ECLI:NL:GHDHA:2024:2082

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	12-11-2024
Datum publicatie	13-12-2024
Zaaknummer	200.325.702/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2023:126
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Gebruiksmeldingen met betrekking tot een door de Gemeente Zoetermeer verkocht bedrijfspand worden meerdere keren afgewezen omdat niet voldaan is aan brandveiligheidseisen. Dat levert geen tekortkoming in de nakoming van de Gemeente op.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht

Team Handel

Zaaknummer hof : 200.325.702/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/616366

Arrest van 12 november 2024

in de zaak van

Gemeente Zoetermeer,

appellante,

advocaat: mr. M.S. Houweling, kantoorhoudend in Den Haag,

tegen

BUV Holding B.V.,

gevestigd in Oud-Beijerland,

verweerster,

niet verschenen in hoger beroep.

Het hof zal partijen hierna de Gemeente en BUV noemen.

1 De zaak in het kort

1.1 De Gemeente heeft een pand verkocht aan BUV. Na de verkoop heeft BUV een tijd twee verdiepingen van het pand niet kunnen gebruiken omdat niet werd voldaan aan de brandveiligheidseisen. BUV stelt daardoor schade te hebben geleden en vordert een verklaring voor recht dat de Gemeente tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst door niet te melden dat sprake was van een gebruiksverbod, en verwijzing naar een schadestaatprocedure voor het vaststellen van de schade.

1.2 De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof komt tot een ander oordeel. Naar het oordeel van het hof had de Gemeente zorgvuldiger kunnen zijn in de behandeling van de gebruiksmeldingen van BUV, maar is er geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van de koopovereenkomst omdat er geen sprake was van een gebruiksverbod.

2 Procesverloop in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:

- de dagvaarding van 6 april 2023, waarmee de Gemeente in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 januari 2023;
- de memorie van grieven van Gemeente, met bijlagen.

2.2 BUV is in hoger beroep niet verschenen en tegen haar is verstek verleend. Op 23 september 2024 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten van de Gemeente hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal opgemaakt.

3 Feitelijke achtergrond

3.1 BUV was bestuurder van Kinderspeelparadijs De Ballebak B.V. (hierna: De Ballebak). De Ballebak exploiteerde onder andere een kinderspeelparadijs met horecavoorziening in de Olympus, een pand dat eigendom was van de Gemeente.

3.2 De Olympus bestaat uit vier verdiepingen: kelder, begane grond en eerste en tweede verdieping. De Gemeente verhuurde een deel van de begane grond en de kelder aan De Ballebak. Zij overwoog in 2015 de Olympus te sluiten en te slopen of te verkopen. De Ballebak heeft met de Gemeente onderhandeld over de koop van de Olympus.

3.3 Bij e-mail van 11 juni 2015 heeft de Gemeente ter informatie het meerjarenonderhoudsplan van de Olympus aan BUV gestuurd. Daarbij heeft de Gemeente het volgende aan BUV medegedeeld:

"*() Hierbij ter info een indicatie van het meerjarenonderhoud van de Olympus. Hierin is nog geen rekening gehouden met de aanpassingen aan de brandmeldinstallatie en de brandcompartimenten (hier hopen we binnen een paar weken duidelijkheid over te hebben) ()*"

3.4 Op 28 oktober 2015 heeft de brandveiligheidsadviseur van de Gemeente met een medewerker toezicht van de Veiligheidsregio Haaglanden (hierna: VRH) onder meer de volgende brandveiligheidsmaatregel met betrekking tot de Olympus afgesproken:

"*De 1e en 2e verdieping zullen met ingang van 1 april 2016 niet meer worden gebruikt. Dit houdt in dat deze verdiepingen permanent worden afgesloten waarbij er geen personen meer aanwezig zullen zijn.*"

3.5 Bij e-mail van 10 maart 2016 heeft de Gemeente een schriftelijk aanbod gedaan aan De Ballebak met betrekking tot de Olympus. Zij schreef daarin onder meer:

"*() - verkoper heeft koper gebreken gebouw voor zover bekend meegedeeld en zal haar mededelingsplicht naar behoren vervullen ()*"

Desgevraagd heeft de Gemeente bij e-mail van 12 mei 2016 ook laten weten dat zij geen onderhoudsactiviteiten meer zou uitvoeren,

"*() met uitzondering van de vervanging van de brandmeldinstallatie gebaseerd op het huidige gebruik ()*"

3.6 In september 2016 heeft De Ballebak haar toekomstvisie voor de Olympus gepresenteerd aan de Gemeente. Zij wilde de buitenkant van het pand opknappen en binnen uitbreidingen en vernieuwingen doorvoeren, onder andere met (nader uit te werken) activiteiten op de verdiepingen. De Gemeente beoordeelde deze plannen als een welkome aanvulling op het bestaande aanbod voor vrijetijdsbesteding.

3.7 Op 20 december 2016 is de koopovereenkomst tussen De Ballebak en de Gemeente gesloten (hierna: de koopovereenkomst). In de inleiding van de koopovereenkomst is vermeld dat de Gemeente de huren en ingebruikgevingen heeft beëindigd omdat zij de Olympus niet meer nodig heeft, met uitzondering van de verhuur aan De Ballebak en de ingebruikgeving aan schoonmaakbedrijf Hectas die doorloopt tot uiterlijk 1 februari 2017.

3.8 In de koopovereenkomst is onder meer afgesproken (artikel 5 leden 2, 3 en 7):

- dat de Olympus aan De Ballebak wordt geleverd in de staat waarin het zich bij het tot stand komen van de overeenkomst bevindt, met alle daarbij behorende zichtbare en onzichtbare gebreken;
- dat de staat van onderhoud bij De Ballebak bekend is;
- dat de Gemeente er niet voor instaat dat het pand de eigenschappen bezit die nodig zijn voor het beoogde gebruik en dat de Gemeente het pand niet zelf feitelijk heeft gebruikt en De Ballebak dus niet heeft kunnen informeren over eigenschappen van en gebreken aan het pand.

3.9 Daarnaast heeft De Ballebak onder meer verklaard (artikel 6):

- dat zij het verkochte grondig heeft geïnspecteerd;
- dat zij het pand gaat gebruiken volgens de door haar gepresenteerde plannen;
- dat zij de lasten en beperkingen die na onderzoek kenbaar (hadden kunnen) zijn aanvaardt;

- dat zij zich ervan bewust is dat zij zelf verantwoordelijk is voor alle benodigde vergunningen.

3.10 Rond 1 februari 2017 stemde de Gemeente schriftelijk in met wijziging van de tenaamstelling van De Ballebak in BUV. De voorwaarden bleven ongewijzigd. Op 8 februari 2017 is de Olympus aan BUV geleverd.

3.11 BUV heeft eind september 2018 een huurovereenkomst gesloten met Optisport Leisure Center Zoetermeer B.V. (hierna: Optisport) waarbij Optisport de Olympus van BUV heeft gehuurd.

3.12 Op 11 september 2018 heeft BUV de Gemeente laten weten dat zij een partner had gevonden die de eerste en tweede etage wilde invullen, maar die pas met BUV in zee wilde gaan als de vereisten voor het verkrijgen van een gebruikersvergunning voor exploitatie van een trampolinepark op de verdieping van de Olympus inzichtelijk waren. De Gemeente reageerde daarop als volgt:

"*() Eerst de bestemming. (...) Anders gezegd valt het plaatsen van de springtoestellen binnen het bereik van de bestemming. In de praktijk is er geen sprake van activiteiten die strijdig zijn en naast de toets bestemmingsplan, die Han op mijn verzoek uitvoerde, zijn er geen aanvullende handelingen vereist. () Wat betreft de melding Brandveilig gebruik. Is het noodzakelijk om deze melding te doen. Jullie hebben hiervoor een afspraak met een deskundige, maar de gemeente is het bevoegd gezag. () Omdat het een melding betreft, is er geen wettelijke termijn, maar de afwikkeling kan tot vier weken duren. Neem deze vier weken niet als vaststaand feit, wat dit kan korter op langer zijn. Bij de melding hoort uiteraard een inspectie dus moet die plaatsvinden op het moment dat de werkzaamheden zijn afgerond.*"

3.13 Bij e-mail van 21 september 2018 heeft de Gemeente BUV als volgt bericht:

"*Vanmorgen hebben wij rond de tafel gezeten voor een overleg over uw plannen in het pand Voorweg 107. Uit eerdere gesprekken en correspondentie is gebleken dat uw wens om de activiteiten binnen het bedrijf uit te breiden, past in de bestemming van de locatie. Wat betreft de besproken activiteit, het plaatsen van trampolines op de eerste verdieping, heeft de Gemeente Zoetermeer een positieve grondhouding. Desondanks bestaat de mogelijkheid dat er een traject voor een nieuwe gebruiksmelding afgelegd dient te worden. In dat geval hebben wij te maken met een formele afhandeltermijn van 26 weken, waarbij ik wil opmerken dat die termijn een maximaal traject behelst. Om deze vraag te beantwoorden moet ik een beroep doen op de afdeling vergunningen, maar ik kan opmerken dat het in de dagelijkse praktijk onze ambitie is om inkomende aanvragen ruim binnen de formele termijn af te handelen. Het is niet mogelijk om hierover een concrete toezegging te doen, maar wij hebben afgesproken dat er een vooroverleg plaats zal vinden om met de betrokken afdeling naar uw situatie te kijken.()*"

3.14 Op 27 september 2018 kreeg BUV bericht van een medewerker van de VRH, die onder meer het volgende mededeelde:

"*() In 2017 is de Ballebak gecontroleerd aan de hand van de nog geldende gebruiksmelding (dus alleen de begane grond). Destijds zijn er geen gebreken geconstateerd. Aangezien de bovenetage ook in gebruik genomen gaat worden heb ik aangegeven hiervoor een externe brandveiligheidsadviseur in te schakelen aangezien er in het verleden ook al discussies waren tussen de gemeente Zoetermeer en de brandweer over de brandcompartimentering en de brandmeldinstallatie ()*"

3.15 In overleg met de Gemeente heeft BUV op 1 maart 2019 een melding brandveilig gebruik (hierna: gebruiksmelding) bij de Gemeente ingediend. De Gemeente heeft advies gevraagd aan de VRH over de gebruiksmelding. Bij e-mail van 26 maart 2019 heeft de Gemeente bericht dat de VRH het adviesverzoek niet in behandeling had genomen vanwege een brandonveilige situatie. Dat is als volgt toegelicht in de e-mail van de Gemeente:

"***Brandonveilige situatie***

Aan de hand van de gebruiksmelding is het bouwwerk beoordeeld op de brandveiligheidsvoorschriften (Bouwbesluit 2012). Uw adviesverzoek/gebruiksmelding kan niet in behandeling worden genomen:

Uit onze administratie van 28 oktober 2015 blijkt dat dit bouwwerk, in overeenstemming met de Gemeenteraad, eind 2018 gesloopt zou worden,

Tot die tijd alleen de begane grond (ballenbak) en kelder (technische ruimte, CV en opslagruimten) gebruikt mochten worden,

Wij in onze administratie alleen een gebruiksvergunning () d.d. 29 maart 2007 hebben en in deze gebruiksvergunning () het van rechtens verkregen niveau van 1.500 gebruiksoppervlakte vermeld staat en alleen de begane grond (ballenbak) en kelder (technische ruimte, CV en opslagruimten) gebruikt mochten worden,

Uit het Programma van Eisen brandmeldinstallatie voor De Ballebak () d.d. 153-2015 alleen de begane grond en kelder in gebruik mogen zijn en de 1e en 2e verdieping permanent gesloten zijn,

De melding brandveilig gebruik kenmerk () d.d. 1 maart 2019 op basis van de aanvraag en ingediende tekeningen () niet voldoet aan het Bouwbesluit 2012 (Beheersbaarheid van Brand) en onduidelijke is wat het van rechtens verkregen niveau is ()"

3.16 BUV heeft op 27 maart 2019 onder meer het volgende aan de Gemeente geschreven:

"*() Dat de gemeente dit pand wilde slopen als wij eruit gingen was bij ons bekend en dat ze op het laatste moment zelf de bovenste etages niet meer gebruikte was doordat ons te kennen was gegeven dat ze geen geld meer wilde uitgeven aan het vervangen van de brandmeldinstallatie omdat er toch een nieuwe sporthal gebouwd werd. Het pand is ook niet door de gemeente aan ons verkocht met enige mededeling dat we de bovenste verdiepingen niet mogen of kunnen gebruiken.*

Bij de verkoop hebben wij al onze plannen kenbaar moeten maken aan de gemeente dus een verrassing is het totaal niet voor de gemeente maar wel voor ons dat we dit nu niet mogen of kunnen uitvoeren vanwege blijkbaar afspraken tussen de gemeente en de brandweer van voor de verkoop. (...) Wij willen al geruime tijd verder boven en zolang dat niet kan lopen wij inkomsten mis. Kan jij ons aub met spoed helpen de juiste mensen te bereiken die met ons om de tafel willen om dit zo snel mogelijk tot een goed einde te brengen?()"

3.17 Op advies van de Gemeente heeft BUV op 12 april 2019 een nieuwe gebruiksmelding ingediend. Op 30 april 2019 ontving BUV weer een afwijzing. Daarin stond onder meer het volgende:

"*() Aan de hand van de gebruiksmelding is het bouwwerk beoordeeld op de brandveiligheidsvoorschriften (). De volgende situatie is brandonveilig gebleken:*

1. *Volgens documentnr. () heeft het bouwwerk een brandcompartiment 01 van 5.680 m2. Hiermee wordt niet voldaan aan het Bouwbesluit 2012. Een bouwwerk moet ingedeeld worden in brandcompartimenten van 1.000m2 (bijeenkomstfunctie nieuwbouw), maximaal 2.000m2 (bijeenkomstfunctie bestaande bouw) of volgens het van rechtens verkregen niveau van 1.500m2 (). Onder bepaalde voorwaarden kan het toch mogelijk zijn een groter brandcompartiment te realiseren met een beroep op gelijkwaardigheid. Zie artikel 1.3 Gelijkwaardigheidsbepaling van het Bouwbesluit.*

2. *Volgens de gebruiksvergunning () d.d. 29 maart 2007 en het Programma van Eisen brandmeldinstallatie voor De Ballebak () d.d. 15-3-2015 mag het bouwwerk alleen de begane grond (ballenbak) en kelder (technische ruimte, CV en opslagruimten) gebruiken. De 1e en 2e verdieping moeten permanent gesloten zijn.*

3. *Volgens documentnr. () wordt er nu een bijeenkomstfunctie (begane grond, 1e en 2e verdieping) en een industriefunctie (kelder) aangevraagd. Op tekeningen () staat ook nog een sportfunctie vermeld ()*"

3.18 Bij e-mail van 16 mei 2019 heeft BUV de Gemeente erop gewezen dat zij maandelijks inkomsten misloopt doordat het pand niet volledig kan worden gebruikt. Verder schrijft zij onder meer het volgende:

"*() We hebben het pand van jullie gekocht met de enige wetenschap dat het brandmeldsysteem van de 1e en 2e etage vervangen moest worden en dat het daarna volledig gebruikt kon worden. Uiteraard moesten we daarna de meldingen of vergunningen regelen maar ook dat hadden we van te voren gevraagd en zelf via jou gecommuniceerd. Het zou alleen een meldplicht hoeven te zijn. Immers de functie en bestemming veranderde niet.Die melding wordt nu telkens afgewezen. (...) Er wordt nu van alles bedacht en bekeken en wij moeten van alles aanleveren (...). We hebben tijdens ons vorige gesprek met de brandweer zelfs begrepen dat we niet eens mogen lopen op de 1e en 2e etage. Het schijnt dat de brandweer de gemeente al een verbod heeft opgelegd voor het gebruik van de 1e en 2e verdieping met uitzondering van de technische dienst. Daar brak wel onze klomp. Die wetenschap hebben wij nooit gehad en op die manier is het pand ook nooit aan ons verkocht. Dat zou betekenen*

dat we een pand hebben gekocht waarvan we de helft maar mogen gebruiken. En nu, doordat we maar mondjesmaat informatie hierover krijgen, en na iedere afwijzing weer iets anders te horen krijgen, lopen we achter de feiten aan. Als we in het begin over de juiste informatie hadden kunnen beschikken, dan hadden we direct aan de eisen kunnen voldoen ()"

3.19 Op 12 juli 2019 heeft BUV een derde gebruiksmelding ingediend. In deze gebruiksmelding heeft BUV een beroep op gelijkwaardigheid gedaan, overeenkomstig punt 1 van de afwijzing van 30 april 2019 (zie hiervoor onder 3.17). Zekerheidshalve heeft BUV ook een aanvraag voor een omgevingsvergunning brandveilig gebruik ingediend. Op advies van de Gemeente heeft zij deze vergunningaanvraag weer ingetrokken. De VRH adviseerde opnieuw negatief over de gebruiksmelding. De Gemeente heeft dit advies op 30 juli 2029 met BUV gedeeld. Daarin stond onder meer het volgende:

"*() In onze brief () van 29 april 2019* [toevoeging hof: waarvan de inhoud op 30 april 2019 met BUV is gedeeld, zie onder 3.17 hiervoor] *is o.a. aangegeven dat het bouwwerk () qua brandcompartimentering niet voldoet aan het Bouwbesluit 2012. Het bouwwerk heeft een brandcompartiment 01 van 5.680m2.*

Onder bepaalde omstandigheden is het toch mogelijk een groter brandcompartiment te realiseren met een beroep op gelijkwaardigheid. Hiervoor is op 22 juli 2019 een Memorandum () bij het bevoegd gezag ingediend.

De voorgestelde gelijkwaardigheid is niet akkoord omdat er niet voldaan wordt aan de voorwaarden uit de NEN 6060 compartiment ().

Aangezien de situatie niet veranderd is blijft de gebruiksvergunning () en het Programma van Eisen brandmeldinstallatie voor de Ballebak () d.d. 15-3-2015 van kracht en mag het bouwwerk alleen de begane grond (ballenbak) en kelder (technische ruimte, CV en opslagruimten) gebruiken. De 1e en 2e verdieping moeten permanent gesloten zijn."

3.20 Na een gesprek met de VRH heeft BUV op 12 september 2019 een vierde gebruiksmelding en een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor het aanbrengen van scheidingswanden ten behoeve van brandcompartimentering ingediend. De gebruiksmelding is vervolgens ingetrokken en op 7 oktober is een nieuwe (de vijfde) gebruiksmelding ingediend.

3.21 Op 11 oktober 2019 is BUVs laatste gebruiksmelding goedgekeurd. Op 15 oktober 2019 is de gevraagde vergunning voor het plaatsen van scheidingswanden verleend.

3.22 In februari 2020 heeft Optisport BUV gedagvaard. Zij vorderde een schadevergoeding van 339.301,- voor gederfde inkomsten en 110.846,13 vermindering/terugbetaling van de huur. Op 23 november 2020 hebben BUV en Optisport en BUV hun geschil beslecht met een vaststellingsovereenkomst. Daarin zijn partijen onder meer een huurvrije periode overeengekomen wegens het niet dan wel beperkt kunnen gebruiken van het gehuurde.

4 Procedure bij de rechtbank

4.1 BUV heeft de Gemeente gedagvaard en gevorderd, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

- primair, een verklaring voor recht dat de Gemeente toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst, althans dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens BUV, en dat de Gemeente daardoor schadeplichtig is, en de schade in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld;
- subsidiair, gedeeltelijke ontbinding van de koopovereenkomst en een verklaring voor recht dat de Gemeente schadeplichtig is, en de schade in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld;
- meer subsidiair, gedeeltelijke vernietiging van de koopovereenkomst op grond van dwaling, en een verklaring voor recht dat de Gemeente gehouden is het nadeel op te heffen dat BUV als gevolg van de dwaling heeft geleden, waarbij het nadeel gelijk te stellen is aan de schade geleden door BUV, die in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld;
- in alle gevallen, de Gemeente te veroordelen tot betaling van buitengerechtelijke kosten en de proceskosten, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

4.2 De Gemeente heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van BUV, met veroordeling van BUV in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

4.3 De rechtbank heeft de primaire vordering toegewezen en bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor recht verklaard dat de Gemeente toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst en daardoor schadeplichtig is, en dat de schade in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld, met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten. Kort samengevat heeft de rechtbank het volgende overwogen. De Gemeente is haar verplichtingen uit de koopovereenkomst niet nagekomen, omdat de eerste en tweede verdieping van de Olympus niet mochten worden gebruikt als gevolg van het gebruiksverbod overeengekomen tussen de Gemeente en VRH (zie onder 3.4 van dit arrest). Op grond van dit gebruiksverbod heeft de Gemeente de eerste drie gebruiksmeldingen van BUV afgewezen. Het verweer van de Gemeente dat BUV had nagelaten een gebruiksmelding te doen die voldeed aan alle wettelijke vereisten uit het Bouwbesluit 2012 heeft de rechtbank verworpen. De rechtbank heeft uit de berichten van de Gemeente afgeleid dat de vereisten uit het Bouwbesluit 2012 niet de reden zijn geweest voor de afwijzing van de gebruiksmeldingen. De vijfde gebruiksmelding is namelijk wel goedgekeurd, en de Gemeente heeft niet toegelicht waarom de vereisten uit het Bouwbesluit bij de eerste drie meldingen wel, en bij de laatste melding niet een reden waren voor afwijzing, terwijl bij alle meldingen dezelfde documenten waren ingediend. Vanwege het gebruiksverbod ten aanzien van de eerste en de tweede verdieping beschikte de Olympus niet over de eigenschappen die BUV op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. De Gemeente had aan BUV moeten meedelen dat er een gebruiksverbod rustte op deze verdiepingen. Deze mededelingsplicht van de Gemeente gaat vóór de onderzoeksplicht van BUV. BUV heeft tijdig geklaagd over de tekortkoming in de nakoming van de Gemeente. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar dat de Gemeente zich beroept op het exoneratiebeding in de koopovereenkomst dat de Gemeente er niet voor in staat dat de Olympus beschikt over de feitelijke eigenschappen die nodig zijn voor het door BUV beoogde gebruik. BUV heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat het mogelijk is dat zij schade heeft geleden als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van de Gemeente. Doordat de gebruiksmeldingen als gevolg van het gebruiksverbod niet in behandeling zijn genomen, heeft BUV de verdiepingen niet ter beschikking kunnen stellen aan de huurder Optisport. Op grond van de met Optisport getroffen schikking heeft zij daarvoor een schadevergoeding aan Optisport moeten betalen. Mogelijk heeft BUV daarnaast nog meer schade geleden, zodat verwijzing naar de schadestaatprocedure is aangewezen.

5 Vorderingen in hoger beroep

5.1 De Gemeente is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis. De Gemeente wil dat het hof de vorderingen van BUV alsnog afwijst en BUV veroordeelt in de proceskosten van beide

instanties. Daartoe heeft de Gemeente zes grieven tegen het vonnis aangevoerd. De Gemeente maakt onder meer bezwaar tegen het oordeel van de rechtbank dat de Olympus als gevolg van een beweerdelijk gebruiksverbod, niet de eigenschappen bezat die BUV op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten en dat er dus sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de Gemeente. De reden dat BUV de eerste en tweede verdieping van de Olympus niet vanaf het moment van levering mocht gebruiken is volgens de Gemeente niet dat sprake was van een gebruiksverbod, maar dat niet werd voldaan aan de eisen uit het Bouwbesluit 2012 met betrekking tot brandcompartimentering. Dat had BUV onder meer af kunnen leiden uit het meerjarenonderhoudsplan van de Olympus dat vóór het sluiten van de koopovereenkomst met De Ballenbak is gedeeld.

6 Beoordeling in hoger beroep

6.1 Indien de gedaagde niet in het geding verschijnt en tegen hem verstek is verleend, wijst de rechter de vordering toe, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Deze regeling is voor de procedure in eerste aanleg vastgelegd in artikel 139 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en is in hoger beroep van overeenkomstige toepassing (artikel 353 Rv). In hoger beroep moet de rechter daarbij wel rekening houden met wat de niet verschenen partij in eerste aanleg heeft aangevoerd. Het hof heeft de grieven van de Gemeente tegen het vonnis daarom beoordeeld met inachtneming van de stellingen van BUV in de procedure bij de rechtbank.

6.2 Naar het oordeel van het hof was er geen sprake van een absoluut gebruiksverbod ten aanzien van de eerste en tweede verdieping van de Olympus. De afspraak van de Gemeente met VRH dat de eerste en tweede verdieping met ingang van 1 april 2016 niet meer zouden worden gebruikt, hield verband met het feit dat deze verdiepingen niet (meer) voldeden aan de brandveiligheidseisen uit het Bouwbesluit 2012. Op grond van deze brandveiligheidseisen moesten op deze verdiepingen scheidingswanden ten behoeve van brandcompartimentering worden aangebracht. Nadat deze voorzieningen zouden zijn getroffen, zouden beide verdiepingen weer in gebruik kunnen worden genomen.

6.3 Dit blijkt uit de feitelijke gang van zaken. BUV heeft verschillende gebruiksmeldingen gedaan. De eerste drie gebruiksmeldingen zijn niet in behandeling genomen omdat niet aan deze brandveiligheidseisen was voldaan. In de e-mail van de Gemeente van 26 maart 2019 is dat nog niet duidelijk aangegeven. In deze e-mail wordt wel opgemerkt dat de melding "*op basis van de aanvraag en ingediende tekeningen () niet voldoet aan het Bouwbesluit 2012 (Beheersbaarheid van Brand) ()*", maar is niet vermeld waarom niet aan het Bouwbesluit 2012 werd voldaan (zie 3.15 van dit arrest). Dat is wel vermeld in de afwijzing van de tweede gebruiksmelding (zie 3.17 van dit arrest). Daarin staat dat niet aan het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan omdat de Olympus een te groot brandcompartiment heeft. Daaraan is toegevoegd dat onder bepaalde voorwaarden een groter brandcompartiment kan worden toegestaan "*met een beroep op gelijkwaardigheid.*" Dat beroep heeft BUV vervolgens gedaan in de derde gebruiksmelding. In het advies van de VRH naar aanleiding van deze derde melding is uitgelegd waarom het beroep op gelijkwaardigheid niet kon worden aanvaard ("*() omdat er niet voldaan wordt aan de voorwaarden uit de NEN 6060 compartiment*", zie 3.19 van dit arrest). Vervolgens heeft BUV (na een vierde gebruiksmelding die zij weer heeft ingetrokken) een vijfde gebruiksmelding gedaan, en een omgevingsvergunning voor het plaatsen van scheidingswanden ten behoeve van brandcompartimentering aangevraagd (zie 3.20 van dit arrest). Toen is de gebruiksmelding uiteindelijk goedgekeurd, omdat met het plaatsen van de scheidingswanden was voldaan aan de eisen ten aanzien van brandcompartimentering. Daarmee kon ook gebruik worden gemaakt van de eerste en tweede verdieping.

6.4 BUV was bij het sluiten van de koopovereenkomst bekend met het feit dat op de eerste en tweede verdieping nog aanpassingen moesten worden gedaan om te voldoen aan de brandveiligheidseisen. In de dagvaarding in eerste aanleg stelt BUV dat zij erop had gerekend dat zij de verdiepingen "*() hooguit enkele weken niet zou kunnen exploiteren omdat gedurende deze periode de bouwtechnische- en brandveiligheidsaanpassingen zouden moeten worden doorgevoerd ()*" (randnummer 70 van de dagvaarding). Als BUV direct naast de gebruiksmelding een vergunning had aangevraagd voor het plaatsen van scheidingswanden ten behoeve van de brandcompartimentering, was deze verwachting waarschijnlijk uitgekomen. Nu heeft BUV eerst drie gebruiksmeldingen gedaan zonder dat de

noodzakelijke brandveiligheidsaanpassingen waren gedaan. Het kan zijn dat BUV is afgegaan op mededelingen van de Gemeente dat volstaan kon worden met gebruiksmeldingen. In dat geval heeft de Gemeente BUV onjuist voorgelicht. Verder is BUV mogelijk in verwarring gebracht doordat in reactie op de eerste gebruiksmelding niet is gezegd aan welke brandveiligheidseisen uit het Bouwbesluit 2012 moest worden voldaan, en daarnaast is opgemerkt dat alleen de begane grond en de kelder van de Olympus in gebruik mogen zijn en de eerste en tweede verdieping permanent gesloten zijn (zie 3.15 van dit arrest). Dit laatste is herhaald in de reactie op de tweede gebruiksmelding (zie 3.17 van dit arrest). Daardoor zou de indruk kunnen zijn ontstaan dat de eerste en de tweede verdieping hoe dan ook niet mochten worden gebruikt, los van de aanpassingen om aan de brandveiligheidseisen te voldoen. Pas in de reactie op derde gebruiksmelding is duidelijk uitgelegd dat de eerste en de tweede verdieping permanent gesloten moesten zijn omdat er niets was veranderd ten opzichte van de situatie in het Programma van Eisen van 15 maart 2015. In dat Programma van Eisen is ervan uitgegaan dat de eerste en tweede verdieping niet in gebruik waren omdat de Gemeente niet meer wilde investeren in de noodzakelijke brandveiligheidsaanpassingen. De vorderingen van BUV berusten echter niet op de onduidelijke berichtgeving van de Gemeente met betrekking tot de toepasselijke eisen. Alle vorderingen van BUV zijn gebaseerd op een vermeend gebruiksverbod ten aanzien van de eerste en tweede verdieping. Dat geldt voor de gestelde tekortkoming in de nakoming, de gestelde onrechtmatige daad én de gestelde dwaling. Van een dergelijk gebruiksverbod is geen sprake geweest. Daarom zijn de vorderingen van BUV niet toewijsbaar.

Conclusie en proceskosten

6.5 De conclusie is dat het hoger beroep van Gemeente slaagt. Daarom zal het hof het vonnis van de rechtbank vernietigen en de vorderingen van BUV afwijzen. Het hof zal BUV als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van beide instanties.

6.6 Die proceskosten worden begroot op:

Eerste aanleg

dagvaarding 98,52

griffierecht 2.076,-

salaris advocaat 1.126,- (2 punten x tarief 563,-)

Totaal 3.300,52

Hoger beroep

dagvaarding 106,73

griffierecht 783,-

salaris advocaat 2.428,- (2 punten x tarief II)

nakosten 178,- (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal 3.495,73

7 Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 januari 2023, en opnieuw rechtdoende:
- wijst de vorderingen van BUV af;
- veroordeelt BUV in de kosten van de procedure, aan de zijde van Gemeente begroot op 3.300,52 in eerste aanleg en 3.495,73 in hoger beroep, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als BUV deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;
- bepaalt dat als BUV niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft voldaan en dit arrest vervolgens wordt betekend, BUV de kosten van die betekening moet betalen, plus extra nakosten van 92,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als Gemeente/BUV deze niet binnen veertien dagen na betekening heeft voldaan;

- verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. P. Glazener, mr. J.J. Dijk en mr. R.M. Hermans en in het openbaar uitgesproken op 12 november 2024 in aanwezigheid van de griffier.