

## **Notitie: Herziening van het stedenbouwkundig plan voor het gebied Delftlanden te Emmen en het risico van (plan)schade**

*Voor: Gemeente Emmen, Marjolein Snijders, Frits de Jonge en Marijke Lysen*

*Van: Bregman Advisering, Arjan Bregman*

*Datum: 27 september 2016*

### **1. Inleiding, vraagstelling en opzet en karakter van deze notitie**

#### *1.1. Inleiding*

Om te kunnen blijven voldoen aan de vraag naar kwalitatief goede woningen heeft de raad van de gemeente Emmen in 1983 opdracht gegeven tot planontwikkeling van een nieuwe woonwijk met in totaal circa 3.650 woningen in het gebied Delftlanden. Deze opdracht is door het college van burgemeester en wethouders vertaald in “.. het ontwerpen van een kwalitatieve woonwijk in de traditie van eerdere Emmense wijken ..”. De bedoeling was om Delftlanden in 3 fases te realiseren (Delftlanden I, Delftlanden II en Delftlanden III).

In 2005 is een globaal bestemmingsplan met uitwerkingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 11 van de destijds geldende Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) vastgesteld voor Delftlanden-I. In deze 1e fase zouden ruim 1.650 woningen in de periode tot circa 2010 gerealiseerd moeten worden. Uitgangspunt voor het plan was dat de woonwijk dient te voldoen aan hoge kwaliteitseisen waar het gaat om ruimtelijke kwaliteit, de kwaliteit van de groenstructuur en bebouwing(structuur), duurzaam bouwen en duurzaam veilige inrichting van de infrastructuur. Het stedenbouwkundig plan moest daarbij zodanig flexibel en faseerbaar opgezet zijn dat als eindvorm zowel een kleiner als een groter woongebied denkbaar was. Hierdoor konden de beoogde deelplannen Delftlanden-I, II en III, afzonderlijk een afgerond stedenbouwkundige eenheid vormen, waarbij ieder deelplan ook weer in deelfases kon worden ontwikkeld.

Door veranderende marktomstandigheden is de realisatie nooit echt goed van de grond gekomen. Ruim 10 jaar na de vaststelling van het bestemmingsplan Emmen, Delftlanden-I zijn dan ook maar 266 woningen van de 1.560 mogelijke woningen gebouwd. Eind 2011 heeft de raad dan ook besloten dat de deelplannen Delftlanden-II en Delftlanden-III niet in ontwikkeling worden gebracht, met uitzondering van het gebied rond het station Emmen-Zuid.

Gelet op de 10 jaars termijn waarbinnen een bestemmingsplan op grond van de huidige Wet ruimtelijke ordening (Wro) dient te worden geactualiseerd (en die wat betreft het gebied Delftlanden inmiddels is overschreden), is voor het gebied Delftlanden een beheersverordening opgesteld. Bij een beheersverordening wordt de bestaande planologische situatie opnieuw vastgelegd. Het ontwerp van de Beheersverordening “Emmen, Delftlanden” heeft vanaf 10 juni 2016 zes weken voor zienswijzen ter inzage gelegen. Tijdens de termijn van de terinzagelegging zijn géén zienswijzen ingekomen. De beheersverordening zal op 29 september 2016 door de gemeenteraad (planinhoudelijk ongewijzigd) worden vastgesteld.

Ondanks de vaststelling van de beheersverordening die het planologische regime in beginsel ongewijzigd laat, ligt het thans niet meer in de verwachting dat de wijk Delftlanden ooit gerealiseerd zal worden zoals oorspronkelijk bedacht. Mede door de ladder van duurzame verstedelijking moet de gemeente Emmen haar totale woningbouwcapaciteit tegen het licht

houden. De gemeente Emmen is van oordeel dat in dat kader ook een heroverweging van de oorspronkelijke plannen van Delftlanden is vereist.

Ten behoeve van een dergelijke heroverweging is in concept de gemeentelijke structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0” opgesteld. In deze concept structuurvisie wordt beschreven op welke wijze tot een stedenbouwkundige afronding van de wijk Delftlanden gekomen kan worden, met als doel een kwalitatief hoogwaardig woonmilieu te realiseren.

In paragraaf 1.2. van de concept structuurvisie wordt het doel van de structuurvisie als volgt verwoord:

“De structuurvisie voor Delftlanden dient het volgende:

- een kader scheppen voor een kwalitatief hoogwaardige stedenbouwkundige afronding van de woonwijk Delftlanden, waarbij de oorspronkelijke stedenbouwkundige uitgangspunten zoveel mogelijk in stand worden gelaten;
- een (toetsings)kader voor nader uit te werken planologische besluiten (zoals omgevingsvergunningen);
- een nader uit te werken basis voor één of meerdere nieuwe bestemmingsplannen voor de woonwijk Delftlanden;
- een deprogrammering van woningbouwaantallen, waarbij de nog op te stellen woonvisie uiteindelijk leidend zal zijn voor de daadwerkelijk overblijvende plancapaciteit;
- het creëren van voorzienbaarheid naar ontwikkelaars”

Deprogrammering van het aantal woningen overeenkomstig de structuurvisie betekent voor de hele wijk veel minder woningen. Dit wordt bereikt door (delen van) bouwblokken niet meer te ontwikkelen en door het verdunnen van het aantal woningen binnen bouwblokken. In een aantal figuren die in hoofdstuk 4 van de structuurvisie zijn opgenomen is te zien welke bouwblokken niet meer ontwikkeld zullen worden, welke bouwblokken verdund zullen worden en welke bouwblokken ongewijzigd blijven. In een bijlage bij de structuurvisie is bovendien een grotere (en gedetailleerde) kaart opgenomen waarop de niet te ontwikkelen, de te verdunnen en de ongewijzigde bouwblokken zijn weergegeven.

Op basis van de beheersverordening is het mogelijk dat er in Delftlanden in totaal 1.560 woningen komen. Op basis van de structuurvisie – zo blijkt uit paragraaf 4.3.1. van de concept structuurvisie – wordt er voor een aangepaste stedenbouwkundige afronding van Delftlanden voorsnog vanuit gegaan dat de totale capaciteit in het nieuwe bestemmingsplan ongeveer gehalveerd gaat worden en dat er uiteindelijk maximaal 804 woningen in Delftlanden komen. In paragraaf 4.3.2. wordt gesteld dat Om beter in te kunnen spelen op woningmarktontwikkelingen is het gewenst dat er meer flexibiliteit komt qua woningtype. In een groot aantal bouwblokken zal de keuze mogelijk worden gemaakt tussen rijwoningen, geschakelde woningen en 2-onder-1-kap woningen of tussen 2-onder-1-kap woningen, geschakelde woningen en vrijstaande woningen. Om de identiteit van elke woonveld zoveel mogelijk te behouden kent deze flexibiliteit echter wel zijn grenzen, uitwisseling tussen bijvoorbeeld gestapelde woningen en vrijstaande woningen is dan ook niet aan de orde. Daarnaast worden de mogelijkheden tot flexibiliteit mede bepaald door de grootte van de mogelijke kavels en/of het aantal mogelijke woningen in een bouwblok.

Zowel wat betreft aantallen woningen voor de diverse woonvelden als wat betreft de maximale aantallen woningen per woningtype wordt een vergelijking gemaakt tussen de

beheersverordening enerzijds en de structuurvisie anderzijds. De vergelijking tussen de aantallen per woonveld vindt plaats in een staafdiagram in paragraaf 4.3.1.. Vergelijking van aantallen woningen per woningtype vindt plaats in een tabel in paragraaf 4.3.2. In deze paragraaf wordt ook in een tweetal figuren met ingekleurde kaarten aangegeven welke woningtypes op grond van de Beheersverordening respectievelijk de structuurvisie waar mogen worden gerealiseerd.

In paragraaf 1.4. van de concept structuurvisie staat dat de structuurvisie vanaf 28 oktober 2016 gedurende zes weken ter inzage zag worden gelegd voor het indienen van zienswijzen. De structuurvisie zal worden gevolgd door één of meerdere bestemmingsplannen.

Met betrekking tot het gebied Delftlanden is voorts sprake van ongebruikte vergunningen voor de bouw van woningen die zijn verleend aan een marktpartij (Megahome) die inmiddels failliet is verklaard. De overeenkomsten tussen de gemeente Emmen en Megahome zijn inmiddels voor ontbonden verklaard, voor zover deze overeenkomsten betrekking hadden op nog niet ontwikkelde delen van het gebied Delftlanden.

De gemeente Emmen heeft ten aanzien van het gebied Delftlanden ook overeenkomsten met een tweetal andere marktpartijen: met BPD (voorheen Bouwfonds MAB Ontwikkeling B.V.) en met Develop Lelystad B.V. (voorheen B. Timmer Bouwonderneming BV)

### *1.2. Vraagstelling*

Gelet op het voornemen om de gemeentelijke structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0” ter inzage te leggen, vast te stellen en te laten volgen door een of meer bestemmingsplannen die in overeenstemming zijn met de structuurvisie, heeft de gemeente Emmen aan ondergetekende een aantal vragen voorgelegd in verband met mogelijke financiële risico's die voor de gemeente Emmen hieraan zijn verbonden.

In dit verband heeft de gemeente aan ondergetekende in de eerste plaats gevraagd om in te gaan op het mogelijke risico van het door de gemeente moeten betalen van planschadevergoeding. De gemeente wenst daarbij ook het risico te betrekken van het intrekken van verleende, maar ongebruikte vergunningen voor woningbouw in het gebied Delftlanden.

Naast deze publiekrechtelijke aspecten wenst de gemeente ook te worden geadviseerd ten aanzien van de mogelijkheden van beëindiging van de woningbouwmogelijkheden waarover in overeenkomsten tussen de gemeente Emmen en BPD c.q. Develop Lelystad B.V. afspraken zijn gemaakt, zonder dat sprake is van het risico van toerekenbare tekortkoming door de gemeente bij de nakoming van de deze overeenkomsten. Ten slotte wenst de gemeente te vernemen of er sprake kan zijn van mogelijk succesvolle claims wegens gemeentelijke toerekenbare tekortkoming en derhalve schadeplichtigheid jegens de nutsbedrijven Enexis (Electra en gas) en WMD (water) omdat op grond van de structuurvisie veel minder woningen zullen worden gerealiseerd dan aanvankelijk gedacht.

### *1.3. Opzet van deze notitie*

In paragraaf 2 zal eerst in het algemeen worden ingegaan op publiekrechtelijke aspecten, met name deprogrammeren c.q. herbestemming en het risico van (plan)schadeclaims. Daarbij komt in de eerste plaats de wettelijke regeling en jurisprudentie inzake voorzienbaarheid beknopt aan bod en wordt antwoord gegeven op de vraag hoe deze wettelijke regeling en jurisprudentie zich verhouden tot de concept structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0”. Ook is

er in deze paragraaf aandacht voor de vraag met betrekking tot het intrekken van vergunningen. Aansluitend komen in paragraaf 3 de specifieke (privaatrechtelijke) vragen met betrekking tot de gebiedsontwikkeling Delftlanden aan de orde.

## **2. Publiekrechtelijke aspecten: herbestemming en het risico van (plan)schadeclaims<sup>1</sup>**

### *2.1. De wettelijke regeling van planschadevergoeding*

De wettelijke regeling van planschade is opgenomen in afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Artikel 6.1, lid 1 Wro luidt als volgt: “Burgemeester en wethouders kennen degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van een in het tweede lid genoemde oorzaak, op aanvraag een tegemoetkoming toe, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd”.

Van groot belang is voorts het bepaalde in artikel 6.3 Wro, dat als volgt luidt: “Met betrekking tot de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schade betrekken burgemeester en wethouders bij hun beslissing op de aanvraag in ieder geval: a. de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak en b. de mogelijkheden van de aanvrager om de schade te voorkomen of te beperken”.

Over risicoaanvaarding en voorzienbaarheid wordt in de literatuur onder meer opgemerkt: “Het gaat om de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak en keuze die een belanghebbende heeft gemaakt om de gevolgen van deze voorzienbare schadeoorzaak bij zijn investerings- en vermogenbeslissing, bij voorbeeld de aankoop van een huis, te aanvaarden. Een koper die dit risico kende of had moeten kennen, kan actieve risicoaanvaarding worden verweten. Van passieve risicoaanvaarding, oftewel riskant stilzitten, is sprake als een belanghebbende ingevolge het vigerende bestemmingsplan de mogelijkheid heeft om op zijn grond te bouwen of een bepaald gebruik te ontwikkelen, maar van deze mogelijkheid niet of althans niet tijdig gebruik heeft gemaakt terwijl hij wist of kon weten dat deze bouw- en gebruiksmogelijkheid zou komen te vervallen.

De voorzienbaarheid moet worden afgeleid van een door bevoegd gezag (dus niet slechts ambtelijk) geautoriseerd openbaar stuk waarin de beoogde planologische verandering voldoende concrete vorm heeft gekregen. (...) Meestal (...) zal de voorzienbaarheid kunnen worden ontleend aan en door het bevoegd gezag vastgesteld en bekend gemaakt plan, nota of visie, waarin de beoogde ontwikkeling zodanig concreet is beschreven dat een redelijk denkend en handelend eigenaar, koper of anderszins belanghebbende daaruit de gevolgtrekking kan maken dat de beoogde ontwikkeling voor hem gevolgen kan hebben. Bij passieve risicoaanvaarding speelt behalve de status en de concreetheid van de voorzienbaarheidsfactor ook een rol de termijn die, nadat de voorzienbaarheid is ingetreden, heeft bestaan om de oude planologische mogelijkheid nog te benutten.”

Op basis van de jurisprudentie kan worden aangenomen dat een termijn van minder dan een jaar in dit verband als een redelijke termijn kan worden aangemerkt<sup>2</sup>. In de literatuur wordt in

---

<sup>1</sup> De tekst van deze paragraaf is deels ontleend aan de Notitie “Het terugdringen van planologische overcapaciteit en het risico van (plan)schade” die de auteur van dit stuk als medewerker van het Instituut voor Bouwrecht schreef in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

dit verband nog opgemerkt: “Bij een rauwelijkse wijziging van het planologisch regime, bijvoorbeeld via een niet vooraf aangekondigd voorbereidingsbesluit, kan een aanvrager geen passieve risicoaanvaarding worden verweten omdat hem niet gedurende een redelijke termijn de mogelijkheid was gegeven om beoogde bouw- en gebruiksmogelijkheden conform het geëcarteerde regime te benutten<sup>3</sup>.”

*2.2. Diverse mogelijkheden om overcapaciteit langs publiekrechtelijke weg terug te dringen*  
Planologische overcapaciteit kan worden bestreden door ongebruikte bouwtitels waarvan het redelijke vermoeden bestaat dat realisering niet binnen afzienbare termijn zal plaatsvinden en evenmin gewenst is, weg te bestemmen.

Daarbij kunnen zich de volgende situaties voordoen:

1. De bouwtitel vloeit voort uit een verleende omgevingsvergunning voor het bouwen;
2. De bouwtitel vloeit voort uit een vigerend bestemmingsplan, er is nog geen omgevingsvergunning voor het bouwen verleend, maar indien een aanvraag om omgevingsvergunning wordt ingediend moet deze worden verleend (mits er geen andere weigeringsgronden zijn);
3. De bouwtitel vloeit voort uit een “voorwaardelijk” vigerend bestemmingsplan: voordat omgevingsvergunning kan worden verleend, moet het bestemmingsplan eerst worden uitgewerkt of worden gewijzigd als bedoeld in artikel 3.6, lid 1 Wro.

Op elk van deze mogelijkheden zal hierna nader worden ingegaan.

Ad 1: Intrekken van een verleende omgevingsvergunning

Het intrekken van een verleende, maar onbenutte omgevingsvergunning ten behoeve van het bouwen is een discretionaire bevoegdheid van het college van B en W indien gedurende de termijn die daartoe in de vergunning is bepaald (doorgaans 26 weken) geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de vergunning, zo is bepaald in artikel 2.33, lid 2, aanhef en onder a Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Het intrekken van een omgevingsvergunning ontbreekt bij de opsomming van oorzaken van planschade in artikel 6.2 Wro. Dit betekent dat het intrekken van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk niet kan leiden tot planschade.

Dat het intrekken van een bouwvergunning niet kan leiden tot planschade betekent niet dat het besluit tot intrekking de gemeente jegens de vergunninghouder nimmer schadeplichtig zou kunnen maken. Voor de houder van de omgevingsvergunning bestaat de mogelijkheid om via een zogenaamd “zuiver schadebesluit” een schadevergoeding te vragen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat vergunninghouders - door het langer dan de wettelijke termijn waarna tot intrekking kan worden overgegaan ongebruikt laten van de vergunning – het risico aanvaarden dat de planologische inzichten zouden veranderen en het gemeentebestuur de verleende vergunning aan een herwaardering zou onderwerpen. Dit geldt temeer indien de gemeente de wijziging van de planologische inzichten publiekelijk kenbaar heeft gemaakt en daarbij heeft aangetekend dat zij op grond daarvan tot intrekking van ongebruikte vergunningen zal overgaan. Op grond van deze lijn in de jurisprudentie lijkt een schadeclaim via de weg van het zuivere schadebesluit weinig kansrijk.

---

<sup>2</sup> ABRS, 18 januari 2006, zaaknr. 200502620/1 (Enschede). Het ging in deze casus om een termijn van 11 maanden. In een andere zaak (ABRS 10 november 2010, zaaknr. 201001810/1/H2) (Meerssen) werd een periode van bijna 10 maanden naar redelijkheid voldoende geacht om een concreet bouwplan in te dienen.

<sup>3</sup> J.W. van Zundert, Ruimtelijk bestuursrecht (losbladige uitgave), band 2, Commentaar op art. 6.3 Wro, aant. 2.1, suppl. 363 (september 2008).

Bij de bevoegdheid om na ommekomst van de wettelijke termijn tot intrekking van de omgevingsvergunning in te gaan past nog wel de kanttekening dat het louter intrekken van de vergunning niet voldoende is om de bouwtitel te laten vervallen. Zolang de onderliggende planologische maatregel (doorgaans het bestemmingsplan) niet tevens wordt gewijzigd, zal namelijk een bouwtitel blijven bestaan en kan een initiatiefnemer opnieuw een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk aanvragen, die vervolgens door het college moet worden verleend, indien er overigens geen gronden zijn om de vergunning te weigeren. Indien het risico van het indienen van een nieuwe aanvraag aanwezig is, zal de gemeente dan ook gelijktijdig met het intrekken van de omgevingsvergunning een wijziging van het bestemmingsplan moeten starten middels het nemen van een voorbereidingsbesluit.

#### Ad 2: Wegbestemmen van een directe bouwtitel

Het wegbestemmen van een directe bouwtitel valt uitdrukkelijk onder de schadeoorzaken als genoemd in artikel 6.2 Wro. Zoals in paragraaf 2.1. van deze notitie uiteengezet is een belangrijk aspect bij de beoordeling van verzoeken om planschade die naar aanleiding van het wegbestemmen van directe bouwtitels bij de gemeente worden ingediend, de eventuele voorzienbaarheid van de schade voor de aanvrager en de mogelijke passieve risicoaanvaarding van de aanvrager. Indien de aanvrager de planwijziging kon voorzien en bewust heeft stilgezet, heeft hij het risico van de planwijziging en daarmee het vervallen van zijn bouwtitel aanvaard. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat het niet realiseren van bouwplannen in verband met ongunstige marktomstandigheden geheel in de risicosfeer van de eigenaar c.q. de aanvrager van planschadevergoeding blijft.

#### Ad 3: Wegbestemmen van een voorwaardelijke bouwtitel

Bij het wegbestemmen van voorwaardelijke bouwtitels moet – ook in relatie tot het risico van planschadevergoeding – onderscheid worden gemaakt tussen een globaal bestemmingsplan met uitwerkingsverplichting voor het college van B en W enerzijds en een bestemmingsplan waarin aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid wordt toegekend om het bestemmingsplan binnen zekere grenzen te wijzigen. Beide mogelijkheden hebben hun wettelijke grondslag in artikel 3.6 Wro.

Een globaal plan dat moet worden uitgewerkt op grond van artikel 3.6 Wro wordt vaak gebruikt voor de planologische inkadering van nieuwe gebieden waar één hoofdfunctie centraal staat, bij voorbeeld een nieuw woongebied of bedrijventerrein. Het gaat dan om situaties waarin de hoofdfunctie bekend is, maar de invulling nog niet. Zolang er geen uitwerkingsplan is vastgesteld, geldt er een bouwverbod binnen het gebied waarop het globale plan van toepassing is.

Omdat het al dan niet uitwerken van het globale plan niet aan het oordeel van B en W wordt overlaten, maar B en W daartoe verplicht zijn, stijgt de grondwaarde in de verwachting dat de in het globale plan reeds voorziene bouwbestemming zal worden uitgewerkt en tot een daadwerkelijk te gebruiken bouwtitel zal leiden. Het weg bestemmen van een nog niet uitgewerkte, globale bouwbestemming leidt derhalve tot daling van de waarde van de grond en daarmee tot planschade, zo zou kunnen worden betoogd.

Met de inwerkingtreding van de permanent gemaakte Chw is aan artikel 6.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) echter een nieuw zesde lid toegevoegd, dat als volgt luidt: “*Schade als gevolg van een bepaling als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.6, eerste lid, onder c, of artikel 3.38,*

*derde of vierde lid, wordt eerst vastgesteld op grond van een krachtens die bepalingen genomen besluit”.*

In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor het permanent maken van de Chw is hierover onder meer opgemerkt<sup>4</sup>: *“Verder wordt een zesde lid aan artikel 6.1 van de Wro toegevoegd, waaruit blijkt dat er eerst duidelijkheid moet zijn omtrent het besluit over de flexibiliteitsbepalingen, de aanlegvergunning of de sloopvergunning, voordat de planschade kan worden vastgesteld. (...) Regels in een bestemmingsplan waarbij is aangegeven dat daarvan bij omgevingsvergunning kan worden afgeweken, leiden dus pas eerst tot planschade nadat een beslissing is genomen omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een uit te werken bestemming met een daaraan gekoppeld bouwverbod. Er kan in zo 'n geval pas schade vastgesteld worden als er is uitgewerkt of als met omgevingsvergunning van het bouwverbod is afgeweken.”*

### *2.3. Mogelijkheden om planschadevergoeding te voorkomen of te verminderen in het algemeen*

Het belangrijkste dat gemeenten, gelet op het voorgaande, ter voorkoming van het moeten betalen van planschadevergoeding in dit verband kunnen doen, is er voor te zorgen dat bestemmingswijzigingen – waarmee bouwtitels worden wegbestemd - voor degenen die mogelijk door de bestemmingsplanwijziging planschade lijden, voorzienbaar zijn. Indien eigenaren en andere rechthebbenden – nadat het voornemen tot bestemmingswijziging voor hen kenbaar is geworden – gedurende een zekere periode geen initiatieven nemen om de vigerende bestemming die zal verdwijnen alsnog te benutten, dan hebben deze belanghebbenden door passieve risicoaanvaarding hun recht op planschadevergoeding verwerkt.

In de jurisprudentie weegt in dit verband zwaar dat de voorzienbaarheid moet volgen uit van overheidswege en openbaar bekend gemaakte documenten. Ook worden tamelijk strenge eisen gesteld aan de aard van het stuk (het moet een ‘ruimtelijke beleidsstuk’ zijn) en aan de mate van concreetheid van het beleidsstuk, waarvan voorzienbaarheid van de schade afgeleid zou moeten worden. Uit de jurisprudentie, met name uit de recente uitspraak van 5 maart 2014<sup>5</sup>, blijkt dat het tijdstip waarop een openbaar document in ontwerp ter visie wordt gelegd, moet worden beschouwd als het tijdstip waarop de termijn van de voorzienbaarheid – en bij ‘stilzitten’ van de passieve risicoaanvaarding - start.

Er kunnen zich omstandigheden voordoen, waarin het organiseren van voorzienbaarheid lastig of zelfs onmogelijk is. Zo kan de gemeente het terugdringen van overcapaciteit op een zo korte termijn willen realiseren, dat voor het organiseren van voorzienbaarheid zoals hiervoor beschreven onvoldoende tijd beschikbaar is. Het organiseren van voorzienbaarheid en passieve risicoaanvaarding door middel van vaststelling van een inpassingsplan is enigszins gecompliceerder indien sprake is van een globaal bestemmingsplan met een kantorenbestemming en een uitwerkingsplicht en een bouwverbod, zodat het niet mogelijk is om zonder meer vergunning aan te vragen in het zicht van het inpassingsplan, waarbij de (globale) bouwbestemming zal verdwijnen. In dergelijke specifieke gevallen dient een belanghebbende binnen de redelijke termijn waarbinnen voorzienbaarheid ontstaat en sprake is van passieve risicoaanvaarding ingeval van het ongebruikt laten verstrijken van die termijn, bij zijn bouwplan dat als strekking heeft het realiseren in overeenstemming met het globale plan, tevens een verzoek om vaststelling van een uitwerkingsplan voor de betreffende gronden in te dienen.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 14.

<sup>5</sup> ABRS, 5 maart 2014, 2014, TBR 2014/120 (Planschade Teylingen).

#### *2.4. De keuze voor een nieuwe bestemming*

Op de vraag welke nieuwe bestemming een gemeente het beste kan toekennen aan gronden waarop bouwmogelijkheden worden geschrapt is geen eenduidig antwoord te geven. In algemene zin geldt vanzelfsprekend dat een nieuwe bestemming moet zijn aan te merken als een ‘goede ruimtelijke ordening’ als bedoeld in artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro). Dit betekent onder meer dat de nieuwe bestemming passend moet zijn, onder meer in relatie tot het omliggende gebied en dat rekening dien te worden gehouden met alle toepasselijke (milieu)regels.

In veel gevallen is het antwoord op de vraag welke nieuwe bestemming moet worden toegekend aan gronden waarop bouwmogelijkheden verdwijnen betrekkelijk voor de hand liggend, namelijk wanneer het bestaande gebruik zonder juridische belemmeringen kan worden voortgezet. Bij uitleglocaties zal het hierbij vaak gaan om bestaand agrarisch gebruik en bij een of enkele bouwpercelen binnen bestaand bebouwd gebied zijn bouwmogelijkheden vaak gesitueerd op gronden die behoren bij een woning en derhalve als bestaand gebruik tuin of erf hebben. Voorzetting van dergelijk gebruik zal in algemene zin geen problemen opleveren in relatie tot een goede ruimtelijke ordening, economische uitvoerbaarheid of milieuregelgeving en ook de eigenaren van de betreffende percelen zullen tegen een dergelijke herbestemming conform het bestaande gebruik in het algemeen geen steekhoudende planologisch relevante argumenten kunnen inbrengen. Planschade c.q. de mogelijkheid daarvan levert geen planologisch relevant argument op.

Indien de gemeente toch aan de betreffende gronden een andere bestemming wenst toe te kennen dan de vervallen bouwbestemming die bovendien afwijkt van het bestaande gebruik rijzen vanzelfsprekend wel de vragen met betrekking tot de mogelijkheid van te verwachten beroepsprocedures door de eigenaar, met betrekking tot de noodzaak om de economische uitvoerbaarheid aan te tonen en de mogelijke noodzaak van onteigening indien de gemeente wenst dat de nieuwe bestemming daadwerkelijk gerealiseerd wordt, terwijl de eigenaar niet bereid en/of in staat is om daaraan medewerking te verlenen in overeenstemming met de gemeentelijke wijze van planuitvoering. Dergelijke vragen zijn naar de mening van ondergetekende vragen die in algemene zin relevant zijn indien een gemeente een nieuwe bestemming (in afwijking van het bestaande gebruik) toekent aan gronden (en aan zich daarop bevindend vastgoed) en geen vragen die specifiek zijn voor het toekennen van een nieuwe bestemming waarbij als gevolg van de herbestemming niet gerealiseerde bouwmogelijkheden vervallen. Daarom zal op deze vragen in het kader van de onderhavige notitie niet nader worden ingegaan.

#### *2.5. Het creëren van voorzienbaarheid (voor het gebied Delftlanden) door de gemeente Emmen*

De in deze paragraaf aan de orde zijnde vraag is hoe de gemeente Emmen voorzienbaarheid kan creëren voor het wegbestemmen van woningbouwmogelijkheden binnen het plangebied Delftlanden. de plannen die de gemeente wil weg bestemmen, waarbij in het bijzonder aandacht is voor de betekenis in dit verband van concept structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0” die aan ondergetekende ter beschikking is gesteld.

In dit verband is het in de eerste plaats van belang dat uit de in paragraaf 2.1. van deze notitie aangehaalde literatuur blijkt dat de voorzienbaarheid van het schrappen van planologische bouwmogelijkheden moet worden afgeleid van een (1) door het bevoegd gezag vastgesteld en (2) bekend gemaakt plan, nota of visie, waarin de beoogde ontwikkeling (3) zodanig concreet



is beschreven dat een redelijk denkend en handelend eigenaar, koper of anderszins belanghebbende daaruit de gevolgtrekking kan maken dat de beoogde ontwikkeling voor hem gevolgen kan hebben.

Dit betekent dat sprake is van cumulatieve criteria. Indien de gemeente Emmen een of meer bestemmingplannen wil vaststellen ter vervanging van de beheersverordening die nu voor Delftlanden geldt beoogt, waarmee de beoogde deprogrammering een planologisch-juridische basis zal verkrijgen, dan moet de gemeente de beoogde vaststelling van dit bestemmingsplan c.q. deze bestemmingsplannen laten blijken uit een door het bevoegd gezag vast te stellen document zal zijn dat openbaar bekend zal worden gemaakt.

Ondergetekende is van oordeel dat de concept structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0” die aan ondergetekende ter beschikking is gesteld aan deze voorwaarden voldoet. Het betreft hier immers een door de gemeenteraad vast te stellen openbaar document, waarvoor een procedure zal worden gevolgd waarbij op de ontwerp structuurvisie gedurende een zekere termijn zienswijzen kunnen worden ingediend.

Wat betreft de mate van concreetheid van de beoogde deprogrammering blijkt uit de inhoud van de concept structuurvisie zoals benoemd in paragraaf 1.1. van deze notitie, dat in de structuurvisie niet alleen de totale beoogde reductie van het aantal te realiseren woningen ten opzichte van de beheersverordening is aangegeven, maar dat ook wat betreft aantallen woningen voor de diverse woonvelden en wat betreft de maximale aantallen woningen per woningtype een vergelijking wordt gemaakt tussen de beheersverordening enerzijds en de structuurvisie anderzijds. Ook wordt ook in een tweetal figuren met ingekleurde kaarten aangegeven welke woningtypes op grond van de beheersverordening respectievelijk de structuurvisie waar mogen worden gerealiseerd.

Naar de mening van ondergetekende zijn daarmee de met de op de structuurvisie volgende bestemmingsplanherzieningen die in overeenstemming zijn met de structuurvisie voldoende voorzienbaar.

Wat betreft het tijdpad kan worden opgemerkt dat uit de beschikbare uitspraken kan worden afgeleid dat een voorzienbaarheidstermijn van een jaar voldoende is. Indien een eigenaar weet welke bouw- en gebruiksmogelijkheden op de gronden waarover hij de beschikking heeft zullen worden geschrapt en hij ‘zit een jaar lang stil’ dan is sprake van passieve risicoaanvaarding. Gedurende dat jaar hebben eigenaren immers de tijd om de bouw- en gebruiksmogelijkheden op grond van het oude plan te benutten door het indienen van een ontvankelijke aanvraag om omgevingsvergunning voor het bouwen. Deze termijn eindigt op het moment waarop een ontwerp-bestemmingsplan waarin de aangekondigde wijzigingen zijn opgenomen, ter inzage wordt gelegd. Dat is immers het moment waarop de voorbereidingsbescherming in relatie tot het nieuwe plan intreedt en aanvragen om omgevingsvergunning voor het bouwen moeten worden aangehouden tot op het moment dat het nieuwe bestemmingsplan in werking is getreden.

De voorzienbaarheidstermijn vangt in beginsel aan op het moment dat de ontwerp structuurvisie “Emmen, Delftlanden 2.0” ter inzage wordt gelegd. In de concept structuurvisie waarover ondergetekende beschikt zal dit zijn op 28 oktober 2016. Daarbij tekent ondergetekende wel aan dat, indien en voor zover er zienswijzen worden ingebracht en naar aanleiding van deze zienswijzen de structuurvisie ten opzichte van het ter inzage gelegde ontwerp gewijzigd wordt vastgesteld én deze wijzigingen betekenen dat meer of op andere

plekken binnen het gebied Delftlanden woningen worden geschrapd dan wel de programmering wordt aangepast in een voor rechthebbenden ten opzichte van de ontwerp structuurvisie negatieve zin, de termijn van voorzienbaarheid van de deprogrammering op die onderdelen pas ingaat op het moment dat de structuurvisie in definitieve vorm door de gemeenteraad wordt vastgesteld en het vaststellingsbesluit wordt bekendgemaakt.

Een andere kanttkening in dit verband betreft het onderdeel van de omschrijving van het in paragraaf 1.1. van deze notitie weergegeven doel van de structuurvisie dat als volgt luidt: “een deprogrammering van woningbouwaantallen, waarbij de nog op te stellen woonvisie uiteindelijk leidend zal zijn voor de daadwerkelijk overblijvende plancapaciteit”. Ondergetekende vraagt zich hierbij in de eerste plaats af hoe de vaststelling van bestemmingsplannen in aansluiting op de structuurvisie enerzijds en de vaststelling van de hier bedoelde woonvisie zich in de tijd tot elkaar verhouden.

Indien het zo zou zijn dat de woonvisie in de tijd zou volgen op de vaststelling van de bestemmingsplannen waarmee het structuurvisiebeleid in planologisch-juridische zin zijn beslag krijgt, dan noopt deze woonvisie, indien en voor zover deze wat betreft de programmering in aantallen en/of woningtypen afwijkt van genoemde bestemmingsplannen, tot een aansluitende herziening van deze bestemmingsplannen. Indien en voor zover daarbij (voor sommige percelen binnen het bestemmingsplangebied) sprake is van een verdere beperking van de woningbouwmogelijkheden dan wel (voor sommige percelen binnen het bestemmingsplangebied) een verlaging van grondwaarden door een wijziging van de woningtypologie, dan geldt voorzienbaarheid van die aanpassingen mutatis mutandis hetzelfde als voor de beleidsvoornemen in de structuurvisie: een voorzienbaarheidstermijn van een jaar, te rekenen tussen ter inzage leggen c.q. aangescherpt vaststellen van de woonvisie dient te worden aangehouden voordat herziening van de betreffende bestemmingsplannen plaatsvindt.

Indien het daarentegen zo zou zijn dat de woonvisie in de tijd voorafgaat aan de vaststelling van de bestemmingsplannen waarmee het structuurvisiebeleid in planologisch-juridische zin zijn beslag krijgt, dan noopt deze woonvisie, indien en voor zover daarbij (voor sommige percelen binnen het gebied Delftlanden) sprake is van een verdere beperking van de woningbouwmogelijkheden dan wel (voor sommige percelen binnen het gebied Delftlanden) een verlaging van grondwaarden door een wijziging van de woningtypologie, dan geldt een voorzienbaarheidstermijn van een jaar, te rekenen tussen ter inzage leggen c.q. aangescherpt vaststellen van de woonvisie dient te worden aangehouden voordat vaststelling van de betreffende bestemmingsplannen plaatsvindt. In dat geval heeft de voorzienbaarheid op grond van de structuurvisie alleen betekenis voor die onderdelen die door de woonvisie niet worden aangescherpt.

Omdat de woonvisie – anders dan de structuurvisie – zich uitstrekt tot het gehele territoir van de gemeente Emmen, zal de woonvisie ook voor andere gebieden waar de gemeente voornemens is woningbouwmogelijkheden in bestemmingsplannen te schrappen voorzienbaarheid creëren.

Bij het voorgaande is ondergetekende er steeds vanuit gegaan dat ook de woonvisie voldoende nauwkeurig zal aangeven hoeveel woningbouwmogelijkheden op welke locaties zullen worden geschrapd en hoe de woningtypologie (voor zover te reguleren met een bestemmingsplan) eruit zal zien.

## *2.6. Het intrekken van ongebruikte vergunningen voor het gebied Delflanden door de gemeente Emmen*

In paragraaf 2.2. van deze notitie werd erop gewezen dat uit de jurisprudentie blijkt dat vergunninghouders - door het langer dan de wettelijke termijn waarna tot intrekking kan worden overgegaan ongebruikt laten van een omgevingsvergunning voor het bouwen – het risico aanvaarden dat de planologische inzichten zouden veranderen en het gemeentebestuur de verleende vergunning aan een herwaardering zou onderwerpen.

Voor de aan het inmiddels failliete Megahome verleende vergunningen met betrekking tot het gebied Delflanden betekent dit dat de gemeente deze kan intrekken zonder dat daarbij sprake is van een gemeentelijk financieel risico. Ondergetekende adviseert dan ook daartoe op korte termijn over te gaan.

## **3. Privaatrechtelijke aspecten: herbestemming en het risico van toerekenbare tekortkoming**

### *3.1. Inleiding*

Hetgeen in de paragrafen 2.1 tot en met 2.3 van deze notitie werd overwogen is wat betreft het aspect (plan)schadevergoeding toereikend voor situaties waarin tussen de gemeente en eigenaren van gronden met ongebruikte bouwtitels niet tevens langs privaatrechtelijke weg (in een overeenkomst) afspraken zijn gemaakt over het door de gemeente creëren dan wel handhaven van de planologische mogelijkheden voor het overeenkomstig een bepaalde bestemming kunnen realiseren van vastgoed.

In de praktijk van gebiedsontwikkeling volgt de aanpassing van het planologisch kader vrijwel steeds op het sluiten van een op uitvoering van de gebiedsontwikkeling gerichte overeenkomst. De marktpartijen verlangen daarom van de gemeente dat zij in de overeenkomst maximale zekerheid biedt dat zij de voor de gebiedsontwikkeling noodzakelijke aanpassing van het planologisch kader daadwerkelijk ter hand zal nemen en daarna in stand zal laten. Omdat een publiekrechtelijke procedure – door inspraak, zienswijzen en met name ook door beroep op de bestuursrechter – met onzekerheid is omgeven, kan de gemeente in een overeenkomst met betrekking tot gebiedsontwikkeling jegens de private samenwerkingspartner(s) niet garanderen dat de bouwtitels tot stand zullen komen en onherroepelijk zullen worden. Om die reden wordt in overeenkomsten met betrekking tot gebiedsontwikkeling vrijwel altijd een verplichting voor de gemeente opgenomen om zich (maximaal) in te spannen ten einde te bewerkstelligen dat de door de contractspartijen beoogde gebiedsontwikkeling planologisch doorgang kan vinden. Ook ten behoeve van de vergunningverlening neemt de gemeente vaak een inspanningsverplichting op zich.

Indien een gemeente ongebruikte bouwtitels in het kader van een gebiedsontwikkeling wegbestemt en dat doet nadat voorzienbaarheid is georganiseerd, dan is weliswaar waarschijnlijk het risico van het moeten betalen van planschadevergoeding geëlimineerd, maar kan de gemeente tegelijk wel wegens toerekenbare tekortkoming een schadeclaim van de contractspartner(s) verwachten.

In de paragrafen 3.2. en 3.3. zal in dit verband worden ingegaan op de overeenkomsten tussen de gemeente Emmen en BPD respectievelijk Develop Lelystad B.V. Besloten wordt in paragraaf 3.4. met enkele overweging bij de mogelijkheid dat Enexis en/of WMD een verzoek om schadevergoeding zullen indienen.

### *3.2. Het contract met BPD.*

#### *Beschrijving van relevante onderdelen van het contract*

Op 19 oktober 2005 zijn de gemeente Emmen en Bouwfonds MAB Ontwikkeling B.V. (de rechtsvoorganger van BPD, hierna kortweg aan te duiden als “Bouwfonds”) de “Uitgifte-overeenkomst, verkoop complex kavels” aangegaan. Kern van deze overeenkomst is het door de gemeente aan Bouwfonds verkopen van bouwrijpe kavels voor de bouw van in totaal 23 geschakelde woningen, 10 stuks 2 onder 1 kap woningen en 37 rijwoningen. De koopprijs heeft als prijspeil 1 januari 2004 en wordt met 2,5% per jaar geïndexeerd.

Op de verkoop is een aantal hoofdstukken en artikelen van de algemene uitgiftevoorwaarden van de gemeente Emmen van toepassing. Een van deze artikelen, artikel 3.3., luidt blijkens een memo van J. Mol en M. Harmsma d.d. 15 september 2016 als volgt: “Binnen zes maanden na de datum van de uitgifte-overeenkomst dient de notariële akte te zijn getekend. Indien de koopsom niet binnen drie maanden na de datum van de uitgifte-overeenkomst is betaald wordt deze verhoogd met het wettelijk rentepercentage tot de dag waarop ondertekening van de notariële akte plaatsvindt”. In de overeenkomst is voorts bepaald dat het terrein naar verwachting begin november 2005 bouwrijp opgeleverd en afgenomen zal kunnen worden. Timmer vrijwaart de gemeente van het indienen van eventuele claims indien genoemde termijn zal worden overschreden.

#### *Het contract en de mogelijkheden om woningbouwmogelijkheden te schrappen*

In het hiervoor genoemde memo van J. Mol en M. Harmsma d.d. 15 september 2016 wordt het standpunt ingenomen dat – gelet op het bepaalde in artikel 3:207 BW – de vordering tot nakoming van de overeenkomst is verjaard en dat de gemeente uit dien hoofde niet langer verplicht zou zijn om een verkoop van bouwrijpe kavels aan Timmer mee te werken.

Daaraan wordt toegevoegd dat het raadzaam is om, alvorens een beroep te doen op verjaring, na te gaan of Develop Lelystad B.V. de betreffende kavels nog af wenst te nemen. Daarbij tekenen Mol en Harmsma aan dat, door de indexatie van de koopsommen, het zeer waarschijnlijk dat Develop Lelystad B.V. afziet van de aankoop. In dat geval kan de overeenkomst worden ontbonden op basis van wederzijds goedvinden. Dit noemen de auteurs van het memo een meer “vriendelijke” insteek.

Uit het memo van Mol en Harmsma blijkt voorts dat op 24 augustus 2016 een gesprek is geweest tussen vertegenwoordigers van de gemeente en van BPD. Op de vraag of BPD de bouwclaim wil handhaven is in dit gesprek door BPD aangegeven dat dit afhangt van welke woningbouwmogelijkheden er zijn. In het gesprek zijn in relatie tot de overeenkomst uit 2005 twee opties besproken:

1. Het opzeggen van de overeenkomst uit 2005, waarna partijen vrij zijn van elkaar. In het memo wordt opgemerkt dat hiervoor wel een schriftelijke bevestiging van Bouwfonds nodig is.
2. Het opstellen van een Addendum bij de overeenkomst uit 2005.

Welke keuze uiteindelijk zal worden gemaakt is volgens het memo afhankelijk van nieuwe gemeentelijke visie en daarmee de mogelijkheden voor beide partijen. BPD heeft uitgesproken de gemeente graag te willen helpen met het opzetten van de nieuwe visie. Van het gesprek tussen de gemeente en BPD is een verslag gemaakt, dat naar BPD is verzonden. Er is nog geen reactie geweest van BPD.

Ondergetekende is van oordeel dat de gemeente, door het aangaan met BPD en het in dat gesprek spreken over de mogelijkheid van een addendum, niet op voorhand heeft gekozen voor beëindiging van de overeenkomst door een beroep te doen op verjaring van de vordering van BPD om de bouwrijpe kavels af te nemen.

Deze gemeentelijke benadering acht ondergetekende verstandig. Uit de strekking van het gevoerde gesprek leidt ondergetekende af dat de gemeente in beginsel kavels beschikbaar heeft om aan BPD te verkopen. Indien BPD ermee instemt om deze kavels te verwerven tegen een marktconforme prijs om daarop woningen te realiseren in een stedenbouwkundige opzet en programma dat past binnen de structuurvisie en de komende woonvisie, dan adviseert ondergetekende een nieuwe uitgifteovereenkomst tussen de gemeente en BPD te sluiten, waarbij de overeenkomst uit 2005 wordt beëindigd. Een addendum lijkt ondergetekende in dit verband minder passend, aangezien kernbepalingen uit de overeenkomst uit 2005 (zoals met betrekking tot prijs, woningtypen en termijnen) naar alle waarschijnlijkheid dienen te worden aangepast.

Indien met BPD geen overeenstemming kan worden bereikt over een nieuwe overeenkomst, dan kan de gemeente vasthouden aan het in de overeenkomst uit 2005 bepaalde ten aanzien van grondprijzen en woningtypologieën. Naar alle waarschijnlijkheid zal BPD dan aangeven niet langer geïnteresseerd te zijn in grondafname, waarna de overeenkomst door de gemeente, onder verwijzing naar deze mededeling kan aangeven dat het recht kan BPD op grondafname is vervallen en daarmee de overeenkomst uit 2005 zijn betekenis heeft verloren en door de gemeente als geëindigd wordt beschouwd.

### *3.3. Het contract met Develop Lelystad B.V.*

#### *Beschrijving van relevante onderdelen van het contract*

Op 14 juni 2005 zijn de gemeente Emmen en B. Timmer Bouwonderneming BV (hierna te noemen: "Timmer") de "Uitgifte-overeenkomst, verkoop complex kavels" aangegaan. Kern van deze overeenkomst is het door de gemeente aan Timmer verkopen van bouwrijpe kavels voor de bouw van in totaal 8 vrijstaande en 66 stuks 2 onder 1 kap woningen in het gebied Delftlanden. De koopprijs heeft als prijspeil 1 januari 2004 en wordt met 2,5% per jaar geïndexeerd.

De gemeente als verkoper zal Timmer op grond van het bepaalde in de overeenkomst zo spoedig mogelijk middels een gedagtekend schrijven nader op de hoogte stellen omtrent de datum waarop Timmer definitief over de bouwrijpe kavels kan beschikken. Aansluitend is bepaald dat de koopsom bij start bouw, doch uiterlijk 1 jaar na dagtekening van het hiervoor bedoelde schrijven dient te worden voldaan.

Op de verkoop is een aantal hoofdstukken en artikelen van de algemene uitgiftevoorwaarden van de gemeente Emmen van toepassing. Een van deze artikelen, artikel 3.3., luidt blijkens een memo van J. Mol en M. Harmsma d.d. 15 september 2016 als volgt: "Binnen zes maanden na de datum van de uitgifte-overeenkomst dient de notariële akte te zijn getekend. Indien de koopsom niet binnen drie maanden na de datum van de uitgifte-overeenkomst is betaald wordt deze verhoogd met het wettelijk rentepercentage tot de dag waarop ondertekening van de notariële akte plaatsvindt". In de overeenkomst is voorts bepaald dat het terrein naar verwachting begin november 2005 bouwrijp opgeleverd en afgenomen zal kunnen worden. Timmer vrijwaart de gemeente van het indienen van eventuele claims indien genoemde termijn zal worden overschreden.

Op 16 januari 2006 zijn de rechten plichten van Timmer op grond van de overeenkomst overgenomen door Develop Lelystad B.V.

*Het contract en de mogelijkheden om woningbouwmogelijkheden te schrappen*

In het hiervoor genoemde memo van J. Mol en M. Harmsma d.d. 15 september 2016 wordt het standpunt ingenomen dat – gelet op het bepaalde in artikel 3:207 BW – de vordering tot nakoming van de overeenkomst is verjaard en dat de gemeente uit dien hoofde niet langer verplicht zou zijn om een verkoop van bouwrijpe kavels aan Timmer mee te werken.

Daaraan wordt toegevoegd dat het raadzaam is om, alvorens een beroep te doen op verjaring, na te gaan of Develop Lelystad B.V. de betreffende kavels nog af wenst te nemen. Daarbij tekenen Mol en Harmsma aan dat, door de indexatie van de koopsommen, het zeer waarschijnlijk dat Develop Lelystad B.V. afziet van de aankoop. In dat geval kan de overeenkomst worden ontbonden op basis van wederzijds goedvinden. Dit noemen de auteurs van het memo een meer “vriendelijke” insteek.

Uit het memo blijkt verder dat een gesprek met Develop Lelystad B.V. nog dient te worden ingepland.

Ondergetekende is van oordeel dat de gemeente, door het arrangeren van een gesprek met Develop Lelystad BV, niet op voorhand heeft gekozen voor beëindiging van de overeenkomst door een beroep te doen op verjaring van de vordering van Develop Lelystad BV om de bouwrijpe kavels af te nemen.

Deze gemeentelijke benadering acht ondergetekende verstandig. Ondergetekende is van oordeel dat de gemeente, door met BPD in gesprek te gaan over de mogelijkheid van het maken van gewijzigde c.q. aanvullende afspraken ten opzichte van de overeenkomst uit 2005, ook Develop Lelystad BV eenzelfde gelegenheid moet bieden.

Voor het komende gesprek c.q. de komende gesprekken met Develop Lelystad BV geldt naar de mening van ondergetekende overigens hetzelfde wat in paragraaf 3.2 ten aanzien van de contacten met BPD werd opgemerkt, namelijk dat, indien Develop Lelystad BV ermee instemt om kavels te verwerven tegen een marktconforme prijs om daarop woningen te realiseren in een stedenbouwkundige opzet en programma dat past binnen de structuurvisie en de komende woonvisie, dan adviseert ondergetekende een nieuwe uitgifteovereenkomst tussen de gemeente en Develop Lelystad BV te sluiten, waarbij de overeenkomst uit 2005 wordt beëindigd. Een addendum lijkt ondergetekende ook in dit verband minder passend, aangezien kernbepalingen uit de overeenkomst uit 2005 (zoals met betrekking tot prijs, woningtypen en termijnen) naar alle waarschijnlijkheid dienen te worden aangepast.

Indien met Develop Lelystad BV geen overeenstemming kan worden bereikt over een nieuwe overeenkomst, dan kan de gemeente vasthouden aan het in de overeenkomst uit 2005 bepaalde ten aanzien van grondprijzen en woningtypologieën. Naar alle waarschijnlijkheid zal ook Develop Lelystad BV dan aangeven niet langer geïnteresseerd te zijn in grondafname, waarna de overeenkomst door de gemeente, onder verwijzing naar deze mededeling kan aangeven dat het recht kan Develop Lelystad BV op grondafname is vervallen en daarmee de overeenkomst uit 2005 zijn betekenis heeft verloren en door de gemeente als geëindigd wordt beschouwd.

### *3.4. Mogelijke schadeclaims van Enexis en/of WMD*

In deze paragraaf zullen enkele overwegingen worden gewijd aan de mogelijkheid van - mogelijk succesvolle - claims wegens gemeentelijke toerekenbare tekortkoming en derhalve schadelijkheid jegens de nutsbedrijven Enexis (Electra en gas) en WMD (water) omdat op grond van de structuurvisie veel minder woningen zullen worden gerealiseerd dan aanvankelijk gedacht.

Naar de mening van ondergetekende zal van succesvolle schadeclaims in dit verband waarschijnlijk geen sprake zijn. Voor een succesvolle claim van (een van) deze nutsbedrijven zou naar de mening van ondergetekende slechts dan sprake kunnen zijn, indien de gemeente Emmen jegens (een van) deze nutsbedrijven een garantie heeft gegeven dat het oorspronkelijk gedachte aantal woningen ook daadwerkelijk zal worden gerealiseerd, waarop de nutsbedrijven hun investeringen aantoonbaar daarop hebben afgestemd, terwijl zij zonder een dergelijke garantie aantoonbaar minder kosten zouden hebben gemaakt. Uit de door de gemeente aan ondergetekende verstrekte documenten blijkt niet van dergelijke garanties, die overigens ook ongebruikelijk zijn bij gebiedsontwikkeling ten behoeve van woningbouw.

Ondergetekende is derhalve op grond van de inhoud van de documenten die aan hem ter beschikking zijn gesteld van oordeel dat de nutsbedrijven Enexis (Electra en gas) en WMD (water) geen succesvolle schadeclaims bij de gemeente Emmen kunnen indienen omdat op grond van de structuurvisie veel minder woningen zullen worden gerealiseerd dan aanvankelijk gedacht. Daarbij tekent ondergetekende aan dat het feit dat beide nutsbedrijven ten aanzien van het gebied Delftlanden minder inkomsten en/of meer kosten hebben dan aanvankelijk gedacht feitelijk het gevolg is van een wijziging van (markt)omstandigheden die buiten de invloedssfeer van partijen liggen en waarvan het risico niet bij de gemeente berust omdat het hier gaat om private vastgoedontwikkelingen waarbij niet de gemeente het risico draagt.

*Naaldwijk, 27 september 2016*

Prof. dr. ir. A.G. Bregman