

# De inspanningsverplichting in een bevoegdhedenovereenkomst

## Geen garantie op resultaat, maar ook geen vrijbrief om niet te hoeven presteren

Het is vrij gebruikelijk dat gemeenten in een (bevoegdheden)overeenkomst inzake gebiedsontwikkeling vastleggen dat voor de door hen te voeren ruimtelijke ordeningsprocedure slechts sprake is van een inspanningsverplichting en niet van een resultaatsverplichting. Dit is echter geen vrijbrief om niet (tijdig) te hoeven presteren. Het niet nakomen van een inspanningsverplichting kan zelfs uitmonden in een schadevergoedingsplicht. Manfred Fokkema laat dit zien aan de hand van een bespreking van een recent gepubliceerd arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Mr. M. Fokkema<sup>1</sup>

### Casus

In december 2006 sluit een projectontwikkelaar een tweetal overeenkomsten met de gemeente Almelo. Het betreft een exploitatieovereenkomst (vanwege een eigen grondpositie) en een koopovereenkomst. Het is de bedoeling dat er een bouwplan van totaal 44 woningen zal worden gerealiseerd. Aan de exploitatieovereenkomst is ten behoeve van het bouwplan een voortgangsplanning gehecht voor de verlening van de bouwvergunning met vrijstelling van het vigerende bestemmingsplan.

Begin september 2007 roept de projectontwikkelaar de ontbinding van beide overeenkomsten in, (primair) omdat de gemeente haar inspanningsverbintenis voor het doorlopen van de benodigde ruimtelijke ordeningsprocedure niet zou zijn nagekomen. Op 4 december 2007 wordt de bouwvergunning met vrijstelling alsnog verleend, welke vergunning op 22 mei 2009 onherroepelijk wordt. Op 5 februari 2010 trekt de gemeente de bouwvergunning in en beroept ook zij zich op ontbinding van de exploitatieovereenkomst. De koopsom voor de gekochte grond had de gemeente reeds eind augustus 2009 (grotendeels) terugbetaald.

Partijen verwijten elkaar in de juridische procedure over en weer dat er in strijd met de exploitatieovereenkomst is gehandeld. Ze blijven verdeeld over de vraag wie de rente over de inmiddels terugbetaalde koopsom, de kosten en de verdere schade moet dragen. Het komt uiteindelijk tot een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat negatief uitpakt voor de gemeente.<sup>2</sup> Het arrest is volledig in stand gebleven bij de Hoge Raad omdat de daartegen gerichte klachten niet tot cassatie kunnen leiden.<sup>3</sup>

### Relevante contractbepalingen

De exploitatieovereenkomst bevat een tweetal relevante bevoegdheidsbepalingen.

Artikel 2 onder a:

*‘De gemeente heeft de inspanningsverplichting om te bevorderen dat het bestemmingsplan dan wel de benodigde anticipatieprocedures inclusief eventuele tussentijdse noodzakelijk geworden wijzigingen, op voortdurende [opmerking mf: waarschijnlijk is hier bedoeld: voortvarende] wijze de daartoe geëigende procedure doorloopt [toevoeging mf: en] op de kortst haalbare termijn vigerend wordt en verplicht zich ten opzichte van de exploitant om, voor zover dat in haar macht*

*ligt, de bouwvergunning, die voor de uitvoering van het project nodig is, direct na indiening van elke aanvraag in behandeling te nemen en binnen redelijke termijn af te handelen.’<sup>4</sup>*

En artikel 2 onder b:

*‘De gemeente behoudt bij de nakoming van hetgeen in dit artikel is bepaald echter volledig haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid ten aanzien van ruimtelijke ordeningsprocedures. Dit houdt in, dat er van de zijde van de gemeente geen sprake van wanprestatie zal zijn, indien het handelen naar deze verantwoordelijkheid eist, dat de gemeente publiekrechtelijke rechtshandelingen verricht, die niet in het voordeel zijn van de aard of de strekking van deze overeenkomst of de voortgang van de realisatie van het project of anderszins ten nadele van de exploitant zullen zijn.’*

Het betreft hier een in de Nederlandse praktijk vrij gebruikelijke tweetrapsraket.

Allereerst wordt duidelijk gemaakt dat het hier niet gaat om een resultaatsverbintenis, hetgeen overigens ook niet zou kunnen<sup>5</sup>, maar om een inspanningsverplichting (onder a). Die inspanningsverplichting noopt er

volgens de gehanteerde contractuele bewoordingen wel toe dat de gemeente:

- (i) De ruimtelijke orderings-procedure voortvarend moet oppakken ('voortdurend' lijkt mij een verschrijving van het hof), zodat het bestemmingsplan zo snel mogelijk vigerend wordt.
- (ii) Elke bouwvraag direct na indiening in behandeling neemt en deze binnen een redelijke termijn moet afhandelen.

Voor de goede orde: volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn (i) de aangehechte – en door beide partijen geparafeerde – planning en (ii) de wettelijke termijnen (in dit geval: voor het verlenen van een vrijstelling), een goede indicatie voor de redelijkheid van termijnen.<sup>6</sup> Dit laatste lijkt mij voor de praktijk van gebiedsontwikkeling een mooie vingervijzing, met name voor de nogal eens voorkomende situatie waarin partijen wel contractueel afspreken een planning te zullen maken, maar dit vervolgens verzuimen te doen in het stadium van de uitvoering van de overeenkomst. Door ook dan uit te gaan van de wettelijke termijnen als 'redelijke termijn', vind ik alleszins redelijk.

Ten tweede is vastgelegd (onder b), dat als de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de gemeente dat eist, zij dan publiekrechtelijke rechtshandelingen mag nemen die niet in het voordeel zijn van het project of de projectontwikkelaar, zonder dat dan sprake is van een wanprestatie. Op zich logisch, want het is nu eenmaal denkbaar dat er zienswijzen of bezwaren worden ingediend die de betrokken gemeente wel moet honoreren, terwijl die qua effecten en uitwerking niet in het voordeel hoeven te zijn van de ontwikkelaar, bijvoorbeeld omdat er minder woonbestemmingen toegekend kunnen worden dan voorzien in de onderliggende contracten (vanwege bijvoorbeeld de aanwezigheid van een te beschermen diersoort).

### Arrest Hof Arnhem-Leeuwarden

#### Betaalplanologie

Allereerst staat het hof in haar arrest kort stil bij het (toch wel weinig sympathieke, maar wel vaker door een gemeente gehanteerde) standpunt van de gemeente Almelo dat de aanvraag bouwvergunning pas na ondertekening van de exploitatieovereenkomst in behandeling kon worden genomen.<sup>7</sup> Hoewel het hof hierover niets zegt, bij gebreke van een betwisting door de projectontwikkelaar, zou ik menen dat de gemeente inzake deze stellingname het verwijt van niet toegestane betaalplanologie kan worden gemaakt.<sup>8</sup> Blijkbaar wilde zij de bouwvraag immers niet

eerder dan na het aangaan van de exploitatieovereenkomst in behandeling nemen. Anno 2007 was daarvoor wellicht nog wel enig excuus aan te dragen, anno 2017 niet. Wil een projectontwikkelaar niet een overeenkomst over grondexploitatie sluiten, dan moet de gemeente (mits voldaan is aan de voorwaarden uit afdeling 6.4 Wro) ter waarborging van het kostenverhaal en het stellen van locatie-eisen immers een exploitatieplan vaststellen.<sup>9</sup>

De gemeente krijgt van het hof wel een aantal andere vegen uit de pan. Ik ga in op de meest in het oog springende.

#### Voortvarende aanpak, snel terugkomen op planning

Het hof wijst erop dat de gemeente verplicht was tot een voortvarende aanpak van de procedure, hetgeen zich niet verhoudt tot het binnen een maand na ondertekening van de exploitatieovereenkomst al terug komen op de daarbij overeengekomen planning, omdat die planning volgens de gemeente te krap zou zijn.<sup>10</sup> Dit leest als een belangrijke waarschuwing voor gemeenten om niet al te lichtzinnig om te springen met het opstellen van een planning. Is er een planning opgesteld, dan is een gemeente daar in uitgangspunt aan gehouden, ook wanneer het gaat om een inspanningsverplichting.

*Termijnen niet fataal, maar ook niet vrijblijvend*  
 Vervolgens overweegt het hof dat de termijnen uit de planning weliswaar niet fataal zijn, maar dat deze geenszins vrijblijvend van aard zijn. Hierbij laat het hof niet na er nogmaals op te wijzen dat de wettelijke termijnen voor de redelijkheid van overeengekomen termijnen een goede indicatie zijn.<sup>11</sup>

#### Relevantie overige contractuele afspraken voor karakter planning

Het hof maakt daarna, daartoe gedwongen door de gemeente, een uitstapje naar de koopovereenkomst. Daarin was, hetgeen in de gemeentelijke praktijk overigens niet ongebruikelijk is, bedongen dat er een mogelijkheid voor ontbinding was als binnen twee jaar geen 70% van de te bouwen woningen was verkocht. Aan deze afspraak trachtte de gemeente het argument te ontlenuen dat de termijnen in de planning geen dringend karakter zouden hebben. Het hof draait die redenering echter om. Zij wijst er op dat het voor de aanvang en/of voortgang van de verkoopinspanningen juist van groot belang is om zekerheid te hebben over de verlening van de vrijstelling en de bouwvergunning.<sup>12</sup>

#### Verwijten aan ontwikkelaar en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid

Niet alleen de oorspronkelijke planning haalt de gemeente niet. Ook de door haarzelf nader geformuleerde termijnen worden niet gehaald. Dat zou niet aan de gemeente hebben gelegen, maar aan de projectontwikkelaar. Die zou 'keer op keer' verzuimd hebben om diverse stukken en berekeningen tijdig aan te leveren.

Bij lezing van het arrest blijkt echter dat de projectontwikkelaar snel (op dezelfde dag nog) reageerde op vragen en dat de gemeente vragen stelde waarop het antwoord reeds was gegeven (in een berekening in de aanvraag bouwvergunning en in een door de projectontwikkelaar ingeleverd rapport). Kort en goed: het hof wil er daarom niet van weten dat er sprake zou zijn geweest van 'enige relevante opschorting van de beslistermijn'.<sup>13</sup> Die had er uiteraard wel kunnen zijn, maar blijkbaar niet in dit specifieke geval. Fijntjes laat het hof hier weten dat zij niet onder de indruk is van verwijten die een wederpartij ten onrechte worden gemaakt. De gemeente vroeg meermaals naar de bekende weg en dan gaat het niet aan om achteraf verwijten te gaan maken aan de wederpartij. Het hof laat daarover geen misverstand bestaan. Dit spoort met de (latere) lijn van de Hoge Raad dat een gemeente geen eenvoudig te vermijden fouten behoort te maken in het kader van de nakoming van een inspanningsverplichting.<sup>14</sup> Het maken van een eenvoudig te vermijden fout kan leiden tot schadeplichtigheid.

#### Publiekrechtelijke verantwoordelijkheid

De publiekrechtelijke verantwoordelijkheid is volgens het hof ook geen goed excuus voor het 'opgetreden verwijt'.<sup>15</sup> De gemeente schermte in dit verband met de (raads)-bezwaren die bestonden tegen het project en de maatschappelijke onrust. Die vlieger gaat volgens het hof niet op.

Allereerst niet, omdat de gemeente – volgens het hof – reeds bij het aangaan van de exploitatieovereenkomst met bijbehorende planning op de hoogte was van die onrust (aan de orde gekomen in een voor het aangaan van de overeenkomst gehouden raadsvergadering). Hier komt bij dat de gemeente, zonder overleg met de projectontwikkelaar, weer wilde afwijken van de eerdere termijnen. Door dat te doen nam de gemeente het voor haar rekening komende risico dat zij te veel achter zou raken op het tot uitgangspunt genomen tijdsplan. Ergo, de gemeente voldeed daarmee volgens het hof niet aan haar inspannings-

verplichting. Met deze overweging laat het hof niet alleen nogmaals zien dat termijnen uit een planning (in uitgangspunt) nageleefd moeten worden, maar ook dat het een gemeente (dus) niet – zonder risico – toegestaan is om eenzijdig te besluiten om af te wijken van overeengekomen termijnen. Minst genomen komt het mij voor dat een gemeente er verstandig aan doet om een dergelijke afwijking altijd eerst onderwerp van gesprek met de projectontwikkelaar te laten zijn, alvorens te besluiten tot afwijking.

#### *Ingebrekestelling en (gerechtvaardigde) ontbinding*

De projectontwikkelaar pikt de handelswijze van de gemeente niet en eist een gesprek. Dat gesprek weigert de gemeente omdat (een medewerker van de gemeente op vakantie is en) een gesprek niet zinvol werd geacht en niet iets zou toevoegen aan de gemaakte planning.<sup>16</sup> Direct na de zomervakantie vindt er alsnog wel een overleg plaats en de projectontwikkelaar stuurt daarna een ingebrekestelling. Daarin wordt een mogelijke ontbinding aangekondigd als niet op korte termijn de bouwvergunning alsnog wordt verleend. Nadien wijst de ontwikkelaar de gemeente nogmaals op de gemaakte afspraken, waarbij er eveneens op gewezen wordt dat ook de wettelijke termijnen ruimschoots worden overtreden. Zoals hiervoor al naar voren kwam: dit laatste is een argument waar het hof beslist gevoelig voor is gebleken.

De ontwikkelaar roept uiteindelijk de ontbinding in van de exploitatie- en koopovereenkomst. Volgens het hof is die ontbinding terecht ingeroepen, waarbij het hof jegens de gemeente zelfs nog zo coulant is om voor het bepalen van het moment waarop sprake is van tekortschieten door de gemeente in de nakoming van de exploitatieovereenkomst, uit te willen gaan van de binnen een maand na het aangaan van de exploitatieovereenkomst (eenzijdig) door de gemeente aangepaste planning.<sup>17</sup>

Volgens het hof zijn de tekortkomingen van de gemeente niet dusdanig dat een ontbinding niet gerechtvaardigd zou zijn. De afgesproken termijnen waren weliswaar niet fataal, maar ze zijn ook niet vrijblijvend. Mede omdat de koop bij het ontbreken van een gerealiseerd voorverkooppercentage ‘bloot stond’ aan ontbinding, heeft de projectontwikkelaar belang bij nakoming van de planning. Daar heeft de projectontwikkelaar ook meermaals om gevraagd. De planning is echter fors overschreden zonder een afdoende motivering.<sup>18</sup> Het hof veroordeelt

de gemeente tot betaling van rente over de koopsom, terugbetaling van een deel van de exploitatiebijdrage (ambtelijke uren) en een ten onrechte door de gemeente ingehouden bedrag bij de eerdere terugbetaling van de koopsom, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente.<sup>19</sup> Daarnaast wordt de gemeente veroordeeld tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. Kort samengevat: financiële genoegdoening voor de projectontwikkelaar omdat de gemeente een op haar rustende inspanningsverplichting niet is nagekomen.

#### **Enkele lessen voor de praktijk**

De belangrijkste les uit dit arrest vind ik toch wel de voor de praktijk van gebiedsontwikkeling belangrijke bevestiging dat een contractuele inspanningsverplichting weliswaar geen garantie biedt voor een projectontwikkelaar op het bereiken van een beoogd resultaat (namelijk het verkrijgen van een bouwtitel), maar dat een dergelijke verplichting beslist geen vrijbrief is voor een gemeente om zich niet te hoeven houden aan een overeengekomen planning. Afhankelijk van de uitleg van de gekozen bewoordingen voor de inspanningsverplichting lezen rechtelijke instanties daarin wel degelijk verplichtingen die – zonder het maken van eenvoudig te vermijden fouten – nagekomen moeten worden. Volkomen terecht, want anders biedt een dergelijke contractsbepaling geen enkele rechtsbescherming voor de projectontwikkelaar. Het zou slechts een dode letter zijn. Een gemeente die veronderstelt dat zij zich niet hoeft te houden aan een planning omdat deze ‘slechts’ gekoppeld is aan een inspanningsverplichting, kan echter wel degelijk van een koude juridische kermis thuiskomen. Dat maakt het in dit artikel besproken arrest nog maar eens goed duidelijk.

Een tweede les zou wat mij betreft moeten zijn dat een bij overeenkomst overeengekomen planning niet eenzijdig aangepast kan worden door een van de partijen (tenzij dat overeengekomen is). Doet een gemeente dat wel en de projectontwikkelaar verzet zich daartegen niet, dan moet de gemeente vervolgens wel alles op alles zetten om die aangepaste planning dan wel te halen. Zeker wanneer het niet halen van die aangepaste planning, ook nog eens met zich zou brengen dat ook de wettelijke termijnen voor een bepaalde ruimtelijke ordeningsprocedure niet worden gehaald.

Tot slot. Het besproken arrest bevestigt dat het voor de uitleg van de betekenis en reikwijdte van een (inspannings)verplichting

verschil kan maken of (in een eerdere overeenkomst) over een ‘maximale inspanningsplicht’ of een ‘inspanningsverplichting’ zonder enige voorafgaande toevoeging wordt gesproken. Dit mede in het licht van de overige afspraken die partijen (tijdens onderhandelingen) maken én de handelswijze van partijen na het aangaan van een overeenkomst.<sup>20</sup> Al deze situationele omstandigheden kunnen relevant zijn voor de betekenis en reikwijdte die aan de overeengekomen inspanningsverplichting (door een rechter) moet worden gegeven, inclusief de gevolgen zoals een schadevergoedingsplicht.

#### **Noten**

- 1 Advocaat bij Infense advocaten te Deventer en redactielid van *Grondzaken in de Praktijk*. De redactie van dit artikel is afgesloten op 15 augustus 2017.
- 2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3522. Het arrest is gepubliceerd op 3 augustus 2018.
- 3 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2883.
- 4 In de voorafgaande intentieovereenkomst werd zelfs gesproken over een ‘maximale inspanning’, hetgeen het hof ook meeweegt in haar oordeel. Zij vindt de voorgeschiedenis van de exploitatieovereenkomst derhalve óók relevant voor de uitleg daarvan.
- 5 Zie ook Gerechtshof Den Haag 6 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1902.
- 6 Dit laatste lijkt het hof met name te hebben overwogen omdat de gemeente de planning (eenzijdig) heeft aangepast (vrij kort al na het aangaan van de exploitatieovereenkomst).
- 7 Rechtsoverweging 4.12.
- 8 Zie ter waarschuwing tegen niet toegestane vormen van betaalplanologie bijvoorbeeld ABRvS 25 oktober 2013, BR 2014/5, m.nt. M. Fokkema en Gst. 2014/17, m.nt. R.J. Lucassen, HR 14 juni 2013, TBR 2013/129 m.nt. M.A.M. Dieperink, ABRvS 25 januari 2012, BR 2012/107, m.nt. C.N.J. Kortmann en J.C. van Oosten, ABRvS 3 augustus 2011, BR 2011/156, m.nt. M. Fokkema en E.J. van Baardewijk.
- 9 Zie artikel 6.12 e.v. Wro.
- 10 Rechtsoverweging 4.12.
- 11 Rechtsoverweging 4.13.
- 12 Rechtsoverweging 4.12.
- 13 Rechtsoverweging 4.14.
- 14 Zie Hoge Raad 18 november 2016, RvdW 2016/1180 en Hof Den Haag 27 januari 2015, BR 2015/65, m.nt. M.Y.C.L. de Wit.
- 15 Rechtsoverweging 4.15.
- 16 Rechtsoverweging 4.16.
- 17 Rechtsoverweging 4.17.
- 18 Rechtsoverweging 4.18.
- 19 Rechtsoverwegingen 4.22 e.v.
- 20 Zie ook HR 24 maart 2017, BR 2017/51, m.nt. M. Fokkema en HR 12 oktober 2012, BR 2013/72, m.nt. M. Fokkema.