HOUTHOFF

# Notitie

**Uitsluitend per e-mail:**

| | |
|---|---|
| Aan | Gemeente Huizen<br>de heer G. Klompmaker |
| Datum | 26 maart 2020 |
| Betreft | Gemeente Huizen / BNI<br>Advies strook Havenstraat |
| Referentie | 650000983/24164233.2 |

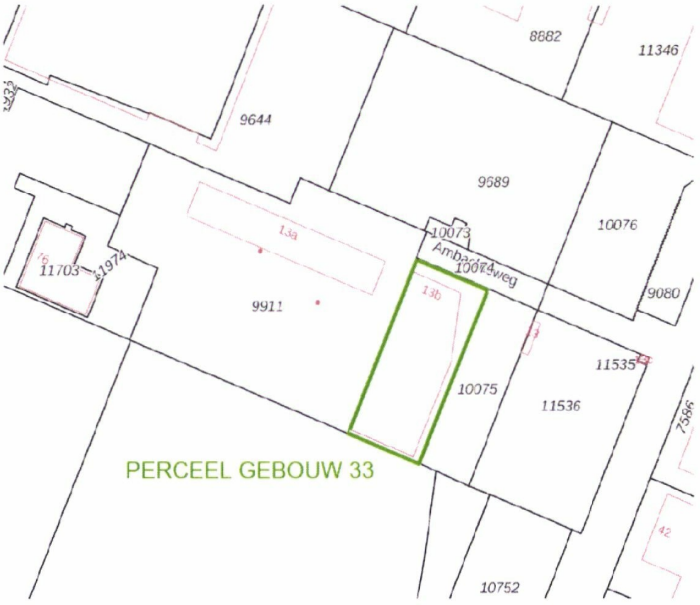
Mr. J.F. de Groot MRICS
Advocaat | Partner
T 020 605 6544
M 06 5152 7324
E j.de.groot@houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

## 1. Inleiding

1.1. De gemeente Huizen ("**de Gemeente**") heeft verzocht om een notitie die ingaat op de vraag of de Gemeente bij de door BNI voorgenomen verkoop van haar grondpositie aan de Havenstraat/ Ambachtsweg risico loopt ten aanzien van (i) de uitvoering van de contractueel met BNI overeengekomen afspraken ten aanzien van sanering en (ii) het doorlopen en indexeren van het door de Gemeente te betalen bedrag.

## 2. Casus

2.1. Bij brief van 20 maart 2020 (bij de Gemeente ontvangen op 20 maart 2020) heeft BNI de Gemeente een aanbod gedaan voor koop van – kort gezegd - gebouw 33 en ondergrond, aangegeven op onderstaande afbeelding.




4

HOUTHOFF

2.2. Dit aanbod vloeit voort uit een aan de Gemeente toekomend recht van eerste koop, opgenomen in de akte van levering d.d. 14 oktober 1999.

mag worden, door de respectieve verkoper niet behoefden te worden versterkt.--
---------- **RECHT VAN EERSTE KOOP** ----------
De comparant sub 1 verklaarde bij deze BNI te verbinden om ingeval BNI-------
voornemens is de thans bij BNI in eigendom blijvende grond (inclusief de -------
opstallen) van het perceel kadastraal bekend gemeente Huizen, sectie C, ---------
nummer 9690 (bij partijen bekend als "gebouw 33") te verkopen, bedoelde ------
grond met opstallen eerst aan de gemeente te koop te zullen aanbieden, welke---
verbintenis de comparant sub 2 voor de gemeente verklaarde aan te nemen.------
De comparanten, handelend als gemeld, verklaarden met betrekking tot gemeld-
recht van eerste koop te zijn overeengekomen als volgt: ----------
a. BNI zal de gemeente bij aangetekende brief of tegen ontvangstbewijs -----
schriftelijk van de aanbieding op de hoogte stellen; ----------
b. bij de onder a. bedoelde aanbieding geeft BNI tevens aan de condities -----
waaronder het recht van eerste koop door de gemeente kan worden---------
uitgeoefend, waaronder begrepen: ----------
- de prijs van de over te dragen onroerende zaken (grond en----------
opstallen); ----------
- het - eventueel - bouwrijpmaken van het terrein (door wie en voor --
wiens rekening); ----------
- uitvoering van een eventuele sanering; ----------
- overige (leveringsbepalingen); ----------
c. indien partijen niet binnen een termijn van drie maanden na ontvangst-----
door de gemeente van de onder a. bedoelde aanbieding tot ----------
overeenstemming komen over de overdracht van bedoelde grond met------

opstallen, in de zin van het totstandkomen van een overeenkomst, vervalt-
voormeld recht tot eerste koop; ----------
partijen kunnen een verlenging van de hierboven gemelde termijn ----------
overeenkomen, indien daartoe naar het oordeel van beide partijen gerede -
termen aanwezig zijn. ----------
d. voormeld recht tot eerste koop vervalt en daarvan zal geen enkel gebruik -
meer kunnen worden gemaakt in het geval sub c. genoemd, en voorts------
indien en zodra: ----------
1. de gemeente schriftelijk heeft verklaard afstand te doen van dat------
recht; ----------
2. de gemeente niet binnen de hiervoor sub b gemelde drie maanden---
heeft gereageerd, of niet op de datum van overdracht al het door hem
verschuldigde op een rekening van de door hem aangewezen notaris
heeft gestort of aan het verlijden van die akte niet meewerkt; ---------
3. de gemeente op enigerlei andere wijze nalatig is in de nakoming van
enige andere verplichting, voor hem aan deze akte voortvloeiende; --
e. indien BNI: ----------
1. (een gedeelte van) de grond met opstallen aan een derde overdraagt-
zonder de gemeente in de gelegenheid te hebben gesteld van zijn----
recht tot eerste koop gebruik te maken; of ----------
2. niet meewerkt aan het passeren van de leveringsakte; ----------
verbeurt BNI aan en ten behoeve van de gemeente een direct opeisbare----
boete van tweehonderdvijftigduizend gulden (*f* 250.000,00), ----------
onverminderd het recht van de gemeente tot het vorderen van ----------
schadevergoeding, voorzover de door de gemeente geleden schade---------
voormelde boete te boven gaat; ----------
f. de bewijslast van het (tijdig) verzenden van een brief rust op de verzender;
g. de gemeente is niet gerechtigd het recht van eerste koop aan derden over--
te dragen. Dit op straffe van een direct opeisbare boete van ----------
tweehonderdvijftigduizend gulden (*f* 250.000,00), onverminderd het recht
van BNI tot het vorderen van schadevergoeding, voorzover de door BNI--
geleden schade voormelde boete te boven gaat. ----------
---------- **VESTIGING OPSTALRECHT** ----------

HOUTHOFF

2.3. Wij adviseerden op 16 maart 2020 over dit eerste recht van koop, en merken op dat het vervalt als partijen niet binnen drie maanden na ontvangst van de aanbieding tot overeenstemming zijn gekomen.

2.4. De thans aan de orde zijnde vraagstelling ziet op een gerelateerde kwestie. In 2013 zijn de Gemeente en BNI een grondtransactie overeengekomen die bestaat uit levering van een strook grond van ca. 600 m2 door BNI aan de Gemeente. Deze strook grond maakt inmiddels deel uit van de gerevitaliseerde Havenstraat.

2.5. Voor de levering van deze grond zou gebruik worden gemaakt van een zgn. 'Groninger akte'. Dit betekent dat de grond aan de Gemeente is geleverd onder de ontbindende voorwaarde van niet-betalen van de grondprijs.

**Artikel 4 Levering (Groninger akte)**

a. Verkoper verbindt zich jegens de gemeente om op eerste vordering van de gemeente haar medewerking te verlenen aan de juridische eigendomsoverdracht van de onroerende zaak onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs, zulks door middel van een zogenoemde "Groninger Akte", welke akte zal worden gepasseerd ten overstaan van een notaris verbonden aan kantoor Moulijn Netwerk Notarissen te Huizen.
b. De juridische eigendomsoverdracht dient plaats te vinden op het moment dat de grond nodig is voor de herinrichting van de Havenstraat doch uiterlijk op 1 oktober 2013.
c. De koopovereenkomst en de levering kan door de verkoper worden ontbonden indien verkoper voldaan heeft aan haar saneringsplicht, zoals vermeld in artikel 7, en de betaling zoals in artikel 2 bepaald niet binnen drie maanden daarna plaatsvindt.
d. Verkoper verplicht zich voor het verkochte zorg te dragen als een zorgvuldig schuldenaar tot het tijdstip van feitelijke en juridische levering.
e. Het verkochte komt voor risico van de gemeente nadat de feitelijke en juridische levering heeft plaatsgevonden. Een en ander behoudens de aansprakelijkheid zoals aangegeven in artikel 7.

2.6. In artikel 2 van de koopovereenkomst is bepaald dat betaling van de koopprijs ad € 234.000,= (excl. kosten koper, BTW of overdrachtsbelasting) zal plaatsvinden 'binnen weken nadat sanering, zoals aangegeven in artikel 7, heeft plaatsgevonden'.

**Artikel 2 Grondprijs**

a. De koopprijs van het verkochte bedraagt: **driehonderdnegentig euro (€ 390,00)** per vierkante meter (m2), exclusief kosten koper, BTW of overdrachtsbelasting. De totale verkoopprijs bedraagt hierdoor € 234.000,-- exclusief kosten koper, BTW of overdrachtsbelasting.
b. Betaling van de hiervoor genoemde koopprijs vindt plaats binnen twee weken nadat sanering, zoals aangegeven in artikel 7, heeft plaatsgevonden. Partijen kunnen gezamenlijk besluiten deze termijn te verlengen.
c. De in lid a van dit artikel genoemde verkoopprijs staat vast gedurende een periode van tien jaar, ingaande op het moment van ondertekening van deze overeenkomst. Na deze periode is een nader te bepalen indexering van toepassing.
d. De betaling van de koopprijs en van de overige kosten, rechten en belastingen vindt plaats via het kantoor van de notaris.

HOUTHOFF

2.7. In artikel 7 van de koopovereenkomst staat echter geen harde saneringsplicht voor BNI:

**Artikel 7 Bodemverontreiniging**

a. Omtrent de gesteldheid van de grond en het grondwater zijn, voor de notariële overdracht van de in artikel 1 van deze overeenkomst genoemde gronden, reeds vele onderzoeken verricht. Drie samenvattende onderzoeken (bijlage 3) zijn hieronder weergegeven:
   - Bodemkwaliteit terrein BN International BV te Huizen, Arcadis, 11-5-2007, 110404/000406/020/LM.ab
   - Aanvullend bodemonderzoek diverse deellocaties bedrijfsterrein BN International, KWA, 12-10-2011, 3107140DR01
   - Evaluatierapport vlek A13, A8/9, Arcadis, 19-10-2011, 0750783961:B – definitief

   Voor een meer gedetailleerd inzicht in de verontreinigingssituatie wordt verwezen naar de overige (separate) onderzoeken.

b. Uit alle onderzoeken blijkt dat er sprake is van meerdere ernstige verontreinigingen in de zin van de Wet bodembescherming waarvoor een saneringsnoodzaak bestaat.

c. Overdacht van de percelen vindt plaats onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat verkoper verantwoordelijk blijft voor de sanering van de aangetroffen verontreinigingen overeenkomstig de daarvoor toepasselijke wet- en regelgeving en eventuele nazorg van restverontreinigingen die achterblijven. De eventuele restrisico's met betrekking tot humane, ecologische en/of verspreidingsrisico's berusten eveneens bij de verkoper, evenals te treffen beheersmaatregelen. De gemeente wordt gevrijwaard van alle aansprakelijkheden ten aanzien van de aangetroffen verontreinigingen.

In artikel 7 van de koopovereenkomst staat dus slechts (i) dat er sprake is van meerdere ernstige verontreinigingen waarvoor een sanerings*noodzaak* bestaat, en (ii) dat de verkoper verantwoordelijk blijft voor de sanering van de aangetroffen verontreinigingen, en voor eventuele restrisico's. Ook wordt de Gemeente gevrijwaard van aansprakelijkheden. Een harde saneringsplicht is contractueel niet overeengekomen. Evenmin is kennelijk sprake van een urgente sanerings*plicht*.

2.8. De juridische levering van de grond zou eind 2013 hebben plaatsgevonden. Ik beschik niet over de definitieve leveringsakte. Ik beschik wel over een concept daarvan d.d. 1 november 2013. Ik ga er voor dit advies vanuit dat de tekst van dit concept niet meer is gewijzigd. In dit concept is ten aanzien van het moment van betaling het volgende opgenomen:

**Uitgestelde betaling en kwijting** ----------
De koopprijs zal uiterlijk door koper worden betaald op een daartoe bestemde --------
rekening van mij, notaris, twee weken nadat de door de verkoper uit te voeren --------
sanering naar behoren is uitgevoerd of zoveel later als partijen vóór of op die datum -
schriftelijk overeenkomen (hierna te noemen: 'de betaaldatum'). ----------
De verplichting tot sanering vloeit voort uit het bepaalde in artikel 7 van de ----------
koopovereenkomst. Voor de beoordeling van het al dan niet naar behoren hebben ----
uitgevoerd van de sanering, is bepalend het oordeel van het bevoegd gezag in deze --
(Provincie), zoals zal blijken uit de goedkeuring op het door de verkoper in te dienen
evaluatierapport voor de uitgevoerde sanering. ----------
Doorbetaling aan of ten behoeve van verkoper vindt plaats zodra de hierna vermelde
akte van kwijting is verleden, een afschrift van die akte van kwijting is ingeschreven
in de openbare registers van het kadaster en de verkrijging vrij van hypotheek en -----
beslag overeenkomstig die akte van kwijting en deze akte van levering zeker is.-------

HOUTHOFF

2.9. In de akte van levering is tevens bepaald dat het bepaalde in de koopovereenkomst van kracht blijft voor zover daarvan in de akte niet is afgeweken. Dat is onder meer van belang voor het bepaalde in artikel 7 sub c, betreffende de verantwoordelijkheid van de verkoper voor de sanering, en de vrijwaring die de verkoper (BNI) aan de Gemeente afgeeft.

> **B. KOOPOVEREENKOMST** ----------
> Bij de koopovereenkomst heeft verkoper het hierna omschreven registergoed --------
> verkocht aan koper. De koopovereenkomst is aan deze akte bevestigd. ----------
> De bepalingen van de koopovereenkomst blijven van kracht voor zover daarvan in --
> deze akte niet wordt afgeweken. ----------

2.10. De akte van levering lijkt, zo volgt uit het vorenstaande, een verplichting tot sanering te veronderstellen, die niet blijkt uit de koopovereenkomst, en die in elk geval niet is geconcretiseerd. Voor zover deze plicht er is, is deze impliciet gelaten. Voorts is de vraag wat is bedoeld met 'de door verkoper uit te voeren sanering'. Is dat alleen sanering van de ondergrond van deze 600 m2 grond, of is bedoeld sanering van het gehele terrein van BNI, inclusief de 600 m2 grond.

2.11. Volgens mededeling is de feitelijke situatie zo, dat BNI tot op heden geen sanering heeft uitgevoerd. BNI heeft dan ook nog geen aanspraak gemaakt op de koopprijs. Daarmee komt ook ontbinding van de transactie en teruglevering van de strook niet aan de orde. De 10-jaartermijn na ondertekening van de koopovereenkomst (5 september 2013) is nog niet verstreken, zodat er op de koopprijs nog geen (nader te bepalen) indexering is gaan lopen. BNI heeft aangekondigd over te willen gaan tot verkoop van haar gehele grondpositie aan een derde.

## 3. Analyse

3.1. BNI heeft de Gemeente laten weten het totale eigendom, gelegen tussen de Havenstraat en de Ambachtsweg, te hebben verkocht aan een particuliere ontwikkelaar. Met betrekking tot de voorgenomen levering blijkt voor een beperkt deel van het eigendom – gebouw 33 – een recht van eerste koop te gelden.

3.2. Ingevolge dit recht van eerste koop is op 20 maart 2020 een schriftelijk aanbod gedaan om tot aankoop van dit gedeelte over te gaan voor een bedrag van € 1.750.000,=. Voorts heeft BNI diverse andere – mogelijk bezwarende en/of ongebruikelijke – voorwaarden geformuleerd. Op het eerste gezicht voldoet dit voorstel niet zonder meer aan het vereiste van marktconformiteit, en wordt hiermee door BNI niet op de juiste wijze voldaan aan haar aanbiedingsplicht. Wij verwijzen op dit punt naar ons advies van 16 maart 2020. Indien ter zake een nader advies gewenst is, verneem ik graag. Voor de goede orde wijs ik op de vervaltermijn van drie maanden na ontvangst van de aanbieding.

HOUTHOFF

3.3. De vraag hoe de voorgenomen verkoop zich verhoudt met de strook die middels de 'Groninger akte' is gekocht en geleverd is gekregen – en die sinds 2014 deel uit maakt van het verharde deel van de Havenstraat – laat zich als volgt beantwoorden.

3.4. Partijen zijn een koopsom voor de geleverde grond van € 234.000,= (excl.) overeengekomen. De Gemeente mag betaling schuldig blijven tot twee weken 'nadat de door verkoper uit te voeren sanering naar behoren is uitgevoerd'. Hoewel in de koopovereenkomst een saneringsplicht voor BNI impliciet is gelaten, lijkt de tekst van de akte van levering erop te duiden dat BNI – op een niet bepaalde termijn – gehouden is tot sanering over te gaan. Onduidelijk is of het dient te gaan om sanering van alle gronden, of alleen van de bij deze akte geleverde gronden.

3.5. Wat daarvan zij, de eerste vraag is of BNI bevoegd is haar rechtsverhouding tot de Gemeente zonder meer aan een derde over te dragen. Met andere woorden: heeft verkoop van de grondpositie door BNI aan een derde tot gevolg dat de rechtsverhouding 'automatisch' is overgegaan op de koper.

3.6. Hier doet zich niet de situatie voor die wordt beheerst door artikel 6:251 BW. Het is, zonder kennisname van de afspraken tussen BNI en de koper, niet zonder meer zo dat alleen de nieuwe koper nog belang heeft bij de afspraken, zodat deze geacht moeten worden het goed te volgen. Zou dat zo zijn, dan zouden ook de 'verantwoordelijkheid voor de sanering' en de 'vrijwaring' overgaan op de koper, zonder dat de Gemeente weet of zij te maken krijgt met een solvabele partij. Gelet daarop bepaalt artikel 6:159 BW dat, als het de bedoeling van BNI is dat de verplichtingen (en het recht op de koopsom) overgaan op de kopende partij, partijen een formele contractsoverneming zouden moeten overeenkomen. Indien de medewerking van de Gemeente aan een contractsoverneming zou worden verzocht, zou de Gemeente aanvullende voorwaarden kunnen stellen aan de koper, in het bijzonder ten aanzien van de vrijwaring voor bodemverontreiniging.

3.7. Zonder contractsoverneming kan de koper de Gemeente niet aanspreken tot betaling van de koopprijs. De Gemeente heeft immers niet met de koper gecontracteerd. Andersom heeft BNI het niet meer in haar macht om te saneren, en zou zij hoogstens zodra de koper gesaneerd heeft (onduidelijk is wanneer en wat) een beroep kunnen doen op betaling van de koopprijs. Als dat later is dan 5 september 2023, zou BNI ook kunnen stellen dat er een indexering op de koopsom is gaan lopen.

3.8. Gelet hierop luidt mijn advies als volgt:

a. de Gemeente gaat tijdig formeel in overleg over de aanbieding d.d. 20 maart 2020;

b. gelijktijdig legt de Gemeente jegens BNI schriftelijk vast dat indien BNI haar positie ter plaatse verkoopt en levert aan een derde, dit niet betekent dat BNI bevrijdt is van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst van 5 september 2013 en de akte van

HOUTHOFF

levering. Daaraan kan de Gemeente toevoegen dat, indien BNI verkoopt en levert aan een derde, zij het kennelijk niet (langer) zelf in haar macht heeft om de sanering ter plaatse uit te voeren, hetgeen met zich brengt dat BNI in elk geval geen beroep meer kan doen op de indexeringsregeling. Hiermee ligt in het dossier vast dat de Gemeente (ook) BNI verantwoordelijk kan (blijven) houden voor de sanering, en dat BNI de Gemeente moet blijven vrijwaren. Mogelijk (of zelfs waarschijnlijk) lokt deze vastlegging uit dat BNI tripartite afspraken wenst te maken met de koper en de Gemeente tezamen (een overeenkomst van contractsoverneming); dat creëert dan een nieuw speelveld waarin de Gemeente afspraken kan maken die beter aansluiten bij de huidige situatie. Zo kan de Gemeente – binnen de kaders van het door de koper over te nemen contract – trachten nadere afspraken te maken over een gewenste sanering binnen het tijdsbestek van tien jaar (gerekend vanaf 2013) en – indien sanering binnen dat tijdsbestek niet haalbaar is gebleken – het achterwege laten van de indexeringsregeling over de nog te betalen koopsom.

c. het is niet noodzakelijk om nu al (los van de situatie die ontstaat bij onderhandelingen over een contractsovername) verdergaande afspraken over feitelijke sanering te maken. Niet alleen behoudt BNI op de wijze als onder b beschreven formeel de verplichting en verantwoordelijkheid daartoe, maar ook mag worden aangenomen dat een particuliere ontwikkelaar daadwerkelijk iets met deze grond wil, hetgeen veronderstelt dat er dan ook gesaneerd wordt. Het risico dat de opvolgend eigenaar niet zou saneren, wordt beperkt ingeschat, temeer ook omdat de opvolgend eigenaar daarmee de – naar verwachting – door haar te entameren herontwikkeling zelf belemmert.

## 4. Conclusie

4.1. Verkoop en levering door BNI van haar grondpositie aan een derde (particuliere ontwikkelaar) bevrijdt haar niet zonder meer van haar contractuele verplichtingen jegens de Gemeente. Dat betekent dat de Gemeente ook niet zonder meer een nieuwe wederpartij opgedrongen krijgt.

4.2. Er kan aanleiding bestaan voor de Gemeente om medewerking te verlenen aan een formele contractsoverneming (onder voorwaarden) van de positie van BNI door de derde, indien deze zou worden verzocht. In dat kader kan de Gemeente de bestaande afspraken – die niet op alle onderdelen duidelijk zijn – nauwkeuriger vastleggen.

4.3. Om daartoe te komen, moet worden geadviseerd dat de Gemeente de formele stappen zet die hiervoor onder 3.8 a en b zijn uiteengezet.

***