



KWARTAALBERICHT

Nieuws en publicaties – Juridische kwartaalberichten

Metafoor Ruimtelijke Ontwikkeling

Juni 2018

Inhoudsopgave

Introductie	3
1. De exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst, gefixeerd of toch niet?	4
2. Voorwaardelijke verplichting in de anterieure exploitatieovereenkomst	7
3. De 'marginale toetsing' door de bestuursrechter anno 2018	11

Introductie

In 2017 zijn we gestart met juridische kwartaalberichten. Uit contacten met meerdere van onze opdrachtgevers uit de private sector bleek dat juridische berichtgeving over actualiteiten in gebiedsontwikkeling wordt gemist, met name op het vlak van grondexploitatie en kostenverhaal. Er zijn allerlei nieuwsbrieven die voorzien in actualiteiten in het omgevingsrecht en ook wel in het vastgoedrecht. Daarmee wordt echter toch niet het geheel van gebiedsontwikkeling gedekt. In eerste instantie was het onze bedoeling met de kwartaalberichten te voorzien in informatie voor private partijen. Al snel werd duidelijk dat er een behoefte was de berichtgeving te verbreden omdat vanuit gemeentelijke organisaties ook de nodige interesse voor ons kwartaalbericht bleek te bestaan. Met ingang van het kwartaalbericht van september 2017 is die verbreding doorgevoerd.

In dit derde kwartaalbericht van 2018 zullen drie onderwerpen behandeld worden. Het eerste artikel zal ingaan op de vraag of een afgesproken exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst in die zin gefixeerd is dat er geen verrekening volgt als achteraf zou blijken dat de kosten de opbrengsten overstijgen. Het tweede artikel gaat over de voorwaardelijke verplichting in de anterieure exploitatieovereenkomst. Hierbij wordt gekeken in hoeverre het gebruik van die voorwaardelijke verplichting juridisch houdbaar is. Het laatste artikel zal ingaan op de Maastrichtse school, een stroming in juridisch Nederland van juristen die een scherp onderscheid maken tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Hierbij zal worden ingegaan op het begrip marginale toetsing.

Indien u nadere informatie of een geheel vrijblijvend kennismakingsgesprek wenst, kunt u contact opnemen met onze juridisch adviseur Evert Jan van Baardewijk.

Contactgegevens Evert Jan van Baardewijk

Telefoonnummer: 06 239 915 73

E-mailadres: evertjan.van.baardewijk@metafoor.nl

Wilt u meer informatie?

Voor meer informatie kunt u terecht op www.metafoorro.nl.

1. De exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst, gefixeerd of toch niet?

Door Evert Jan van Baardewijk

De rechtbank Den Haag¹ deed recent een uitspraak over een posterieure overeenkomst in een zaak van de gemeente Westland tegen een ontwikkelaar. Kern is de vraag of een afgesproken exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst in die zin gefixeerd is dat er geen verrekening volgt als achteraf zou blijken dat de kosten de opbrengsten overstijgen. De rechtbank gaat ervan uit dat, nu er geen bepaling over verrekening is opgenomen in de overeenkomst, de bijdrage vast is en dat deze niet in aanmerking komt voor verrekening. Gevolg daarvan is dat de betaling niet uitgesteld kan worden totdat blijkt welk bedrag uit een eindafrekening zou volgen. Zo'n uitstel was namelijk de inzet van de ontwikkelaar.

De kwestie

De gemeente Westland en Hoogeland Vastgoed (de ontwikkelaar) hebben een posterieure overeenkomst gesloten over de ontwikkeling van een locatie binnen het exploitatieplan Hoogeland Deelgebied II.

Hoogeland wil deelgebied 2B tot ontwikkeling willen brengen ten behoeve van de bouw van een aantal woningen.

Over de betaling van de exploitatiebijdrage rijst tussen partijen een geschil. Afgesproken is dat de bijdrage in termijnen wordt betaald. Nadat de ontwikkelaar de eerste termijn heeft betaald blijven twee volgende termijnen onbetaald. De ontwikkelaar heeft aangegeven niet tijdig aan de betalingsplicht te kunnen voldoen. Uit de correspondentie blijkt dat de ontwikkelaar bezig is geweest een herfinanciering voor het project c.q. de gronden te krijgen om daaruit de eerstvolgende betalingstermijn te kunnen voldoen. Vanwege tijdsverloop verstuurt de gemeente de factuur voor de derde termijn.

Daarna blijkt bericht de ontwikkelaar dat ze de stukken nog eens op een rijtje heeft gezet en tot de conclusie is gekomen dat het betalen van de bijdrage niet kan plaatsvinden totdat er een eindafrekening is en de gemeente haar volledige duidelijkheid geeft over de definitieve exploitatieopzet.

Tussen partijen is met name in geschil of de gemeente onverkort aanspraak kan maken op de in de posterieure overeenkomst opgenomen exploitatiebijdrage, indien achteraf is gebleken dat de aan het project verbonden kosten de opbrengsten hebben overstegen.

De gemeente beroept zich bij haar aanspraak op de bijdrage op de Handreiking Grondexploitatiewet. De ontwikkelaar beroept zich op artikel 6.16 Wro en de wetgeschiedenis dat een particuliere eigenaar niet geconfronteerd kan worden met een tekort en stelt dat de overeenkomst nietig is.

Overwegingen en oordeel van de rechtbank

De rechtbank gaat de Handreiking Grondexploitatiewet na en betreft hoofdstuk 7, paragraaf 2 in haar overwegingen. De auteurs gaan daar uit van het fixeren van de bijdrage en noemen als voordeel daarvan voor een particuliere eigenaar dat deze niet meer geconfronteerd kan worden met een hogere bijdrage als bij een herziening van het exploitatieplan later zou blijken dat de kosten hoger uitvallen. Zij gaan uit van een vast bedrag, tenzij ze afspreken dat de hoogte van de bijdrage volgt uit het herziene exploitatieplan. Dat kan eventueel in een afrekenbeding overeen worden gekomen. De

¹ De uitspraak is van 21 maart 2018, gepubliceerd op 22 mei 2018. ECLI:NL:RBDHA:2018:5140.

rechtbank acht dit voldoende onderbouwing voor de gemeentelijke stelling dat de opgenomen bijdrage in beginsel gefixeerd is.

Het geschil spitst zich toe op de beantwoording van de vraag of het uitgangspunt van fixatie meebrengt dat, wanneer (zoals hier) geen eindafrekening is overeengekomen, niet van de overeengekomen exploitatiebijdrage kan worden afgeweken. De rechtbank is van oordeel dat niet van de bijdrage kan worden afgeweken. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend.

De stelling van de ontwikkelaar dat uit artikel 6.16 Wro en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis anders zou moeten worden afgeleid, volgt de rechtbank niet. Dit artikel ziet immers op de kosten en opbrengsten zoals vastgesteld in het exploitatieplan. Alleen als op dat moment de kosten de opbrengsten overstijgen, geldt dat de gemeente de kosten slechts kan verhalen tot maximaal het bedrag van de opbrengsten. Deze situatie is hier niet aan de orde. Op het moment van het vaststellen van het exploitatieplan overstegen de kosten de opbrengsten immers niet en niet in geschil is dat de posterieure overeenkomst met het exploitatieplan in overeenstemming is.

De rechtbank ziet ook geen of onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling van de ontwikkelaar dat artikel 6.16 Wro ook geldt voor een individueel perceel, indien het project achteraf – zoals in dit geval volgens Hoogeland Vastgoed – niet rendabel blijkt te zijn geweest.

Van strijdigheid met de in de Wro opgenomen verhaalsystematiek is geen sprake en het uiteindelijke negatieve exploitatieresultaat dient, bij gebreke van een afrekenbeding in de overeenkomst, hoe dan ook voor rekening van de ontwikkelaar te komen.

De ontwikkelaar heeft in dit verband aangevoerd dat het exploitatietekort met name hiervan het gevolg is dat in het exploitatieplan met een onjuiste inbrengwaarde van de gronden is gerekend. De rechtbank oordeelt dat dit – of de stelling over inbrengwaarden nu waar is of niet - aan het voorgaande niet kan afdoen. Het exploitatieplan is onherroepelijk is geworden en heeft formele rechtskracht. Daarom moet van de rechtmatigheid van het exploitatieplan worden uitgegaan. De rechtbank overweegt daarbij ook dat de ontwikkelaar als ervaren partij er zelf voor heeft gekozen om met de gemeente een posterieure overeenkomst te sluiten overeenkomstig het exploitatieplan en de daarin opgenomen exploitatiebijdrage. De ontwikkelaar was hiertoe niet verplicht

De rechtbank passeert het verweer dat de overeenkomst, voor zover de verhaalbare kosten de opbrengsten van de ontwikkeling overstijgen, nietig is en concludeert dat de ontwikkelaar de resterende betalingsverplichtingen moet voldoen met de contractueel bepaalde rente.

Beoordeling en belang

De figuur van de posterieure overeenkomst is geregeld in artikel 6.24 lid 2 Wro. Daar is bepaald het exploitatieplan in acht genomen wordt. Dat betekent dat uitgegaan moet worden van het bedrag dat volgt uit (de vigerende herziening van) het exploitatieplan. Dat wil niet zeggen dat het verboden is qua bedrag aan te sluiten bij herzieningen van het exploitatieplan of ook een verrekenbepaling op te nemen die aansluit bij artikel 6.20 Wro over de (eind)afrekening. Zo is er ruimte om te bepalen dat, als een vergunning niet wordt aangevraagd onder de herziening zoals die vigeert tijdens de ondertekening van de overeenkomst, maar op een later moment de bijdrage wordt vastgesteld op het bedrag dat voortvloeit uit de dan vigerende herziening. Immers, ook dan wordt het exploitatieplan in acht genomen. En als er later wordt verrekend op basis van werkelijke kosten, is het bedrag na verrekening nog steeds in lijn met het exploitatieplan, al is het dan in feite de laatste herziening van het exploitatieplan. In die zin sluit ik me aan bij de redenering van de Handreiking Grondexploitatiewet. Ik begrijp alleen niet waarom de rechtbank op die handreiking afgaat. In feite kiest de rechtbank een indirecte route, terwijl ze dit zelf uit de wettekst had kunnen afleiden. Hoe dan ook, het resultaat zou hetzelfde zijn.

Opmerkelijk zijn de redeneringen van de ontwikkelaar. Ik acht die vergezocht. Het is evident dat artikel 6.16 Wro niets met deze kwestie te maken kan hebben. Het is verder bevreemdend om te constateren dat de ontwikkelaar stelt dat de overeenkomst nietig is omdat artikel 6.16 er geen toepassing in heeft gekregen. De ontwikkelaar heeft hiermee haar hand zwaar overspeeld.

De uitkomst van deze rechtszaak is duidelijk. Het is op zich niet nodig in de overeenkomst expliciet te maken dat er geen verrekening geldt bij wijze van eindafrekening. Toch kan het geen kwaad dit wel expliciet te maken (tenzij partijen natuurlijk bewust wel zo'n verrekening willen). Beter duidelijkheid ten overvloede dan een spoortje interpretatieruimte over te laten waar dan vervolgens in wig in gezet kan worden.

2. Voorwaardelijke verplichting in de anterieure exploitatieovereenkomst

Door Perihan Ürper

In bestemmingsplannen kunnen regels worden opgenomen die verplichten tot het uitvoeren van bepaalde maatregelen alvorens een nieuwe ontwikkeling tot stand kan worden gebracht. Dat worden voorwaardelijke plichten genoemd. Vaak willen gemeenten zulke plichten ook in anterieure exploitatieovereenkomsten opnemen. Het wordt dan gezien als de “privaatrechtelijke uitwerking” van de voorwaardelijke verplichting, of als een reminder.

Hierbij is de vraag of dit juridisch houdbaar is. Eerst zal ik ingaan op de voorwaardelijke verplichting met name de achtergrond ervan om vervolgens een antwoord te geven op de vraag in hoeverre een voorwaardelijke verplichting die in de voorschriften van een bestemmingsplan zijn opgenomen in de anterieure overeenkomst juridisch houdbaar is. Ook behandel ik de vraag of het zinvol is een dergelijke bepaling in de anterieure overeenkomst op te nemen wetende dat de voorwaardelijke verplichting via de publiekrechtelijke weg is ondervangen.

Bestemmingsplan

Beleidsmatig bezien vervult het bestemmingsplan verschillende functies: planningsfuncties, ontwikkelingsfuncties en normeringsfunctie.² Voor dit artikel is vooral de normeringsfunctie van belang. Dit houdt in dat het bestemmingsplan als toetsingskader functioneert voor bouwplannen (via de omgevingsvergunning voor het bouwen) en soms voor andere werken of werkzaamheden (waar ook omgevingsvergunningen voor nodig zijn). Daarnaast kunnen regels voor het gebruik van gronden en opstallen in een bestemmingsplan worden opgenomen. De normeringsfunctie houdt dan ook in dat het plan voor burger en overheid verbindend is (de regels en de verbeelding).³ In artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo is het zogenoemde algemene gebruiksvoorschrift voorgeschreven. In dat artikel is bepaald dat het verboden is zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit: (...) *het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, (...).*⁴

In een bestemmingsplan worden bestemmingen van gronden aangewezen voor een bepaald gebied binnen de gemeentegrenzen. Het bestemmingsplan bestaat uit regels waarin de bestemmingen worden omschreven waarbij per bestemming het doel of de doeleinden worden genoemd, die aan de gronden worden toegekend. Het bevat ook regels omtrent het gebruik van de gronden en van de zich daarop bevindende bouwwerken.⁵ De zogenaamde planregels: bouw- en gebruiksregels. Deze regels kunnen tevens strekken ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de opgenomen bestemmingen.

² J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 9^e druk, 2014, Kluwer: Deventer, ISBN 978-90-13-11251-1, p. 24.

³ J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 9^e druk, 2014, Kluwer: Deventer, ISBN 978-90-13-11251-1, p. 24.

⁴ P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 9^e druk, 2014, Kluwer: Deventer, ISBN 978-90-13-11251-1, p. 24.

⁵ P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 9^e druk, 2014, Kluwer: Deventer, ISBN 978-90-13-11251-1, p. 24.

Kort samengevat komt het erop neer dat een bestemmingsplan regels stelt omtrent wat er kan worden gebouwd en aangelegd. De regels in het bestemmingsplan kunnen behoorlijk gedetailleerd voorschrijven hoe bijvoorbeeld een gebouw er uit moet zien als het wordt gebouwd. Deze regels zijn verbindend en er mag niet van worden afgeweken als er wordt gebouwd. Wanneer alsnog in strijd met de regels wordt gebouwd, kan door het bestuursorgaan handhavend worden opgetreden.

Voorwaardelijke verplichting

Er zijn echter ook situaties dat de realisatie van een gebouw alleen aanvaardbaar is, indien ook andere maatregelen in de directe omgeving worden getroffen. Hiermee zijn we beland bij ons onderwerp: *voorwaardelijke verplichting*.

Een voorwaardelijke verplichting is een planregel die verplicht tot het uitvoeren van bepaalde maatregelen alvorens een nieuwe ontwikkeling tot stand kan worden gebracht. Deze maatregelen zijn veelal nodig om de nieuwe ontwikkeling ruimtelijk aanvaardbaar te laten zijn. Dit staat in principe haaks op het uitgangspunt dat een bestemmingsplan een bepaald gebruik en daarvoor functionele bebouwing kan toestaan, maar geen verplichtingen om een handeling ter realisering van de bestemming te verrichten. Maar volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) mag (onder omstandigheden) het benutten van gebruiks- of bebouwingsmogelijkheden wel afhankelijk worden gemaakt van het vervullen van een voorwaarde.⁶ Zoals de regel dat een bepaald bouwwerk pas mag worden opgericht als eerst een ander bouwwerk is gesloopt. Of bijvoorbeeld de plicht om een watergang te verbreden als er een extra woning wordt gerealiseerd.

Sinds vorenbedoelde uitspraak is het gebruikelijk om voorwaardelijke verplichtingen in de voorschriften op te nemen met de voorwaarde dat de benodigde maatregelen vooraf moeten worden uitgevoerd. Uit de uitspraak van 27 maart 2013⁷ volgt dat het ook mogelijk is om een voorwaardelijke verplichting op te nemen die pas achteraf hoeft te worden gerealiseerd. De Afdeling overweegt in deze zaak dat in het besluit tot vaststelling van het plan in afwijking van de zienswijzennota gekozen is om een specifieke gebruiksregel op te nemen die voorziet in de verplichting tot uitvoering van het Inrichtings-en beheerplan binnen twee jaren na verlening van de omgevingsvergunning voor het woongebouw. De Afdeling is van oordeel dat artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening de grondslag biedt voor een gebruiksregel waarin een dergelijke voorwaardelijke verplichting is opgenomen.

Anterieure overeenkomst

Zoals eerder opgemerkt, komt het vaak voor dat de gemeente naast het opnemen van een voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan, deze ook wil opnemen in de anterieure overeenkomst. Bijvoorbeeld: ter verbetering van de kwaliteit van het landschap is de initiatiefnemer verplicht uitvoering te geven aan het door hem opgesteld en ter goedkeuring voorgelegd inrichtingsplan, zoals deze nader in de voorwaardelijke verplichting van het bestemmingsplan is bepaald. Deze bepaling uit de overeenkomst is puur bedoeld als reminder. Maar er zijn ook bepalingen waar een sanctie aan verbonden is, zodat er privaatrechtelijk opgetreden kan worden.

⁶ Uitspraak van 22 maart 2006 (nummer 200502510/1, Bedrijventerrein Linderveld. In deze uitspraak kwam de Afdeling voor het eerst met de voorwaardelijke verplichting. Vanwege het feit dat voor bestemmingsplannen geen wettelijke bepalingen bestonden die de ontwikkelende partij konden dwingen tot uitvoering van bepaalde maatregelen om de beoogde ontwikkeling ruimtelijk/milieutechnisch verantwoord te realiseren, heeft de Afdeling overwogen de uitvoering daarvan als voorwaardelijke verplichting in de voorschriften van een bestemmingsplan op te nemen.

⁷ ECLI:NL:RVS:2013:BZ7514.

Volgens vaste jurisprudentie⁸ biedt echter de situatie dat er alleen een civielrechtelijke overeenkomst tussen de gemeente en de eigenaar van gronden is met daarin een voorwaardelijke plicht onvoldoende zekerheid dat de benodigde voorziening ook daadwerkelijk zal worden gerealiseerd. Daarnaast De Afdeling is van oordeel dat wanneer de raad realisering van de voorziening noodzakelijk acht in het kader van een goede ruimtelijke ordening en het gemeentebestuur het niet zelf in zijn macht heeft de noodzakelijke maatregelen te treffen, is het opnemen van een voorwaardelijke verplichting in de planregels nodig.

Dit komt erop neer dat wanneer de noodzakelijke maatregelen niet anderszins gewaarborgd kunnen worden in het publiekrechtelijke spoor of dat het gemeentebestuur het daadwerkelijk niet in zijn macht heeft deze maatregelen te treffen, het nodig is deze als voorwaardelijke verplichting in de planregels op te nemen. Betekent dit dan ook dat wanneer de voorwaardelijke verplichting in de anterieure overeenkomst is opgenomen, deze een complementaire werking heeft of is hier sprake van doorkruising van het publiekrechtelijke spoor? Voordat deze vraag kan worden beantwoord, dient men voor ogen te houden dat wanneer een voorwaardelijke verplichting in de planregels is opgenomen, de gemeente publiekrechtelijk kan handhaven indien de initiatiefnemer/ontwikkelaar bij en/of na het realiseren van het project niet voldoet aan de voorwaardelijke verplichting.

Naar mijn idee kan een overeenkomst in een dergelijke situatie alleen een aanvullende werking hebben. Met andere woorden: een uitwerking van de voorwaardelijke verplichting zonder de publiekrechtelijke waarborgen aan te tasten.

Een overeenkomst waarin de voorwaardelijke verplichting is opgenomen, is naar mijn mening enkel mogelijk als er geen ruimtelijke belangen van derden spelen. Indien wel mogelijke ruimtelijke belangen van derden in het geding zijn, dan is een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente (meestal) niet het juiste instrument om het gewenste doel te bereiken. Derden kunnen namelijk een zienswijze indienen tegen het vast te stellen bestemmingsplan en vervolgens beroep instellen tegen het vastgestelde bestemmingsplan. Zo is het denkbaar dat derden aanvoeren dat het bestemmingsplan niet voldoet aan een goede ruimtelijke ordening, bijvoorbeeld omdat hun belangen ten aanzien van het milieu, een afscherming van zicht of geluid of ten aanzien van het verkeer niet of onvoldoende zijn gewaarborgd in het bestemmingsplan en er dus geen sprake is van een goed woon- en leefklimaat. Wanneer de gemeente tot het oordeel komt dat de betreffende derde met zijn zienswijze of beroep gelijk heeft, moet de gemeente niet 'klem' komen te zitten vanwege de formulering van een voorwaardelijke plicht in de overeenkomst. Op zijn minst zou de formulering van die plicht in de overeenkomst dus ruimte moeten laten voor aanpassing wanneer de gemeente de zienswijze of het beroep gegrond acht.

Conclusie

In bestemmingsplannen mogen in beginsel enkel verbodsbepalingen worden opgenomen. Een bestemmingsplan bevat geen verplichtingen om een handeling ter realisering van de bestemming te verrichten. Gelet op de jurisprudentie is het echter mogelijk om in een bestemmingsplan te bepalen dat het gebruik van een perceel conform het bestemmingsplan alleen is toegestaan indien de in het bestemmingsplan opgenomen voorwaarde is vervuld.

⁸ 5 augustus 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:2517](#).

Met andere woorden: het benutten van gebruiks- of bebouwingsmogelijkheden mogen afhankelijk worden gemaakt van het vervullen van een voorwaarde. Dit dient dan ook te geschieden vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening.

Bij het uitvoeren van een project, denk aan een bedrijventerrein of woongebied, komt het in de gemeentelijke praktijk vaak voor dat voorwaardelijke verplichtingen in een bestemmingsplan ook in anterieure overeenkomsten als “stok achter de deur” worden opgenomen. De voorwaardelijke verplichting in de anterieure overeenkomst wordt dan gezien als de “privaatrechtelijke uitwerking” van de voorwaardelijke verplichting, of als een reminder.

In dit geval lijkt het mij op zijn plaats de betreffende bepaling zodanig te formuleren dat wanneer naar aanleiding van een geslaagd beroep, deze bepaling niet zijn werking verliest. Hierbij kan gedacht worden de in de overeenkomst opgenomen bepaling zodanig te formuleren dat het ruimte laat achteraf aan te passen en/of als ontbindende voorwaarde in de overeenkomst op te nemen.

3. De ‘marginale toetsing’ door de bestuursrechter anno 2018

Door Hans van der Noord

De “Maastrichtse school” is een stroming in juridisch Nederland van juristen die een scherp onderscheid maken tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Veel van deze auteurs waren of zijn – zoals de naam reeds aangeeft – verbonden aan de Universiteit Maastricht. Eén van de belangrijkste grondleggers van de “Maastrichtse school” is Prof. A.Q.C. (Twan) Tak.

De “Maastrichtse School” volgt de overheid en haar bevoegdheden zeer kritisch. Volgens de leden van de school is de mens het fundament van het recht en de menselijke gelijkwaardigheid de maatstaf van dat recht.⁹

In de eerste druk van zijn standaardwerk *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (2002) concludeerde Prof. A.Q.C. Tak onder meer dat het systeem van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid alarmerende vormen heeft aangenomen. Met name de Raad van State moest het hierbij ontgelden: wie eerst de regering adviseert over wetgeving, kan daarna niet meer goed ook als rechter optreden.¹⁰

Van belang hierbij is, dat de wetgever vaak nogal ruim omschreven bevoegdheden heeft gegeven aan bestuursorganen. Bijvoorbeeld bij de vaststelling van plannen, zoals bestemmingsplannen.¹¹ De klassieke aanduiding voor de keuzevrijheid waarvan dus vaak sprake is, is die van discretionaire bevoegdheden.¹²

Er wordt hierbij gesproken van ‘beoordelingsvrijheid’¹³ en van ‘beleidsvrijheid’¹⁴ bij het invullen van de discretionaire bevoegdheden. Het verschil tussen tussen deze beide begrippen is in het kort: dat ‘beoordelingsvrijheid’ van toepassing is als er sprake is van het moeten uitleggen van een ‘vage term’ in een wettekst die het bestuursorgaan dient te beoordelen en uit te leggen (een voorbeeld is de beoordeling en uitleg van het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’). Van ‘beleidsvrijheid’ is sprake indien het bestuursorgaan vrij is om al dan niet van een bevoegdheid gebruik te maken; in de wettekst wordt dan gebruik gemaakt van de woorden ‘kan’ en ‘is bevoegd’ om aan te geven dat er sprake is van beleidsvrijheid.¹⁵

De ‘marginale toetsing’ waartoe de rechter zich moet beperken in geval van beoordelings- of beleidsvrijheid betreft de beslissingsvrijheid die wet en recht aan het bestuur over laten.¹⁶ Mr. T. Barkhuysen en mr. K. Rahimian hebben dat in hun artikel “De Afdeling neemt afscheid van het begrip

⁹ Bron: www.wikipedia.nl d.d. 27 juni 2018.

¹⁰ Tak, A.Q.C., *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (deel 1, 's-Gravenhage 2002). In de weergegeven alinea is de kern van de kritiek van Professor A.Q.C. Tak weergegeven.

¹¹ Wijk, H.D. van, W. Konijnveld, en R.M. van. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht* ('s-Gravenhage 1999) 176. Dit boek wordt vaak kortweg aangeduid als ‘Konijnveld’.

¹² Damen, E.A., *Bestuursrecht 1* (Den Haag 2009) 314: “Een discretionaire bevoegdheid is in het Nederlandse bestuursrecht een bevoegdheid die een bestuursorgaan in meer of mindere mate de vrijheid toekent om in concrete gevallen naar eigen inzicht een besluit te nemen”. (Bron: [Wikipedia](http://www.wikipedia.nl) d.d. 27 juni 2018).

¹³ Beoordelingsvrijheid is “als het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit vrij is om te beoordelen of aan de in de wet genoemde voorwaarden is voldaan. De rechter toetst de uitoefening van een bevoegdheid waarbij sprake is van beoordelingsvrijheid marginaal. In de regel vraagt hij zich dan af of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen”. “In de wettekst moeten ‘vage termen’ zijn opgenomen, wil men kunnen spreken van beoordelingsvrijheid”. Ontleend aan Damen, E.A., *Bestuursrecht 1* (Den Haag 2009) 316. (Bron: www.wikipedia.nl d.d. 27 juni 2018).

¹⁴ Beleidsvrijheid is dat het bestuursorgaan vrij is om al dan niet van een bevoegdheid gebruik te maken; in de wettekst wordt dan gebruik gemaakt van de woorden ‘kan’ en ‘is bevoegd’ om aan te geven dat er sprake is van beleidsvrijheid.

¹⁵ Damen, E.A., *Bestuursrecht 1* (Den Haag 2009) 316.

¹⁶ Wijk, H.D. van, W. Konijnveld, en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht* ('s-Gravenhage 1999) 185.

marginale toetsing: een nieuwe stap richting meer rechtsbescherming”, zoals verschenen op de website Omgevingsweb van 11 mei 2018, als volgt verwoord:

“Van oudsher is betoogd dat, indien de democratisch gelegitimeerde wetgever bewust beoordelings- en/of beleidsvrijheid toekent aan een bestuursorgaan en dus zelf terugtreedt, de ondemocratisch benoemde bestuursrechter het bestreden besluit in dat geval marginaal (terughoudend) moet toetsen. Al zijn er andere, in de ogen van de bestuursrechter ‘betere’ besluiten mogelijk, dan nog stelt de bestuursrechter zich terughoudend op. De bestuursrechter is in dit soort geschillen geen scheidsrechter, maar een grensrechter. Alleen indien de bestuursrechter van oordeel is dat geen redelijk bestuursorgaan in de gegeven omstandigheden tot het bestreden besluit had kunnen komen, grijpt hij in.”

Reeds in het eerder genoemde boek van Prof. A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (2002) heeft deze grondlegger van de hiervoor genoemde “Maastrichtse School” kritiek geleverd op de heersende opvatting dat een rechter niet mag treden in het ‘vrije bestuur’ zoals dat door de wetgever aan bestuursorganen is toevertrouwd.¹⁷ Prof. Tak schrijft:

“Deze opvatting is zowel onbegrijpelijk als onzuiver. Zij is onbegrijpelijk in het licht van de rechtelijke plicht om alle besluiten te toetsen op hun verenigbaarheid met het recht: alleen het recht, maar wel geheel het recht. Het is ook strijdig met de rechterlijke functie om niet te toetsen aan het recht, of als het ware maar “een beetje” recht toe te passen (en “heel veel” dus niet). Mij zijn ook geen uitspraken bekend die daar zo uiting aan geven. Wel zijn mij uitspraken bekend, waarbij de rechter niet gauw aanneemt dat sprake is van rechtskennis, maar dat is niets bijzonders. Zo kan maximale zorgvuldigheid of motivering wel nooit van enig mens of menselijk bestuur worden gevergd, en maximale rechtvaardigheid botst met maximale rechtszekerheid, enz. Het juiste evenwicht hier te vinden, is nu juist de taak van de rechter: aldus stelt hij vast wat recht is in concreto. Maar het gaat niet aan dat hij recht in abstracto terzijde zou schuiven als niet toepasbaar, om andere reden dan wegens de prevalerende toepasselijkheid van ander recht.

In de beruchte discussies om marginale toetsing, beoordelingsvrijheid, beleidsvrijheid, beoordelingsruimte e.t.q. is in wezen nooit iets anders aan de orde dan de vraag, of de rechter lichtvaardig over moet gaan op de conclusie dat sprake is van schending van het recht; niet de vraag, of de rechter wel aan het recht zou mogen toetsen. Dat hij daarbij in mijn ogen veel en veel te terughoudend is geworden sedert rechtspraak als ‘Praxis en Maxis’¹⁸, is een geheel andere kwestie, waar elders op wordt ingegaan.”¹⁹

In het jaarverslag van de Raad van State over 2017 is gemeld, dat de bestuursrechters meer indringend zijn gaan toetsen.²⁰ Reeds in het jaarverslag van de Raad van State over 2015 werd verwoord dat in uitspraken niet meer zuiver marginaal werd getoetst; genoemd worden de uitspraken in het Alcoholslotproces van 4 maart 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:1622, zaaknummer 201400944/1/A1) en m.b.t. de Gaswinning Groningen van 18 november 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3578, zaaknummer 201501544/1/A4). Dit heeft er mede toe geleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is afgestapt van het gebruik van de term ‘marginale toetsing’.²¹ Deze term suggereerde volgens de Raad van State een “te vrijblijvende opstelling van de rechter”.²² De termen ‘beoordelingsvrijheid’ en ‘beleidsvrijheid’ zijn mede daarom vervangen door de termen ‘beoordelingsruimte’ en ‘beleidsruimte’, met als overkoepelende term ‘beslissingsruimte’. De sinds jaar en dag gebruikte term ‘vrijheid’ wordt niet meer gebruikt in dit verband omdat deze verwarrend kan zijn, en geen enkel gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid is geheel vrij, maar is steeds gebonden aan de regels van het recht.²³

Het leek ons van belang om in dit artikel op het genoemde afscheid van het begrip ‘marginale toetsing’ te wijzen. Indien hierdoor de rechtsbescherming van de burger wordt verbeterd is dit zeer positief. Het is mijns inziens van belang dat juristen en niet-juristen bij toekomstige rechtsprocedures

¹⁷ Tak, A.Q.C., *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (deel 1, 's-Gravenhage 2002) 315.

¹⁸ “Maxis Praxis uitspraak” van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State d.d. 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153. Deze uitspraak is van belang voor de uitleg van evenredigheidsbeginsel (zie: artikel 3:4, lid 2 Awb). Het evenredigheidsbeginsel werd zeer terughoudend toegepast vanuit de gedachte dat de rechter niet op de stoel van de wetgever en het bestuur moet gaan zitten door de belangenafweging als vervat in wetten en besluiten te beoordelen. Sinds kort wint de toepassing van het evenredigheidsbeginsel veld. (Ontleend aan het artikel “De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht” van T. Barkhuysen op de website Omgevingsweb van 28 februari 2018, eerder verschenen in NJB 2018/445, afl. 9).

¹⁹ Tak, A.Q.C., *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* (deel 1, 's-Gravenhage 2002) 316.

²⁰ Jaarverslag Raad van State 2017 61.

²¹ Jaarverslag Raad van State 2017 61.

²² Jaarverslag Raad van State 2017 61.

²³ Jaarverslag Raad van State 2017 61

en rechtszittingen rekening houden met de nieuwe nuances inzake de benadering van de beoordelingsruimte en beleidsruimte in het bestuursrecht. Het lijkt er op, dat de ideeën van de “Maastrichtse school” zo meer ingang hebben gevonden in de rechtspraak, ook bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Mr. T. Barkhuysen en mr. K. Rahimian hebben in hun artikel “De Afdeling neemt afscheid van het begrip marginale toetsing: een nieuwe stap richting meer rechtsbescherming” op de website Omgevingsweb van 11 mei 2018 dit als volgt verwoord:

“Het valt toe te juichen dat de Afdeling de term ‘marginale toetsing’ niet meer gebruikt. Deze term suggereert immers ten onrechte dat de rechter slechts minimale rechtsbescherming biedt of slechts terughoudend aan het recht toetst. Het loslaten van dit begrip kan daarmee een signaal vormen naar lagere rechters, maar ook naar bestuursorganen, dat de rechter steeds effectieve rechtsbescherming moet bieden. Tegelijk moet er voor worden gewaakt dat het blijft bij semantiek en er in de feitelijke toetsing niets verandert.”

In een vervolgartikel willen wij nog terugkomen in ontwikkelingen en veranderingen in het bestuursrecht die mijns inziens met de andere juridische kijk op de ‘marginale toetsing’, en met de toename van het belang van het ‘evenredigheidsbeginsel’ in het bestuursrecht verband houden, zoals de ‘exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften’²⁴ en de rechtsbeoordeling van zogenoemde ‘schaarse vergunningen’²⁵ (in met name het ruimtelijke ordeningsrecht, en bij Wabo-omgevingsvergunningen et cetera).

Van belang is dat in het Omgevingsplan volgens de nieuwe Omgevingswet veel bestuurlijke afwegingsruimte (beoordelingsruimte en beleidsruimte) is opgenomen en dat daarbij de bovenstaande discussie over de ‘marginale toetsing al dan niet’ noch belangrijker wordt dan deze nu al is. (Vandaar dat door de Vereniging Voor Milieurecht, de VMR, onlangs een studiemiddag werd georganiseerd met als onderwerp “De bestuurlijke afwegingsruimte voor het Omgevingsplan in de praktijk”²⁶). De ideeën van de “Maastrichtse school” kunnen ons daarbij van dienst zijn.

Een correctie met betrekking tot de ideeën van de “Maastrichtse school” kan wellicht worden gevonden in een betere doordinking van het zogenoemde ‘sovereiniteitsbegrip’²⁷, over de grondslag van het overheidsgezag van de (Nederlandse) staat. Dit aspect willen wij graag ook behandelen in het hiervoor reeds genoemde vervolgartikel. Wordt vervolgd.

²⁴ Belangrijk hierbij is de Conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven over exceptieve toetsing. ECLI:NL:RVS:2017:3557 d.d. 22 december 2017.

²⁵ Belangrijk hierbij is de Conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven m.b.t. schaarse vergunningen ECLI:NL:RVS:2016:1421 d.d. 25 mei 2016.

²⁶ Studiebijeenkomst van de Vereniging Voor Milieurecht (VMR) d.d. 12 april 2018 “De bestuurlijke afwegingsruimte voor het Omgevingsplan in de praktijk”.

²⁷ Van belang is om hier te onderscheiden tussen het ‘externe soevereiniteitsbegrip’, dat vooral gaat over de verhouding tussen de diverse staten en landen, en dus belangrijk is in het internationaal recht, en het ‘interne soevereiniteitsbegrip’, dat gaat over de grondslag van het overheidsgezag in de Nederlandse staat. Maar daarover meer in het vervolgartikel.



Copyright en disclaimer:

Deze publicatie is een uitgave van Metafoor Ruimtelijke Ontwikkeling B.V. De in deze publicatie gepresenteerde visie is gebaseerd op gegevens uit door ons betrouwbaar geachte bronnen die worden genoemd in de verantwoording. Deze bronnen zijn zorgvuldig in onze analyse verwerkt. Metafoor Ruimtelijke Ontwikkeling aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor het geval dat de in deze publicatie neergelegde gegevens, prognoses en analyses onjuistheden bevatten, noch voor eventuele type fouten of onvolledigheden. Het betreft verstrekte informatie die aan veranderingen onderhevig is, er kunnen derhalve geen rechten aan worden ontleend.

Uit deze publicatie mag worden geciteerd onder vermelding van bron.