afgezien van het voorgaande is onzeker wat er met de Midi zal gebeuren nadat de gemeente hiervan de volle eigendom heeft herkregen. De eerdere verkoopprocedures verliepen moeizaam en hebben tot weinig biedingen geleid en thans is ook nog sprake van twee moeilijk oplosbare gebreken. Van de gemeente begrepen wij dat zowel de gemeente als koper heeft moeten constateren dat een gezonde exploitatie van het theater in de huidige staat niet mogelijk is. Sloop en herontwikkeling van het pand zou ook in dit opzicht uitkomst kunnen bieden voor dit langslepende (verkoop)dossier.

3 Conclusie

3.1 Al het voorgaande in aanmerking nemend, komen wij tot de conclusie dat het sluiten van de overeenkomst "Aanvulling II Koopovereenkomst" met koper voor de gemeente zowel vanuit juridisch als vanuit financieel oogpunt het meest wenselijke scenario is. In tegenstelling tot de twee alternatieve scenario's leidt dit scenario niet tot extra kosten en mogelijke schadeclaims voor de gemeente. Koper aanvaardt de Midi in zijn huidige staat, inclusief de bestaande gebreken, en ziet af van eventuele rechten op (gedeeltelijke) ontbinding, schadevergoeding, vermindering van de koopprijs, opschorting en/of herstel. De gemeente hoeft bovendien geen investeringen meer te doen om de Midi verkoopgeschikt te maken en geen nieuwe verkoopprocedure te starten.

3.2 Ten aanzien van de afspraak dat koper mag overgaan tot sloop en herontwikkeling van de Midi geldt dat koper deze optie feitelijk gezien ook al had op grond van de (oorspronkelijke) koopovereenkomst. Ter zake zijn voor koper geen beperkingen opgenomen.

3.3 In dit verband merken wij nog wel het volgende op. In de aanvullende koopovereenkomst zijn de randvoorwaarden en uitgangspunten opgenomen die koper in acht dient te nemen bij de sloop en herontwikkeling van de Midi. Afgesproken is dat deze zullen plaatsvinden binnen de bestaande planologische kaders. Ook indien koper zich hieraan houdt is echter niet op voorhand te zeggen of deze bouwplannen daadwerkelijk doorgang zullen vinden, aangezien koper hiertoe eerst de benodigde publiekrechtelijke vergunningen moet zien te verkrijgen. Ons valt op dat in artikel 4.1 van de "Aanvulling II koopovereenkomst" ten aanzien van de 'Strook 200 m²' een bepaling is opgenomen die wij niet terugzien in de bepaling over de herontwikkeling (artikel 2.1). Het gaat daarbij om de volgende bepaling:

> *"De planologische medewerking als hiervoor bedoeld behelst louter een inspanningsverplichting. Voorts gelden in dat verband de gebruikelijke voorwaarden c.q. voorbehouden van de gemeente aangaande haar publieke rol en verantwoordelijkheid, zoals deze ook zijn terug te vinden in de huidige algemene verkoopvoorwaarden."*

Het is verstandig om ook voor wat betreft de herontwikkeling een dergelijke bepaling op te nemen. Daarmee voorkomt de gemeente dat zij de verwachting wekt dat het publiekrechtelijke traject vlekkeloos zal verlopen. Het is immers niet op voorhand te zeggen of er bezwaren zullen worden ingediend tegen de sloop- en herontwikkelingsplannen door omwonenden, omliggende bedrijven of overige belanghebbenden.

3.4 Tot slot valt ons op dat in de overeenkomst "Aanvulling II Koopovereenkomst" wordt verwezen naar 'de huidige algemene verkoopvoorwaarden'. Wij adviseren deze algemene verkoopvoorwaarden volledigheidshalve als bijlage bij de aanvullende koopovereenkomst te voegen.

4 Afsluitende opmerkingen

4.1 Tot zover ons advies. Mocht u nog vragen en/of opmerkingen hebben of prijs stellen op een nadere toelichting, dan zijn wij hier uiteraard graag toe bereid.