MEMO (in het rood de beantwoording door het college)

Aan: Raadscommissie Midden Delfland
Van: Valentijn Leigh
Datum: 10 januari 2023
Referentie: 0273445.0012/4586520
Onderwerp: Inspraakreactie PLUS/Van Leeuwen ten aanzien van gewijzigd exploitatieplan "Centrumplan Den Hoorn 2020"

Geachte raad,
U heeft reactie gevraagd op deze inspraak van de advocaat van Plus/Van Leeuwen.
Het is niet gebruikelijk dat een advocaat rechtstreeks met de gemeenteraad spreekt. Dat gebeurt hier wel. Gebruikelijk is dat de advocaten van partijen onderling spreken en dan daarbij de vaktaal gebruiken. Die vaktaal staat ook in de inspraaktekst.
U hebt aan het college gevraagd om op deze inspraaktekst te reageren.
We moeten er voor zorgen dat onze juridische positie niet wordt geschaad.
Derhalve is onze reactie ook juridisch van aard en is hierbij niet gekozen voor de begrijpelijke taal die we normaal hanteren.
We zitten in een juridische procedure daar is ook onze reactie aan u met de memo een onderdeel van. Vandaar dit taalgebruik.

Geachte leden van de Commissie,

1. Uiteraard wens ik u allen - alsmede de burgemeester, wethouders en de griffier - mede namens cliënten PLUS en Van Leeuwen een gezond en voorspoedig 2023 toe.
   Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

2. Traditiegetrouw wordt er door uw Gemeente in de eerste maand van het nieuwe jaar een moment van inspraak geboden aan PLUS en Van Leeuwen. En ook in 2023 is dat weer het geval. Ditmaal kan er worden ingesproken op het door het College voorbereide gewijzigde exploitatieplan "Centrumplan Den Horn 2020". Een wijziging die noodzakelijk is na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 augustus 2022.
   Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

3. Gelet op de afgelopen feestdagen en vakantieperiode hebben PLUS en Van Leeuwen nog onvoldoende tijd gehad om het gewijzigde exploitatieplan inclusief daarbij behorende bijlagen en onderzoeken in volle omvang te bestuderen en toetsen. Desalniettemin achten PLUS en Van Leeuwen het raadzaam wel kort in te spreken in deze commissievergadering. Reden daarvoor is het volgende.
   Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

4. PLUS en Van Leeuwen constateren dat het gewijzigde exploitatieplan niet volledig in lijn is met de herstelopdracht van de Raad van State en diverse (juridische) gebreken vertoont. Daar komt nog bij dat het gewijzigde exploitatieplan niet aansluit bij stukken en voorstellen in andere lopende procedures. Denk dan bijvoorbeeld aan:

   a) de voorgestelde onteigeningsvergoeding voor o.a. de bestaande erfdienstbaarheden (100.000) in relatie tot de waardering (0) en kosten (25.000) die daar in het gewijzigde exploitatieplan aan worden gekoppeld; en,

Beantwoording:
In het aanbod dat is gedaan in het minnelijke traject ter voorkoming van onteigening, is – vanzelfsprekend – uitgegaan van een aanbod dat is gebaseerd op volledige schadeloosstelling overeenkomstig de Onteigeningswet. Het genoemde bedrag van EUR 100.000,- betreft niet de waarde van de erfdienstbaarheden als zodanig, maar bijkomende schade als gevolg van het, door onteigening, vervallen van deze erfdienstbaarheden. Dit bedrag is gebaseerd op het vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 februari 2021 (RCLI:NL:RBDHA:2021:780), waarin de rechtbank heeft geoordeeld is dat de voorziene ontsluitingswegen in het bestemmingsplan "Centrumplan Den Hoorn 2016" geen gelijkwaardig alternatief bieden voor de uitwegen waarvoor de erfdienstbaarheden een grondslag geven. Daarvan uitgaande zou de verandering van uitwegen tot enig nadeel leiden, welk nadeel volgens Gloudemans, die de minnelijke onderhandelingen ter voorkoming van onteigening met Plus en Van Leeuwen voert, in alle gevallen minder dan € 10.000,00 per jaar zal zijn. Indien dit bedrag metaal factor 10 gekapitaliseerd wordt betekent dit een maximale (bijkomende) schade van EUR 100.000,-. Dit bedrag is dus een vergoeding voor het nadeel dat wordt geleden als gevolg van het, door onteigening, vervallen van de erfdienstbaarheden. Het betreft met andere woorden géén vergoeding van enige waarde van de erfdienstbaarheden als zodanig.

De inbrengwaarden zijn in het kader van het gewijzigde exploitatieplan dat thans voorligt niet gebaseerd op volledige schadeloosstelling in de zin van de Onteigeningswet, maar zijn gezien het bepaalde in artikel 6.13 lid 5 Wro geraamd met overeenkomstige toepassing van de artikelen 40b tot en met 40f van de Onteigeningswet. Dat is in overeenstemming met de tussenuitspraak van 10 augustus 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:2301, r.ov. 22.2 en r.ov. 22.3). Er is geen aanleiding om hier thans anders over te oordelen, waarbij van belang is dat het definitieve onteigeningsbesluit nog niet is genomen. Dit betekent dat de inbrengwaarden niet geraamd dienen te worden op basis van volledige schadeloosstelling in de zin van de Onteigeningswet, zodat er ook geen ruimte is om rekening te houden met bijkomende schade, althans het hiervoor genoemde bedrag van EUR 100.000,-.

Ingevolge artikel 6.2.3 onder c Bro dient bij het ramen van de inbrengwaarden in beginsel rekening te worden gehouden met de kosten van het vrijmaken van de gronden in het exploitatiegebied van persoonlijke rechten en lasten, eigendom, bezit of beperkt recht en zakelijke lasten, zoals de onderhavige erfdienstbaarheden. De in het exploitatiegebied gelegen gronden dienen te worden vrijgemaakt van deze erfdienstbaarheden om deze als bouwkavels te kunnen uitgeven (vgl. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:827). De hiermee samenhangende kosten zijn door de taxateur geraamd op EUR 25.000,-. Beide bedragen (EUR 100.000,- resp. EUR 25.000,-) kennen dus een andere achtergrond, een andere wettelijke grondslag en zijn gebaseerd op een andere waarderingsmethodiek (een onteigeningsschadeloosstelling tegenover de kosten van het vrijmaken van de gronden van zakelijke lasten).

b) de in het gewijzigde exploitatieplan geraamde kosten voor de aanleg van compensatie parkeerplaatsen (108.800) in relatie tot de kosten die eerder genoemd zin bij de vaststelling van het bestemmingsplan "Centrumplan Den Horn 2016" en het daarbij behorende verkeersplan (375.000 + meerdere PM's).

Beantwoording:
In de beantwoording op ad 4b is er vanuit gegaan dat de vraag / opmerking zich richt op het verschil in kosten in relatie tot het aantal parkeerplaatsen.

In het Verkeersplan, d.d. 22 december 2016, gaat hoofdstuk 11 in op extra aan te leggen parkeerlocaties. Hier worden een aantal opties benoemd en aangegeven dat er onderzoek zal worden gedaan naar andere locaties. Hierbij wordt er vanuit gegaan dat er gronden moeten worden vrijgemaakt van bebouwing en/of moeten worden aangekocht. Dit resulteerde in een raming van € 15.000 per parkeerplaats.

In de kostenraming van de compensatieparkeerplaatsen bij het exploitatieplan (bijlage 8) zijn alle locaties voor de 46 parkeerplaatsen concreet aangewezen en geraamd. Zoals uit de kostenraming blijkt zijn al deze locaties voorzien op gronden (lees in de openbare ruimte) van de gemeente. Dit resulteert logischerwijs in een veel lagere raming van kosten per parkeerplaats.

5. En dat is zeker nog niet alles. Een volledig overzicht zal aan de Raad van State worden verstrekt mocht de Raad uiteindelijk over gaan tot vaststelling van het gewijzigde exploitatieplan.

Beantwoording:
Door de commissie is verzocht om nu reeds een volledig overzicht van kritiekpunten over te leggen. Dat komt in feite neer op een zienswijze op het raadsvoorstel om het exploitatieplan gewijzigd vast te stellen naar aanleiding van de tussenuitspraak van 10 augustus 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:2301). In deze tussenuitspraak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak evenwel geoordeeld dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb niet opnieuw hoeft te worden toegepast (r.ov. 30). Concreet betekent dit dat niet eerst een ontwerp van het gewijzigde exploitatieplan ter visie hoeft te worden gelegd, waarop een zienswijze naar voren kan worden gebracht, maar dat het gewijzigde exploitatieplan direct kan worden vastgesteld, waarna van dit besluit kennisgeving moet worden gedaan aan de Afdeling bestuursrechtspraak.

6. In dat kader geven PLUS en Van Leeuwen u nog wel graag het volgende mee.
   Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

7. In de oplegger bij het gewijzigde exploitatieplan ontbreekt een besluitpunt ten aanzien van mogelijke (ongeoorloofde) staatssteun die – o.a. middels de macro aftopping in het gewijzigde exploitatieplan – wordt verleend in relatie tot het Centrumplan. De Raad van State heeft op dit punt nog geen inhoudelijk oordeel geveld maar in haar meest recente uitspraak wel degelijk duidelijk gemaakt dit zeker wel te gaan doen als het gewijzigde exploitatieplan materieel/inhoudelijk - eindelijk - juist is bevonden.
   Beantwoording: zie gecombineerde reactie met punt 8

8. PLUS en Van Leeuwen begrijpen niet goed waarom de Gemeente een mogelijke ingrijpend en (voor uw Gemeente wederom) negatief oordeel hierover van de Raad van State (na diverse eerdere negatieve uitspraken over zowel het bestemmingsplan als het exploitatieplan voor het centrum van Den Hoorn) niet voor wil zijn door bij de eventuele vaststelling van het gewijzigde exploitatieplan nu reeds te besluiten dat van (ongeoorloofde) staatssteun geen sprake is. Dat sluit immers naadloos aan bij uitlatingen van diverse raads(commissie)leden in de afgelopen jaren alsmede de visie

van het College aangaande dit punt. Wat PLUS en Van Leeuwen betreft wordt dit besluitpunt dan ook toegevoegd aan het raadsvoorstel.

Beantwoording Ad 7/8:
Vooropgesteld moet worden dat er geen sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Het exploitatieplan voorziet er in dat kosten worden verhaald in overeenstemming met de wet. Door het toepassen van kostenverhaal is er juist géén sprake van een (al dan niet verkapte) steunmaatregel. In de tussenuitspraak van 10 augustus 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van de vermeende ongeoorloofde staatssteun het volgende overwogen:

"Staatssteun

28. Plus en anderen betogen dat het exploitatieplan in strijd is met de Europese regels inzake staatssteun. Zij voeren aan dat de gemeente met het exploitatieplan ongeoorloofde staatssteun verleent aan de ontwikkelcombinatie [bedrijf]/Jumbo in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Die steun had bij de Europese Commissie moeten worden aangemeld en door de Europese Commissie moeten worden goedgekeurd. Zij voeren aan dat de staatssteun bestaat uit het niet in rekening brengen van de juiste exploitatiebijdrage en het ten onrechte voor rekening van de gemeente nemen van enorme tekorten in de exploitatie. De gemeente neemt volgens hen kostenposten voor zijn rekening die in de grondexploitatie normaal gesproken in rekening worden gebracht bij de ontwikkelende partij. […]

28.2. Op de zitting hebben Plus en anderen desgevraagd expliciet aangegeven dat zij niet betogen dat de regels over grondexploitatie in de Wro en het Bro in strijd zijn met de Europese regels inzake staatssteun, maar dat het bestreden besluit tot vaststelling van het exploitatieplan, waarin sprake is van macro-aftopping, daarmee in strijd is. Op de zitting hebben Plus en anderen naar voren gebracht dat het voor rekening van de gemeente nemen van een tekort van boven de € 200.000,00 en het tegen een te lage prijs verkopen van de gronden aan ontwikkelcombinatie [bedrijf]/Jumbo, steun betreft die bij de Europese Commissie gemeld had moeten worden. Hiermee doen zij een beroep op strijdigheid met artikel 108, derde lid, van het VWEU. Op grond van dit artikel moet de Europese Commissie op de hoogte worden gesteld van een voornemen tot invoering van een staatssteunmaatregel en mag deze maatregel niet worden uitgevoerd voordat de Europese Commissie deze heeft goedgekeurd. Maatregelen die binnen de reikwijdte van de Verordening (EU) nr. 1407/2013, ofwel de minimis-verordening vallen, hoeven niet te worden gemeld. Het gaat - kort weergegeven - om maatregelen van maximaal € 200.000,00 binnen een periode van drie belastingjaren ten gunste van een onderneming. Het is de Europese Commissie die, als sprake is van staatssteun, beoordeelt of die steun verenigbaar is met de interne markt..

28.3. Over het betoog dat de verkoop van de gemeente in eigendom toebehorende gronden aan de ontwikkelcombinatie [bedrijf]/Jumbo tegen een beweerdelijke te lage grondprijs ongeoorloofde staatssteun oplevert, overweegt de Afdeling dat dit een aspect betreft, dat los staat van het exploitatieplan. Dat zou mogelijk wel de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan kunnen raken, maar dat plan is - zoals hierna nog wordt overwogen - met de uitspraak van de Afdeling van 20 november 2019 onherroepelijk geworden en ligt daarom nu niet ter beoordeling voor aan de Afdeling.

28.4. Het betoog van Plus en anderen met betrekking tot de strijdigheid van het exploitatieplan met de Europese regels inzake staatssteun is daarop gebaseerd dat de gemeente met het exploitatieplan een onjuiste exploitatiebijdrage bij de initiatiefnemer in rekening zou brengen en dat de gemeente in het exploitatieplan

kostenposten voor zijn rekening zou nemen, die normaal gesproken in rekening worden gebracht bij een ontwikkelende partij. Zoals uit deze uitspraak blijkt is de Afdeling van oordeel dat het exploitatieplan met gebreken is behept. De Afdeling geeft de raad hierna in deze uitspraak opdracht om die gebreken te herstellen. Die gebreken zijn van invloed op de kosten, die met het exploitatieplan kunnen worden verhaald, en aldus op zich ook op de uit hoofde van het exploitatieplan verschuldigde exploitatiebijdragen en - in samenhang daarmee - ook op de kosten die de gemeente in verband met de in artikel 6.16 van de Wro neergelegde macro-aftopping voor zijn rekening neemt. De Afdeling is van oordeel dat eerst die gebreken dienen te worden hersteld en zal pas in de einduitspraak ingaan op deze beroepsgrond, zonder daarbij vooruit te lopen op de vraag of een strijdigheid met de Europese regels inzake staatsteun de rechtmatigheid van een exploitatieplan zou kunnen aantasten."

In het gewijzigde exploitatieplan zijn de door de Afdeling geconstateerde gebreken verholpen. Daarmee voldoet het exploitaiteplan (alsnog) aan de Wro. Er is sprake van macro-aftopping (d.w.z. dat er niet meer kosten kunnen worden verhaald dan de geraamde opbrengsten), maar dat hiermee rekening dient te worden gehouden volgt uit het bepaalde in art. 6.16 Wro, terwijl uit de uitspraak expliciet volgt dat Plus en Van Leeuwen niet betogen dat de regels over grondexploitatie in de Wro en het Bro in strijd zijn met de Europese regels inzake staatssteun. Daarmee is in zoverre van verboden staatssteun geen sprake, overigens nog daargelaten dat uit de rechtspraak volgt dat het antwoord op de vraag of al of niet sprake is van verboden staatssteun, niet maakt dat de uit hoofde van het exploitatieplan verschuldigde exploitatiebijdragen onrechtmatig zijn (vgl. ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:827, onder 6.1).

9. Tot slot wensen PLUS en Van Leeuwen nogmaals te benadrukken dat zij graag met uw Gemeente verder werkt aan een (minnelijke) oplossing en in ieder geval graag in de gelegenheid worden gesteld om de (eigen) woningbouwplannen op hun grond zelf te realiseren. Dit ondanks de nog hogere exploitatiebijdrage die op grond van het gewijzigde exploitatieplan in rekening kan worden gebracht. Waarom die bijdrage nu opeens hoger zou moeten zijn is voor PLUS en Van Leeuwen overigens een raadsel maar dat komt bij de Raad van State wel aan bod. Het helpt partijen in ieder geval niet verder hetgeen ten koste gaat van het centrum van Den Hoorn alsmede de daar woonachtige inwoners en gevestigde ondernemers. Dat is eeuwig zonde.

Beantwoording:
Plus en Van Leeuwen stellen in hun inspraakreactie dat zij de woningbouwplannen op het eigen perceel willen realiseren, d.w.z. de grondgebonden woningen die hier zijn voorzien op grond van het (onherroepelijke) bestemmingsplan "Centrumplan Den Hoorn". Dit "ondanks de nog hogere exploitatiebijdrage die op grond van het gewijzigde exploitatieplan in rekening kan worden gebracht". Deze stelling roept vraagtekens op: zoals Plus en Van Leeuwen zelf aangeven, leidt het gewijzigde exploitatieplan tot een hogere exploitatiebijdrage dan op grond van het laatst vastgestelde exploitatieplan mogelijk zou zijn.

Als Plus en Van Leeuwen de grondgebonden woningen die zijn voorzien op hun perceel zouden willen realiseren, zouden zij er beter aan doen om hun beroep in te trekken, zodat zij zich verzekerd zouden zien van een lagere exploitatiebijdrage. Dit geldt te meer nu Plus en Van Leeuwen in de procedure over de erfdienstbaarheden hebben gesteld niet tot zelfrealisatie te willen overgaan, omdat dit "financieel niet haalbaar is" (vgl. Rb Den Haag 3 februari 2021, RCLI:NL:RBDHA:2021:780, r.ov. 4.43). Nu de kosten vanwege de hogere exploitatiebijdrage nog verder zouden toenemen, valt zonder nadere toelichting niet goed in te zien waarom Plus en Van Leeuwen nu wel ineens tot

zelfrealisatie over zouden willen gaan. Voor zover Plus en Van Leeuwen dit nu stellen om onteigening te voorkomen (onteigening is in beginsel immers niet noodzakelijk als de eigenaar in staat en bereid is om de bestemming zelf te realiseren), is dit tardief, omdat zij dit voornemen dan gemotiveerd (d.w.z. aan de hand van uitgewerkte plannen etc.) kenbaar hadden moeten maken voorafgaand aan de raadsvergadering waarbij is besloten tot het doen van een verzoek aan de Kroon om tot onteigening te mogen overgaan (vgl. KB 21 februari 2020, nr. 2020000384 (Stct. 2020, 14286, onteigeningsplan Terneuzen, Othene Oost).

Dat de inbrengwaarde thans hoger uitvalt, houdt overigens verband met de omstandigheid dat de kosten en opbrengsten naar aanleiding van de tussenuitspraak opnieuw in ogenschouw zijn genomen. Niet alleen de kosten, maar ook de geraamde opbrengsten zijn hoger dan waarvan in het oorspronkelijke exploitatieplan werd uitgegaan, zodat er ook meer kosten kunnen worden verhaald (zie ad 7 en 8 over de werking van de macroaftopping). Dit is het rechtstreekse gevolg van het beroep van Plus en Van Leeuwen.

10. PLUS en Van Leeuwen wensen u veel wijsheid toe bij de verdere besluitvorming.
    Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

11. Dank voor uw aandacht. En uiteraard bereid tot een nadere toelichting en of het beantwoorden van vragen.
    Beantwoording: geen inhoudelijke reactie benodigd

Valentijn Leijh (advocaat)