Gemeente Huizen Graaf Wichman 10, 1276 KB Huizen Postbus 5, 1270 AA Huizen
T 14 035 F (035) 528 14 15 E gemeente@huizen.nl www.huizen.nl

Doniger Urban Developments B.V.
Mevrouw A. van den Berg
IJsselmeerstraat 314
1271 GE HUIZEN

Onderwerp: verzoek juridisch advies
d.d. 19 september 2022 'Houthoff'

Huizen:

Uw brief van: 11 oktober 2022

Nummer: z.249703
D.1422499

VERZONDEN 31 OKT. 2022

Uw kenmerk:

Bijlagen: 1

Bij beantwoording van deze brief, graag datum, nummer en onderwerp vermelden.

Geachte mevrouw Van den Berg,

Op 11 oktober jl. ontvingen wij uw brief waarin u ons verzoekt het juridisch advies van bureau Houthoff van 19 september 2022 te verstrekken (het addendum heeft u al in bezit). In uw brief geeft u aan de kaders (het Advies) nodig te hebben om te kunnen beoordelen wat dit betekent voor de uitvoerbaarheid en risico's van de uitplaatsing in relatie tot het woningbouwplan op de huidige "Coronel-locatie". Alsdan kan Doniger alsnog proberen met Stout tot overeenstemming te komen.

In deze brief gaan wij in op uw verzoek en bijgevoegd is het juridisch advies.

Aanleiding verzoek
Aanleiding voor dit juridisch advies was het bestuurlijk gesprek van 6 juli over de ontwikkeling van de woningen op het Coronel terrein en de uitplaatsing van Coronel Kartracing naar een andere locatie in de gemeente Huizen. Hierover zijn inmiddels meerdere gesprekken gevoerd en heeft de nodigde discussie in de gemeenteraad plaatsgevonden.

Addendum
U geeft aan verscheidene verzoeken te hebben gedaan voor het verkrijgen van de notities. U heeft op 7 oktober het addendum op het juridisch advies ontvangen. U merkt op dat het addendum gebaseerd is op het gegeven dat de mogelijkheid voor Doniger en Stout om tot overeenstemming te komen, 100% is uitgesloten. Dat is in dit stadium naar uw mening een te voorbarig standpunt. Een uitplaatsing van Coronel naar de locatie op de zogenaamde BNI grond is – naar uw oordeel - nog altijd niet definitief van de baan.

U geeft aan dat er nog alle gelegenheid is om met Stout (alsnog) tot overeenstemming te komen. Het juridisch advies van Houthoff is daar volgens u echter bij nodig.

Gemeentelijke reactie
Als u meent dat er nog altijd een mogelijkheid is om er met Stout uit te komen, dan wijkt dat af van eerdere berichten van de zijde van Doniger/Coronel, waaruit duidelijk blijkt dat het traject met Stout een "dood spoor" is (mail 10 juni 2022). Kennelijk zijn de omstandigheden aan de kant van Doniger gewijzigd, op grond waarvan er nu weer mogelijkheden worden gezien. Hoe het ook zij, als u mogelijkheden ziet om er met Stout uit te komen dan geven wij u in overweging om die gesprekken met Stout weer op te pakken. Naar ons oordeel is het advies van Houthoff daar niet bij nodig, maar als u dit bij het overleg wilt betrekken, dan kan dat natuurlijk wel. Uiteraard staat het u ook vrij om zelf juridisch advies op te vragen voor het formuleren van een bindende afspraak, mocht uit het overleg met Stout blijken dat ook aan die kant ruimte bestaat om aan zo'n afspraak mee te werken. Medewerking van Stout (of de eigenaar, indien Stout niet een gelijkwaardige positie heeft) is naar ons oordeel wel essentieel.

In dat licht wijzen wij u op onderstaande reactie van Stout op ons verzoek hoe Stout erin staat:

> *"Met enige verbazing hebben we de brief gelezen.*
>
> *Temeer omdat Doniger/Coronel ons in juni heeft laten weten geen mogelijkheid te zien om tot overeenstemming te komen over de Havenstraat. Met stelde destijds 'met deze vaststelling zal Coronel thans naar andere mogelijkheden gaan uitzien voor de nieuwe locatie van het kartcentrum'. Daar gaan we dan ook nog steeds van uit, het voeren van gesprekken heeft dan ook weinig zin.*
>
> *Zoals ook telefonisch aangegeven zijn wij volop op stoom met de door ons geïnitieerde ontwikkeling waarvoor je de aanvraag omgevingsvergunning komende maand zult ontvangen".*

Bovenstaande reactie is op 12 oktober met u per mail gedeeld.

U stelt dat er nog alle ruimte is om met Stout (en de gemeente) tot een bindende afspraak te komen. Uit boven aangehaalde reactie leiden wij af dat Stout dat anders ziet. Niettemin staat het u altijd vrij om met Stout nader in overleg te treden, al dan niet met een gewijzigd voorstel richting Stout. De gemeente is hierin lijdelijk, in die zin dat wij graag de Coronel-activiteiten verplaatst zien naar de Havenstraat, op de huidige Coronel-locatie passende woningbouw (met acceptabele parkeerbalans) zien maar wij zijn afwachtend op een eventueel ander resultaat van overleggen tussen u en Stout, dan eerder door u is aangegeven en recent door Stout (zie citaat hiervoor).

Vervolg
U heeft nu de beschikking over het advies en het addendum van Houthoff. Wij wachten de verdere ontwikkelingen rond de BNI-gronden af.

Vragen
Hebt u op dit moment vragen? Neemt u dan contact op met R. van Noord van het team Omgevingsbeleid, bereikbaar op 035-5281518 of via r.vannoord@huizen.nl.

Met vriendelijke groet,

burgemeester en wethouders,

Geanonimiseerd

J. Cnossen
gemeentesecretaris

Geanonimiseerd

N. Meijer
burgemeester

HOUTHOFF

Notitie

Aan	Gemeente Huizen T.a.v. G. Klompmaker	Jan Frans de Groot Advocaat | Partner
C.c.	R. van Noord	Klaas Valkering Juridisch Medewerker
Datum	CONCEPT 19 september 2022	M 06 Geanonimiseerd
Betreft	Advies Coronel - Doniger	E j.de.groot@houthoff.com k.valkering@houthoff.com
Referentie	2041180002/28556018.1	Postbus 75505 1070 AM Amsterdam Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

1. Inleiding

1.1. Op de Coronel-locatie in Huizen is op dit moment een kartracing-baan annex uitgaanscentrum gevestigd ("**Coronel-locatie**"). De eigenaren van deze gronden (**"Coronel"**) wensen de Coronel-locatie samen met Doniger Urban Developments (**"Doniger"**) te transformeren tot een woningbouwlocatie. Dit voornemen heeft Doniger op 15 april 2022 aan de gemeente Huizen (**"Gemeente"**) uiteengezet, nadat zij dit eerder op 17 februari 2022 in een besloten commissievergadering aan de gemeenteraad van de Gemeente heeft gepresenteerd. Het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente heeft op 17 juli 2022 een reactie vastgesteld waarin de door de Gemeente gewenste uitgangspunten naar voren worden gebracht. Een van die uitgangspunten betrof de voorwaardelijkheid van bindende afspraken over het behoud van Coronel voor de gemeente Huizen en verplaatsing van Coronel naar de zogenaamde 'BNI-strook' aan de Havenstraat, eveneens te Huizen ("**BNI-strook**"). Bij brief van 30 juni 2022 heeft Doniger gereageerd op de gemeentelijke uitgangspunten. In die brief geeft Doniger aan vragen te hebben bij de voorwaardelijkheid van de verplaatsing van Coronel naar de BNI-strook.

1.2. Ons is verzocht te adviseren over de vraag of, en zo ja hoe, het voor de Gemeente mogelijk zou zijn te verzekeren dat de door Coronel en Doniger beoogde woningbouw op de Coronel-locatie (alleen dan) kan plaatsvinden indien Coronel diens activiteiten verplaatst naar de BNI-strook. Die verplaatsing zou niet alleen moeten zien op de aankoop door Coronel (Doniger) van de betreffende locatie, maar ook op de daadwerkelijke realisatie van bedrijfsopstallen en feitelijke exploitatie aldaar van vergelijkbare activiteiten als die welke thans plaatsvinden op de Coronel-locatie.

1.3. Hieronder volgt eerst onze conclusie en advies (§ 2). Vervolgens worden zowel de publiekrechtelijke (§ 3), als de privaatrechtelijke (§ 4) mogelijkheden behandeld om de geconditioneerde verplaatsing van Coronel zeker te stellen. Aansluitend volgt nog een advies over een combinatie van beide wegen (§ 5) en een – korte – beschouwing over de gevolgen van de Omgevingswet op de publiekrechtelijke weg (§ 6).

2. Conclusie en advies

2.1. Naar ons oordeel bestaat er een mogelijkheid om zowel via de publiekrechtelijke weg als via de privaatrechtelijke weg zeker te stellen dat Coronel op de BNI-strook een nieuwe kartracing-baan dient te realiseren en in stand te houden (te exploiteren). Vanwege de nadelen die aan beide wegen kleven, wordt geadviseerd om een combinatie van beide regelingen te hanteren teneinde de gevraagde zekerstelling te bewerkstelligen. Voorwaardelijk is wel dat de daarvoor benodigde voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan en de verplichting in de overeenkomst zowel goed gemotiveerd als goed geformuleerd worden.

2.2. Vanzelfsprekend zijn wij voor overleg naar aanleiding van deze notitie beschikbaar. Hetzelfde geldt voor de verdere advisering op dit onderwerp dan wel de vormgeving van de voorwaardelijke verplichting dan wel de (verplichting in de) overeenkomst.

3. Publiekrechtelijke weg

3.1. De meest gebruikelijke weg om bij een ruimtelijke ontwikkeling via de publiekrechtelijke weg een verplichting op te leggen is via het opnemen van een zogenaamde 'voorwaardelijke verplichting'. Een voorwaardelijke verplichting is een bestemmingsplanregel die verplicht tot het (garanderen van het) nemen van bepaalde maatregelen, alvorens de in het plan opgenomen en door de belanghebbende gewenste bestemming kan worden gerealiseerd ("X is pas toegestaan, als aan Y is voldaan").[1]

3.2. Voor het opnemen van een voorwaardelijke verplichting binnen een bestemmingsplan zijn in de jurisprudentie enkele eisen gevormd:

a) een voorwaardelijke verplichting moet ruimtelijke relevant en noodzakelijk zijn; [2]

b) een voorwaardelijke verplichting moet uitvoerbaar zijn;

c) een voorwaardelijke verplichting moet voldoende duidelijk en handhaafbaar zijn;[3]

d) een voorwaardelijke verplichting mag geen directe plicht inhouden ("Y moet (nu) onafhankelijk van het toestaan van X");[4]

e) een voorwaardelijke verplichting mag niet iets verplichten dat reeds middels een (ander) publiekrechtelijk instrument wordt geborgd;[5]

---

[1] Zie: ABRvS 22 maart 2006, AB 2006/421.

[2] Zie: ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1942, m.nt. J. Oude Egbrink, BR 2018/75.

[3] ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4017.

[4] ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2331; ABRvS 26 april 2017, ECLI:NLRVS;2017;1125.

[5] ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2506.

3.3. De hiervoor beschreven eisen b. en c. hebben in grote mate betrekking op de – correcte – formulering van de voorwaardelijke verplichting. Omdat dit advies primair de toelaatbaarheid behelst, wordt hier verder niet op ingegaan. De eisen onder a. en e. hebben betrekking op de inhoud van de voorwaardelijke verplichting. Hieronder worden deze twee eisen behandeld. Afsluitend krijgt ook de eis onder d. aandacht voor wat betreft de reikwijdte van de voorwaardelijke verplichting.

Ruimtelijk relevant en noodzakelijk

3.4. Uit artikel 3.1 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (**"Wro"**) vloeit voort dat in een bestemmingsplan regels, waaronder dus ook voorwaardelijke verplichtingen, worden gesteld ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Regels die niet nodig zijn in het belang van een goede ruimtelijke ordening en daarom niet ruimtelijk relevant zijn, zijn dan ook in strijd met deze bepaling.[6] Op basis van het voorgaande moet de Gemeente bij het gebruik van een voorwaardelijke verplichting motiveren waarom deze bepaling ruimtelijk relevant en noodzakelijk is.

3.5. De vraag of een onderwerp ruimtelijk relevant is, is onderwerp van over het algemeen casuïstische jurisprudentie.[7] In algemene zin kan wel worden gezegd dat planregels, en dus ook voorwaardelijke verplichtingen, die zien op milieuaspecten als geur, geluid, licht en verkeer ruimtelijk relevant zijn.[8] Ook planregels die bijvoorbeeld zien op externe veiligheid[9] of de uitvoering van (hogere) natuurbeschermingsregels[10] zijn ruimtelijk relevant. Lastiger zijn de planregels die een overwegend economisch motief hebben. Toch is daar ook ruimte te vinden wanneer deze economische motieven worden gecombineerd met motieven over de ruimtelijke gevolgen van economische ontwikkelingen. Zo is het voorkomen van leegstand en daaruit volgende verpaupering ruimtelijk relevant,[11] evenals een toename van sociale veiligheid en een verbetering van het ondernemersklimaat.[12]

3.6. Kortweg moet de Gemeente antwoord geven op de vraag waarom Coronel precies naar de BNI-strook dient te verplaatsen. Die vraag valt uiteen in twee deelvragen. In de eerste plaats: waarom zou dit de (enige) geschikte alternatieve locatie binnen de gemeente zijn? In de tweede plaats: waarom kan Coronel niet naar buiten de gemeente verplaatsen?

3.7. De basis voor beantwoording van de eerste vraag kan mogelijk worden gevonden in de milieuaspecten en externe veiligheid. Is deze locatie bijvoorbeeld de enige locatie binnen

---

6 Zie: ABRvS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765.

7 P.J.J. van Buuren, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht* (tiende druk), Deventer: Kluwer 2017, p. 35-44.

8 ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6907.

9 ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1199, r.o. 12.1.

10 ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1621, r.o. 24.3.

11 ABRvS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7376, r.o. 2.3.

12 ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:570, r.o. 18.1.

de gemeente die de verkeersaantrekkende werking van het kartcentrum kan verwerken? Of is de BNI-strook mogelijk de enige locatie – of een van de weinige beschikbare locaties – zonder geluidsgevoelige functies in de directe nabijheid? Of wellicht is dit een van de weinige locaties in de gemeente met een op voorhand passende planologische bestemming.

3.8. Het antwoord op de tweede vraag kan mogelijk worden gevonden in de verslechtering van het economische klimaat en de vermindering van recreatieve voorzieningen die het vertrek van Coronel met zich brengt. Hierbij kan, waar het ziet op voorkoming van leegstand en tot behoud van leefbaarheid en een divers aanbod van voorzieningen, mogelijk aansluiting worden gevonden bij ruimtelijke onderbouwingen die in de regel worden opgesteld voor de toetsing van een bestemmingsplan aan de Dienstenrichtlijn.[13] Bij een algehele weigering om mee te werken aan de plannen van Coronel en Doninger moet uiteindelijk onder meer langs deze weg worden gemotiveerd waarom niet wordt meegewerkt aan de wijziging van het bestemmingsplan.

Ander publiekrechtelijk instrument

3.9. Een planregel, dus ook een voorwaardelijke verplichting, mag het wettelijk stelsel niet doorkruisen. Dat betekent dat een planregel niet, vanuit hetzelfde motief, iets mag regelen dat in een andere regeling al (of juist expliciet niet) is geregeld.[14] Er bestaan in casu geen andere publiekrechtelijk instrumenten om de verplaatsing van Coronel in ruimtelijek zin te reguleren. Aan het vereiste onder e. kan dus worden voldaan.

Instandhouding

3.10. Tot nu toe is omschreven of het juridisch mogelijk is om te borgen dat eerst de bedrijfsverplaatsing wordt gerealiseerd alvorens met de woningbouw wordt aangevangen. Hiervoor lijken in publiekrechtelijke zin aanknopingspunten te bestaan. Lastiger is evenwel de verplichte realisatie en doorlopende exploitatie van het naar de BNI-strook verplaatste kartcentrum.

3.11. De Wro is gebaseerd op toelatingsplanologie. In een notendop betekent dit dat bestemmingsplannen alleen bepaalde bestemmingen toelaten en niet verplichten tot realisatie (of exploitatie) van die bestemming. Een planvoorschrift dat direct verplicht tot een bepaalde handeling is dus niet toegestaan.[15] De hiervoor beschreven eis d. ziet hierop.

---

[13] ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1075.

[14] Zie als voorbeeld de uitgebreide jurisprudentie over het opnemen van geurregelingen in een bestemmingsplan: ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1468.

[15] M. Bodelier, ' Voorwaardelijke verplichtingen: een verkenning van de stand van zaken', Gst. 2013/84.

3.12. Via het bestemmingsplan kan waarschijnlijk niet verplicht worden dat een naar de BNI-strook verplaatst kartcentrum na oprichting ook in stand zal worden gehouden en blijvend zal worden geëxploiteerd. Dit zou al snel een directe verplichting inhouden, zeker als alle relatie met de woningbouwontwikkeling wordt losgelaten. De vraag is ook hoe die verplichting gehandhaafd zou moeten worden. Hoewel in de jurisprudentie soms eenvoudig over die vraag wordt heen gestapt,[16] kan zij hier voor praktische problemen zorgen. Als de instandhouding immers – afdwingbaar – zou zijn gekoppeld aan het gebruik van de verlaten gronden voor woondoeleinden, zou mogelijk de bewoning van die woningen moeten worden gestaakt. Dat is niet goed voorstelbaar.

3.13. Resumerend lijkt er ruimte om via een, goed geformuleerde, voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan te regelen dat de bouw c.q. het gebruik van de woningen op de Coronel-locatie pas kan aanvangen wanneer op de BNI-strook het verplaatste kartcentrum in gebruik is genomen. Er lijkt weinig, tot geen, ruimte om ook de instandhouding en blijvende exploitatie van het kartcentrum langs afdwingbare publiekrechtelijke weg te verzekeren via een voorwaardelijke verplichting.

4. Privaatrechtelijke weg

4.1. Het opleggen van een verplichting bij een ruimtelijke ontwikkeling via de privaatrechtelijke weg vindt over het algemeen plaats via een (bevoegdheden)overeenkomst. Als hoofdregel heeft een gemeente, gelijk iedere andere partij, bij het aangaan van overeenkomsten een grote mate van contractsvrijheid. Deze hoofdregel geldt ook bij contracteren rond ruimtelijke ontwikkelingsprojecten, bijvoorbeeld in de vorm van een anterieure overeenkomst in de zin van artikel 6.24 Wro.[17] Dat brengt met zich dat vrij kan worden gecontracteerd over bijvoorbeeld locatie-eisen, faserings- of uitvoeringsregels en tal van andere zaken.[18] Die contractsvrijheid kent wel een grens die te maken heeft met de bijzondere positie van een gemeente als contractspartij.

4.2. Een gemeente ervaart vier belangrijke beperkingen bij het optreden als contractspartij:

a. zij mag niet contracteren over onderwerpen waarvan dit bij wet verboden is;[19]

b. zij moet de eventueel van toepassing zijnde aanbestedings- en staatssteunregels naleven;

---

[16] ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1614.

[17] *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, 6, p. 18 en *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 7.

[18] J.J. Hoekstra, 'De anterieure fase, van Wro naar Ow', TBR 2019/121, afl. 9, p. 700.

[19] Zie bijvoorbeeld artikel 122 Woningwet en de daarover gevormde jurisprudentie: HR 17 juni 2011, TBR 2011, 158, m.nt. Moesker (Breda, over Bouwbesluit) en HR 4 april 2003, AB 2004, 60, m.nt. GAvdV (Bleiswijk, over vergunningenregime). Zie ook J.J. Hoekstra en G.A. van der Veen, Kwaliteits- en bindingseisen bij nieuwbouw, wat mag wel en wat niet?, TBR 2008, 85 e.v.

c. zij mag niet via het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruisen;[20]

d. zij moet de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – waaronder het gelijkheidsbeginsel – in acht nemen, ook bij het privaatrechtelijk optreden als contractpartij.[21]

4.3. Als de Gemeente via de privaatrechtelijke weg de verplaatsing van het kartcentrum van Coronel naar de BNI-strook en de blijvende exploitatie daarvan afdwingbaar wil verplichten, zal zij de bovenstaande beperkingen in acht moeten nemen. Hieronder wordt daaraan getoetst.

Contracteringsverboden

4.4. Er is geen wettelijke bepaling die de Gemeente verbiedt te contracteren over de relocatie van Coronel. Beperking onder a. staat dus niet in de weg aan een zekerstelling via de privaatrechtelijke weg.

Aanbestedings- en staatssteunregels

4.5. De Gemeente dient bij de verplaatsing van Coronel de staatssteunregels in acht te nemen. Van staatssteun is op basis van artikel 107 lid 1 VWEU sprake indien:

a. de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;

b. de steun door staatsmiddelen wordt bekostigd;

c. deze staatsmiddelen een economisch voordeel verschaffen dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);

d. de maatregel selectief is: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;

e. de maatregel de mededinging (in potentie) vervalst en leidt (of dreigt te leiden) tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU.

4.6. Voor zover bekend zijn bij de beoogde verplaatsing van Coronel geen staatsmiddelen betrokken. De Gemeente verstrekt bijvoorbeeld geen subsidie aan Coronel voor de verplaatsing, zodat geen sprake zal zijn van staatssteun. Het enkele feit dat de bestemmingsplanwijziging die de woningbouw toelaat de waarde van die grond (fors) laat stijgen doet hier niets aan af.[22] Het verdient aanbeveling (in een later stadium) de eventuele strijdigheid met staatssteunregels uitvoeriger te laten toetsen.

---

[20] HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill); HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 (De Pina-Helmond).

[21] HR 27-03-1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, m.nt. F.H. van der Burg (Amsterdam/Ikon).

[22] Zie ook: PB C 137 E van 12/06/2003 (Madrid).

4.7. De Gemeente verstrekt zelf geen opdrachten aan Coronel of Doniger, waardoor op het eerste oog eveneens geen sprake is van strijdigheid met het aanbestedingsrecht. Omdat echter de verplichte relocatie van het kartcentrum – impliciet – een bouwplicht in zal houden en er mogelijk eisen worden gesteld die verder gaan dan het publiekrechtelijk kader, dient scherp in de gaten te worden gehouden dat er niet (ook) een rechtstreeks economisch belang voor de Gemeente ontstaat. Op dat moment ontstaat mogelijk wel een aanbestedingsplicht.[23] Het verdient de aanbeveling (in een later stadium) de eventuele strijdigheid met aanbestedingsrecht uitvoeriger te laten toetsen.

4.8. Op basis van het bovenstaande staat beperking onder b. niet in de weg aan een zekerstelling van de verplaatsing via de privaatrechtelijke weg.

Doorkruising

4.9. Wanneer een overheid zowel langs de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke weg een doel kan bereiken, dient te worden nagegaan of gebruik van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke regeling onaanvaardbaar doorkruist. Daartoe dient eerst te worden bezien of de wet zelf een uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of de privaatrechtelijke weg is toegestaan. Als dit uitdrukkelijke antwoord ontbreekt, moet worden bekeken of de (on)mogelijkheid van de privaatrechtelijke weg kan worden afgeleid uit:

a. de inhoud en strekking van de betrokken regeling;

b. de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd; en

c. de vraag of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken.[24]

4.10. Uit § 3 hiervoor volgt dat er een, al dan niet gedeeltelijke, mogelijkheid bestaat voor de Gemeente om de verplichte relocatie van Coronel via de publiekrechtelijke weg te realiseren via een voorwaardelijke verplichting. Daarom moet worden beoordeeld of sprake is van onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.

4.11. In lagere rechtspraak is aangenomen dat als de mogelijkheid bestaat om een bepaald resultaat met een voorwaardelijke verplichting te bereiken, sprake is van onaanvaardbare doorkruising wanneer in plaats daarvan een privaatrechtelijke regeling wordt getroffen. De overeenkomst was daarom nietig.[25] Deze, tot nu toe, enige uitspraak van de rechtbank Limburg laat ruimte voor enige nuancering. Ten eerste heeft de Hoge Raad het principe van gebruik van overeenkomsten naast bestemmingsplannen in het arrest

---

[23] HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Müller).

[24] M.C.W.C.M. Theunisse, *De praktijk van de tweewegenleer,* Amersfoort: Celsus, 2015.

[25] Rb. Limburg 21 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5735.

Alkemade/Hornkamp bevestigd.[26] Ten tweede heeft de Hoge Raad in het arrest Antiekstudio Lelystad overwogen dat de WRO (oud) niet in de weg stond aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als hierdoor grondgebruik wordt beperkt of verboden dat volgens het geldende bestemmingsplan in het algemeen is geoorloofd.[27] Weliswaar was in die gevallen, zoals de rechtbank Limburg ook overweegt, sprake van de uitoefening van het eigendomsrecht door de gemeente, dat wil echter niet zeggen dat de Hoge Raad heeft bedoeld een verschil te maken tussen het uitoefenen van goederenrechtelijke rechten of verbintenisrechtelijke rechten. De Hoge Raad heeft juist willen voorkomen dat een algemeen gebruikelijke, al tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld. Dit is derhalve vergelijkbaar met wat zou gebeuren als de lijn van de rechtbank Limburg moet worden gevolgd rond overeenkomsten die in de plaats komen van voorwaardelijke verplichtingen.

4.12. Op basis van het bovenstaande is onzes inziens tenminste verdedigbaar, maar niet boven elke twijfel verheven, dat van de privaatrechtelijke weg gebruik gemaakt kan worden zonder een publiekrechtelijke regeling te doorkruisen. De vraag of de beperking onder c. in de weg staat aan een zekerstelling van de verplaatsing via de privaatrechtelijke weg, kan dan ook voorzichtig negatief worden beantwoord.

<u>Algemene beginselen van behoorlijk bestuur</u>

4.13. Een gemeente dient (ook) bij het uitoefenen van haar privaatrechtelijke bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Bij een verplichting zoals de Gemeente die voorstaat, is voornamelijk de vraag aan de orde hoe die verplichting zich verhoudt tot het verbod om een bevoegdheid voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor die is verleend: het verbod van *détournement de pouvoir*.[28]

4.14. Uit het arrest Alkemade/Hornkamp van de Hoge Raad volgt dat de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan strekt tot de behartiging van planologische belangen. Een gemeente mag in een overeenkomst aan de vaststelling van een bestemmingsplan dan ook niet een voorwaarde verbinden die niet strekt tot de behartiging van haar planologische doelstellingen. Doet ze dat wel, dan gebruikt ze haar bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, waardoor de aldus met schending van het verbod van *détournement de pouvoir* overeengekomen voorwaarde in strijd is met de openbare orde en daarom nietig.[29]

---

[26] HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655.

[27] HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC031; zie ook: HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642.

[28] Artikel 3:3 Awb (verbod van *détournement de pouvoir*).

[29] HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, r.o. 3.3.2.

4.15. De Gemeente zal bij het opleggen van een verplichting om Coronel te verplaatsen dus uitdrukkelijk moeten motiveren welke planologische doelstellingen zij hiermee wenst te verwezenlijken. Die motivering is gelijk aan de motivering waarom een planregel ruimtelijk relevant is zoals behandeld onder § 3 van deze notitie. Zoals aldaar geconcludeerd, kunnen er planologische doelstellingen worden aangewezen die ten grondslag kunnen liggen aan (ook) deze bepaling.

4.16. Mits de Gemeente dus een sluitende motivering van haar planologische doelstellingen weet te geven, staat de beperking onder d. niet in de weg aan een zekerstelling van de verplaatsing via de privaatrechtelijke weg.

Handhaafbaarheid

4.17. Op deze plek wordt kort nog stilgestaan bij de handhaafbaarheid van de privaatrechtelijke regeling. Een verplichting via de privaatrechtelijke weg moet ook via de privaatrechtelijke weg worden gehandhaafd. Dit brengt voor de Gemeente een risico met zich. Een voorbeeld daarvan betreft de mogelijkheid dat Coronel c.q. Doniger, in weerwil van de overeenkomst, na het vaststellen van een nieuw bestemmingsplan voor de Coronel-locatie toch een omgevingsvergunning aanvraagt voor het oprichten van de woningen op die locatie voordat het nieuwe kartcentrum op de BNI-strook is gerealiseerd en in exploitatie is genomen. Het limitatief-imperatief stelsel van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ("**Wabo**") brengt met zich dat de Gemeente deze aanvraag slechts mag weigeren op grond van een van de in de wet benoemde weigeringsgronden.[30] Handelen in strijd met de privaatrechtelijke overeenkomst is geen weigeringsgrond. Dat brengt met zich dat de omgevingsvergunning niet om deze reden geweigerd kan worden. De Gemeente zal de nakoming van de overeenkomst in dat geval op een andere (privaatrechtelijke) manier moeten afdwingen. In de overeenkomst zullen daarom ten minste boetebepalingen met een aanzienlijke omvang moeten worden opgenomen.

4.18. Resumerend lijkt er ruimte om via een goed geformuleerde en goed onderbouwde verplichting in een privaatrechtelijke overeenkomst te regelen dat de bouw c.q. het gebruik van de woningen op de Coronel-locatie pas kan aanvangen wanneer op de BNI-strook het nieuwe kartcentrum in gebruik is genomen en blijvend in exploitatie wordt gehouden. Wel bestaat er een reëel handhaafbaarheidsrisico wanneer in strijd met de overeenkomst publiekrechtelijke toestemmingen voor de Coronel-locatie worden gevraagd, die door de Gemeente niet geweigerd kunnen worden.

---

[30] Zie bijvoorbeeld: ABRvS 15 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1532.

5. Combinatie

5.1. Hierboven is geconstateerd dat er zowel ruimte is om via de publiekrechtelijke weg als via de privaatrechtelijke weg te regelen dat Coronel wordt verplaatst en op de nieuwe locatie zijn bedrijfsvoering voortzet. Ook is geconstateerd dat aan beide opties nadelen kleven. De publiekrechtelijke weg heeft als nadeel dat weinig, tot geen, ruimte is om de instandhouding van het nieuwe kartcentrum op de BNI-strook te verzekeren. De privaatrechtelijke weg heeft als nadeel dat de handhaafbaarheid bij niet-nakoming door het aanvragen van gebonden beschikkingen lastig is.

5.2. Om de nadelen van de twee wegen te ondervangen, kan worden overwogen om een combinatie van beide wegen te kiezen. Door zowel een voorwaardelijke verplichting op te nemen in het bestemmingsplan als een verplichting in een overeenkomst met Coronel c.q. Doniger, bereikt de Gemeente de maximala haalbare zekerstelling, zonder 100% waterdichtheid te kunnen garanderen. Uiteindelijk lost een en ander zich privaatrechtelijk op in boetes of schadevergoedingen.

6. Omgevingswet

6.1. Volgens de huidige inzichten is de inwerkingtreding van de Omgevingswet voorzien op 1 januari 2023. Omdat de in dit advies besproken ontwikkeling naar verwachting na die tijd zal spelen, worden hieronder kort de gevolgen van de Omgevingswet voor de voorwaardelijke verplichting opgenomen.

6.2. Onder de Omgevingswet zal in het omgevingsplan (anders dan thans) de mogelijkheid bestaan om een gebodsbepaling op te nemen.[31] Via een gebodsbepaling kan een onvoorwaardelijke en rechtstreeks te handhaven verplichting worden opgelegd om een bepaalde bestemming te realiseren c.q. handeling te verrichten. Omdat met gebodsbepalingen het eigendomsrecht ingrijpend kan worden beperkt, dienen deze gepaard te gaan met een duidelijke motivering waarin voornamelijk aandacht is voor de evenredigheid van de bepaling.[32]

---

[31] Zie: F.A.G. Groothuijse e.a., 'Omgevingsplan, overgangsrecht, gebodsbepalingen en het verschuiven van onderzoeksplichten', TBR 2016/111.

[32] Zie ook: A. de Snoo, 'Actualiteiten omgevingsrecht: de voorwaardelijke verplichting', VGR 2017/5, p. 134.