

Gemeenten en samenwerkingsovereenkomsten in crisistijd

Untill death do us part!?

Gst. 2015/9

1. Inleiding

Tot 2008 was op de vastgoedmarkt sprake van een situatie waar de bomen nog tot in de hemel groeiden. Veel partijen, waaronder projectontwikkelaars en gemeenten, hebben hiervan geprofiteerd.

De vastgoedbel is uit elkaar gespat. De gouden tijden zijn definitief voorbij. Veel partijen zien zich op dit moment geconfronteerd met de diepe sporen die de crisis heeft achtergelaten. Bouwprojecten gaan niet, of in afgeslankte vorm door.

In de regel ligt aan bouwprojecten een samenwerkingsovereenkomst ten grondslag tussen een (of meer) projectontwikkelaar(s) en een gemeente. Alhoewel de rolverdeling per geval kan variëren, geldt in het algemeen dat de gemeente daarbij (tenminste) een verplichting op zich neemt tot het opstellen van de ruimtelijke kaders om deze ontwikkelingen mogelijk te maken. Daarnaast worden door de gemeente soms gronden uitgegeven voor de voorgenomen gebiedsontwikkeling. De rol van de projectontwikkelaar ziet doorgaans op het voor eigen rekening realiseren van het bouwproject.

Ten gevolge van de huidige marktomstandigheden kunnen deze samenwerkingsovereenkomsten leiden tot uiteenlopende vragen op verschillende rechtsgebieden. In dit artikel beogen wij een overzicht te bieden van zowel de bestuurs- als de civielrechtelijke vragen die in dit verband kunnen spelen.

Allereerst gaan wij in het hiernavolgende in op de vraag hoe de bestuursrechter omgaat met de vraag of er behoefte bestaat aan een bepaalde ruimtelijke ontwikkeling en hoe deze behoefte moet worden aangetoond. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de inhoud en reikwijdte van inspanningsverplichtingen zoals gemeenten die vaak op zich nemen in een samenwerkingsovereenkomst. Vervolgens komen aan de orde uitlegkwesties van samenwerkingsovereenkomsten en – daarmee samenhangend – de vraag of ontbinding door partijen mogelijk is als gevolg van de huidige marktomstandigheden, alsmede de rol die artikel 6:258 BW in dit verband kan spelen. In dat kader gaan wij ook in op de vraag of hoedanigheid van partijen daarbij een rol speelt. Wij sluiten af met onze conclusie.

2. De vaststelling van een bestemmingsplan in het kader van een samenwerkingsovereenkomst

Vaak bevat de samenwerkingsovereenkomst een inspanningsverplichting voor het gemeentebestuur om een beoogde gebiedsontwikkeling publiekrechtelijk mogelijk te maken. Concreet ziet de inspanningsverplichting dan veelal op het vaststellen van een bestemmingsplan. De samenwerkingsovereenkomst kwalificeert in dit geval als een zogenaamde bevoegdhedenovereenkomst, die een verplichting voor het gemeentebestuur meebrengt om bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden (in dit geval tot het vaststellen van dat bestemmingsplan) op een bepaalde wijze uit te oefenen. Een dergelijke overeenkomst heeft een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter².

Artikel 3.1 lid 1 Wro bepaalt dat ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening een bestemmingsplan wordt vastgesteld waarin de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven. Dit is een vrij algemeen kader. Voor de in het verleden gesloten samenwerkingsovereenkomsten is van belang dat een bestemmingsplan uitvoerbaar moet zijn. Gewezen wordt op het bepaalde in artikel 3.1.6 lid 1 onder f Bro. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat in de toelichting bij het bestemmingsplan de inzichten over de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan worden neergelegd.

Artikel 3.1 lid 2 Wro schrijft verder voor dat de bestemming van gronden binnen een periode van tien jaar, gerekend vanaf de datum van vaststelling van het bestemmingsplan, telkens opnieuw wordt vastgesteld. In de jurisprudentie wordt uit vorenstaand wettelijk kader afgeleid dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet worden aangetoond dat dit binnen tien jaar kan worden gerealiseerd. Indien een bestemmingsplan voorziet in een nieuwe woningbouwontwikkeling betekent dit bijvoorbeeld dat aannemelijk gemaakt moet kunnen worden dat de woningen daadwerkelijk binnen een periode van tien jaar gerealiseerd kunnen worden. In het huidige tijdsgewricht moet daarbij aandacht worden besteed aan de mogelijke effecten van de economische crisis op de behoefte aan woningbouw.³

2.1 Behoeft aan woningbouw

Veel samenwerkingsovereenkomsten die voor de crisis zijn gesloten, zien op het realiseren van woningbouwontwikkelingen. Daarom zullen wij in deze paragraaf van het artikel

¹ Mrs. Aerts, Sepmeijer en Van der Werff zijn allen advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn. Zij zijn in het bijzonder gespecialiseerd in de juridische aspecten bij complexe gebiedsontwikkelingen.

² HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057.

³ ABRvS 15 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0132; ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7714; ABRvS 11 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4065.

nagaan op welke wijze de bestuursrechter omgaat met de vraag of er behoefte bestaat aan een dergelijke ontwikkeling en hoe deze behoefte moet worden aangetoond.

De jurisprudentie leert dat de rechtspraak de afgelopen jaren een strengere toets is gaan aanleggen. Tot 2011 kwam een gemeente vaak nog weg met de enkele stelling dat een behoefte aan woningen past binnen provinciale of regionale contingentering. Daarmee was de kous vaak af.⁴ De uitspraken van de afgelopen jaren tonen aan dat de rechter strikter is gaan toetsen. De (enkele) constatering dat een plan past binnen de provinciale contingentering maakt op zichzelf nog niet per definitie aannemelijk dat daadwerkelijk behoefte bestaat aan nieuwe woningen en is daarom niet zonder meer voldoende. Aan de hand van concrete gegevens moet aannemelijk worden gemaakt dat er ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan sprake is van een actuele behoefte aan de woningen.⁵ Zelfs in de regio Amsterdam, waar de woningbehoefte toch zeer groot en van structurele aard is, wordt in rechte stringent getoetst of daadwerkelijk behoefte bestaat aan nieuwe ontwikkelingen.⁶ Het behoeft geen betoog dat nieuwe woningbouwplannen in krimpgemeenten door de bestuursrechter onder een vergrootglas zullen worden gelegd. Dit betekent overigens niet dat in krimpgebieden geen behoefte aan nieuwe woningen is of kan ontstaan. Ter illustratie wordt gewezen op de uitspraak ABRvS van 1 september 2010.⁷ In deze zaak ging het om een bestemmingsplan van de gemeente Kollumerland en Nieuwkruisland. Het plan voorzag in de realisatie van 43 nieuwe woningen. Appellanten betoogden dat er geen behoefte bestond aan deze nieuwe woningen. Zij wazen in dit verband op het feit in de nabije omgeving diverse woningbouwprojecten waren stopgezet, er veel woningen te koop en/of leegstonden en op de bevolkingskrimp. De Afdeling benadrukt in deze zaak dat de gemeenteraad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat een krimp van de bevolking in een gemeente niet per definitie met zich hoeft te brengen dat in een gemeente geen behoefte aan nieuwe woningen is of kan ontstaan. Niettemin volgt een vernietiging van het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan. Volgens de ABRvS moet inzichtelijk worden gemaakt in hoeverre met een krimpende bevolking rekening is gehouden bij de vaststelling van het plan en in hoeverre onder ogen is gezien of het plan binnen een termijn van tien jaar kan worden uitgevoerd.⁸

2.2 Aantonen behoefte

Hoe wordt nagegaan of er sprake is van een concrete actuele behoefte aan woningbouwontwikkeling? Bij de beantwoording van deze vraag moet een vergelijking worden gemaakt met de bestaande planvoorraad en het verdere aanbod bin-

nen de regio.⁹ Het kan zijn dat uit onderzoek volgt dat er behoefte is aan nieuwe woningen. Indien binnen de gemeente of de regio tegelijkertijd tevens sprake is van een planvoorraad, dan staat echter niet vast dat daadwerkelijk behoefte bestaat aan nieuwe woningen. Ter illustratie wordt gewezen op een uitspraak van de ABRvS van 1 september 2010.¹⁰ In deze zaak was sprake van een bestemmingsplan van de gemeente Epe, dat voorzag in het realiseren van een nieuwe woonwijk van minimaal 187 en maximaal 418 woningen. Uit het uitgevoerde behoefte-onderzoek bleek dat sprake was van een woningbehoefte van 1600 woningen. Uit het rapport bleek echter tevens dat de concrete planvoorraad deze behoefte fors overschreed. Aangezien de gemeenteraad geen andere onderzoeksrapporten had overgelegd ter onderbouwing van het standpunt dat binnen de planperiode voldoende behoefte zou bestaan aan de bouw van de met het bestemmingsplan mogelijk gemaakte woningen volgde een vernietiging van het vaststellingsbesluit.¹¹

Wil een gemeente een nieuwe (woningbouw)ontwikkeling mogelijk maken dan kan juist in het huidige tijdsgewricht een *actueel* woningbehoefte-onderzoek waaruit de behoefte aan de ontwikkeling blijkt, doorgaans niet worden gemist. Hierin zal nagegaan moeten worden wat de bestaande planvoorraad binnen de gemeente en de regio is en of deze – gelet op de gewijzigde economische situatie – al dan niet toereikend is om de woningbehoefte op te vangen.

Benadrukt wordt dat het woningbehoefte-onderzoek *actueel* moet zijn. Zeker wanneer sprake is van een in een bestemmingsplan mogelijk gemaakte woningbouwontwikkeling waaraan een lange onderzoeksperiode ten grondslag ligt, komt het in de praktijk nog wel eens voor dat het woningbehoefte-onderzoek in meer of mindere mate gedateerd is. Om problemen bij de bestuursrechter te voorkomen is het raadzaam om nog snel een actualisering op te stellen alvorens tot vaststelling van het bestemmingsplan over te gaan. Indien het plan al is vastgesteld, zou bij wijze van escape ook nog een actualisering tijdens het geding overgelegd kunnen worden bij wijze van nadere memorie.¹² Ter onderbouwing van de behoefte mag ook worden verwezen naar regionale beleidsdocumenten (woonvisies, woonprognoses etc.) waaruit de behoefte volgt. Ook hier geldt als randvoorwaarde dat de documenten actueel zijn. Daarnaast geldt als eis dat uit de documenten daadwerkelijk een *voldoende concrete* behoefte moet volgen.

Naast de kwantitatieve kant bestaat er ook een kwalitatieve kant aan de behoefte. Het kan bijvoorbeeld zijn dat het plan voorziet in woningbouw die kwalitatief meer aansluit op de markt vraag waardoor een bredere doelgroep wordt aangesproken en het aanbod beter – bijvoorbeeld door het in het bestemmingsplan voorgestane type woningen of de prijscategorieën – is afgestemd op de huidige vraag op de markt. In een dergelijke situatie is het enkele feit dat voor-

4 Vgl. ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8852; ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4316; ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5702.

5 ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9448. Vgl. verder bijvoorbeeld ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1275.

6 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2687.

7 ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5738.

8 Zie voor een gelijk oordeel ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0797.

9 Recentelijk ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1590.

10 ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5682.

11 Zie voor een soortgelijke uitspraak ABRvS 6 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN9524.

12 Vgl. ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2039.

ziene woningbouw in omliggende gemeenten nog niet is gerealiseerd onvoldoende.¹³

2.3 Flexibiliteit

Artikel 3.2 Wro en 3.6 lid 1 Wro bevatten een aantal mogelijkheden om flexibiliteit aan te brengen in het bestemmingsplan. De afgelopen jaren hebben diverse gemeenten het instrument van de wijzigingsbevoegdheid aangegrepen om lucht te krijgen waar het gaat om het aantonen van de behoefte. De constructie komt erop neer dat een in het bestemmingsplan opgenomen bestemming gewijzigd kan worden naar de bestemming “wonen”.

De jurisprudentie leert dat in rechte kritisch wordt omgegaan met de wijzigingsbevoegdheid bij het aantonen van de behoefte. Hoewel de behoefte aan woningbouw bij het opnemen van een wijzigingsbevoegdheid niet hoeft vast te staan, is een wijzigingsbevoegdheid niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening als er geen aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat deze behoefte aan woningbouw zich binnen de planperiode zal kunnen voordoen.¹⁴

Naast het instrument van de wijzigingsbevoegdheid is ook geprobeerd om over de band van de uitwerkingsbevoegdheid flexibiliteit te krijgen. Een aantal gemeenten heeft in het verleden geprobeerd woningbouw mogelijk te maken via dit instrument. Het idee is dat met een uitwerkingsregeling kan worden ingespeeld op de behoefte van het moment. De ABRvS neemt geen genoegen met een dergelijke redenering. Volgens de Afdeling moet inzichtelijk worden gemaakt in hoeverre met een krimpende bevolking rekening is gehouden bij de vaststelling van het plan en in hoeverre onder ogen is gezien of het plan binnen een termijn van tien jaar kan worden uitgevoerd, ook voor zover het de uitwerking betreft.¹⁵

2.4 Invulling behoefte bij overige ontwikkelingen

In het vorenstaande is ingegaan op de behoefte aan woningbouw. Samenwerkingsovereenkomsten uit het verleden waar gemeenten bij betrokken zijn, kunnen uiteraard ook betrekking hebben op andere ontwikkelingen. Gedacht kan worden aan het realiseren van een nieuw winkelcentrum, een nieuwe kantorenlocatie of een nieuwe grootschalige locatie voor leisure. Ook bij dergelijke ontwikkelingen zal nagegaan moeten worden of sprake is van een actuele regionale behoefte.

Met name op het punt van gebiedsontwikkelingen die voorzien in nieuwe winkelvoorzieningen (supermarkten, bouwmarkten, tuincentra etc.) is de afgelopen jaren interessante

jurisprudentie ontwikkeld rond het aspect behoefte. De ABRvS hanteerde jarenlang het uitgangspunt dat een nieuwe ontwikkeling in winkelvoorzieningen er niet toe mag leiden dat het voorzieningenniveau duurzaam zou worden ontworpen. Daarbij werd niet doorslaggevend geacht of door de ontwikkeling overaanbod zou ontstaan in het verzorgingsgebied, waardoor bestaande winkeliers wellicht hun winkel zouden moeten sluiten. Doorslaggevend was of voor de inwoners van een bepaald gebied ook na het mogelijk sluiten van bestaande winkels, een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft in die zin dat zij op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun dagelijkse/geregelde inkopen kunnen doen.¹⁶ Op 18 september 2013¹⁷ is de ABRvS “omgegaan”. De Afdeling oordeelt in deze uitspraak dat voor de beantwoording van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontworpen van het voorzieningenniveau – anders dan voorheen – thans niet langer doorslaggevend is of een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft, maar dat bepalend is of inwoners van een bepaald gebied op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen blijven voorzien in hun eerste levensbehoeften.

Hieruit volgt dat er bij niet-dagelijks inkopen¹⁸ per definitie geen sprake meer kan zijn van een duurzame ontworpen van het voorzieningenniveau. Dit betekent overigens niet dat dergelijke ontwikkelingen zonder meer kunnen doorgaan. Waar het gaat om nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen met betrekking tot niet-dagelijkse inkopen, moet worden nagegaan of de ontwikkeling – uitgaande van hetgeen maximaal mogelijk wordt gemaakt door het bestemmingsplan¹⁹ – niet zal leiden tot leegstand met onaanvaardbare effecten voor de (sociale) veiligheid en leefbaarheid. Wanneer dergelijke effecten kunnen optreden dan kan de ontwikkeling in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening, indien de gemeenteraad niet goed motiveert waarom die negatieve effecten uit ruimtelijk oogpunt aanvaardbaar zijn.²⁰

Bij de beantwoording van de vraag of er behoefte is aan een nieuwe winkelvoorziening wordt in de praktijk gebruik gemaakt van een distributieplanologisch onderzoek. In dit onderzoek wordt ingegaan op de relatie tussen het actuele winkelaanbod in het verzorgingsgebied en de effecten die de nieuwe ontwikkeling daarop heeft. Om ruimtelijk onaanvaardbare effecten te voorkomen wordt daarbij vaak sturend opgetreden, bijvoorbeeld door in de planregels regels inzake branchering of een maximering van de ver-

¹³ Vgl. ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3638.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:307; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2202; ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2471. Zie eerder in dezelfde zin ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0797; ABRvS 18 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1201. Ook bij de latere vaststelling van het wijzigingsplan zal de behoefte onderbouwd moeten worden, zie bijvoorbeeld ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:307 en ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:653.

¹⁵ ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9448.

¹⁶ ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245 (hierin ging het om supermarkten) en ABRvS 2 december 2009, 20091438/1 (detailhandelvoorzieningen voor niet-dagelijkse boodschappen).

¹⁷ ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192.

¹⁸ Een supermarkt draagt bij aan het voorzien in eerste levensbehoeften, vgl. ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:119. Bouwmarkten en tuincentra doen dit niet, zie bijvoorbeeld ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2343 respectievelijk ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1738.

¹⁹ Net als bij woningbouw zal ook hier nagegaan moeten worden wat maximaal mogelijk is, bijvoorbeeld na gebruikmaking van een in het plan opgenomen wijzigingsbevoegdheid, zie ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3012.

²⁰ Zie ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1052; ABRvS 7 november 2012, nr. ECLI:NL:RVS:2012:BY2519; ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:349 en ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1002; ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:743.

koopvloeroppervlakte op te nemen.²¹ Wel zal dan aange-
toond moeten worden dat het stellen van dergelijke regels
noodzakelijk is uit een oogpunt van een goede ruimtelijke
ordering. Bij de beantwoording van de vraag of behoefte
bestaat aan een nieuwe winkelvoorziening zal dan rekening
worden gehouden met deze planologische beperkingen.²²

2.5 Ladder van duurzame verstedelijking

De eerder genoemde jurisprudentie kan goed opgehangen
worden aan – en is vaak een uitwerking van – de zogenaam-
de “ladder van duurzame verstedelijking” die op 1 oktober
2012 in werking is getreden.²³ De reden voor de invoering
van deze ladder ligt in een zorgvuldige benutting van de
beschikbare ruimte voor verschillende functies. Dit noopt
volgens de Minister van IenM tot een goede onderbouwing
van nut en noodzaak van een nieuwe stedelijke ruimtevraag
en een zorgvuldige ruimtelijke inpassing van de nieuwe
ontwikkeling. Daarom moeten gemeenten de benutting van
ruimte aan de hand van een drietal stappen motiveren in
alle categorieën van ruimtelijke besluiten.²⁴

Vanaf de introductie van de ladder van duurzame verstedelijking bepaalt artikel 3.1.6 lid 2 Bro dat in de toelichting bij ruimtelijke plannen die nieuwe stedelijke ontwikkelingen²⁵ mogelijk maken, moet worden beschreven (1) dat de voorgenomen stedelijke ontwikkeling in een actuele regionale behoefte voorziet; (2) in hoeverre in die behoefte binnen het bestaand stedelijk gebied van de betreffende regio kan worden voorzien door benutting van beschikbare gronden door herstructurering, transformatie of anderszins. Indien blijkt dat de stedelijke ontwikkeling niet binnen het bestaand stedelijk gebied van de betreffende regio kan plaatsvinden, wordt beschreven (3) in hoeverre wordt voorzien in die behoefte op locaties die, gebruikmakend van verschillende middelen van vervoer, passend ontsloten zijn of als zodanig worden ontwikkeld. Deze drie stappen zijn schematisch

weergegeven en nader toegelicht in de Handreiking ladder voor duurzame verstedelijking van het Ministerie van IenM.²⁶

De hiervoor behandelde jurisprudentie ziet met name op de eerste trede: voorziet de voorgenomen stedelijke ontwikkeling in een actuele regionale behoefte.²⁷ Dat is ook logisch. Voor introductie van de ladder van duurzame verstedelijk gold de zogenaamde SER-ladder. Bij de SER-ladder ging het vooral om de tweede trede: kan de ontwikkeling niet plaatsvinden binnen bestaand stedelijk gebied. Door introductie van de ladder van duurzame verstedelijking is de scope groot. Met de ladder voor duurzame verstedelijking wordt niet alleen beoogd om onnodig onbebouwd gebied om te zetten in bebouwd gebied, maar wordt vooral ook beoogd om overprogrammering binnen de regio te voorkomen.

Waar het gaat om samenwerkingsovereenkomsten – en de vraag of en zo ja, in hoeverre, een gemeente erin slaagt om het benodigde ruimtelijk kader vast te stellen – zullen ook de tweede en derde trede van belang zijn. Indien geconcludeerd wordt dat sprake is van een actuele regionale behoefte aan woningbouw of een andere stedelijke ontwikkeling zal nagegaan moeten worden of in die behoefte kan worden voorzien door het benutten van beschikbare gronden door herstructurering, transformatie of anderszins. Het realiseren van een ontwikkeling zoals voorzien in een samenwerkingsovereenkomst kan bestuursrechtelijk op problemen stuiten, indien in de behoefte kan worden voorzien door het aanwenden van beschikbare, leegstaande gebieden. Het gaat niet aan om een geheel nieuw winkelcentrum te realiseren, indien door transformatie of herstructurering van een leegstaand winkelcentrum voorzien kan worden in de behoefte. Bij de beantwoording van de vraag of beschikbare gronden of gebouwen benut kunnen worden, moeten de omvang van de beschikbare ruimte en de financiële haalbaarheid van de intensivering in ogenschouw worden genomen.²⁸ Dit betekent overigens niet steeds dat alle transformatie- en inbreidingslocaties binnen het stedelijk gebied volledig benut moeten zijn voordat uitgebreid kan worden. Mits deugdelijk gemotiveerd mag een gemeenteraad ervoor kiezen om uitbreiding mogelijk te maken voordat alle inbreidings- en transformatielocaties zijn benut, indien deze locaties ongeschikt zijn voor de voorgestane ontwikkeling.²⁹ Bij de motivering kan gebruikgemaakt worden van de in de Handreiking opgenomen checklist.³⁰

21 Vgl. artikel 3.1.2 lid 2 Bro. Het is overigens niet toegestaan om in de regels gedetailleerd vast te stellen wat het toegestane assortiment is, zie ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2014:512.

22 ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2923; ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245.

23 De ladder voor duurzame verstedelijking heeft reeds de nodige pennen in beweging gezet. Zie over de ladder en de uitwerking daarvan bijvoorbeeld E.C. Berkouwer en S.H. van den Ende, “De ladder voor duurzame verstedelijking en de bestuursrechter”, *Gst.* 2014/84; M.J. Woodward en P.H.J. van Aardenne, “Ladder voor duurzame verstedelijking: storm in een glas water?”, *BR* 2014/100; G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, “De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel A)”, *TBR* 2014/128; G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, “Art. 3.1.6, lid 2, Bro: de ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd”, *TBR* 2013/137.

24 Nota van toelichting, *Stb.* 2012, 388.

25 Het begrip “stedelijke ontwikkeling” is in artikel 1.1.1 lid 1 onder i Bro nader gedefinieerd als “ruimtelijke ontwikkeling van een bedrijventerrein of zeehaventerrein, of van kantoren, detailhandel, woningbouwlocaties of andere stedelijke voorzieningen”. Bij – naar omvang of gebruiksmogelijkheden – beperkte ontwikkelingen is geen sprake van een stedelijke ontwikkeling zie recentelijk nog ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4612. Zo betreft de bouw van enkele woningen geen stedelijke ontwikkeling waarop de ladder van toepassing is, zie ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2471; ABRvS 14 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:156. Zie over de uitwerking van het begrip “stedelijke ontwikkeling” verder uitgebreid E.C. Berkouwer en S.H. van den Ende, “De ladder voor duurzame verstedelijking en de bestuursrechter”, *Gst.* 2014/84.

26 Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

27 Waarbij nogmaals wordt benadrukt dat de behoefte ook kwalitatief van aard kan zijn. Zie in dit verband ook de nota van toelichting bij de ladder, *Stb.* 2012, 388, p. 50.

28 Ministerie van IenM, Handreiking ladder voor duurzame verstedelijking, p. 11.

29 Vgl. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1275; ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:307; ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1421. In deze uitspraken was voldoende gemotiveerd waarom aan de tweede trede was voldaan, ondanks het feit dat inbreidingsmogelijkheden aanwezig waren. Incidenteel gaat het mis op de tweede trede. Zie voor een situatie waarin naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende was gemotiveerd waarom aan de tweede trede was voldaan ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2408.

30 Ministerie van IenM, Handreiking ladder voor duurzame verstedelijking, p. 25-26.

Waar het gaat om in het verleden gesloten samenwerkingsovereenkomsten is ook de derde trede van belang. Wanneer de eerste twee treden met succes doorlopen zijn, moet nog worden nagegaan of de in de samenwerkingsovereenkomst opgenomen ontwikkeling op verschillende manieren (“multimodaal”) ontsloten is of ontsloten kan worden. Daarbij moet het gaan om een ontsluiting die past bij de voorgestane ontwikkeling. Bij een grootschalig winkelcentrum kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een ontsluiting via de weg, of via het openbaar vervoer. Bij een kleinschaliger woningbouwontwikkeling zou een ontsluiting via de weg en via een fietspad bijvoorbeeld voldoende kunnen zijn. De Handreiking werkt verschillende gebiedstypen met bijbehorende vervoerstypes uit. Aan de hand daarvan kunnen gewenste ontsluitingsvormen bepaald worden. Uit de jurisprudentie volgt dat tot nu toe niet of nauwelijks wordt ingegaan op de derde trede.³¹

Tot zover de bestuursrechtelijke achtergronden als het gaat om de vaststelling van een bestemmingsplan en de voorwaarden waaronder een gebiedsontwikkeling eventueel kan worden ingepast in een bestemmingsplan ter uitvoering van een samenwerkingsovereenkomst.

Interessant is om te bezien in hoeverre de hiervoor gesignaleerde trend in de jurisprudentie van de bestuursrechter van invloed is op inspanningsverplichtingen van het gemeentebestuur die opgenomen zijn in samenwerkingsovereenkomsten die gesloten zijn voor het uitbreken van de crisis.

3. De inspanningsverplichting van het gemeentebestuur

Zoals hiervoor gesignaleerd is in de samenwerkingsovereenkomst meestal een inspanningsverplichting opgenomen voor het gemeentebestuur om een ruimtelijk plan ten behoeve van de beoogde gebiedsontwikkeling vast te stellen. Van belang om te constateren is dat indien het bestemmingsplan niet vastgesteld wordt of indien het genomen besluit niet beantwoordt aan de overeenkomst, de projectontwikkelaar, na eventueel bezwaar gemaakt te hebben tegen het besluit, nakoming van de inspanningsverplichting bij de bestuursrechter moet afdwingen. De projectontwikkelaar moet dus alert zijn en tijdig zienswijzen indienen, bezwaar maken en/of beroep instellen bij de bestuursrechter.

De projectontwikkelaar kan wel bij de civiele rechter terecht voor een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie wegens tekortschieten in de nakoming van de inspanningsverplichting of voor een vordering tot schadevergoeding in plaats van nakoming. Dit geldt ook als het besluit van de gemeente dat niet voldoet aan de bepaling in de samenwerkingsovereenkomst formele rechtskracht heeft. Het niet aanwenden van rechtsmiddelen kan mogelijk wel een rol kan spelen in het kader van de toerekening van de schade in verband met het bepaalde in artikel 6:101 BW (ei-

gen schuld). Gemeenten kunnen zich dus niet verschuilen achter een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen. De projectontwikkelaar kan soms ook bij de bestuursrechter terecht voor schadevergoeding. Het moet dan gaan om een situatie waarin is voorzien in artikel 8:88 Awb. De te vergoeden schade bedraagt dan maximaal € 25.000.³² In de meeste gevallen zal dat niet voldoende zijn. De toetsingskaders zijn ook verschillend; de bestuursrechter onderzoekt of het besluit op een juiste wijze tot stand is gekomen en stand kan houden. De burgerlijke rechter toetst of het bestuursorgaan toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de inspanningsverplichting.

Wat kan van het gemeentebestuur worden verlangd als het gaat om de nakoming van een (concreet geformuleerde) inspanningsverplichting tot vaststelling van een bestemmingsplan? Uit de rechtspraak volgt dat het een serieuze verplichting betreft, die door het gemeentebestuur nagekomen moet worden. Van het gemeentebestuur mag ook heel wat worden verwacht. Het gemeentebestuur moet zich ook daadwerkelijk inspannen. Feitelijk moet het gemeentebestuur er alles aan doen om het gewenste bestemmingsplan op voortvarende wijze tot stand te brengen.³³ Het gemeentebestuur zal alle bestuurlijke middelen moeten aanwenden, besluiten zorgvuldig moeten voorbereiden en fouten en gebreken moeten voorkomen.³⁴ Als het gaat om nieuwe woningbouwontwikkeling dan mag van het gemeentebestuur blijkens de hiervoor genoemde jurisprudentie van de Afdeling tevens worden verwacht dat het gemeentebestuur een actueel woningbehoefte-onderzoek opstelt.

Een inspanningsverplichting kan evenwel niet leiden tot een verplichting voor de gemeenteraad om aan gronden een bestemming te geven die hij niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht.³⁵ Bij de vaststelling van een bestemmingsplan spelen veel meer factoren een rol dan enkel de belangen van de gemeente en de projectontwikkelaar bij de nakoming/uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst. Relevante factoren zijn in dit verband de daadwerkelijke behoefte aan nieuwe ontwikkelingen en belangen van derden.

Dat tussen een projectontwikkelaar en het gemeentebestuur een inspanningsverplichting is overeengekomen, is wel een omstandigheid die de gemeenteraad bij de vaststelling van het plan in zijn overweging dient te betrekken.³⁶

Een inspanningsverplichting om het bestemmingsplan vast te stellen verplicht overigens niet om tegen beter weten

32 Artikel 8:89 lid 2 Awb.

33 Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2893.

34 Zie Hof Arnhem 27 juni 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5418 en Rb. Zwolle 11 februari 2004, ECLI:NL:RBZWO:2004:A08924 als voorbeelden van een situatie waarin een gemeente niet aan zijn inspanningsverplichting had voldaan. Indien een gemeente hieraan niet voldoet, schiet zij in beginsel tekort in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst. De wederpartij van de gemeente kan in dat geval de samenwerkingsovereenkomst in beginsel ontbinden op grond van de wet (6:265 BW) en/of aanspraak maken op schadevergoeding. Een andere mogelijkheid is dat de projectontwikkelaar nakoming zal vorderen van de inspanningsverplichting.

35 ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052.

36 ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1052.

31 Zie hierover M.J. Woodward en P.H.J. van Aardenne, “Ladder voor duurzame verstedelijking: storm in een glas water?”, *BR* 2014/100.

in een procedure oneindig voort te zetten. Er zijn situaties denkbaar waarbij de gemeenteraad na het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst te kennen geeft niet voornemens te zijn om een bestemming te geven aan gronden zoals partijen dat in de samenwerkingsovereenkomst zijn overeengekomen. In dit geval kan worden gedacht aan de situatie dat vaststaat dat niet voldaan kan worden aan de hiervoor genoemde eerste of tweede trede van de ladder voor duurzame verstedelijking. In dat geval is het weinig zinvol om de gemeenteraad toch te vragen een bestemmingsplan vast te stellen en zal niet snel sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van de inspanningsverplichting indien de procedure niet wordt voortgezet.

Hoe moeten het gemeentebestuur en de projectontwikkelaar in dat geval verder? Van belang is dat partijen dan onderzoeken waarom de gemeenteraad niet de door partijen gewenste bestemming aan de gronden wil geven. Sprake kan bijvoorbeeld zijn van een bevolkingskrimp als gevolg waarvan de gemeente het woningbouwprogramma moet aanpassen. Deze omstandigheid kan aanleiding geven om de samenwerkingsovereenkomst te ontbinden. Die vraag kan overigens ook in breder verband spelen. Het kan immers ook de projectontwikkelaar zijn die vanwege de marktomstandigheden wil bezien of de samenwerkingsovereenkomst mogelijkheden biedt om het bouwproject niet, of in gewijzigde vorm te realiseren. Of dat mogelijk is en wat de gevolgen daarvan zijn hangt mede af van de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst en de uitleg daarvan. Ook artikel 6:258 BW zou in dit verband een rol kunnen spelen. Daar komen wij later nog op terug.

3.1 Contractuele ontbinding en/of wijziging, uitleg

Over de inhoud en uitleg van overeenkomsten bestaat veel jurisprudentie. Richtinggevend is nog steeds de Haviltexnorm.³⁷ Uitgangspunt is steeds dat de zin en strekking van de samenwerkingsovereenkomst en de daarvan deel uitmakende bedingen moet worden achterhaald.³⁸ Van belang is dan ook dat de overeenkomst niet alleen taalkundig dient te worden uitgelegd, maar dat het primair aankomt op de vraag welke zin de gemeente en de projectontwikkelaar in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan gegeven verklaringen en gedragingen mochten toekennen en de vraag wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Bij een eventueel geschil zal de rechter dus niet uitsluitend naar de tekst van de overeenkomst moeten kijken, maar ook onderzoeken wat partijen hadden behoren te begrijpen. Een rol speelt in dit verband de aard en strekking van de overeenkomst en het gegeven dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten partijen hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

37 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635.

38 HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565.

De vraag of ontbinding van de samenwerkingsovereenkomst mogelijk is, moet worden beoordeeld in het kader van de gehele overeenkomst, waaronder begrepen de considerans en de onderhandelingsfase.³⁹ Bij het antwoord op de vraag welke inhoud bepaalde afspraken hebben, kan ook het feitelijk handelen van partijen een rol spelen,⁴⁰ maar ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst.⁴¹

Als een beding door een professionele partij is opgesteld mag de civiele rechter in geval van twijfel en naar gelang van de omstandigheden het beding in zijn nadeel uitleggen.⁴² Uit de rechtspraak volgt verder nog dat een rol kunnen spelen: eventuele mededelingen van de notaris omtrent de inhoud en strekking van een bepaling en de betekenis van een bepaling volgens notarieel gebruik,⁴³ de hoedanigheid van partijen en de maatschappelijke kring waartoe partijen behoren⁴⁴ en de rechtskennis van partijen.⁴⁵ Ook kan er onder omstandigheden een onderzoeksplicht rusten op een professionele partij naar de betekenis van een bepaald beding.⁴⁶

Aan de hand van deze uitlegjurisprudentie zal vastgesteld moeten worden of (een redelijke uitleg van) de samenwerkingsovereenkomst voorziet in een contractuele ontbindingsmogelijkheid. Indien partijen over en weer bij nieuwe gebiedsontwikkelingen, gelet op de onzekerheden in de huidige markt, meer flexibiliteit willen creëren in hun onderlinge (rechts)verhouding en verplichtingen is het verstandig om een contractuele regeling op dit punt op te nemen in hun samenwerkingsovereenkomst. Voor bestaande contracten waarin een dergelijke regeling ontbreekt, of in een voorkomend geval geen soelaas biedt, komt eventueel artikel 6:258 BW in beeld.

3.2 Artikel 6:258 BW bij gewijzigde marktomstandigheden

De vraag of mogelijk een beroep op artikel 6:258 BW kan worden gedaan bij gebiedsontwikkeling, kan spelen in de hiervoor genoemde situatie dat het gemeentebestuur er niet in slaagt om – ondanks de vereiste inspanningen – een nieuw bestemmingsplan vast te stellen, maar kan ook opkomen bij de projectontwikkelaar. Doorgaans rust ingevolge de samenwerkingsovereenkomst op de projectontwikkelaar de verplichting tot feitelijke realisatie van een herontwikkeling, niet zelden gecombineerd met een verplichting tot grondafname van de gemeente. De huidige marktomstandigheden kunnen meebrengen dat een projectontwikkelaar deze verplichtingen wil heroverwegen.

Artikel 6:258 BW voorziet erin dat een overeenkomst kan worden ontbonden of gewijzigd indien (i) er sprake is van onvoorziene omstandigheden; (ii) die van zodanige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid

39 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101.

40 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9539.

41 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5572.

42 HR 24 september 1993, NJ 1993/760 en HR 18 oktober 2002, NJ 2003/258.

43 HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1564.

44 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

45 HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4694.

46 HR 4 januari 1991, NJ 1991/254.

en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten; en (iii) de betreffende omstandigheden naar de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen niet voor rekening komen van degene die zich daarop beroept.

'Onvoorzien' betekent in dit kader overigens 'niet verdisconteerd'. Niet beslissend is of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren.⁴⁷ Aan de hand van de hiervoor genoemde uitlegjurisprudentie moet worden gezien of partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst rekening hebben gehouden met gewijzigde marktomstandigheden. Verder kan alleen sprake zijn van onvoorziene omstandigheden, indien de omstandigheden op het moment van het sluiten van de overeenkomst nog in de toekomst lagen.⁴⁸

Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad ligt de spreekwoordelijke lat voor een geslaagd beroep op artikel 6:258 BW tamelijk hoog.⁴⁹ Er zal niet snel aan de vereisten van artikel 6:258 BW zijn voldaan, omdat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord verlangen en alleen in hoge uitzondering een afwijking daarvan toelaten.

3.3 Gewijzigde marktomstandigheden, (on)voorzien?

In de afgelopen jaren is in de lagere rechtspraak een aantal keren de vraag aan de orde gekomen of de huidige marktomstandigheden bij overeenkomsten op het gebied van project- en gebiedsontwikkeling een beroep kunnen rechtvaardigen op artikel 6:258 BW. Die vraag wordt veelal ontkennend beantwoord.

Een regelmatig terugkerende reden voor afwijzing van een beroep op artikel 6:258 BW is dat de huidige marktomstandigheden niet zouden kwalificeren als onvoorziene omstandigheden, oftewel dat deze omstandigheden in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Daarbij wordt dan gewezen op het feit dat het economisch tij nu eenmaal aan wisselingen onderhevig is, en/of dat vastgoedtransacties naar hun aard een speculatief karakter hebben.⁵⁰ Illustratief in dit kader is de navolgende overweging van de Rechtbank Amsterdam, in een vonnis van 5 december 2012:

" 4.8. De vraag die beantwoord moet worden is dus of de kredietcrisis een onvoorziene omstandigheid is, zodanig dat de Flatvereniging zich op grond van de redelijkheid en billijkheid wijziging van de contractuele relatie moet laten welgevalen. Dat is niet het geval. Ten eerste geldt dat het een feit van algemene bekendheid is dat de economie in het algemeen en de onroerend goedmarkt in het bijzonder aan schommelingen onderhevig is. Periodes van economische voorspoed worden afgewisseld door mindere tijden. Wanneer de economische situatie

verslechtert kan dan ook niet worden gesproken van een echte uitzonderlijke situatie, ook niet als de economie in hevige mate verslechtert. De kredietcrisis is daarom al niet te kenschetsen als onvoorzien."⁵¹

Overigens dateerde de litigieuze overeenkomst in deze zaak van (kort) na het uitbreken van de crisis. Dat was voor de Amsterdamse rechtbank temeer reden om het beroep op artikel 6:258 BW niet te honoreren, ook al was er na het sluiten van de overeenkomst sprake van een verdere verslechtering van de marktomstandigheden:

"4.9 Daar komt het volgende bij. Van de zijde van de Flatvereniging is onbetwist naar voren gebracht dat de kredietcrisis is aangevangen na het faillissement van Lehman Brothers in september 2008. De koopovereenkomst is gesloten in februari 2009. Gedaagde is als makelaar meer dan een gemiddeld koper van onroerend goed op de hoogte, of had dat moeten zijn, van het feit dat de onroerendgoedmarkt ernstig aan het verslechteren was ten tijde van de koop, terwijl hij geen beroep kon doen op een financieringsvoorbehoud omdat een dergelijk voorbehoud geen onderdeel uitmaakte van de koopovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat de verslechtering van de markt, die zich verder doorzette na sluiting van de koopovereenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."⁵²

Een vergelijkbare redenering is nadien vaker toegepast in jurisprudentie over de vraag of de verdere verslechtering van de vastgoedmarkt zoals die in de jaren na 2008 is opgetreden, een beroep rechtvaardigde op artikel 6:258 BW.⁵³

3.4 Gewijzigde marktomstandigheden, ondernemersrisico

Verder is wel geoordeeld dat de huidige marktomstandigheden voor rekening komen van degene die zich daarop heeft beroepen – al dan niet in combinatie met het hiervoor genoemde argument dat gewijzigde marktomstandigheden niet onvoorzien zijn. In dat verband wordt dan overwogen dat gewijzigde marktomstandigheden zouden behoren tot het (normale) ondernemersrisico.⁵⁴ Dat geldt eveneens, indien er geen financieringsvoorbehoud is gemaakt, en het door de gewijzigde marktomstandigheden niet langer mogelijk is om een financiering te krijgen, terwijl dat eerder wellicht wel zou zijn gelukt.⁵⁵

47 GS Verbintissenrecht, Valk en Baan, artikel 258 aant.19.1; T-M, Parl. Gesch. p. 968; MVA II, Parl. Gesch. p. 975 en HR 11 oktober 1988, NJ 1990/439.

48 T-M, Parl. Gesch., p. 969.

49 HR 20 februari 1998, NJ 1998/493. Vgl. voorts HR 27 april 1984, NJ 1984/679.

50 Rb. Amsterdam 11 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0526, r.o. 4.4; Rb. Zutphen 30 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK3761, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 11 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0526, r.o. 4.4.

51 Rb. Amsterdam 5 december 2012, Prg. 2013/51, r.o. 4.8.

52 Rb. Amsterdam 5 december 2012, Prg. 2013/51, r.o. 4.9.

53 Rb. Den Haag 11 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8483, r.o. 3.6-3.7; Rb. Rotterdam 26 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:2277, r.o. 4.5.

54 Rb. Oost-Brabant 11 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1903; Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2158, r.o. 4.22; Rb. Amsterdam 5 december 2012, Prg. 2013/51, r.o. 4.9; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, WCLI:NL:RBROT:2011:BT7320, r.o. 2.10; Rb. Amsterdam 11 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0526, r.o. 4.4; Rb. Zwolle-Lelystad 18 maart 2009, Prg. 2010/2, r.o. 4.6.

55 Rb. Oost-Brabant 2 april 2014, RCR 2014/54 r.o. 4.2 en Rb. Zwolle-Lelystad 18 maart 2009, Prg. 2010/2, r.o. 4.6.

3.5 *Kritiek op de terughoudendheid*

Op deze jurisprudentie is inmiddels in de literatuur kritiek geuit. Kort gezegd komt deze kritiek erop neer dat de ernst van de economische crisis wellicht een minder terughoudende toepassing van artikel 6:258 BW zou kunnen rechtvaardigen.⁵⁶ Abas wijst er daarbij op dat thans sprake is van de ernstigste depressie sinds 1929. Fokkema stelt dat de situatie drastisch is verslechterd en dat het verkrijgen van financiering veel problematischer is dan voorafgaand aan de crisis, terwijl partijen daar geen rekening mee hebben gehouden. Volgens hem blijft de jurisprudentie hangen in min of meer standaardoverwegingen, terwijl van een standaardsituatie bij project- en gebiedsontwikkeling al jaren geen sprake meer zou zijn. Eenzelfde opvatting is Hartlief toegedaan. Hij meent dat het contractenrecht niet langer kan doen alsof er niets aan de hand is, en dat het geven van iets meer ruimte aan artikel 6:258 BW in crisistijd meer recht doet aan de actuele situatie.

3.6 *Kentering?*

In de afgelopen anderhalf jaar zijn vier uitspraken geweest, waarin de gewijzigde marktomstandigheden wél aanleiding waren voor een (gedeeltelijke) wijziging of ontbinding van de overeenkomst. De eerste uitspraak betrof een geschil tussen de gemeente Almere en een projectontwikkelaar over een realisatieovereenkomst voor de bouw van 876 woningen. In de realisatieovereenkomst was bepaald dat tussentijdse beëindiging mogelijk was bij dusdanig gewijzigde (markt)omstandigheden dat die aan voortzetting van de overeenkomst in de weg stonden. Voorts was in de overeenkomst bepaald dat uitgangspunt was dat het project te allen tijde markttechnisch haalbaar zou moeten zijn. De rechtbank volgde, na weging van deskundigenrapportages, het standpunt van de projectontwikkelaar dat sprake was van dusdanig gewijzigde marktomstandigheden dat deze in de weg stonden aan een voortzetting van de overeenkomst.⁵⁷ Het is echter nog maar de vraag of deze uitspraak meebrengt dat de huidige marktomstandigheden bij overeenkomsten op het gebied van project- en gebiedsontwikkeling een beroep kunnen rechtvaardigen op artikel 6:258 BW. De grondslag voor de gevorderde wijziging van de overeenkomst was hier immers niet artikel 6:258 BW, maar een contractuele regeling. De terughoudendheid die bij artikel 6:258 BW moet worden toegepast, geldt dan niet (noodzakelijkerwijs). Bovendien vond de beoordeling plaats op basis van een specifiek in de overeenkomst benoemde factor (het markttechnisch haalbaar zijn van het project). In de literatuur wordt dan ook wel gesteld dat deze uitspraak weliswaar interessante gezichtspunten biedt voor een casus over artikel 6:258 BW, maar niet zonder meer de conclusie recht-

vaardigt dat artikel 6:258 BW kan worden ingeroepen bij projectontwikkeling in verband met de crisis.⁵⁸

Voor de tweede zaak die in dit verband kan worden genoemd, een geschil tussen de gemeente Bronckhorst en een projectontwikkelaar, geldt iets vergelijkbaars. Ook hier was sprake van een overeenkomst voor de realisatie van woningbouw, waarbij partijen een contractuele regeling voor onvoorziene omstandigheden waren overeengekomen. Deze regeling hield in dat partijen de overeenkomst zouden trachten aan te passen in geval van onvoorziene omstandigheden van zodanige aard dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet kon worden verwacht. Op het gemeentebestuur rustte ingevolge de overeenkomst een inspanningsverplichting om het ten behoeve van de nieuwbouw benodigde bestemmingsplan vast te stellen. Door bevolkingskrimp in de regio was de gemeente, tezamen met een zestal andere gemeenten in de regio en in samenwerking met de provincie en woningcorporaties, genoodzaakt om een aangepaste regionale verdeling van het woningbouwprogramma overeen te komen. Als gevolg daarvan dienden woningbouwplannen binnen de gemeente te worden aangepast, waardoor het gemeentebestuur geen bestemmingsplan kon vaststellen waarin werd voorzien in de beoogde woningbouw. Dit kwalificeerde naar het oordeel van de rechtbank als een onvoorziene omstandigheid die van dien aard was dat de projectontwikkelaar geen ongewijzigde instandhouding van (het doel van) de overeenkomst mocht verwachten.⁵⁹

Nu de beoordeling hier plaatsvond aan de hand van een contractuele regeling, geldt – evenals bij de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 11 september 2013 – dat uit deze uitspraak niet zonder meer een algemene conclusie kan worden getrokken over de toepasselijkheid van artikel 6:258 BW bij projectontwikkeling in verband met de huidige marktomstandigheden. Of bevolkingskrimp kwalificeert als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW – en vervolgens, of de wederpartij in verband daarmee naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten – staat hiermee dus niet vast. Hoogstens kan gesteld worden dat de spreekwoordelijke deur met deze uitspraak op een kier is gezet. Overigens onderstrepen beide uitspraken het hiervoor al geschetste belang van een goede contractuele regeling die ingezet kan worden voor een eventuele ontbinding of wijziging van de samenwerkingsovereenkomst.

In een tweetal andere uitspraken was het wel artikel 6:258 BW dat aanleiding gaf voor een wijziging van de overeenkomst in verband met de aanhoudende crisis. De eerste uitspraak waarin dit aan de orde was, ging over het woonrijp maken door een projectontwikkelaar van een nieuwe woonwijk. Op grond van de door de projectontwikkelaar met de gemeente Marum gesloten overeenkomst was de

56 T. Hartlief, "Crisis, what crisis?" *NJB* 2013/1603; M.F. Fokkema, "De crisis als (on)voorziene omstandigheid bij project- en gebiedsontwikkeling", *BR* 2013/124; noot P. Abas bij Rb. Amsterdam 5 december 2012, *Prg.* 2013/51 en noot P. Abas bij Rb. Zwolle-Lelystad 18 maart 2009, *Prg.* 2010/2.

57 Rb. Midden-Nederland 11 september 2013, *Prg.* 2013/277.

58 B.D.A. Zwart, "De financiële en economische crisis toch een onvoorziene omstandigheid?", *BR* 2014/143.

59 Rb. Gelderland 9 april 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:2343*.

projectontwikkelaar verplicht tot het woonrijp maken en overdragen van de openbare ruimte aan de gemeente nadat een bepaald aantal woningen was verkocht en gerealiseerd. Dat aantal werd niet gehaald, omdat de verkoop door de crisis achterbleef. Dientengevolge werden de bewoners van de wel bebouwde kavels geconfronteerd met een gebrek aan openbare voorzieningen. Om die reden vorderde de gemeente Marum van de projectontwikkelaar om de openbare ruimte voortijdig aan haar over te dragen, ook omdat zij door de betreffende bewoners was aangesproken op het ontbreken van de voorzieningen. De rechtbank wees die vordering toe, gelet op de zorgplicht van de gemeente om de voorzieningen aan te leggen en een einde te maken aan een gevaarzettende situatie.⁶⁰

De tweede zaak betrof een overeenkomst tussen de gemeente Almelo en een agrariër, die ertoe strekte dat de gemeente van de agrariër grond aankocht voor de realisatie van een villawijk, waarbij de agrariër de grond om niet zou mogen gebruiken totdat de bestemming zou worden gewijzigd en de werkzaamheden ten behoeve van de villawijk zouden worden uitgevoerd. Door de crisis startte de gemeente niet met de werkzaamheden voor de realisatie van de villawijk. De gemeente wilde echter wel een einde maken aan het gebruik om niet door de agrariër, zodat zij de grond zelf kon gaan gebruiken om aldus inkomsten te genereren. De gemeente deed daartoe een beroep op artikel 6:258 BW. De rechtbank wees de (subsidiäre) vordering van de gemeente tot beëindiging van het gebruik door de agrariër toe. Volgens de rechtbank behoorden de gewijzigde marktomstandigheden niet voor rekening te komen van de gemeente. De wijziging van de overeenkomst zou geen nadeel voor de agrariër opleveren, alleen een beperking van diens voordeel. De gevorderde wijziging betrof bovendien niet een kernbeding uit de overeenkomst. De vergelijking met jurisprudentie over artikel 6:258 BW en gewijzigde marktomstandigheden in andere vastgoedtransacties ging naar het oordeel van de rechtbank voorts niet op, omdat die betrekking hadden op de situatie dat de kern van de overeenkomst speculatief van aard was. De bepaling omtrent het voortgezet gebruik was in de kern niet speculatief, aldus de rechtbank.⁶¹

Deze laatste twee uitspraken, over de toepasselijkheid van artikel 6:258 BW, zijn tamelijk casuïstisch van aard. Bij de eerste uitspraak was de zorgplicht van de gemeente ter zake de aanleg van openbare voorzieningen doorslaggevend. De tweede uitspraak lijkt duidelijk te zijn ingegeven door het feit dat het beding waarvan wijziging werd verzocht, volgens de rechtbank niet speculatief was, terwijl een wijziging van de overeenkomst verder weinig ingrijpend was voor de wederpartij. Ons inziens kan dan ook niet te snel op basis van deze uitspraken worden geconcludeerd dat gewijzigde marktomstandigheden een beroep kunnen rechtvaardigen op artikel 6:258 BW,⁶² zeker niet als de partij die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden, een

marktpartij is. Het lijkt verdedigbaar dat artikel 6:258 BW bij projectontwikkeling alleen bij (hoge) uitzondering kan worden toegepast, en dat de hoedanigheid van partijen daarbij van invloed is. Immers, in de besproken gevallen waarin een beroep op artikel 6:258 BW werd gehonoreerd, was het telkens een overheid die zich hierop had beroepen. Dat sluit ook aan bij de eerdere, terughoudende, jurisprudentie over 6:258 BW bij projectontwikkeling. In die gevallen strandde een beroep op artikel 6:258 BW in verband met het speculatieve karakter van vastgoedtransacties en/of het feit dat gewijzigde marktomstandigheden behoren tot het ondernemersrisico. Bij een overheid doen die factoren zich doorgaans niet, of in mindere mate, voor. Wellicht dat dit meebrengt dat een beroep op artikel 6:258 BW bij projectontwikkeling dan eerder in beeld kan komen.⁶³

4. Conclusie

In dit artikel zijn wij ingegaan op de problematiek die op bestuurs- en civielrechtelijk vlak kan spelen rond gebiedsontwikkelingen in het huidige tijdsgewricht. Geconstateerd is dat de bestuursrechter streng toetst of sprake is van een actuele behoefte aan een bepaalde ruimtelijke ontwikkeling. Wanneer deze hobbel is genomen gaat de bestuursrechter na of sprake is van een binnenstedelijke locatie waar in deze behoefte kan worden afgewenteld. Wanneer deze hobbels zijn genomen wordt ten slotte nagegaan of voorzien is in een multimodale ontsluiting.

Elke trede kan een barriere vormen voor een voorgestane ontwikkeling. Privaatrechtelijk hoeft dit voor een gemeente geen probleem te zijn. Voorwaarde is wel dat de gemeente in de samenwerkingsovereenkomst ter zake van de ruimtelijke ordening een inspanningsverplichting op zich heeft genomen, én de gemeente zich daadwerkelijk heeft ingespannen om tot vaststelling van het ruimtelijk kader te komen. In dit artikel hebben wij toegelicht welke inspanningen in dat kader concreet van het gemeentebestuur mogen worden verwacht.

Als het gemeentebestuur ondanks alle inspanningen er niet in slaagt om het ruimtelijke kader vast te stellen, komt in beeld de eventuele mogelijkheid tot contractuele ontbinding of een eventuele ontbinding (dan wel wijziging) van de samenwerkingsovereenkomst op grond van artikel 6:258 BW. Uiteraard kan de vraag naar deze mogelijkheid ook opkomen bij de projectontwikkelaar, indien deze een bouwproject ten gevolge van de huidige marktomstandigheden wil wijzigen. Hoewel de deur naar artikel 6:258 BW – zeker voor marktpartijen – lange tijd op slot leek te zitten, lijkt er nu iets meer ruimte te zijn, met als kanttekening dat de ruimte er wellicht met name voor gemeenten is. Gelet op de wetsgeschiedenis en recente jurisprudentie is verdedigbaar dat gemeenten waarschijnlijk eerder met succes een beroep kunnen doen op voornoemd artikel dan marktpartijen. Dit lijkt onder meer te zijn ingegeven door de omstandigheid dat gemeenten naast het contractsbelang een scala aan

60 Rb. Noord-Nederland 4 april 2014, BR 2014/85, m.nt. M.Y.C.L. de Wit.

61 Rb. Overijssel 18 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3528.

62 Vgl. B.D.A. Zwart, "De financiële en economische crisis toch een onvoorziene omstandigheid?", BR 2014/143.

63 Vgl. in dit verband: HR 10 december 1993, NJ 1996/3; HR 23 juni 1989, NJ 1991/673 en Nota II Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1443.

overige belangen moeten meewegen. In die gevallen waar de gemeente niet speculatief heeft gehandeld bij de betreffende gebiedsontwikkeling, zal dat bij de beoordeling op de voet van artikel 6:258 BW eveneens in haar voordeel kunnen uitwerken.

Untill death do us part. Dit zal partijen voor ogen hebben gestaan toen zij de samenwerkingsovereenkomst sloten. Dit credo staat nog steeds voorop, zij het dat voor gemeenten wel enkele uitzonderingen op deze hoofdregel mogelijk lijken te zijn. Wellicht dat er nog een verdere kentering in de jurisprudentie zal ontstaan ten voordele van marktpartijen, bijvoorbeeld indien de huidige marktomstandigheden blijven aanhouden. Dat zal de tijd moeten uitwijzen. In de tussentijd doen partijen er goed aan om, indien zij over en weer bij nieuwe gebiedsontwikkelingen de mogelijkheid willen hebben om afscheid van elkaar te nemen, een contractuele regeling op te nemen in hun samenwerkingsovereenkomst die daarin voorziet.