VERTROUWELIJK

MEMO

AAN Gemeente Roosendaal
t.a.v. mw. mr. J. Verdoorn

Per e-mail: j.verdoorn@roosendaal.nl

VAN Egbert de Groot
Emma van der Ploeg
Advocaten
TELEFOON +31 88 253 5925 / 5953
FAX +31 88 253 5934
E-MAIL egdegroot@akd.nl /
` evanderploeg@akd.nl

DATUM 11 juli 2019
ONS KENMERK 291111/EdG/EvdPl
ONDERWERP Verplaatsen Supermarkt

CONCEPT

Inleiding

1. De gemeente Roosendaal ("**de gemeente**") wil de supermarkt 'Swojska Chata' ("**de Supermarkt**") verplaatsen. Bij deze beoogde nieuwe locatie is van belang dat een ambtenaar in het verleden heeft gegarandeerd dat daar geen supermarkt gerealiseerd zou worden.

2. De vraag is welke risico's de gemeente loopt als zij de Supermarkt naar deze beoogde nieuwe locatie verplaatst. Daarbij vraagt de gemeente zich af ook of bewerkstelligd kan worden dat op de *huidige* locatie van de Supermarkt geen supermarkt of andere vorm van detailhandel meer geëxploiteerd zal worden en, zo ja, welke risico's daar aan kleven.

3. Hieronder geven wij eerst een (management-)samenvatting van onze bevindingen. Daarna schetsen wij kort de relevant feiten in dit dossier en gaan wij in op de vraag of de hiervoor onder 1. genoemde uitlating een toezegging is. Of, beter gezegd, een toezegging die een risico kan vormen bij de verplaatsing van de Supermarkt. Daarna bespreken wij of, en zo ja hoe, de gemeente kan bewerkstelligen dat op de huidige locatie van de Supermarkt geen supermarkt of andere detailhandel meer geëxploiteerd zal worden en welke risico's daaraan kleven.

Managementsamenvatting

4. Wij menen dat het planologisch mogelijk is de Supermarkt te verplaatsen van de huidige locatie (Gastelseweg 35a, "**Huidige Locatie**") naar de nieuwe locatie (oude Aldi-locatie aan de Philipslaan 63, "**Nieuwe Locatie**") en de bestemming van de Huidige Locatie te wijzigen.[1]

[1] Naar wij hebben begrepen – wij verwijzen in dit verband naar de e-mail van 26 juni jl. aan K. Meijering en E.W.J. de Groot – zou deze planologische wijziging mogelijk moeten zijn. Wij hebben hier geen nader onderzoek naar gedaan in het kader van dit advies.

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

Wel kleven aan deze verplaatsing risico's:

i. wij kunnen bepaald niet uitsluiten dat de verplaatsing een onrechtmatige daad wegens schending van opgewekt vertrouwen oplevert jegens het buurtcentrum (en mogelijk ook jegens andere derden (zoals de Aldi)) indien deze toezegging ook aan hen geacht moet worden te zijn gedaan).

ii. Als de gemeente toestaat dat de Supermarkt op de Nieuwe Locatie komt, zou zij aangesproken kunnen worden uit onrechtmatige daad omdat zij haar beleid niet op gelijke wijze toepast. Dit zou tot een rechterlijk verbod tot ingebruikgeving als supermarkt of een verplichting tot het betalen van schadeloosstelling kunnen leiden. De kans op een verbod kan verkleind worden door gemotiveerd van het detailhandelsbeleid af te wijken. Daarbij moet dan worden aangegeven waarom het belang bij afwijking zwaarder weegt dan (i) handhaving van het beleid en (ii) het respecteren van de toezegging. Ook kan er voor gekozen worden het detailhandelsbeleid bij te stellen.

5. Ook aan het wijzigen van de bestemming van de Huidige Locatie zit naar onze mening een risico, namelijk dat de gemeente een planschadevergoeding moet betalen aan (in ieder geval) de huidige eigenaar van de Huidige Locatie.

6. Het is niet eenvoudig om per direct te voorkomen dat op de Huidige Locatie een supermarkt geëxploiteerd zal blijven worden. Een voorbereidingsbesluit en/of bestemmingsplanwijziging bieden geen directe oplossing. Voor zover de gemeente wil voorkomen dat de Huidige Locatie verkocht wordt aan de huidige exploitant van de Supermarkt, zou het vestigen van een voorkeursrecht op basis van de Wvg mogelijk soelaas kunnen bieden.

<u>Stappenplan</u>

7. Het verhandelde in dit advies leidt ertoe dat wij de gemeente adviseren de volgende stappen te nemen:

(a) (als de Gemeente wil voorkomen dat de Huidige Locatie verkocht wordt aan de exploitant van de Supermarkt); Vestig een voorlopig voorkeursrecht ex art. 6 Wvg;
(b) Treed in gesprek met het buurtcentrum om hun belangen en wensen te inventariseren, zodat de gemeente in staat is een zorgvuldige belangenafweging te maken;
   - Wij wijzen in dit verband ook op de recente jurisprudentie van de Afdeling over het vertrouwensbeginsel.[2] Hieruit volgt dat een bestuursorgaan gehouden is om het belang van het inwilligen van het gewekt vertrouwen af te wegen tegen andere belangen. Leidt die afweging ertoe dat het belang van het inwilligen van gewekt vertrouwen minder zwaar weegt dan andere belangen,

[2] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1778.

CONCEPT

dan is het bestuursorgaan niet verplicht om aan het gewekte vertrouwen tegemoet te komen maar wel verplicht kan zijn om een schadevergoeding te betalen aan de persoon bij wie het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt.

(c) Gemotiveerd en gehoord de belangen van het buurtcentrum, het detailhandelsbeleid te wijzigen of motiveren waarom het geval van de Supermarkt een afwijking van het beleid rechtvaardigt. Jegens het buurtcentrum zou daarbij de gedane toezegging ingetrokken kunnen worden;

(d) Als – in samenspraak met de woningcorporatie die mede-eigenaar is – besloten wordt om het pand aan de Nieuwe Locatie te verhuren aan de exploitant van de Supermarkt: maak (tevens in samenspraak met de woningcorporatie) afspraken over het verdelen van de planschadeclaim van de huidige eigenaar van de Huidige Locatie;

(e) Als – in samenspraak met de woningcorporatie die mede-eigenaar is - besloten wordt om het pand aan de Nieuwe Locatie te verhuren aan de exploitant van de Supermarkt: neem in de huurovereenkomst bepalingen op over de mogelijkheid tot ontbinding van de huurovereenkomst in verband met ernstige overlast. Indien gewenst, adviseren wij hierover graag nader en kunnen we ook een concepthuurovereenkomst opstellen;

(f) Vestigen voorkeursrecht art. 5 Wvg (**N.B.** dit moet <u>binnen 3 maanden na het vestigen van het voorlopig voorkeursrecht</u> als hiervoor genoemd (a));

(g) Wijzigen bestemmingsplan Huidige Locatie.

Feiten

<u>Huidige en Nieuwe locatie Supermarkt</u>

8. Op de Huidige Locatie is de Supermarkt gevestigd. Op deze locatie rust de bestemming 'Wonen – 5' met de functieaanduiding 'detailhandel' op grond van het bestemmingsplan 'Kalsdonk' (vastgesteld op 24 september 2014). De locatie mag dus zowel gebruikt worden voor woondoeleinden als voor detailhandel, waaronder in dit geval ook het exploiteren van de Supermarkt mag worden begrepen.

9. De vaste klanten van de Supermarkt zorgen voor veel overlast en handhaving leidt aldaar niet tot het gewenste resultaat. Het plan bestaat daarom om de Supermarkt naar de Nieuwe Locatie te verplaatsen. Deze locatie is in gezamenlijk eigendom van de gemeente en een woningbouwcorporatie (50/50). Op de Nieuwe Locatie was voorheen een Aldi-supermarkt gevestigd, maar deze is medio 2015 verplaatst naar een nieuwbouwpand schuin tegenover de Nieuwe Locatie.

10. Op de Nieuwe Locatie rust thans een enkelbestemming 'detailhandel' (waaronder ook het gebruik als supermarkt mag worden verstaan) met de gebiedsaanduiding 'wetgevingszone – wijzigingsgebied 2'. Deze aanduiding brengt mee dat de detailhandelsbestemming gewijzigd

CONCEPT

kan worden naar een bestemming 'Wonen -5' met de aanduiding 'gestapeld'. Na wijziging mogen de gronden op grond van die bestemming gebruikt worden voor aaneengebouwde, twee-aaneen gebouwde, geschakelde, vrijstaande grondgebonden woningen en gestapelde woningen.

Toezegging

11. Over de Nieuwe Locatie heeft ing. S. Elseman ("**Elseman**") in het verleden een brief gestuurd aan het Bestuur van de Stichting Kalsdonk ("**het buurtcentrum**"). Elseman is teamleider Ruimtelijke ordening bij de gemeente en kan in die functie – zo volgt uit het Algemeen Mandaat-, Volmacht- en Machtigingsbesluit 2014 – de bevoegdheid om:

    i. besluiten tot vaststelling van een wijzigingsplan ex art. 3.6 lid 1 onder a Wro, inclusief het beslissen tot het starten van de procedure en exclusief het beslissen op eventuele zienswijzen,

    ii. privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten tot een bedrag van € 150.000,00

    doorgemandateerd krijgen. Of één of beide bevoegdheden in casu zijn doorgemandateerd, is ons niet bekend.

12. In een brief aan het buurtcentrum heeft Elseman – kort samengevat – bericht dat de gemeente geen medewerking zal verlenen aan het vestigen van een supermarkt op de Nieuwe Locatie:

    "Wij hebben in het kader van de ontwikkeling van het Centrumplan Kalsdonk goede nota genomen van de randvoorwaarde betreffende de verplaatsing van de supermarkt van de [Nieuwe Locatie] naar de nieuwe locatie in het middengebied.

    Kort gezegd komt dit er op neer dat voor de [Nieuwe Locatie] het bestemmingsplan wordt gewijzigd in een dusdanige bestemming dat het vestigen van een supermarkt daar niet meer mogelijk is. Wij hebben begrip voor uw standpunt en kunnen dat vanuit de door de gemeenteraad vastgestelde detailhandelsnota ook volmondig onderschrijven.

    In het nieuwe bestemmingsplan "Kalsdonk" is hier reeds op geanticipeerd door het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid voor ons college. De bestemming detailhandel dient echter zolang de verplaatsing van de supermarkt nog niet definitief is gehandhaafd te blijven op de [Nieuwe Locatie].

    Zoals bekend is, is de gemeente mede-eigenaar van de [Nieuwe Locatie]. Bij deze garanderen wij dat de gemeente Roosendaal als mede-eigenaar geen medewerking zal

CONCEPT

verlenen van het vestigen van een supermarkt op deze locatie. Tevens zullen wij geen medewerking verlenen aan de verkoop van deze locatie zolang daar een bestemming op rust die de vestiging van een supermarkt mogelijk maakt.

Daarnaast zullen wij zodra de detailhandelsactiviteiten op de [Nieuwe Locatie] worden beëindigd een procedure tot wijziging van de bestemming opstarten op grond waarvan uiteindelijk ter plaatse geen sprake meer kan zijn van een supermarkt. Wat dit betreft garanderen wij overigens alleen een inspanningsverplichting om dit te bewerkstelligen."

13. In deze brief liggen drie verschillende toezeggingen besloten, namelijk

    (a) een toezegging dat de gemeente in haar hoedanigheid als mede-eigenaar geen (civielrechtelijke) medewerking zal verlenen aan de vestiging van een supermarkt aan de Nieuwe Locatie; en

    (b) een toezegging dat de gemeente (civielrechtelijk) niet mee zal werken aan de verkoop van het pand zolang op de Nieuwe Locatie nog een bestemming rust die de vestiging van een supermarkt mogelijk maakt; en

    (c) een toezegging dat de gemeente zich (publiekrechtelijk) zal inspannen een procedure tot wijziging van de bestemming op te starten op grond waarvan uiteindelijk ter plaatse van de Nieuwe Locatie geen sprake meer kan zijn van een supermarkt.

14. In dit geval is met name de eerste toezegging (a) van belang, omdat hier waarschijnlijk vooral de vraag zal spelen of de gemeente de Nieuwe Locatie (civielrechtelijk) in gebruik mag geven als supermarkt. Wij lichten dit nader toe in randnummer 23 en verder. Toezegging (b) en (c) spelen een beperktere rol. De gemeente is immers – zo ver wij weten – niet van plan om de Nieuwe Locatie te verkopen en er lijkt ook nog geen wijziging van het bestemmingsplan – of aandringen van het buurtcentrum dienaangaande - voorhanden. De drie toezeggingen tezamen en in samenhang bezien maken echter wel duidelijk dat Elseman aan het buurtcentrum een hele duidelijke boodschap heeft willen overbrengen: op de Nieuwe Locatie komt géén supermarkt.

15. Toezeggingen c.q. afspraken met Aldi met betrekking tot de Nieuwe Locatie hebben wij in het dossier niet aangetroffen. Dat wil overigens nog niet zeggen dat Aldi niet tegen de Supermarkt op de Nieuwe Locatie zou kunnen ageren. Indien de gemeente advies omtrent haar relatie met Aldi wenst, ontvangen wij graag meer informatie over de communicatie tussen de gemeente en de Aldi over de Nieuwe Locatie.

CONCEPT

Detailhandelsbeleid

16. Verder is in deze zaak van belang dat het detailhandelsbeleid van de gemeente niet voorziet in de komst van een tweede supermarkt in de wijk waar de Aldi thans gevestigd is (Kalsdonk). Er is in die wijk namelijk reeds een redelijk compleet aanbod aanwezig en het beleid streeft ernaar om naast de Aldi-supermarkt alleen nog kleinschalige speciaalzaken op buurtniveau te realiseren. Verder zou in Kalsdonk conform beleid clustering van overige winkels moeten plaatsvinden zonder dat de detailhandelsfunctie per saldo wordt uitgebreid.

17. In het verleden zijn andere verzoeken om de exploitatie van een supermarkt op de Nieuwe Locatie ook altijd afgewezen onder verwijzing naar het detailhandelsbeleid. In dit verband kan bijvoorbeeld gewezen worden op de volgende passage uit een brief die namens het college is verstuurd aan Allee Wonen:

> *"U heeft ons verzocht om [de Nieuwe Locatie] te verhuren voor een winkelfunctie. […] Het pand is mede door ons verworven om de Aldi te verplaatsen en de detailhandelsbestemming op het pand op te heffen. De Aldi is inmiddels naar een nieuw pand verhuisd. In ons recent vastgestelde detailhandelsbeleid en ons binnenstadsbeleid willen wij de detailhandel buiten de winkelcentra terugdringen. Het opnieuw invullen van Philipslaan 63 staat haaks op dat beleid."*

18. Gelet op het feit dat bovenstaand verzoek van Allee Wonen komt, sluiten wij niet uit Allee Wonen de komst van de Supermarkt op de Nieuwe Locatie niet zal toejuichen. De gemeente heeft immers negatief gereageerd op haar eerdere verzoeken tot de realisatie van een supermarkt op de Nieuwe Locatie. Wij zouden ons dan ook kunnen voorstellen dat de gemeente ook met Alleen Wonen in gesprek treedt ter voorbereiding op de verplaatsing van de Supermarkt.

Verkoop Oude Locatie

19. Tot slot speelt in dit dossier nog mee dat dat de huidige eigenaar van de Huidige Locatie het pand wil verkopen aan de exploitant van de Supermarkt. Mogelijk blijft de Huidige Locatie dus gebruikt worden voor de exploitatie van een supermarkt of een andere detailhandelsfunctie als de Supermarkt naar de Nieuwe Locatie verplaatst is.

20. De gemeente ziet de Huidige Locatie daarentegen graag ingezet worden voor de komst van woningbouw. Als wij het goed begrijpen, zou de gemeente dan ook liever zien dat de verkoop van de Huidige Locatie aan de exploitant van de Supermarkt niet doorgaat en het bestemmingsplan op de Huidige Locatie wordt aangepast. Mocht dat inderdaad het geval zijn, zou de gemeente een voorkeursrecht kunnen vestigen. Wij gaan kort op deze mogelijkheid in, in randnummers 42 en verder.

CONCEPT

Verplaatsing supermarkt

21. Verplaatsing van de Supermarkt naar de Nieuwe Locatie is uit planologisch oogpunt mogelijk. Op de Nieuwe Locatie rust namelijk de bestemming 'detailhandel'. Verder staat het oude Aldi-gebouw – naar wij hebben vernomen – nog overeind en kan de exploitant van de Supermarkt dit gebruiken zonder ingrijpende verbouwingen uit te voeren. Zodoende zou het zelfs kunnen zijn dat er geen omgevingsvergunning voor het bouwen verleend hoeft te worden.

22. Verplaatsing van de Supermarkt is dus planologisch mogelijk, maar wij signaleren wel enkele risico's. Deze bespreken wij hieronder.

Risico: Schending toezegging

23. Zoals in randnummer 11 toegelicht, heeft Elseman jegens het buurtcentrum aangegeven dat op de Nieuwe Locatie geen supermarkt gerealiseerd zal worden. Zou de Supermarkt toch naar de Nieuwe Locatie verplaatst worden, achten wij het heel goed mogelijk dat de gemeente onrechtmatige handels jegens het buurtcentrum. Dit vanwege de inhoud van de brief van Elseman en het daardoor gewekte vertrouwen. Dit bespreken wij hieronder.

<u>Vertrouwensbeginsel</u>

24. Vooropgesteld zij dat het niet zeker is dat er in deze kwestie een bestuursrechtelijke procedure komt waarin het buurtcentrum een beroep op het vertrouwensbeginsel kan doen. Wij lichten dit toe.

25. Het vigerende bestemmingsplan staat toe dat op de Nieuwe Locatie een supermarkt geëxploiteerd wordt. Als de Supermarkt naar de Nieuwe Locatie wordt verplaatst, hoeft er dus geen omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan verleend te worden. Hoogstens zal een omgevingsvergunning voor bouwen noodzakelijk zijn.[3] Het college komt geen discretionaire bevoegdheid toe bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor het bouwen; het college is (strikt) aan de toepasselijk wettelijke kaders gehouden. Daarmee is in beginsel geen plaats om het belang van het inwilligen van gerechtvaardigd vertrouwen mee te laten wegen bij de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen. Het vertrouwensbeginsel gaat namelijk niet zo ver dat het college in dezen mag afwijken van de wet.[4]

26. Zodoende zal naar onze verwachting een beroep op het vertrouwensbeginsel niet in een bestuursrechtelijke procedure spelen. Hoogstens zal het buurtcentrum een aanvraag in kunnen dienen om gebruik te maken van de wijzigingsbevoegdheid en zodoende in een bestuursrech-

[3] Art. 2.10 Wabo

[4] Zie o.a. ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3515, r.o. 3.1.

CONCEPT

telijke procedure nakoming van de inspanningsverplichting tot het wijzigen van het bestemmingsplan kunnen vorderen (zie randnummer 13 onder (b))[5]. Het buurtcentrum lijkt daar nu echter geen aanstalten mee te maken en het strekt voor dit advies te ver om daar nader op in te gaan

27. Overigens geldt het voorgaande uiteraard slechts zolang in overeenstemming met het bestemmingsplan wordt gehandeld / de geplande Supermarkt precies binnen de – regels van die – bestemming (wordt ge)past. Als er wel in afwijking van het bestemmingsplan gehandeld wordt c.q. er dus een omgevingsvergunning voor afwijken nodig is, is er wel ruimte voor een belangenafweging. In dat geval kan wel een beroep gedaan worden op het vertrouwensbeginsel.

<u>Civielrechtelijke beroep op gerechtvaardigd vertrouwen c.q. niet nakomen toezegging</u>

28. De gemeente is mede-eigenaar van de Nieuwe Locatie en heeft in haar hoedanigheid als (potentieel) verhuurder dus grip op het gebruik van het pand. *Volledige* sturing over het gebruik van het pand heeft de gemeente evenwel niet, omdat zij slechts voor 50% eigenaar is van het pand. De gemeente zal dus hoe dan ook samen op moeten trekken met de woningcorporatie die voor de overige 50% eigenaar van het pand is.

> Op deze plaats willen wij de gemeente in overweging geven om aan te sturen op het verhuren van het pand op de Nieuwe Locatie en niet het verkopen van dit pand aan de exploitant van de Supermarkt. Middels het verhuren van het pand kan de gemeente namelijk sturing houden op het gebruik van het pand. De gemeente zou in overweging kunnen nemen om in de huurovereenkomst bepalingen op te nemen over de mogelijkheid van ontbinding van de huurovereenkomst bij ernstige overlast. Mocht u dat op prijs stellen, dan adviseren wij graag nader hierover en kunnen voor u ook een concepthuurovereenkomst opstellen.

29. Als de gemeente (na afstemming met de woningcorporatie) in haar civielrechtelijke hoedanigheid van eigenaar het pand verhuurt aan de exploitant van de Supermarkt, pleegt zij mogelijk een onrechtmatige daad jegens het buurtcentrum. Dat kan het geval zijn als de uitlating van Elseman in de brief aan het buurtcentrum zich laat kwalificeren als 'overheidstoezegging' die vervolgens niet wordt nagekomen.

30. Van zo'n toezegging is sprake bij een in concrete bewoordingen gestelde uitspraak, waarin een bepaalde handelwijze van de overheid in het vooruitzicht wordt gesteld. De toezegging dient verder een begunstigend karakter te hebben, gekenmerkt te worden door eenzijdigheid, gericht te zijn op een specifieke situatie en persoonsgericht en persoonsgebonden te zijn.[6]

---

[5] Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, r.o. 3.6.3.

[6] Zie o.a. Rb Den Haag 25 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:9979; Rb Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1195 en Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4694.

CONCEPT

31. Aan voornoemde kwalificatie voldoet de uitlating van Elseman. Er wordt immers in concrete bewoordingen een handelswijze van de gemeente in het vooruitzicht gesteld ("*Bij deze garanderen wij dat de gemeente Roosendaal als mede-eigenaar geen medewerking zal verlenen van het vestigen van een supermarkt op deze locatie*"). De toezegging heeft voorts een begunstigend karakter, omdat tegemoet gekomen wordt aan het verzoek van het buurtcentrum. Verder wordt de toezegging gekenmerkt door eenzijdigheid, het buurtcentrum hoeft immers niets terug te doen. Ook is de toezegging gericht op de specifieke situatie van de Nieuwe Locatie en is deze enkel gericht aan het buurtcentrum en daarmee persoonsgericht en persoonsgebonden.

32. De brief van Elseman kan naar onze mening voorts worden gezien als een toezegging *van de gemeente*. Elseman bekleedt de functie van teamleider en blijkens het algemeen mandaatbesluit voor leidinggevenden kan aan teamleiders de bevoegdheid om namens het college privaatrechtelijke rechtshandelingen aan te gaan tot een bedrag van € 150.000,00 (onder)gemandateerd worden. De kans is dus aanwezig dat Elseman bevoegd was om namens de gemeente (in privaatrechtelijke zin) de toezegging te doen dat het pand niet gebruikt zal worden als supermarkt. Wij willen u verzoeken te verifiëren of deze bevoegdheid in ondermandaat aan Elseman is toegekend.

33. Mocht Elseman niet bevoegd zijn, menen wij dat bepleit kan worden dat het buurtcentrum er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Elseman dat wel was.[7] De omstandigheden dat i) Elseman in de brief spreekt van 'wij' (wat spreken vanuit het college impliceert), ii) de uitlating is gedaan op briefpapier van de gemeente en iii) Elseman teamleider ruimtelijke ordening is en nu uitlatingen doet die verband houden met de wijziging van het bestemmingsplan, maken naar onze mening dat bepleit kan worden dat Elseman de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gewekt.[8] Om met meer zekerheid een oordeel te kunnen geven over de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid zouden wij echter graag willen weten in hoeverre het college betrokken is geweest bij het besluit om het pand niet als supermarkt in gebruik te geven. Om de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid te kunnen wekken moet namelijk sprake zijn van een vorm van betrokkenheid van het college..[9]

34. Zou de brief van Elseman inderdaad gekwalificeerd kunnen worden als toezegging van de gemeente (en wij menen dat goed bepleitbaar is dat dat het geval is), dan levert het niet nakomen van deze toezegging c.q. het schenden van dit vertrouwen van het buurtcentrum in beginsel een onrechtmatige daad jegens het buurtcentrum op. De gemeente zal – indien het buurtcentrum daar aanspraak op maakt – mogelijk de schade moeten vergoeden aan het buurtcentrum die zij niet had geleden als de gemeente wel de toezegging was nagekomen.[10]

---

[7] Art. 3:61 lid 2 BW.

[8] Vgl ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1778.

[9] HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142 (*Mr. De Wit*) en HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143 (*Mr. Kloes*).

[10] Vergelijkbaar met 'het positief contractsbelang', vgl HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1855.

CONCEPT

35. Naast de mogelijkheid tot het vorderen van een schadevergoeding, zou het buurtcentrum ook (in rechte) kunnen vorderen dat het het buurtcentrum verboden wordt om mee te werken aan het verhuren van het pand aan de exploitant van de Supermarkt. Feitelijk vordert het buurtcentrum in dat geval inwilliging van de gedane toezegging. Om de kans op afwijzingvan een dergelijk verbod te vergroten, zal de gemeente moeten kunnen motiveren dat het belang van verplaatsing zwaarder weegt dan het belang van het nakomen van de toezegging en het volgen van het beleid. De gemeente zal hiertoe in gesprek moeten treden met het buurtcentrum en haar belangen en wensen inventariseren, zodat zij ook daadwerkelijk een gedegen belangenafweging kan maken. De toezegging die de gemeente aan het buurtcentrum heeft gedaan, zal de gemeente vervolgens in kunnen trekken onder vermelding van de daartoe strekkende motivering c.q. belangenafweging. Het risico dat de gemeente een verbod opgelegd krijgt om mee te werken aan het verhuren van het pand aan de exploitant van de Supermarkt wordt zo verkleind of uitgesloten. Het risico op het ontstaan van een verplichting tot het betalen van een schadevergoeding blijft echter wel bestaan.

Risico: schending van het gelijkheidsbeginsel en niet naleven van beleid

36. Voorts willen wij nog wijzen op een ander risico. Zoals in randnummer 17 al naar voren is gebracht, heeft de gemeente in het verleden andere verzoeken tot het gebruik van de Nieuwe Locatie als supermarkt afgewezen onder verwijzing naar haar detailhandelsbeleid. Als de gemeente de Nieuwe Locatie verhuurt of verkoopt aan de exploitant van de Supermarkt om het als supermarkt te gebruiken, bestaat dan ook het risico dat zij handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Dit lichten wij toe.

37. Het strookt naar onze mening niet met het vigerende detailhandelsbeleid als de Nieuwe Locatie in gebruik wordt genomen als supermarkt. Deze interpretatie van het beleid heeft de gemeente ook altijd aangehouden bij het afwijzen van eerdere verzoeken. Dit brengt met zich dat deze eerdere verzoekers de gemeente zullen aanspreken wegens schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de gemeente bij hen wél vast heeft gehouden aan haar huidige detailhandelsbeleid en dat bij de Supermarkt niet doet. Dit terwijl de gemeente gehouden is om in beginsel te handelen conform haar eigen beleid.[11]

38. De gemeente zal er naar onze dus goed aan doen om te motiveren waarom deze situatie afwijkt van de situaties waar eerdere verzoeken voor zijn gedaan en het (dus) hier wel gerechtvaardigd is om van het detailhandelsbeleid af te wijken, dan wel haar detailhandelsbeleid aan te passen.

39. Het is voor ons niet inzichtelijk welke en hoeveel supermarkten eerder een poging hebben gedaan zich te vestigen op de Nieuwe Locatie. Desalniettemin kunnen wij niet uitsluiten dat de gemeente het risico loopt dat zij jegens alle eerdere verzoekers onrechtmatig handelt wegens

[11] Art. 4:84 Awb.

CONCEPT

schending van het gelijkheidsbeginsel. Wij willen dit dan ook als risico aan de gemeente meegeven.

40. Een ander risico dat wij signaleren houdt in dat de mogelijkheid bestaat dat de huidige exploitant van de Supermarkt de Huidige Locatie zal blijven gebruiken na de aankoop daarvan als (tweede) supermarkt, ook als de verplaatsing naar de Nieuwe Locatie eenmaal is doorgezet. In dat verband is het wellicht wenselijk dat de verkoop van de Huidige Locatie aan de huidige exploitant van de Supermarkt niet doorgaat. Om dat te bewerkstelligen, zou de gemeente een voorkeursrecht kunnen vestigen. Op die mogelijkheid gaan wij hieronder in.

Voorkomen supermarkt op Gastelseweg 35a

41. Om de beoogde verkoop van de Huidige Locatie aan de huidige exploitant van de Poolse supermarkt te blokkeren, zou de gemeente een voorkeursrecht in de zin van de Wet voorkeursrecht gemeenten ("**Wvg**") kunnen vestigen op de Huidige Locatie, gevolgd door het wijzigen van het ter plaatse vigerende bestemmingsplan. Wij bespreken deze mogelijkheid en bijbehorende risico's hieronder.

<u>Vestigen voorkeursrecht</u>

42. Om een voorkeursrecht te kunnen vestigen, moet a) de toegedachte of toegekende bestemming niet-agrarisch zijn en b) moet het bestaande gebruik afwijken van de toegedachte of toegekende bestemming.[12] Voor wat betreft het vereiste onder b) geldt dat dit niet zo beperkt hoeft te worden opgevat dat de bevoegdheid tot het vestigen van een voorkeursrecht alleen kan worden toegepast wanneer er een bestemming is toegekend of toegedacht met een wezenlijk andere gebruiksvorm. Ook als deze bestemming voorziet in een vergelijkbaar maar intensiever gebruik dan het bestaande voorziet, kan afwijkend gebruik worden aangenomen.[13]

43. Aan deze eisen lijkt in dit geval voldaan te zijn. De bestemming die aan dit perceel is toegedacht, betreft een woonbestemming. Deze bestemming wijkt af van het huidige gebruik omdat de Huidige Locatie thans gebruikt wordt als supermarkt op basis van de functieaanduiding 'detailhandel'. Er is dus sprake van een afwijkend gebruik en het beoogd gebruik is ook niet-agrarisch.

44. Aangezien in dit geval spoedig tot het vestigen van het voorkeursrecht overgegaan zal moeten worden (de verkoop aan de exploitant van de Poolse supermarkt is immers bijna rond), lijkt het vestigen van een voorlopig voorkeursrecht door het college op grond van artikel 6 Wvg de meest aangewezen route om te volgen. Dit voorlopig voorkeursrecht zal binnen drie maan-

[12] Zie het eerste lid van de artikelen 3, 4, 5 en 6 Wvg.

[13] Vaste jurisprudentie, zie o.a. ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1083.

CONCEPT

den tijd moeten worden bekrachtigd door een raadsbesluit tot vestiging van een voorkeursrecht ex art. 3, 4 of 5 Wvg. Het komt ons voor dat de raad waarschijnlijk binnen die drie maanden nog geen structuurvisie of bestemmingsplan zal hebben vastgesteld dus dan ligt de vestiging van een voorkeursrecht ex art. 5 Wvg het meeste voor de hand. Dit voorkeursrecht ex art. 5 Wvg loopt af na drie jaar, tenzij voor dat moment een structuurvisie of bestemmingsplan in werking is getreden waarin aan de gronden een niet-agrarische bestemming is toegedacht die afwijkt van het huidige gebruik van de gronden. Zou een dergelijk bestemmingsplan of structuurvisie tijdig in werking zijn getreden, dan loopt het voorkeursrecht van rechtswege door als voorkeursrecht ex art. 3 of 4 Wvg.

45. Op deze manier wordt ondervangen dat de verkoop van het pand aan de Huidige Locatie doorgang zal vinden en zal vervolgens het bestemmingsplan gewijzigd kunnen worden op een wijze die uitsluit dat deze locatie in de toekomst nog gebruikt kan worden als supermarktlocatie. Dat wil niet zeggen dat daarmee gelijk bewerkstelligd kan worden dat het huidige gebruik als supermarktlocatie per direct beëindigd wordt. Het nieuwe bestemmingsplan zal moeten voorzien in overgangsrecht. Indien gewenst, adviseren wij hier graag nader over.

Voorbereidingsbesluit en wijziging bestemmingsplan

46. Het voorkomen dat op de Huidige Locatie na verplaatsing weer een supermarkt mag komen is lastig. Daarbij wijzen wij erop dat met het vestigen van een voorbereidingsbesluit vooruitlopend op de vaststelling van een bestemmingsplan naar onze mening niet bewerkstelligd zal kunnen worden dat de Huidige Locatie per direct of door een opvolgend gebruiker niet (langer) gebruikt mag worden als supermarktlocatie. Met een voorbereidingsbesluit ex art. 3.7 lid 4 Wro kan namelijk alleen bereikt worden dat het huidige gebruik (lees gebruik als supermarkt) niet gewijzigd mag worden. Het huidige gebruik mag na een voorbereidingsbesluit ex art. 3.7 lid 4 Wro nog wel voortgezet worden.[14] Ook het opstellen van een nieuw bestemmingsplan zal niet snel leiden tot een gedwongen gebruikseinde. Onder overgangsrecht zal het bestaande gebruik immers in beginsel voortgezet kunnen worden.

Risico: planschade

47. Het wijzigen van het bestemmingsplan ter plaatse van de Huidige Locatie is niet zonder risico. Wij voorzien namelijk dat (in ieder geval) de huidige eigenaar van deze locatie aanspraak maakt op de vergoeding van planschade als gevolg van de bestemmingswijziging.

48. Dat de eigenaar als gevolg van een bestemmingsplanwijziging in een nadeliger positie zal komen te verkeren / schade zal lijden, is zeer aannemelijk. De eigenaar kan de Huidige Locatie straks namelijk niet meer gebruiken voor detailhandel en het pand is zonder ingrijpende verbouwingen ook niet gelijk geschikt voor woningbouw. Een redelijk handelend koper zal naar

[14] ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

CONCEPT

onze verwachting aanzienlijk minder voor de Huidige Locatie betalen als daarop een woonbestemming en (dus) geen detailhandelsbestemming meer rust.

49. De kans lijkt dan ook groot dat een planschadevergoeding verschuldigd zal zijn wanneer het bestemmingsplan ter plaatse gewijzigd wordt (detailhandel → wonen). Mogelijk zou de gemeente met de huidige exploitant overeen kunnen komen dat hij mag verplaatsen naar de Nieuwe Locatie, doch enkel onder de voorwaarde dat hij (een deel van) de vergoeding van de planschade aan de eigenaar van de locatie aan de Huidige Locatie wegens het wegbestemmen van de detailhandelsfunctie dekt. Mocht de huidige exploitant van de Supermarkt inmiddels eigenaar zijn geworden van de Huidige Locatie, zal de gemeente met hem overeen kunnen komen dat hij afstand doet van zijn planschadeclaim.

CONCEPT