

Aan de fracties van BOB en PvdA
t.a.v. de heren A. Noordermeer en E. Elbers

Uw brief van 26 juni 2022	Uw kenmerk	Ons kenmerk	Datum 4 augustus 2022	Verzonden d.d.
Onderwerp: verzoek ambtelijke bijstand / Rijzenburg		Behandeld door H.J. Albers van der Linden	Telefoonnummer	Bijlage(n) divers

Geachte heer Noordermeer, beste Aad,
Geachte heer Elbers, beste Elbert,

Naar aanleiding van jullie verzoek om ambtelijke bijstand zoals verwoord in het memo 'Gang van zaken woningbouwprogramma Rijzenburg' heeft op 18 juli een gesprek plaatsgevonden tussen Dorien van der Kamp, Peter Breukers, Aad Noordermeer en ondergetekende.

Naar aanleiding van dit gesprek is de vraagstelling uit het memo met jullie goedvinden aangepast, als volgt:

1. Welke mogelijkheden had het college op basis van de destijds gemaakte afspraken voor dit project (intentieovereenkomst uit 2018 en de exploitatieovereenkomst uit 2020) om:
 - a. de ontwikkelaar te dwingen tot realisatie van de woningen ter plaatse, ondanks dat de ontwikkelaar de haalbaarheid ervan ter discussie stelt;
 - b. te voorkomen dat (een deel van) het gecontracteerde woningbouwprogramma in handen zou komen van een belegger
2. Welke instrumenten heeft de gemeente om - in vergelijkbare gevallen - hierop te sturen?

In dit memo geef ik antwoord op de gestelde vragen. Beantwoording is op basis van het vier ogen principe meegelezen door mr P.L.G. Haccou van Nysingh advocaten. Er is geen afzonderlijke notitie van Nysingh.

Ad 1. Welke mogelijkheden had het college op basis van de destijds gemaakte afspraken voor dit project (intentieovereenkomst uit 2018 en de exploitatieovereenkomst uit 2020) om de ontwikkelaar te dwingen tot realisatie van de woningen ter plaatse, ondanks dat de ontwikkelaar de haalbaarheid ervan ter discussie stelt?

Met het aangaan van de exploitatieovereenkomst (hierna: EOK) op 1 december 2020 zijn de afspraken uit de intentieovereenkomst uit 2018 uitgewerkt. Voor beantwoording van deze vraag zijn de afspraken uit de EOK derhalve leidend. Om die reden is een overzicht van de meest relevante artikelen uit de EOK als bijlage 1 toegevoegd.

Als het college had besloten om geen gevolg te geven aan het verzoek van De Bunte Vastgoed B.V. (hierna De Bunte), dan had zij niet direct een mogelijkheid om hen te dwingen tot realisatie over te gaan. De gemeente had in ieder geval moeten wachten tot juni 2023 om tot actie over te gaan. Dit heeft te maken met het feit dat een van de afspraken (artikel 8 EOK) was dat De Bunte uiterlijk twee jaar na onherroepelijk worden van het bestemmingsplan zou moeten starten met de bouwwerkzaamheden. Het bestemmingsplan is op 3 juni 2021 vastgesteld en kort daarop ook onherroepelijk geworden. De achtergrond en het kennelijk door de gemeente te behartigen belang bij deze bepaling wordt gevormd door het gemeentelijke beleid inzake Prioritering woningbouw. Afgesproken is dat De Bunte uiterlijk binnen 2 jaar na het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan een aanvang moet hebben gemaakt met de bouwwerkzaamheden en deze vervolgens in een continue bouwstroom moet voltooien en daarmee de woningbouw moet realiseren.

In artikel 15 is als consequentie van het overschrijden van deze verplichtingen afgesproken dat De Bunte automatisch in verzuim is als de termijn uit artikel 8 verstrijkt (twee jaar na onherroepelijk bestemmingsplan) en De Bunte dan nog niet is gestart met de bouwwerkzaamheden. In dat geval heeft de gemeente de keus om de ontbinding van de overeenkomst in te roepen en het recht om eventueel verleende vergunningen in te trekken. Ook kan de gemeente in dat geval de bestemming (Wonen) weer wijzigen naar de bestemming die de grond had voordat het bestemmingsplan is gewijzigd (lees: weg bestemmen bouwmogelijkheid).

Deze afspraken komen er op neer dat er niet sprake is van een harde bouwplicht van De Bunte maar van een prikkel om te zorgen dat zij tijdig over zou gaan tot realisatie. Als De Bunte in juni 2023 nog niet was gestart, dan zou de gemeente tegen de achtergrond van de bepalingen die zien op het tijdig starten met de bouw niet rechtstreeks nakoming kunnen verlangen van de afspraak om te starten met de bouw. Afhankelijk van de voortgang van het project op dat moment voorziet de overeenkomst in drie opties die als prikkel om alsnog te gaan bouwen moeten worden beschouwd:

- 1) Ontbinding van de gehele overeenkomst, eventueel aangevuld met;
- 2) de afgegeven omgevingsvergunning intrekken en/of;
- 3) de bestemming van de gronden wijzigen naar de voorheen geldende bestemming.

De gemeente kan hiermee dus geen realisatie van de woningbouw afdwingen, maar door het benutten van deze contractuele bepalingen de ontwikkelaar wel prikkelen alsnog te starten met de bouwwerkzaamheden ('stok achter de deur'). De financiële afweging die De Bunte op dat moment moet maken is of het wegbestemmen van de bouwmogelijkheid tot grotere nadelige gevolgen zou leiden dan het alsnog bouwen van het gecontracteerde programma dan wel een nieuwe afspraak over een wel voor De Bunte haalbare termijn van realisatie.

In de situatie dat De Bunte en gemeente niet tot gewijzigde afspraken waren gekomen en De Bunte ook niet wilde wachten tot juni 2023, stond het De Bunte ook niet vrij om hogere verkoopprijzen te hanteren dan overeengekomen. Als zij dat wel had gedaan, dan kon de gemeente De Bunte een boete opleggen van € 50.000 per woning, onverminderd het recht op (aanvullende) schadevergoeding en/of het recht om alsnog nakoming van de verplichting te vorderen. De Bunte had ook de rechter kunnen vragen een uitspraak te doen op grond van de geschillenregeling in de EOK.

De Bunte had na een eventuele afwijzing van het verzoek in november 2021 derhalve twee mogelijkheden: 1) wachten op betere tijden en alsnog het gecontracteerde programma gaan bouwen of 2) naar de rechter stappen om het als een geschil voor te leggen.

Het is overigens goed te bedenken dat een harde bouwplicht voor de ontwikkelaar vanuit aanbestedingsrechtelijke oogpunt niet goed mogelijk is omdat dat kan leiden tot een

aanbestedingsplichtig project, op welke aanbestedingsplichtig zowel de gemeente als de ontwikkelaar niet zitten te wachten.

Ad 2. Welke mogelijkheden had het college op basis van de destijds gemaakte afspraken voor dit project (intentieovereenkomst uit 2018 en de exploitatieovereenkomst uit 2020) om te voorkomen dat (een deel van) het gecontracteerde woningbouwprogramma in handen zou komen van een belegger?

De Bunte was vrij om de woningen te verkopen aan iedere doelgroep. Hierover waren geen specifieke afspraken gemaakt. Verkoop aan een belegger om de woningen vervolgens in de verhuur te brengen leverde op grond van de EOK geen wanprestatie op jegens de gemeente. In artikel 7 heeft de gemeente vooral willen bepalen voor welke maximale VON prijs de 21 woningen op de markt mochten worden gezet. De markt (lees: doelgroep) was onbepaald, in die zin dat er geen specifieke doelgroep was overeengekomen.

Er is destijds ook geen instandhoudingsverplichting of zelfbewoningsplicht afgesproken. Met instandhoudingsverplichting bedoel ik dat we afspreken dat de woningen in bedoelde woningbouwcategorie/ voor de specifieke doelgroep(en) in stand moeten worden gehouden gedurende een bepaalde termijn. Een zelfbewoningsplicht welke in het verlengde ligt van de instandhoudingsverplichting was destijds ook nog niet actueel.

Met verkoop van de woningen - zo ook aan een eventuele belegger - is aan de verplichtingen jegens de gemeente voldaan. Verhuur na eerste verkoop leverde dus geen contractbreuk op.

Ad 3. Welke instrumenten heeft de gemeente om - in vergelijkbare gevallen - hierop te sturen?

Ik zal deze vraag beantwoorden voor de beleidsmatige wens om enerzijds te sturen op realisatie van woningen (vraag 1) en anderzijds op woningbouw-/prijscategorieën en doelgroepen (vraag 2).

Wens te sturen op realisatie van woningbouw

Dit is een vraag waar veel gemeenten op dit moment mee worstelen (zie ook bijlage 2 Handreiking Vertraging woningbouw voorkomen met grondbeleid). Onder het huidige recht bestaat immers geen wettelijke bouwplicht en een eigenaar kan dus niet worden gedwongen over te gaan tot woningbouw. Een bestemmingsplan kan wel ontwikkelingen mogelijk maken of verbieden, maar kan geen geboden bevatten (zogenaamde toelatingsplanologie). In een bestemmingsplan kan ook niet worden geregeld dat een eigenaar verplicht is een bestemming, zoals wonen, te verwezenlijken. Verder bestaat voor een eigenaar geen verplichting om een omgevingsvergunning voor bouwen aan te vragen noch een verleende omgevingsvergunning voor bouwen te benutten als hij niet wenst over te gaan tot het bouwen.

Wel bestaat de mogelijkheid om de omgevingsvergunning voor bouwen in te trekken als deze na tenminste 26 weken niet wordt benut. Dit levert weliswaar geen verplichting tot bouwen op, maar een aankondiging om over te gaan tot intrekking van een vergunning kan een vergunninghouder wel tot gebruik van de vergunning aansporen.

Een en ander laat onverlet dat overheden (privaatrechtelijk) in anterieure overeenkomsten met ontwikkelende partijen afspraken mogen maken die – zij het indirect – de bouw kunnen bevorderen, zoals in het geval van Rijenburg is gedaan. De maatregel van het ‘wegbestemmen’ (zoals ook bij andere woningbouwprojecten in Overbetuwe wordt overeengekomen conform de Handreiking Voorzienbare bouwplicht, zie bijlage 3) is zo’n maatregel. Maar dit sorteert in de meeste gevallen alleen effect als het niet bouwen voor de ontwikkelaar financieel voordeliger is dan bouwen.

Als uiterste middel zou in de situatie dat de ontwikkelaar geen afspraken wil maken over tijdige realisatie of niet tijdig gestart wordt met bouw het instrument van onteigening nog kunnen worden aangewend. Of onteigening in het kader van gebiedsontwikkeling in een concreet geval mogelijk is, hangt er onder meer vanaf of de eigenaar zich met succes kan beroepen op zelfrealisatie. Een eigenaar heeft een recht op zelfrealisatie indien hij bereid en in staat is het nieuwe bestemmingsplan te realiseren. In dat geval is onteigening niet mogelijk. Als de ontwikkelaar niet bereid is het plan te realiseren overeenkomstig ruimtelijke/volkshuisvestelijke voorwaarden die de gemeente met het door haar gevoerde beleid voorstaat, dan kan gesteld worden dat de ontwikkelaar geen recht (meer) toekomt op zelfrealisatie. Duidelijk is evenwel dat hiermee niet wordt bereikt dat op relatief korte termijn de grond beschikbaar komt en de gemeente uiteindelijk de woningbouw ook kan realiseren.

Wens te sturen op woningbouw-/prijscategorieën en doelgroepen

Ik interpreteer deze vraag vooral als een behoefte aan inzicht in de mogelijkheden voor gemeenten om het wettelijk instrumentarium te benutten om de bevorderen dat woningen gebouwd worden en ook beschikbaar komen en blijven voor de juiste doelgroep.

a. Publieke spoor in Omgevingswet

Het lijkt me goed om gelijk maar te beginnen met de mogelijkheden die de toekomstige Omgevingswet biedt.

De gemeente kan in het omgevingsplan percentages aanwijzen voor specifieke woningbouwcategorieën, zodat woningen worden gebouwd voor doelgroepen waarvoor de markt onvoldoende bouwt. De gemeente kan hiermee dus sturen op de woningmarkt. Het gaat hier om nog te bouwen woningen, dus niet over bestaande woningen. Er mogen regels worden vastgelegd over de volgende categorieën:

- a. sociale huurwoningen: woningen onder de huurtoeslaggrens (artikel 13 Wet op de huurtoeslag);
- b. sociale koopwoningen: koopprijs onder de kostengrens in de Voorwaarden en Normen Nationale Hypotheekgarantie, zoals aangewezen in bijlage II bij de Omgevingsregeling;
- c. midden huurwoningen: aanvangshuurprijs ten minste de huurtoeslaggrens en ten hoogste de jaarlijks te indexerende huurprijsgrens die het omgevingsplan bepaalt;
- d. woningen die in individueel of collectief particulier opdrachtgeverschap worden gebouwd.

De sociale huur- en koopwoningen en midden huurwoningen zijn bestemd voor bepaalde doelgroepen. Het omgevingsplan omschrijft de doelgroepen (bijvoorbeeld door het stellen van inkomensgrenzen). Ook bepaalt het omgevingsplan hoelang de woningen in stand worden gehouden voor de doelgroep. De wet stelt wel voorwaarden aan de termijnen. De termijn voor instandhouding voor de doelgroep is na ingebruikname:

- voor sociale huurwoningen ten minste 10 jaar
- voor sociale koopwoningen minimaal een jaar en maximaal 10 jaar
- voor midden huurwoningen ten minste 10 jaar

De nu nog geldende regeling in de wet Ruimtelijke ordening geeft materieel dezelfde mogelijkheden.

b. Private spoor in Omgevingswet

De wetgever laat gemeenten ook na inwerkingtreding van de Omgevingswet nog steeds vrij om afspraken over woningbouwcategorieën met ontwikkelende partijen in overeenkomsten op te nemen. Deze afspraken kunnen onder meer gaan over woningtypes, aantallen en situering van de woningen. Bovengenoemde voorwaarden (bv van termijnen) gelden alleen voor het publiekrechtelijk reguleren van woningbouwcategorieën en zijn niet rechtstreeks van toepassing op privaatrechtelijke afspraken die op vrijwillige basis over woningbouwcategorieën worden gemaakt. Dit betekent dat in een overeenkomst, op grond van de contractsvrijheid die nog steeds geldt, meer kan worden geregeld dan via het omgevingsplan.

Op dit moment, dus tot aan de inwerkingtreding van de Omgevingswet, is het evengoed nog mogelijk om het via beide sporen te regelen (bestemmingsplan en exploitatieplan of via de anterieure overeenkomst).

Belangrijke aandachtspunten hierbij zijn:

- bij toepassing van het publieke spoor moet de gemeente wel beschikken over een doelgroepenverordening. In een doelgroepenverordening worden regels opgenomen over de instandhoudingstermijn (voor welke periode moeten de woningen behouden blijven in de betreffende woningbouwcategorie), de doelgroepen (voor sociale huurwoningen en sociale koopwoningen moet worden omschreven voor welke doelgroepen deze woningen bestemd zijn aan de hand van inkomensgrenzen) en de maximale aanvangshuur of VON prijs. In het bestemmingsplan kunnen hiervoor alleen percentages worden opgenomen. Een doelgroepenverordening is, zoals gezegd, niet meer nodig na inwerkingtreding van de Omgevingswet (rechtstreekse regeling in het omgevingsplan). Overbetuwe beschikt op dit moment niet over een dergelijke verordening;
- de waarde van het toetsingskader bij toepassing van het bestemmingsplan als instrument is beperkt tot nihil. In het bestemmingsplan kan immers alleen een percentageregeling worden opgenomen voor genoemde categorieën en omgevingsvergunningen toetsen aan een percentage is ondoenlijk bij grotere gebiedsontwikkelingen. In die gevallen is het dus nodig om ook een exploitatieplan vast te stellen om een nadere detaillering te kunnen bepalen (aantallen en situering). Dit vergt een grote ambtelijke inspanning (capaciteit, tijd en kennis) en heeft om die reden niet de voorkeur;
- via het private spoor afspraken vastleggen (via een anterieure overeenkomst) geeft gemeenten ruimere mogelijkheden en hiervoor is minder ambtelijke inspanning nodig dan via het publieke spoor. Er geldt in beginsel een grote mate van contractsvrijheid, zij het dat hier ook grenzen aan zitten (verbod van détournement de pouvoir, etc);
- de mogelijkheid van het opnemen van afspraken over een zelfbewoningsplicht ter voorkoming van ongewenste beleggershuur is al in een aantal gevallen opgenomen in onze anterieure overeenkomsten, doch nog niet in alle lopende overeenkomsten.

Tot slot

Uit bovenstaande volgt dat gemeente Overbetuwe kan sturen op het realiseren van woningbouwcategorieën, voor zover daarvoor geen doelgroepenverordening nodig is, via het private spoor van het sluiten van anterieure overeenkomsten. Met de komst van de Omgevingswet zal de publiekrechtelijke weg worden vereenvoudigd. In de afgelopen jaren heeft deze werkwijze niet of nauwelijks tot problemen geleid. Er bestond geen aanleiding om het college of uw raad te adviseren om deze werkwijze (welke is verankerd in de Visie op grondbeleid) aan te passen. Bij de voorbereiding van een omgevingsplan ligt het voor de hand om een en ander tegen het licht te houden.

Met vriendelijke groet,
Leonie Albers van der Linden,
Team Strategie & Projecten.

Bijlagen bij deze brief:

- Bijlage 1: een kort overzicht van de relevante artikelen uit de overeenkomst met daarbij een korte toelichting
- Bijlage 2: Handreiking Vertraging woningbouw voorkomen met grondbeleid (april 2022)
- Bijlage 3: Handreiking Voorzienbare bouwplicht (3 september 2019)

Bijlage 1

Relevante artikelen uit de Exploitatieovereenkomst inzake Rijenburg Rijksweg Noord 86-88 te Elst inclusief toelichting

Artikel 7 Regels met betrekking tot de uitvoerbaarheid

Toelichting:

De Bunte mag niet zonder schriftelijke instemming afwijken van de VON-prijzen van de 21 woningen zoals opgenomen in de tabel.

- 10 woningen tot max. € 265.000 VON
- 9 woningen tot max. € 350.000 VON
- 2 woningen ongelimiteerd.

Indien De Bunte zich niet aan houdt aan deze koopsommen, dan kan de gemeente, afhankelijk van het moment waarop dit aan het licht komt, een boete opleggen van € 50.000 per woning, onverminderd het recht op (aanvullende) schadevergoeding en/of het recht om alsnog nakoming van de verplichting te vorderen. Om deze verplichting te controleren (tijdig voordat de definitieve koop met de eindgebruiker is ondertekend) is in dit artikel opgenomen dat vooruitlopend op de start van de verkoop van de woningen een prijslijst ter goedkeuring moet worden overlegd.

Artikel 8 Tijdvak programma “Woningbouwprioritering gemeente Overbetuwe”

Onder verwijzing naar het gemeentelijke beleid inzake Prioritering woningbouw en nadere besluitvorming College is afgesproken dat De Bunte uiterlijk binnen 2 jaar na het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan een aanvang moet hebben gemaakt met de bouwwerkzaamheden en deze vervolgens in een continue bouwstroom moet voltooien en daarmee de woningbouw moet realiseren.

De termijn die we gebruikelijk hanteren voor geprioriteerde projecten is 3 jaar na datum van prioritering. In dit geval heeft het College besloten om gelijktijdig met het besluit tot het aangaan van de EOK deze termijn te wijzigen en afhankelijk te stellen van de bestemmingsplanprocedure¹.

Dit artikel 8 is vooral van belang in combinatie met artikel 15 waarin de consequenties staan wanneer De Bunte zich niet houdt aan de overeengekomen termijn van bouw.

Artikel 15 Duur, aanpassing, beëindiging en ontbinding van de Overeenkomst

In het derde lid van dit artikel is afgesproken dat De Bunte automatisch in verzuim is als de termijn uit artikel 8 verstrijkt (twee jaar na onherroepelijk bestemmingsplan) en De Bunte dan nog niet is gestart met de bouwwerkzaamheden. In dat geval heeft de gemeente de keus om de ontbinding van de overeenkomst in te roepen en het recht om eventueel verleende vergunningen in te trekken. Ook kan de gemeente in dat geval de bestemming (Wonen) weer wijzigen naar de bestemming die de grond had voordat het bestemmingsplan is gewijzigd (lees: weg bestemmen bouwmogelijkheid). Dit artikel heeft primair tot doel om te voorkomen dat De Bunte gedurende het planproces achterover gaat zitten en niet tot planrealisatie overgaat. Dat is in het verleden nog wel eens het geval geweest. De harde plancapaciteit werd dan niet benut voor daadwerkelijke bouw van woningen. Met dit artikel behoudt de gemeente gedurende het planproces een stok achter de deur om de De Bunte te dwingen om tijdig te gaan bouwen.

In het vierde lid is geborgd dat De Bunte na wijziging van het bestemmingsplan ter plaatse geen planschade zal indienen. Hiermee wordt voorkomen dat De Bunte na toepassing van het instrument van het weg bestemmen als eigenaar nog de mogelijkheid zou hebben om compensatie te krijgen voor de planschade die hij heeft na bestemmingswijziging.

¹ Zie collegebesluit 20BW000293.

In het vijfde lid staan de gevallen genoemd waarbij tussentijdse aanpassing van de overeenkomst mogelijk is. Het verzoek van De Bunte van 5 november 2021 (zie mail van de heer F.B.A. Kock) is beoordeeld als een situatie als omschreven in het vijfde lid sub b (wijziging van omstandigheden die naar objectieve maatstaven een verdere ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst voor partijen of een van hen in redelijkheid niet langer verantwoord maakt).

In het zesde en zevende lid staat een verwijzing naar de geschillenregeling van artikel 14 die kan worden benut, indien Partijen niet tot overeenstemming komen.