

De memorie van antwoord Grondexploitatie-wet; verhelderende antwoorden?



Op 29 maart jongstleden is de memorie van antwoord¹ verschenen naar aanleiding van de vragen van de Eerste Kamer² over de wijziging van de Wet ruimtelijke ordening inzake de grondexploitatie.³ Op 8 mei jongstleden verscheen nog een nadere memorie van antwoord.⁴ In beide memories geeft de Minister van VROM verscheidene antwoorden die voor de projectontwikkelingspraktijk relevant zijn. Zijn met deze antwoorden aan de Eerste Kamer genoemde – en tevens in de literatuur besproken⁵ – onduidelijkheden weggenomen? Naar ons oordeel blijft ondanks de antwoorden van de minister nog een aantal belangrijke vragen onbeantwoord. Dat is jammer, want hiermee is de parlementaire behandeling nagenoeg afgerond en wordt het wetsvoorstel zeer waarschijnlijk ongewijzigd wet. In dit artikel een uiteenzetting van enkele antwoorden en blijvende onduidelijkheden.

1. Het wetsvoorstel

In de laatste decennia is de positie van gemeenten bij grondexploitatie minder dominant geworden dan vroeger. Veel gronden binnen beoogde ontwikkelingslocaties zijn tegenwoordig in eigendom bij private partijen, die de beoogde bestemming op deze gronden zelf willen en kunnen realiseren.⁶ Gemeenten blijven in dit verband een belangrijke rol houden en maken kosten om de beoogde bestemmingen te realiseren. Dit betreft niet alleen kosten in verband met het tot stand brengen van het vereiste planologisch kader, maar tevens ontwikkelingskosten (zoals kosten van grondwerken en openbare voorzieningen).

In de praktijk is gebleken dat het huidige wettelijk instrumentarium voor kostenverhaal gemeenten onvoldoende mogelijkheden biedt om haar kosten vergoed te krijgen⁷ en om locatie-eisen te stellen, bijvoorbeeld met betrekking tot uitgiftecategorieën en de inrichting van de openbare ruimte. Het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet ruimtelijke ordening inzake de grondexploitatie' ('het wetsvoorstel') beoogt gemeenten 'een meer op de eisen van vandaag toegesneden publiekrechtelijk instrumentarium te bieden voor kostenverhaal, verevening en locatie-eisen bij particuliere grondexploitatie en tevens

om knelpunten bij privaatrechtelijk optreden van de gemeente op te lossen'.⁸

Het wetsvoorstel biedt gemeenten de mogelijkheid om afspraken over kostenverhaal en locatie-eisen op te nemen in een privaatrechtelijke overeenkomst ('de overeenkomst over grondexploitatie'). In aanvulling op het privaatrechtelijk spoor – dat het primaat heeft volgens de wetgever – biedt het wetsvoorstel gemeenten tevens de mogelijkheid om langs publiekrechtelijke weg de kosten van de gemeentelijke grondexploitatie te verhalen (door middel van de verplichting tot betaling van een exploitatiebijdrage bij afgifte van de bouwvergunning) en locatie-eisen te stellen. Hiertoe dient de gemeente bij de vaststelling van een bestemmingsplan of projectbesluit een zogenoemd exploitatieplan vast te stellen.

Het wetsvoorstel is op 1 september 2005 aan de Tweede Kamer aangeboden en op 7 juli 2006 unaniem door de Tweede Kamer aangenomen. Inmiddels is dit wetsvoorstel in behandeling bij de Eerste Kamer. De vaste kamercommissie voor VROM van de Eerste Kamer heeft een groot aantal vragen gesteld aan de Minister van VROM ('de minister')⁹, die middels de recent verschenen memories van antwoord zijn beantwoord.

* De auteurs zijn werkzaam als advocaat bij STIJL advocaten.

1. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D.
2. Voorlopig verslag vaste commissie voor volkshuisvesting en ruimtelijke ordening, *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, B.
3. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 2, aangeboden aan de Eerste Kamer overeenkomstig *Kamerstukken I* 2005/06, 30 218, A.
4. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, G.
5. Zie onder meer de special 'Grondexploitatiewet', *Vastgoedrecht* 2005-6, alsmede het preadvies van de Vereniging van Bouwrecht: *De Grondexploitatiewet; enkele verkenningen* van J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman & J.F. de Groot (2006).
6. Zie in dit verband de conclusies van het Ruimtelijk Planbureau in de op 10 mei jl. verschenen studie *De grondmarkt voor woningbouwlocaties. Belangen en strategieën van grondeigenaren*.
7. Zie onder meer HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 581, m.nt. JH (*Polyproject/Warmond*).
8. Aldus de memorie van toelichting, p. 2, vierde alinea, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 3.
9. Zie in dit verband het voorlopig verslag van de vaste commissie voor volkshuisvesting en ruimtelijke ordening, *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, B en het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor volkshuisvesting en ruimtelijke ordening, *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, F.

Ondanks de soms verhelderende antwoorden van de minister, blijft nog een aantal vragen onbeantwoord. Wij geven in dit artikel geen algemene toelichting op het wetsvoorstel, maar gaan in op een aantal specifieke vragen die voor de praktijk van belang zijn en wel in het bijzonder op de vragen over het begrip 'anderszins verzekerd' als opgenomen in de artikelen 6.12 lid 2 en artikel 6.17 lid 1 van het wetsvoorstel en die over de rechtsongelijkheid die door het wetsvoorstel wordt gecreëerd door het laten bestaan van het privaatrechtelijk kostenverhaal naast het publiekrechtelijk kostenverhaal. Voor een meer algemene beschrijving van het wetsvoorstel verwijzen wij naar de special 'Grondexploitatiewet' van *Vastgoedrecht* en het preadvies van de Vereniging van Bouwrecht ('het preadvies').¹⁰ Wij realiseren ons dat het wetsvoorstel nog vele andere vragen oproept, die eveneens relevant zijn.¹¹ Het voert helaas te ver om die allemaal in het bestek van dit artikel te behandelen.

2. Het begrip 'anderszins verzekerd'

Artikel 6.12 lid 2 en artikel 6.17 lid 1 van het wetsvoorstel

In artikel 6.12 lid 2 van het wetsvoorstel is opgenomen dat de gemeenteraad kan besluiten geen exploitatieplan vast te stellen indien:

- a. het verhaal van kosten van de grondexploitatie over de in het plan of besluit begrepen gronden anderszins verzekerd is; en
- b. het – kort gezegd – niet noodzakelijk is om een tijdvak te bepalen waarbinnen de exploitatie van de gronden zal plaatsvinden of een fasering te bepalen voor de uitvoering van werken, werkzaamheden, maatregelen en bouwplannen en/of koppelingen daartussen; en
- c. het – kort gezegd – niet noodzakelijk is om eisen te stellen voor de werken en werkzaamheden inzake bouwrijp maken, de aanleg van de nutsvoorzieningen en de inrichting van de openbare ruimte alsmede de regels voor de uitvoering van genoemde werken en werkzaamheden (locatie-eisen) of om de voorschriften van een bestemmingsplan of projectbesluit nader uit te werken met betrekking tot de uitvoerbaarheid.¹²

Artikel 6.17 lid 1 bepaalt – kort gezegd – dat B&W een exploitatiebijdrage kunnen opleggen bij de verlening van de bouwvergunning, tenzij de bijdrage anderszins verzekerd is of voorafgaand aan de indiening van de bouwaanvraag een exploitatiebijdrage met betrekking tot de desbetreffende gronden is overeengekomen en verzekerd is.¹³

Het is ons niet duidelijk waarom in beide artikelen een verschillende tekst is opgenomen. Artikel 6.17 lid 1 spreekt over de situatie dat de bijdrage anderszins verzekerd is *of* (cursief auteurs) dat een exploitatiebijdrage is overeengekomen en verzekerd is. Artikel 6.12 lid 2 heeft het alleen over het anderszins verzekerd zijn van de kosten van de grondexploitatie. Uit de memorie van

toelichting bij het wetsvoorstel¹⁴ kan evenwel worden afgeleid dat hiermee in beide artikelen wordt bedoeld het geval waarin een overeenkomst met een grondeigenaar/ontwikkelaar is gesloten waarin het kostenverhaal is geregeld dan wel alle kosten via gemeentelijke gronduitgifte worden verhaald.¹⁵

Wat deze overeenkomst exact moet inhouden, wil het verhaal van kosten 'anderszins verzekerd' zijn, is echter niet omschreven in het wetsvoorstel en wordt evenmin nader toegelicht in de memorie van toelichting. Betekent dit dat de gemeente (specifieke) zekerheden moet bedingen van de grondeigenaar/ontwikkelaar? Of dat de gemeente verplicht is om in een dergelijke overeenkomst (specifieke) andersoortige afspraken op te nemen waardoor de betaling van de afgesproken bijdrage wordt veiliggesteld? Door de Eerste Kamer is onzes inziens terecht aan de minister gevraagd het begrip 'anderszins verzekerd' in artikel 6.12 lid 2 nader te verduidelijken.¹⁶

Antwoord minister

De minister geeft in dit verband aan – hetgeen zoals vermeld ook uit de memorie van toelichting moet worden afgeleid – dat met het begrip 'anderszins verzekerd' wordt bedoeld op de situatie dat publiekrechtelijk kostenverhaal via een exploitatieplan niet nodig is als voor de desbetreffende gronden de kosten verbonden aan de grondexploitatie al op een andere manier gedekt worden, bijvoorbeeld door een contract of door gemeentelijke gronduitgifte.¹⁷

De minister zegt voorts dat bij een contract de gemeente zekerheden *kan* (cursief auteurs) bedingen, zoals een bank- of concerngarantie of hypotheekrecht, maar dat dit niet noodzakelijk is. Het is volgens de minister aan de gemeente om op dit punt een afweging te maken. Als er ten tijde van het planologisch besluit een nog van kracht zijnde overeenkomst over de grondexploitatie is, en de gemeente kan aannemen dat de overeenkomst wordt nagekomen door de wederpartij, wordt volgens

10. Zie noot 5.

11. Zie in dit verband onder meer in noot 5 genoemd preadvies.

12. Middels de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 938, nr. 2, is artikel 6.12 nog gewijzigd door de toevoeging van hetgeen is opgenomen onder b en onder c, laatste gedeelte.

13. De woorden 'en verzekerd is', aan het slot van artikel 6.17 lid 1 zijn toegevoegd bij nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, nr. 7.

14. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 3.

15. Zie hierover ook het in noot 5 genoemde preadvies, p. 31, noot 68, volgens de preadviseurs voegt de toevoeging 'en verzekerd is' niets toe; het komt hen voor dat het tweede gedeelte van de laatste zin van artikel 6.17 lid 1 een specialis is van het eerste gedeelte van deze zin.

16. P. 9 memorie van antwoord, tweede alinea; deze vraag stellen de schrijvers van vernoemd preadvies zich eveneens, zie o.a. p. 31 en 38.

17. P. 9 memorie van antwoord, derde alinea.

de minister aan het criterium 'anderszins verzekerd' voldaan, ongeacht de hoogte van de bijdrage. Als de gemeente vindt dat de nakoming van de contractafspraken niet is veiliggesteld, is volgens de minister niet voldaan aan het criterium en moet toch een exploitatieplan worden vastgesteld.

De minister stelt voorts dat het begrip 'anderszins verzekerd' ook voorkomt in artikel 6.17 lid 1 van het wetsvoorstel. Zij merkt op dat na vaststelling van een exploitatieplan het contract leidend blijft en dat het contract in beginsel behoort te vrijwaren tegen kostenverhaal via de bouwvergunning. Volgens de minister kan het kostenverhaal in het exploitatieplan bij percelen die in een contract zijn opgenomen, slechts toegepast worden indien dit contract nog niet is nagekomen op het moment dat de bouwvergunning voor die gronden wordt verleend en nakoming op dat moment niet verzekerd is. In die situatie kan op grond van artikel 6.17 lid 1 een exploitatiebijdrage worden opgelegd.

Reactie

Zonder nader beleid van gemeentewege lijkt met de beantwoording van de minister willekeur op de loer te liggen. Niet is duidelijk onder welke omstandigheden een gemeente 'kan aannemen dat een overeenkomst wordt nagekomen door de wederpartij' noch wanneer de gemeente 'kan vinden dat de nakoming van een overeenkomst niet veiliggesteld c.q. verzekerd is'. Het had voor de hand gelegen dat de minister gemeenten nu eindelijk meer handvatten had gegeven voor toepassing van zowel het criterium 'anderszins verzekerd' in de artikelen 6.12 lid 2 en 6.17 lid 1 alsook het criterium 'verzekerd' in artikel 6.17 lid 1.¹⁸ De huidige uitleg van de minister biedt gemeenten de mogelijkheid om naar eigen inzicht te bepalen wanneer zij een overeengekomen bijdrage voldoende verzekerd achten. Gemeenten beschikken hiermee over een wel erg ruime – niet omkaderde – beoordelingsvrijheid.

Bovendien wordt met de beantwoording door de minister het eerder in de memorie van toelichting gestelde dat door het simpelweg overeenkomen van een exploitatiebijdrage, de gemeente haar kosten niet meer (aanvullend) publiekrechtelijk kan verhalen op de partij met wie deze bijdrage is overeengekomen, nu echt verlaten. In de memorie van toelichting staat immers vermeld 'door een exploitatiebijdrage overeen te komen verspeelt de gemeente het recht op aanvullend kostenverhaal'.¹⁹ De memorie van toelichting rept niet over een nadere beoordeling door de gemeente of een gesloten overeenkomst wel wordt nagekomen op het moment van vaststelling van een bestemmingsplan of projectbesluit en op het moment van afgifte bouwvergunning. Het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst over kostenverhaal vrijwaart de contractpartij van de gemeente derhalve geenszins meer van een latere verplichting tot het betalen van een (aanvullende) exploitatiebijdrage. Van de zekerheid die de minister bij memorie van toelichting wenste te creëren voor particuliere

eigenaren die over het bouwplan gecontracteerd hebben, is derhalve geen sprake meer.

Dat de nadere toelichting van de minister niet alleen (en nog steeds) risico's oplevert voor de gemeente maar ook voor de contractpartijen van de gemeente, moge blijken uit de volgende praktijkvoorbeelden.

Praktijkcases

De gemeente sluit een overeenkomst met een projectontwikkelaar, zonder zekerheden te bedingen of anderszins afspraken te maken waardoor de financiële bijdrage zeker is gesteld. De gemeente is desondanks van oordeel dat het niet noodzakelijk is een exploitatieplan vast te stellen; zij kent de ontwikkelaar en heeft goede ervaringen met hem. Zij acht de bijdrage dan ook voldoende veilig gesteld. De ontwikkelaar gaat echter failliet voordat hij de exploitatiebijdrage aan de gemeente heeft betaald, terwijl de gemeente de voorzieningen reeds (deels) heeft aangelegd.

Het gevolg is dat de gemeente haar kosten nu niet meer kan verhalen. Ze heeft immers geen zekerheden, geen solvabele contractant en bovendien geen exploitatieplan op basis waarvan zij alsnog kostenverhaal kan afdwingen van andere partijen, zoals eventuele rechtsopvolgers van de failliete ontwikkelaar dan wel eigenaren van nabijgelegen percelen die profijt hebben van de voorzieningen. Het wetsvoorstel biedt namelijk niet de mogelijkheid om indien geen exploitatieplan is vastgesteld, alsnog een overeenkomst af te dwingen over kostenverhaal²⁰ en bovendien: waarom zou de rechtsopvolger van de failliet een dergelijke overeenkomst willen sluiten? In feite wordt dit standpunt door de minister bevestigd; zij merkt in haar memorie van antwoord op dat als eenmaal een bestemmingsplan is vastgesteld zonder exploitatieplan, de mogelijkheid tot kostenverhaal niet meer aanwezig is.²¹

Ook kan zich de situatie voordoen dat de gemeente wel een exploitatieplan heeft vastgesteld, maar de gemeente bij afgifte van de bouwvergunning van oordeel is dat het niet noodzakelijk is om een exploitatiebijdrage op te leggen omdat door een overeenkomst kostenverhaal wordt verzekerd. Indien de ontwikkelaar na afgifte van de bouwvergunning failliet gaat, zit de gemeente met hetzelfde probleem indien zij geen zekerheden heeft laten stellen. De beantwoording van de minister staat het immers toe om geen zekerheden te verlangen; het is aan de gemeente om te bepalen wanneer zij de exploitatiebijdrage voldoende verzekerd vindt. Een rechtsopvolger van de failliete grondeigenaar kan de plannen van de

18. De toelichting in de nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, nr. 7, p. 6, maakte ook al niet duidelijk wat met dit begrip wordt bedoeld.

19. Zie memorie van toelichting, p. 15, eerste alinea; zie tevens memorie van toelichting p. 43, eerste alinea.

20. Zie hierover eveneens in noot 5 genoemd preadvies, p. 30.

21. Zie memorie van antwoord, p. 26, derde alinea.

failliet alsnog realiseren, zonder dat de gemeente haar kosten op hem kan verhalen. De rechtsopvolger is immers niet gebonden aan de overeenkomst tussen de gemeente en de failliet en kan de bouwvergunning op zijn naam doen stellen zonder dat de gemeente daar een financiële voorwaarde aan kan verbinden.²² Het wetsvoorstel biedt naar ons oordeel ook in deze situatie niet de mogelijkheid om in een dergelijk geval alsnog een overeenkomst over kostenverhaal af te dwingen.

Dit ligt uiteraard anders indien het faillissement ontstaat nadat het exploitatieplan is vastgesteld, doch nog geen bouwvergunning is verleend. In dat geval heeft de gemeente nog wel de mogelijkheid via de bouwvergunning haar kosten te verhalen op de rechtsopvolger van de failliet die de plannen wil realiseren.

In het preadvies wordt nog een andere casus besproken, waarbij de gemeente hetzelfde probleem op haar bordje krijgt.²³ De preadviseurs schetsen de situatie dat op het moment dat de gemeente het bestemmingsplan vaststelt nog geen definitieve overeenkomst is gesloten, maar hierover nog onderhandelingen lopen en de onderhandelaars namens de gemeente het idee hebben dat ze er wel uitkomen met de projectontwikkelaar. Om deze reden besluit de gemeente om met de vaststelling van het bestemmingsplan geen exploitatieplan vast te stellen; de gemeente acht op basis van de lopende onderhandelingen het kostenverhaal anderszins verzekerd. Indien de overeenkomst echter uiteindelijk nooit tot stand komt, kan ook in deze situatie geen kostenverhaal (meer) plaatsvinden.²⁴ De beantwoording van de minister sluit deze situatie niet uit.

De 'omgekeerde' situatie kan zich eveneens voordoen. Een gemeente en een grondeigenaar sluiten in een vroeg stadium van de planontwikkeling een overeenkomst over, onder andere, kostenverhaal. Omdat de gemeente de grondeigenaar kent en goede ervaringen met hem heeft, vindt zij het niet nodig om zekerheden te stellen; dit is de grondeigenaar bekend. Op het moment dat de gemeente een besluit moet nemen over vaststelling van het bestemmingsplan, komt zij erachter dat de bijdrage die is overeengekomen met de grondeigenaar eigenlijk veel te laag is en besluit de gemeente alsnog een exploitatieplan vast te stellen en een (aanvullende) exploitatiebijdrage van de grondeigenaar te verlangen bij afgifte van de bouwvergunning. De uitleg van de minister lijkt dit – in tegenstelling tot hetgeen tot op heden werd aangenomen (ook door de minister)²⁵ – toe te staan. Nu geen zekerheden zijn gesteld, kan de gemeente immers evengoed motiveren dat het verhaal van kosten c.q. de nakoming van de overeenkomst juist onvoldoende verzekerd is. Het is echter de vraag of een dergelijk besluit van de gemeente bij een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur stand zal houden.

De discretionaire bevoegdheid van de gemeenten ten aanzien van het vaststellen of de exploitatiekosten 'anderszins verzekerd' of 'verzekerd' zijn, kan derhalve lei-

den tot ongeoorloofde toepassing van deze bevoegdheid, in die gevallen waarin de bijdrage die volgens het exploitatieplan via de bouwvergunning kan worden verhaald, hoger is dan de overeengekomen bijdrage. In die gevallen heeft – zo volgt uit de beantwoording van de minister – de gemeente het voorrecht te besluiten dat het kostenverhaal niet voldoende verzekerd is.

Conclusie

Gelet op het voorgaande is het voor gemeenten niet raadzaam om met het oog op het al dan niet vaststellen van een exploitatieplan al te lichtvaardig te besluiten dat met een privaatrechtelijke overeenkomst het kostenverhaal zonder meer (anderszins) is verzekerd. Indien eenmaal een planologisch besluit is genomen zonder exploitatieplan, is de mogelijkheid tot kostenverhaal niet meer aanwezig.

Gemeenten doen er verstandig aan in een dergelijke overeenkomst wel degelijk zekerheden te bedingen (zoals een bankgarantie, concerngarantie of hypotheekrecht) of andersoortige afspraken te maken waardoor haar bijdrage is veiliggesteld. Voorbeelden van dergelijke afspraken zijn de afspraak dat de grondeigenaar/ontwikkelaar verplicht is zijn bijdrage te betalen voordat de bouwvergunning voor zijn eigen plannen wordt verleend en dat de gemeente eerst zal starten met de realisatie van openbare voorzieningen nadat de exploitatiebijdrage is betaald.

Voor de grondeigenaren levert de beantwoording van de minister onzekerheid op. Ook al hebben zij een overeenkomst over kostenverhaal gesloten, het lijkt erop dat gemeenten met het wetsvoorstel en de uitleg van de minister in de hand altijd nog kunnen besluiten een exploitatieplan vast te stellen en (aanvullend) publiekrechtelijk kostenverhaal kunnen plegen. Het zou prettig zijn geweest als de wetgever in dit verband duidelijker stelling had ingenomen en meer handvatten had gegeven. Gelet op het voorgaande is het de vraag of het met deze uitleg voor gemeenten en grondeigenaren nog aantrekkelijk is om het privaatrechtelijk spoor te volgen. Temeer omdat een en ander tot rechtsongelijkheid kan leiden.

22. Volgens de Model Bouwverordening, die vrijwel door alle gemeenten wordt gebruikt, gaat een bouwvergunning over na een op verzoek van de vergunninghouder en/of diens beoogd rechtsopvolger genomen besluit van B&W. Uit de jurisprudentie volgt dat hieraan geen voorwaarden kunnen worden verbonden. Zie onder meer L.C. Knijff in 'Rechtsopvolging bij bouwvergunning en vrijstelling', *Bouwrecht* 2006-6 en in 'Rechtsopvolging bij vergunningen in de gemeentepraktijk', *de Gemeentem* 2004, 7205.

23. Zie in noot 5 genoemd preadvies, p. 30.

24. De preadviseurs geven nog als optie aan om een nieuw 'ander' bestemmingsplan vast te stellen, waarbij wel een exploitatieplan wordt vastgesteld.

25. Zie o.a. in noot 5 genoemd preadvies, p. 31.

3. Rechtsongelijkheid

Verhouding privaatrechtelijk en publiekrechtelijk spoor

De Eerste Kamer wijst de minister op de mogelijke rechtsongelijkheid die het wetsvoorstel creëert door het laten bestaan van het privaatrechtelijk spoor naast het publiekrechtelijk spoor.

Een privaatrechtelijke overeenkomst kan – zoals hiervoor reeds is gebleken – worden gesloten vóórdat de gemeente besluit een exploitatieplan op te stellen maar ook nádat een exploitatieplan is opgesteld.²⁶ Vanaf het moment dat het exploitatieplan is vastgesteld, is dit plan de basis voor nadien gesloten overeenkomsten²⁷, voor die tijd geldt een grote mate van contractsvrijheid.

Leidt de keuze van de wetgever om het kostenverhaal zowel langs privaatrechtelijke als publiekrechtelijke weg te laten plaatsvinden niet tot rechtsongelijkheid?

Praktijkcasus

Enkele leden van de Eerste Kamer stellen in dit verband de volgende praktijkcasus aan de orde.²⁸

‘Stel een gemeente heeft met een van de grondeigenaren binnen een te ontwikkelen gebied dat groter is dan alleen het grondgebied van deze grondeigenaar een overeenkomst gesloten over kostenverhaal. De gemeente denkt dat deze overeenkomst een goede deal is; haar kosten lijken goeddeels vergoed te worden door deze partij. De gemeente is – in tegenstelling tot de huidige praktijk – niet meer verplicht om voorafgaand aan het sluiten van een dergelijke overeenkomst openbare inzage te verstrekken in de exacte omvang van de te verhalen kosten dus het kan zo zijn dat de gemeente op dat moment nog maar zeer globaal haar kosten heeft ingeschat. Een dergelijke overeenkomst kan al in een zeer vroeg stadium van het planproces zijn gesloten. Kan deze gemeente dan besluiten om met de andere grondeigenaren binnen dit gebied geen overeenkomst te sluiten en ook geen exploitatieplan vast te stellen omdat ze vindt dat het verhaal van kosten anderszins verzekerd is? En zo ja, kan de grondeigenaar met wie wel een overeenkomst is gesloten, daar iets tegen ondernemen? Hij betaalt immers wel; de rest niet. Zo ja, wat is de procedure?’

Antwoord minister

In dit verband benadrukt de minister nog eens dat als eenmaal een bestemmingsplan is vastgesteld zonder exploitatieplan, de mogelijkheid tot kostenverhaal niet meer aanwezig is. Indien er echter wel de noodzaak bestond om een exploitatieplan op te stellen, handelt de gemeente volgens de minister in strijd met de wet door dit niet te doen. Derden kunnen dit aanvechten indien zij in beroep gaan tegen het bestemmingsplan of projectbesluit voor de betreffende locatie.²⁹

Wat betreft de situatie dat via de overeenkomst voldoende kostenverhaal heeft plaatsgevonden, zodat voor

resterende percelen geen exploitatieplan hoeft te worden vastgesteld, stelt de minister in feite dat deze situatie zich niet voor kan doen. Verder stelt de minister dat volgens het hiervoor reeds aangehaalde artikel 6.12 lid 2 van het wetsvoorstel een exploitatieplan niet nodig is indien het verhaal van kosten over de in het bestemmingsplan of projectbesluit begrepen gronden anderszins verzekerd is en het stellen van locatie-eisen niet noodzakelijk is. Omdat met ‘gronden’ ‘alle gronden’ wordt bedoeld, moet volgens de minister een exploitatieplan worden vastgesteld indien er een perceel is dat niet heeft bijgedragen aan het kostenverhaal maar dat wel had moeten doen, ongeacht of de gemeente al uit de kosten is. De minister geeft verder nog aan dat mocht deze situatie zich niettemin in de praktijk voordoen, ook (curatief auteurs) de contractant beroep kan instellen tegen het bestemmingsplan of het projectbesluit.

Reactie

Het antwoord van de minister vinden wij in meerdere opzichten onbegrijpelijk.

Ten eerste zien wij niet in waarom een gemeente, gelet op de tekst van het wetsvoorstel en de toelichting daarop, zich niet terecht op het standpunt zou kunnen stellen dat het verhaal van haar kosten anderszins verzekerd is als zij een overeenkomst heeft gesloten op basis waarvan al haar kosten worden goedge maakt. Het lijkt erop dat de minister in dit opzicht de redenering uit het preadvies volgt.³⁰ In het preadvies wordt – kort gezegd – gesteld dat in de situatie dat de gemeente voor 90% van de in een exploitatiegebied gelegen gronden zodanige overeenkomsten over kostenverhaal heeft gesloten dat daarmee alle verwachte gemeentelijke kosten worden gecompenseerd, de gemeente niet kan afzien van het opstellen van een exploitatieplan. In deze situatie is volgens de preadviseurs voor 10% van de binnen het exploitatiegebied gelegen gronden het verhaal van kosten namelijk niet anderszins verzekerd.

Wij vinden deze interpretatie van artikel 6.12 lid 2 niet voortvloeien uit de wettekst en in strijd met de uit het voorgaande reeds gebleken stellingen van de minister

26. In het in noot 5 genoemde preadvies worden deze twee soorten overeenkomsten onderscheiden in respectievelijk ‘posterieure overeenkomsten’ en ‘anterieure overeenkomsten’, zie preadvies, p. 15.

27. Dit volgt uit artikel 6.24 lid 2 van het wetsvoorstel dat bepaalt dat na vaststelling van een exploitatieplan, B&W het exploitatieplan in acht moeten nemen bij het aangaan van een overeenkomst.

28. Memorie van antwoord, p. 26, derde alinea.

29. Middels de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening, zie noot 12, is aan artikel 8.2 een nieuw lid toegevoegd waardoor nu expliciet is bepaald dat degene die een grondexploitatieovereenkomst heeft gesloten met betrekking tot de in het desbetreffende besluit opgenomen gronden, of die eigenaar is van die gronden, belanghebbende is bij een besluit tot het al dan niet vaststellen van een exploitatieplan en herziening daarvan.

30. Zie in noot 5 genoemd preadvies, p. 39.

dat de gemeente een ruime bevoegdheid heeft bij de vaststelling of de kosten 'anderszins verzekerd' zijn. Als dit door de wetgever wordt bedoeld, dan verdient het aanbeveling in dit opzicht de wet te wijzigen. Het is voor ons niet duidelijk waarom de minister desondanks stelt dat – in het geval van voorgaande casus – een gemeente in strijd handelt met de wet door geen exploitatieplan vast te stellen. Heeft de gemeente nu wel of geen discretionaire bevoegdheid? Bovendien, zou de gemeente wel een exploitatieplan vaststellen en op grond daarvan kosten verhalen op de andere grondeigenaren, dan verhaalt de gemeente meer kosten dan zij heeft moeten maken/maakt. Dit kan toch niet de bedoeling zijn?

Ten tweede lijkt het ons voor de hand te liggen dat indien iemand in deze situatie beroep wil instellen, dit *juist* de contractant is. Andere grondeigenaren hebben daar immers volstrekt geen belang bij; zij hoeven niet te betalen en zouden dat wel moeten indien komt vast te staan dat alsnog een exploitatieplan moet worden opgesteld. Niet duidelijk wordt overigens wat de gevolgen zijn van een beroep door de contractant. Uit de memorie van toelichting volgt dat de contractant in een dergelijk geval geen recht op een lagere bijdrage kan ontlenen aan het exploitatieplan, tenzij zo'n verrekening in het contract is opgenomen.³¹ Heeft een dergelijk beroep dan wel zin?

Andere praktijkcasus

De situatie zou zich ook kunnen voordoen dat de gemeente ten behoeve van kostenverhaal binnen een gebied met meerdere grondeigenaren, met een van de grondeigenaren in een vroeg stadium van de planvorming een overeenkomst heeft gesloten. Vervolgens besluit de gemeente een exploitatieplan op te stellen zonder eerst met de overige grondeigenaren in gesprek te gaan over een overeenkomst.

De vraag rijst of de overige grondeigenaren dan kunnen stellen dat zij liever een overeenkomst hadden willen sluiten met de gemeente? Bijvoorbeeld omdat de grondeigenaar met wie wel een overeenkomst is gesloten een veel lagere bijdrage betaalt dan de overige grondeigenaren op basis van het exploitatieplan moeten betalen, of andere aantrekkelijke afspraken met de gemeente heeft gemaakt, die de overige grondeigenaren ook graag hadden willen maken.

Weliswaar stelt de memorie van toelichting dat het privaatrechtelijk spoor voorop blijft staan, de wet biedt echter niet de mogelijkheid om van de gemeente een overeenkomst over kostenverhaal af te dwingen, noch bevat het wetsvoorstel een onderhandelingsplicht voor gemeenten.³² Voor het ontstaan van een overeenkomst is nog altijd overeenstemming tussen partijen een vereiste.

Wat kunnen de overige grondeigenaren hiertegen ondernemen? Met een beroep op het gelijkheidsbeginsel

bezwaar indienen tegen de bouwvergunning, meer specifiek de daaraan gekoppelde exploitatiebijdrage. Dit lijkt echter niet veel kans van slagen te hebben, gelet op de door de wetgever expliciet gecreëerde mogelijkheid om het kostenverhaal nog steeds privaatrechtelijk te kunnen regelen.³³

Waarschijnlijk zal de minister ook van dit voorbeeld zeggen, dat zich dit in de praktijk niet zal voordoen. Zij stelt namelijk in haar memorie van antwoord dat de voordelen van onderhandelen voor gemeenten zo groot zijn, dat gemeenten daar toch wel voor zullen kiezen.³⁴ Contracteren biedt volgens de minister de kans op een hogere opbrengst voor de gemeente, geeft beide partijen zekerheid over de ontwikkeling, biedt mogelijkheid voor maatwerkafspraken en spaart bestuurlijke lasten en procedures uit.

Uit de in dit artikel geschetste casusvoorbeelden moge blijken dat de door de minister opgesomde voordelen echter niet altijd opgaan.

Conclusie

Uit het bovenstaande volgt dat het laten bestaan van een vrijblijvend privaatrechtelijk spoor naast het publiekrechtelijke spoor rechtsongelijkheid tot gevolg kan hebben. De gemeente wordt de mogelijkheid geboden met grondeigenaren verschillende afspraken te maken waardoor de ene grondeigenaar een betere deal heeft dan de andere, met als stok achter de deur de mogelijkheid voor de gemeente haar kosten te verhalen op basis van een exploitatieplan bij het verlenen van de bouwvergunning. De beantwoording van de minister sluit een en ander niet uit.

Het is spijtig dat uit het wetsvoorstel de verplichting voor gemeenten is verdwenen om een verordening vast te stellen met betrekking tot de grondexploitatie. In eerste instantie had de gemeente de verplichting tot het opstellen van een dergelijke verordening die volgens het wetsvoorstel in ieder geval de procedure voor het tot stand komen van een overeenkomst over grondexploitatie moest regelen.³⁵ Volgens de memorie van toelichting ging het dan met name om het vaststellen van een procedure van omgang met particuliere eigenaren die een overeenkomst willen aangaan.³⁶ Bij nota van wijziging is dit artikel evenwel geschrapt.³⁷ Thans hebben gemeenten de bevoegdheid een dergelijke verordening op te stellen en kan deze verordening bepalingen bevatten met betrekking tot de procedure voor het tot stand komen van een overeenkomst en de inhoud daarvan. De

31. Memorie van toelichting, p. 43, eerste alinea.

32. Zie memorie van antwoord, p. 7, derde alinea en 8, laatste alinea, alwaar de minister zulks bevestigt.

33. Zo ook in noot 5 genoemd preadvies, p. 33.

34. Zie memorie van antwoord, p. 8, laatste alinea.

35. Artikel 6.23 wetsvoorstel.

36. Zie memorie van toelichting, p. 45, toelichting artikel 6.23.

37. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 218, nr. 7, p. 3.

vraag is of veel gemeenten dit zullen doen. Een dergelijke verordening had onzes inziens een goede mogelijkheid kunnen bieden om een procedure vast te leggen teneinde het hiervoor aangestipte voorbeeld van rechtsongelijkheid zo veel als mogelijk te voorkomen.

4. Eindconclusie

Hoewel de minister antwoorden geeft op de naar ons oordeel voor de praktijk zeer relevante vragen die zijn gesteld door de Eerste Kamer, blijft het wetsvoorstel op een aantal punten nog steeds onduidelijk. Wij hebben in dit artikel slechts enkele vragen en antwoorden behandeld; de memorie van antwoord biedt nog meer belangrijke informatie. Het is jammer dat de minister naar aanleiding van de gestelde vragen niet de gelegenheid te baat heeft genomen om voor de praktijk relevante discussiepunten op te lossen. Wellicht dat de plenaire behandeling door de Eerste Kamer op 22 mei nog aanleiding geeft voor de minister om het wetsvoorstel te verduidelijken. Dat weten we bij het schrijven van dit artikel nog niet, maar bij publicatie waarschijnlijk wel. Mocht de minister dat niet doen, dan zijn gemeenten en grondeigenaren genoodzaakt om onvolkomenheden contractueel op te lossen.