

Grondbedrijven gemeenten: actualiteiten op het gebied van ruimtelijk bestuursrecht

Wro / Gem.w. / RvR-regeling / Wvg / Wabo

Op verzoek van de redactie van dit blad hebben bovengetekenden in het kader van het themanummer ‘grondbedrijven gemeenten’ een selectie gemaakt van actuele rechtspraak op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht, verschenen in 2017 en in een enkel geval in de eerste maanden van 2018.¹ Daarbij hebben wij het begrip ‘ruimtelijk bestuursrecht’ ruim opgevat, zodat bijvoorbeeld ook het onderwerp overheidsprivaatrecht in relatie tot de uitoefening van bevoegdheden op het terrein van de ruimtelijke ordening kon worden meegenomen. Binnen het bestek van dit artikel is vanzelfsprekend geen volledigheid nagestreefd.



Mr. R.J.
Lucassen



mr. A. P.
IJkenstam

OVERHEIDSPRIVAATRECHT

1 Ruimte-voor-Ruimteregeling

In de praktijk van het ruimtelijk bestuursrecht wordt er door gemeenten veelvuldig met initiatiefnemers gecontracteerd. Ongeacht de benaming die aan de desbetreffende overeenkomst wordt meegegeven (samenwerkingsovereenkomst, anterieure overeenkomst, ontwikkel- en realisatieovereenkomst etc.) gaat het eigenlijk altijd om een zogeheten bevoegdhedenovereenkomst. Uit het Hoge Raad-arrest inzake Etam/Zoetermeer volgt dat het hierbij gaat om een overeenkomst inzake de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, met een gemengd publiek-/privaatrechtelijk karakter.² In zijn arrest van 24 maart 2017 heeft de Hoge Raad met name de reikwijdte van een bevoegdhedenovereenkomst nog eens duidelijk gemarkeerd.³ Hoewel de uitspraak betrekking heeft op de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), is zij ook van belang voor de huidige Wro.

In het door de Hoge Raad berechte geval was tussen de gemeente Bladel en projectontwikkelaar BMV een bevoegdhedenovereenkomst gesloten in het kader van een zogeheten Ruimte-voor-Ruimteregeling (ook: RvR-regeling). Zo'n regeling heeft tot doel om door middel van sloop van agrarische bedrijfsgebouwen die voor de intensieve veehouderij in gebruik zijn of waren, zowel het mestoverschot terug te dringen als een verbetering van de ruimtelijke kwaliteit van de betrokken gebieden te bewerkstelligen. In ruil voor die sloop en de fosfaatreductie wordt dan de bouw toegestaan van woningen op passende locaties in afwijking van de woningbouwprogrammering of, indien nodig, in afwijking van de regel dat geen burgerwoningen aan het buitengebied mogen worden toegevoegd. In die overeenkomst had de gemeente zich verplicht om een bestemmingsplan vast te stellen dat zou voorzien in 23 bouw kavels voor vrijstaande woningen, en had BMV zich verplicht om met haar plan te voldoen aan de voorwaarden die door de provincie waren verbonden aan de toepassing van de desbetreffende Ruimte-voor-Ruimteregeling. Het bestemmingsplan wordt

vastgesteld, waarna blijkt dat BMV niet aan alle genoemde voorwaarden heeft voldaan.

In de daaropvolgende procedure stelt de gemeente dat BMV wanprestatie heeft gepleegd en dat zij moet opdraaien voor de schade. De ontwikkelaar verweert zich met de stelling dat sprake zou zijn van onaanvaardbare doorkruising van de regeling inzake ruimtelijke ordening, omdat de voorwaarden die aan de planologische medewerking zijn verbonden, slechts milieubelangen dienen (en niet ruimtelijke-ordeningsbelangen). Ook wordt aangevoerd dat voor de sloop van stallen zestien locaties waren uitgekozen waarvan er slechts vijf in de gemeente Bladel liggen, zodat de gemeente niet was bevoegd te contracteren over de overige elf buiten de gemeente gelegen locaties. Ten slotte stelt de ontwikkelaar zich op het standpunt dat hij een bedrag van € 3.500.000 heeft moeten investeren om aan de verplichting te voldoen om stallen te slopen en fosfaten te kopen, hetgeen een onaanvaardbare doorkruising zou vormen van het stelsel van kostenverhaal, zoals neergelegd in de Wro en de Gemeentewet.

Nadat de rechtbank de vorderingen van de gemeente heeft toegewezen en het Gerechtshof dat vonnis heeft bekrachtigd, gaat BMV in cassatie, maar ook de Hoge Raad oordeelt in het voordeel van de gemeente. Daartoe overweegt de Hoge Raad onder meer:

‘Een bestuursorgaan of een overheidslichaam kan een bevoegdhedenovereenkomst aangaan indien en voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid. Indien het gaat om de uitoefening van een doelgebonden bevoegdheid, zullen de voorwaarden die bij een bevoegdhedenovereenkomst worden gesteld dan ook het doel moeten (kunnen) dienen waarvoor de desbetreffende bevoegdheid door de wet is gegeven.’⁴

Tegen deze achtergrond wijst de Hoge Raad de stelling van BMV van de hand, dat een gemeente bij de uitoefening van haar planologische bevoegdheden uitsluitend mag letten op haar eigen – dat wil zeggen gemeentelijke – planologische

belangen of zelfs uitsluitend op de planologische belangen in of rond het desbetreffende plangebied. De Hoge Raad wijst erop dat de Wro niet alleen betrekking heeft op het gemeentelijk planologisch beleid, maar ook op dat van het Rijk en van de provincie. Dat rijks- en provinciale beleid ziet mede op de ruimtelijke ordening op gemeentelijk niveau en betreft naar zijn aard mede planologische belangen die de plaatselijke planologische belangen overstijgen. In het stelsel van de Wro ligt besloten dat een gemeente bij het nemen van planologische maatregelen mede rekening dient te houden met het beleid van het Rijk en de provincie en met de uitwerking daarvan in het streekplan van de provincie. De minister en Gedeputeerde Staten hebben (dan) ook op grond van de Wro bevoegdheden waarmee zij dit, zo nodig, kunnen afdwingen.

De RvR-regeling betreft rijksbeleid waarmee een ruimtelijke kwaliteitsverbetering wordt nagestreefd in ruil waarvoor woningbouw door de gemeente wordt toegestaan, ook als die verbetering zich elders in de gemeente of in de provincie voordoet.⁵ Het planologische belang dat met de RvR-regeling wordt gediend, kan volgens de Hoge Raad worden gerekend tot de belangen waarop de organen van een gemeente acht mogen slaan bij hun besluit omtrent een planologische maatregel (zoals in casu: de vaststelling van een bestemmingsplan).⁶ Daaruit volgt dat een gemeente in het kader van de RvR-regeling in beginsel de voorwaarden zoals in deze zaak aan de orde – tot sloop van stallen elders en tot het doen intrekken van daarmee samenhangende milieurechten – mag stellen voor haar medewerking aan een planologische wijziging die woningbouw mogelijk maakt. Een gemeente kan die voorwaarden daarom ook bedingen in een bevoegdhedenovereenkomst zoals hier aan de orde.

Aangaande het verweer dat sprake zou zijn van een onaanvaardbare doorkruising van het stelsel van kostenverhaal (zoals neergelegd in de Wro en de Gemeentewet), overweegt de Hoge Raad in navolging van het hof dat daarvan geen sprake is. Immers, vaststaat dat BMV voor de planologische medewerking van de gemeente niet heeft hoeven betalen en dat de gemeente voor die medewerking ook geen bijdrage heeft gevraagd. Dat de gemeente wel eisen heeft gesteld inzake het slopen van stallen en het intrekken van milieurechten, kan niet worden gelijkgesteld met het verlangen van een financiële bijdrage. Het gaat hier immers niet om kosten die de gemeente zelf zou hebben moeten maken als BMV niet zou zorgdragen voor sloop van stalruimte en intrekking van milieurechten en die de gemeente door het stellen van die voorwaarden dus in feite zou afwentelen op BMV.

2 Bevolgingskrimp geen onvoorziene omstandigheid

Tijdens de crisis en in de nasleep daarvan is het geregeld voorgekomen dat een van de partijen betrokken bij een bevoegdhedenovereenkomst heeft gepoogd, de overeenkomst met een beroep op 'onvoorziene omstandigheden' als bedoeld in art. 6:258 BW door de rechter te laten ontbinden of de gevolgen ervan te laten wijzigen. Meestal waren het projectontwikkelaars, die hun plannen door de tegenzittende markt niet langer haalbaar achtten en om die reden niet langer onverkort aan de in betere tijden gemaakte afspraken wilden worden gehouden. Vrijwel steeds liepen die pogingen op niets uit. Dat het ook voor een gemeente niet eenvoudig is om zich vanwege onvoorziene omstandigheden aan haar (inspannings)verplichtingen te ont-

trekken, leert het arrest van de Hoge Raad inzake de gemeente Bronckhorst.⁷ Deze beriep zich op regionale bevolgingskrimp en een daardoor sterk verminderde woningbehoefte in een poging om onder haar contractuele verplichtingen jegens een tweetal projectontwikkelaars uit te komen. In navolging van het hof oordeelde de Hoge Raad dat hier geen sprake was van een onvoorziene – dat wil zeggen: in de toekomst gelegen – omstandigheid, aangezien de bevolgingskrimp zich al voerde ten tijde van het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst en de gemeente weet had van een forse regionale overprogrammering aan nieuwbouw. Het had haar toen al duidelijk moeten zijn dat ook het door de twee ontwikkelaars voorgenomen bouwproject op losse schroeven stond. Bovendien, zo citeert de Hoge Raad met instemming het arrest van het hof, als nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten tot een beleidswijziging zouden hebben genoopt, zouden die inzichten en beleidswijzigingen weliswaar als onvoorziene omstandigheden kunnen worden aangemerkt, maar zou dat mede gelet op de aard van de overeenkomst en de aard en het gewicht van de betrokken maatschappelijke belangen in dit geval onvoldoende rechtvaardiging voor de gemeente hebben opgeleverd om de verplichtingen uit de samenwerkingsovereenkomst niet na te komen.

GRONDEXPLOITATIE

1 Vaststelling inbrengwaarde op grondslag van onafhankelijke taxatie

Juist omdat erover het onderwerp grondexploitatie relatief weinig uitspraken verschijnen, verdienen de wél verschenen uitspraken extra aandacht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 26 april 2017 inzake het exploitatieplan Harnaschpolder Zuid 2014 van de gemeente Midden-Delfland.⁸ Het exploitatieplan zag op de transformatie van een glastuinbouwgebied naar een bedrijventerrein. Een groot gedeelte van de in het exploitatiegebied gelegen gronden was in eigendom bij een bedrijfsvaard, waarmee de gemeente de afspraak had gemaakt dat zij die gronden zou aankopen om deze vervolgens in erfpacht uit te geven aan ondernemers die zich op het toekomstige bedrijventerrein wilden vestigen. Deze gronden van het bedrijfsvaard waren in de exploitatieopzet opgenomen op basis van een raming van de inbrengwaarde, zonder dat de gronden vooraf door een onafhankelijke deskundige waren getaxeerd. Andere grondeigenaren in het gebied kwamen daartegen in beroep en werden door de Afdeling in het gelijk gesteld. De Afdeling zag geen aanleiding in dit geval af te wijken van het uitgangspunt dat aan de raming van de inbrengwaarde van percelen in beginsel een door een onafhankelijke deskundige uitgevoerde taxatie ten grondslag moet liggen. De omstandigheid dat de gronden van de appellanten zelf waren getaxeerd in opdracht van het bedrijfsvaard (dus: niet in opdracht van de gemeenteraad), vormde voor de Afdeling onvoldoende aanleiding om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van de taxateurs, zodat de raad in beginsel – namelijk: behoudens eventuele inhoudelijke of procedurele gebreken – van het door hen opgestelde taxatierapport mocht uitgaan. Een door een van de appellanten ingebrachte tegentaxatie vormde in de ogen van de Afdeling op zichzelf onvoldoende betwisting van de ten behoeve van de vaststelling

van het exploitatieplan gehanteerde taxatie, aangezien uit dat tegenrapport niet bleek waarom de in het taxatierapport vervatte taxaties onjuist waren.

2 Taxatiebenadering of werkelijke kostenbenadering?

De zojuist besproken uitspraak is exemplarisch voor de bestendige lijn die de Afdeling sinds 2011 volgt waar het gaat om een (door een onafhankelijke deskundige uitgevoerde) taxatie als grondslag voor de raming van inbrengwaarden van gronden in een exploitatiegebied.⁹ Op 16 maart van dit jaar kreeg deze vaste jurisprudentie een interessant vervolg met de uitspraak van de Afdeling inzake het exploitatieplan Harselaar-Driehoek van de gemeente Barneveld.¹⁰ In deze zaak ging het om de vraag, welk bedrag aan kosten de gemeenteraad via het exploitatieplan mag verhalen voor de grondverwerving ten behoeve van de (inmiddels gerealiseerde) aanleg van een buiten het exploitatiegebied gelegen weg (een zogeheten ‘bovenwijkse voorziening’). Appellanten betoogden dat slechts de werkelijke, reeds in 1982 door de gemeente gemaakte kosten van grondverwerving voor verhaal in aanmerking komen (‘de werkelijke kostenbenadering’). Volgens de gemeenteraad daarentegen vormen deze grondverwervingskosten inbrengwaarden die op grondslag van een taxatie in de exploitatieopzet dienen te worden opgenomen (‘de taxatiebenadering’).¹¹

Omdat de keuze voor de ene of de andere benadering grote maatschappelijke gevolgen heeft en deze materie specifieke deskundigheid en ervaring vereist, heeft de Afdeling op grond van art. 8:45 Awb zes instanties¹² als zogenoemde ‘amici curiae’ (oftewel ‘meedenkers’) in de gelegenheid gesteld schriftelijke inlichtingen te geven over een aantal (rechts)vragen die in deze zaak aan de orde waren. Mede op basis van de door elk van deze instanties verstrekte inlichtingen heeft de Afdeling kort samengevat geoordeeld dat ook de kosten van verwerving van buiten het exploitatiegebied gelegen gronden als inbrengwaarden dienen te worden geraamd met overeenkomstige toepassing van de artikelen 40b tot en met 40f van de Onteigeningswet, ook als deze gronden vóór de vaststelling van het exploitatieplan door de gemeente zijn verworven. Daarbij heeft de Afdeling laten meewegen dat uit de meeste amicus-brieven naar voren komt dat het van groot belang wordt geacht dat de kosten op objectieve wijze worden vastgesteld waarbij wordt geabstraheerd van de werkelijk betaalde aankooprijzen. Zou de inbrengwaarde afhankelijk worden gemaakt van grondtransacties die in het verleden hebben plaatsgevonden, dan zou dat leiden tot ongewenste afwentelmechanismen en verstoring van de grondmarkt. De zogeheten werkelijke-kostenbenadering wordt dus door de Afdeling afgewezen.

In casu ging het om de waardering van gronden waarop een weg was aangelegd, derhalve om zogeheten niet-uitgeefbare gronden. De Afdeling is van oordeel dat dit geen verschil maakt, omdat voor een uitzondering op de regel dat de gronden tegen de taxatiewaarde moeten worden ingebracht in de wet en wetsgeschiedenis geen eenduidige aanknopingspunten te vinden zijn. Voor de door appellanten en de NEPROM verdedigde stelling dat in een situatie als deze de kostenbenadering moet worden gevolgd, gezien het uitgangspunt van de wet dat niet meer kosten mogen worden verhaald dan gemaakt, ziet de Afdeling weliswaar ‘goede argumenten’, maar naar haar oordeel gaat die stelling eraan voorbij dat de inbrengwaarden een bijzondere rol hebben binnen het exploitatieplan (zij vormen

immers niet alleen een kostenpost, maar tevens een aftrekpost bij de berekening van de exploitatiebijdrage). Dit laatste argument kunnen wij niet (zonder meer) volgen, aangezien voor de niet-uitgeefbare gronden nu juist géén exploitatiebijdrage is verschuldigd.

3 Contractsvrijheid en betaalplanologie

Ten slotte willen wij in dit kader niet onvermeld laten het vonnis van Rechtbank Noord-Holland van 30 augustus 2017, omdat dit, voor zover ons bekend, de eerste uitspraak van de civiele rechter is over de vraag, waar de grenzen van de contractsvrijheid liggen waar het gaat om gemeentelijk kostenverhaal via een zogeheten anterieure overeenkomst inzake grondexploitatie onder de Wro.¹³ Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever niet willen tornen aan de contractsvrijheid van de gemeente, zodat die vrijheid slechts in algemene zin wordt ingekaderd door algemene beginselen van verbintenissenrecht, zoals de redelijkheid en billijkheid, en daarnaast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hoewel het wettelijk is toegestaan dat via een anterieure overeenkomst meer kosten worden verhaald dan in het publiekrechtelijke spoor (via een exploitatieplan), is de rechtbank van oordeel dat al sprake is van betaalplanologie ‘als bij het aangaan van een anterieure overeenkomst aantoonbaar meer en substantieel hogere kosten worden bedongen dan mogelijk is in een exploitatieplan. In dat geval is er sprake van misbruik van bevoegdheid, tenzij een afwijking deugdelijk wordt gemotiveerd.’ Daarbij is het aan de eisende partij om voldoende onderbouwd te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat zich in het voorliggende geval een situatie van ongeoorloofde betaalplanologie voordoet. Wij betwijfelen of het aldus geformuleerde criterium om te bepalen of sprake is van betaalplanologie, werkbaar is, en wachten de verdere rechtsontwikkeling met belangstelling af.

WET VOORKEURSRECHT GEMEENTEN

Rond de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg) is het gedurende de crisisjaren (heel) stil geweest. Daarin lijkt nu met het opbloeien van de economie verandering te komen, althans als we mogen afgaan op het toegenomen aantal besluiten waarbij een gemeentelijk voorkeursrecht wordt gevestigd. Op grond van art. 26 Wvg kan een gemeente de rechtbank verzoeken, een rechtshandeling die de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de gemeentelijk voorkeurspositie, nietig te verklaren. Vrijwel altijd wordt een dergelijk verzoek toegewezen, wat wordt verklaard door het feit dat de toetsingsmaatstaf blijkens de wetsgeschiedenis bijzonder streng is. Zij houdt namelijk in dat alle rechtshandelingen blootstaan aan vernietiging, die zodanig zijn opgezet dat geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, doch waarbij de beschikkingsmacht over en het economische belang bij de grond in *enigerlei mate* worden overgedragen aan een of meer (rechts)personen.¹⁴

Tegen die achtergrond was de beschikking van de rechtbank Overijssel opmerkelijk, omdat daarbij het nietigverklaringsverzoek werd afgewezen.¹⁵ In deze zaak betrof het nietigverklaringsverzoek een aantal rechtshandelingen met betrekking tot gronden waarop gedurende zeventien jaar een gemeentelijk voorkeursrecht had gerust. Het desbetreffende voorkeursrecht was weliswaar inmiddels vervallen, maar dat feit op zichzelf

vormde geen belemmering voor een mogelijke nietigverklaring, omdat een aantal jaren geleden door de Hoge Raad is uitgemaakt dat uit de tekst van art. 26 Wvg volgt dat het bij de beoordeling van de mogelijke nietigheid van de desbetreffende rechtshandeling aankomt op de stand van zaken – waaronder de voorkeurspositie van de desbetreffende gemeente – ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling. De tekst zou geen aanknopingspunt bieden voor het stellen van de eis dat die gemeente ook nog ten tijde van het invoeren van de nietigheid in een voorkeurspositie moet verkeren. De dreiging van aantasting van de rechtshandeling kan immers bijdragen aan de effectieve werking van het voorkeursrecht, aldus de Hoge Raad.¹⁶

Het gemeentelijk voorkeursrecht beoogt de gemeente een voorrangpositie op de grondmarkt te verschaffen. Daarbij is het gemeentelijk voorkeursrecht instrumenteel aan het door de gemeente gevoerde c.q. te voeren planologisch beleid in die zin, dat die voorrangpositie de gemeente een zekere waarborg beoogt te bieden dat zij haar ruimtelijk beleid tijdig en op de door haar voorgestane wijze kan realiseren. Dat veronderstelt uiteraard wel dat er ruimtelijk beleid is geformuleerd dat logischerwijs binnen de maximale werkingsduur van het voorkeursrecht (van zo'n 16,5 jaar) tot uitvoering wordt gebracht. En precies dáár knelde het in deze zaak. Ten tijde van de behandeling van het nietigverklaringsverzoek bestonden er weliswaar intergemeentelijke afspraken over woningbouwontwikkeling in Borne, maar deze waren naar het oordeel van de rechtbank nog te zeer omgeven met 'mitsen en maren' om te concluderen dat woningbouw op de onderhavige percelen op redelijk korte termijn reëel is te achten. Voorts sloeg de rechtbank acht op het feit dat de grondeigenaar in al die jaren dat het voorkeursrecht gold, die gronden niet aan anderen dan de gemeente te koop had kunnen aanbieden. Kennelijk was er in al die jaren evenmin sprake geweest van een voldoende concreet planologisch beleid, voor de uitvoering waarvan de gronden van deze grondeigenaar benodigd waren geweest.

Onder deze omstandigheden achtte de rechtbank het nietigverklaringsverzoek disproportioneel, en wees het verzoek dan ook af. Hiermee werd het 'stilzitten' van de gemeente feitelijk afgestraft. De gemeente kan weliswaar twee jaar na het vervallen van het eerder geldende gemeentelijk voorkeursrecht een nieuw voorkeursrecht vestigen, maar het is dan vanwege het rechtszekerheidsbeginsel zeer de vraag of zij dan nog wel met succes de nietigheid van de vóór die vestigingsdatum gesloten overeenkomsten zou kunnen invoeren.¹⁷

BEGRIJP BOUWWERK

Vanzelfsprekend was er ook in 2017 discussie over de uitleg van het begrip bouwwerk als bedoeld in de Wabo en als omschreven in de modelbouwverordening. In een specifiek geval lag de vraag voor of een zogeheten palenmatras als een bouwwerk moest worden aangemerkt of niet.¹⁸ Een palenmatras dient ter fundering van een weg en bestaat uit een veld met palen, voorzien van deksels, waar een wapeningsnet overheen wordt gespannen. Over het geheel wordt vervolgens een aardebaan aangebracht. De aardebaan wordt op zijn plek gehouden door het naar boven geklapte wapeningsnet.

Omdat partijen het er niet met elkaar over eens konden worden of de palenmatras nu als bouwwerk moest worden aangemerkt, werd – om een rechtsingang te kunnen verkrijgen – ten

behoefte van het realiseren van de palenmatras een omgevingsvergunning voor bouwen aangevraagd. Het bestuursorgaan merkte de palenmatras vervolgens als een bouwwerk aan en verleende een omgevingsvergunning voor het realiseren daarvan.

De rechtbank sloot zich aan bij het bestuursorgaan en merkte de palenmatras aan als bouwwerk. De rechtbank achtte doorslaggevend dat het aan te brengen wapeningsnet een constructief element in de palenmatras zou gaan vormen, doordat het wapeningsnet de verschillende lagen materiaal bijeen zou gaan houden. De rechtbank maakte een vergelijking met een zaak uit 2005, die ging over verschillende lagen materiaal in een paardenbak, die bijeen werden gehouden door betonbielzen. In die zaak werd het geheel als bouwwerk aangemerkt, omdat de betonbielzen een constructief element vormden, dat alle materialen bij elkaar hield.¹⁹

De Afdeling is het niet met het oordeel van de rechtbank eens en wijst op twee eerdere uitspraken, waarin zij had geoordeeld dat een verharding geen bouwwerk is en overweegt: ²⁰ 'Nu de palenmatras onderdeel uitmaakt van een weg en een weg geen bouwwerk is, is ook de palenmatras geen bouwwerk [...]'. Een naar onze mening nogal onbevredigende uitspraak, aangezien de Afdeling in 2006 al niet had gemotiveerd waarom een verharding geen constructie is en de Afdeling op dit niet onderbouwde standpunt nu voortborduurt.

De eerste van de twee uitspraken waarnaar de Afdeling verwijst (uit 2006), ging over een situatie waarin een weg op een puinverharding werd aangebracht. In die uitspraak had de Afdeling zonder meer overwogen dat een weg met puinverharding niet op één lijn is te stellen met een door middel van betonbielzen geconstrueerde paardenbak (de paardenbak uit de uitspraak waar de rechtbank zich nu juist op had beroepen). De weg in samenhang met de puinverharding mocht volgens de Afdeling, anders dan de paardenbak, niet als een constructie worden aangemerkt. De Afdeling trekt de lijn uit 2006 nu dus door. Wat precies is vereist om van een constructie (een van de elementen van het begrip bouwwerk) te spreken, laat de Afdeling in het midden.

INTREKKING OMGEVINGSVERGUNNING

De Wabo is duidelijk: art. 2.33, lid 2, onderdeel a, bepaalt dat een omgevingsvergunning voor bouwen geheel of gedeeltelijk kan worden ingetrokken als gedurende 26 weken geen handelingen zijn verricht met gebruikmaking van de vergunning. Een belangenafweging hoort vooraf te gaan aan het intrekken van een omgevingsvergunning. Volgens de Afdeling is een rechtvaardiging voor de intrekking in elk geval gelegen in de enkele omstandigheid dat de houder van een omgevingsvergunning niet aannemelijk weet te maken dat hij deze alsnog binnen korte termijn zal benutten.²¹

In de zomer van 2017 boog de Afdeling zich over een zaak waarin een omgevingsvergunning was verleend voor het vergroten en veranderen van een bankgebouw tot multifunctioneel gebouw.²² Nadat 26 weken waren verstreken zonder dat er van de omgevingsvergunning gebruik was gemaakt, trok het college van burgemeester en wethouders de omgevingsvergunning weer in.

De ex-vergunninghouder liet het er niet bij zitten. Kennelijk had het college van B en W in de belangenafweging bij de intrekking betrokken dat de beoogde uitbreiding van het oud-bankgebouw deels op grond in eigendom van een kerkgenootschap zou worden gebouwd. Het kerkgenootschap was echter niet bereid om grond te verkopen, zodat een evidente privaatrechtelijke belemmering in de weg stond aan het realiseren van een deel van de uitbreiding. De ex-vergunninghouder voerde aan dat het college onder die omstandigheid gebruik had moeten maken van zijn bevoegdheid om de omgevingsvergunning slechts gedeeltelijk in te trekken, namelijk alleen voor het deel van het bouwplan dat vanwege een privaatrechtelijke belemmering niet kon worden gerealiseerd. Voor het overige was intrekking volgens de ex-vergunninghouder niet noodzakelijk.

De rechtbank en de Afdeling zijn resoluut en houden het erop dat niet aannemelijk kon worden gemaakt dat op korte termijn met de realisatie van het bouwplan voor de *gehele* aanbouw kon worden begonnen, zodat het college van B en W de gehele omgevingsvergunning mocht intrekken. Dat intrekking van de omgevingsvergunning voor het bouwplan, voor zover dat niet werd gehinderd door de evidente privaatrechtelijke belemmering, niet noodzakelijk was, deed daar volgens de Afdeling niet aan af. Kortom: het college van B en W kreeg van de Afdeling alle vrijheid om naar eigen inzicht de omgevingsvergunning geheel of juist gedeeltelijk in te trekken.

KLAAR MET WINDTURBINES? DESNOODS WEGBESTEMMEN EN ONTEIGENEN.

Windturbines schieten in Nederland als paddenstoelen uit de grond. Provincies en gemeenten kiezen er daarom steeds vaker voor om saneringseisen te stellen bij nieuwbouw van turbines. Zo hanteert de provincie Noord-Holland het uitgangspunt 'twee weg, één erbij'. De gemeente Zeewolde op haar beurt wilde met minder turbines méér energie gaan opwekken en weigerde bij de vaststelling van het bestemmingsplan 'Oostervold' om een aantal bestaande windmolens positief te bestemmen, om de reden dat deze turbines zouden worden vervangen door een nieuw windpark op een andere locatie. De bestaande turbines werden onder het overgangsrecht gebracht.

Vanzelfsprekend legden de eigenaren van de windturbines zich daar niet bij neer.²³ Zij stelden zich op het standpunt dat niet aannemelijk was dat de windturbines binnen de planperiode zouden worden verwijderd. De raad zette daar tegenover dat dit wel degelijk aannemelijk was. Ter onderbouwing voerde de raad niet alleen een hele rits aan algemeen verbindende voorschriften en beleid op (een omgevingsplan, een beleidsregel, een verordening, een nog vast te stellen regionaal inpassingsplan en een regioplan), maar verwees ook naar de mogelijkheid van onteigening, daarbij stellende dat alle kosten van eventuele onteigening zouden worden verhaald op de Ontwikkelvereniging Zeewolde (tegenwoordig Windpark Zeewolde B.V.). Met de Ontwikkelvereniging waren al afspraken gemaakt in een zogenoemde 'voorovereenkomst'.

De Afdeling ging met de raad mee en oordeelde dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt mocht stellen dat concreet zicht bestond op verwijdering van de windturbines binnen de planperiode. De Afdeling achtte hierbij mede van belang dat het doel van verwijdering binnen de planperiode was opgeno-

men in de diverse algemeen verbindende voorschriften en in beleid. Al met al moeten eigenaren van oude en/of slecht renderende windmolens op hun hoede zijn, want onteigening ligt op de loer.

Mr. R.J. Lucassen en mr. A. P. IJkelstam

De auteurs zijn beiden als advocaat verbonden aan CMS.

- 1 Dit artikel vormt in zekere zin een aanvulling op het in VGFC 2018/1 gepubliceerde 'Actualiteitenoverzicht omgevingsrecht 2017' van mr. A. Kamphuis.
- 2 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057 (Etam/Zoetermeer).
- 3 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (Ruimte-voor-Ruimteregeling gemeente Bladel).
- 4 Een soortgelijke overweging over de vereiste doelgebondenheid van een privaatrechtelijke voorwaarde in een bevoegdhedenovereenkomst kwam al wel voor in eerdere arresten van de Hoge Raad, zoals HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5860 (Den Haag - Staat).
- 5 Met deze overweging is antwoord gegeven op de vraag waaraan de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0520 (Horst aan de Maas) niet was toegekomen: mag een gemeente in het kader van een Ruimte-voor-Ruimteregeling voorwaarden stellen inzake sloop en compenserende bebouwing ook buiten haar eigen grondgebied?
- 6 Eerder was ook de Afdeling van oordeel dat aan voorwaarden die plegen te worden gesteld in het kader van een Ruimte-voor-Ruimteregeling, een ruimtelijk motief ten grondslag ligt, zie ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8317 (gemeente Oirschot).
- 7 HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615 (gemeente Bronckhorst).
- 8 ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1155 (gemeente Midden-Delfland).
- 9 ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3700 (gemeente Nunspeet).
- 10 ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903 (gemeente Barneveld).
- 11 Inbrengwaarden in de zin van art. 6.13, lid 1, aanhef en onderdeel c, ten eerste, Wro.
- 12 Te weten: de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen, het Instituut voor Bouwrecht en de NVB Vereniging voor ontwikkelaars en bouwondernemers.
- 13 Rechtbank Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279 (gemeente Koggenland).
- 14 Dit criterium is voor het eerst geformuleerd in HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1381 (Etten-Leur).
- 15 Rechtbank Overijssel 7 februari 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:524 (Borne).
- 16 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0608.
- 17 Zie hierover uitgebreid R.J. Lucassen, *Vraagbaak Wet voorkeursrecht gemeenten*, Kluwer, Deventer 2011, p. 289-293.
- 18 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1099.
- 19 ABRvS 14 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU2618.
- 20 ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4255 en ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9230.
- 21 ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3916.
- 22 ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2083.
- 23 ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2275.