

# De overheid als contractpartner bij ruimtelijke ontwikkelingen – verzwakt veel beloven het vertrouwen?

BR 2016/9

**In de praktijk komt het regelmatig voor dat de gemeenteraad planologische medewerking onthoudt aan een ruimtelijke ontwikkeling, nadat de ontwikkelaar daarover maanden – soms jaren – overleg heeft gevoerd met de gemeente. De ontwikkelaar ontleende aan dat overleg het vertrouwen dat de gemeenteraad zijn planologische medewerking wel zou verlenen. Soms is dat vertrouwen zelfs gebaseerd op een (anterieure) overeenkomst. In de rechtspraak blijkt echter dat de ontwikkelaar moeilijk kan afdwingen dat de gemeente het aldus opgewekte vertrouwen honoreert en de benodigde planologische medewerking verleent. Daarom onderzoeken wij in deze bijdrage de vraag of gemeenten niet (te) onbetrouwbaar zijn als contractpartners bij ruimtelijke ontwikkelingen. Wij analyseren de problematiek, doen vijf verbetervoorstellen en wegen die voorstellen tegen elkaar af.**

## 1. INLEIDING

De afgelopen jaren is het regelmatig voorgekomen dat de gemeenteraad zich (nogal eens bij verrassing) niet bereid toont om planologische medewerking te verlenen aan een ruimtelijke ontwikkeling die in een (intensief) ambtelijk overleg is voorbereid door het college (van burgemeester en wethouders) is geaccordeerd of waarover het college zelfs een overeenkomst met de projectontwikkelaar heeft gesloten. De gemeenteraad stelt tegen alle verwachtingen – of zelfs de overeenkomst – in het benodigde bestemmingsplan niet vast. In een procedure tegen deze weigering zal een ontwikkelaar zich doorgaans beroepen op het vertrouwensbeginsel en aanvoeren dat de gemeenteraad is gehouden het bestemmingsplan alsnog vast te stellen. Maar waar de gemeenteraad het bestemmingsplan vaststelt, heeft het college het vertrouwen opgewekt waarop de ontwikkelaar zich beroept. Gerechvaardigd vertrouwen opgewekt door een ander orgaan dan het bevoegde orgaan wordt niet snel gehonoreerd door de bestuursrechter. Als al wordt aangenomen dat het college het gerechvaardigd vertrouwen heeft kunnen opwekken dat de gemeenteraad een besluit zou nemen, dan slaagt dit beroep alsnog zelden. De gemeenteraad moet namelijk niet alleen het belang van de ontwikkelaar laten meewegen bij de beslissing tot vaststelling van een bestemmingsplan, ook spelen het algemeen belang (een

goede ruimtelijke ordening) en het belang van omwonenden en andere derden een rol.<sup>2</sup>

Een goed voorbeeld van deze materie is te vinden in een Afdelingsuitspraak uit 2012.<sup>3</sup> Een boer onderhandelt ten behoeve van een rood-voor-rood-overeenkomst met ambtenaren en een wethouder van de gemeente Tubbergen. Het 'rood' slaat op het rood van de dakpannen; de boer breekt een boerenschuur af en mag in ruil daarvoor twee 'compensatiewoningen' bouwen. Het uiterlijk van de omgeving gaat erop vooruit en de betrokken ambtenaren geven aan dat het college zal meewerken aan het verlenen van benodigde omgevingsvergunningen en dat de gemeenteraad de bestemming zo zal wijzigen dat wonen wordt toegestaan. De overeenkomst met de gemeente wordt gesloten en de vergunningaanvraag wordt gezamenlijk voorbereid. In afwachting van de vergunningen en de vereiste bestemmingswijziging voor de vervangende woningen, breekt de boer alvast zijn agrarische bedrijfsbebouwing af. Tot zijn teleurstelling moet hij echter ervaren dat de gemeenteraad weigert een gewijzigd bestemmingsplan vast te stellen. De boer procedeert tegen dit weigeringsbesluit, maar vangt bot bij de Afdeling. Zijn beroep op het vertrouwensbeginsel wordt afgewezen. Volgens de Afdeling bevat de overeenkomst een inspanningsverplichting voor het college en is de Raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan gebonden aan art. 3.1 Wro. In dat kader is het bij de boer opgewekte vertrouwen slechts een mee te wegen belang.<sup>4</sup>

Wat moet de boer doen om het bestemmingsplan te laten vaststellen? Wij zullen zien dat het civiele recht geen uitkomst biedt; een vordering tot nakoming is uitgesloten, aangezien de bestuursrechtelijke weg heeft opengestaan of nog openstaat.<sup>5</sup> Een vordering tot schadevergoeding verzacht bij toewijzing weliswaar de pijn, maar de boer heeft reeds zijn schuur afgebroken en wil dat het project doorgang vindt zodat hij twee compensatiewoningen kan bouwen. De boer is aangewezen op het bestuursrecht. Leo Damen vraagt zich in zijn annotatie bij de 'rood-voor-rood-uitspraak' en enkele andere soortgelijke uitspraken vertwijfeld af of de belang-

2 Over het vertrouwensbeginsel is een onafzienbare hoeveelheid literatuur en rechtspraak beschikbaar. Ook tijdens het schrijven van dit artikel verschenen er weer vele uitspraken, annotaties en relevante artikelen en dissertaties. Volledig bronnenonderzoek hebben wij niet beoogd. Wel hebben wij getracht om het voor deze bijdrage relevante materiaal tot 1 december 2015 te bestuderen en naar een representatieve selectie te verwijzen in de voetnoten.

3 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520 (Tubbergen).

4 Op grond van de artikelen 3:2, 3:4 en 3:47 Awb moet dit belang op kenbare wijze worden meegewogen, zie recent ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384 met instructieve noot Huisman.

5 Zie hierna paragraaf 3.2.

1 Tijn Kortmann en Pieter Swagemakers zijn beiden advocaat bij Stibbe. Tijn Kortmann is tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht.

hebbende in dit soort gevallen dan maar moet onderhandelen met de gemeenteraad zelf.<sup>6</sup>

De vraag rijst of de gemeente vanuit de positie van ontwikkelaars gezien niet een (te) onbetrouwbare onderhandelingspartner is. Daartoe beschrijven wij eerst wat uitgebreider de problematiek (paragraaf 2). Aan de hand van een drietal complexiteiten die naar voren komen uit literatuur- en jurisprudentieonderzoek concluderen wij dat de zojuist gestelde vraag inderdaad bevestigend beantwoord kan worden (paragraaf 3). Vervolgens doen wij voorstellen aan de hand waarvan het stelsel verbeterd kan worden en vergelijken wij deze onderling. De verbetervoorstellen toetsen wij aan criteria die wij formuleren naar aanleiding van de complexiteiten (paragraaf 4). Wij behandelen deze verbetervoorstellen in losse paragrafen (paragrafen 5 tot en met 9). Deze bijdrage sluiten wij af met een conclusie, enkele observaties en aandachtspunten voor de praktijk (paragraaf 10).

## 2. PROBLEMATIEK CONTRACTEREN MET DE OVERHEID

De problematiek die de aanleiding vormt voor deze bijdrage, ontstaat als blijkt dat (de vertegenwoordigers van) het college en de gemeenteraad uiteenlopende standpunten hebben over een ruimtelijke ontwikkeling waarover de gemeente contracteert met de ontwikkelaar. Zoals wij reeds in de inleiding hebben vermeld, is de oorzaak van deze problematiek onder meer gelegen in de rolverdeling tussen het college en de gemeenteraad. Het college besluit namens de gemeente tot het aangaan van de overeenkomst.<sup>7</sup> Het staat gemeenten<sup>8</sup> in beginsel vrij om te bepalen waarover wordt gecontracteerd<sup>9</sup> en welke onderhandelingsstrategie wordt

gekozen.<sup>10</sup> Van belang is dat publiekrechtelijke rechtspersonen geen reguliere contractspartner zijn; niet alleen moeten gemeenten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen,<sup>11</sup> ook mag de keuze voor privaatrecht het publiekrecht niet op een onaanvaardbare wijze doorkruisen.<sup>12</sup> Verbindt de gemeente zich tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (een bevoegdhedenovereenkomst) dan zullen te dien aanzien ook de waarborgen in acht moeten worden genomen waarmee die bevoegdheid is omgeven.<sup>13</sup> Het college kan aldus besluiten tot het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst met een ontwikkelaar, waarin diverse inspanningsverplichtingen worden opgenomen.<sup>14</sup> Denk hierbij aan de verplichting dat de gemeente zich zal inspannen om (tijdig) de benodigde vergunningen te verlenen, een bestemmingsplan vast te stellen en overigens medewerking te verlenen aan het project.

Waar het college beslist tot het aangaan van een overeenkomst, daar besluit de gemeenteraad tot de vaststelling van een bestemmingsplan.<sup>15</sup> Het privaatrechtelijk bevoegde orgaan (het college dat besluit tot het aangaan van overeenkomst) en het publiekrechtelijk bevoegde orgaan (de gemeenteraad als bevoegd gezag betreffende bestemmingsplannen) zijn dus niet gelijk. Dat gaat goed zolang de gemeenteraad beslist conform de overeenkomst die is aangegaan na besluit daartoe door het college. Problematisch wordt het als de gemeenteraad het bestemmingsplan vaststelt op een wijze die afwijkt van hetgeen in een overeenkomst daarover is opgenomen. Vóór de dualisering van het gemeentebestuur was de gemeenteraad én bevoegd tot het sluiten van overeenkomst, én bevoegd om te besluiten tot

6 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5102, AB 2013/347, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1666, AB 2013/348, m.nt. L.J.A. Damen. Vgl. de annotatie van Van Zundert in Gst. 2015/84 bij HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737.

7 Het college besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gemeentewet. De burgemeester vertegenwoordigt de gemeentelijke rechtspersoon ingevolge artikel 171 lid 1 Gemeentewet in en buiten rechte (ex lid 2 is de bevoegdheid overdraagbaar).

8 Ingevolge artikel 3:32 lid 1 BW zijn natuurlijke personen bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen. Rechtspersonen zijn dat ook, aangezien zij voor wat betreft het vermogensrecht in artikel 2:5 BW zijn gelijkgesteld met natuurlijke personen. Rechtspersonen bestaan uit openbare lichamen waaronder gemeenten (artikel 2:1 BW), kerkgenootschappen (artikel 2:2 BW) en private rechtspersonen (artikel 2:3 BW).

9 Zie uitgebreider over de bijzondere positie die een rechtspersoon van overheidswege inneemt in een contracterend proces: HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/729 en AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg (*Amsterdam-IKON*). Zie meer in het algemeen de bijdragen in de *AB Klassiek* (L.J.A. Damen bij HR Felix/Aruba, in: T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 287-305) en de *JB Select* (S. Hillegers bij ABRvS beheersgebiedsplan Flevoland, in: R.J.N. Schlössels e.a., *JB Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014).

10 In de literatuur is uitgebreid geschreven over het contracteren met gemeenten en de verschillende vormen van overeenkomsten. Enkele bronnen die de geïnteresseerde lezer in de juiste richting wijzen: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, 16<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 241-253 en 407-431 (zie ook de afsluitende literatuuroverzichten bij hoofdstukken 6 en 9); M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 203-323; P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

11 HR 27 maart 1987, AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema, BR 1987, p. 553, m.nt. P. de Haan en Gst. 6840 met artikel A.J.C. de Moor-van Vugt en M.H. Kobussen (*IKON*); HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, NJ 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*).

12 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393, M. Scheltema (*Windmill*); HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, NJ 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, AB 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*).

13 Zoals procedurele waarborgen en het legaliteits- en specialiteitsbeginsel. Een klassiek voorbeeld waarin dat niet gebeurde is nog steeds het arrest Alkemade / Hornkamp, HR 3 april 1998, NJ 1998/588, m.nt. A.R. Bloembergen, AB 1998/241, m.nt. Th. G. Drupsteen, JB 1998, 128, m.nt. H.J. Snijders en Gst. 1998, 7079 nr. 3, m.nt. H. Ph. J. A. M. Hennekens (*Alkemade/Hornkamp*). Over de bijzondere positie van bevoegdhedenovereenkomsten binnen de tweewegenleer schreven recent F.J. van Ommersen en P.J. Huisman, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsvereenkomstenrecht*, Den Haag: Bju 2015.

14 Het woord 'inspanning' drukt uit dat de gemeente zich heeft te houden aan de zojuist genoemde procedurele en inhoudelijke waarborgen.

15 De planologische medewerking kan ook bestaan uit het verlenen van een verklaring van geen bedenkingen. Wij komen daar in paragraaf 8 op terug.

vaststelling van een bestemmingsplan.<sup>16</sup> Beide bevoegdheden waren dus in een hand. De verandering daarvan naar aanleiding van de dualiseringsopgave kan als belangrijke aanleiding worden gezien voor de huidige problematiek.<sup>17</sup>

Een illustratieve casus is kenbaar uit een vrij recent, maar niettemin al veelbesproken, arrest van de Hoge Raad over dit onderwerp: het Hof-van-Twente-arrest van 26 juni 2015.<sup>18</sup> Een ontwikkelaar, VOF Landgoed Hof van Twente, sluit begin 2006 een samenwerkingsovereenkomst met het college van de gemeente Hof van Twente over de ontwikkeling van een bungalowpark. Deze overeenkomst voorziet in een uitwerking in: (i) een bestemmingsplan; en (ii) overige realisatiedocumenten. Beide behoeven op grond van de samenwerkingsovereenkomst de goedkeuring van de gemeenteraad. Ter uitwerking van de samenwerkingsovereenkomst zijn in opdracht van het college verschillende conceptovereenkomsten opgesteld door een gemeentelijke stuurgroep. Een daarvan is een conceptrealisatieovereenkomst van oktober 2008. Onderdeel van dit concept is een verbod tot uitpounding<sup>19</sup> van recreatiewoningen. Dat verbod vormt uiteindelijk de aanleiding voor dit geschil. Voor de ontwikkelaar is het een deal breaker, temeer nu de samenwerkingsovereenkomst uit 2006 uitpounding niet verbiedt. Het college gaat hier in eerste instantie in mee en besluit de realisatieovereenkomst zonder het verbod in november 2009 ter goedkeuring aan de gemeenteraad voor te leggen. In deze raadsvergadering staan dus zowel de instemming met de overeenkomst als de vaststelling van het bestemmingsplan geagendeerd. Voor de gemeenteraad is opname van het verbod echter een absoluut vereiste om met de ontwikkeling te kunnen instemmen. Vanwege dit verschil in opvatting kan de gemeenteraad niet instemmen met de realisatieovereenkomst. In het verlengde daarvan stelt de gemeenteraad ook het bestemmingsplan niet vast. Het college besluit vervolgens van het project af te zien. Evenals in de zaak over de 'rood-voor-rood-overeenkomst' gaat het hier uiteindelijk mis bij de vaststelling van het bestemmingsplan; de gemeenteraad van Hof van Twente stelt andere voorwaarden dan het college en een ambtelijke stuurgroep, en weigert het vereiste bestemmingsplan vast te stellen. De ontwikkelaar vangt uiteindelijk zowel bij de bestuursrechter als de civiele rechter bot: beide rechters benadrukken de autonome positie van de gemeenteraad.

Ongeacht op welk moment de diverse handelingen plaatsvinden, is het niet vreemd dat het bij ontwikkelaars tot frustratie en onbegrip leidt als zij jarenlang met de gemeente

hebben onderhandeld en uiteindelijk tot een overeenkomst zijn gekomen, maar alsnog bot vangen omdat de gemeenteraad het bestemmingsplan niet vaststelt. Nieuw is de problematiek echter niet. Reeds in 1997 deed de Afdeling haar Neerijnen-uitspraak.<sup>20</sup> In de casus die heeft geleid tot deze uitspraak, verbindt de gemeente zich tot het geven van een woonbestemming aan een perceel. Bij vaststelling van het bestemmingsplan kent de gemeenteraad toch een natuurbestemming toe aan het perceel. De Afdeling oordeelt dat de gemeenteraad dit kan doen als een goede ruimte ordening zulks vordert. Een andere opvatting zou de rechtsbescherming voor derden illusoir maken. Deze uitspraak laat zien dat het probleem van de 'onbetrouwbare contracterende overheid' zich ook al voor de dualiseringsoperatie van 2002 voordeed. De dualisering heeft aan die problematiek alleen nog een element toegevoegd.

### 3. IDENTIFICERING VAN DE COMPLEXITEITEN

#### 3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf beschreven wij de problematiek die de aanleiding vormt voor deze bijdrage. Deze problematiek vatten wij nu samen in de volgende uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het vervolg van deze bijdrage:

- een ontwikkelaar onderhandelt met vertegenwoordigers van het college (ambtenaren) over de realisering van een (bouw)project;
- het college besluit namens de gemeente tot het aangaan van een overeenkomst met de ontwikkelaar die de realisering van het project tot doel heeft;
- voor de feitelijke uitvoering van het project is de ontwikkelaar afhankelijk van een nieuw bestemmingsplan, waarin de overeenkomst voorziet;
- de gemeenteraad beslist over de vaststelling van een bestemmingsplan;
- de gemeenteraad blijkt een andere opvatting te zijn toegedaan dan het college en stelt het bestemmingsplan niet vast;
- de ontwikkelaar wil dat de gemeenteraad – conform de overeenkomst – het bestemmingsplan alsnog vaststelt en prefereert dit boven het instellen van een vordering tot schadevergoeding.

De voorkeur van de ontwikkelaar voor nakoming van de projectovereenkomst leidt tot een drietal complexiteiten die wij in deze paragraaf bespreken. Of de keuze tussen nakoming en schadevergoeding altijd bestaat en waar de ontwikkelaar bij beide opties op moet letten, bespreken wij in paragraaf 3.2. Als de ontwikkelaar kiest voor de weg van nakoming, dan is hij aangewezen op het bestuursrecht en moet hij een beroep doen op het vertrouwensbeginsel. Een bondige beschouwing van dit leerstuk komt aan bod in paragraaf 3.3. Tot slot zien wij in paragraaf 3.4 dat, als de ontwikkelaar al kan aantonen dat sprake is van gerechtvaardigd

16 M.J. de Groot, 'Overeenkomsten sluiten door gemeenten in het duale bestel', *Gst.* 2003/173.

17 Helder beschreven in: H. Ph. J.A.M. Hennekens, 'Enkele knellende punten in de gemeentelijke structuur, de raad en het college van B&W in de ruimtelijke ordening', *TBR* 2015/173.

18 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737 (*Hof van Twente*); *Gst.* 2015/84, m.nt. J.W. van Zundert; *JB* 2015/141, m.nt. C.N.J. Kortmann; *JA* 2015/133, m.nt. D. Sietse; *BR* 2015/100, m.nt. E.W.J. de Groot en K. Meijering; *O&A* 2015/60, m.nt. J.H.A. van der Grinten.

19 Onder uitpounding wordt de verkoop verstaan van leegstaande huurwoningen.

20 ABRvS 7 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AP7126, *Gst.* 1998/7, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

vertrouwen op de vaststelling van het bestemmingsplan, dit vertrouwen alsnog niet snel wordt gehonoreerd.

### 3.2 *Schadevergoeding of nakoming?*<sup>21</sup>

De keuze voor nakoming in plaats van schadevergoeding bestaat slechts als er een overeenkomst is gesloten of een bindende toezegging is gedaan. In de andere gevallen kan de ontwikkelaar slechts een vordering tot schadevergoeding indienen, gebaseerd op onrechtmatige daad of het leerstuk van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

#### *Nakoming*

Voor het slagen van een vordering tot nakoming is vereist dat sprake is van (bestuursrecht) rechtens te honoreren vertrouwen of (civiel recht) een overeenkomst met opeisbare verplichtingen. Als sprake is van een opeisbare verplichting, zoals een dergelijke plicht kan volgen uit een overeenkomst, wijst de civiele rechter nakomingsvorderingen in beginsel toe (artikel 3:296 BW). Als nakoming echter inhoudt dat een appellabel besluit moet worden genomen, dan verklaart hij de vordering niet-ontvankelijk.<sup>22</sup> Daarvan is hier sprake. Gemeenten en ontwikkelaars contracteren immers onder andere over het nemen van een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan. De overeenkomst is voor dat gedeelte een bevoegdhedenovereenkomst.

Voor de nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst is de ontwikkelaar dus aangewezen op de bestuursrechtelijke rechtsgang. De Afdeling is echter terughoudend met het toewijzen van een beroep op nakoming van een verplichting tot het nemen van een ruimtelijk besluit, omdat bij de voorbereiding van een dergelijk besluit alle belangen moeten worden meegewogen. Het belang van de persoon bij wie vertrouwen is opgewekt mag niet worden 'voorgetrokken'. Het louter honoreren van opgewekte verwachtingen kan tot gevolg hebben dat andere belangen die bij het besluit zijn betrokken in het gedrang komen. Daarom heeft de jurisprudentie van de Afdeling over dit onderwerp de strekking dat opgewekt vertrouwen een mee te wegen belang is.<sup>23</sup> De gemeenteraad is gehouden om bij het vaststellen van het bestemmingsplan de omstandigheid te betrekken dat een overeenkomst bestaat met een ontwikkelaar over de wijze waarop het bestemmingsplan wordt vastgesteld. Het vaststellingsbesluit moet dan ook inzicht bieden in de wijze waarop de gemeenteraad rekening heeft gehouden met deze omstandigheid. Doet de gemeenteraad dat niet of niet voldoende, dan kan dat reden zijn om het bestemmingsplan (gedeeltelijk) te vernietigen.<sup>24</sup>

#### *Schadevergoeding*

Indien sprake is van (bestuursrecht) rechtens te honoreren vertrouwen dat niet is gehonoreerd of (civiel recht) een overeenkomst waarbij de gemeente in verzuim is (artikel 6:80 BW e.v.), dan kan (naast nakoming of als nakoming niet meer mogelijk is) schadevergoeding wegens wanprestatie worden gevorderd (artikel 6:74 BW).<sup>25</sup> Bij schadevergoeding wegens wanprestatie bestaat recht op geleden verlies en gederfde winst, inclusief rente en kosten (artikel 6:96 BW). Als sprake is van een contract, zijn bovendien ook de andere acties uit het BW mogelijk.<sup>26</sup>

Daarnaast bestaat de situatie dat nog geen sprake is van een contract of rechtens te honoreren vertrouwen. Dan kan sprake zijn van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>27</sup> Die aansprakelijkheid is dan niet gelegen in het niet honoreren van het vertrouwen (dat hoefde immers niet), maar juist in het opwekken van het vertrouwen en het uitlokken van investeringen zonder de ontwikkelaar voldoende te waarschuwen dat het allemaal nog stuk kan lopen bij het college of de gemeenteraad en dat de gemeente in dat geval niets zal vergoeden. Het gaat hier dus om schending van een ongeschreven zorgvuldigheidnorm. Of daarvan sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval.

Tot slot kan er nog sprake zijn van een schadevergoedingsverplichting op grond van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.<sup>28</sup> Juridisch dogmatisch ligt dit dicht tegen de onrechtmatige daad aan, maar wordt daar toch van onderscheiden.

### 3.3 *Het vertrouwensbeginsel*

In de vorige paragraaf hebben wij gezien dat als de ontwikkelaar wil bewerkstelligen dat de gemeenteraad overeenkomstig de afspraak een bestemmingsplan vaststelt, hij is aangewezen op het vertrouwensbeginsel en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur om dat betoog te onderbouwen.

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is nodig dat rechtens te honoreren verwachtingen zijn ontstaan bij de ontwikkelaar. Verwachtingen zijn rechtens te honoreren als sprake is van: (i) concrete en ondubbelzinnige toezeggingen; die (ii) zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon; en die (iii) zijn toe te rekenen aan het bestuursorgaan.<sup>29</sup> De ontwikkelaar die een beroep doet op het vertrouwensbeginsel is er echter nog niet als hij kan aantonen dat zijn verwachtingen rechtens moeten worden gehonoreerd. Er moet namelijk nog een belangenafweging plaatsvinden. Het belang van de persoon bij wie gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt moet worden afgewogen tegen het alge-

21 Zie uitgebreider hierover: C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 2, 'Nakoming en aansprakelijkheid'.

22 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, r.o. 3.7 (ETAM/Zoetermeer).

23 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3067, BR 2013/22, m.nt. C.N.J. Kortmann en J.C. van Oosten; ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:643; ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1486; ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, AB 2015/384, m.nt. P.J. Huisman.

24 ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052, JG 2014/57, m.nt. H. Doornhof.

25 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, r.o. 3.7 (ETAM/Zoetermeer).

26 Eisen van vervangende schadevergoeding ex artikel 6:87 BW, verdragingschade ex artikel 6:85 BW, opschorting ex artikel 6:262 e.v. BW en ontbinding ex artikel 6:265 e.v. BW.

27 HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7898; AB 1990/223, m.nt. G.P. Kleijn (Staat/Bolsius).

28 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, BR 2006/82, m.nt. M.A.M.C. van den Berg (CBB/JPO).

29 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:64.

meen belang of het belang van een derde.<sup>30</sup> Deze horden worden niet makkelijk genomen.

Om inzichtelijk te maken welke stappen moeten worden genomen, onderscheidt Verheij vier drempels: (i) de burger moet aannemelijk maken dat een toezegging is gedaan; (ii) de vermeende toezegging moet daadwerkelijk een toezegging zijn; (iii) de toezegging moet in beginsel door een bevoegd persoon zijn gedaan; (iv) een toezegging in strijd met de wet is slechts zelden bindend.<sup>31</sup>

### 1. De ontwikkelaar moet aannemelijk maken dat een toezegging is gedaan.

Aangezien veel toezeggingen waaraan burgers vertrouwen ontlene mondeling worden gedaan, levert dit doorgaans bewijsproblemen op.<sup>32</sup> Het is aan degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept om aannemelijk te maken dat een toezegging is gedaan.<sup>33</sup> Een harde schriftelijkheidseis geldt weliswaar niet,<sup>34</sup> maar schriftelijk bewijs van een toezegging levert wel een gunstige bewijspositie op. Evenwel gaat het om sterk casuïstische materie. Zo kan een mondelinge toezegging die niet wordt weersproken een toezegging vormen waaruit gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan.<sup>35</sup>

### 2. Toezegging moet daadwerkelijk een toezegging zijn.

De toezegging moet in beginsel uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd zijn gedaan, anders kan de ontwikkelaar daaraan geen gerechtvaardigd vertrouwen ontlene.<sup>36</sup> In de praktijk zullen toezeggingen veelal moeten worden geconstrueerd uit inlichtingen die zijn gegeven door ambtenaren of uit informatie<sup>37</sup> die men heeft ontvangen van het bestuursorgaan. Het is dan de vraag of deze informatie kan worden aangemerkt als een uitdrukkelijke, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging. Bij inlichtingen die door een ambtenaar zijn verstrekt, is de omstandigheid van belang of de ambtenaar werkzaam is bij het bevoegde bestuursorgaan of niet.<sup>38</sup> Als de ambtenaar bij een bevoegd orgaan werkzaam is, is het vervolgens de vraag of hij gelet op zijn takenpakket bevoegd is<sup>39</sup> of niet.<sup>40</sup> Tot slot speelt de omstandigheid een rol of de toezegging algemeen

of specifiek van aard is.<sup>41</sup> De kans is groter dat een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt als de toezegging is gericht op een specifieke ontvanger (of op specifieke ontvangers).

### 3. Toezegging moet in beginsel door of namens het bevoegde bestuursorgaan zijn gedaan.

In het algemeen kunnen geen rechten worden ontleend aan toezeggingen door niet ter zake beslissingsbevoegden, behalve als een dergelijke toezegging valt toe te rekenen aan het bestuursorgaan.<sup>42</sup> Geruime tijd heeft onduidelijkheid bestaan over in hoeverre een niet-beslissingsbevoegd orgaan verwachtingen kan wekken waaraan het bevoegde orgaan is gebonden.<sup>43</sup> De Hoge Raad geeft in het Felix/Aruba-arrest enkele aanknopingspunten die licht laten schijnen in deze duisternis. Hoewel civielrechtelijk van aard, meent Damen dat deze aanknopingspunten ook relevant zijn in een bestuursrechtelijke context.<sup>44</sup> De Hoge Raad overweegt:<sup>45</sup>

"3.3 [De] positie die de handelende functionaris binnen de organisatie van de overheid inneemt en diens gedragingen, de omstandigheid dat die organisatie en/of de verdeling van de bevoegdheden over de verschillende organen van de overheid, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, alsmede eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijding op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkelijk te maken."

Ondanks het Felix/Aruba-arrest is in het bestuursrecht nog niet uitgekristalliseerd of toezeggingen van een onbevoegd orgaan kunnen leiden tot binding van het bevoegde orgaan.<sup>46</sup> Voor de problematiek die in dit artikel centraal staat, is het de vraag in hoeverre het college de raad kan binden om een bestemmingsplan vast te stellen, conform de overeenkomst die een ontwikkelaar heeft gesloten met de gemeente. In 2013 doet de Afdeling een uitspraak waarmee zij lijkt te suggereren dat een toezegging van het college onder bepaalde omstandigheden ook aan de raad kan worden toegerekend. Overwogen wordt namelijk dat de appellante in kwestie niet aannemelijk heeft gemaakt dat de toezeggingen van het college aan de gemeenteraad konden worden

30 Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:529, JB 2013/183 en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2054.

31 N. Verheij, 'Vertrouwen op de overheid', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 82.

32 ABRvS 2 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6647, JB 2009/221 (Jumper) en ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:69.

33 ABRvS 17 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2198.

34 CrvB 10 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6851, AB 2012/268, m.nt. H.E. Bröring.

35 ABRvS 13 oktober 2004, 200401416/1 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), JB 2005/74, m.nt. N. Verheij.

36 ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7380 en ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2086.

37 ABRvS 13 oktober 2004, 200401416/1 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), JB 2005/74, m.nt. N. Verheij. ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9838, AB 2006/187, m.nt. N. Verheij.

38 ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9806, AB 2006/186, m.nt. N. Verheij onder AB 2006/188.

39 ABRvS 20 april 2005, AB 2005/356, m.nt. F.R. Vermeer.

40 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/208, m.nt. R. Ortlep.

41 Voor een geval waar de informatie te algemeen van aard was: ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9838, AB 2006/187, m.nt. N. Verheij onder AB 2006/188. Anders in: ABRvS 1 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV2962, AB 2006/188, m.nt. N. Verheij, de crux was er in deze laatste uitspraak echter in gelegen dat een hoge graad van volledigheid werd gesuggereerd.

42 ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3266.

43 Wel mogelijk: ARRvS 23 april 1985, AB 1986/378, m.nt. R. Fernhout; KB 9 januari 1984, AB 1984/189, m.nt. B.J. van der Net; ARRvS 18 februari 1987, Gst. 1987/4; ARRvS 20 januari 1986, Gst. 1986/4 en ARRvS (vz.) 16 oktober 1991, AB 1992/625. Niet mogelijk: KB 11 december 1978, AB 1997/142; KB 29 oktober 1981, AB 1982/60; ARRvS 10 juni 1987, AB 1988/175.

44 L.J.A. Damen bij HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, AB 1993/338 (Felix/Aruba), in: T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 287-305.

45 HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, AB 1993/338 (Felix/Aruba).

46 Niet mogelijk: ABRvS 26 juli 1999, AB 2000/139, m.nt. L.J.A. Damen en ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1666, AB 2013/348, m.nt. L.J.A. Damen. Wel mogelijk: ABRvS 2 september 1999, BR 2000, p. 321.

toegerekend.<sup>47</sup> Kortmann en Harte beschrijven in hun annotatie bij deze uitspraak de situaties waarin in hun optiek toezeggingen van het college kunnen worden toegerekend aan de raad:

- a. Handeling van de gemeenteraad vóór de toezegging van het college. Passen wij dit toe op de onderhavige problematiek, dan is hiervan sprake als de gemeenteraad bijvoorbeeld een motie heeft aangenomen die strekt tot een positieve grondhouding ten opzichte van een project en waarin de gemeenteraad aangeeft het wenselijk te achten dat het college zich hieraan committeert.<sup>48</sup>
- b. Handeling van de gemeenteraad na de toezegging van het college. Hier gaat het om een bekrachtiging van de toezegging van het college door de gemeenteraad. Kortmann en Harte onderscheiden een actieve en een passieve variant:
  - i. Actief: Als voorbeeld kan de situatie gelden waarin de gemeenteraad aan de ontwikkelaar kenbaar maakt de overeenkomst te steunen die de gemeente is aangegaan met de ontwikkelaar.
  - ii. Passief: Hiervan is volgens Kortmann en Harte sprake als uit de handelingen van de gemeenteraad kan worden afgeleid dat hij bekend was met de overeenkomst en hiermee al dan niet stilzwijgend heeft ingestemd. Bijvoorbeeld als de gemeenteraad geen actie heeft ondernomen om het college ertoe te bewegen van de overeenkomst af te zien of anderszins zelf uitdrukkelijk afstand van de overeenkomst heeft genomen.

Overigens zijn ons geen uitspraken bekend waarin de Afdeling handelingen van het college ten aanzien van het bestemmingsplan expliciet aan de gemeenteraad toerekende.<sup>49</sup>

#### 4. Een toezegging in strijd met de wet bindt een bestuursorgaan slechts in bijzondere gevallen.

Aan contra legem-toezeggingen in de sfeer van de ruimtelijke ordening kan moeilijk gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend. Hierbij worden toezeggingen bedoeld die bij honorering leiden tot een handeling in strijd met het recht. Een al wat ouder, maar niettemin illustratief, voorbeeld is de aanvraag van een bouwvergunning die in strijd is met het bestemmingsplan. De aanvrager meent dat hij op basis van een toezegging erop mocht vertrouwen dat de vergunning zou worden verleend. De Afdeling oordeelt dat van een toezegging niet is gebleken en al zou dat wel het geval zijn geweest, dan zou een toezegging er niet toe mogen leiden,

dat een vergunning, indien de verlening daarvan in strijd met de wet zou zijn, niettemin wordt verleend.<sup>50</sup> Een ander voorbeeld is het geval waarin een overtreder opkomt tegen handhavend optreden, met als argument dat handhaving onevenredig is gelet op de lange periode waarin het bevoegd gezag heeft stilgezeten. De overtreder doet met andere woorden een beroep op het vertrouwensbeginsel, ondanks dat de overtreding voortduurt.<sup>51</sup> Dergelijke beroepen slagen zelden vanwege het adagium dat men geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontlenen aan een illegale situatie.<sup>52</sup>

#### 3.4 Sprake van gerechtvaardigd vertrouwen, en nu?

Als een ontwikkelaar al kan aantonen dat hij gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen dat de gemeenteraad een bestemmingsplan zou vaststellen, dan is hij er nog niet. Zijn belang is namelijk niet het enige belang dat gewicht in de schaal legt. Ook het algemeen belang – het belang van een goede ruimtelijke ordening zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 3.1 Wro – en de belangen van derden spelen een rol. De honorering van het vertrouwen dat is opgewekt bij de ontwikkelaar, kan immers leiden tot benadeling van een derde en het is maar de vraag of het resultaat dan in overeenstemming is met hetgeen een goede ruimtelijke ordening vereist en dus niet ten koste gaat van het algemeen belang. Omdat deze andere belangen ook een rol spelen, wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel strekkende tot het alsnog vaststellen van een bestemmingsplan niet snel toegewezen. Desondanks zijn gemeenteraden ertoe gehouden om bij het vaststellen van het bestemmingsplan, de omstandigheid te betrekken dat een overeenkomst is gesloten met een ontwikkelaar over de wijze waarop het bestemmingsplan wordt vastgesteld. De gemeenteraad moet in het bestemmingsplan (of de bestemmingsplanprocedure) dan ook inzicht bieden in de manier waarop hij rekening heeft gehouden met de verschillende belangen. Doet de gemeenteraad dat niet of niet voldoende, dan kan dat reden zijn om het bestemmingsplan (gedeeltelijk) te vernietigen.<sup>53</sup>

#### 3.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf hebben wij de volgende complexiteiten aan het daglicht gebracht:

- Waar nakoming van een overeenkomst in het privaatrecht kan worden afgedwongen met een vordering die is gegrond op artikel 3:296 BW, ligt dit anders voor het gedeelte van het contract waarin afspraken zijn gemaakt over de vaststelling van een bestemmingsplan. Nakoming van een dergelijke bepaling geschiedt middels het bestuursrecht over de band van het vertrouwensbeginsel. De burgerlijke rechter ontvangt dergelijke vorderingen niet.

47 ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2879, BR 2013/128, m.nt. C.N.J. Kortmann en R.E.N. Harte.

48 In ABRvS 29 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1372, was sprake van een ontwerpbestemmingsplan dat het college in procedure had gebracht om uitvoering te geven aan een door de raad gegeven opdracht.

49 Het civiele recht biedt op dat punt wat meer mogelijkheden. Zie de noot van Kortmann onder het in paragraaf 2 besproken arrest HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, JB 2015/141, met verwijzingen naar artikel 3:61 lid 2 en artikel 6:23 BW.

50 ARRvS 31 oktober 1977, ECLI:NL:RVS:1977:AM3824, AB 1978/88.

51 Zie voor een voorbeeld over een ligplaatsvergunning: ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1164, AB 2014/182, m.nt. L.J.A. Damen. En meer recent: ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3627.

52 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4640 en 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:358, AB 2015/153 en 154, m.nt. Kortmann illustreren de regel en de uitzondering die haar bevestigt.

53 Verwezen zij naar hetgeen hier reeds is over opgemerkt in de paragrafen 1, 2 en 3.2, en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

- Een beroep op het vertrouwensbeginsel is lastig. Enerzijds zijn de drempels hoog. Anderzijds loopt de ontwikkelaar aan tegen de gemeentelijke bevoegdheidsverdeling, op grond waarvan het college besluit tot het aangaan van de overeenkomst terwijl de raad bevoegd is tot vaststelling van het benodigde bestemmingsplan.
- Is de ontwikkelaar tot slot in staat om succesvol aan te tonen dat sprake is van (aan de raad toe te rekenen) gerechtvaardigd vertrouwen, dan nog slaagt dit beroep niet makkelijk. Het belang van een goede ruimtelijke ordening en belangen van derden kunnen hieraan in de weg staan.

Samengenomen maken deze complexiteiten het voor ontwikkelaars lastig om af te dwingen dat de beloofde planmedewerking ook daadwerkelijk wordt verleend. De stelling dat gemeenten – in de sfeer van omvangrijke ruimtelijke projecten – een (te) onbetrouwbare contractpartner zijn vanuit het oogpunt van ontwikkelaars, lijkt inderdaad niet te gewaagd. Daarom bezien wij of deze onzekerheid kan worden weggenomen of in ieder geval kan worden verzacht.

## 4. INTRODUCTIE VAN DE VERBETERVORSTELLEN

### 4.1 Inleiding

In paragraaf 2 is de problematiek geanalyseerd en in paragraaf 3 zijn de complexiteiten blootgelegd. Als belangrijkste problemen identificeerden wij dat het lastig is om een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel te doen en dat, als dit al succesvol is, het algemeen belang en belangen van derden roet in het eten kunnen gooien. Nu is het tijd om de verbetervoorstellen te introduceren. Om elk verbetervoorstel te kunnen beoordelen, formuleren wij eerst de criteria waaraan deze worden getoetst:

- **Toerekening:** de mate waarin het vertrouwen dat wordt opgewekt door of namens het college kan worden toegerekend aan de gemeenteraad.
- **Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen:** de mate waarin het belang van een 'goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 Wro en derdenbelangen in de weg staan aan de vaststelling van een bestemmingsplan, ondanks dat de gemeenteraad daartoe in beginsel is gehouden wegens opgewekt vertrouwen.

Deze criteria zien op de mate waarin ontwikkelaars de vaststelling van een bestemmingsplan kunnen afdwingen. Dit zijn in onze ogen niet de enige criteria waaraan verbetervoorstellen moeten voldoen. De mate waarin een voorstel in algemene zin bijdraagt aan de verbetering van de betrouwbaarheid van de gemeente, dus los van de uitkomst van de bestemmingsplanprocedure, is een ander criterium. Tot slot beoordelen wij de voorstellen op de mate van ingrijpendheid. Dat leidt tot de volgende twee extra criteria:

- **Betrouwbaarheid:** de mate waarin het vertrouwen van de ontwikkelaar in de betrouwbaarheid van de gemeente als contractspartner stijgt.
- **Ingrijpendheid:** of een wetswijziging nodig is om het verbetervoorstel door te voeren en, zo ja, de ingrijpendheid van de wetswijziging.

Een goede score van een verbetervoorstel op een criterium, betekent dat de complexiteit op een goede wijze wordt verholpen of verzacht. Hierna lichten wij de criteria toe.

### 4.2 Toerekening

Een van de complexiteiten houdt in dat de ontwikkelaar moeilijk de gemeenteraad kan dwingen tot vaststelling van een bestemmingsplan op grond van vertrouwen dat is gewekt door onderhandelingen met ambtenaren en doordat het college heeft besloten tot het aangaan van een overeenkomst. Vaak zullen enige maanden, zo niet jaren, zijn verstreken tussen de vertrouwenwekkende handelingen en het moment waarop het bestemmingsplan wordt vastgesteld. Per verbetervoorstel zullen wij bezien in hoeverre deze complicatie wordt verholpen.

Bij de toerekeningsvraag kan een bijzonderheid spelen, die zich voordeed in de casuïstiek die heeft geleid tot het Hof-van-Twente-arrest. Daar was namelijk sprake van een gemeenteraadsvergadering waarin drie onderwerpen stonden geagendeerd: (a) de instemming van de gemeenteraad met de overeenkomst (wegens een instemmingsvoorbehoud opgenomen door het college); (b) de ondertekening van de overeenkomst door de burgemeester; en (c) het nemen van het raadsbesluit tot vaststelling van het bestemmingsplan. Indien een verbetervoorstel een bijzondere werking heeft voor wat betreft de Hof-van-Twente-problematiek, dan lichten wij dat specifiek toe.

### 4.3 Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen

Indien voldaan is aan het toerekeningsaspect, wil dit nog niet zeggen dat het alsnog vaststellen van een bestemmingsplan afdwingbaar is. Ook is namelijk de vraag relevant in hoeverre het algemeen belang of derdenbelangen aan de afdwingbaarheid van een vaststellingsbesluit in de weg staan. De gemeenteraad komt een grote beleidsvrijheid toe met betrekking tot het al dan niet vaststellen van bestemmingsplannen en de toekenning van bestemmingen aan bepaalde gronden. Centraal staat immers de norm van een 'goede ruimtelijke ordening' uit artikel 3.1 Wro. Het is aan de gemeenteraad om middels de vaststelling van een bestemmingsplan deze norm in te vullen, waarmee de raad tegelijk het algemeen belang inkleurt. Wij bezien per verbetervoorstel in hoeverre een voorstel de werking van dit uitgangspunt voor de ontwikkelaar verzacht.

Naast het algemeen belang in de vorm van een goede ruimtelijke ordening zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 3.1 Wro, moet ook rekening worden gehouden met de belangen van omwonenden en andere derden. Vaste jurisprudentie is immers dat niet alleen het belang van de ontwikkelaar gewicht in de schaal legt, maar dat derdenbelangen dat ook doen. Wij toetsen de verbetervoorstellen aan de mate waarin derdenbelangen meespelen bij beroep op vertrouwensbeginsel in het kader van een beroep tot het alsnog vaststellen van een bestemmingsplan en de mate waarin de raad rekenschap moet geven dat hij met deze belangen rekening heeft gehouden.

#### 4.4 *Betrouwbaarheid*

De stelling die ten grondslag ligt aan deze bijdrage is dat de gemeente – in de ogen van ontwikkelaars – een te onbetrouwbare contractspartner is. Dit ongenoegen vindt haar oorsprong in de omstandigheid dat de ontwikkelaar erop vertrouwt dat de gemeenteraad kan worden gehouden aan de vaststelling van een bestemmingsplan, op grond van vertrouwen dat het college heeft opgewekt. De betrouwbaarheid neemt toe, als de ontwikkelaar in een vroeg stadium van het onderhandelingstraject weet in hoeverre hij kan bouwen op toezeggingen (of andere handelingen die vertrouwen wekken) van het college.

#### 4.5 *Ingrijpendheid*

Tot slot delen wij de verbetervoorstellen in op mate van ingrijpendheid voor wat betreft de aard van de wijziging van het bestaande stelsel. Wij bezien of slechts een jurisprudentiewijziging nodig is, of dat een al dan niet ingrijpende wetswijziging vereist is.

#### 4.6 *Introductie van de verbetervoorstellen*

Aan deze vijf criteria toetsen wij in de volgende paragrafen de verbetervoorstellen. Dit zijn:

- het invoeren van een waarschuwingplicht voor het college (paragraaf 5);
- een formele instemmingsplicht voor de gemeenteraad (paragraaf 6);
- het college wordt het bevoegd gezag voor alle bestemmingsplannen (paragraaf 7);
- het schrappen van de verklaring van geen bedenkingen (paragraaf 8);
- het creëren van de gelegenheid tot het indienen van zienswijzen op voorgenomen besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen (paragraaf 9).

### 5 **VERBETEROORSTEL I: EEN WAARSCHUWINGSPLICHT VOOR HET COLLEGE**

Het eerste verbetervoorstel houdt de introductie van een plicht in voor het college om al vroeg in de onderhandelingen met een ontwikkelaar of andere private partij, deze partij erop te wijzen dat geen gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend aan al hetgeen wordt besproken en wordt vastgelegd.

Een eerste vraag die dit voorstel oproept, is op welke partij de bewijslast rust dat de mededeling daadwerkelijk is gedaan. Wij menen dat, aangezien de plicht op het college rust, de bewijslast dat aan deze plicht is voldaan eveneens bij het college berust. Het college kan dit relatief eenvoudig ondervangen door een brief te zenden aan de ontwikkelaar, waarin het college de ontwikkelaar expliciet en in heldere bewoordingen waarschuwt dat aan al hetgeen wordt besproken en wordt vastgelegd geen gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend. In de te sluiten projectovereenkomst kan vervolgens worden opgenomen dat beide partijen zich bewust zijn van het feit dat de waarschuwing is gedaan en van de strekking en werking van de

waarschuwing, namelijk dat de gemeenteraad de absolute vrijheid behoudt om anders over het bestemmingsplan te besluiten dan waarin de overeenkomst voorziet.<sup>54</sup>

De oorsprong van een vraag die vervolgens rijst, is gelegen in de verhouding tussen het doen van de waarschuwing en de duur van de onderhandelingen. Stel dat vijf of tien jaar wordt onderhandeld; moet de waarschuwing dan periodiek worden vernieuwd afhankelijk van de omstandigheden van het geval? Dit zou men kunnen vergelijken met het periodiek versturen van een stuitingsbrief, ter voorkoming van de verjaring van een vorderingsrecht. Toch kunnen wij ons goed voorstellen dat, ook al wordt een waarschuwing hernieuwd, op een gegeven moment toch gerechtvaardigd vertrouwen wordt aangenomen. Uit het enkele feit dat de gemeente blijft onderhandelen met de ontwikkelaar, volgt op zijn minst een positieve grondhouding ten opzichte van de ontwikkeling waaruit enig vertrouwen in het slagen van de ontwikkeling kan worden afgeleid.

#### 5.1 *Toerekening, een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen*

Hier brengt dit voorstel feitelijk geen veranderingen te weeg, aangezien het college meedeelt dat de ontwikkelaar geen vertrouwen kan ontleen aan hetgeen het college en de gemeenteraad toezeggen. Mocht de gemeenteraad het bestemmingsplan niet vaststellen, dan kan de gemeenteraad op grond van het vertrouwensbeginsel niet worden gedwongen het bestemmingsplan toch vast te stellen. Het college heeft immers constant medegedeeld dat geen vertrouwen kon worden ontleend aan de onderhandelingen en aan hetgeen daarin is besproken. Hierdoor is de standaardoverweging van de Afdeling overbodig geworden, dat vertrouwen slechts een van de belangen is naast het algemeen belang en de belangen van derden.

#### 5.2 *Betrouwbaarheid*

Onder dit verbetervoorstel doet de overheid wat zij zegt. In die zin weet je als ontwikkelaar waar je aan toe bent. Als de boer uit de casus over de rood-voor-rood-overeenkomst gewaarschuwd was dat hij op geen enkele wijze vertrouwen kon ontleen aan de toezeggingen van het college, dan zou hij hoogstwaarschijnlijk de schuur niet hebben afgebroken en de gemeentelijke overheid niet als onbetrouwbaar hebben bestempeld. Dat is dus winst.

#### 5.3 *Ingrijpendheid*

Dit voorstel is niet zo ingrijpend van aard, het kan namelijk al door een jurisprudentiewijziging worden 'ingevoerd'. Het kan ook middels een wetswijziging, als gevolg waarvan dit verbetervoorstel meer zekerheid zou bieden voor partijen dan een jurisprudentiewijziging.

#### 5.4 *Balans*

De vraag is wat gebeurt als het College deze plicht niet naakt. In onze ogen is dan sprake van een onrechtmatige

<sup>54</sup> Dit laatste ziet men in diverse varianten nu ook al regelmatig terug in bevoegdhedenovereenkomsten.



handeling van het college, waardoor de gemeente schadeplichtig wordt. Dit versterkt de nakomingsvordering echter niet. Dit voorstel biedt weliswaar duidelijkheid voor de ontwikkelaar en verzacht de pijn als het college deze duidelijkheid niet biedt, maar het draagt niet bij aan de realisering van het in paragraaf 2 genoemde uitgangspunt, dat de ontwikkelaar de voorkeur geeft aan de nakoming van de gesloten overeenkomst.

## 6. **VERBETERVORSTEL II: EEN FORMELE INSTEMMINGSPLICHT VOOR DE GEMEENTERAAD**

Dit verbetervoorstel is geïnspireerd op het systeem van contracteren met gemeenten zoals dat gold voor de invoering van het dualisme. Voor de dualisering was de gemeenteraad immers én bevoegd tot het sluiten van overeenkomst, én bevoegd om te besluiten tot vaststelling van een bestemmingsplan. Beide bevoegdheden waren dus in een hand. Volgens dit voorstel wordt de gemeenteraad verplicht om in te stemmen met de overeenkomsten die het college heeft opgesteld in samenspraak met de ontwikkelaar, voordat deze overeenkomsten ondertekend kunnen worden.<sup>55</sup>

### 6.1 **Toerekening**

Dit voorstel lost gedeeltelijk het probleem op dat is gelegen in de sfeer van het vertrouwensbeginsel, namelijk dat het college geen vertrouwen kan wekken dat de gemeenteraad het bestemmingsplan zal vaststellen. Alvorens de overeenkomst gelding krijgt tussen partijen, moet de gemeenteraad daarmee instemmen. De gemeenteraad stemt dan dus ook in met de inspanningsverplichting om een bestemmingsplan vast te stellen dat vereist is voor het project. Let wel dat dit voorstel geen oplossing biedt voor de gehele toerekeningsproblematiek, maar alleen voor die gevallen waarin eerst de overeenkomst wordt gesloten, en maanden of zelfs jaren later het bestemmingsplan wordt vastgesteld. De specifieke Hof-van-Twente-problematiek ziet echter op een andere situatie, namelijk dat in dezelfde raadsvergadering de gemeenteraad instemt met de overeenkomst en het bestemmingsplan vaststelt. Bij deze problematiek blijft het lastig aantonen dat de voorbereidende gesprekken met het college (ook) het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat de gemeenteraad het bestemmingsplan zal vaststellen. Daarom vermelden wij aan het begin van deze paragraaf dat dit voorstel slechts gedeeltelijke de 'toerekeningsproblematiek' verhelpt.

### 6.2 **Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen**

Eerder gaven wij aan dat een ontwikkelaar, die een beroep doet op het vertrouwensbeginsel teneinde de gemeenteraad te dwingen een bestemmingsplan alsnog vast te stel-

len, twee drempels moet passeren: (a) hij moet aantonen dat sprake is van rechtens te honoreren vertrouwen; en (b) moet dit vertrouwen daadwerkelijk leiden tot vaststelling van het bestemmingsplan. Wij gaven ook al aan dat dit laatste lastig is op grond van de jurisprudentie van de Afdeling. Burgers kunnen een gemeenteraad niet dwingen een planregel vast te stellen die de gemeenteraad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht. Dit zou zich immers niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 Wro aan de gemeenteraad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen. De definitieve beslissing over de vaststelling van het bestemmingsplan kan mede afhankelijk van alle in de loop van de procedure naar voren gekomen feiten en belangen – ook de mogelijke belangen van derden – anders uitvallen dan door de gemeente bij het sluiten van de overeenkomst is ingeschat. Hoewel dit verbetervoorstel dus een ontwikkelaar helpt om aan te tonen dat gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt (drempel a), blijft het lastig om vervolgens de gemeenteraad te dwingen een bestemmingsplan overeenkomstig de contracten vast te stellen (drempel b).

### 6.3 **Betrouwbaarheid**

De betrouwbaarheid wordt deels vergroot, omdat de gemeenteraad al direct zal moeten instemmen met de overeenkomst. Zij het slechts gedeeltelijk, omdat de Hof-van-Twente-problematiek niet wordt opgelost. Voor die situaties blijft het nadeel bestaan dat de ontwikkelaar pas op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten weet of het vereiste bestemmingsplan wordt vastgesteld. Mocht dit verbetervoorstel werkelijkheid worden, dan zien wij voor de juristen of rechtsbijstandverleners van ontwikkelaars een belangrijke rol. Zij moeten zich bewust zijn van deze problematiek en ervoor proberen te zorgen dat een overeenkomst met daarin een inspanningsplicht tot vaststelling van het bestemmingsplan zo vroeg mogelijk in het traject wordt gesloten.

Wat als de instemming van de gemeenteraad niet wordt gevraagd of niet wordt gegeven? In het geval dat de instemming niet wordt gevraagd, dan ligt de schadeplichtigheid van de gemeente voor de hand. Het versterkt de nakomingsvordering echter niet. Als de instemming van de gemeenteraad wel wordt gevraagd maar niet gegeven, dan weet de ontwikkelaar waar hij aan toe is. Uit het oogpunt van betrouwbaarheid is dat weer winst.

### 6.4 **Ingrijpendheid**

Dit voorstel vergt een matig ingrijpende wetswijziging. Zo kan worden aangesloten bij bijvoorbeeld artikel 169 lid 4 Gemeentewet of door toevoeging van een artikel aan hoofdstuk IX van de Gemeentewet, waarin de bevoegdheden van de gemeenteraad zijn geregeld.

Een punt van aandacht is de vraag voor welke overeenkomsten het instemmingsrecht moet gelden; alle overeenkomsten, alleen bevoegdhedenovereenkomsten of alleen bevoegdhedenovereenkomsten die bijvoorbeeld zien op ruimtelijke projecten waarvoor een bestemmingsplan en/

<sup>55</sup> Begrijpen wij Hennekens (H. Ph. J.A.M. Hennekens, 'Enkele knellende punten in de gemeentelijke structuur, de raad en het college van B&W in de ruimtelijke ordening', *TBR* 2015/173) goed, dan acht hij een overeenkomst waarin wordt gecontracteerd over raadsbevoegdheden zelfs niet mogelijk zonder instemming van de raad.

of omgevingsvergunning is vereist? Wij opteren voor de bevoegdheidsovereenkomsten waarin een besluit centraal staat waarbij de gemeenteraad het bevoegd gezag is. Dat daarmee ook andere raadsbesluiten (met name verordeningen) onder de werking van deze regeling komen te vallen, lijkt ons alleen maar een voordeel.

Het voorgaande komt neer op de volgende twee aanpassingen: ten eerste de toevoeging van een artikel waarin de instemmingsbevoegdheid van de gemeenteraad is neergelegd; ten tweede de toevoeging van de plicht voor het college om een overeenkomst, met daarin de (inspannings-) plicht tot vaststelling van een bestemmingsplan, ter instemming voor te leggen aan de gemeenteraad.

### 6.5 *Balans*

Waar het eerste voorstel weinig constructieve verbeteringen aanbracht, gaat de toerekening er in dit voorstel op vooruit. Als nadeel kleeft aan dit voorstel de mogelijkheid dat het college een besluit tot privaatrechtelijke rechtshandeling niet ter instemming voorlegt aan de gemeenteraad of dat de gemeenteraad niet instemt met dat besluit. Het probleem van de potentiële tweespalt tussen college en raad, waar de ontwikkelaar tussen klem komt te zitten, lost dit voorstel niet echt op.

## 7. **VERBETEROORSTEL III: HET COLLEGE WORDT BEVOEGD GEZAG VOOR BESTEMMINGSPLANNEN IN HET GEHEEL**

### 7.1 *Toerekening*

In zijn noot bij het Hof-van-Twente-arrest vraagt Van Zundert zich af of het college niet bevoegd gezag moet worden voor bestemmingsplannen.<sup>56</sup> Het aspect toerekening ziet op de problematiek dat het college (als onderhandelpartner) niet de gemeenteraad (als bevoegd gezag voor bestemmingsplannen) kan binden op basis van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de ontwikkelaar. Dit verbetervoorstel verhelpt deze problematiek op een efficiënte wijze. Dat geldt ook voor de Hof-van-Twente-problematiek die met het tweede verbetervoorstel niet kon worden verholpen. Het bevoegd gezag dat onderhandelt en vertrouwen opwekt, is hetzelfde orgaan dat het bestemmingsplan vaststelt.

### 7.2 *Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen*

Een ontwikkelaar die een beroep doet op het vertrouwensbeginsel teneinde het college te dwingen een bestemmingsplan alsnog vast te stellen, moet twee drempels passeren: (a) hij moet aantonen dat sprake is van rechtens te honoreren vertrouwen; en (b) moet dit vertrouwen daadwerkelijk leiden tot vaststelling van het bestemmingsplan. Evenals bij de vorige twee verbetervoorstellen geldt dat, hoewel dit verbetervoorstel een ontwikkelaar helpt om aan te tonen dat gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt (drempel a), het lastig blijft om vervolgens het college te dwingen een

bestemmingsplan conform het toegezegde of het contract vast te stellen (drempel b).

### 7.3 *Betrouwbaarheid*

Omdat in dit voorstel de contractuele en de planologische bevoegdheid niet over twee bestuursorganen is verdeeld, verdwijnt het risico van onenigheid tussen deze bestuursorganen. Daarmee neemt de betrouwbaarheid van de overheid aanzienlijk toe. De in paragraaf 7.2 gesignaleerde onbetrouwbaarheid blijft echter ook nu bestaan.

### 7.4 *Ingrijpendheid*

Eenzijds is dit voorstel overzichtelijk, in die zin dat het wetgevingstechnisch een beperkte inspanning vereist. Het voorstel houdt immers slechts een wijziging in van de (bevoegdheids-) bepalingen aangaande de vaststelling van bestemmingsplannen; overal waar 'gemeenteraad' staat komt (gelet op de huidige redactie van de Wro) 'burgemeester en wethouders' te staan.

Anderzijds is dogmatisch de wijziging groter. Het bestemmingsplan is immers ook een algemeen verbindend voorschrift, dat dan volledig door een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan wordt vastgesteld. Van Zundert dingt af op dit standpunt en geeft aan dat, gelet op de algemene bevoegdheidsverdeling tussen de gemeenteraad en het college, het college is belast met de concrete ruimtelijke normstelling en de gemeenteraad met algemene beleidsvorming over en controle op deze normstelling.<sup>57</sup> Ook de Omgevingswet biedt ruimte voor een dergelijke werkwijze; de gemeenteraad kan het ruimtelijke beleid vastleggen in de omgevingsvisie en de bevoegdheid tot het vaststellen van een omgevingsplan delegeren aan het college. Dit alles neemt echter niet weg dat het bestemmingsplan het normatieve kader biedt voor ruimtelijke ontwikkelingen.<sup>58</sup> Daarom vormt dit voorstel op dit moment een staatsrechtelijke complicatie die is gelegen in de verplaatsing van de verordenende bevoegdheid van het vertegenwoordigde orgaan (gemeenteraad) naar het dagelijks bestuur (college).

### 7.5 *Balans*

Dit voorstel lost het toerekeningsaspect op. Het vertrouwenwekkend orgaan en het bevoegd gezag zijn immers hetzelfde orgaan. Wij merken wel op dat 'reguliere' aspecten die een rol spelen bij een beroep op het vertrouwensbeginsel onverminderd relevant blijven (denk hierbij aan de onbevoegd handelende ambtenaar). Het voorstel lost één probleem niet op (namelijk dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen verhinderen dat een beroep op het vertrouwensbeginsel succesvol is) en schept een nieuw probleem, namelijk dat de gebruikelijke staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling wordt doorkruist.

<sup>56</sup> HR 26 juni 2015, Gst. 2015/84, m.nt. J.W. van Zundert.

<sup>57</sup> HR 26 juni 2015, Gst. 2015/84, m.nt. J.W. van Zundert, onder verwijzing naar Verslag van de jaarvergadering van de VBR, naar een nieuw omgevingsrecht, TBR 2013/37, p. 221.

<sup>58</sup> Bedacht moet worden dat de gemeenteraad bij het vaststellen van verordeningen op andere beleidsterreinen vaak ook niet aan beleidsvorming maar beleidsuitvoering doet.

**8. VERBETERVORSTEL IV: SCHRAPPEN VAN DE VERKLARING VAN GEEN BEDENKINGEN**

Om de toerekeningsproblematiek te verhelpen, stelden wij in de vorige paragraaf voor dat het college bevoegd gezag wordt ten aanzien van besluiten tot vaststelling van bestemmingsplannen. Als ingrijpend nadeel merkten wij op dat hieraan staatsrechtelijke bezwaren kleven. De gemeenteraad heeft als vertegenwoordigend orgaan immers de verordenende bevoegdheid en stelt uit dien hoofde bestemmingsplannen vast.

Steeds vaker is de tendens te zien dat ruimtelijke bevoegdheden van de gemeenteraad worden gedelegeerd of anderszins overgelaten aan het college. Zo is het college nu al bevoegd tot het verlenen van projectomgevingsvergunningen (artikel 2.12 lid 1 onder a 3° Wabo) en tot vaststelling van wijzigingsplannen en uitwerkingsplannen (respectievelijk artikel 3.6 lid 1 sub a en sub b Wro). Ook in de Omgevingswet wordt hieraan aandacht besteed. Zo bepaalt artikel 2.4 Omgevingswet dat de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente één omgevingsplan vaststelt. Op grond van artikel 2.8 Omgevingswet kan deze bevoegdheid voor delen van het omgevingsplan worden gedelegeerd aan het college.<sup>59</sup>

Hierbij merken wij op dat thans de invloed van de gemeenteraad bij beide bevoegdheden niet nihil is. De gemeenteraad moet in beginsel bij de projectomgevingsvergunningen worden betrokken middels de verklaring van geen bedenkingen (artikel 2.27 Wabo). Bovendien heeft de gemeenteraad de bevoegdheid tot het vaststellen van een wijzigings- en uitwerkingsplan opgenomen in een bestemmingsplan. Hierdoor blijft de gemeenteraad betrokken bij planologische besluiten, waardoor de toerekeningsproblematiek blijft spelen. Daarom bespreken wij in deze paragraaf de variant dat de verklaring van geen bedenkingen zoals bedoeld in artikel 6.5 Bor wordt geschrapt. Als gevolg hiervan krijgt het college de volledige bevoegdheid om planologische medewerking te verlenen, zolang het maar projecten betreft. Het voordeel van dit verbetervoorstel is er onder andere in gelegen dat de staatsrechtelijke complicatie, die wij tegenwerpen aan het vorige voorstel, wordt verholpen.

**8.1 Toerekening**

Het aspect toerekening ziet op de problematiek dat het college (als onderhandelpartner) niet de gemeenteraad (als orgaan dat de verklaring van geen bedenkingen moet verlenen) kan binden op basis van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de ontwikkelaar. Dit verbetervoorstel verhelpt deze problematiek op een efficiënte wijze. Bovendien speelt de Hof-van-Twente-problematiek hier niet. Het bevoegd gezag dat onderhandelt en vertrouwen opwekt, is hetzelfde orgaan dat planologische besluiten neemt over projecten. Thans blijft de invloed van de gemeenteraad echter voelbaar, omdat een verklaring van geen bedenkingen is vereist. Om de toerekeningsproblematiek op te lossen, moet de verklaring van geen bedenkingen worden losgelaten.

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 403-404.

**8.2 Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen**

Een ontwikkelaar die een beroep doet op het vertrouwensbeginsel teneinde het college te dwingen een bestemmingsplan alsnog vast te stellen, moet twee drempels passeren: (a) hij moet aantonen dat sprake is van rechtens te honoreren vertrouwen; en (b) moet dit vertrouwen daadwerkelijk leiden tot vaststelling van het bestemmingsplan. Evenals bij het vorige verbetervoorstel geldt dat, hoewel dit voorstel een ontwikkelaar helpt om aan te tonen dat gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt (drempel a), het lastig blijft om vervolgens het college te dwingen een bestemmingsplan overeenkomstig de contracten vast te stellen (drempel b).

**8.3 Betrouwbaarheid**

Door de gestegen mate van toerekenbaarheid, zal ook de betrouwbaarheid enigszins groeien. Het verbetervoorstel verhelpt echter niet dat het algemeen belang en derdenbelangen roet in het eten kunnen gooien.

**8.4 Ingrijpendheid**

In artikel 6.5 Bro is bepaald dat een verklaring van geen bedenkingen nodig is, indien een projectomgevingsvergunning wordt verleend. Door schrapping van dit artikel vervalt de verplichting voor de gemeenteraad deze af te geven. Dat kan volgens ons zonder problemen. Ten eerste neemt het college in casu de verordenende bevoegdheid niet over, waardoor er geen staatsrechtelijke bezwaren bestaan tegen dit verbetervoorstel. Ten tweede wordt thans in de praktijk vaak middels een algemeen besluit een lijst met uitzonderingen aangenomen op de gevallen waarin een verklaring van geen bedenkingen is vereist.<sup>60</sup> Sommige gemeenteraden proberen volledige carte blanche te geven, maar voornamelijk heeft de ABRvS daarmee niet ingestemd.<sup>61</sup> Op papier lijkt het loslaten van de verklaring van geen bedenkingen dus een grote stap, in de praktijk valt dit mee.

**8.5 Balans**

Dit voorstel lost de toerekeningsproblematiek op. In aanvulling op het vorige verbetervoorstel, breekt dit voorstel bovendien niet in op de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad. Daar komt bij dat aan het loslaten van de verklaring van geen bedenkingen geen bezwaren kleven. Daardoor is het verbetervoorstel niet te ingrijpend. Het voorstel lost echter niet alle complexiteiten op. Niet verholpen wordt namelijk, het nadeel dat het algemeen belang en derdenbelangen mogelijk in de weg staan aan een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel.

<sup>60</sup> ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1987, AB 2014/93, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

<sup>61</sup> Een volledige carte blanche, inhoudende dat nooit een verklaring van geen bedenkingen is vereist accepteerde de Afdeling niet, zie: ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2134, BR 2015/94, m.nt. C.N.J. Kortmann. Het besluit dat een verklaring van geen bedenkingen is vereist als het gaat om "ruimtelijke relevante ontwikkelingen van enige omvang" en "politiek gevoelige ontwikkelingen" is ook te ruim, zie: ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1655, BR 2015/70, m.nt. M.Y.C.L. de Wit.

## 9. **VERBETERVORSTEL V: HET CREËREN VAN DE GELEGENHEID TOT HET INDIENEN VAN ZIENSWIJZEN OP BESLUITEN TOT PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSHANDELINGEN**

Alle voorgaande verbetervoorstellen brengen geen verandering in de problematiek die is verbonden met de plicht om ook het algemeen belang en derdenbelangen te laten meewegen in de beslissing een bestemmingsplan vast te stellen. Dit voorstel V is daar complementair aan en is geïnspireerd door een mix van de consultatieplicht bij beschikkingen en de publicatieregeling voor anterieure grondexploitatieovereenkomsten. Het voorstel houdt het volgende in. Het college publiceert een zakelijke weergave van de (concept)bevoegdheids-overeenkomst, bijvoorbeeld op de website van de gemeente, en maakt dit bekend in het gemeenteblad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.<sup>62</sup> Deze zakelijke weergave dient de voor derden relevante aspecten van de overeenkomst voldoende concreet weer te geven. Belanghebbenden kunnen vervolgens een zienswijze indienen tegen een voornemen van het college om een besluit te nemen tot het aangaan van deze bevoegdheids-overeenkomst.<sup>63</sup> Het college dient deze zienswijzen te betrekken bij zijn besluit omtrent het aangaan van de overeenkomst. Bij het vaststellen van het bestemmingsplan ten slotte, dient de raad niet alleen de op het ontwerpplan ingediende zienswijzen te betrekken, maar ook te motiveren hoe het bestemmingsplan zich verhoudt tot de eerder gesloten overeenkomst en de daarover ingediende zienswijzen.

Deze werkwijze biedt twee voordelen. Ten eerste is de werkwijze relatief laagdrempelig, informeel en snel. Ten tweede kunnen belanghebbenden hun bedenkingen uiten en wordt het bekend dat de gemeente voornemens is een overeenkomst te sluiten met een ontwikkelaar over een ruimtelijke ontwikkeling. Dit komt de transparantie van het ontwikkelingsproces ten goede.<sup>64</sup> Deze vorm van inspraak vindt overigens louter plaats in het bestuurlijke voortraject

en moet als een consultatieronde worden gezien. Rechtsbescherming bij de bestuursrechter staat dan ook niet open.<sup>65</sup>

### 9.1 *Toerekening*

Dit verbetervoorstel brengt geen verbeteringen teweeg die zien op het aspect toerekening en daar is het ook niet voor bedoeld. Het voorstel verandert er immers niets aan dat het college (als onderhandelpartner) de gemeenteraad (als bevoegd gezag voor bestemmingsplannen) niet kan binden op basis van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de ontwikkelaar. Dit wordt anders als dit verbetervoorstel wordt gecombineerd met verbetervoorstellen III en IV; of met II, zij het in mindere mate vanwege de Hof-van-Twente-problematiek die slechts met III en IV adequaat wordt verholpen.

### 9.2 *Een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen*

Dit verbetervoorstel ondervangt voor een flink deel het scenario dat de uitvoering van een bevoegdheids-overeenkomst wordt doorkruist doordat het bevoegd gezag zich beroept op het belang van een goede ruimtelijke ordening en concrete belangen van derden. Bij het sluiten van de overeenkomst heeft het college immers al aandacht aan deze belangen moeten geven, en daarmee wordt de kans aanzienlijk verkleind dat er in de bestemmingsplanprocedure bij 'verrassing' nieuwe belangen opduiken waarmee bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening was gehouden. Aan het belang van een goede ruimtelijke ordening zal het college ook naar huidig recht al aandacht moeten besteden bij het sluiten van de overeenkomst, maar deze aandacht kan worden aangescherpt als ook algemeen-belangorganisaties gebruik gaan maken van de mogelijkheid een zienswijze op de voorgenomen bevoegdheids-overeenkomst in te dienen. Kortom, dit verbetervoorstel is een hulpmiddel om de kwaliteit van de besluitvorming over de bevoegdheids-overeenkomst te verbeteren.

Tegelijkertijd moet vastgesteld worden dat het voorstel geen panacee is voor alle problemen op dit vlak.<sup>66</sup> Belanghebbenden zijn niet verplicht – op straffe van verval van recht – om een zienswijze in te dienen in de contracteerfase en ook is het mogelijk dat zich in de fase tussen overeenkomst en bestemmingsplan nieuwe belanghebbenden aandienen. Naarmate het tijdsverloop tussen de overeenkomst en het planologische uitvoeringsbesluit groter is, is meer in het algemeen het risico groter dat de afweging omtrent het bestemmingsplan toch anders uitvalt dan verwacht werd bij het sluiten van de overeenkomst, omdat er sprake is van gewijzigde regelgeving, beleid of feitelijke omstandigheden.

62 Op deze manier is dit verbetervoorstel vergelijkbaar met de terinzagelegging van een zakelijke weergave van de anterieure overeenkomst zoals bedoeld in artikel 6.24 Wro. Met dien verstande dat de verplichting van dit wetsartikel pas geldt ná het sluiten van de overeenkomst.

63 Vgl. artikel 4:8 Awb. Een variant op dit voorstel is recent gepresenteerd door Huisman en Van Ommeren (2015), zie noot 12. Zij bepleiten op p. 125 het contracteerbesluit en het uitvoeringsbesluit aan dezelfde procedurele totstandkomingswaarborgen te onderwerpen. Met name voor bestemmingsplanovereenkomsten levert dat een aanzienlijke extra bestuurlijke last op.

64 Vgl. het voorstel van Kortmann – geïnspireerd door J.H.A. van der Grinten – dat de transparantie omtrent bevoegdheids-overeenkomsten kan toemenen, door het aannemen van een verplichting die inhoudt dat in het uitvoeringsbesluit gedane toezeggingen of gesloten overeenkomsten worden vermeld die betrekking hebben op dat besluit. Zie Kortmann (2003), p. 122.

65 Kortmann geeft in zijn preadvies voor de Jonge VAR reeds aan het niet verstandig te vinden bezwaar en beroep open te stellen. Aan het open stellen van een bestuursrechtelijke rechtsgang kleven te veel problemen en onduidelijkheden die tot een te stroperig systeem leiden. Om dezelfde redenen kiezen wij hier alleen voor een zienswijzenronde. Zie: C.N.J. Kortmann, 'Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?', in: *De vijfde tranche* (Jonge VAR-reeks 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 115-119.

66 Het is maar zeer de vraag of het spanningsveld tussen vertrouwen en belangen van derden geheel oplosbaar is.

Niettemin menen wij dat met dit verbetervoorstel heel wat onaangename verrassingen kunnen worden voorkomen.

### 9.3 *Betrouwbaarheid*

Het toerekeningsaspect wordt door dit verbetervoorstel niet verholpen, maar zoals vermeld was dat ook niet onze bedoeling. Belangrijker is dat de betrouwbaarheid stijgt omdat in een aanzienlijke mate het probleem wordt verholpen dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel verhinderen. Zoals hiervoor vermeld, dit kan anders zijn bij nieuwe belanghebbenden, bij nieuw recht of beleid of bij nieuwe feiten en omstandigheden.

### 9.4 *Ingrijpendheid*

Allereerst moet worden nagegaan wat de reikwijdte van het verbetervoorstel is. Met andere woorden moet worden gezien of de mogelijkheid tot het indienen van zienswijzen geldt voor alle overeenkomsten. Hierbij sluiten we aan bij de keuze die is gemaakt in paragraaf 6.4 van deze bijdrage: belanghebbenden kunnen zienswijzen indienen als het gaat om bevoegdhedenovereenkomsten aangaande besluiten waarbij de gemeenteraad het bevoegd gezag is. De procedureregeling uit het Wro zal moeten worden aangepast, daarin moet volgens ons de plicht worden neergelegd voor het college om een zakelijke weergave van het voorgenomen contracteerbesluit te publiceren en mede te delen dat belanghebbenden zienswijzen kunnen indienen. Tevens moeten in dit artikel enkele algemene bepalingen uit de Awb van toepassing worden verklaard. Het appelverbod uit artikel 8:3 lid 2 Awb kan blijven bestaan, aangezien slechts een consultatieronde wordt opengesteld. Voorts moet, zoals besproken in paragrafen 9.1 en 9.2, de plicht voor de gemeenteraad worden opgenomen dat in de plantoelichting rekenschap wordt gegeven van de manier waarop rekening is gehouden met de inbreng.

### 9.5 *Balans*

Zoals besproken in de inleiding, is dit voorstel complementair aan de andere voorstellen voor wat betreft de problematiek dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen in de weg staan aan het slagen van een vordering tot nakoming op grond van het vertrouwensbeginsel. Dit voorstel lost dat probleem voor een flink deel – doch zeker niet geheel – op.

## 10. CONCLUSIE

Het is opvallend dat geen van de door ons voorgestelde verbetermodellen volledig tegemoet komt aan de criteria die wij hebben geformuleerd. Alles overziend schept de waarschuwingsplicht van verbetervoorstel I weliswaar duidelijkheid, maar in de kern biedt dit verbetervoorstel geen oplossing voor de problematiek van de onbetrouwbare overheid. Verbetervoorstel II, een instemmingsrecht van de raad bij bevoegdhedenovereenkomsten, neemt het probleem weg dat het college geen vertrouwen kan opwekken over bevoegdheden die aan de raad toebehoren. De

complexiteit van de toerekening vermindert. Het probleem van de potentiële tweespalt tussen college en raad, waar de ontwikkelaar tussen klem komt te zitten, lost dit voorstel echter niet op. Bij verbetervoorstel III wordt het college het bevoegd gezag voor bestemmingsplannen, waardoor de toerekeningsproblematiek wordt opgelost. Het voorstel lost echter één probleem niet op, namelijk dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen verhinderen dat een beroep op het vertrouwensbeginsel succesvol is. Bovendien schept verbetervoorstel III een nieuw probleem, namelijk dat de gebruikelijke staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling wordt doorkruist.

Als men niet wil sleutelen aan de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling tussen raad en college, wat wel nodig is bij verbetervoorstel III, dan komt verbetervoorstel IV in beeld: het schrappen van de verklaring van geen bedenkingen van art. 6.5 Wro, waardoor het college volledig bevoegd wordt ten aanzien van projecten. Ook dit voorstel lost de toerekeningsproblematiek op. Bovendien breekt dit voorstel niet in op de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad. Daar komt bij dat aan het loslaten van de verklaring van geen bedenkingen nauwelijks bezwaren kleven. Daardoor is het verbetervoorstel niet al te ingrijpend. Het voorstel lost echter niet alle complexiteiten op. Het nadeel wordt namelijk niet verholpen, dat het algemeen belang en derdenbelangen mogelijk in de weg staan aan een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel. Dit nadeel wordt evenwel opgelost door verbetervoorstel V, welk voorstel complementair is aan de andere voorstellen voor wat betreft de problematiek dat het belang van een goede ruimtelijke ordening en derdenbelangen in de weg staan aan het slagen van een vordering tot nakoming op grond van het vertrouwensbeginsel. Een synthese van verbetervoorstel IV en V lijkt ons daarom de beste oplossing. Het college wordt zelfstandig bevoegd voor projectbesluiten en een consultatieronde wordt opengesteld voor besluiten tot aangaan van een overeenkomst waarin het college zich verbindt tot het nemen van zo een projectbesluit. Deze combinatie behaalt een goede score op alle criteria.

Van belang is dat een synthese van voorstellen IV en V niet alle problemen oplossen. Dat komt omdat allerhande situaties denkbaar zijn, die niet zijn te ondervangen met verbetervoorstellen. Denk hierbij aan het college dat bevoegd is, maar dat de ontwikkelaar onderhandelt met (onbevoegde) ambtenaren en eventueel een wethouder. In dat geval loopt een ontwikkelaar alsnog aan tegen de drempels van het vertrouwensbeginsel en kan de vordering tot nakoming alsnog sneuvelen, maar dan bij het college. Een ander voorbeeld is dat de toezegging niet hard genoeg is. Daarvan zijn er talloze voorbeelden in de rechtspraak te vinden. Dat probleem valt buiten de reikwijdte van ons onderzoek.

De bevoegdhedenovereenkomst staat met een been in de wereld van het privaatrechtelijke contractenrecht en met het andere in de wereld van het publiekrechtelijke besluitenrecht. Wij hebben met dit artikel deze twee werelden nader tot elkaar proberen te brengen. Althans, wij hebben een eerste aanzet tot verbetering gegeven door de voorstellen te formuleren en te analyseren. Hoewel wij ervan over-

tuigd zijn dat beide werelden nader tot elkaar kunnen worden gebracht, is het van belang dat de praktijk beseft dat de werelden eigenlijk nooit naadloos op elkaar zullen aansluiten. Enige vorm van onzekerheid zal dan ook altijd blijven bestaan aan de zijde van de ontwikkelaar. Dat is op zichzelf ook niet zo erg, mits hij zich zelf ook maar goed bewust is van die onzekerheden en de daaraan verbonden risico's voor zijn project.