

INFORMATIEF

BRIEF VAN BURGEMEESTER EN WETHOUDERS

MOTIE QUASTEN – STOLK: STOPZETTING PROJECT SMC/DE VIJZEL- TUIN

Aan de voorzitter van de gemeenteraad

Geachte voorzitter,

Aanleiding

Tijdens de raadsvergadering van 7 februari 2012 is door Lijst Quasten en de SP een motie vreemd aan de orde van de dag ingediend, waarin ons college wordt verzocht over te gaan tot ontbinding van de samenwerking tussen het gemeentebestuur en M.J. De Nijs Care B.V. met betrekking tot de ontwikkeling van het SMC Vijzelstraat. Gelet op het grote aantal overwegingen, en de onduidelijkheid over de gevolgen van het stopzetten van het project SMC/De Vijzeltuin, heeft uw raad de besluitvorming over deze motie aangehouden en ons college gevraagd de raad van nadere relevante informatie te voorzien. Aan dit verzoek voldoen wij graag.

Ter voldoening hieraan zullen wij in deze raadsbrief achtereenvolgens ingaan op:

1. de besluitvorming door uw raad tot heden;
2. het benoemen van veranderende omstandigheden;
3. het schetsen van de huidige situatie;
4. het duiden van de ingediende motie;
5. enkele juridische aspecten vanuit de contracten;
6. de financiële aspecten van het contract;
7. het trekken van onze voorlopige conclusies en ons advies aan uw raad.

1. Besluitvorming door de raad tot heden

Het project is eind 2005 vanuit de gemeente zelf gestart op basis van gewenst te realiseren beleid. Extramuralisering en vermaatschappelijking in de zorg, demografische ontwikkelingen van de bevolking (vergrijzing) en de komst van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) zijn voor uw raad aanleiding geweest om te komen tot integraal beleid op het gebied van wonen, welzijn en zorg. Op basis van vastgestelde beleidsnota's op deze terreinen, werd door ons college op 22 november 2005 de Startnotitie uitbreiding Sociaal Medisch Centrum Vijzelstraat vastgesteld en de raadscommissie Samenleving stemde op 20 december 2005 in met deze startnotitie. Doelstelling daarbij was om naast een zorgcentrum in de buitenwijk, ook het bestaande centrum in de binnenstad te behouden en de 1^e en 2^e lijns gezondheidszorg in die binnenstad te versterken.

Deze startnotitie heeft geleid tot de Bestuursopdracht uitbreiding SMC, welke door uw raad op 4 april 2006 werd vastgesteld. In de Bestuursopdracht werden voor het project de volgende doelstellingen opgenomen:

1. het handhaven van de bestaande gezondheidsvoorzieningen in de binnenstad van Enkhuizen;
2. het scheppen van voorwaarden om te komen tot een versterking van de 1^e en 2^e lijns gezondheidszorg in de binnenstad;
3. het in aansluiting op punt 2 komen tot een vraag gestuurd aanbod van voorzieningen op het terrein van wonen, welzijn en zorg;
4. het privaatrechtelijk overdragen van het eigendom, het beheer en de exploitatie van het Sociaal Medisch Centrum aan een marktpartij, overeenkomstig marktconforme voorwaarden.

Subdoelstellingen zijn:

1. het op peil houden en waar mogelijk uitbouwen van het aanbod van subregionale voorzieningen;
2. het in stand houden van de satellietfunctie ten opzichte van centrale voorzieningen in Hoorn;
3. waar mogelijk medewerking verlenen aan ruimtelijke ontwikkelingen bij nieuwe initiatieven;

Naast inhoudelijke aspecten met betrekking tot het te realiseren zorg- en woonprogramma, werden in de Bestuursopdracht ook procedurele randvoorwaarden opgenomen. Het project diende aan de markt te worden aangeboden middels een openbare biedingsprocedure. Hoewel de resultaten van deze biedingsprocedure begin 2007 bekend waren, waarbij M.J. De Nijs Projectontwikkeling (hierna: De Nijs) het beste plan indiende, heeft de finale besluitvorming over het aanbestedingsresultaat, eerst bijna 1 jaar later, namelijk in uw vergadering van 8 januari 2008 plaatsgevonden.

In ons raadsvoorstel over het resultaat van de biedingsprocedure hebben wij twee kanttekeningen opgenomen. Dat betrof enerzijds het parkeren en anderzijds het risico van de continuïteit van de huidige zorgaanbieders. Bij de behandeling van dit raadsvoorstel werd door uw raad een motie aangenomen van Nieuw Enkhuizen, VVD/D66, CDA en ChristenUnie. De kern van de motie is dat de raad het college opdraagt om bij de verdere onderhandelingen met de ontwikkelaar nadrukkelijk te bespreken dat:

- er binnen een redelijke termijn zekerheid moet worden geboden met betrekking tot huur- of koopovereenkomsten met gewenste zorgpartijen en dat er geen onomkeerbare handelingen verricht zullen worden voordat dit voldoende gewaarborgd is;
- binnen een redelijke termijn de verdere ontwikkeling van het bouwplan tot en met het aanvragen van de bouwvergunning zal worden doorlopen, rekening houdende met de kritische houding van de raad en de gemaakte opmerkingen tijdens de beraadslagingen.

Juist vanwege de vastgelegde doelstellingen voor het project ten aanzien van de zorg hebben wij zowel richting uw raad, als richting De Nijs hier steeds zwaar op ingezet en hiervoor een resultaatsverplichting in het gesloten contract opgenomen.

Om de gewenste, integrale ontwikkeling van deze totale locatie mogelijk te maken, heeft uw raad op 7 september 2010 het bestemmingsplan De Vijzeltuin vastgesteld. Dit bestemmingsplan is met de uitspraak van de voorzitter van de Raad van State eerst op 20 april 2011 onherroepelijk geworden.

Op 28 oktober 2009 werd door De Nijs een samenwerkingsovereenkomst getekend met de Stichting Woonzorggroep Wilgaerden (hierna: Wilgaerden). Medio 2011 werd vervolgens door De Nijs bij de gemeente de bouwaanvraag ingediend voor het gehele project. Dit alles in lijn met de door uw raad op 8 januari 2008 aangenomen motie.

Omdat er tot het laatste moment (december 2011) overleg werd gevoerd tussen De Nijs en Wilgaerden over de laatste details van het uiteindelijke bouwplan, hebben wij gemeend de indieners van zienswijzen op de eerder gepubliceerde bouwaanvraag nog niet te horen, tot er zekerheid zou zijn, of en zo ja, welke aanpassingen aan het bouwplan nog doorgevoerd moesten worden. Dit hebben wij ook verwoord in onze raadsbrief van 31 januari 2012. Het is deze beantwoording van de schriftelijke vragen, plus een extra mondelinge toelichting daarop in de raadsvergadering van 7 februari 2012 geweest, die tot het indienen van deze motie heeft geleid.

De conclusie kan dan ook worden getrokken dat het project weliswaar vanaf 2006 (Bestuursopdracht) loopt, doch dat het voor het project noodzakelijke en door uw raad vastgestelde bestemmingsplan, door allerlei bestuurlijke en juridische procedures, pas 10 maanden geleden onherroepelijk is geworden. De periode die verstreken is tussen 2006 - 2011 is De Nijs niet of nauwelijks aan te rekenen. Terwijl tegelijkertijd het risico van vertraging door (ruimtelijke) procedures tot het normale ontwikkelrisico behoort van een ontwikkelaar.

2. Veranderende omstandigheden

Grootschalige projecten vergen door allerlei oorzaken (besluitvorming, contractering, inspraak e.d.) vaak een lange periode van voorbereiding en in die periode kunnen omstandigheden wijzigen. Zeker bij dit project kan gesteld worden dat de huidige situatie verschilt ten opzicht van de start. De wereld heeft de afgelopen jaren immers niet stil gestaan. We noemen hier de volgende factoren:

- de publiekrechtelijke medewerking die wij en uw raad (vaststelling bestemmingsplan) hebben gegeven om een gezondheidscentrum aan de Molenweg mogelijk te maken, waardoor zorgpartijen een extra keuze hebben;
- de aanpassing van de zorginvulling voor het project De Vijzeltuin op uitdrukkelijk verzoek van Wilgaerden, waardoor een verschuiving heeft plaatsgevonden naar een kenniscentrum voor ouderen en waardoor in het contract met De Nijs o.a. een resultaatsverplichting van 46 PG-woningen is opgenomen, in plaats van de 18 die in de oorspronkelijke Bestuursopdracht staan;
- de bezuinigingen van de Rijksoverheid, waardoor niet alleen minder extra geld beschikbaar is voor de zorg, maar ook financieringsregelingen al zijn en nog worden gewijzigd. Door de aankomende decentralisatie van de budgetten van de AWBZ naar gemeenten, is er onzekerheid in de zorgsector en ontbreekt er bijvoorbeeld een planning en een meerjarenvisie bij het Zorgkantoor;
- de crisis op de woningmarkt en in de bouwsector waardoor de verkoopbaarheid van woningen moeilijker is geworden en de marges smaller.

De conclusie kan dan ook getrokken worden dat dit project onder moeilijke en gewijzigde omstandigheden tot stand moet komen, waarbij er deels sprake is van externe factoren, maar voor een deel ook het gevolg is van beleidskeuzes van uw raad.

3. Schetsen huidige situatie

Op 16 februari 2010 is tussen M.J. De Nijs Care B.V. en de gemeente Enkhuizen de nadere overeenkomst SMC Enkhuizen gesloten. Het aangaan van de tweede overeenkomst is niet meer en niet minder dan een nadere uitwerking van de eerste overeenkomst die is ontstaan door het accepteren van de bieding.

Dat wil zeggen, partijen waren op hoofdlijnen al aan elkaar gebonden en met deze overeenkomst werden de rechten en plichten van beide partijen nader uitgewerkt en meer gedetailleerd beschreven. De eerder overeengekomen bepalingen werden meer concreet gemaakt.

In de tweede overeenkomst werden vier lijnen nader uitgewerkt:

- bepalingen over de indexering van de koopsom, de levering en de termijnbetalingen;
- overname en bepalingen van een huurcontract tijdens de overgangperiode;
- bepalingen over de grondexploitatie (exploitatiebijdrage, planschade etc);
- overige bepalingen (o.a. kostenverrekening bij ontbinding).

Deze overeenkomst kon worden aangegaan omdat er tussen partijen duidelijkheid was gekomen over het te realiseren Plan, waaronder 46 psychogeriatrische woon-eenheden. De hieruit voortvloeiende zorginvulling werd als resultaatsverplichting opgenomen in het contract (artikel 7). Hoewel in het contract geen relatie werd gelegd met welke individuele zorgaanbieder dan ook, was het ons op dat moment wel bekend dat De Nijs met Wilgaerden een samenwerkingsovereenkomst had gesloten voor deze PG-woningen.

Het enkele feit dat dit contract onlangs door Wilgaerden is opgezegd, heeft dan ook geen directe relatie met het contract tussen De Nijs en de gemeente. Wel zijn wij direct met De Nijs in overleg getreden over de ontstane situatie. Enerzijds om te horen of er voor Wilgaerden een weg terug is, anderzijds om te vernemen of, en zo ja op welke andere wijze, De Nijs aan de resultaatsverplichting ten aanzien van de zorg kan voldoen. Er zijn immers meer zorgaanbieders die PG-woningen kunnen exploiteren, zowel via de rijksfinanciering, als via de particuliere markt. Het is niet meer dan normaal, en getuigt van goed (contracts)partnerschap, dat wij De Nijs hiervoor een redelijke termijn hebben gegeven om dit te onderzoeken.

Wij kunnen en willen dan nu ook nog niet de conclusie trekken dat enkel door het opzeggen van het contract door Wilgaerden, al vast staat dat De Nijs niet meer zal of kan voldoen aan de resultaatsverplichting die in ons gesloten contract is opgenomen. Het is ons bekend dat de eenzijdige opzegging door Wilgaerden door De Nijs wordt betwist. Feit is dat partijen er samen niet uitgekomen zijn voor wat de vraag betreft welke vergoeding voor welke kwaliteit van woonruimte gevraagd c.q. geleverd moet worden. Hoe dit afloopt en welke (financiële) gevolgen dit voor partijen kan hebben, laten wij graag aan die partijen over. Vast staat evenwel dat de gemeente in deze zaak geen doorslaggevende rol heeft gespeeld en dus hiervoor ook niet verantwoordelijk gehouden kan worden.

Wij weten bovendien dat De Nijs inmiddels met andere partijen in gesprek is om te beoordelen of realisering van PG-woningen alsnog een haalbare optie is. Indien blijkt dat er voor PG-woningen geen of niet voldoende vraag is, dan wel dat het beoogde aantal van 46 niet te financieren is, dan dient naar onze mening verder gewerkt te worden aan een "Plan B". Maar een "Plan B" waarin zorg wellicht met andere functies gecombineerd kan worden, zal pas aan de orde kunnen zijn als blijkt dat een volwaardig zorgcentrum niet tot de mogelijkheden behoort.

Wij merken hierbij op dat indien uiteindelijk gekozen zou worden voor een combinatie van zorg met andere functies, er waarschijnlijk opnieuw een bestemmingsplanprocedure moet worden gevolgd. Immers het vigerende bestemmingsplan is op maat gesneden van het huidige (nog altijd beoogde) Plan van De Nijs.

De eerste resultaten van de verkenning door De Nijs voor de PG-eenheden dan wel alternatieve zorginvulling, zullen worden besproken in de al eerder geplande vergadering van de stuurgroep SMC van 22 februari a.s. Indien van toepassing zullen wij u voor of tijdens de commissievergadering van 6 maart hierover nog aanvullende informatie verstrekken.

4. Duiden van de motie

Procedureel kwam de ingediende motie wat ons betreft op een vreemd moment. Tijdens de raadsvergadering van 7 februari werd immers, conform het Reglement van Orde van uw raad, alleen gelegenheid geboden om nadere inlichtingen te vragen op de beantwoording van de eerder door de fracties van LQ, SP en PvdA schriftelijk gestelde vragen. Naar onze mening heeft de verantwoordelijke wethouder alle nader gevraagde inlichtingen op een juiste en volledige wijze van een reactie voorzien. Daarnaast was er, door het opzeggen van het contract door Wilgaerden, pas eind december, ook voor De Nijs, een nieuwe situatie ontstaan. In het kader van gangbare rechtsbeginselen waaronder redelijkheid en billijkheid dient een contractspartner enige ruimte in tijd te worden geboden om te kunnen anticiperen op de nieuwe situatie.

Wij delen met de indieners van de motie de mening dat het project een langdurig proces is, waarbij nu nog onzeker is hoe de afloop zal zijn. Deze onzekerheid en daarmee de onduidelijkheid over de verdere ontwikkeling van de stad dient niet te lang voort te duren. In de motie lijkt het echter alsof de ontbinding van het contract een directe samenhang heeft met de ruimtelijke keuzes die uw raad wil gaan maken in de binnenstad. Wij zijn evenwel van mening dat alles in de juiste verhoudingen gezien moet worden, zowel qua inhoud als qua tijdstip. Er komen genoeg andere momenten om als raad met elkaar te debatteren over die te maken ruimtelijke keuzes en dit dient niet direct opgehangen te worden aan een ontbinding van een reeds gesloten privaatrechtelijk contract.

In algemene zin wordt opgemerkt dat ontbinding van contracten altijd mogelijk is, doch het is een vereiste dat hier een zorgvuldig proces aan vooraf gaat. Niet alleen qua interne (bij de overheid openbare) besluitvorming bij een contractspartij, maar ook richting de andere contractspartner. Degene die breekt dient immers ook rekening te houden met de belangen van de ander. Indien dit niet zorgvuldig gebeurt, kunnen hier grote juridische en financiële consequenties aan vast zitten. Het is dus gewenst en wat ons betreft noodzakelijk om in alle zorgvuldigheid tot een integrale afweging van belangen te komen.

Als wij de motie inhoudelijk goed lezen, dan lijkt het er op dat sommige overwegingen daarin zijn geformuleerd als een conclusie. Dit betreft vooral die overwegingen waarin gesteld wordt dat (enkel) door het opzeggen van de samenwerkingsovereenkomst door Wilgaerden, niet meer aan de zorginvulling voldaan zal worden. En er zou aldus sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming van De Nijs als bedoeld in artikel 14 van de overeenkomst.

Wij zijn van mening dat dit veronderstelde causale verband te kort door de bocht, te snel en onvoldoende onderbouwd is weergegeven in de motie. Om vast te stellen of dit inderdaad het geval is of zal kunnen zijn, dient volgens ons eerst richting onze privaatrechtelijke contractspartner nog een zorgvuldig proces gevoerd te worden. Dit proces bestaat uit overleg om te beoordelen of alsnog aan de verplichtingen uit het contract voldaan kan worden, het geven hiervoor van een redelijke termijn, bepalen of de wederpartij in verzuim is, en zo nodig deze partij t.z.t. ingebreke stellen. Nu dit alles nog niet heeft plaatsgevonden en de resultaten daarvan dus niet bekend zijn, is onze overtuiging dat de motie te vroeg is ingediend. Wij willen uw raad deze motie dan ook ontraden.

Wij duiden de motie als een politiek–bestuurlijk signaal naar ons college, als een aansporing om op korte termijn tot duidelijkheid en zekerheid over het project te komen en het gevoel van uw raad hierover op een correcte manier aan De Nijs kenbaar te maken. Het spreekt voor zich dat wij De Nijs hierbij ook zullen wijzen op alle mogelijke consequenties.

5. Juridische aspecten vanuit het contract

Zoals hierboven verwoord is op 16 februari 2010 tussen partijen de nadere overeenkomst SMC Enkhuizen gesloten. Dit contract is destijds openbaar verklaard, dus de inhoud er van wordt als algemeen bekend verondersteld. Toch willen wij enkele passages toelichten.

In artikel 7 is vastgelegd om welk Plan het concreet gaat, zowel voor wat betreft de zorginvulling als het aantal parkeerplaatsen. Op hoofdlijnen behelst het Plan het realiseren van 46 psychogeriatrische wooneenheden, 24 nultredenwoningen, 3 woningen alsmede de realisatie van circa 1.000 m² aan ruimten en voorzieningen voor de huisvesting van een diversiteit aan zorgfuncties.

In artikel 9 is de passage opgenomen dat De Nijs met de realisatie van het Plan moet starten uiterlijk 2 maanden nadat het eerste perceel van het onroerend goed aan haar is geleverd. Tussen partijen is weliswaar een koopovereenkomst getekend met betrekking tot het onroerend goed (inclusief de woning Sijbrandsplein 15, zie artikel 5), doch de juridische levering heeft in afwachting van zekerheid rondom de zorginvulling nog niet plaatsgevonden. Ook dit is in lijn met de op 8 januari 2008 aangenomen motie (geen onomkeerbare handelingen). In dit artikel wordt tevens verwezen naar een bijlage waarin de planning van dat moment is opgenomen. Nadrukkelijk wordt in het contract gesteld dat dit streefdata zijn, waarvan partijen na onderling overleg kunnen afwijken. En dat is in de praktijk ook gebeurd.

De borging van de zorgverplichting door De Nijs zit privaatrechtelijk in het gesloten contract en publiekrechtelijk in het vastgestelde bestemmingsplan. Dit betekent dat uw raad via deze twee kanalen altijd de regie houdt op de ontwikkelingen daar ter plaatse, zelfs na een juridische levering van het onroerend goed.

Conform de Bestuursopdracht zijn in het contract bepalingen opgenomen hoe te handelen tijdens de overgangsfase. De overgangsfase is de periode van het sluiten van het contract tot aan de juridische overdracht van het onroerend goed. In artikel 6 is opgenomen dat De Nijs het perceel Vijzelstraat 24 met de daarop gelegen opstallen gaat huren van de gemeente en daarmee in de rechten en plichten treedt van de voormalige huurder, de Stichting Gezondheidszorg Snouck van Loosen. Deze huursituatie is ingegaan op 15 mei 2010. In de Bestuursopdracht is de passage opgenomen dat deze overgangsfase maximaal 3 jaar (in casu tot uiterlijk 15 mei 2013) mag duren. In het door De Nijs overgenomen huurcontract van de stichting is een reguliere opzegtermijn van 1 jaar opgenomen.

Beide partijen, individueel of gezamenlijk, hebben de mogelijkheid om het gesloten contract te ontbinden. Artikel 13 voorziet daarin en bepaalt tevens hoe op dat moment de gemaakte kosten tussen partijen worden verrekend. Conform artikel 13.1 dient de gemeente alle door De Nijs in het kader van de opstelling en uitvoering van het Plan gemaakte en nog te maken externe kosten te vergoeden, indien de beëindiging plaatsvindt wegens aan haar toe te rekenen feiten of omstandigheden. In redelijkheid mag worden verwacht dat bij rechtstreekse ontbinding van het contract op grond van dit artikel de gemeente schadeplichtig zal zijn. Hierbij merken wij op dat het ons bekend is dat De Nijs al heel veel geld heeft geïnvesteerd in het project, zonder overigens exacte bedragen te kennen.

Artikel 14 handelt over de situatie dat een partij nalatig is anders dan door niet-toerekenbare tekortkoming (overmacht). Bij niet, of niet tijdige nakoming van verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst, is de nalatige partij aansprakelijk voor alle daaruit voortvloeiende schade met kosten en renten.

Hierover merken wij het volgende op. Van overmacht is in juridische zin sprake indien de tekortkoming niet te wijten is aan schuld. Of er met succes door De Nijs een beroep gedaan kan worden op overmacht, waardoor er (voor de gemeente) geen recht bestaat op schadevergoeding indien het contract wordt ontbonden, hangt naast wettelijke bepalingen af van in de praktijk levende verkeersopvattingen over verdeling van risico's. Het gevolg van overmacht is in ieder geval dat de te leveren prestatie blijvend onmogelijk is en dus nimmer nagekomen kan worden.

De passage in dit artikel over het niet, of niet tijdige nakoming van verplichtingen ziet wat ons betreft als eerste op het afspreken van een harde datum waarop de verplichtingen gerealiseerd zouden moeten zijn. Immers zonder datum kan niet vastgesteld worden dat een partij niet tijdig aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Bij ontbinding van een contract is de hoofdregel dat partijen gezamenlijk een ontbindingsovereenkomst sluiten (zogenaamde wederkerige overeenkomst). Is dit niet aan de orde dan moet gekeken worden naar de overeenkomst zelf en het Burgerlijk Wetboek. Artikel 6:265 BW bepaalt dat iedere tekortkoming van een partij de wederpartij de bevoegdheid geeft de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Gelet op de heersende rechtsopvattingen moet het daarbij gaan om een wezenlijke tekortkoming en het feit dat er geen redelijk alternatief is. Een partij is eerst in verzuim als er geen sprake is van overmacht, hij de verplichtingen uit het contract niet nakomt en hij eerst ingebreke is gesteld. Aan de ontbinding van het contract op grond van dit artikel 14 zitten naast inhoudelijke aspecten dus ook vormvereisten vast.

Ten slotte willen wij u wijzen op artikel 16 van de overeenkomst, handelende over geschillen die voortvloeien uit of samenhangen met de overeenkomst. De overeenkomst gaat primair er van uit dat geschillen in onderling overleg worden opgelost. Geschillen waarbij dat niet lukt, kunnen ter beslechting worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter in Alkmaar.

Deze bepalingen overziende zou het in de rede liggen om als contractspartners eerst het gezamenlijke overleg te voeren om te bezien op welke wijze vorm en inhoud aan de nu ontstane situatie gegeven kan worden. Vervolgens zal een redelijke, maar ook harde termijn aan De Nijs gegeven moeten worden, waarbinnen De Nijs aan haar verplichtingen moet voldoen, wil de gemeente op enig moment op grond van artikel 14 De Nijs kunnen aanspreken. Daarbij zal voor beide partijen helder omschreven moeten worden welke verplichting wanneer verricht moet zijn. Komen partijen daar onderling niet uit dan zal het geschil aan de rechter (artikel 16) moeten worden voorgelegd. Op voorhand is moeilijk te bepalen wat partijen als een redelijke termijn kunnen zien, het gezamenlijke overleg zal dat moeten uitwijzen. Mede in relatie tot de opzegtermijn van het huurcontract, denken wij hierbij echter eerder in maanden dan in weken.

6. Financiële aspecten

Zowel voor De Nijs als voor de gemeente zijn de financiële belangen bij dit project groot. De Nijs heeft voor dit project veel interne, maar zeker ook hoge externe kosten gemaakt, zowel voor het opstellen van het bestemmingsplan, als voor het reken- en tekenwerk van het bouwplan (architect, leges), alsmede voor het uitvoeren van archeologisch onderzoek ter plaatse.

Naast de stedenbouwkundige impuls voor de locatie (o.a. sluiten gevelrij) en de verbreding van de zorginvulling, is ook voor de gemeente het financiële belang groot. Daarbij moet er onderscheid gemaakt worden tussen:

- de financiële gevolgen (inkomsten) die direct voortvloeien uit de overeenkomst;
- de indirecte financiële gevolgen betreffende extra uitgaven die na ontbinding van het contract op ons afkomen.

Tot de eerste categorie behoren de koopsom van het onroerend goed (€ 3,4 miljoen exclusief rente), de exploitatiebijdrage en de overige overeengekomen vergoedingen (watercompensatie, brandmeldinstallatie). Bij het ontbinden van het contract zullen wij deze inkomsten mislopen. Een eventuele schadevergoeding die ontvangen wordt zal dit bedrag nimmer kunnen compenseren. Zoals bekend maakt de overwaarde van het onroerend goed (door verkoop) onderdeel uit van het door uw raad vastgestelde dekkingsplan voor de bezuinigingen voor de komende jaren.

Naast het missen van directe inkomsten, zal de gemeente na ontbinding van het contract voor extra uitgaven komen te staan (2^e categorie). Hoewel dit niet als een van onze kerntaken wordt gezien, komt de exploitatie van het gebouw weer terug als verantwoordelijkheid voor de gemeente (de stichting is inmiddels ontbonden), het risico van leegstand, beheer en (achterstallig) onderhoud komt voor onze rekening en er zullen nieuwe plannen moeten worden gemaakt met nieuwe procedures (o.a. bestemmingsplan). Dit zal opnieuw een lange periode beslaan, vraagt opnieuw inzet van ambtelijke capaciteit en brengt kosten van voorbereiding met zich mee. Welke functies uiteindelijk ook worden gekozen, gelet op de vastgoedmarkt zal bij vervreemding de huidige biedprijs naar alle waarschijnlijk niet meer gehaald worden.

Het gaat ons op dit moment te ver om te kwantificeren wat de totale financiële schade voor de gemeente zal zijn, indien het contract wordt ontbonden. Enerzijds omdat we op voorhand niets kunnen zeggen over de kans dat tot ontbinding wordt besloten en anderzijds omdat, al zouden we hierover al concrete ideeën hebben, we deze uit juridische en onderhandelingsoverwegingen niet willen uitspreken. Bovendien elke berekening is arbitrair. Maar dat de financiële schade fors zal zijn, staat voor ons vast. De feitelijke omvang daarvan hangt daarbij ook af van externe factoren. Onzekerheden daarbij zijn o.a.: Kan er met succes een schadevergoeding worden geclaimd en zo ja, tot welk bedrag, welke alternatief plan kan wel gerealiseerd worden en wanneer, en herstelt de vastgoedmarkt zich wel of niet op enig moment.

Zonder tot een kwantificering te willen en kunnen komen is de conclusie dan ook gerechtvaardigd dat ontbinding van het contract een behoorlijke impact zal hebben op onze financiële positie en onze meerjarenbegroting.

7. Onze voorlopige conclusies en advies

Met de informatie in deze raadsbrief hebben wij uw raad alle relevante gegevens willen geven om tot zorgvuldige en verantwoorde besluitvorming te kunnen komen betreffende de ingediende motie Quasten – Stolk. Hoewel wij begrip hebben voor het gevoel van de indieners van de motie dat het om een langdurig proces gaat, onderschrijven wij niet alle overwegingen die in de motie worden genoemd. Sommige overwegingen lijken daarbij eerder geformuleerd te zijn als een te voorbarig getrokken conclusie nu dit, naar onze mening, (nog) niet met harde feiten gestaafd kan worden. Met de informatie in deze raadsbrief hebben wij u inzicht willen geven in de feiten en omstandigheden zoals deze nu voorliggen en de juridische en financiële consequenties voor onze gemeente indien deze motie door uw raad wordt aangenomen. Deze zijn in onze beleving aanzienlijk.

De conclusies die uit de informatie uit deze raadsbrief getrokken kunnen worden zijn naar onze mening als volgt samen te vatten:

1. hoewel het project al lang loopt, kan de verstreken periode tussen 2006 en 2011 niet of nauwelijks aan De Nijs worden toegerekend omdat juist in die periode allerlei bestuurlijke en juridische procedures gelopen moesten worden;
2. het project moet onder moeilijke en gewijzigde omstandigheden tot stand komen, waarbij er naast externe factoren (o.a. bezuinigingen in de zorgsector), ook sprake is van beleidskeuzes van uw raad (o.a. medewerking tweede zorgcentrum Molenweg);

3. het in de motie veronderstelde causale verband dat door De Nijs, enkel door de opzegging van het contract door Wilgaerden, niet meer voldaan kan worden aan de resultaatsverplichting ten aanzien van de zorginvulling, is niet aanwezig dan wel onvoldoende onderbouwd. Veronderstelde nieuwe ruimtelijke keuzes voor de binnenstad dienen qua inhoud en tijd afzonderlijk beoordeeld te worden en kunnen nu geen legitieme aanleiding zijn om schadevrij bestaande contracten te ontbinden;
4. in verband met goed partnerschap en om juridische en financiële schade te beperken dient het opzeggen van contracten zorgvuldig plaats te vinden, onder afweging van alle belangen en conform de daarvoor geldende vormvereisten;
5. hoewel in de motie wordt verwezen naar artikel 14, wijst alles er op dat rechtstreekse opzegging van het contract nu alleen mogelijk is op grond van artikel 13, lid 1 van het contract hetgeen de gemeente schadeplichtig zal maken. De inschatting is dat dit een hele grote financiële impact voor de gemeente zal hebben;
6. omdat nog geen zorgvuldige procedure is gevolgd, is de kans groot dat De Nijs een besluit (op grond van artikel 14) tot ontbinding met succes bij de rechter kan aanvechten. Wil een partij geen risico lopen noch schadeplichtig zijn, dan dient er bij ontbinding van een contract sprake te zijn van een wezenlijke tekortkoming in het nakomen van verplichtingen door de wederpartij. Naast harde, toetsbare criteria (o.a. termijnen) spelen vormvereisten daarbij een belangrijke rol. De wederpartij moet in gebreke gesteld worden, een redelijke termijn worden gegeven en is eerst in verzuim indien binnen die termijn niet als nog aan de verplichtingen uit het contract wordt voldaan. Bovendien moet ook de mogelijkheid van een redelijk alternatief onderzocht en niet mogelijk gebleken zijn.

Alle feiten en omstandigheden overziende komen wij tot de conclusie dat wij deze motie uw raad moeten ontraden. Na behandeling van deze motie in uw raad zullen wij uw gevoelens meenemen naar het te voeren overleg met De Nijs. Wij zien voor ons dat in dat overleg de nieuw ontstane situatie eerst nader wordt besproken en beoordeeld wordt of, en zo ja op welke wijze, tot een herijking van het gesloten contract gekomen kan worden, waarbij een goede zorginvulling conform de Bestuursopdracht voor ons de hoogste prioriteit blijft houden. Daarbij moet bepaald worden welke verplichtingen op welk moment gerealiseerd moeten zijn, dan wel welk redelijk alternatief geboden kan worden. Eerst dan kan in alle objectiviteit beoordeeld worden of er sprake is van het niet of niet tijdig nakomen van verplichtingen en of dit toerekenbaar is aan De Nijs.

Nog altijd zijn wij enthousiast om volgens de uitgangspunten van de Bestuursopdracht en in lijn met de nalatenschap van Margaretha Maria Snouck van Loosen versterking van zorg op deze locatie te realiseren en het monument in zijn volle glorie te bewaren.

Wij delen de mening van de indieners van de motie dat de onzekerheid over dit project niet te lang mag duren en wij zullen die zorg met klem ook onder de aandacht brengen van De Nijs. Wij duiden de motie dan ook als een politiek-bestuurlijk signaal naar ons college, als een aansporing om op korte termijn tot die duidelijkheid en zekerheid te komen en het gevoel van uw raad hierover op een correcte manier aan De Nijs kenbaar te maken. Het spreekt voor zich dat wij De Nijs hierbij ook zullen wijzen op alle mogelijke consequenties. Wij stellen ons voor dat wij u voor het zomerreces van 2012 opnieuw informeren over de dan behaalde resultaten van het door ons voorziene overleg met De Nijs.

Enkhuizen, 21 februari 2012

Hoogachtend,
Burgemeester en wethouders van E n k h u i z e n

De secretaris, De loco-burgemeester,

(R.M. Reus)

(C.H. Boland)