

AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING

Vergunningverlening: resultaat- of inspanningsverplichting?

2018-0043

Op 2 januari jl. heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch¹ arrest gewezen in een zaak die was aangespannen tegen de gemeente Terneuzen. De gemeente Terneuzen werd door de ontwikkelaar van een skihal in die gemeente aansprakelijk gesteld. De ontwikkelaar verweet de gemeente schending van een resultaatverplichting althans zich onvoldoende te hebben ingespannen om de wijziging in de bouwplannen, ten opzichte van een eerder verleende bouwvergunning, mogelijk te maken en vordert een schade van 15 miljoen euro.

De casus

Op 15 juli 2015 vraagt de ontwikkelaar een bouwvergunning aan voor de bouw van een leisurecentrum in Terneuzen, met als gebruiksfuncties een skipiste, sport, grootschalige detailhandel (Intratuin), detailhandel (Intersport), horeca en recreatie. Omdat het bestemmingsplan deze ontwikkeling niet mogelijk maakt, wordt er een vrijstelling als bedoeld in artikel 19 WRO (oud) verleend. Bij besluit van 21 maart 2006 wordt door GS een verklaring van geen bezwaar afgegeven. Kort daarna, op 26 april 2006, laat de ontwikkelaar de gemeente weten dat de vestiging van het leisurecentrum met een tuincentrum en een sportzaak financieel niet haalbaar is. De ontwikkelaar wilde een gewijzigde invulling van de gebruiksfuncties met een supermarkt en mogelijk een Kwantum. De bouw van het centrum start vervolgens in november 2006. Op 1 december 2006 schrijft het college aan de ontwikkelaar:

"Op uw verzoek bevestigen wij u dat de bouwvergunning, door ons verleend op 21 maart 2006 (...) onherroepelijk van kracht is geworden. Tevens delen wij u mede dat wij positief staan ten opzichte van de thans voorgestane, ten opzichte van de verleende bouwvergunning deels gewijzigde, invulling van het leisurecenter en dat wij daar waar nodig medewerking zullen verlenen aan het doorlopen van publiekrechtelijke procedures. Het vorenstaande laat onverlet de publiekrechtelijke verplichtingen van de gemeente Terneuzen en rechten van derden. (...)"

In 2007 wordt het perceel waarop het centrum gerealiseerd wordt gesplitst: het ene appartementsrecht betrof de skihal met horecagelegenheid. Het andere appartementsrecht betrof het gebruik van de bedrijfs-/winkelruimten dat reeds was verkocht aan (thans) CBRE. Daarbij is door de ontwikkelaar een huurgarantie afgegeven aan ING.

De ontwikkelaar heeft vervolgens in 2007 een vrijstellingsverzoek ingediend ex artikel 19 WRO, met enkele nieuwe gebruiksfuncties. Bij besluit

van 28 juni 2007 wordt het verzoek van de ontwikkelaar geweigerd. Wel wilde het college een nieuwe aanvraag in behandeling nemen met dezelfde functies, behoudens de foodcomponent. Het leisurecentrum wordt vervolgens geopend op 1 juli 2008.

Op 28 oktober 2008, naar aanleiding van een gewijzigde aanvraag van de ontwikkelaar ex artikel 19 WRO, vraagt het college om een verklaring van geen bezwaar bij GS. Die verklaring (het is dan nog een voornemen), wordt op 13 januari 2009 geweigerd door GS, met name omdat GS bang is voor 'ontwrichtende gevolgen'. Bij brief van 27 januari 2009 heeft het college aan GS verzocht om die weigering te heroverwegen en gemotiveerd aangegeven dat van ontwrichting geen sprake was. Op 17 maart 2009 reageert GS afwijzend op de aanvraag wegens strijd met de goede ruimtelijke ordening. In de brief van 21 juli 2009 van GS aan het college staat:

"De afgelopen maanden hebben ambtelijk diverse gesprekken plaatsgevonden om te komen tot overeenstemming over de invulling van de ruimtes onder de skihal. (...)

Zoals bij u bekend, is volgens het Omgevingsplan bij dergelijke centra slechts 5% van het totale bruto bebouwde oppervlakte detailhandel toegestaan. (...)

in onze vergadering van 21 juli 2009 [hof: hebben wij] de kaders besproken. (...)

- de verhouding tussen leisure en detailhandel binnen het totaal beschikbare vloeroppervlak dient in de orde te zijn van 80-20, waarbij de detailhandel aan aanwezige leisure gerelateerd dient te zijn (...)"

Op 11 november 2010 heeft de gemeente het bestemmingsplan vastgesteld en de leisurevoorzieningen mogelijk gemaakt binnen de voornoemde kaders. Op 16 december 2010 is de ontwikkelaar failliet gegaan. Het bestemmingsplan is door de Raad van State op 16 november 2011 deels vernietigd. Daarna heeft er in december 2011 een gesprek plaatsgevonden tussen de gemeente en CBRE. Vervolgens vindt er nog correspondentie plaats. Er wordt, gelet op de vernietiging door de Raad van State, door de gemeente verzocht om een nieuw principeverzoek in te dienen, maar de ontwikkelaar stelt zich vervolgens op het standpunt dat hij door het uitblijven van toestemming voor een ruimere invulling van de winkelruimtes schade heeft geleden. Hij stelt de gemeente aansprakelijk voor de gederfde huurinkomsten.

Overwegingen hof

Het hof overweegt dat – in tegenstelling tot het betoog van de ontwikkelaar – de gemeente niet

alleen tot 2009, maar ook daarna, medewerking heeft verleend aan het doorlopen van publiekrechtelijke procedures om de door de ontwikkelaar voorgestane en gewenste wijzigingen ten opzichte van de eerder verleende bouwvergunning mogelijk te maken. In het kader van de vraag of er sprake is van een inspannings- of resultaatsverbintenis overweegt het hof:

“Naar het oordeel van het hof volgt uit de tekst van de brief van 1 december 2006 en de uitleg die partijen daaraan hebben gegeven, bezien tegen de achtergrond van de door de gemeente onweersproken toegelichte totstandkoming daarvan dat B en W een inspanningsverplichting op zich hebben genomen. HRC c.s. heeft niet bestreden dat geen nadere afspraken zijn gemaakt over de invulling van de inspanningsverplichting. Van een garantie van B en W dat medewerking zou worden verleend tot het moment van realisatie, of definitieve duidelijkheid over de onhaalbaarheid van de medio 2006 door ELD voorgestane gewijzigde invulling van leisurecentrum, is dan ook geen sprake. Dat ligt ook niet voor de hand. B en W zijn gebonden aan publiekrechtelijke verplichtingen en afhankelijk van rechten van derden, zoals B en W ook in de brief van 1 december 2006 hebben aangegeven.”

Nu aan de inspanningsverplichting is voldaan, is er geen sprake van enig onrechtmatig handelen aan de zijde van de gemeente. Het hof overweegt in het kader van de inspanningsverplichting dat de gemeente op een constructieve manier heeft getracht tot een positief resultaat te komen met GS. Dat de gemeente geen bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit van GS van 17 maart 2009 betekent dan ook niet dat de gemeente niet zou hebben voldaan aan haar inspanningsverplichting jegens de ontwikkelaar. De omstandigheid dat het 'bestemmingsplan Leisurecentrum' door de Raad van State op 16 november 2011 deels is vernietigd, betekent ook niet dat de gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen. De gemeente had immers een voorbehoud gemaakt ten aanzien van haar publiekrechtelijke verplichtingen en rechten van derden en de ontwikkelaar heeft niet gesteld en inzichtelijk gemaakt dat de reden voor gedeeltelijke vernietiging binnen de invloedssfeer van de gemeente was gelegen.

Commentaar

Het hof kwalificeert de toestemming van het college in de brief van 1 december 2006 – waarin het college zich positief opstelt ten opzichte van de plannen – als een inspanningsverplichting en niet als resultaatsverbintenis. Gelet op de tekst is dat een begrijpelijk oordeel. Dit kan uiteraard anders liggen wanneer de toestemming van het college geen voorbehouden kent en een helder omschreven einddoel bevat. Bovendien: wanneer van de zijde van de gemeente bij de vergunninghouder het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat het plan zoals aangevraagd ook daadwerkelijk verleend kan worden, liggen de kaarten anders. Als dat vertrouwen niet kan worden waargemaakt, is er sprake van maatschappelijke onzorgvuldigheid en is er sprake van een onrechtmatige gedraging. Ook in dit arrest werd nog verwezen naar toezeggingen van een wethouder, maar die 'toezeggingen' konden volgens het hof geen afbreuk doen aan het feit dat er sprake was van een inspanningsverplichting. De crux zit in deze zaak voor een belangrijk deel in de zinsnede 'het vorenstaande laat onverlet de publiekrechtelijke verplichtingen van de gemeente Terneuzen en rechten van derden'. Daaruit leidt het hof af dat een resultaatsverbintenis niet voor de hand ligt. Het hof wijst tevens op het feit dat de ontwikkelaar in 2006 al wist wat vanuit publiekrechtelijk oogpunt wel en niet mogelijk was. Tevens wist de ontwikkelaar in het traject daarna binnen welke kaders de gebruiksfuncties ingevuld konden worden. Dat een bepaald gewenst eindresultaat derhalve niet is behaald, kan de gemeente onder de gegeven omstandigheden niet worden verweten. Dit arrest bevestigt dat het in de praktijk van belang is om voorzichtig te zijn met het wekken van verwachtingen en dat het maken van een voorbehoud noodzakelijk is omdat het positief kunnen bestemmen van een project afhankelijk kan zijn van – zoals in casu – de goedkeuring van derde(n).

Auteurs: mw. mr. E.J. de Koning-Witte en mr. R.J. Boogers, Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel

Noot:

1. Hof 's-Hertogenbosch 2 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018,1.