**Van: Sabrina van der Vlist, Martijn Mur en Patrick Haccou (Nysingh)**
**Aan: Wethouder B. Faber-De Lange**

**Datum: 21 januari 2020**

Als er geen addendum wordt gesloten, werken we verder op basis van de bestaande overeenkomst uit 2018. Overleg met Nysingh leert ons dat de volgende scenario's zich kunnen voordoen

*Uitgangspunt*
Er is sprake van een overeenkomst tussen provincie en gemeente over hun inzet gericht op de totstandkoming van de RTG en de daarvoor benodigde planologische medewerking. In die overeenkomst is onder andere afgesproken dat de gemeente "voorzover dat binnen haar bevoegdheden en vermogen" ligt, zich inspant om de RTG "mogelijk te maken". Dit betekent dat dus op de gemeente in beginsel een inspanningsplicht ligt om binnen de samenwerking de realisatie van de RTG te doen slagen. Althans niet onmogelijk te maken.

*Zienswijze en RvS*
Indien de gemeente wederom een zienswijze indient en de stap zet om naar de Raad van State te gaan, dan ligt het in de lijn der verwachting dat de provincie ook zelf een positie inneemt tegen de gemeente door:

- Te constateren dat de gemeente de verplichtingen uit de overeenkomst (meewerken aan de RTG) niet nakomt
- De overeenkomst op die grond opschort voor zover het haar verplichtingen aan ons betreft, danwel
- van de gemeente nakoming vordert van de overeenkomst, al dan niet met een claim voor schadevergoeding (art 6:58 jo. art 6:74 Burgerlijk Wetboek).

In de praktijk komt dat er op neer dat de provincie de plussen niet tot uitvoering zal brengen (op zal schorten) tot het moment dat de gemeente aan haar verplichtingen voldoet en mogelijk voor de schade die zij in de tussentijd lijdt de gemeente aansprakelijk houdt.

In het geval dat de gemeente nakoming wil vorderen van de 'plussen' dan zal de provincie haar verwijten in schuldeisers verzuim te zijn doordat de gemeente zelf verhindert dat de provincie haar verplichtingen nakomt.

Het is dus bepaald niet gezegd (en het lijkt ook niet in het belang van de provincie) dat zij op grond van artikel 10 als eerste overgaat tot het inroepen van de ontbindende voorwaarde.

Als de provincie de overeenkomst zou willen beëindigen vanwege de opstelling van de gemeente, dan lijkt het overigens ook niet voor de hand te liggen dat zij dat doet via de contractuele ontbindingsmogelijkheid uit de overeenkomst. Die mogelijkheid is namelijk in de overeenkomst opgenomen voor de situatie waarin de provincie zelf geen belang meer heeft bij de RTG. Dat belang heeft zij in een situatie dat de gemeente in haar ogen ten onrechte niet meer meewerkt aan de RTG nog wel. De provincie zal dan veel eerder op basis van wanprestatie willen ontbinden, dus op basis van de wet (art 6:265 Burgerlijk Wetboek). Ook in dat geval kan de gemeente mogelijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de Provincie daardoor leidt (art 6:74 Burgerlijk Wetboek). Aan de toepassing van artikel 10 uit de overeenkomst kom je dan in het geheel niet toe. Die contractuele ontbindingsmogelijkheid (ontbindende voorwaarde) is van een geheel andere orde dan de ontbinding wegens wanprestatie op grond van de wet.

**Conclusies**

- Het gebrek aan samenwerking zal er daarom niet snel toe leiden dat de overeenkomst met een beroep op artikel 10 door de Provincie zal worden beëindigd.

- Een gang naar de RvS zal door een rechter waarschijnlijk worden aangemerkt als niet nakomen van de overeenkomst door de gemeente.
- De provincie kan dan nakoming door de gemeente vorderen en in afwachting van de nakoming door de gemeente de verplichtingen van de provincie jegens de gemeente opschorten.
- Zolang er sprake is van opgeschorte verplichtingen zal de provincie haar verplichtingen jegens ons niet na hoeven komen. De uitkering van de plussen uit de overeenkomst wordt daarmee dus hoogstwaarschijnlijk rechtmatig opgeschort.
- Als de provincie toch van de samenwerking af wil, zal zij de overeenkomst – gegeven de wanprestatie van de gemeente – dan veel eerder via de wet ontbinden en niet via het inroepen van de ontbindende voorwaarde uit artikel 10 van de overeenkomst. De gevolgen van de ontbindende voorwaarde uit de overeenkomst, met name de plicht tot planologische ongedaanmaking, treden dan dus niet in.
- Zowel bij opschorting als bij ontbinding bestaat de kans dat de gemeente aansprakelijk wordt gesteld voor de geleden schade (vertraging, rechtsgang, etc).