

ECLI:NL:GHARN:2001:AD4815

Instantie	Gerechtshof Arnhem
Datum uitspraak	25-10-2001
Datum publicatie	25-10-2001
Zaaknummer	00/585 en 1999/238
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	-
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

23 oktober 2001
derde civiele kamer
rolnummer 2000/585

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

de gemeente [woonplaats],
zetelend te Raalte,
opposante,
procureur: mr J.C.N.B. Kaal,

tegen:

1. [geopposeerde sub 1] en
2. [geopposeerde sub 2],
beiden wonende te [woonplaats],
geopposeerden,
procureur: mr J.H.A.M. Hanssen.

1 Het geding in hoger beroep

1.1 Bij arrest van 3 augustus 1999 (rolnummer 99/238) heeft dit hof het tussen partijen gewezen eindvonnis van de rechtbank te Zwolle van 11 november 1998 vernietigd en de vorderingen van geopposeerden (hierna te noemen: [geopposeerden]) alsnog toegewezen, in die voege dat voor recht is verklaard dat door de brieven van 4 september 1996 de op 30/31 augustus 1996 tot stand gekomen overeenkomst tussen partijen buitengerechtelijk is vernietigd, met veroordeling van de gemeente in de

kosten van het geding in beide instanties. De gemeente was niet verschenen zodat het arrest bij verstek is geweest.

1.2 Bij verzetdagvaarding van 4 augustus 2000 is de gemeente in verzet gekomen tegen dit arrest. De gemeente heeft onder aanvoering van haar bezwaren tegen het verstekarrest gevorderd dat het hof bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest de gemeente tot goed-opposante zal verklaren en haar zal ontheffen van de bij eerder genoemd arrest uitgesproken veroordeling en alsnog het eindvonnis van de rechtbank zal bekrachtigen, met veroordeling van [geopposeerden] in de kosten van het verzet.

1.3 Bij conclusie van eis heeft de gemeente onder overlegging van één productie gepersisteerd bij haar vordering en daarna heeft zij nog akte verzocht.

1.4 [geopposeerden] hebben bij nadere memorie stelling genomen tegen het verzet van de gemeente.

1.5 Vervolgens zijn de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

2 De vaststaande feiten

2.1 Het hof verwijst naar de onder 3 van het verstekarrest vermelde vaststaande feiten. Deze zijn door de gemeente niet bestreden, met dien verstande dat de gemeente wel betwist dat het bezoek op 30 augustus 1996 onaangekondigd plaatsvond. In rov. 3.8 is abusievelijk vermeld dat het -primaire- besluit van B & W van 18 oktober 1995 is vernietigd; dit is evenwel onjuist: vernietigd werd het besluit van 10 januari 1996 op het bezwaarschrift.

Inmiddels is ook het volgende komen vast te staan:

2.2 Bij besluit van 29 mei 1996 hebben B & W hun besluit van 10 januari 1996 aangevuld en [geopposeerde sub 1] medegedeeld dat de kosten van de uitoefening van bestuursdwang op hem zullen worden verhaald.

2.3 Nadat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 13 mei 1997 de beslissing van B & W van 10 januari 1996, houdende ongegrondverklaring van het bezwaarschrift tegen de bestuursdwangaanschrijving dd. 18 oktober 1995, had vernietigd, heeft de gemeente bij besluit van 15 juli 1997 te dier zake opnieuw beslist en wederom het bezwaar afgewezen. Op het daartegen ingestelde beroep heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak gedaan op 30 mei 2000 (overgelegd bij conclusie van eis in verzet), waarbij het beroep is verworpen.

3 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 De gemeente heeft in haar akte dd. 12 december 2000 aangevoerd dat zij niet beschikt over de memorie van grieven en dat zij in de gelegenheid wil worden gesteld alsnog op die memorie te reageren. Dat verzoek is door de rolraadsheer afgewezen op grond van de volgende overwegingen. Het wettelijk systeem van het verzet in hoger beroep brengt met zich dat de verzetdagvaarding (tezamen met de memorie van eis in oppositie) dezelfde functie vervult als de memorie van antwoord in het appèlgeding op tegenspraak. Dat heeft tengevolge dat in beginsel de reactie op de memorie van grieven in de verzetdagvaarding geformuleerd moet worden. Eventueel kan de reactie nog volgen in de memorie van eis in oppositie. Volgens de verzetdagvaarding raakte de gemeente op 24 juli 2000 bekend met het verstekarrest van 3 augustus 1999, zodat het op de weg van de advocaat van de gemeente lag zich zo mogelijk nog vóór het uitbrengen van de verzetdagvaarding te doen voorzien van de memorie van grieven. In het onderhavige geval heeft zich de bijzonderheid voorgedaan dat de zaak op de verzetdagvaarding op 22 augustus 2000 is aangebracht, doch dat de wederpartij zich toen nog niet heeft gesteld. Mr Hanssen

heeft zich eerst op 31 oktober 2000 gesteld en toen is de zaak aangehouden tot 12 december 2000 voor conclusie van eis in het verzet. Deze is door dit procesverloop eerst op 12 december 2000 genomen. De gemeente had in elk geval tot dat moment, derhalve ruimschoots, de mogelijkheid een reactie op de memorie van grieven en de daarbij gevoegde producties te geven.

De gemeente had de memorie van grieven voordien bij de griffie kunnen opvragen indien zij deze niet via de procureur van de wederpartij kon verkrijgen. Zij heeft een daartoe strekkend verzoek echter niet tijdig gedaan, met als gevolg dat de memorie van grieven haar pas op 12 december 2000 door de griffie is toegezonden. Een afschrift van de memorie van grieven bevindt zich ook in het door de gemeente overgelegde procesdossier. De gemeente had vervolgens nog pleidooi kunnen verzoeken teneinde nader in te gaan op de stellingen in de memorie van grieven en de daarbij overgelegde producties, hetgeen zij evenwel niet heeft gedaan.

Dit alles leidt ertoe dat de gemeente thans geen gelegenheid zal worden geboden nog nader te reageren op de memorie.

3.2 Zoals blijkt uit de aanvullende feiten als hiervoor weergegeven, is het beroep tegen de bestuursdwangaanzegging inmiddels verworpen, waarmee deze aanzegging thans onherroepelijk is en vast staat dat het toepassen van de bestuursdwang niet onrechtmatig was. De [geopposeerden] hebben immers niet gesteld dat de wijze waarop aan de bestuursdwang feitelijk uitvoering is gegeven (een aspect dat in de bestuursrechtelijke procedure tegen de aanzegging niet aan de orde kan komen) disproportioneel was of anderszins onrechtmatig. Daaruit volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat de (uitvoering van de) bestuursdwang geen grond voor een actie tot schadevergoeding jegens de gemeente zal opleveren. [geopposeerden] hebben het tegendeel niet gesteld in hun nadere memorie.

3.3 Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 30 mei 2000 blijkt dat naar het oordeel van de Afdeling de gemeente de kosten van de uitgeoefende bestuursdwang niet zal kunnen verhalen op [geopposeerde sub 1]. De aanvulling op 29 mei 1996 van de oorspronkelijke bestuursdwangaanzegging (waarbij dat kostenverhaal alsnog werd aangezegd) heeft immers geen zelfstandige betekenis meer na de vernietiging van het besluit van 10 januari 1996, terwijl in de nieuwe beslissing op het bezwaarschrift waarbij de bestuursdwangaanzegging is gehandhaafd, een dergelijke aanzegging van het kostenverhaal kennelijk evenmin heeft plaatsgevonden. Het hof verwijst hiervoor naar hetgeen de Afdeling heeft overwogen in rov. 2.8.2 van haar uitspraak van 30 mei 2000.

3.4 Wat betreft de gang van zaken voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst, overweegt het hof als volgt.

Vast staat dat partijen reeds lange tijd in overleg waren teneinde een oplossing te zoeken voor de ontstane impasse. De advocaat van [geopposeerden] heeft in de namiddag van 30 augustus 1996 contact gehad met de gemeente en het aanbod van de gemeente (bemiddeling bij het zoeken van vervangende woonruimte indien [geopposeerden] de lopende procedure tegen de bestuursdwang-aanzegging zouden intrekken en zouden afzien van eventuele schadeclaims) overgebracht. Diezelfde middag heeft hij de gemeente ervan op de hoogte gesteld dat deze voorwaarden onacceptabel waren voor [geopposeerden] (zie de pleitnota van mr Leemans bij de comparitie van partijen in eerste aanleg).

3.5 Het hof handhaaft zijn oordeel dat de gemeente, wetende van de noodsituatie van [geopposeerden], misbruik van omstandigheden heeft gemaakt door desondanks 's avonds te elfder ure [geopposeerden] buiten aanwezigheid van hun advocaat (dat die advocaat op een vrijdagavond niet bereikbaar was, lag voor de hand) een overeenkomst te laten sluiten op voorwaarden waarvan zij diezelfde middag van de advocaat had vernomen dat deze voor hen onaanvaardbaar waren. Voor zover de 'onderhandelingen' feitelijk werden gevoerd door Van Maanen, doet dit aan het voorgaande niet af.

Gelet op de hele voorgeschiedenis, had de gemeente, vooraleer [geopposeerden] de door de gemeente opgestelde overeenkomst ondertekenden, zich ervan dienen te vergewissen dat de daarin neergelegde afspraken ook daadwerkelijk beantwoordden aan de wil van [geopposeerden], in aanmerking genomen

dat het ondertekenen van deze overeenkomst volledig in tegenspraak was met hun enkele uren eerder ingenomen standpunt, zoals overgebracht door hun advocaat. Uit hetgeen de gemeente aanvoert, blijkt niet dat dit genoegzaam is gebeurd, hetgeen de gemeente had behoren te weerhouden van het sluiten van de overeenkomst.

3.6 Om die reden kan de stelling van de gemeente dat om circa 18.00 uur op 30 augustus 1996 (via Van Maanen) een telefonisch akkoord werd bereikt tussen [geopposeerden] enerzijds en de gemeente anderzijds, indien bewezen, niet tot een ander oordeel leiden.

Of het bezoek van de vertegenwoordigers van de gemeente al dan niet -enige uren daarvóór- was aangekondigd, zoals de gemeente in haar verzetdagvaarding betoogt, is daarbij niet van belang.

3.7 De gemeente had, als te dezer zake deskundige partij, dienen te beseffen dat een vordering tot verhaal van de kosten van bestuursdwang geen kans van slagen zou hebben omdat de aanzegging alleen aan [geopposeerde sub 1] was gericht en die aanzegging bovendien geen gewag maakte van een dergelijk kostenverhaal. Het stond de gemeente in die omstandigheden niet vrij het afzien van kostenverhaal als tegenprestatie te presenteren omdat deze tegenprestatie in feite een lege dop was. Ook de voorwaarde van het op voorhand afzien van eventuele schadeclaims in verband met de uitgeoefende bestuursdwang had de gemeente in de gegeven omstandigheden niet mogen stellen, in aanmerking genomen dat er nog een beroepsprocedure tegen die aanzegging liep, waarvan de uitkomst op dat moment nog ongewis was en niet bij voorbaar kansloos was.

3.8 Het hof handhaaft zijn oordeel dat aannemelijk is dat [geopposeerden] deze overeenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, zouden hebben gesloten als er geen sprake zou zijn geweest van misbruik van omstandigheden aan de zijde van de gemeente. Dat in elk geval de gemeente beoogde met de gesloten overeenkomst een streep onder het geschil tussen partijen te zetten en een in haar visie redelijke oplossing te bereiken, doet hieraan niet af. Ook het feit dat de gemeente de opvang van twee 'reservehonden' op zich heeft genomen, doet aan het voorgaande niet af. Dit was voor [geopposeerden] geen doorslaggevend argument om de overeenkomst te sluiten; voldoende aannemelijk is dat zij in staat waren geweest die twee honden elders onder te brengen.

3.9 Het bewijsaanbod van de gemeente wordt gepasseerd nu er geen te bewijzen feiten zijn gesteld die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden.

Slotsom

De vordering van de gemeente tot vernietiging van het verstekarrest is niet toewijsbaar. Dat arrest wordt daarom bekrachtigd.

Als de in het ongelijk gestelde partij wordt de gemeente veroordeeld in de kosten van de verzetprocedure.

Beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

bekrachtigt het tussen partijen gewezen verstekarrest van dit gerechtshof van 3 augustus 1999;

wijst af de vordering van de gemeente;

veroordeelt de gemeente in de kosten van de verzetprocedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geopposeerden] begroot op f 1.700,- voor salaris van de procureur.

Dit arrest is gewezen door mrs Van der Poel, Wesseling-Lubberink en Hillen en uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier ter openbare terechtzitting van 23 oktober 2001.

3 augustus 1999
derde civiele kamer
rolnummer 1999/238

GERECHTSHOFTEARNHEM

Arrest

in de zaak van:

1. [appellant sub1],
2. [appellant sub2],
beiden wonende te [woonplaats],
appellanten,
procureur: mr J.H.A.M. Hanssen

tegen:

de gemeente Raalte,
waarvan de zetel is gevestigd te Raalte,
geïntimeerde,
niet verschenen.

1 Het geding in eerste aanleg

De arrondissementsrechtbank te Zwolle heeft op 5 augustus 1998 een tussen-vonnis en op 11 november 1998 een eindvonnis gewezen in het geschil tussen appellanten (hierna ook afzonderlijk te noemen: [appellant sub 1] respectievelijk [appellant sub 2]) als eisers en geïntimeerde (hierna te noemen: de gemeente) als gedaagde. Afschrift van laatstvermeld vonnis, naar de inhoud waarvan wordt verwezen, is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Bij exploit van 10 februari 1999 zijn appellanten in hoger beroep gekomen van het eindvonnis van 11 november 1998 met dagvaarding van de gemeente voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven hebben appellanten drie grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis, producties overgelegd en gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

- primair: voor recht zal verklaren dat door de brief van september 1996 de op 30/31 augustus 1996 tot stand gekomen overeenkomst buitengerechtelijk is vernietigd;
 - subsidiair: de op 30/31 augustus 1996 tot stand gekomen overeenkomst nietig zal verklaren omdat deze onder misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen,
- met verwijzing van geïntimeerde in de kosten van beide instanties.

2.3 De gemeente is in rechte niet verschenen en tegen haar is verstek verleend.

2.4 Daarna hebben appellanten akte verzocht van het overleggen van enkele producties.

2.5 Vervolgens zijn de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

3 De vaststaande feiten

Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds ge-steld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde bewijsstukken dan wel als door de rechtbank beslist en in hoger beroep niet bestreden, de navolgende feiten vast.

3.1 Appellanten exploiteerden aan de [adres] te [woonplaats], een hondenkennel annex hondenfokkerij waar een (periodiek wisselend) aantal husky's werd gehouden ten behoeve van de sledehondensport.

3.2 Bij brief van 3 juli 1995 heeft de gemeente aan [appellant sub 1] bericht dat, indien niet op 1 oktober 1995 het aantal honden tot maximaal 15 was teruggebracht, er een vergunningplicht bestaat en dat de gemeente een einde zal maken aan de illegale situatie.

3.3 Bij besluit van 18 oktober 1995 is een verzoek van [appellant sub 1] tot het gedogen van de bestaande situatie afgewezen en hebben B & W besloten tot bestuurs-dwang over te gaan indien en voor zover op 1 februari 1996 meer dan 15 honden aanwezig zouden zijn in de kennel. De bestuursdwang werd aangezegd vanwege a) strijd met de Richtlijn Veehouderij en Hinderwet; b) strijd met de Interimwet veehouderij ammoniak en c) geluidhinder.

3.4 In oktober 1995 heeft [appellant sub 1] een aanvraag voor een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer ingediend, welke aanvraag evenwel door de gemeente niet in behandeling is genomen omdat deze volgens de gemeente toch niet kon worden gehonoreerd.

3.5 Het tegen de bestuursdwangaanzegging van 18 oktober 1995 door [appellant sub 1] ingediende bezwaar is bij besluit van B & W van 10 januari 1996 ongegrond verklaard. Tegen deze beslissing heeft [appellant sub 1] beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Een verzoek om schorsing van de bestuursdwangaanzegging is door de Voorzitter van die Afdeling op 18 april 1996 afgewezen.

3.6 De gemeente heeft in juli 1996 feitelijk bestuursdwang uitgeoefend; op 4 juli 1996 heeft zij verhinderd dat 33 husky's zouden worden afgeleverd bij de fokkerij en op 19 juli 1996 heeft de gemeente 46 husky's van het terrein van de fokkerij afgevoerd en in bewaring genomen.

3.7 Bij uitspraak van 13 mei 1997 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de beslissing van B & W van 10 januari 1996, houdende ongegrondverklaring van het bezwaarschrift tegen de bestuursdwangaanzegging

dd. 18 oktober 1995, vernietigd. Deze uitspraak houdt onder meer in:

"Ten tijde van het nemen van het bestreden besluit bevonden zich in de hondenkennel meer dan 70 zogeheten husky's (een soort sledehonden). Gelet op dit aantal is (..) zonder meer sprake van een omvang als ware zij bedrijfsmatig. (..) Daargelaten of verweerders een juiste maatstaf hebben gehanteerd door bij een aantal van meer dan 15 husky's (inclusief pups) het bestaan van een inrichting aan te nemen, zijn zij er in het thans te beoordelen geval terecht van uitgegaan dat de hondenkennel een inrichting is als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer, waarvoor ingevolge het bepaalde in categorie 8 van Bijlage I, behorende bij het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer, een vergunning is vereist.

Aangezien appellants sub 1 [=appellants sub 1], toev. hof] ten tijde van het bestreden besluit niet beschikte over een dergelijke vergunning waren verweerders bevoegd daartegen op te treden met toepassing van bestuurlijke handhavingsmiddelen. (..)

Voor zover verweerders hun besluit hebben doen steunen op de stelling, dat artikel 9 van de Interimwet ammoniak en veehouderij er aan in de weg staat dat een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer wordt verleend voor de oprichting van een veehouderij in een ammoniakoverschotgebied, overweegt de Afdeling, gelijk zij ook eerder heeft overwogen, dat bij de beoordeling van de emissie en depositie van ammoniak geen rekening behoeft te worden gehouden met dieren, waarvoor geen emissiefactor is opgenomen in de Uitvoeringsregeling ammoniak en veehouderij.

Dit betekent dat, aangezien de Interimwet ammoniak en veehouderij het exclusieve kader vormt voor de beoordeling van de ammoniakdepositie van een veehouderij, hierin geen reden kan zijn gelegen een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer voor het houden van honden te weigeren.

Voor zover verweerders aan hun besluit het standpunt ten grondslag hebben gelegd dat de afstand tussen de inrichting en woningen van derden minder bedraagt dan de ingevolge de brochure Veehouderij en Hinderwet in acht te nemen afstand van 50 meter, overweegt de Afdeling dat de brochure geen normen bevat voor honden, zodat uit de brochure niet zonder meer volgt dat tussen een hondenkennel en een stankgevoelig object een minimumafstand van 50 meter moet worden aangehouden.

Ofschoon dit niet wegneemt, dat een zekere ruimtelijke scheiding moet worden aangehouden tussen de inrichting en woningen van derden, om met name stankhinder zo veel mogelijk te voorkomen, is niet gebleken dat in dit geval sprake was van stankhinder die op grond van de in acht te nemen afstand hoe dan ook niet voldoende zou kunnen worden beperkt. De Afdeling merkt in dit verband nog op dat de inrichting in agrarisch gebied is gelegen en dat de rennen van de meeste honden op een afstand van ongeveer 50 meter van de dichtsbijgelegen woning van derden zijn gelegen.

Met betrekking tot het bezwaar, dat verweerders niet voldoende hebben onderzocht of geluidhinder in voldoende mate is te beperken, overweegt de Afdeling het volgende.

Verweerders hebben in hun besluit van 18 oktober 1995 overwogen dat het in het onderhavige geval niet mogelijk is voorzieningen te treffen die de geluidhinder van de honden in voldoende mate beperken. Zij hebben hun standpunt ter zake gebaseerd op de verschillen tussen deze kennel en een door hen genoemd geval in de gemeente Heythuysen, waar wel toereikende voorzieningen konden worden getroffen. Appellants sub 1 heeft dit standpunt van verweerders bestreden. In hun beslissing op bezwaar zijn verweerders echter niet nader ingegaan op dit bezwaar. Naar het oordeel van de Afdeling hebben verweerders aldus gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht, op grond waarvan een beslissing op een tegen een besluit ingediend bezwaarschrift deugdelijk dient te worden gemotiveerd. Dit klemt te meer nu het bestreden besluit niet duidelijk maakt of in dit geval sprake is van onaanvaardbare geluidhinder. De enkele verwijzing naar een hondenkennel in Heythuysen is daartoe onvoldoende. (..)"

3.8 Na vernietiging van het besluit van 18 oktober 1995 hebben B & W op 15 juli 1997 een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift tegen de bestuurs-dwangaanschrijving gegeven, waarbij dat bezwaarschrift wederom ongegrond is verklaard en de bestuursdwangaanschrijving is gehandhaafd. Tegen deze beslissing is opnieuw beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In die procedure is nog niet beslist.

3.9 In verband met financiële problemen heeft de geldverstrekker van appellanten het op de woning en hondenkennel rustende hypotheekrecht geëxecuteerd en de openbare verkoop en ontruiming per 1 september 1996 aangezegd. Tussen executant en appellanten gold de afspraak dat bij ontruiming de honden die zich nog in het huis of op het erf zouden bevinden, eigendom zouden worden van de executant.

3.10 In de avond van 30 augustus 1996 omstreeks 23.30 uur hebben A.J.G. Jansen, loco-burgemeester van de gemeente, P. Droste, medewerker van de gemeente alsmede T. van Maanen, toentertijd voorzitter van de Siberian Husky Klub voor Nederland appellanten (onaangekondigd) bezocht. Bij die gelegenheid is omstreeks 01.00 uur een overeenkomst gesloten tussen appellanten enerzijds en de gemeente anderzijds, welke overeenkomst het volgende inhoudt:

" V e r k l a r i n g v a n a f s t a n d .

De ondergetekenden sub I,
[appellanten], beiden wonende te [woonplaats], [adres]

Verklaart:

1. vrijwillig afstand te doen van de honden, welke door de gemeente Raalte in het kader van uitvoering van een besluit tot toepassing van bestuursdwang in beslag zijn genomen alsmede van de honden welke zich heden nog op bovengenoemd perceel bevinden;

van deze afstand zijn uitgezonderd 5 door de heer [appellant sub 1] aan te wijzen honden; zie bijlage

2. het beroep, dat namens hem door de heer Vermeij is ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tegen de onder 1. bedoelde bestuurs-dwangbeschikking, in te trekken;

3. afstand te doen van enige vordering op de gemeente Raalte, welke in het kader van de uitvoering van de bestuursdwangbeschikking als onder 1. bedoeld zou kunnen zijn ontstaan;

De ondergetekende sub II,

de gemeente Raalte, ten deze vertegenwoordigd door A.J.G. Jansen, loco-burgemeester verklaart:

a. dat aan de heer [appellant sub 1] voor 6 september 1996 een vervangende woning wordt toegewezen door een van de te [woonplaats] gevestigde woningbouwverenigingen; hierbij zal tevens worden gewezen op het hiervoor sub 1. vermelde omtrent het maximale aantal honden, dat de ondergetekende sub I onder zich mag houden;

b. af te zien van enig verhaal van kosten voortvloeiende uit de uitvoering van de bestuursdwangbeschikking als hiervoor onder 1. bedoeld;

Aldus overeengekomen en wederzijds ondertekend,

[woonplaats], 30 augustus 1996, [woonplaats] 30 augustus 1996,

De ondergetekenden sub I, De ondergetekende sub II,

(handtekening)

(handtekening) (handtekening)"

3.11 Voornoemde Van Maanen had voorafgaande aan het sluiten van deze overeenkomst tussen partijen bemiddeld bij het vinden van een oplossing van de huisvesting van appellanten en de honden.

3.12 Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bevonden zich 29 honden bij appellanten. Deze zijn door de gemeente meegenomen; drie daarvan zijn nadien bij appellanten teruggekomen en twee honden worden door de gemeente in reserve gehouden en op haar kosten verzorgd.

3.13 Op of omstreeks 14 september 1996 is [appellant sub 1] in staat van faillissement verklaard.

3.14 Bij brieven, gedateerd 4 oktober 1996 hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] (ieder afzonderlijk) de nietigheid van voormelde overeenkomst van 30 augustus 1996 ingeroepen.

4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

4.1 Centraal in de onderhavige procedure staat de tussen partijen op 30/31 augustus 1996 gesloten overeenkomst. Appellanten hebben de nietigheid daarvan ingeroepen, stellende dat deze overeenkomst is totstandgekomen door misbruik van omstandigheden aan de zijde van de gemeente. De rechtbank heeft die stelling onjuist bevonden en appellanten in het ongelijk gesteld. De grieven leggen het geschil in volle omvang aan het hof voor.

4.2 Appellanten hebben ter staving van hun vordering het volgende aangevoerd:

1) ten aanzien van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst:

a) appellanten zijn min of meer overvallen door de vertegenwoordigers van de gemeente, toen deze om 23.30 uur onaangekondigd verschenen en een voorstel voor een overeenkomst bij zich hadden;

b) appellanten zijn ondanks hun verzoek niet in de gelegenheid gesteld overleg te voeren met hun advocaat over de inhoud van de overeenkomst omdat zij onder druk werden gezet meteen te ondertekenen;

c) appellanten bevonden zich in een noodsituatie omdat zij per 1 september 1996 de woning zouden moeten ontruimen en nog geen vervangende woonruimte voor henzelf (en voor de nog aanwezige honden) hadden;

2) ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst:

a) de gemeente heeft als tegenprestatie afgezien van het invorderen van de kosten van de uitoefening van bestuursdwang, terwijl zij wist of behoorde te weten dat die kosten toch al niet kunnen worden verhaald in verband met een procedureel verzuim;

b) de bestuursdwangaanschrijving was uitsluitend gericht aan [appellant sub 1] en niet aan [appellant sub 2], die uit dien hoofde ook nimmer kosten verschuldigd zal zijn aan de gemeente;

c) appellanten hebben uiteindelijk zonder bemiddeling of hulp van de gemeente vervangende woonruimte verkregen.

4.3 De gemeente heeft de stellingen van appellanten bestreden. Zij heeft aangevoerd juist in het belang van appellanten te hebben gehandeld door -geheel onverplicht- te bemiddelen bij het zoeken naar vervangende huisvesting. Daarbij heeft de gemeente afstand gedaan van de mogelijkheid de kosten van bestuursdwang in te vorderen en bovendien heeft zij de kosten van opvang van de honden op zich genomen. Het is niet meer dan een kwestie van het wegstrepen van de kansen van aansprakelijkheid over

en weer, aldus de gemeente. Zij was gerechtigd aan de bemiddeling bij de huisvesting een tegenprestatie van de zijde van appellanten te verbinden.

4.4 Het hof verwerpt dit verweer om de volgende redenen.

Appellanten hebben aangevoerd, hetgeen door de gemeente niet is bestreden, dat in de bestuursdwangaanzegging van 18 oktober 1995 niet is vermeld dat uitoefening van bestuursdwang geschiedt op kosten van [appellant sub 1] en dat deze kosten later op hem kunnen worden verhaald (vgl. artikel 130 lid 1 laatste zin in verband met artikel 131 lid 1 Gemeentewet, zoals die bepalingen luiden ten tijde van het uitvaardigen van de bestuursdwangaanzegging; vgl. ook artikel 5:25 lid 2 Awb voor de huidige situatie). Dat brengt mee dat de gemeente deze kosten waarschijnlijk ook niet zal kunnen verhalen op [appellant sub 1] (vgl. AR RvS 5 juli 1990, BR 1990/11, p. 840; vgl. ook Van Buuren, Jurgens & Michiels, Bestuurs-dwang en dwangsom, Tjeenk Willink 1999, p. 151 alsmede Bok e.a., Nieuw bestuursrecht: derde tranche Algemene wet bestuursrecht, Ars Aequi Libri 1999, p.189-190). De omstandigheid dat wellicht nadien, op 29 mei 1996 een nadere kostenaanzegging is gevolgd, doet hieraan niet af. Uit die latere aanzegging blijkt overigens wel dat de gemeente zich kennelijk van dit probleem bewust was toen zij de onderhavige overeenkomst met appellanten sloot.

4.5 Aangezien de bestuursdwangaanschrijving niet was gericht jegens [appellant sub 2], kunnen, nog afgezien van het gebrek ter zake van de aankondiging van het kostenverhaal, de kosten daarvan nimmer van haar worden teruggevorderd. Ten aanzien van haar kan er dus in ieder geval geen sprake zijn van het over en weer wegstrepen van aansprakelijkheidsrisico's, zoals de gemeente aanvoert.

4.6 Vaststaat dat appellanten op 30 augustus 1996 in een positie verkeerden die als zeer problematisch kan worden gekenschetst. Hun was de ontruiming van de woning en hondenkennel per 1 september 1996 aangezegd en zij hadden op dat moment geen vervangende woonruimte, hetgeen met name [appellant sub 2], indertijd 87 jaar oud, voor ernstige problemen plaatste. De gemeente was van deze noodtoestand op de hoogte.

De gemeente heeft misbruik van omstandigheden gemaakt door -wetende dat appellanten door deze noodtoestand bewogen werden tot het sluiten van de overeenkomst- de totstandkoming van die overeenkomst met voor appellanten verstrekkende gevolgen, te initiëren en te bevorderen. Dit terwijl op dat moment als gevolg van de aanhangige procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak geen duidelijkheid bestond over de vraag of de uitoefening van bestuursdwang kon worden gerechtvaardigd door een rechts-geldig besluit en de gemeente had moeten begrijpen dat een vordering tot schadevergoeding op de gemeente in het kader van de bestuursdwanguitoefening niet bij voorbaat kansloos was, hetgeen haar van het initiëren en bevorderen van de totstandkoming van de overeenkomst had behoren te weerhouden.

Over het gewicht van de tegenprestatie die de gemeente daartegenover stelt, bestaat gerede twijfel omdat enerzijds de kosten van de uitgeoefende bestuurs-dwang waarschijnlijk toch al niet op [appellant sub 1] (en zeker niet op [appellant sub 2]) kunnen worden verhaald en anderzijds de vervangende woonruimte onlosmakelijk was verbonden met het afstaan van de honden, op vijf na, en zij gedwongen werden hun bedrijfsvoering op te geven.

Aannemelijk is dat, mede gelet op de grote onevenredigheid die bestaat tussen de prestaties waartoe de contractanten zich over en weer hebben verbonden, appellanten deze overeenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, zouden hebben gesloten indien deze niet door misbruik van omstandigheden als hiervoor bedoeld tot stand zou zijn gekomen.

4.7 Dit brengt mee dat appellanten terecht de overeenkomst hebben vernietigd zodat de primaire vordering toewijsbaar is. Hetgeen de rechtbank heeft overwogen ten aanzien van het ontstaan van de noodtoestand doet daar niet aan af. Nog afgezien van het feit dat appellanten dit oordeel in hoger beroep

gemotiveerd en onderbouwd met bescheiden hebben bestreden, is deze kwestie hier voor de vraag of er sprake was van misbruik van omstandigheden niet van belang.

Slotsom

Het bestreden vonnis moet worden vernietigd en de primaire vordering van appellanten zal worden toegewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de gemeente in de kosten van beide instanties worden verwezen.

Beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de recht-bank te Zwolle van 11 november 1998 en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat door de brieven van 4 september 1996 de op 30/31 augustus 1996 tot stand gekomen overeenkomst tussen appellan-ten en de gemeente buitengerechtelijk is vernietigd;

veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding in beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van appellanten begroot op in totaal f 4.432,67, als volgt samengesteld: f 1.720,- voor salaris van de procu-reur en f 478,75 voor verschotten in eerste aanleg alsmede f 1.700,- voor salaris van de procureur en f 533,92 voor verschotten in hoger beroep;

wijst af het meer of anders gevorderde.

.

Dit arrest is gewezen door mrs Van der Poel, Van Loo en Wesseling-Lubberink en uitgesproken in tegenwoor-digheid van de griffier ter openbare terechtzitting van 3 augustus 1999.