

MEMO

Aan : Frank Agterbos, Weleveld Golf
Van : Sectie Vastgoed en Overheid
Datum : 28 mei 2020
Referentie : JS/0146/v0146

1. VRAAGSTELLING

De heer Frank Agterbos (verder ook Weleveld) is sinds augustus 2017 eigenaar en erfpachter van golfbaan Het Weleveld. Hij is voortvarend met de exploitatie van de golfbaan gestart en heeft ook de openbare horecagelegenheid in het clubhuis in gebruik genomen. Vervolgens werd hij in het voorjaar van 2018 geconfronteerd met het standpunt van de Gemeente Borne dat openbare horeca niet is toegestaan. De heer Agterbos meent echter een golfbaan van onder andere de Gemeente Borne te hebben gekocht waar hij zelfs verplicht is openbare horeca te exploiteren. De heer Agterbos wenst zijn juridische positie te vernemen. Onderstaand volgt de uiteenzetting en analyse met afsluitend de conclusie, die de vraag beantwoord.

2. FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

1. In juli 2017 heeft de heer Frank Agterbos via een openbare veiling van onder andere de Gemeente Borne de golfbaan aan de Bekkingvelderweg 8, 7625 RM Zenderen (verder te noemen **Weleveld**¹) gekocht (inclusief het recht van erfpacht en opstal voor het clubhuis). Op 30 augustus 2017 heeft de notariële overdracht plaatsgevonden.
2. De veiling en de levering zijn begeleid door een notaris. In de veilingvoorwaarden en meer in het bijzonder als onderdeel van die veilingvoorwaarden de erfpachtsvoorwaarden is over gebruik in art. 10 het navolgende bepaald:

“Artikel 10

Het gebruik overeenkomstig de bestemming

1. *De erfpachter moet het registergoed naar de eisen van een rationele bedrijfsvoering uitsluitend voor de aanleg en exploitatie van een clubhuis voor de naastgelegen golfbaan met een openbare horecagelegenheid, parkeerplaats, driving range en eventuele andere opstallen ten nutte van de golfbaan gebruiken, echter zonder afbreuk te doen aan het natuurschoon en het landschappelijke karakter van het registergoed”*
(onderstreping advocaat)

¹ Er zijn verschillende juridische entiteiten als rechthebbende van Weleveld maar die zijn voor deze notitie nu niet van belang.

3. Weleveld is na de verwerving van de golfbaan voortvarend gestart met de exploitatie van de baan en heeft tevens de openbare horecagelegenheid in het clubhuis geopend. In het voorjaar van 2018 werd hij geconfronteerd met handhaving door de Gemeente Borne, omdat volgens het bestemmingsplan openbare horeca niet zou zijn toegestaan. Het bestemmingsplan bepaald hierover:

Op het perceel van de golfbaan geldt ingevolge artikel 14.1 van de planvoorschriften de bestemming 'Sport' met de functieaanduiding 'golfbaan'. Daarnaast bepaalt dat artikel dat er ondergeschikte horeca is toegestaan. In artikel 1.66 van het bestemmingsplan 'Buitengebied' wordt een definitie gegeven van 'ondergeschikte horeca'. Daar wordt in dit artikel onder verstaan: het qua aard en omvang beperkt verstrekken van dranken en etenswaren voor gebruik ter plaatse als ondergeschikte activiteit in direct verband met andere ter plaatse toegestane hoofdactiviteiten (niet zijnde horeca). Met dien verstande dat:

- a. het houden van feesten en partijen niet is toegestaan;
 - b. er geen reclame wordt gemaakt ten behoeve van de horecavoorziening en;
 - c. de toegang tot de horecavoorziening dezelfde is als de toegang van de hoofdfunctie.
4. Uiteindelijk is op 28 september 2018 een vooraankondiging tot een last onder dwangsom gezonden aan Weleveld door de Gemeente omdat het bestemmingsplan openbare horeca niet toestaat. Bovendien is er een handhavingsverzoek gedaan door Al Capone.
5. Weleveld heeft de Gemeente aansluitend bij brief van 3 oktober 2018 verzocht af te zien van de last onder dwangsom en meteen een verzoek gedaan aan het College om de Gemeenteraad voor te stellen het bestemmingsplan te wijzigen. Dit is afgewezen.
6. In een uitgebreide notitie van 22 april 2019 heeft Weleveld nogmaals hetzelfde verzoek gedaan. Er is wel wat beweging in de politieke arena gekomen maar ook dit heeft niet geleid tot een bestemmingsplan wijziging.
7. In mei/juni 2019 is tussen Borne en Weleveld een convenant gesloten die semi openbare horeca mogelijk maakt op Weleveld. Dit convenant loopt af op 1 juni 2020.
8. In de aan u verstrekte Matrix met nr. 19int08607 en de toelichting op die matrix met nr. 19int08607 van de Gemeente Borne staat vermeld dat vanuit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening de huidige horeca-activiteiten (die van voor de corona maatregelen) c.q. het door de Golfbaan Weleveld ingediende principe verzoek tot het exploiteren van openbare horeca feitelijk toewijsbaar is. De activiteiten passen in de Omgevingsvisie Overijssel en de Structuurvisie Borne 2030.
9. Ondanks dat lijkt het er op dat een voorstel tot wijziging van het bestemmingsplan niet door de Gemeenteraad zal worden behandeld, want Weleveld heeft inmiddels via de pers (dus niet van de Gemeente!!) vernomen dat de Gemeente van plan is het convenant te verlengen totdat op een voorstel tot bestemmingsplanwijziging is beslist. De verlenging zou 1 maximaal 2 jaar zijn.

10. U lijdt al vanaf het moment dat u volop openbare horeca had kunnen exploiteren schade. Die schade vertaalt zich in het missen van pacht van een exploitant, dan wel inkomsten die u zelf had gehad bij exploitatie door u zelf. Daarnaast mist u een hoeveelheid leden van de golfclub, die wegblijven nu er geen volledige horeca wordt toegestaan. Dit naast alle kosten die u voor advisering moet maken.

3. JURIDISCH KADER EN ANALYSE

1. Weleveld heeft de golfbaan gekocht op een openbare veiling van onder andere de Gemeente Borne. De veilingvoorwaarden waaronder de erfpachtsvoorwaarden waren op deze koop van toepassing. In de erfpachtsvoorwaarden stond in art. 10 nadrukkelijk bepaald:
*“Artikel 10
Het gebruik overeenkomstig de bestemming*
 2. *De erfpachter moet het registergoed naar de eisen van een rationele bedrijfsvoering uitsluitend voor de aanleg en exploitatie van een clubhuis voor de naastgelegen golfbaan met een openbare horecagelegenheid, parkeerplaats, driving range en eventuele andere opstellen ten nutte van de golfbaan gebruiken, echter zonder afbreuk te doen aan het natuurschoon en het landschappelijke karakter van het registergoed”* (onderstreping advocaat)
2. Bovendien staan in de veilingstukken nog diverse andere verwijzingen die er op duiden dat Weleveld zelfs verplicht is openbare horeca in het clubhuis te exploiteren.
3. Het bestemmingsplan staat openbare horeca niet toe:

Op het perceel van de golfbaan geldt ingevolge artikel 14.1 van de planvoorschriften de bestemming ‘Sport’ met de functieaanduiding ‘golfbaan’. Daarnaast bepaalt dat artikel dat er ondergeschikte horeca is toegestaan. In artikel 1.66 van het bestemmingsplan ‘Buitengebied’ wordt een definitie gegeven van ‘ondergeschikte horeca’. Daar wordt in dit artikel onder verstaan: het qua aard en omvang beperkt verstrekken van dranken en etenswaren voor gebruik ter plaatse als ondergeschikte activiteit in direct verband met andere ter plaatse toegestane hoofdactiviteiten (niet zijnde horeca). Met dien verstande dat:

- d. het houden van feesten en partijen niet is toegestaan;
 - e. er geen reclame wordt gemaakt ten behoeve van de horecavoorziening en;
 - f. de toegang tot de horecavoorziening dezelfde is als de toegang van de hoofdfunctie.
4. Ondergeschikte horeca ten behoeve van de golfclub mag wel maar dat heeft Weleveld niet gekocht. De Gemeente treedt vanuit haar bestuursrechtelijke taak handhavend op tegen openbare horeca. Civielrechtelijk is hier echter sprake van een rechtsgeldige overeenkomst op grond waarvan u de openbare horeca zelfs moet exploiteren. De Gemeente komt ter zake haar verplichting uit de overeenkomst niet na en schiet toerekenbaar tekort in de nakoming. De Gemeente is derhalve aansprakelijk voor alle door Weleveld geleden en nog te lijden

schade als gevolg van die tekortkoming. Zelfs indien de Gemeente het bestemmingsplan zal wijzigen bestaat aanspraak op volledige schadevergoeding vanaf het moment dat de volledige openbare horeca exploitatie had kunnen worden uitgeoefend tot het moment dat het zal zijn toegestaan. Onder de schade valt niet alleen gemiste opbrengst en/of pacht van een exploitant maar ook waardevermindering van het registergoed bij een eventuele verkoop.

5. |In een civielrechtelijke procedure kunt u nakoming vorderen van de overeenkomst, bijvoorbeeld op straffe van een dwangsom op te leggen aan de Gemeente als zij tekort blijft schieten. Ook kunt u eventueel schadevergoeding vorderen. Die schade moet dan nog wel worden geconcretiseerd.
6. De, zo als het zich aan laat zien, door de Gemeente beoogde verlenging van het convenant biedt Weleveld geen oplossing. Bovendien kan de Gemeente niet eenzijdig bepalen dat het convenant wordt verlengd, want daar is instemming van Weleveld voor nodig.

4 CONCLUSIE EN ADVIES

Juridisch gezien pleegt de Gemeente al vanaf de verwerving door Weleveld van de golfbaan wanprestatie omdat het Weleveld niet mogelijk wordt gemaakt om openbare horeca uit te oefenen. Daarnaast is het zo dat vanuit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening de huidige horeca-activiteiten (die van voor de corona maatregelen) c.q. het door de Golfbaan Weleveld ingediende principe verzoek feitelijk toewijsbaar is. De activiteiten passen in de Omgevingsvisie Overijssel en de Structuurvisie Borne 2030. De Gemeente laat door hier geen beslissing te nemen de wanprestatie en de schade van Weleveld doorlopen, dat is ook nog eens onzorgvuldig van deze lokale overheid. Weleveld heeft niets aan hetgeen de Gemeente zou willen toestaan bij convenant, omdat dat nauwelijks meer mogelijk maakt dan al kan op basis van het bestemmingsplan. Handhaven van verboden horeca diensten verlenen aan niet golfers zal moeilijk (aantoonbaar) zijn. Dat is anders bij duidelijke reclame uitingen. Denkbaar is, nu er eigenlijk geen beletselen zijn voor het wijzigen van het bestemmingsplan dat bijvoorbeeld via het convenant openbare horeca wordt toegestaan per 1 juni 2020 in afwachting van de beslissing van de Gemeenteraad tot een positieve wijziging van het bestemmingsplan. Indien de Gemeente openbare horeca niet toestaat kunt u in een civielrechtelijke procedure nakoming vorderen van de overeenkomst en/of schadevergoeding vorderen.

Einde advies.