

de Gemeentestem

Gst. 2000, 7123
vrijdag 21 juli 2000

150^e jaargang

INHOUD

1. Projectontwikkelaar en exploitatie-overeenkomst (deel I); Mr U.T. Hoekstra
2. AbRS; 18-1-'00. Administratieve rechter of niet. Bevoegdheid civiele rechter tot vernietiging van ministerieel besluit. (Minister van Verkeer en Waterstaat)
3. AbRS; 28-1-'00. Inrit via trottoir. (Boxtel)
4. AbRS; 4-2-'00. Eigenaar graf is belanghebbende bij bouwvergunning voor crematorium. (Doorn)
5. AbRS; 25-2-'00. Toestemming van partijen vereist voor onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak door pres. rb? Inhoudelijke toetsing juistheid van Wob informatie? (Limburg)
6. AbRS; 8-2-'00. Gemeentelijke planschadeverordening. Termijn planschadeclaim. (Helmond)
7. AbRS; 11-1-'00. Spontane bosvorming. Strijd met gebruiksvoorschrift? (Wageningen)
8. AbRS; 8-2-'00. Doeleindsomschrijving met nadere toetsing door b. en w. Gebruik gedeekt door bouwvergunning? Gebruiksverbod richt zich enkel tot gebruiker. (Schouwen-Duiveland)
9. CRvB; 4-1-'00. Bijstand en opschorting daarvan. Opschorting van de betaling. Niet toezending door rechtbank van beroepschrift. (Gennepe)
10. Op-recht bekeken. Een dokter voor de bestuursrecht-wetgever gevraagd. H.Ph.J.A.M. Hennekens

Projectontwikkelaar en exploitatie-overeenkomst

mr U.T. Hoekstra*

Kan de overheid met succes nakoming vragen van een met een projectontwikkelaar gesloten overeenkomst die in strijd is met de exploitatieverordening? Dit is de centrale vraag in deze bijdrage. Daarnaast komt ook de bestemmingsplanovereenkomst aan bod.

Na een schets van het juridisch kader wordt aandacht besteed aan de praktijk van het sluiten van exploitatieovereenkomsten (wat wordt er in geregeld?) en de projectontwikkelaar (is zijn positie voorzien door de wetgever?). Betoogd wordt dat art. 42 WRO de projectontwikkelaar niet beschermt, maar dat het bestuursrecht en daardoor ook het burgerlijk recht de ontwikkelaar wel een andere bescherming geeft.

1. Inleiding

Het eerste arrest van de Hoge Raad over een exploitatie-overeenkomst ex art. 42 Wet op de Ruimtelijke Ordening in de kwestie Van Lieshout/Uden, heeft het nodige los gemaakt.¹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat, indien de exploitatie-verordening niet is gevolgd, de gemeente haar financiële aanspraak die uit de exploitatie-overeenkomst voortvloeit niet geldend kan maken. Onduidelijk is gebleven op welke dogmatische grondslag dit oordeel berust.

Een andere kwestie is of er een bijdrage in de kosten van het opstellen van een bestemmingsplan mag worden gevraagd indien in de exploitatie-verordening niet is bepaald dat dit is toegestaan. Deze vraag leek negatief te moeten worden beantwoord: in zijn conclusie heeft de A-G Bloembergen n.l. het volgende opgemerkt n.a.v. de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak inz. Tholen/Pluimpot:²

“Dit is duidelijke taal. Er is de pri-

vaatrechtelijke weg van kostenverhaal bij de gronduitgifte. Er is de fiscale weg van de bouwgrondbelasting... en er is de weg van artikel 42 WRO.”

Hij gaat daarmee dus uit van een gesloten stelsel van kostenverhaal mogelijkheden.

De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft echter in haar uitspraak inzake “Schoorl” op 8 maart 1998³ tot uitdrukking gebracht dat er meer dan de genoemde drie wegen van kostenverhaal bestaan:

“Dit laat onverlet de mogelijkheid dat de gemeente langs een andere privaatrechtelijke weg dan het sluiten van een

* De heer Hoekstra is advocaat te Middelburg.

¹ HR 16 februari 1996, AB '96, 280, m.nt. Th.G.D., NJ '96, 608 m.nt. Backes en Gst. '96, 7030, 2 m.nt. HH.

² ARRvs 4 oktober 1985, AB '86, 242 m.nt. Lubach.

³ AbRS 8 maart 1998, Gst.1998, 7076, 6 m.nt. HH; BR 1998, blz. 605.

exploitatie-overeenkomst de exploitatiekosten kan verhalen.”

De Raad van State laat zien dat het contractueel verhaal van grondkosten niet altijd betekent dat er dus een overeenkomst gesloten moet worden die “ge-regeld” is in art. 42 WRO. Dit artikel ziet op een zeer bepaalde situatie, lang niet op alle, aldus Hennekens, zonder dat hij daarbij heeft aangegeven welke deze zeer bepaalde situatie zou zijn. Voor het antwoord op de vraag op welke situatie dit artikel wel ziet en voor welke het niet is bedoeld en voor het antwoord op overige vragen die rijzen i.v.m. art. 42 WRO is het noodzakelijk de wetsgeschiedenis in te duiken.

2. De wetgever: achtergrond en opzet van art. 42 WRO

Art. 42 WRO betreft de feitelijke realisering van bestemmingsplannen.⁴ De wetgever richt zich tot de gemeenteraad: deze moet een verordening vaststellen waarin de voorwaarden worden vastgelegd waaronder medewerking zal worden verleend aan de exploitatie van gronden, die in de naaste toekomst voor bebouwing in aanmerking komen.

In de MvT wordt verwezen naar het advies van de Staatscommissie-Van den Bergh uit 1950. In dat advies is het volgende gesteld: “In vele gemeenten bestaan thans reeds z.g. exploitatie-verordeningen. Dit zijn in wezen geen verordeningen, d.w.z. de burgers bindende regelen; zij moeten worden beschouwd als voorwaarden, welke de gemeente stelt bij het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst met grondeigenaren, die, teneinde hun terreinen te kunnen exploiteren, de medewerking van de gemeente voor straataanleg inroepen... De thans bestaande exploitatieverordeningen hebben echter geen bindende kracht, omdat de gemeente, zonder wijziging van de ‘verordening’, in elk bijzonder geval andere voorwaarden kan stellen, terwijl de grondeigenaren alleen maar tot bepaalde tegenprestaties verplicht worden, als zij – uiteraard vrijwillig – zich tot de gemeente hebben gewend en de overeenkomst hebben getekend.” In de MvT⁵ wordt “voorgesteld exploitatieverordeningen zoals die thans reeds hier en daar bestaan, verplicht te stellen. Deze verordeningen verhogen de rechtszekerheid voor de grondeigenaren”.

Verder wordt opgemerkt dat de in het wetsvoorstel bedoelde verordening: “...het karakter (heeft) van de thans in verschillende gemeenten bestaande exploitatie-verordeningen, waarin het beleid m.b.t. de overeenkomsten, die de gemeente met grond-exploitanten pleegt af te sluiten, is vastgelegd,” De ratio blijkt uit de volgende passage: “...terwijl het... redelijk is dat de volle productiekosten van gereed bouwterrein door de eigenaren worden gedragen.”

De vast te stellen verordening bevat dus beleidsregels terzake van de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid, nl. het sluiten van overeenkomsten m.b.t. de aanleg van straten en andere openbare voorzieningen. De wijze waarop dit beleid moet worden vastgelegd, is bijzonder: de verordening-vorm betekent dat het beleid door de Raad in het openbaar moet worden vastgesteld en vastgelegd. Deze rechtsfiguur is uniek, zeker voor de tijd waarin de WRO tot stand kwam. Recentelijk heeft de Awb-wetgever bepaald dat beleidsregels terzake van de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen worden vastgesteld. Bij de totstandkoming van de Awb is erover gediscussieerd of beleidsregels de vorm kunnen aannemen van verordeningen. De regering heeft gesteld dat de bijzondere wetgever aanleiding kan vinden om de totstandkoming van bepaalde beleidsregels via het voorschrijven van een bepaalde vorm “met zekere waarborgen te omringen”. Beleidsregels kunnen worden vastgesteld in de vorm van een verordening. De mate van binding van deze beleidsregels blijft dezelfde als bij “gewone” beleidsregels. De regering neemt aan “dat de bijzondere wetgever in die gevallen het gevaar van mogelijke onduidelijkheid over het rechtskarakter van de regels onder ogen heeft gezien en bewust voor lief heeft genomen.”⁶

De door de art. 42 WRO-wetgever gewenste rechtszekerheid bestaat er mede blijkens de strenge tekst van dit artikel (“voorwaarden... waaronder de gemeente medewerking zal verlenen”) in dat middels de verordening 1. vast staat aan welke voorwaarden door de exploitant voldaan moet zijn om de totstandkoming van de overeenkomst inzake de straataanleg af te kunnen dwingen alsmede 2. hoe de inhoud van de overeenkomst wordt bepaald. Een wei-

geringsgrond die bijv. in vrijwel alle verordeningen is opgenomen, is het niet-bestaan van een bestemmingsplan.

Wat is er de economische achtergrond en de ratio van dat de wetgever de gemeenten aldus gedwongen heeft om wegen aan te gaan leggen? Voor de tweede wereldoorlog was het bijna regel dat particuliere grondeigenaren hun in een uitbreidingsplan gelegen grond zelf overeenkomstig dat plan gingen bebouwen, of een aannemer zulks lieten doen. Maar een particuliere grondeigenaar, veelal een agrariër wiens grond “in een uitbreidingsplan was gevallen”, is feitelijk niet goed in staat om deugdelijke wegen en rioleringen aan te leggen. Een gemeente zou ook kunnen weigeren om toestemming te geven om aan te sluiten op het gemeentelijk riool. Gemeenten hebben een machtspositie. De conclusie mag zijn dat de wetgever gemeenten gedwongen heeft om wegen aan te gaan leggen en art. 42 WRO heeft vastgesteld met het doel het primaat van de particuliere grondexploitatie vorm te geven.

Zoals gezegd moet de gemeente in gebondenheid aan haar in de verordening vastgelegd beleid overeenkomsten sluiten: de bron van de binding is het beleid c.q. zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aan het karakter van beleidsregels is inherent dat men daarvan in bijzondere gevallen kan, ja zelfs moet afwijken.⁷ Dat betekent m.i. dat, indien betrokkenen in een bijzonder geval andere voorwaarden wensen – mits vrijwillig –, de gemeente zonder wijziging van de verordening een exploitatie-overeenkomst mag en moet sluiten waarbij van de verordening wordt afgeweken. Aldus bezien is het niet verwonderlijk dat in vele (oudere) verordeningen ex art. 42 WRO uitdrukkelijk is gesteld dat B&W in bijzondere gevallen kunnen afwijken van de verordening, zij het

⁴ Vgl. ook de MvT, zitting 1955-1956, 4233 no. 2, ontwerp van wet blz. 17/18.

⁵ Blz. 80/81, “Verslag van de Staatscommissie voor de herziening van de Woningwet” SDU 1950.

⁶ Vgl. de Nota naar aanleiding van het verslag over de Aanpassingswet Derde Tranché Awb I; kamerstukken II 1996/71, 25280, nr. 6.

⁷ Vgl. art. 4:84 Awb; dr. H. Nijholt, “Het Schijngevecht over het rechtskarakter van de exploitatieverordening”, BR '98 blz. 709 e.v.

met inachtneming van de grondslagen daarvan.

De crux zit 'm uiteraard in de vrijwilligheid. Het vrijelijk afstand doen van het recht van de exploitant dat de overeenkomst conform de verordening zal worden gesloten, vereist om te beginnen kennis van dat recht. Deze "vrijwilligheid" mag ook niet op onrechtmatige wijze worden bevorderd.

Vrijwilligheid is een vereiste voor elke overeenkomst: ook de exploitatie-overeenkomst conform de verordening moet op vrijwillige basis worden aangegaan. Maar dat is een andere vrijwilligheid dan de vrijwilligheid t.a.v. de afwijking van de verordening.

De gemeente kan eenzijdig een baatbelasting opleggen; deze belasting kan worden opgelegd terzake van door de gemeente aangelegde openbare voorzieningen en is daarmee dus het alternatief voor de vrijwillig te sluiten exploitatie-overeenkomst. De wettelijke regeling inzake de baatbelasting laat uitsluitend toe dat de gemeentelijke kosten worden verhaald. Hieruit volgt dat, wil de exploitatie-overeenkomst ter vermijding van de oplegging van deze belasting "vrijwillig" worden aangegaan, het bedrag dat o.g.v. de exploitatie-verordening verhaald kan worden, in beginsel niet hoger kan zijn dan het mogelijk te betalen baatbelasting-bedrag. Dit mag in ieder geval worden verondersteld, omdat anders de vrijwilligheid van de exploitatie-overeenkomst moet worden betwist. De samenhang van exploitatie-verordening en baatbelasting strekt er aldus toe te bevorderen dat de gemeente uitsluitend haar kosten kan verhalen en niet simpelweg de waardevermindering zal afromen die het gevolg is van de aangelegde openbare voorzieningen (of van het geven van een bouwbestemming).

Hoe kan de gemeente (anders dan door overreding) bevorderen dat de burger een exploitatie-overeenkomst sluit? De gemeente mag bijv. haar bereidheid een ruil- of bevoegdhedenovereenkomst te sluiten afhankelijk maken van het aangaan van een exploitatie-overeenkomst door de burger: dit was het geval in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad inz. Van Lieshout/Uden. Een en ander geldt voorzover de gemeente niet verplicht is een dergelijke ruil- of andere overeenkomst aan te gaan.

In een dergelijk geval, waarin de burger belang heeft bij bijv. een ruil en er dus een zekere afhankelijkheid van de burger bestaat, mag de gemeente niet een grotere prestatie verlangen dan zij in andere gevallen zou doen: de gemeente blijft gebonden aan haar beleid, is verplicht desgewenst te contracteren conform de verordening en mag dus in beginsel niet verlangen dat de burger een overeenkomst zal aangaan in afwijking van het in de eigen verordening vastgelegde beleid. De gemeente mag – mits met geoorloofde drukmiddelen – bevorderen dat vrijwillig op basis van de verordening een exploitatie-overeenkomst tot stand komt; het bevorderen van een "vrijwillige" afwijking van de verordening is een geheel andere kwestie.

3. School en Tholen

In de kwestie Tholen/Pluimpot vroeg een camping-exploitant om wijziging van het planologisch regime t.b.v. uitbreiding van zijn camping. De gemeente verlangde daarvoor een financiële bijdrage voor de realisatie van het gehele bestemmingsplan, m.n. een bijdrage in het fonds dorpsuitleg. De Afdeling Rechtspraak stelde vast dat de gemeente erkende dat zij niet in staat was om de verlangde kosten te verhalen via een exploitatie-overeenkomst conform de verordening (of via het opleggen van baatbelasting). De Raad van State oordeelde dat de bereidheid de planologische regeling te herzien, niet afhankelijk mag worden gesteld van een door de camping-exploitant in afwijking van de verordening te sluiten exploitatie-overeenkomst.

Dat volgt ook uit een gelijke toepassing van het profijt-beginsel: voor de bovenwijkse voorzieningen die moesten worden bekostigd uit het door de camping-exploitant te voeden fonds dorpsuitleg, moet het hele dorp betalen; de desbetreffende kosten mogen niet alleen verhaald worden op teval- lig nieuw te bouwen woningen.

Kortom, art. 42 WRO verzet zich er tegen dat de gemeente, zonder goede grond in afwijking van het in de exploitatie-verordening neergelegde beleid en ondanks het verzet van de burger tegen deze afwijking, het gebruik van haar publiekrechtelijke, planologische bevoegdheden afhankelijk stelde van het in afwijking van de exploitatie-verordening sluiten van een overeenkomst. De uitspraak inz. Tholen/

de Gemeentestem

Erevoorzitter:
Mr E. Brederveld

Hoofredactie:
Mr M.A.C. van Egdorn
Prof. mr D.J. Elzinga
Prof. mr H. Ph.J.A.M. Hennekens (HH)

Redactieraad:
Jhr. drs P.A.C. Beelaerts van Blokland
J.A.M. van Homelen
Mr J.M. Kan
Prof. mr W. Konijnenbelt
Prof. mr H.R.B.M. Kummeling
Mr J.B. Mencke
Drs C.J.N. Versteden
Mr J. de Vries

Eindredactie:
Mr S. Hillegers

Redactiesecretaris:
Drs L.M. Jones
Postbus 4
2400 MA Alphen aan den Rijn
Telefoon 0172-466803
Telefax 0172-466577
email: l.jones@samsom.nl

Vaste annotatoren:
Mr E. Brederveld (EB)
W.P.F. de Bruijn (WdB)
Mr J. Donner (JD)
Mr H.J.A.M. van Geest (HvG)
Mr A.A.J. de Gier (dG)
Mr C.P.J. Goorden (CG)
Mr J.M.H.F. Teunissen (JT)

Auteursrichtlijnen
Artikelen en reacties zijn welkom.
Gelieve vooraf contact op te nemen met de redactiesecretaris.

De informatiebank
Bestuursrecht
Vanaf jaargang 1990 zijn de artikelen en jurisprudentie opgenomen op de informatiebank Bestuursrecht.
Voor meer informatie kunt u terecht bij de abonnementenadministratie.

Abonnementenadministratie:
Samsom bv.
Postbus 4
2400 MA Alphen aan den Rijn
Telefoon: 0172-466822

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en lopen automatisch door, tenzij 1 maand voor de vervaldatum schriftelijk wordt opgezegd.

Abonnementsprijs:
f 395,- incl. 6% BTW
incl. register per jaar;
studenten en aio's f 195,-
losse nummers f 19,50
incl. 6% BTW.
Opbergband f 34,50 incl. adm.- en verzendkosten.
Verschijnt 22 x per jaar.

ISSN 0165-7895

Alle rechten voorbehouden.
Niets uit deze uitgave mag worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotocopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Pluimpot zegt daarom m.i. – anders dan kennelijk ook de A-G mr. Bloembergen meent – niets over de vraag of er een gesloten stelsel van gemeentelijk kostenverhaal bestaat, laat staan over de vraag of binnen een dergelijk gesloten stelsel uitsluitend met inachtneming van de verordening exploitatie-overeenkomsten mogen worden gesloten.

In de zaak "Schoorl" stond in de exploitatieverordening bepaald dat het verboden was om gronden in bouwexploitatie te brengen, tenzij er een exploitatie-overeenkomst werd gesloten. De Afdeling Bestuursrechtspraak oordeelt dat de gemeente m.b.t. het kostenverhaal hetzij een baatbelasting kan opleggen hetzij een exploitatie-overeenkomst kan sluiten, maar dat deze dan wel op basis van vrijwilligheid tot stand moet komen. Deze "vrijwilligheid" echter mag, aldus de Raad van State, door de gemeente niet worden afgedwongen door een publiekrechtelijk exploitatie-verbod; de betreffende autonome gemeentelijke verordening is daarom m.i. terecht in strijd met de wet geoordeeld, nl. in strijd met art. 42 WRO, althans met het wettelijk stelsel.⁸

4. Project-ontwikkelaar en bevoegdheden-overeenkomst

Bij een art. 42 WRO-situatie gaat het (na de vaststelling van een bestemmingsplan) om de gemeentelijke bereidheid wegen etc. aan te leggen, dus om feitelijke handelingen te (laten) verrichten. Bij een bestemmingsplan-overeenkomst gaat het om de gemeentelijke bereidheid om het bestemmingsplan te wijzigen, dus om het op een bepaalde wijze gebruiken van publiekrechtelijke bevoegdheden.

In projectontwikkelingsovereenkomsten c.q. bepaalde PPS-contracten draait het er vaak om dat de ontwikkelaar tegenover de planologische medewerking van de gemeente toezegt om een bepaald winkelcentrum, een toeristisch-recreatieve voorziening of een bos neer te zetten.⁹ De gemeente is wel bereid planologische toestemming te geven voor een bouw-project waardoor een stuk natuur verloren gaat, maar wenst dan wel dat elders nieuwe natuur ontwikkeld wordt. De gemeente wenst er door een bevoegdheden-overeenkomst bijv. van verzekerd te zijn dat het bestemmingsplan, niet al-

leen wat betreft het voor de ontwikkelaar interessante deel maar ook als geheel, daadwerkelijk tot stand zal komen.

De in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor de vraag of het geoorloofd is (middels het sluiten van een overeenkomst dan wel bij het geven van een beschikking) het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden afhankelijk te stellen van een prestatie van de burger, komen erop neer dat er geen wettelijk beletsel mag bestaan, dat de gemeente geen misbruik mag maken van haar bevoegdheden en van haar machtspositie, dat door voldoening van de prestatie een rechtstreekse bijdrage wordt geleverd aan de doelstelling van de wettelijke bepaling waarop de vereiste publiekrechtelijke medewerking berust en dat de door de gemeente te verstrekken medewerking in het algemeen belang tot het verlangen van de prestatie noopt.¹⁰ Afroming van de baat die het gevolg is van de gemeentelijke medewerking is dus uit den boze!

In het arrest Alkemade¹¹ oordeelde de Hoge Raad de in de bestemmingsplan-overeenkomst opgenomen voorwaarde inzake de woonruimteverdeling ongeoorloofd: planologische bevoegdheden mogen niet worden gebruikt ter behartiging van buiten deze regeling gelegen (volkshuisvestings-)belangen. Onjuist lijkt mij de uitspraak van het Hof in deze zaak, inhoudende dat het verlangen van een vergoeding van bestemmingsplankosten niet mogelijk zou zijn omdat daarvoor in de exploitatie-verordening geen basis zou bestaan. Naar mijn mening gaat de exploitatie-verordening over kosten van straataanleg etc. maar niet over bestemmingsplankosten, nl. de kosten van het opstellen van een bestemmingsplan. Voor het verhaal van deze kosten behoort in de verordening geen basis aanwezig te zijn; een bestemmingsplan is geen voorziening van openbaar nut waarvan de kosten ook op grond van de baatbelasting verhaalbaar zouden zijn. Op het verhaal van deze kosten is veeleer het leerstuk van toepassing inz. bevoegdheden-overeenkomsten (meerzijdig) c.q. het in een beschikking opleggen van financiële voorschriften (eenzijdig). Juist lijken mij dan ook recent gepubliceerde vonnissen van de rechtbanken te Almelo en Utrecht,¹² waarin het verhaal van dergelijke kosten in be-

stemmingsplanovereenkomsten in beginsel toelaatbaar is geoordeeld.

Men heeft wel gesteld¹³ dat het verhaal van bestemmingsplankosten en het verhaal van art. 49-claims van derden op projectontwikkelaars verboden zou zijn, omdat het de wettelijke taak is van gemeenten om bestemmingsplannen vast te stellen. In art. 71 WRO is bepaald dat de daarmee gemoeide kosten voor de gemeente verplichte uitgaven zijn. Dat argument gaat m.i. niet op: dat de wet de uitvoeringskosten van de WRO terzake van het opstellen van bestemmingsplannen tot verplichte uitgaven bestempelt, geeft de hogere overheid de mogelijkheid in te grijpen in de gemeente-begroting; dit betekent m.i. niet dat de betreffende kosten niet op belanghebbenden verhaald mogen worden.

De gemeente is niet verplicht op verzoek van een ontwikkelaar op een bepaald moment een hem welgevallig plan vast te stellen. Bij de honorering van een dergelijk verzoek gaat het om het gebruik van een in beginsel vrije bevoegdheid (vgl. voor een andere casuspositie: de brandweer is wél verplicht uit te rijden¹⁴). Het profijt dat een ontwikkelaar van een plan heeft, noopt er m.i. in het algemeen belang toe om art. 49-claims en bestemmingsplankosten op hem te verhalen: waarom zou de gemeenschap die kosten moeten betalen? Het is veeleer redelijk (ook volgens de art. 42 WRO-wetgever) dat de ontwikkelaar de productiekosten van het project draagt. Dit sluit aan bij het geval van de aanleg van wegen, zoals dit tot voor kort in de wet geregeld was. In art. 240 Gemeentewet (oud) waren de kosten gemoeid met de

⁸ Anders mr. J. Beks en prof. mr P. de Haan, NJB 2000, blz. 653 e.v.

⁹ Vgl. bijv. prof. Ten Berge, "Besturen door de overheid", Tjeenk Willink 1998, par. 11.2; prof. Hennekens "De bestemmingsplan-overeenkomst: een hachelijk rechtsavontuur", Gst. 1995, 7007, 1.

¹⁰ HR 13 april '62, NJ '64, 366, Kruseman; ARRvS 30 augustus '85, AB '86, 243, Rabobank Stompwijk Zoeterwoude; ARRS d.d. 1 februari '95 Gst. 7013, 8, m.nt. Goorden.

¹¹ HR 3 april 1998, NJ '98, 588 m.nt. ARB.

¹² D.d. 20 oktober 1999 en 4 augustus. Gst. 1995, 7110, 3 en 4, beide m.nt. HH.

¹³ Van Zundert, Het Bestemmingsplan, Tjeenk Willink, 1996 blz. 253.

¹⁴ HR 11 december '92, Gst. 1993, 6967, m.nt. HH, NJ '94, 639 m.nt. MS. Nabulsi-ving Vlissingen.

zorg voor de plaatselijke wegen als verplichte uitgaven gekwalificeerd. Dat weerhield de wetgever er niet van om op basis van het profijtbeginsel kostenverhaal mogelijk te maken op percelen die door de aangelegde wegen etc. waren gebaat.

5. Project-ontwikkelaar en exploitatie-overeenkomst

Plegen er in project-ontwikkelings-overeenkomsten (veelal een mix van een bevoegdheden-overeenkomst, een grondtransactie en een exploitatie-overeenkomst) op verzoek van de ontwikkelaar bedingen te staan die afwijken van de exploitatie-verordening?

Naar mijn ervaring komt dit zeker voor. In vele exploitatie-verordeningen is bijv. opgenomen dat wordt af gerekend op basis van de achteraf aan te tonen werkelijke kosten. Dit is in het belang van de gemeente en ook wel van particulieren; de gemeente is verzekerd van volledig kostenverhaal en de particulieren weten zeker dat zij niet teveel betalen. Voor project-ontwikkelaars ligt dit anders: i.v.m. kosten-calcuatie etc. wensen zij geen open eind. In hun belang en achteraf met regelmaat in het nadeel van de gemeente worden dus in veel overeenkomsten in afwijking van de verordening voor de verrichtingen van de gemeente vooraf vaste bedragen overeengekomen.

Naar mijn ervaring komt het ook regelmatig voor dat in contracten m.b.t. de projecten waarbij slechts één ontwikkelaar optreedt, anders dan de verordening wil, geen exploitatie-opzet wordt opgesteld. Een dergelijke opzet heeft immers vooral de strekking een verdeling van kosten te maken tussen meerdere belanghebbenden.

In de recentere model-verordeningen van de VNG is de exploitatie-overeenkomst gedefinieerd als de overeenkomst, hoe ook genaamd, waarin de gemeente met een exploitant voorwaarden overeenkomt waaronder de gemeente voorzieningen van openbaar nut zal treffen of daaraan medewerking zal verlenen. Deze medewerking ziet op de situatie dat de weg door de ontwikkelaar wordt aangelegd waarna vervolgens de medewerking van de gemeente bestaat in het o.g.v. de Wegenwet openbaar verklaren en beheren van

de weg. Een gemeente wil – zo is mijn praktijkervaring – alvorens een door de ontwikkelaar aangelegde weg openbaar te verklaren en in beheer en eigendom over te nemen,¹⁵ weten of de weg deugdelijk is aangelegd (en wil dus kosten van toezicht etc. verhalen). Naar mijn ervaring willen ontwikkelaars uit kosten-overwegingen graag wegen (en andere openbare voorzieningen) zelf aanleggen. Dit mag zo zijn, maar de veronderstelde (machts)positie van de gemeente op het punt van de wegenaanleg was nu juist de reden voor invoering van art. 42 WRO! De geschetste situatie is daarom niet de situatie waarop de wetgever het oog heeft gehad, zodat de betreffende bepaling m.i. ook niet in een exploitatie-verordening thuishoort.

Moet op basis van het arrest inzake van Lieshout/Uden worden geconcludeerd dat de gemeente bij elke afwijking van de exploitatie-verordening haar vorderingsrecht niet geldend kan maken, onafhankelijk van bijv. de vraag of de overtreden bepaling in de verordening thuishoort?

Het fenomeen “project-ontwikkelaar” was tot in de jaren '60 nagenoeg onbekend. Het rapport van de Staatscommissie Van den Bergh dateert uit 1950 en de MvT is ingediend voor het zittingsjaar van de Tweede kamer 1955-56. De wetgever heeft de (grootschalige) ontwikkelaar als figuur in het bouwproces niet voorzien. Een ontwikkelaar is echter een wezenlijk andere figuur dan een particuliere grondeigenaar, een agrariër wiens grond in een uitbreidingsplan is gevallen. Het meest markante verschil in de positie tussen ontwikkelaar en grondeigenaar zie ik hierin dat de eigenaar waarop de wetgever het oog had een reeds bestaande bestemming wil realiseren. Een ontwikkelaar wenst echter te bereiken dat er een nieuwe bestemming wordt gegeven. De project-ontwikkelaar maakt daartoe van tevoren in vrijheid en in wetenschap van zijn rechten afspraken met de gemeente. De ontwikkelaar in ieder geval de ontwikkelaar die over gronden kan beschikken, bezit een gezonde machtspositie, zeker als de gemeente in realisering van een project geïnteresseerd is. Niet alleen zijn vrijheid en machtspositie, maar ook zijn deskundigheid maken dat een projectontwikkelaar meestal niet de mindere van de gemeente is. De particuliere grondeigenaar die de wetgever

op het oog had, verkeert in een afhankelijke positie door een gebrek aan ervaring en deskundigheid en doordat deze zich al voordat het bestemmingsplan tot stand kwam, ter plaatse bevond. Ik onderschrijf de visie van Drupsteen¹⁶ dat “onderscheid gemaakt moet worden tussen de grootschalige exploitatie door projectontwikkelings- en bouwmaatschappijen en de kleinschalige door particulieren die een enkel of enkele bouwpercelen in exploitatie willen brengen.”

Naar mijn mening kan het toch niet de bedoeling zijn dat grote, kapitaalcrachtige ontwikkelaars thans zonder meer de art. 42 WRO-bescherming kunnen invoeren die de wetgever aan particuliere grondezitters had toebedacht. Het is m.i. onaanvaardbaar dat ontwikkelaars zich n.a.v. het arrest Van Lieshout/Uden wegens strijd met – de letter van – de verordening plotsklaps op nietigheid van de met hen gesloten overeenkomsten kunnen beroepen, in weerwil van het feit dat ontwikkelaars tenminste zo deskundig zijn als gemeenten en zij tevoren niet hebben geklaagd over een mogelijke strijdigheid met de hen bekende verordening en deze overeenkomsten bijv. ten aanzien van overeengekomen vaste bedragen zelf hebben gewild.

Met het vorenstaande wil ik niet zeggen dat, terwijl particulieren o.g.v. deze verordening niet meer dan de werkelijke kosten van wegaanleg behoeven te betalen, van ontwikkelaars zou mogen worden verlangd dat zij meer dan deze kosten moeten gaan betalen; voor een dergelijk verschil in behandeling bestaat geen rechtvaardiging. Ik wijs erop dat PPS-overeenkomsten veelal een bevoegdheden-overeenkomst bevatten; in het kader van een dergelijke overeenkomst is kostenverhaal wel, maar baatafoming m.i. niet toelaatbaar. Aldus bestaat er toch wel een zekere bescherming.

6. Uitwerking

Omtrent de dogmatische uitwerking, allereerst van de art. 42 WRO-bescherming voor particuliere grondei-

¹⁵ Vgl. art. 15 Wegenwet: een overeenkomst over de betreffende bevoegdheid is m.i. een bevoegdhedenovereenkomst, zodat strikt genomen art. 42 WRO niet van toepassing is.

¹⁶ In zijn noot onder Van Lieshout/Uden. AB '96, 280.

genaren, merk ik het volgende op. Strijdigheid met de wet resulteert in nietigheid; strijdigheid met beleid niet, althans niet rechtstreeks, m.i. ook niet indien het beleid in een verordening is vastgelegd. Let wel: de waarborg is wel door de wetgever gegeven, maar de verordening ex art. 42 WRO is geen wettelijke waarborg in de zin van art. 3:40 BW; uitsluitend een waarborg bestaande in een formele wet kan ex art. 3:40 BW in nietigheid resulteren. Ook vind ik het niet juist te stellen dat het beleid i.c. van openbare orde is om vervolgens langs die omweg nietigheid te construeren. Als de verordening van openbare orde zou zijn, is het ook moeilijk verklaarbaar waarom in het ene geval wel en in het andere geval niet een strijdigheid met de verordening tot nietigheid moet leiden, welke mogelijkheid inherent is aan het beleidskarakter van de verordening.

Art. 3:14 BW bepaalt dat een bevoegdheid die iemand (lees: de overheid) naar het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met het publiekrecht. Het in de exploitatie-verordening vastgelegde (publiekrechtelijke) beleid terzake van met particulieren te sluiten wegaanleg-overeenkomsten, betekent dat gemeenten terzake van dergelijke overeenkomsten o.g.v. het bestuursrecht gebonden zijn. Zonder een door de gemeente aannemelijk te maken goede reden (bij voorkeur: vrije instemming van de particulier, hetgeen kennis van zijn aanspraken vooronderstelt) mag zij niet van dit beleid afwijken; overtreding van dit verbod is een schending van de wet, nl. art. 3:14 BW, zodat m.i. ex art. 3:40 BW tot vernietigbaarheid geconcludeerd kan worden. Dit art. 3:14 BW lid 2 heeft volgens de Memorie van Toelichting een kapstokfunctie;¹⁷ schending van art. 3:14 BW kan bijv. ook tot de conclusie leiden dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁸

Langs dezelfde weg kan m.i. tot nietigheid worden geconcludeerd terzake van met project-ontwikkelaars gesloten overeenkomsten, met dien verstande dat de enkele schending van het (in ieder geval in oorsprong slechts) voor particuliere grondeigenaars in de exploitatie-verordening vastgelegde beleid niet kan leiden tot een vermoeden van schending van het publieke recht. Het valt op dat bij de beoordeling van de bevoegdheden-overeenkomsten in de hiervoor bedoelde uitspraken van de

rechtbanken in Utrecht en Almelo wel wordt gesproken over détournement de pouvoir en schending van art. 3:13 BW (misbruik van burgerlijk rechtelijke bevoegdheid; via de schakelbepaling art. 3:15 BW komen publiekrechtelijke bevoegdheden overigens wel in beeld), zonder dat aandacht wordt geschonken aan het feit dat het gaat om publiekrechtelijke bevoegdheden; het gestelde gebruik van bevoegdheid was dus in strijd met het publiekrechtelijk détournement-verbod, zodat er m.i. rechtstreeks een schending van art. 3:14 BW zou kunnen zijn. Leidt deze juridische beschouwing nog tot een praktisch doel? Naar mijn mening wel, omdat door het bewustzijn dat het gaat om de vraag of het bestuursrecht zich verzet tegen de gesloten (bevoegdheden-) overeenkomst, de (door de Raad van State, maar ook door de Hoge Raad in het Kruseman-arrest gehanteerde) bestuursrechtelijke normen beter in beeld komen. Daarbij gaat het met name om de vraag of het gebruik van de planologische bevoegdheid al dan niet in het algemeen belang noopt tot het verlangen van de door de ontwikkelaar te verrichten prestatie. De gemeente mag bijv. wel een financiële bijdrage verlangen voor de noodzakelijkerwijs aan te leggen compensatie-natuur, maar mag naar geldend recht de algemene kas niet spekken. De project-ontwikkelaar zal de schending van het bestuursrecht moeten aantonen.

Terzijde merk ik op dat in de uitspraken van de rechtbanken te Utrecht en Almelo beroep is gedaan op nietigheid ex art. 3:44 BW, misbruik van omstandigheden. Toepassing van dit wetsartikel lijkt mij zeker verdedigbaar en biedt in ieder geval het grote voordeel dat de vraag aan de orde komt of de gemeente een particulier of project-ontwikkelaar al dan niet had behoren te weerhouden van het in strijd met het gemeentelijk beleid of het publiekrecht aangaan van de overeenkomst. Dit "behoren te weerhouden" biedt m.i. goede mogelijkheden elke zaak op zijn merites te beoordelen: de ene particulier is de andere niet en dat geldt ook voor project-ontwikkelaars. Dit aspect lijkt mij hoe dan ook van belang bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een beginsel van behoorlijk bestuur c.q. het publiekrecht in zijn algemeenheid.

Het lijkt misschien wel vreemd dat de burgerlijke rechter o.g.v. het publieke

recht de geldigheid van bevoegdheids-overeenkomsten behoort te toetsen, maar dat is m.i. het onontkoombare gevolg van het feit dat de bestuursrechter alleen besluiten mag toetsen.

7. Slot

Indien bij het sluiten van exploitatie-overeenkomsten de verordening ex art. 42 WRO niet strikt in acht is genomen, meen ik dat ontwikkelaars zich niet gelijk "eenvoudige particulieren" met een enkel beroep daarop aan hun betalingsverplichtingen mogen onttrekken. Ik meen dat het botweg inzetten van de juridische wapens "nietigheid" of "niet geldend kunnen maken" dogmatisch en (wets-)historisch gezien niet te rechtvaardigen is. Van misbruik van omstandigheden of van machts-overwicht zal m.i. niet gauw sprake zijn als de gemeente zaken heeft gedaan met een grote projectontwikkelaar; een aannemer die een keer een project van 3 woningen realiseert, is daarbij uiteraard een andere figuur dan een professionele project-ontwikkelaar die de ene na de andere stadswijk bouwt.

Het grondbeleid inclusief het gemeentelijk kostenverhaal wordt thans in een interdepartementaal beleidsonderzoek onder de loep genomen, waarvan de resultaten medio 2000 beschikbaar zullen zijn, aldus de Minister van VROM. Publiek-private samenwerkingsconstructies zullen worden belicht in de eveneens medio 2000 te verwachten Vijfde Nota over de Ruimtelijke Ordening. Het ware wenselijk dat de wetgever meer helderheid schept op het gebied van zowel de (planologische) bevoegdhedenovereenkomsten als de exploitatie-overeenkomsten. Een daarbij te beantwoorden politieke vraag lijkt mij of het nu wel zo redelijk is dat de project-ontwikkelaar in beginsel geheel mag profiteren van de positieve waarde-ontwikkeling die het gevolg is van een bestemmingswijziging.¹⁹

¹⁷ Vgl. MvT Inv. Boek 3 BW, Parl. Gesch. blz. 1054.

¹⁸ Vgl. HR d.d. 27 maart 1987, NJ 1987, 727 inz. Amsterdam vs IKON, m.nt. MS; HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, Kunst- en Antiekstudio Lelystad, m.nt. MS; HR 24 april 1992, Gst. 1992, 6950, 6 m.nt. HH, NJ 1993, 232, Zeeland vs. Hoondert, m.nt. MS.

¹⁹ M.n. de hiervoor in voetnoot 11 vermelde uitspraken.