

Contracteren over planologie gaat vooral over aansprakelijkheid



Privaatrechtelijke afspraken over planologische besluiten komen veel voor, maar zijn omgeven door een paar hardnekkige misverstanden. Enkele recente arresten brengen de kansen en bedreigingen weer scherp in beeld.

Voor een groot deel van de ruimtelijke projecten geldt dat aan de realisatie daarvan een overeenkomst tussen de initiatiefnemer en de betrokken overheid voorafgaat. Naast de veelvoorkomende afspraken over grondtransacties, exploitatiebijdragen en aanbestedingsverplichtingen bevat een dergelijke overeenkomst vrijwel altijd een afspraak over de publiekrechtelijke besluitvorming die nodig is om het project te kunnen realiseren. In zoverre is dan sprake van een bevoegdheidsovereenkomst. De verplichting van de gemeente het benodigde planologische besluit vast te stellen – in de meeste gevallen een bestemmingsplan – wordt dan vormgegeven als een inspanningsverplichting. Het al dan niet vaststellen van het bestemmingsplan blijft immers een bevoegdheid van de raad en is afhankelijk van de belangenafweging die voor dat besluit moet plaatsvinden. De raad is echter niet de partij die de overeenkomst aangaat. Dat is de gemeente, meestal op basis van een besluit van het college. In het beste geval gaat de betrokkenheid van de raad dan zo ver dat hij is geïnformeerd omtrent het aangaan van de overeenkomst.

1. Misverstand 1: voor aansprakelijkheid moet eerst het besluit worden vernietigd

Een eerste mogelijk misverstand lijkt te zijn ontstaan na het arrest *Etam/Zoetermeer*.¹ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat het de bestuursrechter is die over de rechtmatigheid van het genomen besluit dient te oordelen, waarna het de civiele rechter is die kan oordelen over de vraag in hoeverre met dat besluit, dat dan wellicht formele rechtskracht heeft verkregen,² de verplichtingen uit de overeenkomst zijn nagekomen. Anders dan wel naar aanleiding van dit arrest wordt gedacht, betekent dit niet dat altijd eerst het besluit in een bestuursrechtelijke procedure moet worden aangevochten. Een voorbeeld waarin het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan niet was aangevochten – er was zelfs geen zienswijze

ingediend – wordt gevonden in het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2015.³ Hier was door het college toegezegd een ontwikkeling op te nemen in het komende ontwerpbestemmingsplan, maar werd vervolgens verzuimd dit daadwerkelijk te doen. Het gevolg was dat de ontwikkeling niet positief werd bestemd. Dit leidde tot de vraag of de formele rechtskracht aan schadevergoeding in de weg zou kunnen staan. Welbeschouwd was dat echter niet de vraag waar het om draaide. Het verwijt was immers niet dat de ontwikkeling niet met het bestemmingsplan positief was bestemd. Het verwijt was dat het college had verzuimd de ontwikkeling in het ontwerpbestemmingsplan op te nemen, en daarmee een kans op een positief besluit verloren was gegaan. Het beroep van de gemeente in kwestie op de formele rechtskracht van het bestemmingsplan bate haar daarom niet. De gemeente is aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van het verloren gaan van de kans. Helemaal nieuw is deze redenering overigens niet. Sinds het arrest *Staat/Bolsius*⁴ is duidelijk dat in de verschillende rechtsgangen – de bestuursrechtelijke en de civiele – ook verschillende vragen centraal kunnen staan. Het oordeel in de ene procedure zegt nog niet zoveel voor de beantwoording van de vraag in de andere procedure. Zo deed ook in het recente geval het feit dat het bestemmingsplan onherroepelijk was geworden niet af aan het feit dat het college een toezegging niet was nagekomen en daardoor een kans verloren was gegaan. Voor de schade die daarvan het gevolg is, kan de gemeente wel aansprakelijk zijn.

2. Misverstand 2: privaatrechtelijke inspanningsverplichting sluit aansprakelijkheid uit

Een tweede in de praktijk voorkomend misverstand betreft de veronderstelling dat het beperken van de verplichting voor de gemeente tot een inspanningsverplichting ertoe leidt dat de gemeente niet aansprakelijk zou kunnen zijn als niet het beoogde resultaat wordt bereikt. Indien een resultaatsverplichting wordt overeengekomen, kan eenvoudig aan het al dan niet bereiken van het resultaat worden afgemeten of aan de verplichting is voldaan. Indien derhalve overeengekomen zou worden dat een besluit met een bepaalde inhoud zal worden vastgesteld, maar dit vervolgens, bijvoorbeeld ten gevolge van ingediende zienswijzen, niet gebeurt, kan eenvoudig worden geconcludeerd dat de verplichting niet is nagekomen en

* Mr. A. de Snoo is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift.

1. HR 8 juli 2011, *NJ* 2011/463.

2. Kort samengevat houdt het leerstuk van de formele rechtskracht in dat indien tegen een besluit bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan maar deze niet is gebruikt, de burgerlijke rechter ervan uit dient te gaan dat het besluit zowel wat betreft de totstandkoming als wat betreft de inhoud rechtmatig is. Indien de bestuursrechter wel heeft geoordeeld over het besluit, volgt de burgerlijke rechter dat oordeel (de oneigenlijke formele rechtskracht).

3. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683.

4. HR 2 februari 1990, *NJ* 1993/635.

is de aansprakelijkheid nabij. Voor de contracterende overheid is dit uiteraard moeizaam, want met een dergelijke resultaatsverplichting ontstaat een onmogelijke keuze: of een verplichting nakomen maar een onjuist besluit vaststellen, dan wel het besluit op juiste wijze vaststellen, maar tekortschieten in de nakoming van de resultaatsverplichting. Om deze reden wordt meestal voor een inspanningsverplichting gekozen: de overheid zal zich inspannen het besluit op de afgesproken wijze te nemen, soms nog met als toevoeging dat zij niet aansprakelijk zal zijn als vanwege publiekrechtelijke redenen toch een ander besluit moet worden vastgesteld. En daarmee leek de situatie gecreëerd waarin de overheid helemaal niet meer zou kunnen worden aangesproken.

Dat dit niet het geval is, blijkt uit een arrest van het Gerechtshof Den Haag.⁵ In dit geval had de Afdeling in de procedure tegen het bestemmingsplan vastgesteld dat dit in strijd met de daarbij in acht te nemen zorgvuldigheid was voorbereid, omdat ten onrechte bepaalde bouwvoorschriften niet in het plan waren opgenomen. De noodzaak tot die voorschriften bleek uit onderzoeken die de betreffende gemeente zelf, maar pas ná het nemen van het besluit, had laten uitvoeren. Het hof oordeelde daarover als volgt:

‘Het hof acht deze aanpak van de gemeente onzorgvuldig, nu zij kennelijk bij de voorbereiding van de beslissing van de raad onvoldoende aandacht heeft gegeven aan de jurisprudentie en zelfs niet gealarmeerd is door de zienswijzen, die de mogelijk getroffen bedrijven hadden ingediend.’

De gemeente verweerde zich door te stellen dat slechts sprake was van een inspanningsverplichting, maar volgens het hof houdt een inspanningsverplichting in dat die zorgvuldig moet worden uitgevoerd, en eenvoudige te vermijden fouten niet dienen te worden gemaakt. Het resultaat is dat de gemeente in kwestie aansprakelijk is voor de schade van haar contractpartner. Ook al is sprake van ‘slechts’ een inspanningsverplichting, ook dan moet die voldoende serieus worden genomen. Een inspanningsverplichting betekent dus niet dat de overheid niet zou kunnen worden aangesproken. Om dit misverstand in de praktijk te voorkomen, kan het zinvol zijn expliciet overeen te komen in welke gevallen de gemeente in ieder geval niet aansprakelijk zal zijn.

3. Misverstand 3: de overeenkomst komt enkel tot stand als zij is ondertekend en goedgekeurd

Tot slot nog een enkele opmerking omtrent het tot stand komen van overeenkomsten. De onderhandelingen met het oog op de overeenkomst worden van de zijde van de overheid veelal door ambtenaren gevoerd, onder de nadrukkelijke mededeling dat het resultaat nog ter goedkeuring aan het bevoegde bestuursorgaan, meestal het college van burgemeester en wethouders, moet worden voorge-

legd. In 2012 oordeelde de Hoge Raad dat het in een dergelijk geval zo kan zijn dat in die onderhandelingen een rechtshandeling tot stand komt, onder de voorwaarde van goedkeuring van het college. Deze voorwaarde kan dan worden gezien als een opschortende voorwaarde. Als dan de overeenkomst helemaal is uitonderhandeld en alleen blijft steken bij de goedkeuring door het college, kan de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat de voorwaarde toch als vervuld moet worden beschouwd. Die situatie deed zich voor in het geval waarover de Hoge Raad in 2012 oordeelde.⁶ Uiteraard is een dergelijk oordeel zeer sterk afhankelijk van alle omstandigheden van het specifieke geval, maar het is een belangrijke waarschuwing voor de praktijk. De overeenkomst kan dus tot stand zijn gekomen, zonder dat deze is ondertekend.

Een variant op deze casus deed zich recent voor. Nu was niet een voorbehoud voor goedkeuring door het college gemaakt, maar voor goedkeuring door de raad. Op het allerlaatste moment onthoudt de raad instemming op de betreffende overeenkomst. Het hof volgde de lijn van de Hoge Raad uit 2012 en wees de vordering van de ontwikkelaar tot vergoeding van schade toe. De Hoge Raad oordeelt echter anders.⁷ Tussen het college en de raad moet nadrukkelijk onderscheid worden gemaakt. Handelingen van het college kunnen er dus niet toe leiden dat de raad zijn autonome positie zou verliezen. Het hof had het oordeel over het door de gemeente gewekte vertrouwen voor een groot deel gebaseerd op gebeurtenissen waar de raad niet bij betrokken was geweest. Die gebeurtenissen kunnen de autonomie van de raad daarom ook niet beperken.

4. Slot

Wat is de belangrijkste conclusie die uit dit alles valt te trekken? In ieder geval dat het voor de overheid allemaal minder vrijblijvend is dan weleens wordt gedacht. De formele rechtskracht van een besluit hoeft immers niet aan aansprakelijkheid in de weg te staan, de inspanningsverplichting noopt nog steeds tot zorgvuldig handelen en ook het maken van voorbehouden maakt de onderhandelingen niet vrijblijvend. Voor de private partijen blijkt dat het vooral heel belangrijk is duidelijk te zijn over wat er wordt beoogd en wat de wederzijdse verplichtingen zijn, om vervolgens de overheid ook bij de les te houden. Zeker waar het gaat om inspanningsverplichtingen is het van belang heel duidelijk te bepalen wat de inspanning dient in te houden en in welke gevallen daar in ieder geval wel, of juist niet, aan is voldaan.

Hoewel juist op het gebied van grondexploitatie, het kader waarin het merendeel van de overeenkomsten over ruimtelijke ordening wordt gesloten, nog niet is uitgekristalliseerd hoe de regeling in de Omgevingswet zal luiden, is al wel duidelijk dat de mogelijkheid van het sluiten van overeenkomsten blijft bestaan.⁸ De aanpassingen ten opzichte van het huidige systeem zullen vooral gericht zijn

5. Hof Den Haag 27 januari 2015, *NJF* 2015/266.

6. HR 1 juni 2012, *NJ* 2012/471.

7. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737. Zie tevens de rubriek Omgevingsrecht van Manfred Fokkema, ‘Contracteren met een veelkoppig monster’, elders in deze aflevering van *Vastgoedrecht*.

8. Zie voor meer A. de Snoo, ‘Actualiteiten omgevingsrecht: de Omgevingswet en grondexploitatie’, *VGR* 2014, afl. 4, p. 145 e.v.

op het vergemakkelijken van het publiekrechtelijke spoor, maar een hele grote verschuiving van het privaatrechtelijke spoor (de anterieure overeenkomst) naar het publiekrechtelijke spoor (het exploitatieplan of een variant daarop) hoeft niet te worden verwacht. Er zal dus sprake blijven van contracteren over planologie.