

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/53882>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

## **JB 2006/90**

### **Hoge Raad**

6 januari 2006, C04/191HR; LJN AT9056.

( Mr. Fleers

Mr. De Savornin Lohman

Mr. Van Buchem-Spapens

Mr. Van Schendel

Mr. Bakels )

De gemeente Beuningen te Beuningen,  
eiseres in cassatie,  
verweerster in het incidenteel beroep,  
advocaat: mr. E. Gelpke,  
tegen

1. Vereniging van eigenaren Blankenburg I  
te

Beuningen,

2. Vereniging van eigenaren Blankenburg  
II te

Beuningen,

3. Nederlandse stichting voor andere  
woonvormen te

's-Hertogenbosch,

4. Stichting verantwoord wonen te  
Nieuwerkerk aan

den IJssel,

verweersters in cassatie,

eiseressen in het incidenteel beroep,

advocaat: mr. J.A.M.A. Sluysmans.

Kostenverhaal, Strijd met de openbare  
orde, Overeenkomst nietig,  
Tweewegenleer, Legaliteitsbeginsel

[BW Boek 3 - 40; WRO - 42; Gw - 132 lid  
6]

## **» Samenvatting**

In cassatie is niet bestreden de vaststelling van het hof, dat de kosten inzake het onderhoud van de groenvoorzieningen moeten worden aangemerkt als kosten tot uitvoering van het bestemmingsplan.

Het hof is uitgegaan van een juiste maatstaf ter zake van de (beperkte) mogelijkheden die de wet biedt om zulke kosten te

verhalen; vergelijk HR 2 mei 2003, nr. C02/209, NJ 2003, 485. In dat arrest heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar eerdere uitspraken, overwogen dat de strekking van art. 42 WRO – verhoging van de rechtszekerheid voor grondeigenaren – meebrengt dat de gemeente, indien zij een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten bedingt, haar uit die overeenkomst voortvloeiende aanspraken niet geldend kan maken als de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen. In de literatuur is er terecht op gewezen dat hiermee in het midden is gelaten of (een zodanig beding in) de desbetreffende overeenkomst (partieel) nietig dan wel vernietigbaar is.

Het hof heeft te dien aanzien geoordeeld dat het betrokken beding in strijd met de openbare orde is en daarom nietig. Dit oordeel is juist. Het hof heeft in dit verband terecht belang gehecht aan de omstandigheid dat de Gemeente hier in feite verhaal poogt te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang (de groenvoorzieningen zijn immers algemeen toegankelijk voor het publiek) op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die rechtens geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers gerichte waarborgen is omgeven. Een zodanig verhaal behoeft een wettelijke grondslag (vgl. art. 132 lid 6 Gw). Het belang hiervan is inderdaad zodanig dat bij gebrek aan een wettelijke grondslag een daartoe strekkend beding in strijd met de openbare orde en deswege nietig moet worden geoordeeld.

Het hof heeft met juistheid geoordeeld dat in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een van particuliere burgers verlangde bijdrage in de periodieke kosten die de Gemeente maakt bij het in stand houden van op gemeentelijke grond gelegen openbare voorzieningen, geen sprake is van een geoorloofd verdisconteren van die bijdrage in de bij de verkoop van de grond, waarop de

appartementencomplexen zouden worden gebouwd, bedongen koopprijs.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters in cassatie – verder te noemen: Blankenburg c.s. – hebben bij exploit van 25 maart 1999 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de Gemeente – gedagvaard voor de rechtbank te Arnhem en gevorderd voor recht te verklaren (primair) dat het beding in de overeenkomst van 25 oktober 1993, ten aanzien van de kosten van de groenvoorziening in eigendom van de Gemeente, nietig is, althans dat Blankenburg c.s. niet zijn gehouden de kosten van onderhoud van de groenvoorziening aan de Gemeente te voldoen en (subsidiar) dat de verplichting tot vergoeding van de kosten van het onderhoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet voor rekening van Blankenburg c.s. kan komen.

De Gemeente heeft de vordering bestreden.

Na een tussenvonnissen van 18 mei 2000 heeft de rechtbank heeft bij eindvonnissen van 9 november 2000 voor recht verklaard dat het bedoelde beding nietig is, de Gemeente veroordeeld in de kosten van het geding, haar vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit eindvonnissen heeft de Gemeente hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij tussenarrest van 13 mei 2003 heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de mogelijke consequenties van twee arresten van de Hoge Raad: HR 2 mei 2003, nr. C02/209, NJ 485 en HR 15 mei 2002, R01/132, NJ 2003, 590. Nadat

partijen elk een nadere memorie hadden genomen heeft het hof bij eindarrest van 9 maart 2004 het vonnis van de rechtbank van 9 november 2000 bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het eindarrest van het hof heeft de Gemeente beroep in cassatie ingesteld. Blankenburg c.s. hebben (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit (niet opgenomen;*red.*).

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het principale beroep.

### 3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. De Gemeente heeft in 1993 twee percelen bouwgrond verkocht aan A B.V. (hierna: A), waartoe zij op 26 maart 1993 een raamovereenkomst hebben gesloten. A was voornemens op die percelen vier appartementencomplexen te ontwikkelen. Zij heeft vervolgens met de Gemeente nadere overeenkomsten gesloten voor ieder complex, door partijen aangeduid als A, B1, B2 en C. Van belang is dat alleen de ondergrond voor de appartementencomplexen is verkocht; de

grond rondom de gebouwen is eigendom van de Gemeente gebleven.

ii. De Gemeente heeft rondom de – nog op te richten – gebouwen groenvoorzieningen laten aanleggen (in totaal gaat het om 1.87.18 ha). De aanlegkosten daarvan maken deel uit van de overeengekomen koopsom voor de bouwgrond en zijn op die wijze door A voldaan.

iii. De raamovereenkomst voorzag in een door A te betalen gekapitaliseerde vergoeding voor de kosten van het onderhoud van de groenvoorzieningen voor de daaropvolgende jaren. Voor deze kosten van onderhoud van de groenvoorzieningen hebben A en de Gemeente op 25 oktober 1993 een afzonderlijke, in een notariële akte neergelegde overeenkomst gesloten (de “groenovereenkomst”). Daarbij is afgezien van betaling van een gekapitaliseerde vergoeding en zijn partijen nader overeengekomen dat de bedoelde groenvoorzieningen zullen worden onderhouden door en voor rekening van de Gemeente en dat A daarvoor een vergoeding zal betalen van f 1,60 per vierkante meter per jaar, te vermeerderen met omzetbelasting. Deze vergoeding wordt uitgesplitst per appartementencomplex. A (dan wel haar rechtsopvolger) is blijkens deze overeenkomst gehouden in de eventueel later voor ieder appartementencomplex op te maken splitsingsakten te bepalen dat deze betalingsverplichting deel zal uitmaken van de schulden en kosten van de vereniging van appartementseigenaren. In de te sluiten koopovereenkomsten betreffende de afzonderlijke appartementsrechten moet A c.q. haar rechtsopvolger bedingen (in de vorm van een kettingbeding ten gunste van de Gemeente op straffe van een boete van f 50.000,=) dat iedere appartementseigenaar aansprakelijk is voor een deel van de groenonderhoudskosten, evenredig aan het aandeel van de desbetreffende appartementseigenaar in de

schulden van de vereniging van appartementseigenaren. Ten slotte is bepaald dat A bij verkoop en levering van een gebouw vóórdat splitsing heeft plaatsgevonden, gehouden is al deze bedingen op te leggen aan haar rechtsopvolger op straffe van verbeurte van een boete.

iv. Daarna heeft A de bebouwde complexen (gebouwen B2 en C waren toen al gesplitst) verkocht en geleverd aan derden, met inachtneming van hetgeen is bepaald in de groenovereenkomst, dus met overneming van de bedingen inzake de vergoedingsplicht jegens de Gemeente betreffende het onderhoud van de groenvoorzieningen. De verschillende verkrijgers hebben deze verplichtingen jegens de Gemeente aanvaard.

v. In de splitsingsakten is voor de appartementencomplexen B2 en C bepaald dat de kosten van onderhoud voor de onderhavige groenvoorzieningen, onder verwijzing naar de groenovereenkomst, behoren tot de schulden en kosten als bedoeld in art. 5:112 lid 1, onder a, BW. Bij de levering van de appartementsrechten is deze betalingsverplichting vervolgens aan de afzonderlijke appartementseigenaren opgelegd naar rato van ieders aandeel in het geheel.

Overeenkomstig het beding met A, doorgegeven aan de uiteindelijke appartementseigenaren, verenigd in de verenigingen van appartementseigenaren die thans verweersters sub 1 en 2 zijn, heeft de Gemeente betaling gevorderd van ieders aandeel in de kosten van onderhoud van de groenvoorzieningen.

vi. De beide andere complexen, A en B1, zijn verkocht en geleverd aan de besloten vennootschap SPO Beleggingen (gelieerd aan de Nederlandse Stichting voor Andere Woonvormen, thans verweester sub 3), respectievelijk de Stichting Verantwoord Wonen, thans verweester sub 4. Zij

hebben de woningen kennelijk verhuurd. De eigenaren hebben eveneens van de Gemeente facturen ontvangen ter zake van het op hen rustende aandeel in de onderhoudskosten.

3.2. In de onderhavige procedure hebben Blankenburg c.s., voorzover in cassatie van belang, een verklaring voor recht gevorderd dat het beding in de groenovereenkomst op grond waarvan de Gemeente de onderhoudskosten van de groenvoorziening vordert van Blankenburg c.s., nietig is. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.3. Het hof heeft daartoe, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

Tussen partijen staat vast dat de onderhavige groenvoorzieningen zijn gelegen op grond die eigendom is van de Gemeente, dat deze voorzieningen open staan voor het algemeen publiek, dat het publiek ook daadwerkelijk gebruik maakt van deze voorzieningen en dat de toegang daartoe en het gebruik daarvan niet is beperkt tot de appartementseigenaren respectievelijk de huurders van de vier onderhavige complexen. (rov. 2.8)

De aan de orde zijnde betalingsverplichting heeft betrekking op een van particuliere burgers verlangde bijdrage in de periodieke kosten die de Gemeente maakt bij het instandhouden van op gemeentelijke grond gelegen openbare voorzieningen, het publieke domein derhalve. Dit behoort onmiskenbaar tot de publieke taak van de Gemeente, zij het dat iedere gemeente binnen zekere grenzen de vrijheid heeft zelf te bepalen hoe deze taak wordt ingevuld. Dat het niet tot de kerntaken van de Gemeente behoort, zoals de handhaving van de openbare orde en het instandhouden van een adequate brandweer, moge op zichzelf juist zijn, maar dat is niet van doorslaggevend belang. De stelling dat de Gemeente de groenvoorzieningen

uitsluitend zou hebben aangelegd omdat A tot ontwikkeling van het gebied wilde overgaan en dat uitsluitend op verzoek van A is gekozen voor een “luxe, parkachtige” groenvoorziening in plaats van een “standaard groenvoorziening” doet daaraan niet af, nu het gaat om het feitelijk gebruik dat van de groenvoorziening wordt gemaakt en vaststaat dat het gebruik van de onderhavige groenvoorziening niet is beperkt tot de eigenaren c.q. huurders van de appartementencomplexen, maar zich ook uitstrekt tot het publiek in het algemeen. (rov. 2.10)

De kosten inzake het onderhoud van de groenvoorzieningen moeten, naar de Gemeente heeft gesteld en het hof overneemt, worden aangemerkt als kosten tot uitvoering van het bestemmingsplan. (rov. 2.11)

De gemeente die kosten maakt ter uitvoering van een bestemmingsplan en die deze kosten wil verhalen op burgers die met die uitvoering gebaat zijn, staan enkele in de Wet op de Ruimtelijke Ordening c.q. de Gemeentewet geopende wegen ter beschikking, namelijk het heffen van baatbelasting op de voet van art. 222 Gemeentewet, het bedingen van een bijdrage bij het sluiten van een exploitatie-overeenkomst (met inachtneming van de gemeentelijke exploitatieverordening ex art. 42 WRO), en het heffen van leges voor het verrichten van “administratieve” handelingen. De overeenkomst tussen de Gemeente en A, ingevolge welke de betalingsverplichting op de huidige eigenaren is komen te rusten, kan niet worden aangemerkt (en wordt door partijen ook niet aangemerkt) als een exploitatie-overeenkomst als bedoeld in art. 42 WRO. Er is uiteraard ook geen sprake van baatbelasting of legesheffing. (rov. 2.12)

Daarnaast staat het de gemeente vrij eventueel de kosten ter uitvoering van het bestemmingsplan te verdisconteren in de prijs van gronduitgifte, indien de

desbetreffende grond eigendom is van de gemeente. Het is hierop dat de Gemeente zich beroept. Dit geval doet zich hier echter niet voor. Het onderhavige beding heeft geen betrekking op de grond die de Gemeente heeft verkocht en waarop de appartementencomplexen zijn gebouwd, maar op grond die daarnaast is gelegen en die nog steeds eigendom van de Gemeente is. In feite poogt de Gemeente hier verhaal te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang (de groenvoorzieningen zijn immers algemeen toegankelijk voor het publiek) op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die de jure geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers gerichte waarborgen is omringd. Dit is naar het oordeel van het hof in strijd met de rechtszekerheid en levert een onaanvaardbare doorkruising op van het stelsel van kostenverhaal in de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Gemeentewet. (rov. 2.13-2.14)

Het beding is derhalve in strijd met de openbare orde. Terecht heeft de rechtbank daaraan de conclusie verbonden dat het beding op de voet van art 3:40 lid 1 BW voor nietig (en niet voor vernietigbaar) moet worden gehouden en dat die nietigheid ook door derden die daarbij belangen hebben, kan worden ingeroepen. (rov. 2.15)

Op dit een en ander stuiten alle grieven af. Het bewijsaanbod van de Gemeente wordt als niet ter zake dienend gepasseerd. (rov. 2.16)

3.4. In cassatie is niet bestreden de vaststelling van het hof, dat de kosten inzake het onderhoud van de groenvoorzieningen moeten worden aangemerkt als kosten tot uitvoering van het bestemmingsplan.

Het hof is uitgegaan van een juiste maatstaf ter zake van de (beperkte) mogelijkheden die de wet biedt om zulke kosten te

verhalen; vgl. HR 2 mei 2003, nr. C02/209, NJ 2003, 485. In dat arrest heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar eerdere uitspraken, overwogen dat de strekking van art. 42 WRO – verhoging van de rechtszekerheid voor grondeigenaren – meebrengt dat de gemeente, indien zij een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten bedingt, haar uit die overeenkomst voortvloeiende aanspraken niet geldend kan maken als de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen. In de literatuur is er terecht op gewezen dat hiermee in het midden is gelaten of (een zodanig beding in) de desbetreffende overeenkomst (partieel) nietig dan wel vernietigbaar is.

Het hof heeft te dien aanzien geoordeeld dat het betrokken beding in strijd met de openbare orde is en daarom nietig. Dit oordeel is juist. Het hof heeft in dit verband terecht belang gehecht aan de omstandigheid dat de Gemeente hier in feite verhaal poogt te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang (de groenvoorzieningen zijn immers algemeen toegankelijk voor het publiek) op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die rechtens geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers gerichte waarborgen is omgeven. Een zodanig verhaal behoeft een wettelijke grondslag (vgl. art. 132 lid 6 Grondwet). Het belang hiervan is inderdaad zodanig dat bij gebrek aan een wettelijke grondslag een daartoe strekkend beding in strijd met de openbare orde en deswege nietig moet worden geoordeeld.

3.5. Onderdeel 1 baseert een klacht op het uitgangspunt dat het hof in de hiervóór in 3.3 weergegeven overwegingen heeft geoordeeld dat de Gemeente eventuele kosten ter uitvoering van het bestemmingsplan niet mag verdisconteren in de prijs van gronduitgifte, indien het gaat om openbare voorzieningen op aan de Gemeente verblijvende gronden die naast

het verkochte zijn gelegen. Dit uitgangspunt berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft slechts geoordeeld dat de Gemeente de bedoelde kosten in het onderhavige geval niet heeft verdisconteerd in de prijs van de gronduitgifte. Onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.6. Voor het geval het arrest aldus moet worden gelezen dat het oordeel inhoudt dat het beding en de daaruit voortvloeiende betalingsverplichting geen deel uitmaken van de prijs van gronduitgifte en (mede) om die reden ongeoorloofd zijn, richten de onderdelen 2 en 3 rechts- en motiveringsklachten tegen dit oordeel. De onderdelen betogen dat dit oordeel onjuist is, aangezien onder de prijs van gronduitgifte dient te worden verstaan het geheel van tegenprestaties dat door de gemeente in het kader van de gronduitgifte wordt bedongen, waartoe ook een beding als het onderhavige kan behoren.

Deze klachten falen. Het hof heeft met juistheid geoordeeld dat in een geval als het onderhavige, waarin het – naar het hof, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld – gaat om een van particuliere burgers verlangde bijdrage in de periodieke kosten die de Gemeente maakt bij het instandhouden van op gemeentelijke grond gelegen openbare voorzieningen, geen sprake is van een geoorloofd verdisconteren van die bijdrage in de bij de verkoop van de grond waarop de appartementencomplexen zouden worden gebouwd, bedongen koopprijs. Hieraan kan niet afdoen dat de Gemeente de bijdrage reeds bedongen heeft in het kader van de gronduitgifte en dat de desbetreffende betalingsverplichting op grond van een daarbij met de eerste verkrijger overeengekomen kettingsbeding is komen te rusten op latere verkrijgers. Bepalend is te dezen dat de Gemeente de te betalen bedragen niet heeft bedongen als tegenprestatie voor de levering van de verkochte percelen maar als een financiële

bijdrage voor het onderhoud van de groenvoorzieningen.

3.7. Het in 3.5-3.6 overwogene brengt mee dat onderdeel 4, dat voortbouwt op de onderdelen 1-3, eveneens tevergeefs is voorgesteld.

3.8. Onderdeel 6 faalt, aangezien – anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt – voor de geldigheid van het beding tot verhaal van de betrokken kosten niet van belang is of betaling in gekapitaliseerde vorm is bedongen dan wel in de vorm van een periodieke bijdrage. Het hof heeft dan ook terecht geen betekenis gehecht aan de vraag of de omzetting van de ene in de andere vorm al dan niet op verzoek van A is geschied.

3.9. Onderdeel 5 betoogt dat het oordeel van het hof dat het betrokken beding strijdig is met de rechtszekerheid en een onaanvaardbare doorkruising oplevert van het stelsel van kostenverhaal in de WRO en de Gemeentewet en derhalve strijdig is met de openbare orde, niet, zoals het hof heeft aangenomen, tot nietigheid leidt maar tot vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW, aangezien de betrokken wetsbepalingen uitsluitend strekken ter bescherming van A c.q. haar rechtsopvolgers (en uit de strekking van die bepalingen niet anders voortvloeit). Dit brengt volgens het onderdeel mee dat het hof het betoog van de Gemeente dat de rechtsvordering tot vernietiging is verjaard, niet onbesproken had mogen laten.

Het onderdeel faalt, aangezien lid 2 van art. 3:40 BW niet betrekking heeft op de in lid 1 bepaalde nietigheid van rechtshandelingen wegens strijd met de openbare orde.

3.10. Onderdeel 7, dat geen zelfstandige betekenis heeft, behoeft geen behandeling.

3.11. Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het

middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

#### **4. Beslissing**

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Blankenburg c.s. begroot op € 359,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

#### **» Noot**

1. Dit is de tweede keer binnen korte tijd dat de Hoge Raad het legaliteitsbeginsel van stal haalt met als gevolg dat aan de overheid “privaatrechtelijke” bevoegdheden in de sfeer van het belastingrecht worden ontzegd. In zijn arrest van 11 november 2005, «JB» 2006/25 (Staat/Granaria Holdings) bevestigt de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 8 mei 1998, «JB» 1998/142, m.nt. H.J.S. (Staat/Lenger) de regel dat het legaliteitsbeginsel, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 104 Gw, er aan in de weg staat dat de Staat zich langs privaatrechtelijke weg bedragen kan verschaffen die zij zich niet met toepassing van de belastingwetgeving kan verschaffen omdat zulks zou afstuiten op de beperkingen die in de regels met betrekking tot de heffing en haar gevolgen besloten liggen. Deze regel geldt volgens het eerst genoemde arrest ook dan indien de ontvanger een verweer aan het burgerlijk recht ontleent tegen een vordering van de belastingplichtige. In de onderhavige zaak speelt het (fiscale) legaliteitsbeginsel eveneens een rol. Het gaat hier om de uitwerking van dit beginsel in art. 132 lid 6 Gw.

De gemeente Beuningen heeft aan een projectontwikkelaar bouwgrond verkocht voor de bouw van een viertal appartementencomplexen. Het gaat alleen om de ondergrond en niet om de grond rondom de gebouwen. Voor die omringende grond, ongeveer 1.88 ha, heeft de gemeente zich verplicht om groenvoorzieningen aan te leggen. De hiermee gemoeide kosten maken deel uit van de koopsom die voldaan is voor de aankoop van de ondergrond voor appartementencomplexen. Voorts was overeengekomen dat de koopsom verhoogd zou worden met de gekapitaliseerde kosten verbonden aan het jaarlijkse onderhoud en instandhouding van het voor de openbare dienst bestemde gebied. In een nadere overeenkomst, de zogenoemde groenovereenkomst, is vervolgens bepaald dat de groenvoorzieningen op de aan de gemeente in eigendom gebleven gronden door en voor rekening van de gemeente zullen worden onderhouden tegen een vaste niet te verhogen vergoeding van f 1,60 per vierkante meter per jaar. De jaarlijkse kosten van onderhoud werden vervolgens omgeslagen over de te stichten appartementsgebouwen. De onderhoudskosten gelden via op te maken akten van splitsing als schulden en kosten van de vereniging van eigenaren van het betreffende appartementsgebouw (art. 5:112 lid 1 onder a BW). Bij de levering van appartementsrechten wordt aan iedere appartementseigenaar de plicht opgelegd bij te dragen in de kosten van de groenvoorzieningen naar rato van ieders aandeel in het geheel. Iedere appartementseigenaar is dienovereenkomstig aansprakelijk voor zijn aandeel in de groenonderhoudskosten.

2. De verenigingen van eigenaren, de verweerders in cassatie, weigeren de kosten voor onderhoud van het groen te voldoen. Zij stellen dat het beding in de groenovereenkomst inhoudende de verplichting om de kosten van onderhoud van het openbaar groen te betalen, nietig is.



Het beding zou in strijd zijn met de openbare orde en/of de wet. De rechtbank, het Hof Arnhem en de Hoge Raad zijn unaniem in hun conclusie: het beding is op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde nietig. Wat echter opvalt, is dat de rechtbank op een andere wijze tot dit resultaat komt. Eerst de route van het hof en de Hoge Raad. Het hof heeft in hoger beroep het oordeel van de gemeente gevolgd dat de onderhoudskosten van het groen moeten worden aangemerkt als kosten ter uitvoering van het bestemmingsplan. In r.o. 3.4 neemt de Hoge Raad deze opvatting als niet bestreden vaststelling van het hof tot uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag of het geoorloofd is de bedoelde onderhoudskosten middels een overeenkomst te verhalen. Het hof heeft vervolgens onderzocht of de op grond van de WRO en de Gemeentewet bestaande wegen voor verhaal van kosten gemoeid met de uitvoering van een bestemmingsplan, namelijk het bedingen van een bijdrage middels het sluiten van een exploitatieovereenkomst (art. 42 WRO), het heffen van een baatbelasting (art. 222 Gemw) of het heffen van leges voor het verrichten van bepaalde administratieve handelingen ruimte biedt voor het verhalen van de onderhoudskosten voor de groenvoorziening. Overigens gaat hier dan om een bepaald onderdeel van de uitvoering van het bestemmingsplan, namelijk om de aanleg van voorzieningen van openbaar nut zoals wegen, riolering, verlichting en ook openbaar groen. De hiermee gemoeide kosten worden exploitatiekosten genoemd (Van Buuren, Backes, De Gier en Nijmeijer, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, vijfde druk, Kluwer: Deventer 2006, p. 133). Zoals bekend gaat de jurisprudentie, HR 2 mei 2003, «JB» 2003/122, m.nt. Lam (Nunspeet/Mulder), uit van een gesloten stelsel van kostenverhaal. Zie voor kritiek J.W. van Zundert, 'Afwenteling van planschade. Mogelijkheden na HR Nunspeet/Mulder', in: *Overheid &*

*Aansprakelijkheid* 2003, nr. 5, p. 190-191. In het Kamerstuk 2004-2005, 30 218, *Wijziging van de Wet ruimtelijke ordening inzake de grondexploitatie*, nr. 3, p. 4 e.v. en M.W. Scheltema, 'Kostenverhaal bij overeenkomst', in: *MvV juli/augustus* 2005, nr. 7/8, p. 119 e.v., wordt het huidige stelsel uiteengezet. Het hof concludeert dat geen sprake is van een exploitatieovereenkomst als bedoeld in art. 42 WRO, noch van baatbelasting ex art. 222 Gemw. Uit de mij ter beschikking staande stukken wordt niet duidelijk waarom, maar het kan niet anders zijn dan dat uiteindelijk geen sprake is van kosten gemoeid met de realisatie van het bestemmingsplan in de vorm van voorzieningen van openbaar nut of bovenwijkse voorzieningen. Van heffing van leges is eveneens geen sprake. Anders dan de gemeente betoogt, kan ook niet worden gezegd dat de onderhoudskosten verdisconteerd zijn in de gronduitgifteprijs. Het beding heeft namelijk niet betrekking op de voor de appartementencomplexen benodigde grond maar op de daarnaast gelegen grond die nog steeds eigendom is van de gemeente. Nu de groenvoorziening voor een ieder toegankelijk is en ook daadwerkelijk als zodanig door het publiek wordt gebruikt, komt het kostenverhaal neer op een heffing die echter geen heffing is omdat het niet een individueel verstrekte prestatie betreft waardoor de burger verstoken blijft van de met een heffing gepaard gaande waarborgen. Het stelsel van kostenverhaal in de WRO en de Gemeentewet wordt daarmee volgens het hof op onaanvaardbare wijze doorkruist wat tot gevolg heeft dat het beding nietig is wegens strijd met de openbare orde. De Hoge Raad onderschrijft de opvatting van het hof. In het arrest inzake *Nunspeet/Mulder* werd nog in het midden gelaten of het litigieuze beding nietig of vernietigbaar zou zijn nu slechts werd gesteld dat de rechtsbescherming zich verzette tegen de geldigheid van het beding. Thans wordt onderschreven dat er sprake is van nietigheid omdat het beding

in strijd is met de openbare orde. De vraag of het beding nietig of vernietigbaar is, is relevant voor de verjaringstermijn. Op grond van art. 3:52 BW geldt bij vernietigbaarheid een termijn van 3 jaar (zie hierover L.R. van Hee en C.N.J. Kortmann, 'Ongeoorloofde financiële bedingen in projectontwikkelingsovereenkomsten', in: *Bouwrecht* 2005, nr. 11, p. 955 e.v.).

3. De Hoge Raad voegt aan de argumentatie van het hof betreffende de heffing een belangrijk element toe. Verhaal van de onderhoudskosten voor de groenvoorzieningen die algemeen toegankelijk zijn voor een groot publiek, behoeft op grond van art. 132 lid 6 Gw een wettelijke grondslag. Reeds eerder heeft de Hoge Raad deze bepaling ingeroepen, namelijk in HR 8 oktober 1993, AB 1994, 299, m.nt. FHvdB, NJ 1994, 46, m.nt. MS (Toeristenbelasting Marken) en HR 15 november 2002, NJ 2003, 590, m.nt. PCEvW (Gemeente Bergh). In de eerste zaak was overeengekomen dat een particulier belasting zou innen voor de gemeente. De overeenkomst was in strijd met het legaliteitsbeginsel, zoals dit beginsel volgens de Hoge Raad tot uiting komt in de art. 104 en 132 lid 6 Gw. In de tweede zaak dreigde de gemeente Bergh met een beroep op art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten de nietigheid in te roepen van een koopovereenkomst en een samenwerkingsovereenkomst, tenzij betrokkenen zouden bijdragen in de ontwikkelingskosten voor bovenwijkse voorzieningen en voorzieningen van openbaar nut. Hiermee wordt volgens de Hoge Raad een verhaalsmogelijkheid gecreëerd die grote verwantschap vertoont met een heffing. De eis van rechtszekerheid zoals tot uitdrukking komend in art. 132 lid 6 Gw, vereist dat de Wet voorkeursrecht gemeenten een duidelijke grondslag biedt voor deze wijze van verhaal. Een dergelijke wettelijke grondslag ontbrak. In de onderhavige zaak acht de Hoge Raad de eis van een wettelijke grondslag voor het

onderhoudskostenverhaal van de groenvoorzieningen op grond van art. 132 lid 6 Gw zodanig essentieel dat bij gebreke van die wettelijke grondslag het beding nietig is wegens strijd met de openbare orde.

4. Dan nu de benadering van de rechtbank. Immers, zoals in punt 2 aangegeven heeft de rechtbank een enigszins andere weg gevolgd. Vastgesteld wordt dat de groenvoorzieningen voor een ieder vrij toegankelijk zijn en dus een publieke functie hebben. Voorts wordt het onderhoud geacht te behoren tot de publiekrechtelijke taak van de gemeente. De rechtbank stelt dan conform het bekende arrest HR 26 januari 1990, AB 1990, 408, m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991, 393, m.nt. MS (Windmill) de vraag of er een publiekrechtelijke regeling is die een antwoord geeft op de vraag of kosten als de onderhavige ook langs privaatrechtelijke weg verhaald kunnen worden. Zo dit niet het geval is, dient te worden onderzocht of het kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze doorkruist (zie over voor het bedingen van vergoedingen, Scheltema/Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Kluwer: Deventer 2003, p. 206-208). Het sluiten van een exploitatieovereenkomst op grond van een gemeentelijke exploitatieverordening ex art. 42 WRO of het heffen van een baatbelasting op grond van art. 222 Gemw biedt geen uitkomst. Via deze wegen kunnen volgens de rechtbank uitsluitend stichtingskosten voor voorzieningen van openbaar nut worden verhaald, en niet de onderhoudskosten. Anders dan het hof en de Hoge Raad is de rechtbank, naar mijn mening terecht, van oordeel dat de onderhoudskosten van groenvoorzieningen niet zijn aan te merken als kosten voor de uitvoering van het bestemmingsplan. Mij lijkt dat, nu het gaat om de uitleg en toepassing van art. 42 WRO respectievelijk art. 222 Gemw, de Hoge Raad niet had kunnen volstaan met de aanname dat de

onderhoudskosten zijn aan te merken als kosten tot uitvoering van het bestemmingsplan. In de memorie van toelichting op de in de WRO op te nemen regeling betreffende de grondexploitatie, Kamerstuk 2004-2005, 30 218, nr. 3, p. 54-55, is een lijst toegevoegd van in een AMvB op te nemen kosten, voorzieningen en opbrengsten. Uit het wetsvoorstel en de lijst blijkt dat het men duidelijk het oog heeft op de aanlegkosten van de voorzieningen van openbaar nut en de daadwerkelijke realisering van het bestemmingsplan en niet op de latere onderhoudskosten verbonden aan die voorzieningen van openbaar nut. Het wetsvoorstel zal op dit vlak dan ook geen wijzigingen brengen.

Het verhalen van onderhoudskosten middels een heffing op grond van art. 229 Gemw is volgens de rechtbank eveneens niet aan de orde. Deze bepaling ziet namelijk op het heffen van een belasting voor het verrichten van een individuele prestatie ten behoeve van de burger. Dat is hier niet het geval. Direct verhaal van de onderhoudskosten langs publiekrechtelijke weg is dan ook uitgesloten. Hiermee zijn we beland bij HR 11 december 1992, NJ 1994, 639, m.nt. MS, AB 1993, 301, m.nt. G.A. van der Veen (Vlissingse brandweerkosten), nu ook hier een publiekrechtelijke weg voor het kostenverhaal ontbreekt. In lijn met dat arrest stelt de rechtbank vervolgens dat er geen publiekrechtelijke regeling is die een antwoord geeft op de vraag of verhaal van onderhoudskosten via de privaatrechtelijke weg geoorloofd is. De rechtbank komt dan toe aan de toets of het gebruik van de privaatrechtelijke weg leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling. Volgens de rechtbank is zulks het geval, omdat via de heffing van onroerendezaakbelasting indirect een vergoeding kan worden ontvangen voor kosten van het onderhoud van openbaar groen. De rechtbank oordeelt aldus dat: ‘‘nu het publiekrechtelijk niet

mogelijk is onderhoudskosten van openbaar groen op individuele burgers te verhalen, is het in strijd met het gesloten systeem van de wet te oordelen wanneer een gemeente langs privaatrechtelijke weg op een beperkte groep gebruikers de kosten verhaalt voor een dergelijke publieke voorziening, terwijl zij langs publiekrechtelijke weg daarvoor ook al vergoedingen ontvangt. Er is aldus sprake van een onaanvaardbare doorkruising’’.

5. Door de rechtbank wordt volgens mij een stap te veel gezet door te onderzoeken of sprake is van onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg. Aan die stap komt men alleen toe als de wettelijke regeling niet voorziet in een antwoord op de vraag of de privaatrechtelijke weg begaanbaar is. Anders dan de rechtbank stelt, voorziet art. 132 lid 6 Gw jo. art. 219 lid 1 Gemw wel in een antwoord. Op grond van eerst genoemde bepaling moet de wetgever, zonder mogelijkheid van delegatie, bepalen welke belastingen het gemeentebestuur kan heffen. Hieraan is nader invulling gegeven in art. 219 lid 1 Gemw, waarin bepaald wordt dat alleen die belastingen worden geheven welke geregeld zijn par. 2 en 3 van Hoofdstuk XV van de Gemeentewet. Volgens J.A. Monsma, ‘De Gemeentewet en haar toepassing’, aantekening 1 op artikel 219 Gemeentewet, gaat de Gemeentewet uit van een gesloten systeem van heffingen. Met dit stelsel is beoogd mede duidelijkheid te verschaffen wanneer men belastingplichtig kan zijn en volgens welke maatstaven. Voorts is in de Gemeentewet (art. 231 e.v.) de wijze van heffing en invordering geregeld. Met het voorgaande wordt uitdrukking gegeven aan het legaliteitsbeginsel dat juist strekt ter bescherming van de burger. Zoals reeds eerder in HR 8 mei 1998, «JB» 1998/122, m.nt. H.J.S., NJ 1998, 890, m.nt. ARB (Staat/Lenger) is gesteld, verzet dit legaliteitsbeginsel zich er tegen dat via de privaatrechtelijke weg geld wordt binnengehaald wat via de

belastingwetgeving niet mogelijk zou zijn. De toetsing in Staat/Lenger verloopt gewoon volgens de Windmill-formule (anders H.J. Simon, 'De magische lijn en Windmill revisited. Over de verhouding publiek-/privaatrecht in de jaren negentig', in: NJB 1998, p. 1667 e.v. die betoogde dat de Hoge Raad in Staat/Lenger de doorkruisingsleer wilde verlaten). Zoals Bloembergen opmerkt in zijn noot in NJ 1998, 890, slot punt 3, kijkt de Hoge Raad naar een publiekrechtelijk beginsel (het legaliteitsbeginsel) en naar de inhoud, strekking en geschiedenis van de relevante belastingwetgeving (zie ook Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), p. 25 en 30). W.J.J. Beurskens, 'Noot bij HR 7 mei 2004 (Woonwagencentrum Heerde)', in: NTBR 2004, 83, p. 479, onderschrijft met een beroep op HR 30 januari 2004, NJ 2004, 197, m.nt. J.W. Zwemmer (Ontvanger Den Bosch) de opvatting van Bloembergen dat aangenomen moet worden dat in fiscale zaken de eerste vraag van Windmill, voorziet de wet in een antwoord, tot een definitief oordeel leidt.

De hier besproken zaak had tegen de achtergrond van het voorgaande betrekkelijk kort afgedaan kunnen worden met een meer overtuigende aanpak binnen de systematiek van Windmill. Als eenmaal geconstateerd is dat het verhaal van de onderhoudskosten van openbaar groen, zoals hier aan de orde, neerkomt op een heffing, verzet art. 132 lid 6 Gw jo. 219 lid 1 Gemw zich er tegen dit via het privaatrecht te verwezenlijken. Aan een beroep op het gesloten stelsel van kostenverhaal, zoals dat uit de WRO en art. 222 Gemw voortvloeit, komt men dan niet toe.

LJMT