

## **Voorwoord.**

De afstudeeropdracht is in veel HBO opleidingen een vast onderdeel van de afsluiting van het onderwijsprogramma, zo ook in de MER van de Heao-Arnhem. De Gemeente Arnhem heeft mij de mogelijkheid geboden om bij hen af te studeren, waarvan deze scriptie het resultaat is.

Ik zou graag willen beginnen met de mensen te bedanken die mij in de gelegenheid hebben gesteld bij de Gemeente Arnhem af te studeren. Dat zijn in eerste instantie dhr mr. R. Lamers en dhr mr. R.H. van Pommeren die mij na een kennismakingsgesprek de afstudeerplaats aanboden. Ook de mensen die mij begeleid hebben, dhr R. Lamers en mw. A. van Ingenhou, wil ik bedanken voor de tijd die zij voor mij hebben vrijgemaakt en de aanwijzingen die zij mij hebben gegeven.

Vanuit school bedank ik dhr mr. G.J. van den Burg als begeleidend docent voor zijn bijdrage. Uiteraard wil ik iedereen van de afdeling UVT bedanken, voor zowel de hulpvaardigheid als de afleiding in de afgelopen maanden.

Arnhem, mei 2000

Sjors Meekels.

## Samenvatting.

Het onderwerp van mijn afstudeeropdracht betreft een probleem dat bij Gemeente Arnhem is ontstaan na gronduitgifte in het uitbreidingsgebied Rijkerswoerd in Arnhem-Zuid aan de ontwikkelingsmaatschappij Proper-Stok Woningen B.V.

In de koopovereenkomst met Proper-Stok had de Gemeente een aantal bepalingen bedongen waarin het ontwerp van de tuinen behorende bij de 128 huizen op de uitgegeven grond werd vast gelegd. Deze bepalingen werden opgenomen als kwalitatieve verplichtingen en voorzien van een kettingbeding. Bij verkoop van de woningen moeten deze bepalingen meegenomen worden in de verkoopovereenkomsten. Het probleem ontstond toen een aantal bewoners zich niet meer aan deze bepalingen hield en andere bewoners dit meldden bij de gemeente. De gemeente had niet duidelijk voor ogen hoe haar positie in deze situatie was en besloot om niet direct hard op te treden maar een brief te sturen met het verzoek de tuinen conform het ontwerp aan te passen. Hier werd niet op gereageerd en dus bleef de gemeente zitten met een onduidelijke situatie.

De gemeente wilde weten wat haar mogelijkheden tot handhaving van de bepalingen was en of zij deze materie in de toekomst niet beter op een andere manier zou kunnen regelen. Om uit te zoeken wat haar positie in deze situatie was moest, blijkende uit de twee-wegenleer, eerst onderzocht worden of het tuinontwerp niet publiekrechtelijk geregeld had kunnen worden. Dit is niet het geval omdat de onderdelen van het tuinontwerp veelal vergunningvrij zijn, deze het recht tot erfafscheiding teniet doen en ze de benedengrens van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid overschrijden. Hierdoor is het onmogelijk deze in een verordening op te nemen. Daar komt bij dat het tuinontwerp geen planologisch dient en derhalve niet in een bestemmingsplan opgenomen kan worden of als voorwaarde gesteld kan worden bij een bouwvergunning. Het gebruik van het privaatrecht is niet mogelijk gebleken omdat zowel de Woningwet, de WRO als de Gemeentewet hierdoor onaanvaardbaar doorkruist worden. Dit blijkt uit art. 122 Woningwet en uit analyse van de doorkruisingsleer voor de WRO en de Gemeentewet. Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de afdeling 3 boek 6 BW, algemene voorwaarden, keuren de bepalingen in de overeenkomsten niet goed. Bovendien vormt het niet openstaan van de publieke weg op zich al een aanwijzing dat de privaatrechtelijke weg niet open staat.

De wetgever heeft de gemeente geen middelen gegeven om de inrichting en het ontwerp van tuinen van burgers vast te leggen. Hieruit moet geconcludeerd worden dat er geen mogelijkheid bestaat voor de gemeente dit te doen. De opgenomen bepalingen aangaande het tuinontwerp zijn dus niet rechtsgeldig en hadden nooit zo opgenomen mogen worden in de overeenkomst met Proper-Stok. Dit heeft tot consequentie dat de gemeente geen juridische mogelijkheden heeft om de overtreden bepalingen uit de overeenkomst te handhaven.

Het meest eenvoudige dat de gemeente kan doen is de bepalingen aangaande het tuinontwerp uit de koopovereenkomsten laten vervallen. Dit kan bijvoorbeeld door een schriftelijke verklaring van de gemeente aan de bewoners en de notaris. Hierdoor verdwijnt het probleem dat de gemeente de naleving van de overeenkomsten moet controleren en handhaven.

<b>Inhoudsopgave.</b>	<b>Blz.</b>
<b>Samenvatting.</b>	<b>1.</b>
<b>Voorwoord.</b>	<b>2.</b>
<b>Inhoudsopgave.</b>	<b>3.</b>
<b>Hoofdstuk.</b>	
<b>1. Inleiding.</b>	<b>5.</b>
1.1 Probleemstelling & Doelstelling.	6
1.1.1 <i>Probleemstelling.</i>	6.
1.1.2 <i>Doelstelling.</i>	6.
1.2 Beperkingen & Randvoorwaarden.	7.
1.3 Feitelijke situatie.	7.
1.3.1 <i>Ontwikkelingen.</i>	7.
1.3.2 <i>Ontwerp, aanpassingen en redenen.</i>	8.
1.4 Juridische situatie.	9.
1.4.1 <i>De koopovereenkomst.</i>	9.
1.4.2 <i>Bestemmingsplan &amp; Verordeningen &amp; vergunningen</i>	10.
<b>2. Juridische kader.</b>	<b>11.</b>
2.1 Wisselwerking privaatrecht en publiekrecht.	11.
2.1.1 <i>Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.</i>	11.
2.1.2 <i>Onrechtmatige daad.</i>	11.
2.2 Gemeentelijke huishouding.	12.
2.2.1 <i>Bovengrens.</i>	12.
2.2.2 <i>Benedengrens.</i>	13.
2.3 De twee-wegenleer.	15.
2.3.1 <i>Geschiedenis twee-wegenleer.</i>	15.
2.3.2 <i>Windmill.</i>	16.
2.3.3 <i>Recente uitspraken.</i>	20.
2.4 Relevante wetgeving.	21.
2.4.1 <i>WRO.</i>	21.
2.4.2 <i>BRO, WSDV &amp; BSDV.</i>	22.
2.4.3 <i>Woningwet.</i>	22.
2.4.4 <i>Privaatrecht.</i>	23
2.4.5 <i>Burenrecht.</i>	24.
2.4.6 <i>Conclusies.</i>	24.
<b>3. Casus Rijkerswoerd.</b>	<b>26.</b>
3.1 De publiekrechtelijke mogelijkheden.	26.
3.1.1 <i>Destillatie tuinen ontwerp.</i>	26.
3.1.2 <i>De verordening.</i>	27.
3.1.3 <i>De bouwverordeningen.</i>	29.
3.1.4 <i>Het bestemmingsplan.</i>	30.
3.1.5 <i>De bouwvergunning.</i>	30.
3.1.6 <i>Samenvatting conclusies.</i>	32.
3.2 De privaatrechtelijke mogelijkheden.	33.
3.2.1 <i>Expliciet verbod.</i>	33.
3.2.2 <i>Doorkruising WRO.</i>	33.
3.2.3 <i>Doorkruising Gemeentewet.</i>	34.
3.2.4 <i>Privaatrecht</i>	35.
3.2.5 <i>Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.</i>	36.
3.2.6 <i>Samenvatting conclusies.</i>	37.

**Vervolg inhoudsopgave.**

	<b>Blz.</b>
<b>Hoofdstuk.</b>	
<b>3. Casus Rijkerswoerd.</b>	
3.3 Kwalitatieve verplichting.	38.
3.4 Correspondentie.	39.
3.4.1 <i>1<sup>e</sup> Brief.</i>	39.
3.4.2 <i>2<sup>e</sup> Brief.</i>	39.
3.5 Conclusie & Aanbeveling.	40.
3.5.1 <i>Mogelijkheden vastleggen tuinontwerp.</i>	40.
3.5.2 <i>Aanbeveling.</i>	41.
<b>Literatuurlijst.</b>	<b>42.</b>
<b>Jurisprudentieregister.</b>	<b>42.</b>
<b>Bijlage 1. Bestemmingsplan tekening</b>	
<b>Bijlage 2. Bepalingen koopovereenkomst tuinontwerp.</b>	
<b>Bijlage 3. Correspondentie aangaande tuinaanpassingen.</b>	

## 1. Inleiding.

In de laatste fase van de opleiding Management Economie & Recht aan de Heao Arnhem is het de bedoeling dat de studenten zelfstandig een afstudeeropdracht bij of voor een bedrijf uitvoeren. Mijn opdrachtgever is de Gemeente Arnhem, de opdracht zelf gaat uit van de stafafdeling Beleidscoördinatie en Voorlichting en afdeling Uitgifte Verwerving en Taxatie van de dienst Stadsontwikkeling.

Het onderwerp van de afstudeeropdracht is een aantal privaatrechtelijke bepalingen dat opgenomen is in de koopovereenkomsten van een groep woningen, via de gronduitgifte aan projectontwikkelaars. Het zijn ge- en verboden aangaande de inrichting van tuinen, die als een kwalitatieve verplichting zijn opgelegd. De ratio hiervan is het stedenbouwkundig en architectonisch ontwerp van die tuinen nu en in de toekomst te waarborgen. Er zijn echter problemen ontstaan vanaf het moment dat een aantal bewoners in strijd met de gestelde ge- en verboden ging handelen en de gemeente hierop gewezen werd door andere bewoners.

De twee probleemstellingen die ik samen met de opdrachtgever geformuleerd heb zijn de volgende:

- Hoever reiken de mogelijkheden (bestuursrechtelijk en/of /privaatrechtelijk) van de gemeente om de gewenste instandhouding van specifieke onderdelen van het stedenbouwkundig / architectonisch ontwerp te regelen.
- Wat zijn de mogelijkheden van de gemeente om in deze situatie de overtreden bepalingen, waar geen goedkeuring voor is gegeven, te handhaven.

Om deze probleemstellingen te kunnen beantwoorden zal ik in hoofdstuk 1 beginnen met het schetsen van de casus waarin zich deze problemen voordoen en van waaruit de problematiek bekeken dient te worden. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 2 diepgaand de theorie behandelen die nodig is om de casus positie te kunnen beoordelen om daarna in hoofdstuk 3 de casus aan deze theorie, wetteksten en jurisprudentie, te toetsen en te beoordelen wat de mogelijkheden tot handhaving zijn.

Het doel dat ik in deze opdracht tracht te bereiken is tweeledig.

- Enerzijds het vaststellen van de positie van de gemeente indien zij in casus tot handhaving overgaat van de bepalingen die geschonden worden.
- Anderzijds het onderzoeken of deze materie in de toekomst niet beter op een andere wijze geregeld kan worden.

De redenen hiervoor zijn vrij simpel; de gemeente wil weten of handhaving überhaupt in deze casus een mogelijkheid is, zo niet dan zal er een andere oplossing voor het probleem gezocht moeten worden. Bovendien is er in Arnhem Zuid een nieuwe wijk gepland, Schuytgraaf, met zo'n 6.500 woningen die in 12 jaar ontwikkeld moeten worden. Voor deze wijk moeten nog verdere detailplannen gemaakt worden. Om bij dit project, en andere projecten, niet in dezelfde problematiek verzeild te raken dient er nu duidelijkheid in deze materie te komen.

Daar komt bij dat er nog een discussie plaats moet vinden over de vraag of de gemeente wel wil handhaven en welke afdeling van de gemeente daar voor verantwoordelijk zou moeten zijn. Op die problematiek ga ik in deze scriptie niet verder in.

## 1.1 Probleem en doelstellingen

Om het juridische kader volledig te kunnen begrijpen is een duidelijk beeld van de ontstane situatie onontbeerlijk. De situatie die geschetst wordt is de situatie zoals deze momenteel is en hoe deze is ontstaan. Vanuit het perspectief van de geschetste situaties zal de rest van het onderzoek gedaan worden. In dit hoofdstuk worden de probleem- en doelstellingen beschreven en zullen de beperkingen verantwoord worden, tot slot zal de casus geschetst worden.

### 1.1.1 Probleemstellingen

De probleemstelling bestaat uit twee hoofdvragen (HV) die weer zijn voorzien van een aantal subvragen (SV). De twee hoofdvragen zijn echter zo verweven dat het praktisch onmogelijk is om op een vraag antwoord te geven zonder de andere vraag ook te behandelen.

De eerste hoofdvraag luidt:

HV: Hoever reiken de mogelijkheden (bestuursrechtelijk en/of privaatrechtelijk) van de gemeente om de gewenste instandhouding van specifieke onderdelen van het stedenbouwkundig / architectonisch ontwerp te regelen.

SV: -Is het mogelijk de instandhouding van het stedenbouwkundig ontwerp publiekrechtelijk te regelen?

-Mag de Gemeente Arnhem de instandhouding van het stedenbouwkundig ontwerp privaatrechtelijk regelen?

-Zijn de opgenomen privaatrechtelijke kwalitatieve bepalingen in casu rechtsgeldig?

De tweede hoofdvraag luidt:

HV: Wat zijn de mogelijkheden, publiek- of privaatrechtelijk, van de Gemeente Arnhem om in deze situatie de overtreden bepalingen, waar geen goedkeuring voor is gegeven te handhaven?

### 1.1.2 Doelstellingen.

De doelstelling is om doormiddel van de antwoorden op de bovenstaande vragen duidelijkheid te verschaffen in de volgende zaken:

- Vaststellen wat de positie van de gemeente is indien zij in casu tot handhaving overgaat van de bepalingen die geschonden worden.
- Het onderzoeken of deze materie in de toekomst niet beter op een andere wijze geregeld kan worden.

## 1.2 Beperkingen & Randvoorwaarden.

Het onderzoek spitst zich toe op de casus in Rijkerswoerd.

Er zijn vele andere terreinen te noemen en te bedenken waar zich bij gemeentelijke handhaving problemen voordoen, zoals bij overtredingen van een verleende bouwvergunning of de bouwverordening. De reden om ‘slechts’ deze casus te onderzoeken is niet zo ingewikkeld. De materie waar het om draait is complex en veelzijdig, het is daarom beter deze casus grondig en zo volledig mogelijk uit te zoeken in plaats van deze casus samen met nog één of een aantal andere casussen oppervlakkig te behandelen. Het resultaat zal ook beter zijn. Door een goede diepgang te bereiken is het zeer waarschijnlijk dat de uitkomsten goed bruikbaar zullen zijn in de toekomst.

## 1.3 Feitelijke situatie.

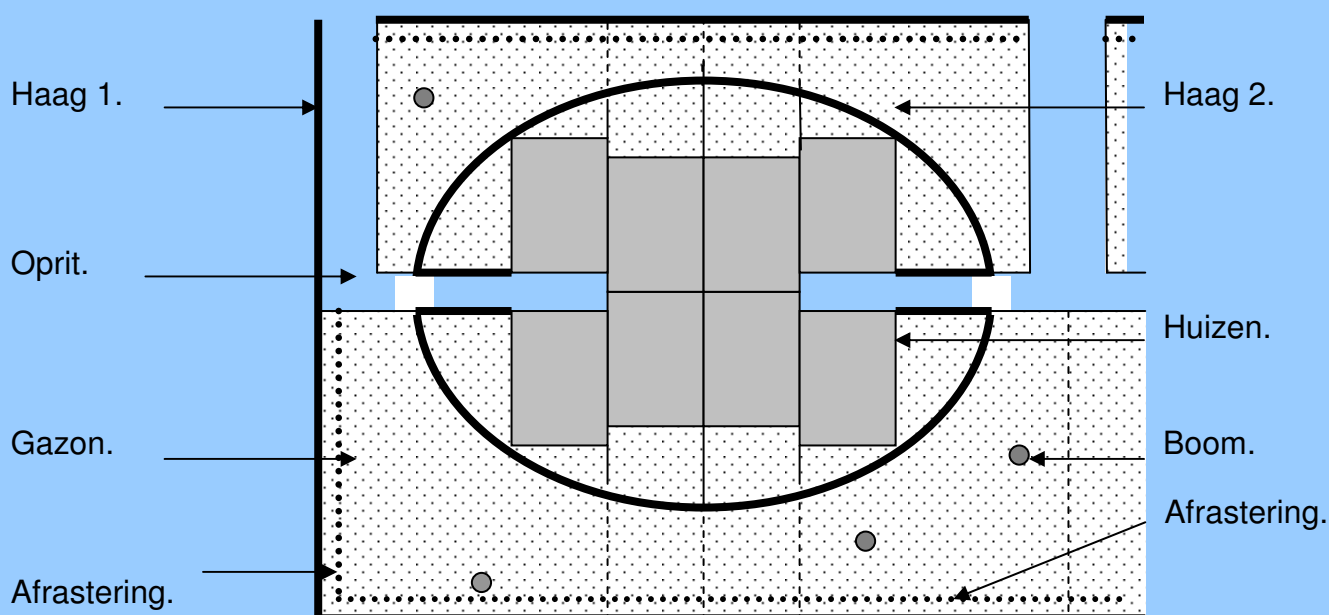
De feitelijke gebeurtenissen en ontwikkelingen die tot de ontstane situatie geleid hebben komen in deze paragraaf aan de orde, gevolgd door de juridische van belang zijnde aspecten op de casus in de volgende paragraaf.

### 1.3.1 Ontwikkelingen.

De situatie heeft zich als volgt ontwikkeld:

In juni 1997 heeft de gemeente 4 percelen grond in het uitbreidingsgebied Rijkerswoerd aan de ontwikkelingsmaatschappij Proper-Stok Woningen B.V. verkocht. Op deze percelen heeft Proper-Stok 128 zgn. Parkwoningen gebouwd en deze nadien aan particulieren verkocht. In het ontwerp van de woningen was voorzien in een opvallende inrichting van de tuin. De kopers werden verplicht gesteld de inrichting in stand te houden door strenge bepalingen in de koopovereenkomst. Hierdoor kunnen de kopers maar in zeer beperkte mate een eigen invulling aan de tuinen geven. Zoals op de tekening (en Bijlage 1) te zien is, bestaat het ontwerp van de tuinen uit een buitenste haag (haag 1), die deels op de perceelsgrenzen staat en voorzien is van een afrastering, en een binnenste haag (haag 2) die een groepje van acht woningen omsluit. De maximale hoogte van de hagen is 75 cm en de minimale hoogte 40 cm. De rest van de tuinen werd, buiten de opritten, voorzien van gazon en hier en daar een boom.

Tekening 1.1 Huizenblok Parkwoningen.



In 1997 zijn de woningen opgeleverd en kort daarna zijn de eerste mensen in de woningen getrokken. De tuinen zijn in begin 1998 volgens het ontwerp door Proper-Stok aangelegd. Juist deze tuinen zorgden voor de nodige problemen. In de loop van 1998 werd de gemeente door een aantal bewoners van de Parkwoningen op de hoogte gebracht van het feit dat een aantal mede bewoners aanpassingen aan de inrichting van de tuin hadden gedaan. De aanpassingen waar het om ging waren onder andere het verplaatsen van de haagjes, verwijderen van de haagjes en het plaatsen van erfafscheidingen en andere beplanting. Hierdoor hielden deze medebewoners zich niet aan de bepalingen die opgenomen waren in de koopovereenkomsten. Een andere groep bewoners (deels overtreders) vroeg de gemeente toestemming om in afwijking van de bepalingen in de overeenkomst een afrastering binnen de binnenste haag te mogen plaatsen.

De gemeente heeft in eerste instantie gereageerd middels een schrijven van de wethouder naar alle bewoners van de Parkwoningen met het verzoek de tuinen weer conform de koopovereenkomst aan te passen (zie bijlage 3). Het effect van het verzoek van de wethouder was nihil, de bewoners hebben geen aanpassingen gedaan om de tuinen weer in de originele staat terug te brengen. Later heeft de gemeente goedkeuring gegeven aan het verzoek om de binnenste haag ook van een afrastering te voorzien. Op de status van beide brieven ga ik verder in in paragraaf 3.4. Verder optreden door de gemeente heeft niet plaats gevonden, mede vanwege de twijfel of de gemeente sterk genoeg staat om tot handhaving over te gaan. De vraag is of de naleving van deze bepalingen wettelijk afdwingbaar is. Op deze en andere vragen zal ik in hoofdstuk 3 verder in gaan.

### *1.3.2 Ontwerp, aanpassingen en redenen.*

Het ontwerp van de tuinen is er op gericht om de kleine tuintjes groter te laten ogen en de uitstraling van een gezamenlijke tuin te creëren. Het gezamenlijke gedeelte is echter in praktijk niet voor gezamenlijk gebruik, hetgeen ook duidelijk in de koopovereenkomsten is geformuleerd. Op deze manier ontstaat er niet alleen voor de bewoners van de Parkwoningen maar ook voor de omwonenden een fraai stukje groen in de wijk. Dit ontwerp wil de gemeente proberen te beschermen en in stand houden. Omdat het op kavels is ontworpen die met de huizen verkocht werden is er gekozen een privaatrechtelijke regeling te treffen om ervoor te zorgen dat de bewoners de tuinen niet naar eigen inzicht zouden gaan inrichten.

Dit is echter wel het geval geweest; zoals hiervoor vermeld werd de gemeente in de loop van 1998 erop gewezen dat een aantal bewoners aanpassingen hadden gedaan aan het oorspronkelijke tuinontwerp. Deze handelingen zijn strijdig met de bepalingen uit de koopovereenkomst. In de correspondentie met de bewoners en uit andere reacties kwamen diverse redenen naar voren voor het doen van deze aanpassingen. Zo werden overlast van loslopende honden en de veiligheid van kleine kinderen genoemd. Ook het feit dat vreemde personen zich door de tuinen van de Parkwoningen naar elders begaven, zodoende dus over privé-grond liepen, was een reden om de tuininrichting aan te passen.

Het feit dat er volgens de gemeente legitieme redenen werden aangevoerd om aanpassingen te mogen doen, was de aanleiding om daar vervolgens de gevraagde toestemming voor te verlenen. Het ging in dit geval om de vraag of mensen een afrastering aan de binnenkant van de binnenste haag mochten plaatsen. Wel werd verzocht dat indien mensen een afrastering zouden willen plaatsen deze van hetzelfde soort zou moeten zijn als de afrastering die Proper-Stok bij de buitenste haag heeft geplaatst. De maximale hoogte van deze afrastering werd evenals de maximale hoogte van de hagen vastgesteld op 75 cm.



## 1.4 Juridische situatie.

Om de casus zo helder mogelijk te krijgen zal ik alle relevante zaken in de huidige juridische situatie behandelen, zonder daarbij een oordeel te geven over de rechtsgeldigheid van de kwalitatieve bepalingen in de koopovereenkomsten. De uitleg van de reikwijdte en mogelijkheden die de wetten en verordeningen bieden zullen in paragraaf 2.4 uitgebreid aan de orde komen.

### 1.4.1 De koopovereenkomst.

Het doel van de gemeente was het ontwerp van de tuinen nu en in de toekomst te behouden. Het middel dat de gemeente gebruikt heeft is de opname van een aantal kwalitatieve verplichtingen en een kettingbeding (conform art. 6:252 BW) in de overeenkomst van gronduitgifte, die het behoud en ontwerp van de tuinen regelen. Kopieën van de bepalingen zitten in bijlage 2. Zoals uit schema 1.2 blijkt, heeft de gemeente de grond uitgegeven (verkocht) aan ontwikkelaar Proper-Stok. De kwalitatieve verplichtingen die in de overeenkomst van gronduitgifte tussen de gemeente en Proper-Stok zijn opgenomen, zijn daarna ook opgenomen in alle akte van verkoop en levering van de woningen door Proper-Stok aan de particuliere kopers.

Volgens deze bepalingen is het de kopers verboden om:

- op de grond tussen de 2 hagen andere beplanting aan te brengen. (zie VI.3. art. 4)
- op deze grond een schutting, een muur, een haag of een ander soort erfafscheiding aan te brengen. (zie VI.3. art. 4)
- op de totale bouwkavel enig soort tuinhuisje of soortgelijke bebouwing op te richten. (zie VI.3. art. 6)

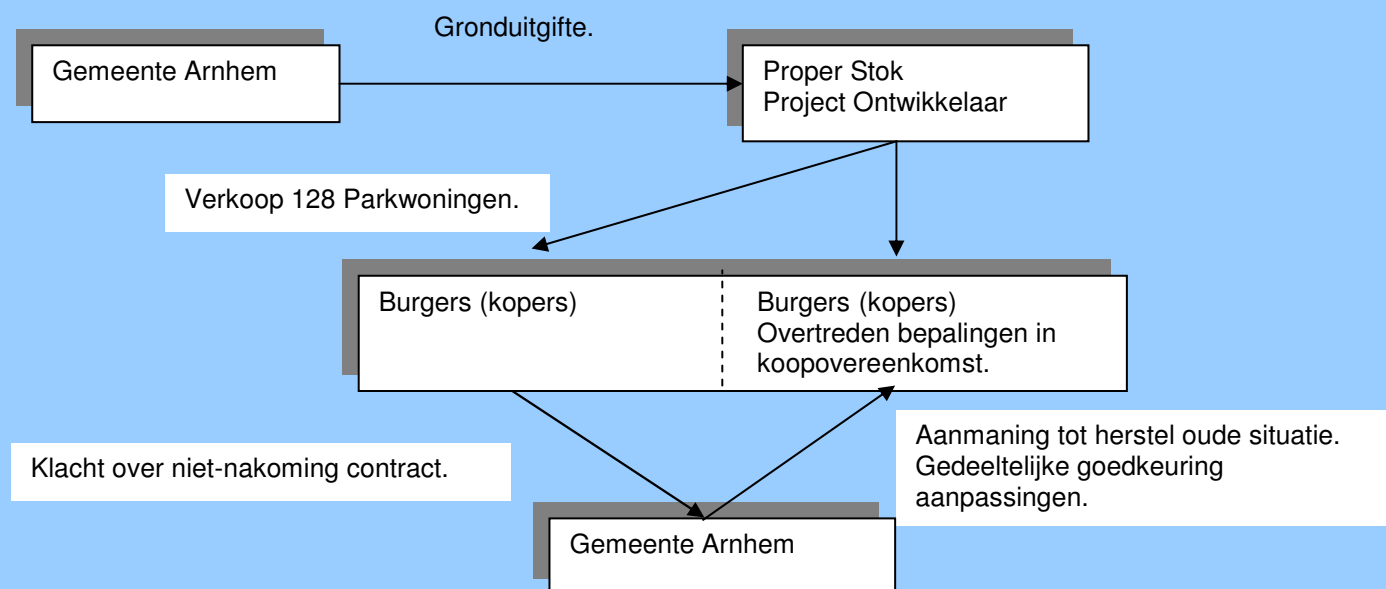
Voorts is de kopers verplicht gesteld om:

- de hagen, het gazon en bomen te dulden, op eigen kosten te onderhouden in stand te houden en zonodig te vervangen. (zie VI.3. art. 7.1)
- de hoogte van de hagen tussen de 40 en 75 cm te houden. (zie VI.3. art. 7.2)

Door deze bepalingen als kwalitatieve verplichting op te leggen ontstaat er zaaksgevolg, droit de suite. Dit wil zeggen dat de bepalingen ook bij verkoop van de zaak, in dezen de onroerende zaak, op de zaak blijven rusten. Het zaaksgevolg werkt tegenover iedereen, een eigenschap van een absoluut recht. Het heeft dus een ruimere werking dan het, eveneens opgenomen, kettingbeding dat slechts tegenover de wederpartij werking heeft.

Om de nakoming van de overeenkomst beter te garanderen is deze voorzien van twee boetebepalingen van beide f 100.000,-. De eerste is gericht op de koper / eigenaar die de bepalingen aangaande de inrichting van de tuinen overtreedt en de tweede op de koper / eigenaar die bij verkoop van het onroerend goed de bepalingen van de kwalitatieve verplichtingen en het kettingbeding niet in de koopovereenkomst opneemt. In principe is dus elke nieuwe eigenaar aan deze bepalingen gebonden. Op de vraag of dit inderdaad zo is en op wat de mogelijkheden bij overtreding van de bepalingen zijn, ga ik in hoofdstuk 3 uitvoerig in.

Schema 1.2 situatie Rijkerswoerd Parkwoningen:



#### 1.4.2 Bestemmingsplan & Verordeningen:

De gemeente heeft een aantal mogelijkheden om de ruimtelijke ordening in haar gebied te regelen.

Voor de inrichting van wijken en planologische ontwerpen heeft de overheid de verplichting gekregen, in de Wet op de Ruimtelijke Ordening art. 10 e.v., om bestemmingsplannen te maken voor de gebieden buiten de bebouwde kom. In deze plannen kunnen gemeenten bestemmingen en gebruik van de gronden in het plangebied vastleggen (Zie paragraaf 2.4.1). In het bestemmingsplan dat van toepassing is op de wijk Rijkerswoerd, waar de Parkwoningen gelegen zijn, zijn geen bepalingen opgenomen die de inrichting van de tuinen van deze woningen en het behoud van de haagjes regelen. Op grond van art. 149 Gemeentewet kan de gemeenteraad verordeningen vaststellen die zij in het belang van de gemeente acht. In de Algemene Plaatselijke Verordening die op grond van eerder genoemd artikel is vastgesteld, staan geen bepalingen die de inrichting van de tuinen van woningen of de instandhouding van een architectonisch tuinontwerp regelen.

De gemeenteraad is verplicht een bouwverordening vast te stellen. In art. 8 Woningwet staat dat de gemeente een bouwverordening moet vaststellen en tevens welke voorschriften deze dient te bevatten. In de bouwverordening van de Gemeente Arnhem zijn geen bepalingen opgenomen die de inrichting van de tuinen van woningen of de instandhouding van een architectonisch tuinontwerp regelen. Wel is een algemene bepaling opgenomen over erfafscheidingen in art. 2.5.18 van de bouwverordening. Hierin wordt verwezen naar art. 43 van de Woningwet waarin de erfafscheidingen geregeld worden. Op grond van art. 40 Woningwet is het verboden te bouwen zonder een bouwvergunning. Aan het verlenen van een bouwvergunning kan de gemeente voorwaarden stellen. Aan de bouwvergunning die aan Proper-Stok is verleend, zijn geen voorwaarden gesteld door de gemeente die het ontwerp van de tuinen regelen. Uit bovenstaande blijkt dat de enige wijze waarop de gemeente de instandhouding van het ontwerp heeft vastgelegd de kwalitatieve verplichtingen zijn die in de koopovereenkomsten zijn opgenomen.

## 2. Juridische kader.

Om aan het eind van deze opdracht gegronde conclusies te kunnen trekken over de positie van de gemeente in de geschetste casus zal eerst het juridische kader duidelijk moeten zijn. De casus positie is beschreven in hoofdstuk 1. De problemen die er uit zijn ontstaan zijn omschreven in de twee hoofdvragen met bijbehorende subvragen. In dit hoofdstuk zal ik de belangrijkste wetten en juridische leerstukken behandelen die in het volgende hoofdstuk toegepast zullen worden op de casus Rijkerswoerd.

### 2.1 Wisselwerking privaats- en publiekrecht.

#### 2.1.1 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De tijd is voorbij dat het privaats- en het publiekrecht als twee afzonderlijke rechtsgebieden werden beschouwd. De verhouding is niet meer dusdanig dat het privaatrecht als gewoon recht wordt gezien en het publiekrecht als bijzonder recht. Veel meer wordt er nu van uit gegaan dat zij invloed op elkaar hebben en zo nu en dan door elkaar heen werken. Dit is ook geen vreemde gedachtegang wanneer bepaalde begrippen met elkaar vergeleken worden zoals de bekende *“redelijkheid en billijkheid”* uit het privaatrecht en de *“maatstaven naar wat betamelijk is in het maatschappelijk verkeer”* uit het publiekrecht. Dat de redelijkheid en billijkheid in een privaatrechtelijke overeenkomst altijd een rol spelen is gebleken uit het HBU-Saladin arrest<sup>1</sup>. Hierin werd de Hollandse Bank Unie aansprakelijk gesteld door Saladin voor diens financiële schade, voortkomend uit slecht beleggingsadvies van de HBU. Hetzelfde geldt voor een publiekrechtelijke verhouding waarop betamelijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur altijd van toepassing zijn.

Diverse wetsartikelen verwijzen naar de onderlinge verhouding die moet worden aangenomen; vergelijk art. 2:1 BW, waarin de publiekrechtelijke rechtspersonen naar privaatrecht, bijvoorbeeld De Staat en gemeenten zijn genoemd, met art. 3:14 BW:

*“Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht”*

Hieruit blijkt dat overheidslichamen die volgens de wet (privaatrecht) rechtspersoonlijkheid hebben, bij het uitvoeren van hun taak door middel van verkregen bevoegdheden zich te houden hebben aan de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht. Dit speelt vaak bij de uitgifte van grond door gemeenten, waarbij zij gebruik maken van het eigendomsrecht op de grond voor het stellen van voorwaarden bij gronduitgifte. Een belangrijke uitspraak hierover deed de Hoge Raad in het Amsterdam-Ikon arrest<sup>2</sup>. Hier bepaalde de Hoge Raad dat de overheid ook bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten, in het betreffende arrest erfpacht, gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen van behoorlijk bestuur zijn deels gecodificeerd in de Awb (Zie de algemene bepaling in art. 3:1 Awb en de 3 artikelen in de afdeling 3:2). Dit houdt in dat wanneer de overheid een privaatrechtelijke overeenkomst sluit, zoals in de casus Rijkerswoerd, zowel de redelijkheid en billijkheid als de maatschappelijke betamelijkheid van toepassing zijn.

#### 2.1.2 Onrechtmatige daad.

Bovenstaande zaken komen samen in de onrechtmatige overheidsdaad. Zeker nu de maatschappij steeds kritischer het beleid en de handelingen van de overheid volgt komt het vaker voor dat de overheid door burgers aangesproken wordt op haar daden. Indien een burger zich beroept op het feit dat de overheid jegens hem een onrechtmatige daad begaat, conform art. 6:162 BW, dan is de burgerlijke rechter bevoegd om zich hierover te buigen. Zelfs als het om een typische overheidsstaak gaat zoals het verlenen van vergunningen. Een van de aspecten die

<sup>1</sup> Saladin-HBU, HR 19 mei 1967, NJ 1967 261.

<sup>2</sup> Amsterdam-Ikon, HR 27 maart 1987, AB 1987 273.

de burgerlijke rechter in die zaken met name zal beoordelen is de verhouding tussen partijen, de verhouding tussen overheid en burger.

## 2.2 Gemeentelijke huishouding.

Alles wat de overheid doet als zodanig, moet gebeuren in het algemeen belang. Dit geldt dus ook voor de gemeente. De gemeente heeft zich echter aan meer beperkingen dan het algemeen belang te houden, zij moet bij haar handelen binnen haar eigen huishouding blijven, zie lid 1 art. 124 Grondwet<sup>3</sup> en lid 1 art. 108 Gemeentewet. Deze huishouding is de speelruimte waarbinnen de gemeente mag handelen, die is ingekaderd door een boven- en een benedengrens. Beide grenzen spelen een rol in casus Rijkerswoerd en zullen in deze paragraaf besproken worden.

### 2.2.1 Bovengrens.

In Nederland hanteren we een normenhiërarchie voor de verschillende wetten en regelingen die ervoor zorgt dat deze niet met elkaar in conflict komen. In de grondwet komt dit slechts deels naar voren. Art. 94 Grondwet<sup>4</sup> stelt dat internationale verdragen en besluiten van volkerenorganisaties boven de nationale wetgeving staan (supranationaal), voorbeelden zijn het Eu-verdrag en beslissingen van de Verenigde Naties. Nadere artikelen die de onderlinge verhouding tussen de wetgevers regelen geeft de Grondwet echter niet. Toch is het van belang deze normenhiërarchie te bespreken omdat zo de plaats van de gemeentelijke verordening hierin duidelijk wordt. De hiërarchische volgorde van de wetten / regelingen is: grondwet, formele wet, algemene maatregel van bestuur, wettelijke voorschriften (Koninklijk besluit, ministeriële regeling), provinciale verordening, gemeentelijke verordening. De rechter zal de zgn. lagere regelingen aan de hogere toetsen indien er een conflict ontstaat. Uitzondering hierop is echter de formele wet die niet aan Grondwet getoetst mag worden (zie art. 120 grondwet).

Voor de gemeentelijke verordeningen zijn er twee mogelijkheden: de anterieure verordening en de posterieure verordening. Beide worden toegelicht.

Anterieure verordeningen, art. 121 Gemeentewet: *“De bepalingen van gemeentelijke verordeningen in wier onderwerp door een wet, een algemene maatregel van bestuur of een provinciale verordening is voorzien, zijn van rechtswege vervallen.”*

Dit zijn bestaande gemeentelijke verordeningen waarvoor een andere regeling in de plaats gekomen is. De verordening is door de gemeente vastgesteld en hierna heeft een hogere wetgever een wet, een algemene maatregel van bestuur of een provinciale verordening voor hetzelfde onderwerp vastgesteld. De gemeentelijke verordening vervalt dan volledig van rechtswege.

Posterieure verordening, art. 120 Gemeentewet: *“De bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen blijft ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, gehandhaafd, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn.”*

Dit zijn verordeningen die een aanvullende werking hebben op een reeds bestaande hogere regeling. De wet moet wel toestaan dat er aangevuld mag worden. Sommige wetten zijn uitputtende regelingen waarvoor de lagere overheden zelf geen regels meer mogen stellen. Dit kan letterlijk uit de wet blijken of zal uit wetsinterpretatie moeten blijken. Deze aanvullingen kunnen eigenlijk of oneigenlijk zijn. Bij oneigenlijke aanvulling is er sprake van hetzelfde onderwerp maar een ander motief voor de verordening. Bij eigenlijke aanvulling heeft de lagere

<sup>3</sup> Lid 1 art 124 Grondwet: *“Voor provincies en besturen wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten.”*

<sup>4</sup> Art 94 Grondwet: *“Binnen het koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”*

overheid nog ruimte om nadere regels voor het onderwerp met hetzelfde motief te stellen. Bij beide wijze van aanvullen door de gemeente mag de hogere regeling niet gefrustreerd worden.

Het komt in de praktijk niet vaak voor dat een lagere regeling in strijd is met een hogere regeling, een bekend voorbeeld is het Schiermonnikoog arrest<sup>5</sup>. In dit arrest had de gemeente Schiermonnikoog voorschriften uitgevaardigd in een posterieure verordening. In deze APV werd het een ieder verboden zich met een motorvoertuig binnen de grenzen van de gemeente Schiermonnikoog te bevinden. De gemeente kon hier ontheffingen voor verlenen voor de plaatselijke bevolking. Een overtreder werd door de kantonrechter veroordeeld tot het betalen van een boete. Hiertegen stelde hij beroep in cassatie in. De Hoge Raad oordeelde dat de verordening van de gemeente te diep en te algemeen in het normale verkeer op de wegen ingreep, het normale verkeer is een zaak van de Wegenverkeerswet (WVW). Alhoewel de redenen voor de voorschriften heel begrijpelijk zijn, men wilde de rust en het bijzondere karakter van de gemeente bewaren, vormen de voorschriften een te grote inbreuk op de WVW waaraan een ieder het recht ontleent zich op de openbare weg te mogen bevinden. De verordening was in strijd met een hogere regel, een formele wet, en werd door de Hoge Raad onverbindend verklaard.

In feite voegt art. 121 Gemeentewet voegt niets toe aan art. 149 Gemeentewet waarin de autonome bevoegdheid tot het maken van verordeningen door gemeenten reeds bepaald is. Het is in feite een artikel dat door de wetsgeschiedenis in de Gemeentewet is blijven staan<sup>6</sup>.

### 2.2.2 *Benedengrens.*

De andere grens, de benedengrens, geeft aan wanneer de gemeente zich nog wel mag laten gelden en wanneer niet meer. Met andere woorden wanneer is een aangelegenheid nog in het algemeen belang en wanneer is het een privé kwestie? In de jurisprudentie is de regel ontwikkeld dat waarin de praktijk gevallen voorkomen die het openbaar belang kunnen raken en niet alleen het particuliere belang, de gemeente bevoegd is verordeningen te maken, (zie Arnheems krakers arrest<sup>7</sup>). De juridisch term voor het kunnen raken van een openbaar belang heet reflexwerking, gedragingen of handelingen die zich binnenshuis afspelen kunnen wel degelijk een effect hebben op de omgeving. Bijvoorbeeld een bordeel, de feitelijke handelingen spelen zich achter gesloten deuren af maar hebben wel invloed op de directe omgeving door overlast die hierdoor ontstaat. In het krakers arrest werd door de krakers aangevoerd dat toenmalig art. 84 APV, een verbod op het betreden van een leegstaande woning zonder toestemming van de eigenaar, geen openbaar belang diende en dus onverbindend was. Het Hof verwierp dit en stelde dat art. 84 APV wel degelijk in verband kon worden gebracht met het openbaar belang. Enkele voorbeelden die genoemd werden waren de maatschappelijke verontrustheid, indien zou blijken dat de gemeente niets tegen kraken zou kunnen ondernemen, de angst die onroerend goed bezitters krijgen om hun bezit onbeheerd te laten en de gevaren die krakers kunnen lopen door het provisorisch aanleggen of herstellen van gas- en elektriciteitsleidingen.

Om te kunnen beoordelen of handelingen of gedragingen van burgers een algemeen belang raken moet onderzocht worden wat de reflexwerking van deze handelingen of gedragingen zijn<sup>8</sup>. Handelingen die zich niet direct in de openbaarheid afspelen kunnen toch een dusdanige werking hebben dat zij het openbare belang raken, indien dit het geval is is de gemeente bevoegd hier verordeningen voor vast te stellen. Denk maar aan de bepalingen die opgelegd worden voor / tegen prostitutie en de seksindustrie in afdeling 3 van de Arnhemse APV. Veel van de verboden handelingen of gedragingen spelen zich niet in de openbaarheid af maar raken toch degelijk het openbaar belang. Prostitutie en sekswinkels –clubs –bioscopen hebben een

5 APV Schiermonnikoog, HR 23 december 1980, NJ 1981 171.

6 Hennekens, Decentralisatie blz. 93 t/m 98.

7 Arnheems krakers arrest, HR 8 april 1980, NJ 1980 330.

8 Hennekens Decentralisatie blz. 73 ev.

directe invloed op de wijk en of straat waar zij zich bevinden, mede door alle personen die hier op afkomen en de overlast die deze veroorzaken voor omwonenden.

Er zijn in het verleden talloze zaken geweest waarbij de gemeente echter wel verder ging dan zij bevoegd was. Een zeer bekend voorbeeld is het Fluoridering arrest<sup>9</sup>. In die casus wilde de Gemeente Amsterdam een fluorverbinding aan het drinkwater toevoegen vanwege de positieve werking hiervan op de gezondheid van de burgers. Hiertegen gingen diverse mensen in beroep en uiteindelijk deed de Hoge Raad uitspraak en stelde dat de gemeente, op straffe van een flinke dwangsom, geen fluorverbinding toe mocht voegen indien zij niet voor een deugdelijk alternatief voor de burgers zorgden. Zou zij niet voor een alternatief zorgen dan overschreed de gemeente de ondergrens van haar huishouding.

In de casus Rijkerswoerd zal uiteindelijk ook beoordeeld moeten worden of de bepalingen in de koopovereenkomsten ook in het algemeen belang te zien zijn of dat ze (deels) te veel in de privé-sfeer werken.

---

9 Fluoridering arrest, HR 22 juni 1973, NJ 1973 386.

## 2.3 Historie twee-wegenleer.

De beschrijving van de twee-wegenleer zal in twee stappen gebeuren, allereerst een beknopt overzicht met enkele belangrijke arresten en commentaren en vervolgens de huidige gebruikte criteria voorzien van het standaard arrest met daarop gebaseerde arresten gevolgd door een aantal recente uitspraken.

### 2.3.1 *Geschiedenis twee-wegenleer.*

De twee-wegenleer is in de juridische geschiedenis geen onbekend onderwerp en er zijn inmiddels vele stukken en commentaren op geschreven. Een van de redenen voor dit probleem is dat de overheid theoretisch gezien vaak twee hoedanigheden heeft en zo ook twee verschillende handelsmogelijkheden heeft. De overheid is enerzijds eigenaar van stukken grond en andere zaken, waardoor zij privaatrechtelijk bevoegdheden heeft, die gebruikt kunnen worden om bepaalde doelstellingen of resultaten te bereiken. Anderzijds heeft de overheid de mogelijkheid om via alle publiekrechtelijke regelingen die zij heeft, haar doelen te bereiken. De wetgever zou dit probleem op kunnen lossen, velen achten dit ook wenselijk, door deze materie in wettelijke bepalingen op te nemen (codificeren). Dat is tot op heden niet gebeurt en dus blijft de jurisprudentie de belangrijkste bron voor dit juridische vraagstuk.

Een van de eerste personen die zich kritisch opstelde tegenover de twee-wegenleer was Huart in 1927 in zijn opstel “Misbruik van burgerlijkrecht door de administratie”.

De aanleiding voor zijn stuk waren twee arresten waarin de Hoge Raad oordeelde dat de overheid in geen enkel wettelijk voorschrift werd belemmerd in zijn keuze voor een privaatrechtelijke overeenkomst of een publiekrechtelijke regeling. De vraag of deze handelingsvrijheid wel of niet toegestaan was werd later voor lange tijd beantwoord en voorzien van een tweetal criteria in het Kruseman arrest.

Het Kruseman arrest heeft lange tijd als standaard arrest gediend.

#### *Kruseman arrest:*<sup>10</sup>

In deze casus handelde het om een storting van Kruseman in “Het fonds voor woningonttrekking”, waar de medewerking van de gemeente om het onttrekken van woningruimte mogelijk te maken tegenoverstond. Kruseman had een pand verkocht wat de bestemming droeg voor woondoeleinden. In de koopovereenkomst was echter opgenomen dat de koper gerechtigd was het pand te gebruiken voor bedrijfsdoeleinden. Voor de omzetting van woonruimte naar bedrijfsruimte, een zgn. bedrijfsruimteverklaring, was een positief advies van van B. en W. nodig aan de Kamer van Koophandel. De gemeente gaf aan mee te willen werken mits Kruseman een bedrag van bijna achttienduizend gulden in het gemeentelijke “Fonds voor woningonttrekking” zou storten. Nadat de storting had plaats gevonden en de gemeente de onttrekking mogelijk had gemaakt vorderde Kruseman het betaalde bedrag terug op grond van onverschuldigde betaling omdat de overeenkomst met de gemeente z.i. een ongeoorloofde oorzaak had<sup>11</sup>. De Hoge Raad gaf in haar uitspraak eerst een algemene overweging en spitste deze daarna toe op de te behandelen zaak. Zij oordeelde dat van een ongeoorloofd oorzaak geen sprake kon zijn omdat de medewerking van de gemeente niet wettelijk verplicht was en er tegen de betaling van Kruseman aan de gemeente geen wettelijk beletsel bestond. Zodoende maakte de gemeente geen misbruik van haar bevoegdheden of van haar feitelijke machtspositie en werd de eis van Kruseman afgewezen.

De conclusie die uit de bovenbeschreven casus getrokken kan worden en later nogmaals werd bevestigd in het Eindhoven-Staals arrest<sup>12</sup> is dat de overheid in principe de vrije keus heeft om een beleidsdoel publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk te regelen. De enige beperkingen die

<sup>10</sup> Kruseman arrest, HR 13 april 1962, NJ 1964 366.

<sup>11</sup> Zie ook J.C.E. Akkermans-Wijn, contracten met de overheid, p. 51, 52, 171-173, voor een uitvoerig behandeling van het Kruseman arrest.

<sup>12</sup> Eindhoven-Staals arrest, HR 19 januari 1968, NJ 1968 166.

gesteld worden aan het gebruik van privaatrechtelijke regeling boven een publiekrechtelijke zijn:

- de overheid mag geen misbruik maken van haar bevoegdheden of van de situatie (de machtspositie waarin de overheid vaak verkeert).
- de strekking van de wet of de wet zelf mag zich er niet tegen verzetten.

Zo werd in het Hoogeloon arrest<sup>13</sup> de gemeente in het gelijk gesteld toen zij een bijdrage vorderde voor een uitwegvergunning via een privaatrechtelijke overeenkomst, terwijl zij dat wettelijk niet meer als voorwaarde kon stellen. De strekking van de regeling was echter zodanig dat het resultaat, kostenverhaal, gelijk was indien de gemeente een belastingheffing in zou stellen. Het maakte in feite niet uit welke weg bewandeld werd, het resultaat op het eind was hetzelfde (later gaat het resultaat een belangrijker rol spelen in de keuze tussen privaatrecht of publiekrecht).

Er is door menigeen beweerd dat de Hoge Raad de twee-wegenleer verlaten zou hebben, omdat deze leer gedateerd en te onduidelijk zou zijn. Zo nu en dan zijn er uitspraken geweest die inderdaad de nodige stof opleverde voor discussie; een bekend voorbeeld hiervan is het Heesch-V.d. Akker arrest<sup>14</sup> uit 1986. In deze casus heeft de overheid te veel vertrouwd op de uitspraak in het Hoogeloon arrest. De Hoge Raad oordeelde dat, mede door de veranderde rechtsopvatting en algemene afkeuring van het Hoogeloon arrest, de burgers met succes in beroep kunnen gaan tegen een heffing voor een uitwegvergunning. Het verweer van de gemeente, met onder andere een beroep op rechtzekerheid, werd verworpen. Zie hiervoor ook de noot onder het arrest Heesch-V.d. de Akker van mr. Franx.

### 2.3.2 Windmill

In 1990 kwam de Hoge Raad echter met een uitspraak in het Windmill arrest<sup>15</sup> dat nu algemeen beschouwd wordt als het kader waarin de twee-wegenleer geïnterpreteerd dient te worden. Hieronder volgt een korte beschrijving van de casus.

#### *Windmill arrest:*

Windmill B.V. is een meststoffabrikant die tot 1980 een privaatrechtelijke overeenkomst met de Staat had om gipsslurry te mogen lozen op de Nieuwe Waterweg. Zij was in het bezit van de benodigde vergunningen krachtens de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren (WVO) en de Rivierenwet. De Staat eiste een opmerkelijk hogere vergoeding voor het lozen en Windmill ging hiermee niet akkoord. De Staat vorderde een verbod om de gipsslurry te lozen op de Nieuwe Waterweg tegen Windmill, zolang Windmill niet in het bezit is van een door de Staat als eigenaar van de Nieuwe Waterweg te verlenen privaatrechtelijke vergunning tot het gebruik van dit water, natuurlijk tegen betaling van de verhoogde jaarlijkse vergoeding. Daarbij duidde de Staat aan dat er tegen die lozingen op zich geen bezwaar bestond, maar dat zij een hogere vergoeding wilde ontvangen. Zowel de Rechtbank als het Hof wezen de eis van de Staat af.

De conclusie die getrokken werd in de Windmill casus was dat de WVO op een onaanvaardbare wijze doorkruist wordt, wanneer de Staat in het gelijk zou zijn gesteld en op grond van zijn eigendomsrecht op het water bevoegd zou zijn om de lozing afhankelijk te stellen van een vergoeding. Het ging hier slechts om een financieel doel van de Staat die echter (nog) niet de mogelijkheid had om dit publiekrechtelijk af te dwingen. In deze casus waren de heffingsvoorschriften nog niet in de WVO opgenomen. Het criterium waar de Hoge Raad in dit geval het meeste gewicht aan gaf was dat de publiekrechtelijke regeling meer zekerheid bood aan de burger (Windmill in deze casus) dan de privaatrechtelijke betaling. Zouden deze heffingsvoorschriften er wel geweest zijn dan stond de publiekrechtelijk weg wel open en de

<sup>13</sup> Hoogeloon arrest, HR 2 februari 1966, NJ 1966 415.

<sup>14</sup> Heesch-V.d. Akker arrest, HR 16 mei 1986, NJ 1986 723.

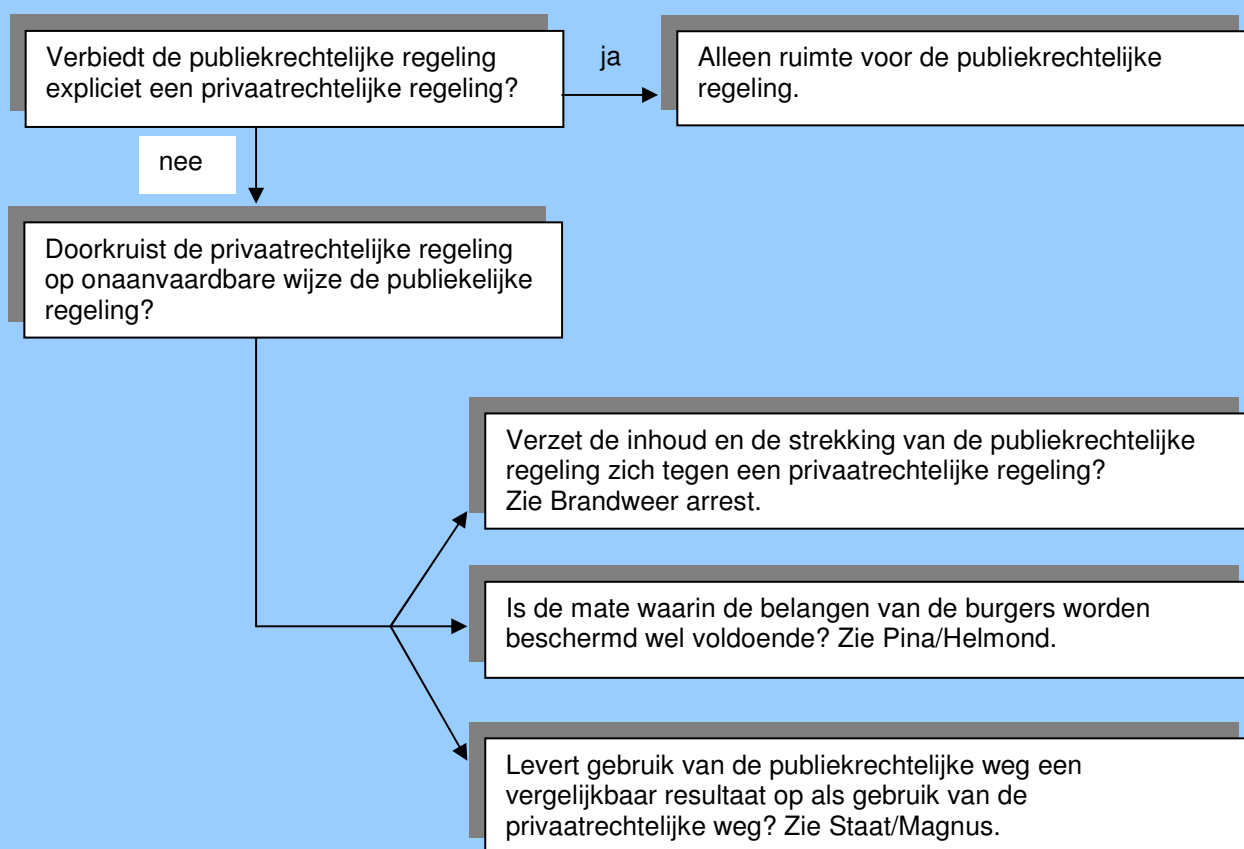
<sup>15</sup> Windmill arrest, HR 26 januari 1990, AB 1990 408.



Hoge Raad oordeelde dat Windmill dan de rechtsmiddelen van Wet administratieve rechtspraak belastingzaken had kunnen gebruiken en zo meer zekerheid zou hebben gehad. De Hoge Raad motiveerde deze stelling verder niet.

De criteria, zie schema 1.3, die de Hoge Raad gaf in haar overweging bij het behandelen van de Windmill casus geven aan op welke wijze geredeneerd moet worden om tot de conclusie te komen of de overheid wel of niet gebruik mag maken van een privaatrechtelijke regeling. Deze werden, zoals hierna wordt behandeld, in latere uitspraken gevolgd en aangescherpt. Het Windmill arrest is nu het standaard arrest op het moment dat in een casus de twee-wegenleer behandeld wordt. Het onderstaande schema vloeit voort uit die uitspraak.

Schema 1.3 overweging uit het Windmill arrest.



### Verklaring schema 1.3

De eerste vraag die beantwoord moet worden is of de publiekrechtelijke regeling een exclusieve regeling is of niet. Soms staat in de wet dat het de overheid niet toegestaan is de voorgeschreven publiekrechtelijke regeling te omzeilen door een privaatrechtelijke regeling hiervoor te treffen. Dit komt echter niet vaak voor, een voorbeeld hiervan vinden we echter wel in art. 122 Woningwet:

Woningwet:

*“De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarbij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2, en in hoofdstuk IV van deze wet is voorzien.”*

Hier staat heel expliciet dat de gemeente dus geen privaatrechtelijke regelingen mag treffen voor zaken die staan in de algemene maatregel van bestuur of artikelen waar dit artikel naar

verwijst. Zo duidelijk komt een dergelijke verwijzing bijna niet voor. Meestal vormt het tweede deel van de overweging, met de drie criteria, dan ook de basis waarop uiteindelijk bepaald wordt wat de overheid wel en niet is toegestaan.

De drie uitgangspunten die moeten uitmaken of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising, de doorkruisingstheorie, zal ik één voor één bespreken aan de hand van arresten waar deze punten duidelijk naar voren kwamen. Op deze manier is te zien hoe gecompliceerd deze theorie in de praktijk werkt. Wel moet er bij vermeld worden dat de uitspraken voor een groot deel op een van de te behandelen criteria berusten maar niet volledig. De hoge Raad weegt in haar beslissingen alle criteria af en komt dan pas met een uitspraak. Het is niet nodig dat in alle gevallen alle drie de punten gebruikt kunnen worden. Dit is veelvuldig in latere uitspraken en ook in Windmill zelf uitgelegd.

#### *Brandweer arrest<sup>16</sup>.*

Het eerste criterium uit het Windmill arrest is: “Verzetten de inhoud en of de strekking van de regeling zich tegen een privaatrechtelijke oplossing?”

Deze vraag kwam heel duidelijk aan de orde in het Brandweer arrest (het Vlissingen/Rize arrest) De brandweer in Vlissingen had een brandje (na)geblust op een schip, waar een lading katoen opgeslagen was. De boot voldeed niet aan de wettelijke normen voor brandveiligheid en de kapitein wilde het schip niet ontruimen. Bovendien had de brandweer het vermoeden van opzet aan de zijde van de kapitein om de lading te laten branden. De gemeente stelde een vordering voor schadevergoeding in op basis van de onrechtmatige daad van de kapitein en zaakwaarneming door de brandweer. De criteria uit Windmill werden gevolgd. In de Brandweerwet 1985 staat niet dat het een exclusieve regeling is, dus moet ter beoordeling van de eis gekeken worden of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van publiekrechtelijke regeling. Een van de publieke taken die de overheid heeft is het blussen van branden, zie Brandweerwet. Er zijn in de Brandweerwet geen artikelen opgenomen over enig kostenverhaal door de gemeente, dit is al een aanwijzing dat er geen plaats is voor een privaatrechtelijke methode tot kostenverhaal. Dit zou tot vreemde situaties kunnen leiden indien het wel mogelijk zou zijn, de brandweer zou dan na elke blusactie een rekening kunnen presenteren aan de personen in kwestie. Bovendien geven de strekking en geschiedenis van de Brandweerwet aan dat het nooit de bedoeling is geweest van de wetgever kostenverhaal mogelijk te maken. De uitspraak was dan ook eenvoudig: afwijzing van de vordering.

#### *Pina-Helmond arrest<sup>17</sup>.*

Het volgende criterium wat in het Windmill arrest gegeven werd om te bepalen of er sprake is van onaanvaardbare doorkruising is de vraag of de belangen van de burgers wel voldoende beschermd zijn of worden. In het Pina-Helmond arrest was de uitspraak grotendeels op dit criterium gebaseerd. De Gemeente Helmond had een stuk grond aangewezen waar de plaatselijke kermisexploitanten hun wagens konden neerzetten om te overwinteren. De Pina had een aantal bedrijfswagens en caravans, waar zij en haar familie in wonen, op hetzelfde terrein gestald. De gemeente vorderde dat De Pina zou vertrekken op grond van een inbreuk op het eigendomsrecht van de gemeente op het stuk grond. De Rechtbank en het Hof stelde de gemeente in het gelijk maar de Hoge Raad oordeelde anders. De gemeente had de doelstelling De Pina en haar familie van het terrein te verwijderen, hiervoor gebruikte zij haar eigendomsrecht en niet de publiekrechtelijke weg die toen mogelijk was, de Woonwagenwet en de wet Arob (Algemene Wet Bestuursrecht) in combinatie met de Wet op de Raad van State. De reden was dat de gemeente bij de privaatrechtelijke procedure geen nieuwe standplaats voor de woonwagenbewoners hoefde aan te wijzen en bij de publiekrechtelijke procedure wel. De Hoge Raad oordeelde dat, mede omdat het resultaat van de publieke procedure vergelijkbaar was namelijk verwijdering van de woonwagens en bedrijfswagens van het terrein, de belangen van

<sup>16</sup> Brandweer arrest, HR 11 december 1992, NJ 1994 639.

<sup>17</sup> Pina-Helmond arrest, HR 9 juli 1990, NJ 1991 394.

de woonwagengewoners beschermd dienden te worden. De conclusie was dan ook vernietiging van het de uitspraak van het Hof.

### *Staat-Magnus arrest*<sup>18</sup>.

Het laatste criterium, dat hiervoor al even genoemd werd, is de vraag of het resultaat van de privaatrechtelijke regeling en de publiekrechtelijke regeling hetzelfde is. Indien dat zo is, houdt dat in dat er minder ruimte is voor de privaatrechtelijke weg. Een van de onderwerpen waar de rechtbank kritisch naar kijkt is het kosten aspect van de overheid bij de verschillende handelingswijzen. In het arrest Staat-Magnus werd deze afweging door de Hoge Raad gemaakt om tot een uitspraak te kunnen komen. De staat vorderde een gerechtelijk bevel tot retournering van een grote hoeveelheid verontreinigd zinkresidu door Magnus aan haar buitenlandse afzenders. De staat vorderde deze retournering, op straffe van een dwangsom, op basis van de onrechtmatige daad omdat men bang was voor aanzienlijke schade aan het milieu. Magnus verweerde zich met het feit dat er ook een publiekrechtelijke regeling voorhanden was voor de Staat om verwijdering van de giftige stoffen te bereiken. De Wet chemische afvalstoffen (nu Wet milieubeheer) voorzag ook in de mogelijkheid om een verwijdering van deze stoffen te bewerkstelligen. Het verschil tussen beide mogelijkheden zit hem nu in de kosten die de overheid zou maken en die later wellicht niet te verhalen zouden blijken. De overheid zou op eigen kosten de verontreinigde grond moeten (laten) verwijderen elders opslaan en later de kosten van deze bestuursdwang trachten te verhalen op Magnus. Het is zeer waarschijnlijk dat deze kosten hoog zouden oplopen en onzeker of verhaal hiervan mogelijk was. Daarom heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen sprake was van een onaanvaardbare doorkruising van de Wet op de chemische afvalstoffen en zodoende werd het gerechtelijk bevel toegekend.

Zoals te zien is moeten de drie criteria voor de doorkruisingtheorie bij elke casus heel nauwkeurig bekeken worden naar wat de strekking, kosten en resultaten zijn, bovendien moeten deze zaken onderling nog afgewogen worden. Dit is vaak geen eenvoudige opgave en kleine verschillen in casus posities kunnen tot verschillende uitspraken leiden. Mede omdat de Hoge Raad in haar uitspraken niet altijd volledig duidelijk maakt wat haar redenen zijn ontstaat er ruimte voor discussie. Een voorbeeld van een lastig punt is de belangen afweging van de partijen en dan met name van de overheid. Michiels en Hoekstra<sup>19</sup> concluderen uit een vergelijking tussen Windmill en Benckiser-Staat<sup>20</sup>, dat een louter financieel belang (Windmill) en een milieu belang (Benckiser) niet even zwaar wegen. Heel beknopt de Benckiser-Staat casus; Het Duitse bedrijf Benckiser voerde cyanide houdend afvalgips naar het Nederlandse bedrijf Bos zonder hiervan de Nederlandse overheid op de hoogte te stellen. Bos had officiële documenten vervalst waaruit bleek dat het bedrijf het afval kon en mocht verwerken. Benckiser is van de problemen rond het afvalgips op de hoogte gebracht door de Nederlandse Staat en duidelijk gemaakt dat deze activiteit onmiddellijk beëindigd moest worden. Dat deed hij niet en de Staat vorderde op grond van een onrechtmatige daad jegens de overheid schadevergoeding van Benckiser. De Staat werd door de Hoge Raad in het gelijk gesteld, hoewel zij geen publiekrechtelijke mogelijkheid had om hetzelfde resultaat te behalen, kon zij toch een vordering in stellen op grond van de privaatrechtelijke onrechtmatige daad om de verwijderingskosten van het afval te betalen en eventuele milieuschade ongedaan te maken. De uitspraken in beide arresten weken ook van elkaar af; in Windmill was de privaatrechtelijke weg niet toegestaan en in Benckiser wel, hier speelde mee dat het resultaat niet vergelijkbaar was.

Dit levert ook een veel gehoord punt van kritiek op de tweewegen leer op: de Hoge Raad zou teveel verschillende gevallen onder een noemer hebben willen plaatsen en ruimte openlaten voor discussie. Met hierboven besproken uitspraken heeft de Hoge Raad wel laten zien dat de twee-wegenleer nog geen gepasseerd station is. Deze theorie is nog steeds van toepassing en het

<sup>18</sup> Staat-Magnus arrest, HR 22 oktober 1993, BR 1994 322.

<sup>19</sup> Michiels/Hoekstra, Handhaving van bouwrecht p. 97,

<sup>20</sup> Benckiser-Staat arrest, HR 14 april 1989, NJ 1990 712.

is noodzakelijk dat deze goed wordt toegepast in de behandeling van de Rijkerswoerd casus omdat deze daar een sleutelrol in speelt.

### 2.3.3 *Recente uitspraken.*

Er zijn in de laatste jaren nog diverse uitspraken geweest waaruit direct kan worden afgeleid dat de twee-wegenleer nog steeds gebruikt wordt door de Hoge Raad gevolgd door lagere gerechtshoven.

De eerste is een uitspraak van het Hof in Den Haag<sup>21</sup>, het ging om een winkelier, Hoogvliet B.V., deze maakte gebruik van een gemeentelijk trottoir om zijn goederen aan te voeren. De Gemeente Sassenheim sloot vervolgens dit trottoir af met een paaltje en de mededeling dat anders de verkeersveiligheid in gevaar komt. De President van de rechtbank vond de plaatsing van het paaltje niet onrechtmatig en wees de vordering van Hoogvliet af. Hoogvliet ging in beroep stelde dat er voor de gemeente ook publiekrechtelijke procedures openstonden om in deze zaak op te treden. Het Hof oordeelde dat de gemeente zelfs twee publiekrechtelijke mogelijkheden had. Enerzijds gebaseerd op de Wegenverkeerswet, zodoende had men een bord kunnen plaatsen, wat tot hetzelfde resultaat had geleid als het paaltje. Anderzijds gebaseerd op de APV, waarin Hoogvliet een uitwegvergunning had kunnen aanvragen. In beide procedures was het resultaat hetzelfde geweest alleen was er een betere rechtsbescherming voor Hoogvliet, het Hof oordeelde dan ook dat hier sprake was van een onaanvaardbare doorkruising en gaf de gemeente bevel het paaltje te verwijderen.

De tweede uitspraak is een arrest<sup>22</sup> van de Hoge Raad inzake een kostenverhaal procedure door de Staat. Een schip van rederij Van der Endt kapseisde in de Westerschelde en liep gedeeltelijk aan de grond. Er werd overeengekomen met de vertegenwoordiger van Van der Endt dat de Staat de berging zou begeleiden. De kosten die deze begeleiding, niet de kosten van de berging zelf, met zich meebracht vorderde de Staat nu van de reder. De Wrakkenwet staat een privaatrechtelijke procedure niet in de weg omdat de geschiedenis en de strekking van deze wet hiervoor geen aanleiding geven en er bij het totstandkomen van de wet helemaal niet aan kostenverhaal is gedacht. Het Hof stelde dat de Wrakkenwet beslissend was voor de beantwoording van de vraag of privaatrechtelijk kostenverhaal mogelijk was en liet zo de Scheepvaartverkeerswet en de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren buiten beschouwing.

Artikel 10 Wrakkenwet is als volgt:

*“De kosten, krachtens deze wet gemaakt, komen, voor zooveel zij niet door belanghebbenden zijn terugbetaald, of uit de opbrengst van het krachtens artikel 6 verkochte kunnen worden gekweten, ten laste van den beheerder, onverminderd diens bevoegdheid om de krachtens dit artikel te zijnen laste komende kosten te verhalen op degene, die volgens de wet daarvoor aansprakelijk is.”*

In eerdere jurisprudentie<sup>23</sup> was al beslist dat: *“de regeling van de Wrakkenwet niet toe strekt een bepaalde, in het gemene recht bestaande grondslag voor aansprakelijkheid van de eigenaar van het gezonken voorwerp, op voorhand uit te sluiten”*. In dat arrest ging het echter om ongerechtvaardigde verrijking. De Hoge Raad vond dit echter geen grond om anders te oordelen en concludeerde dat de reder inderdaad aangesproken kon worden op het betalen van de kosten van begeleiding.

Deze laatste twee uitspraken dienen ter illustratie voor de actualiteit van de twee-wegenleer en tonen aan dat die nog steeds relevant is.

<sup>21</sup> Hoogvliet-Sassenheim, Hof 's-Gravenhage 16 juli 1998, NJ 1999 593.

<sup>22</sup> Staat-V.d. Endt en Sluyter, HR 15 januari 1999, NJ 1999 306.

<sup>23</sup> August de Meijer arrest, HR 14 oktober 1994, NJ 1995 720.

## 2.4 Relevante wetgeving.

Om uit te zoeken of de gemeente in staat is om het ontwerp van de tuinen publiekrechtelijk te regelen zal ik eerst onderzoeken welke instrumenten zij heeft om de ruimtelijke ordening op gemeentelijk grondgebied te verwezenlijken. Wanneer deze instrumenten gevonden zijn, kan beoordeeld worden of het ontwerp van de tuinen ook op deze wijze geregeld kan worden.

Ik zal het juridische kader van ruimtelijke ordening wetgeving beschrijven waarin het gemeentelijke beleid zich afspeelt. De belangrijkste wet op dit gebied is de Wet op de Ruimtelijk Ordening (WRO), hierin staan onder andere de bevoegdheden die de gemeente, de provincie en het Rijk hebben om de ontwikkeling en ordening van een gebied te regelen. Vanaf 3 april 2000 is de nieuwe WRO in werking getreden, deze verschilt op een aantal punten van de oude WRO. Deze wetswijziging beïnvloedt de casus Rijkerswoerd echter niet.

### 2.4.1 De WRO.

De WRO is een kaderwet waar niet inhoudelijk op de materie wordt ingegaan maar waar de afbakening van de bevoegdheden van de verschillende bestuurslagen gegeven wordt. Hierdoor is duidelijk welke mogelijkheden en verplichtingen de bestuurslagen hebben om het ruimtelijke beleid op hun grondgebied vorm te geven. Ook worden allerlei termijnen en voorschriften in de wet gegeven voor bezwaarprocedures, ter inzage legging van stukken, samenwerking tussen overheden etc. Deze voorschriften dienen allemaal om de uitvoer van het ruimtelijke beleid te structureren.

De wet geeft de verschillende bestuurslagen, inclusief de gemeente, de bevoegdheden om plannen te maken voor het ruimtelijk beleid, deze plannen moeten vanzelfsprekend op elkaar aansluiten. Om dit te bereiken is het wettelijk vastgelegd dat er een aantal malen tussen de bestuurslagen overleg gevoerd dient te worden voordat plannen definitief kunnen worden (zie art. 2a lid 3, art. 4a lid 2, art. 7 lid 1&2). Ondanks het veelvuldige overleg kunnen er conflicten ontstaan tussen de verschillende bestuurslagen of tussen bestuurslagen en burgers bij het opstellen van plannen. Dankzij de Awb hebben de bestuursorganen van de bestuurslagen net als burgers de mogelijkheid om tegen een concrete beleidsbeslissing in een plan van een (hoger) bestuursorgaan bezwaar te maken. Een dergelijke concrete beleidsbeslissing werkt ook door in de verdere plannen. Indien men hiertegen geen bezwaar maakt heeft men geen bezwaar mogelijkheid meer tegen een lager plan dat op die concrete beleidbeslissing is gebaseerd. De verschillende plannen die de bestuurslagen maken zijn de volgende: het Rijk maakt de Planologische kernbeslissingen art. 2a lid, de Provincie stelt Streekplannen vast art. 4a lid 1, de gemeente maakt Structuurplannen en Bestemmingsplannen art. 7 lid 1&2 en art. 10 lid 1.

Het bestemmingsplan is het enige plan dat voor burgers direct bindend is.

Wat is nu precies het bestemmingsplan dat door de gemeente vastgesteld moet worden? In beginsel is een bestemmingsplan een besluit van algemene strekking, het geldt voor een onbepaalde groep mensen en zaken. Wanneer een bestemmingsplan echter slechts voor één kavel is vastgesteld spreken we van een beschikking omdat het dan voor één huis of persoon van toepassing is, het zgn. postzegelplan. De verhouding tussen bestemmingsplan en bouwverordening en bouwvergunning komt in de volgende paragrafen aan de orde.

Om het gemeentelijk beleid niet te star te maken is er een vrijstellingsregeling opgenomen die het mogelijk maakt voor burgers bouwwerken te maken of andere handelingen te verrichten in afwijking van het geldende bestemmingsplan. Deze regeling, de zelfstandige projectprocedure, staat in art. 19-19A WRO. Bedoeling is wel dat eventuele goedgekeurde en uitgevoerde projecten later in het bestemmingsplan opgenomen worden. Hierdoor worden gemeenten gedwongen de bestemmingsplannen regelmatig te actualiseren, dit was/ is een van de doelstellingen van de wetswijziging. De gevolgen van de wetswijziging voor de praktijk zullen pas op termijn duidelijk worden.

De aanvullende verordende bevoegdheid van de gemeente, zoals besproken in paragraaf 2.2.1, wordt voor de WRO bevestigd in art. 72. De verordeningen blijven gehandhaafd voor zover deze niet in strijd zijn met de WRO.

#### 2.4.2 De BRO, WSDV & BSDV.

De WRO geeft het kader waarin het ruimtelijk beleid zich afspeelt. Bij het Besluit op de ruimtelijke ordening 1985, werd invulling gegeven aan een aantal zaken waar de WRO naar verwijst. De technische eisen waaraan de verschillende plankaarten moeten voldoen (zie art. 8 BRO) is een voorbeeld van de invulling van de WRO net als de vorm en onderdelen die in een bestemmingsplan of structuurplan moeten zitten (zie art. 11 & 12 BRO). Daarnaast zijn er nog een aantal wetten dat de WRO van verdere uitwerking en detaillering voorziet, zoals de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing en het Besluit op de stads- en dorpsvernieuwing. Er is een groot aantal wetten dat direct of indirect raakvlakken heeft met bovenstaande wetten, zoals De Wegenwet, Boswet en de Wet Milieubeheer.

#### 2.4.3 De Woningwet.

De Woningwet heeft zich in de wetsgeschiedenis ontwikkeld van wet die oorspronkelijk tot doel had volkshuisvesting te regelen tot een instrument dat mede gebruikt kan worden voor ruimtelijke ordening.

Uit de wet vloeien rechten en plichten voort voor burgers en overheden jegens elkaar. Een belangrijke verplichting die gemeenten opgelegd hebben gekregen in de Woningwet is de verplichting tot het maken van een bouwverordening. In deze bouwverordeningen kunnen gemeenten een aantal stedenbouwkundige zaken regelen.

De samenhang tussen de Woningwet en de WRO wordt direct duidelijk wanneer we lid 1 en 2 van art. 9 Woningwet in de gaten houden. Hierin wordt de verhouding tussen bestemmingsplan en bouwverordening geregeld. Indien de verordening in strijd is met het bestemmingsplan dan prevaleren de bepalingen van het bestemmingsplan (lid 1). Regelt de bouwverordening zaken die niet in het bestemmingsplan aan de orde komen dan blijft de verordening gelden tenzij het bestemmingsplan zich daar tegen verzet (lid 2).

Art. 40 lid 1 van de Woningwet stelt dat het verboden is om zonder of in afwijking van een vergunning te bouwen, de vergunning waarop gedoeld wordt is de bouwvergunning. Dit is het volgende instrument wat de gemeente kan gebruiken. Iemand kan pas in aanmerking komen voor een bouwvergunning indien zijn aanvraag in overeenstemming is met de technische voorschriften uit de bouwverordening en met de eisen van het geldende bestemmingsplan. De gemeente kan ook privaatrechtelijke voorwaarden (zie paragraaf 2.4.4) stellen bij het verlenen van deze vergunning, voorbeelden van voorwaarden zijn bodemsaneringen of het aanbrengen van verlichting. De gemeente heeft zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie paragraaf 2.1.1) en in deze context met name aan het verbod van détournement de pouvoir<sup>24</sup>. Uit de jurisprudentie<sup>25</sup> blijkt dat de voorwaarden die gesteld mogen worden voor het verlenen van een vergunning een planologisch belang moeten dienen. In het arrest Hornkamp-Alkemade wordt de Gemeente Alkemade door de Hoge Raad terug geroepen omdat zij voorwaarden stelde aan de bouwvergunning die geen planologisch belang diende maar puur een belang van woonruimteverdeling voor ogen hadden. De gemeente stelde de voorwaarde dat de woningen die, door Hornkamp gebouwd werden, alleen verhuurd of verkocht konden worden aan ingezetene of economische gebodene van de gemeente. Het belang dat de gemeente

<sup>24</sup> Zandvoortse woonruimteverordening, HR 14 januari 1949, NJ 557, dit arrest is het klassieke voorbeeld van détournement de pouvoir wegens het vorderen van woonruimte door de burgermeester, op grond van de schaarse hoeveelheid woonruimte, met doel de huurprijs laag houden voor een vriend van deze.

<sup>25</sup> Hornkamp-Alkemade, HR 3 april 1998, NJ 1998 588.

probeerde te behartigen had men via de toenmalige Woonruimtetwet (tegenwoordig Huisvestingswet) moeten trachten behartigen.

De Woningwet legt de overheid echter ook beperkingen op in haar mogelijkheden het ruimtelijk beleid te regelen. Art. 122 Woningwet is daarin van groot belang:

*“De gemeente kan geen rechtshandelingen naar burgerlijkrecht verrichten ten aanzien van de onderwerpen waarin bij of krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2, en in hoofdstuk IV van de wet is voorzien.”*

Met name de verwijzing naar hoofdstuk 4 van de Woningwet is hierin belangrijk. In hoofdstuk 4 is artikel 43 opgenomen, waarin de vergunningvrije onderwerpen staan opgesomd. Dit houdt in dat de gemeente geen privaatrechtelijke handelingen mag verrichten voor onderwerpen die vergunning vrij zijn.

Een andere wijze waarop het ruimtelijk beleid en beeld van de gemeente beïnvloed kunnen worden is de zgn. welstandseis. In art. 12 en 48 van de Woningwet wordt gesteld dat het uiterlijk en de plaatsing van zowel oude als nog te verwezenlijken bouwwerken niet in strijd mogen zijn met redelijke eisen van welstand. Uitzondering hierop zijn de vergunningvrije bouwwerken van art. 43 en of bouwwerken en standplaatsen die door de gemeenteraad zijn van deze eis zijn vrijgesteld. De beoordeling, of een bouwwerk of bouwplan aan de eisen voldoet, wordt gedaan door een commissie van onafhankelijke deskundigen. In die beoordeling nemen zij ook de mogelijkheden mee die het geldende bestemmingsplan geeft voor het betreffende bouwplan of bouwwerk. De gemeente heeft geen invloed op de commissie. Wel kan de gemeente de mogelijkheden die de commissie heeft om een gebouw goed of af te keuren beperken of vergroten door veel of juist weinig ruimte in het bestemmingsplan te laten, aangaande de eisen waar gebouwen aan behoren te voldoen.

Tevens is in de wet het toezicht geregeld op de naleving van de wet en de mogelijkheden die de overheid heeft om overtredingen van het ruimtelijk beleid te handhaven doormiddel van bestuursdwang, (zie hoofdstuk 8 Woningwet.)

#### 2.4.4 *Privaatrechtelijke overeenkomsten.*

Zoals vermeld in paragraaf 2.3.2 kan de gemeente bij de gronduitgifte voorwaarden stellen, dit kan zij doen op grond van haar eigendomsrecht (dit is ook de werkwijze geweest in de casus Rijkerswoerd) op de (bouw)grond, zie art. 5:1 BW. Uit het tweede lid van laatstgenoemd artikel volgt direct dat op het gebruik van het eigendomsrecht diverse regels van geschreven- en ongeschreven recht van toepassing zijn. Zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk zijn er regels opgenomen waar deze voorwaarden aan moeten voldoen.

In het Kunst en Antiekstudio-Lelystad<sup>26</sup> arrest bepaalde de Hoge Raad dat de WRO, publiekrecht, zich niet verzet tegen het opnemen van voorwaarden in privaatrechtelijke overeenkomsten bij gronduitgifte door de overheid. De overheid moet wel goed rekenschap nemen van de voorwaarden die gesteld mogen worden, deze mogen niet in strijd zijn met de doorkruisingsleer (zie 2.3.2) of met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie 2.1.1).

Privaatrechtelijke eisen waar deze voorwaarden aan moeten voldoen zijn opgenomen in art. 6:236 BW en 6:237 BW. In deze artikelen worden voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn of waarvan dat wordt vermoed opgesomd. In combinatie met art. 6:233 BW kunnen deze door de rechter vernietigd worden. Dat van dit recht gebruik kan worden gemaakt blijkt uit een uitspraak van de President van de Rechtbank Amsterdam<sup>27</sup>. De Gemeente Uithoorn had in de voorwaarden van een gronduitgifte overeenkomst opgenomen dat het bouwplan van de woning

<sup>26</sup> Kunst en Antiekstudio-Lelystad arrest, HR 8 juli 1991, AB 1991 659, zal verder besproken worden in paragraaf 3.2.1

<sup>27</sup> President Rechtbank Amsterdam, hardhout verbod, 24 november 1994, BR 1995 131.

naast het bestemmingsplan en de bouwverordening ook moest voldoen aan een speciale bebouwingsleidraad voor het betreffende gebied. Bovendien was opgenomen dat de inhoud van deze leidraad bij de koper bekend was en dat hij deze getrouwelijk zou nakomen. Juist in deze leidraad was de volgende bepaling opgenomen:

*“De toepassing van tropisch hardhout is niet toegestaan, tenzij kan worden aangetoond at toepassing van alternatieven niet mogelijk is.”*

De President oordeelde dat dit verbod onredelijk bezwarend was en op grond van 6:233 BW vernietigd werd, met name omdat er sprake was van een beding tussen een monopolistisch overheidsorgaan en een particulier. De particulier was wel gedwongen akkoord te gaan met de door de gemeente gestelde voorwaarden bij aankoop van het stuk grond. De particulier was dus niet meer gebonden aan het verbod op het gebruik van hardhout.

#### 2.4.5 Burenrecht.

Wanneer twee personen percelen grond in eigendom hebben die aan elkaar grenzen gelden de artikelen voor naburige erven uit titel 4 boek 5 BW.

- Art 42, beplanting bij grenslijn, hierin worden de toegestane beplantingen op de grenslijnen omschreven.
- Art. 46, vordering tot afpalen, iedereen is bevoegd haar of zijn terrein, af te (laten) palen, de kosten hiervan worden door de burens gedeeld.
- Art. 48, afsluiting erf, iedereen is bevoegd haar of zijn erf af te scheiden.

Iedereen is in beginsel bevoegd zijn of haar erf (tuin) af te sluiten, art. 5:48 BW, dus te voorzien van enige soort erfafscheiding. Uit jurisprudentie is gebleken dat er wel voorwaarden door gemeenten gesteld mogen worden aan bijvoorbeeld de soort erfafscheiding of de hoogte ervan. Zoals in de uitspraak van Afdeling rechtspraak Raad van State<sup>28</sup> bleek, dat wettelijke voorschriften er niet toe mogen leiden dat het recht tot erfafscheiding de eigenaar geheel of nagenoeg wordt ontnomen. In deze uitspraak wilde een persoon een erfafscheiding oprichten terwijl hier in het bestemmingsplan vergaande beperkingen aan verbonden waren. De gemeente had toch toestemming verleend voor het optrekken van een erfafscheiding in strijd met het bestemmingsplan. Omwonenden maakten hiertegen bezwaar. De Afdeling was van mening dat de beperkingen in het bestemmingsplan te veel inbreuk maakten op het recht van art. 5:48 BW en stelde de gemeente in het gelijk dat zij de aanvraag slechts aan de bouwverordening getoetst had en niet aan het bestemmingsplan. Zoals mr. Van der Veen in zijn noot onder deze uitspraak concludeert zal uit het concrete geval moeten blijken of de gemeente een te grote inbreuk doet op het recht van art. 5:48 (oud 697)

De conclusie die uit de uitspraak getrokken kan worden is dat het recht van art. 5:48 niet volledig tenietgedaan kan worden door voorschriften in een bestemmingsplan maar dat uit de omstandigheden van het geval zal moeten blijken welke mogelijkheden er zijn. Wanneer dit als uitgangspunt dient dan geldt hetzelfde voor gemeentelijke verordeningen die het recht tot erfafscheiding nagenoeg tenietdoen. Ook dat zijn voorschriften die bindend zijn voor de burgers en niet valt in te zien waarom in dit geval de conclusie voor een verordening anders zou zijn dan voor een bestemmingsplan.

#### 2.4.6 Conclusies.

De publiekrechtelijke instrumenten die de gemeente heeft om het ruimtelijk ordeningsbeleid te regelen zijn de volgende:

*De verordening,*

Is gebaseerd op art. 149 Gemeentewet, de gemeente heeft de bevoegdheid verordeningen vast te stellen mits deze:

---

<sup>28</sup> Bouwvergunning tuinafscheiding, Afdeling rechtspraak Raad van State 16 april 1984, AB 1985 20.



- de gemeentelijke huishouding treffen en niet de boven- en ondergrens overschrijden, art. 122 Gemeentewet en art. 72 WRO.
- het recht van erfafscheiding, 5:48, niet volledig tenietdoet, zie de uitspraak van de Afdeling in paragraaf 2.4.5
- de onderwerpen die op grond van art. 43 Woningwet vergunningvrij zijn mogen niet in een verordening aan regels gebonden worden.

#### *Het bestemmingsplan,*

Is gebaseerd op art. 10 WRO, in deze plannen kan de gemeente bestemmingen en gebruiken van gronden in een plangebied vastleggen. De gemeente kan niet alles tot in het detail in deze plannen vastleggen, de beperkingen waar zij rekening mee moet houden zijn de volgende:

- de strekking en het doel van de WRO en daarmee ook het doel van een bestemmingsplan is in wezen het voorzien van de gemeente van instrumenten om in haar gebied de ruimtelijke ordening te regelen, de onderwerpen die vastgelegd worden dienen planologisch van aard te zijn.
- het recht van erfafscheiding, art. 5:48, mag niet volledig tenietgedaan worden door een bestemmingsplan, zie de uitspraak van de Afdeling in paragraaf 2.4.5
- de onderwerpen die op grond van art. 43 Woningwet vergunningvrij zijn mogen niet in een bestemmingsplan aan regels gebonden worden.

#### *De bouwverordening,*

Is gebaseerd op art. 8 Woningwet, hierin wordt de gemeenteraad verplicht een bouwverordening te maken. Dit artikel geeft direct limitatief de onderdelen die in deze verordening opgenomen dienen te worden. Door deze limitatieve opsomming zijn de mogelijkheden om in deze verordening zaken te regelen dan ook beperkt. De onderdelen zijn veelal bouwtechnisch of organisatorisch van aard.

#### *De bouwvergunning,*

Is gebaseerd op art. 40 Woningwet, het verbod op bouwen zonder in het bezit te zijn van een bouwvergunning. Aan deze bouwvergunning kunnen diverse voorwaarden gesteld worden.

Deze voorwaarden mogen echter:

- niet strijdig zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name détournement de pouvoir.
- geen ander belang dienen dan een planologisch belang, zie het arrest Hornkamp-Alkemade.

Bovenstaande instrumenten zijn nodig om later het privaatrechtelijke instrument te kunnen beoordelen aan de hand van de twee-wegenleer. Daarna zal de koppeling naar de casus Rijkerswoerd gemaakt kunnen worden.

De privaatrechtelijke mogelijkheid is de volgende:

#### *Privaatrechtelijke overeenkomst,*

Is gebaseerd op art. 5:1 BW, het eigendomsrecht van de gemeente op grond.

In lid 2 van dit artikel staat de verwijzing naar wetten en ongeschreven regels die het gebruik van het eigendomsrecht beperken, deze beperkingen zijn:

- de criteria van de twee-wegenleer
- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zie onder andere art. 2:1 BW, art. 3:14 BW en art. 3:1 Awb en afd. 3:2 Awb.
- art. 122 Woningwet, hierin worden privaatrechtelijke handelingen verboden die onderwerpen regelen die in art. 2 en hoofdstuk 4 van de Woningwet worden geregeld.
- de voorwaarden die in een overeenkomst opgenomen worden mogen niet onredelijk bezwarend zijn, op grond van art. 6:233 in combinatie met art. 6:236 en 6:237, de zgn. zwarte en grijze lijst.

### 3. Casus Rijkerswoerd.

Na het juridische kader dat in het voorgaande hoofdstuk is geschetst zal nu onderzocht worden wat de mogelijkheden zijn om een heel specifiek onderdeel van een stedenbouwkundig of architectonisch ontwerp te regelen, privaatrechtelijk danwel publiekrechtelijk. Dit is nodig om de positie van de gemeente in de casus helder te krijgen. Uit paragraaf 2.3.2, de twee-wegenleer, blijkt dat de mogelijkheid voor de overheid om een privaatrechtelijke weg te kiezen mede afhankelijk is van de eventuele publiekrechtelijke mogelijkheden. Het is daarom noodzakelijk de publiekrechtelijke mogelijkheden eerst te onderzoeken en daarna de privaatrechtelijke.

#### 3.1 Publiekrechtelijke mogelijkheden.

##### 3.1.1 *Destillatie ontwerp tuinen.*

De verschillende bepalingen van het ontwerp moeten eerst gedestilleerd worden in een drietal deel onderwerpen omdat de bepalingen niet allemaal dezelfde lading en rechtsgrond hebben. De onderdelen die onder dezelfde noemer vallen zal ik samen behandelen.

- Het eerste onderwerp is het verbod op het plaatsen van enige soort van erfafscheiding op het stuk grond tussen de 2 hagen en het plaatsen van andere beplanting op de grond tussen de twee hagen en het slechts mogen aanbrengen van lage beplanting op het stuk grond binnen het eerste haagje.
- Het tweede onderwerp is het verbod op het aanbrengen van een berging, tuinhuisje, schuurtje of soortgelijke bebouwing op de totale kavel.
- Het laatste onderwerp is het dulden en op eigen kosten onderhouden van de haagjes, het gazon en de bomen.

Door deze verdeling is het straks eenvoudiger om te bepalen wat wel op een publiekrechtelijke manier geregeld kan worden en wat niet. Bovendien zijn eventuele deeloplossingen op deze manier eenvoudiger op te sporen. De verschillende instrumenten die de gemeente tot haar beschikking heeft zijn opgesomd in de conclusie van hoofdstuk 2.

Ik zal beoordelen of het tuinontwerp, de verschillende onderdelen ervan, door of in de publiekrechtelijke instrumenten geregeld kunnen worden. Ik zal achtereenvolgens de verordening, de bouwverordening, het bestemmingsplan en de bouwvergunning behandelen.

### 3.1.2 De verordening.

De onderdelen van het tuinontwerp zullen ieder afzonderlijk beoordeeld worden op de mogelijkheid tot opname in een verordening.

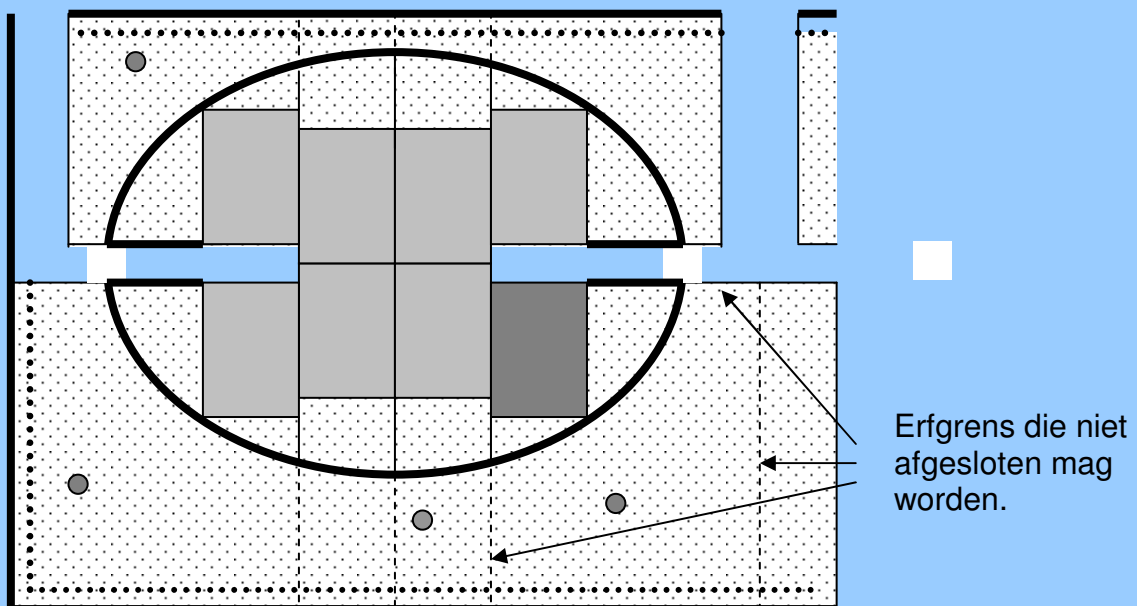
#### 1<sup>e</sup> Onderdeel tuinontwerp.

Het eerste onderdeel is het verbod op het plaatsen van een erfafscheiding op het gebied tussen de twee hagen en het plaatsen van (andere) beplanting op de grond tussen de twee hagen en het slechts mogen aanbrengen van lage beplanting op het stuk grond binnen het eerste haagje.

In boek 5 van het BW onder titel 4 vinden we de bevoegdheden en verplichtingen van eigenaren van naburige erven (burenrecht). Hoewel dit geen rechtsbepaling is van dwingend recht, mag de overheid toch niet volledig aan deze bepaling voorbijgaan, zie paragraaf 2.4.5. Uit de uitspraak van de Afdeling<sup>29</sup> bleek dat de gemeente wel een aanvullende verordende bevoegdheid heeft, maar ook direct dat deze niet ongelimiteerd is en dat de omstandigheden per geval bepalend zijn. Het motief van de gemeente is het behoud van het ontwerp. De vrijheid (het motief) die de wetgever voor ogen had, wordt zeker voor de tussenwoningen in het ontwerp, grotendeels tenietgedaan.

Op tekening 1.4 is te zien dat een groot deel van de perceelsgrenzen van de woningen onder de verbodsbepaling tot het plaatsen van enige erfafscheiding valt.

Tekening 1.4 Erfafscheiding.



Indien de bepaling in een verordening opgenomen zou worden zou deze in dit geval het recht tot erfafscheiding aanzienlijk beperken. Zeker wanneer het hele ontwerp bekeken wordt.

Als voorbeeld dient het perceel van het huis dat donkerder is dan de andere (rechtsonder). De hele rechterkant en het grootste deel van de linkerkant van het perceel plus het stukje van het gazon langs de oprit mogen worden voorzien van enige erfafscheiding. Daar komt bij dat het stuk dat wel voorzien is van erfafscheiding een voorziening is die de bewoners is opgelegd, dus hier heeft de burger ook geen vrijheden meer. In dit voorbeeld is de uitoefening van het recht tot

<sup>29</sup> Zie voetnoot 28.

erfafscheiding voor de bewoners bijna onmogelijk gemaakt, dit was nu juist niet toegestaan in de uitspraak van de Afdeling.

De conclusie die getrokken kan worden is dat deze bepaling zo niet in een verordening kan worden opgenomen, omdat dit een te grote inbreuk is op het recht tot erfafscheiding.

Voor de andere huizen is de situatie iets anders. Zoals op de tekening in de bijlage 2 te zien is liggen er vier huizenblokken van acht huizen, naast elkaar. Door de ligging van de huizen zijn de kavels ongelijk qua grootte en vorm. Het deel van het erf dat niet afgesloten mag worden is hierdoor verschillend. Wat gelijk blijft is dat de buitenste haag wel een vastgestelde afscheiding vormt en dat een groot deel van de erf grenzen niet afgescheiden mag worden. De conclusie die voor het voorbeeld getrokken kan worden kan in feite voor alle huizen gelden, namelijk dat opname van een dergelijke bepaling in een verordening niet mogelijk is.

De onderwerpen waar het nu om handelt zijn vergunningvrij. De erfafscheiding is vrijgesteld in art. 43 lid 1 sub j<sup>30</sup> en het plaatsen van beplanting is vergunning vrij omdat het geen bouwen is in de zin van art. 40 Woningwet. Door nu in een verordening verbodsbepalingen voor deze onderwerpen op te nemen stelt de gemeente regels voor een onderwerp waarin in een hogere regeling, de Woningwet, al is voorzien. Het motief dat de gemeente heeft om het te regelen is het behouden van het ontwerp van de tuinen. Dat is duidelijk een ander motief dan de wetgever voor ogen had met de genoemde bepalingen die in de woningwet opgenomen werden. Dit motief is inrichtingsvrijheid die voor de burgers behouden blijft. De ratio van het vergunningvrij laten van een erfafscheiding en beplanting is nu juist dat mensen zelf kunnen bepalen of en hoe zij (binnen de gestelde wettelijke grenzen) hun erf afscheiden en de tuin beplanten. Vergelijk Schiermonnikoog arrest, de ratio van WWV was vrije deelname van een ieder aan het verkeer. Door het vaststellen van voorschriften beperkte de gemeente de mogelijkheden voor mensen die aan het verkeer wilde deelnemen enorm. Dat was niet toegestaan omdat deze voorschriften de hogere regeling, WWV die aan een ieder het recht geeft vrij aan het verkeer deel te nemen, doorkruisten. De gemeente Schiermonnikoog ging over haar bovengrens heen. In de bepaling uit de casus Rijkerswoerd wordt de vrijheid van de burgers ook beperkt. Het eigendomsrecht met het recht van erfafscheiding en het vergunningvrij zijn van erfafscheiding en beplanting, op grond van art. 5:1 en 5:48 BW en art. 40 en 43 Woningwet, worden door strikte voorschriften in een verordening te stellen ernstig beperkt. De conclusie uit beide casussen kan eenduidig zijn: in beide gevallen overschrijdt de gemeente haar verordende bevoegdheid.

## 2e onderdeel.

Het tweede onderdeel is het verbod op het plaatsen van een tuinhuisje, berging, schuurtje of een soortgelijke bebouwing op de totale kavel. Dit onderwerp ligt genuanceerder omdat het slechts ten dele een vergunningvrij onderwerp is. Wettelijke voorschriften hierover staan in art. 43 Woningwet lid c en d<sup>31</sup>. Op de zij- en achtererven is het volgens de wet mogelijk een open

30 Art. 43 Woningwet eerste deel: "In afwijking van artikel 40, eerste lid, is voorts geen bouwvergunning vereist voor:", lid 1 sub j: "Het plaatsen van een erf- of terreinafscheiding waarvan de hoogte van de voet af gemeten niet meer is dan 2m, met dien verstande dat van een erf- of terreinafscheiding die vóór de voorgevelrooilijn wordt geplaatst, de hoogte niet meer mag zijn dan 1m, mits wordt gebouwd overeenkomstig de bij of krachtens de in artikel 2 bedoelde algemene maatregel van bestuur gegeven voorschriften."

31 Art. 43 Woningwet lid c: "het op een zij- of achtererf van een woning of een ander gebouw dan wel op een standplaats bouwen van een bouwwerk waarvan de hoogte niet meer is dan 1 m en de bruto-oppervlakte niet meer is dan 2 m<sup>2</sup>, mits de toevoeging van het bouwwerk niet tot gevolg heeft dat het bij die woning of dat andere gebouw aansluitend zij- of achtererf dan wel die standplaats voor meer dan 50% is bebouwd", lid d: "het op een erf van een gebouw of standplaats plaatsen van een overkapping, die strekt tot vergroting van het woongenot van het gebruik van het gebouw of de standplaats, met dien verstande dat: 1° de hoogte van de voet af gemeten niet meer is dan 2,7 meter; 2° de bruto-oppervlakte, horizontaal gemeten, niet meer is dan 20 m<sup>2</sup>; 3° door de plaatsing het bij het gebouw aansluitende erf voor niet meer dan 50% is bebouwd; 4° bij plaatsing voor de voorgevelrooilijn, de overkapping geen tot de constructie zelf behorende wanden heeft; 5° bij plaatsing achter de voorgevelrooilijn, de overkapping maximaal drie wanden heeft waarvan er maximaal twee tot de constructie behoren"

constructie te bouwen mits deze aan de gestelde voorwaarde voldoet. Is zo'n open constructie aan te merken als een berging of dergelijk bouwsel waarover in het ontwerp gesproken wordt?

De ratio van de bepaling in de koopovereenkomst is echter een geheel verbod op alle tuinhuisjes, schuurtjes, bergingen of soortgelijk bouwsels op de kavels. Het doel van het ontwerp is dat er geen enkel bouwsel van wat dan ook opgetrokken wordt waar ook op de kavel. Een dergelijk totaal verbod is niet af te dwingen in een verordening omdat dit de bovengrens overschrijdt. De wetgever heeft duidelijk een deel van de bouwsels die mensen op willen richten vergunningvrij willen houden, het motief is wederom vrijheid voor de burger om te kunnen beslissen of en wat zij willen.

#### *Laatste Onderdeel.*

Het laatste onderdeel is het dulden en op eigen kosten onderhouden van de hagen, het gazon en de bomen. Kan de gemeente deze vergaande verplichtingen opleggen aan bewoners in een verordening?

Uitgaande van art. 5:1 BW, eigendomsrecht, kunnen mensen die een tuin bezitten deze naar eigen inzicht en mening inrichten en gebruiken met inachtneming van de bepalingen uit Boek 5 en de regelgeving over erfafscheidingen. De inrichting van tuinen kan (reflexwerking) wel openbare belangen raken, denk maar aan de verkeersveiligheid bij onoverzichtelijke kruisingen door hoge beplanting, maar hiervoor zijn andere wetten in het leven geroepen. Het enige openbare belang dat nu gediend wordt is een mooi architectonisch ontwerp van tuinen voor de omwonende en de bewoners zelf. Het gaat i.c. om 128 woningen met evenzoveel tuinen. Het belang van de bewoners is het zo veel mogelijk vrij gebruik maken van het eigendomsrecht dat zij op de grond hebben. Met andere woorden inrichting van de tuin naar eigen keuze zonder eventuele verplichtingen en verboden. M.i. wegen het mooi ontworpen stadsbeeld en het tuinontwerp niet op tegen de zeer strikte beperkingen die aan de bewoners opgelegd zijn. De bewoners van 128 woningen zouden hun eigen tuin op hun eigen grond niet naar eigen wens kunnen gebruiken en inrichten omdat het tuinontwerp voor de omgeving en henzelf een mooi plaatje van architectonische waarde oplevert. Over de architectonische waarde van dit tuinontwerp is ook discussie mogelijk, over smaak valt namelijk niet te twisten, maar niet is aan te tonen dat het ontwerp van de tuinen een dergelijke inmenging van de gemeente in de privébelangen van de bewoners rechtvaardigt. Dit houdt in dat de gemeente haar verordenende bevoegdheid overschrijdt omdat zij over haar benedengrens heengaat en dus in de privébelangen van de burgers treedt.

Daar komt bij dat beplanting van een tuin geen bouwen is in de zin van art. 40 lid 1 Woningwet en er derhalve geen vergunning voor nodig is. Omdat de beplanting vergunningvrij is geldt dezelfde redenering als bij de bepaling voor de erfafscheiding, zie onderwerp1. De bovengrens wordt in dezen overschreden dat de aanvullende bevoegdheid van de gemeente wordt gebruikt om de vrijheid van de burgers, aangaande tuininrichting, bijna geheel te ontnemen. De motieven staan in feite recht tegenover elkaar. Enerzijds de vrijheid die de burger wordt gegeven en anderzijds de grote beperking van de vrijheid tot inrichting van tuinen. Deze zijn dus met elkaar in conflict. Dit onderdeel kan hierdoor ook niet in een verordening opgenomen worden.

#### *3.1.3 De Bouwverordening.*

In voorgaand hoofdstuk werd al gemeld dat de mogelijkheden van de bouwverordening beperkt zijn. In art. 8 Woningwet staan de voorschriften gemeld welke opgenomen kunnen worden. Deze onderwerpen zijn limitatief. Enkele onderwerpen lijken in eerste instantie een mogelijkheid te bieden maar doen dat in werkelijkheid niet. Zo wordt in lid 2b gesteld dat een bouwverordening bepalingen moet bevatten die het gebruik en de staat van open terreinen en erven regelt. Dit is een onderwerp wat gezien moet worden dat bijvoorbeeld open erven geen stank overlast mogen opleveren en niet voor alle doeleinden gebruikt mogen worden.

Art. 5, lid a t/m c, geeft enkele stedenbouwkundig voorschriften, deze handelen echter niet over tuinen of de inrichting hiervan. Verdere mogelijkheden biedt de bouwverordening niet en het tuinontwerp kan dus niet worden opgenomen in deze verordening.

### 3.1.4 *Het bestemmingsplan.*

Zou het ontwerp van de tuinen in het bestemmingsplan opgenomen kunnen worden om het ontwerp zo te behouden voor de toekomst? Wat mag er wel en wat mag er niet meer in opgenomen worden met betrekking tot de instandhouding van het ontwerp van tuinen. Een bestemmingsplan is bedoeld om de planologie in een gebied te regelen, om bestemmingen en gebruik van gronden in een gebied vast te leggen. De aard en de strekking van de WRO, welke de basis vormen voor een bestemmingsplan, verzetten zich tegen een zeer gedetailleerd plan waarin voorzien wordt in de inrichting van een groepje tuinen. Een volledig vastgelegd tuinontwerp is geen planologisch belang. De belangen die in een dergelijk plan behartigd worden, verhouden zich geenszins met het doel dat de wetgever in de WRO voor ogen had. Omdat het vereiste belang ontbreekt is er geen mogelijkheid om een dergelijk ontwerp in een bestemmingsplan vast te leggen.

Daar komt bij dat net als in geval van een nieuwe verordening de gemeentelijke verordende bevoegdheid overschreden wordt en er wettelijke bezwaren zijn:

- de vergunningvrije onderwerpen kunnen niet in een voorschrift verboden worden, dit brengt een overschrijding van de bovengrens met zich mee.
- het recht tot erfafscheiding wordt grotendeels tenietgedaan.
- de benedengrens van de bevoegdheid van de gemeente om verbindende voorschriften uit te vaardigen wordt overschreden omdat zij zich teveel in de privé-sfeer van de burgers mengt.

Zowel de strekking van de WRO als de bovenstaande bezwaren (zie paragraaf 3.1.2) maken het onmogelijk om het tuinontwerp vast te leggen in een bestemmingsplan.

### 3.1.5 *De bouwvergunning.*

Het stellen van voorwaarden voor het verlenen van vergunningen is een bekend verschijnsel in het Nederlandse rechtstelsel en ook in het gemeentelijk gronduitgifte beleid. Zoals uit paragraaf 2.4.3 is gebleken kunnen er aan een bouwvergunning slechts voorwaarden worden gesteld indien deze een planologisch doel hebben. Het ontwerp voor de tuinen is een architectonisch ontwerp van een tuin en niet direct een planologisch belang waar de gemeente de verlening van een bouwvergunning van afhankelijk stelt. Er is in de jurisprudentie wel gebleken dat voorwaarde tot het aanbrengen van beplanting gesteld mag worden voor het verlenen van een bouwvergunning<sup>32</sup>.

In deze uitspraak werden door de gemeente 2 voorwaarden gesteld aan het verlenen van een bouwvergunning voor een schuur naast een boerderij. Enerzijds het aanbrengen van een groengordel en anderzijds het storten van een waarborgsom van f1.000,-. Op laatst genoemde ga ik niet verder in. De reden voor de groengordel was dat in de nabijheid van het bouwwerk, in deze zaak een schuur, om redenen van welstand wel enige beplanting gewenst was, om zo het bouwsel deels aan het oog te onttrekken. De Afdeling was van mening in haar uitspraak dat de gemeente de nader gestelde eis, de groengordel, in redelijkheid had kunnen stellen en verwierp het beroep van de aanvrager dat de eis niet rechtsgeldig zou zijn.

Verskil met deze casus en de casus Rijkerswoerd is dat het ging om een erf of terrein dat niet bij een tot woning bestemd bouwwerk hoorde, terwijl dit in Rijkerswoerd wel degelijk het geval is. Daar komt bij dat de reden hiervoor was dat: *“Sommige bouwwerken van dien aard zijn dat*

<sup>32</sup> Beplantingsvoorschriften, Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 28 augustus 1981, AB 1981 577.

*zij moeilijk in de omgeving passen. Een aanvaardbare oplossing kan soms worden verkregen door rond het bouwwerk een beplanting aan te brengen". De Afdeling stemde hiermee in. In Rijkerswoerd gaat het om bouwwerken die de bestemming wonen dragen en die zeker niet moeilijk in de omgeving passen. Het stellen van een beplantingseis is in beginsel wel toegestaan maar, nog even zonder te kijken naar het concrete tuinontwerp, niet in een geval waarin woningen met tuinen het onderwerp van de vergunningaanvraag zijn. Reden hiervan is dat de parkwoningen voldoen aan de eisen van welstand en het specifieke tuinontwerp geen planologisch doel voor ogen heeft. Zodoende kan dit ontwerp niet opgenomen worden als voorwaarde voor het verlenen van een vergunning*

### 3.1.6 *Samenvatting conclusies.*

De conclusies die ik getrokken heb in voorgaande paragrafen zullen hieronder samengevat worden. In het algemeen kan gezegd worden dat het tuinontwerp niet kan worden vastgelegd in een bestemmingsplan, een (bouw)verordening of als voorwaarde gesteld worden bij een aanvraag voor een bouwvergunning.

In de Bouwverordening kan het onderwerp ook niet opgenomen worden omdat:

- de verschillende onderwerpen die in een bouwverordening aan bod moeten komen limitatief door de wet gegeven zijn en er geen onderwerp aangaande tuininrichting is.

Een gewone verordening biedt ook geen mogelijkheid omdat:

- het recht tot erfafscheiding nagenoeg tenietgedaan wordt;
- ten tweede de verschillende onderdelen strijdig zijn met hogere wetten (bovengrens) zoals de Woningwet & BW en met de benedengrens, doordat de bepalingen teveel ingrijpen in de privé-sfeer van de bewoners.

Het is niet mogelijk het tuinontwerp in een bestemmingsplan op te nemen omdat:

- op de eerste plaats de aard en strekking van een bestemmingsplan daar niet naar zijn;
- ten tweede kunnen we verwijzen naar de verordening, de gemeente gaat verder dan haar verordenende bevoegdheid toestaat en overschrijdt zo haar onder- en bovengrens. (Dit komt grotendeels omdat de onderwerpen die men vast wil leggen vergunningvrij zijn en waar mensen dus in principe zelf over kunnen beslissen.)

Het tuinontwerp kan niet als voorwaarde gesteld worden in een bouwvergunning aanvraag omdat:

- het ontwerp niet van planologisch belang is en uit jurisprudentie blijkt dat dit derhalve niet als voorwaarde voor een vergunning kan gelden, mede vanwege het verbod op détournement de pouvoir.

Deze conclusies zijn belangrijk om straks de twee-wegenleer te kunnen toepassen op de vraag of de privaatrechtelijke weg wellicht wel toegankelijk is om het tuinontwerp vast te leggen.



## 3.2 De privaatrechtelijke mogelijkheden.

Zoals uit 2.3 gebleken is zal aan de hand van de criteria uit de twee-wegenleer beoordeeld moeten worden of er sprake is van onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regelingen indien het tuinontwerp privaatrechtelijk vastgelegd wordt. Hierna zal de positie van de gemeente in deze casus beoordeeld kunnen worden. Vervolgens zullen de problemen besproken worden die de privaatrechtelijke regeling oplevert met betrekking tot algemene voorwaarden (paragraaf 3.2.2) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (paragraaf 3.2.3).

### 3.2.1 *Expliciet verbod Woningwet.*

De eerste vraag die gesteld wordt, (schema 2.1, criteria Windmill) is of de publiekrechtelijke regeling expliciet een privaatrechtelijke regeling verbiedt?

In de WRO, Gemeentewet en de Grondwet staat geen expliciet verbod op het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten bij gronduitgifte door de gemeente. In de Woningwet staat wel een dergelijk expliciet verbod, zie art. 122 Woningwet. Hierin wordt het de gemeente verboden om rechtshandelingen te verrichten voor onderwerpen uit hoofdstuk 4 en artikel 2 van de Woningwet. Art. 43 Woningwet staat in hoofdstuk 4 van die wet en behandelt de vergunningvrije onderwerpen. Zoals is behandeld in paragraaf 3.1.2, zijn de onderdelen van het tuinontwerp bijna allemaal vergunningvrij. Dit zou betekenen dat indien alleen de Woningwet van belang is als zijnde publiekrechtelijke regeling de privaatrechtelijke regeling nu al uit gesloten zou zijn. Maar niet alleen de Woningwet is van belang in de casus ook de WRO en de Gemeentewet zijn van belang. In deze wetten is geen expliciet verbod opgenomen. De twee-wegenleer is dus nog zeker van belang voor de beoordeling van de WRO en de Gemeentewet of deze wellicht wel toestaat dat het tuinontwerp privaatrechtelijk wordt vastgelegd.

De twee-wegenleer wordt dus voor de WRO en de Gemeentewet toegepast, de Woningwet biedt zelf duidelijkheid op de vraag doormiddel van het verbodsartikel 122 Woningwet. De andere twee criteria die in het Windmill arrest geformuleerd werden, over de belangen van de burgers en het vergelijkbare resultaat, kunnen in deze casus niet toegepast worden. Er is geen vergelijking mogelijk tussen privaot- en publiekrecht omdat er geen publiekrechtelijke regeling mogelijk is. Dit is geen probleem, in arresten na het Windmill arrest zijn al vaker uitspraken geweest waarbij niet aan alle criteria getoetst werd om tot een conclusie te komen (zie Brandweer arrest).

### 3.2.2 *Doorkruising Gemeentewet.*

Na de vraag of de wet een expliciet artikel kent waarin privaatrechtelijk optreden verboden wordt, moet gekeken worden of de inhoud en de strekking van de publiekrechtelijke regeling zich tegen een privaatrechtelijke regeling verzetten.

De Gemeente heeft de bevoegdheid gekregen om verordeningen te maken, tevens heeft zij de bevoegdheid gekregen om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten. Deze laatste bevoegdheid berust op de rechtspersoonlijkheid die de gemeente bezit op grond van art. 2:1 BW. Nu heeft de gemeente overeenkomsten gesloten inzake een onderwerp dat (zie paragraaf 3.1.4) buiten de gemeentelijke huishouding valt. De boven- en benedengrens van de gemeentelijke verordende bevoegdheid werden overschreden. Op het moment dat de gemeente nu een overeenkomst sluit waarin onderwerpen geregeld worden welke niet in een verordening kunnen worden opgenomen treedt de gemeente weer buiten haar huishouding. Het is dezelfde handelswijze waardoor de WRO doorkruist wordt, zie paragraaf 3.2.3, de publieke weg staat niet open en daarom kiest men voor een privaatrechtelijke regeling. In beide gevallen is er sprake van onaanvaardbare doorkruising en dat is de gemeente niet toegestaan.

### 3.2.3 Doorkruising WRO.

Wordt de WRO onaanvaardbaar doorkruist indien het tuinontwerp wordt opgenomen in een privaatrechtelijke overeenkomst?

Voor deze vraag verwijs ik met name naar de conclusie van A-G mr. Koopmans<sup>33</sup> bij het arrest. Ik zal zeer beknopt het Kunst en Antiekstudio Lelystad beschrijven. De Gemeente Lelystad heeft bij de gronduitgifte van een industrie terrein bepaald dat er op het terrein geen detailhandel zal worden toegestaan, bovendien moet voor verhuur van bedrijfsruimte toestemming worden gevraagd aan de gemeente. De reden hiervoor was dat de gemeente de concurrentie positie van de specifieke winkelgebieden, onder andere het stadscentrum, wilde beschermen. De gemeente heeft vervolgens geweigerd kunst en Antiekstudio Lelystad toestemming te verlenen om bedrijfsruimte te verhuren aan een zgn. Leenbakkerswinkel. Leenbakker staat in het register van de K.v.k. ingeschreven als een detailhandel in de meubelsector. Kunst en Antiekstudio L. ging hiertegen in beroep maar werd niet in het gelijk gesteld. Het was de gemeente dus toegestaan om privaatrechtelijke voorwaarden te stellen voor een onderwerp dat ook in een bestemmingsplan geregeld had kunnen worden.

In de overweging die het Hof maakte werd bepaald dat: *“De WRO geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag in hoeverre het een gemeente vrij staat om de belangen te behartigen waarvan haar de in art. 10 WRO genoemde bevoegdheden zijn toegekend, te dienen door in overeenkomsten in gronduitgifte voorwaarden omtrent het grondgebruik op te nemen. Bij deze stand van zaken moet worden aangenomen dat de WRO niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarde omtrent grondgebruik in overeenkomsten”*. Met andere woorden in principe verzetten de inhoud en strekking van de publieke regeling zich niet tegen een privaatrechtelijke regeling.

In de conclusie van Koopmans onderdeel 5 t/m 7 betoogt hij uitvoerig dat het publiekrecht ruimte open laat en zelfs op sommige punten directe aanleiding geeft voor het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten. Zo zal de gemeente proberen de gemaakte kosten voor het bouwrijp maken van grond terug proberen te verdienen en het gebruik van gronden overeenkomstig het geldende bestemmingsplan vast te leggen bij gronduitgifte. Daar komt bij dat er een groot algemeen belang mee gemoeid is omdat Nederlandse gemeenten dit beleid al jarenlang op deze wijze in de praktijk voeren. Indien in de uitspraak de privaatrechtelijke overeenkomsten verboden zouden worden zou er een grote mate van rechtsonzekerheid op treden aangaande het onroerend goed.

Het grote verschil tussen Kunst en Antiekstudio en Rijkerswoerd is echter dat in eerst genoemde, partijen, gemeente en Kunst en Antiekstudio L., het erover eens waren dat het draaide om gebruiksvoorschriften die ook in een bestemmingsplan opgelegd hadden kunnen worden, terwijl ik geconcludeerd heb in 3.1 dat dit niet het geval is in de Rijkerswoerd casus. De bepalingen die het ontwerp van de tuinen moeten waarborgen kunnen juist niet in een bestemmingsplan worden opgenomen. Dit levert wel een groot verschil op tussen de casus posities. Dat verschil is dat in de casus Rijkerswoerd de publiekrechtelijk weg niet openstaat, terwijl dat in Kunst en Antiekstudio L. wel het geval was. De Hoge Raad stelde immers heel duidelijk dat de WRO ruimte bood om privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten bij gronduitgifte. Het doel van deze overeenkomsten is het gebruik van gronden te regelen, bijvoorbeeld welke bedrijfsactiviteiten in een gebied plaats mogen vinden of het verhalen van gemaakte kosten bijvoorbeeld voor de aanleg van voorzieningen. Dat zijn onderwerpen die daadwerkelijk een stuk ruimtelijke ordening regelen, een planologisch doel hebben. Op deze wijze wordt het verschil met Rijkerswoerd beter verklaard. Het ontwerp van tuinen vastleggen is geen ruimtelijke ordening in de zin van de WRO, in feite komt het neer op ruimtelijke ordening

<sup>33</sup> A-G mr. Koopmans, NJ 1991 691, Koopmans concludeert uit de wetsgeschiedenis en het wettelijk stelsel dat er ruimte is om voorwaarden te stellen en dat dit zo nu en dan zelfs verplicht is, tevens kan het gebruik van privaatrecht voor alle partijen voordelen hebben.

op microniveau. Op dat moment kan er niet meer gesproken worden van een planologisch belang dat gediend wordt. De WRO geeft de mogelijkheid om voor een stuk grond bestemmingen en gebruiksvoorschriften, zoals de bestemming *woongebied*. Nu is men veel verder gegaan en is de bestemming tuin tot in detail uitgewerkt. Dit gaat echter veel verder dan de WRO voor ogen heeft. Dit maakt al duidelijk dat de overheid nooit zover heeft willen gaan in het vastleggen van de burgers. Zeker wanneer het reeds behandelde art. 122 Woningwet erbij in beschouwing wordt genomen. Aangenomen moet worden dat de overheid een zekere vrijheid voor de burgers heeft willen behouden en dat deze ook publiekrechtelijk is vastgelegd. Indien het privaatrecht aangewend wordt om deze vrijheid toch in te perken zal er zonder meer een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling optreden.

Ik ben uitvoerig ingegaan op de mogelijkheden die het publiekrecht biedt en of deze mogelijkheden in de casus Rijkerswoerd openstonden, dit is duidelijk niet het geval. Dat is al een sterke aanwijzing dat de privaatrechtelijke weg ook niet open staat. Dit geldt niet altijd. In het arrest Benckiser kreeg de Staat de mogelijkheid om een privaatrechtelijke vordering, gebaseerd op de onrechtmatige daad, in te dienen terwijl het publiekrecht deze mogelijkheid niet bood. Reden hiervoor was het zwaar wegende milieu belang wat de Staat onder andere diende. In Rijkerswoerd is het belang van de Staat al eerder aan de orde geweest en geconcludeerd moet worden dat dit belang lang niet zo zwaar telt als het milieu belang uit Benckiser. Het ontbreken van de publiekrechtelijke weg in deze casus is juist een reden om aan te nemen dat de privaatrechtelijke regeling niet mogelijk is.

De privaatrechtelijke bepalingen kunnen niet opgenomen worden zonder dat deze de WRO doorkruisen.

#### 3.2.4 *Privaatrecht.*

In paragraaf 2.4.4 werd al gesproken over de uitspraak van de President van de rechtbank (hardhout casus) in een geding over voorwaarden in een gronduitgifte overeenkomst met een gemeente. Die casus heeft veel overeenkomsten met de casus Rijkerswoerd. Zowel in de hardhout casus als in de casus Rijkerswoerd is er geen publiekrechtelijke bevoegdheid om de ideeën en plannen van de gemeente op te kunnen leggen aan de bewoners. De privaatrechtelijke voorwaarden die in beide casussen worden opgelegd aan de bewoners zijn afkomstig van de gemeente. Een “*uit een monopolie positie handelend overheidsorgaan*” zoals de President in de hardhout casus omschreef. In beide gevallen is de koper wel gedwongen de bepalingen die de gemeente gesteld heeft te accepteren. Indien de koper niet akkoord gaat dan zal de koop van de woning niet doorgaan. Daar komt bij dat het in beide gevallen om een onderwerp draait wat de centrale overheid nu en in de toekomst niet wil regelen of verbieden. Het gebruik van tropisch hardhout in woningen in de hardhout casus of het inrichten van tuintjes in Rijkerswoerd. Nu is het wel zo dat de gemeente niet direct meer betrokken is na de eerste verkoop van de kavels en woningen, dit doet echter niets af aan het feit dat de gemeente nog steeds invloed heeft, daar zij kwalitatieve verplichtingen heeft opgenomen in de koopovereenkomsten. Hierdoor kan de overheid niet los gezien worden van de koopovereenkomsten.

Gezien de gelijkenis tussen de casus posities kan worden gesteld dat de uitkomst van casus Rijkerswoerd waarschijnlijk hetzelfde zal zijn als de hardhout casus. In die casus werden de bepalingen onverbindend verklaard, wat inhoudt dat de bepalingen in de casus Rijkerswoerd niet rechtsgeldig zijn.

### 3.2.5 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In paragraaf 2.1.1 is besproken dat de gemeente ook bij het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie de artikelen 2:1 BW, 3:14 BW en art 3:1 lid 2 Awb. De twee beginselen die hieronder behandeld worden laten zien dat er op zijn minst twijfel kan bestaan of een aantal van deze beginselen niet overtreden worden.

Om met het gelijkheidsbeginsel te beginnen. Dit beginsel is niet opgenomen in de Awb maar is terug te vinden in art. 1 Grondwet, het discriminatieverbod. Door het privaatrechtelijke verbod dat door de bepalingen aan de bewoners wordt opgelegd ontstaat ongelijkheid in rechtsposities van de burgers. Immers alleen die burgers die in de Parkwoningen in Rijkerswoerd wonen zijn gebonden aan de ge- en verboden aangaande de tuinrichting. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Het komt natuurlijk voor dat mensen binnen een gemeente aan verschillende eisen moeten voldoen, dit is alleen toegestaan indien daar een wettelijke basis voor is. Een voorbeeld is de monumentenwet, wanneer een woning op de monumentenlijst staat gelden er allerlei (beperkende) regels die niet gelden voor andere woningen. In Rijkerswoerd is van een dergelijke basis geen sprake. Slagen met een beroep op het gelijkheidsbeginsel is niet eenvoudig. Toch wordt in ieder geval de schijn gewekt dat de rechtspositie van de bewoners van de Parkwoningen aanzienlijk beperkt is.

Het andere beginsel van behoorlijk bestuur dat overtreden wordt is het evenredigheidsbeginsel dat geformuleerd is in art. 3:4 lid 2 Awb<sup>34</sup>. Dit komt tot uiting in de belangen afweging die gemaakt kan worden tussen de burgers en de gemeente. Wederom komt de belangen tegenstelling ter sprake. Het belang dat de gemeente hecht aan het tuinontwerp is een mooi stadsbeeld van architectonische waarde, dit stadsbeeld is een aanwinst voor omwonenden en bewoners van de Parkwoningen zelf.

Het belang van de bewoners is het vrijelijk gebruik maken van de tuin, deze naar eigen inzicht inrichten en wellicht voorzien van een afscheiding. De redenen die de bewoners aangaven in de correspondentie met de gemeente onderschrijven dit. De privacy die geschonden wordt omdat vreemde personen zich door de tuinen begeven en de veiligheid van de bewoners en hun kinderen. M.i. is niet aan te tonen dat het belang dat de gemeente heeft in deze situatie opweegt tegen de belangen van de bewoners.

---

<sup>34</sup> Art 3:4 lid 2 Awb, "De voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen."

*Samenvatting conclusies.*

Samengevat kan er het volgende over de privaatrechtelijke bepalingen gezegd worden:

Het tuinontwerp kan niet in een privaatrechtelijke regeling vast gelegd worden.

De onderbouwing voor deze conclusie is gebaseerd op de vijf onderdelen die in dit hoofdstuk behandeld zijn. Deze zal ik nogmaals kort benoemen.

- De Woningwet heeft een expliciet verbod om voor de onderdelen uit art. 2 en hoofdstuk 4 van deze wet privaatrechtelijk handelingen te verrichten.
- De Gemeentewet wordt onaanvaardbaar doorkruist indien privaatrechtelijke bepalingen een substituut vormen voor een onderwerp dat zowel de onder- als bovengrens van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid overschrijdt.
- De WRO wordt onaanvaardbaar doorkruist indien privaatrechtelijke bepalingen een substituut vormen voor een onderwerp dat niet in een bestemmingsplan opgenomen kan worden.  
De aard en strekking van de WRO verzetten zich hiertegen.
- De voorwaarden opgenomen in de koopovereenkomsten zijn onredelijk bezwarend voor de bewoners, uit jurisprudentie is gebleken dat de positie van de particuliere koper beschermt wordt.
- De uitwerking van de bepalingen heeft tot gevolg dat er een schijn wordt gewekt van rechtsongelijkheid tussen burgers die wel en niet in de Parkwoningen wonen, zonder dat hiervoor een geldige rechtsgrond aanwezig is.  
De belangen van de overheid wegen niet op tegen de belangen van de burgers, dit is in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

### 3.3 Kwalitatieve verplichtingen.

Het tuinontwerp is opgenomen in de vorm van een aantal kwalitatieve verplichtingen gevolgd door een kettingbeding. Niet alle verplichtingen zijn op te nemen in de vorm van een kwalitatieve verplichting.

Een kwalitatieve verplichting is een relatief recht met een absoluut karakter. Het opnemen van een dergelijke verplichting heeft tot gevolg dat een verplichting op een zaak blijft rusten ook bij overdracht van de zaak, zgn. zaaksgevolg. In art. 6:252 BW wordt de kwalitatieve verplichting omschreven en aan regels gebonden. Hieruit volgt dat:

- de kwalitatieve verplichting in een notariële akte moet worden neergelegd en vervolgens moet worden ingeschreven in de openbare registers.
- de verplichtingen rusten op een registergoed.
- deze bestaan uit een dulden of een niet doen.

Is aan deze verplichtingen voldaan in de overeenkomsten in Rijkerswoerd?

De verplichtingen uit VI.3. (zie Bijlage 2) zijn in een notariële akte neergelegd en ingeschreven in de openbare registers. De grond waar de verplichtingen op rusten is een registergoed.

Één bepaling van het tuinontwerp is echter niet op te vatten als een dulden of niet doen. De bepaling uit VI.3.7:

*“De koper is verplicht voormeld(e) hagen, gazon en bomen te dulden en op zijn kosten te onderhouden, in stand te houden en zonodig te vervangen.”*

Deze bepaling bevat een handelen, een activiteit, welke veel verder gaat dan het zgn. dulden en het niet doen. Dit onderdeel van het tuinontwerp valt dus niet onder de kwalitatieve verplichtingen die het tuinontwerp regelen. Dit wordt ondervangen door het opgenomen kettingbeding waardoor de bepalingen toch in iedere volgende koopovereenkomst moeten worden opgenomen. De overige bepalingen zijn allen inderdaad een dulden of een niet doen en derhalve op te vatten als een kwalitatieve verplichting. Bepaling VI.3.7 heeft slechts relatieve werking. Dit houdt in dat op het moment dat bij verkoop van de woning deze bepaling niet in de overeenkomst wordt opgenomen de gemeente alleen de verkopende partij hierop kan aanspreken. De koper en alle toekomstige kopers zijn niet meer aan deze bepaling gebonden. Bij de overige bepalingen is dit wel het geval, daar kan ook de kopende partij worden aangesproken omdat deze kon weten, en diende te weten, dat er een aantal kwalitatieve verplichtingen op de onroerende zaak rustten.

### 3.4 Correspondentie.

In de beschrijving van de situatie in hoofdstuk 1 werd al vermeld dat de gemeente correspondentie heeft gevoerd met de bewoners van de Parkwoningen. Deze brieven hebben een zeker rechtsgevolg en -betekenis en zijn van invloed op de positie van partijen. Beide brieven zijn opgenomen in bijlage 3.

#### 3.4.1 1<sup>e</sup> brief, 25 augustus 1998

De eerste brief van de gemeente is het verzoek aan de bewoners om de geconstateerde aanpassingen weer ongedaan te maken en de tuinen in de oude toestand te herstellen. Er kan niet worden gesproken van gebruik van bestuursdwang of iets dergelijks. Het is een verzoek aan de bewoners, zonder mededeling van verdere actie of boete indien er geen gehoor aan wordt gegeven. Het is geen ingebrekestelling conform art. 6:82 lid 1 BW<sup>35</sup>, dus kan er geen sprake zijn van verzuim van de bewoners, art. 6:81 BW<sup>36</sup>. De juridische situatie voor en na deze brief is dus gelijk gebleven.

#### 3.4.2 2<sup>e</sup> brief, 26 oktober 1998.

De gemeente gaat akkoord met de verzoeken die ontvangen zijn om ook aan de binnenkant van de tweede haag een afrastering te mogen plaatsen. De schriftelijke reacties van de bewoners zijn op te vatten als een verzoek om de bepalingen aangaande het tuinontwerp uit de koopovereenkomst te herzien. De brief van de gemeente is in feite niets anders dan een aanbod op de gedane verzoeken. Het gevolg hiervan is niet dat er een nieuwe bepaling aan de koopovereenkomst toegevoegd is, hiervoor is aanvaarding nodig van de bewoners. Het plaatsen van deze afrastering is niet verplicht gesteld. Ook is het niet verplicht dat de afrastering van hetzelfde soort is als de reeds geplaatste afrastering, dit is de bewoners alleen vriendelijk verzocht. De gemeente heeft door deze handelswijze verdere onduidelijk gecreëerd en bovendien haar eigen positie verzwakt door concessies te doen aan het oorspronkelijke ontwerp.

Er zijn verder geen acties ondernomen om de overeenkomsten daadwerkelijk aan te passen en zo de goedgekeurde afrasteringen hierin op te nemen. Ook is er niet gesteld dat deze aanpassing verplicht overgenomen moet worden indien de woning verkocht wordt.

---

<sup>35</sup> Art 6:82 lid 1 BW, "Het verzuim treedt in, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft.

<sup>36</sup> Art 6:81 BW, "De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van art 82 en 83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.

### 3.5 Conclusie & Aanbeveling.

In de voorgaande hoofdstukken is de casus Rijkerswoerd behandeld, het wettelijk kader en de consequenties die het voor de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke mogelijkheden had. Het is nu mogelijk om op de probleemstellingen, geformuleerd in de inleiding, een goed onderbouwd antwoord te geven en zodoende een eindconclusie te geven.

#### 3.5.1 *Mogelijkheden vastleggen tuinontwerp.*

Er zijn geen mogelijkheden aanwezig voor de gemeente om het tuinontwerp op een publiekrechtelijke wijze te regelen. Dit heeft consequenties voor de privaatrechtelijke mogelijkheden. Indien de gemeente het tuinontwerp via een privaatrechtelijke overeenkomst zou regelen dan treedt er onaanvaardbare doorkruising op van de verschillende publiekrechtelijke regelingen. Ook de wetgeving over algemene voorwaarden en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verhouden zich niet met een dergelijke overeenkomst.

De belangrijkste conclusies zijn dan ook:

- **Er is geen mogelijkheid het tuinontwerp publiekrechtelijk danwel privaatrechterlijk vast te leggen.**
- **De opgenomen bepalingen in casus aangaande het tuinontwerp zijn niet rechtsgeldig.**
- **Het is hierdoor niet mogelijk om tot handhaving van deze bepalingen over te gaan.**

Dit houdt in dat de bepalingen aangaande het tuinontwerp niet in de koopovereenkomsten opgenomen hadden mogen worden. Dit betekent voor de gemeente dat indien zij tot handhaving over wil gaan, haar positie erg zwak is. De handelswijze van de gemeente na het afsluiten van de overeenkomst maakt haar positie nog zwakker. Zij heeft lang gewacht met reageren op overtredingen waardoor de burgers zich eventueel kunnen beroepen op een gerechtvaardigd vertrouwen dat de aanpassingen waren toegestaan. Bovendien is de toestemming die de gemeente gegeven heeft om aanpassingen te doen aan het oorspronkelijke ontwerp een teken dat handhaving van het ontwerp niet noodzakelijk is. Dit wordt mede veroorzaakt door de onduidelijkheden die na de brief blijven bestaan. Wat is verplicht, wat is verboden en zal de gemeente wel of niet overgaan tot handhaving?

Wanneer de gemeente de casus aan de burgerlijke rechter voorlegt en deze de koopovereenkomsten zal gaan beoordelen zullen de bepalingen aangaande tuin inrichting deze rechterlijke toetsing niet doorstaan. Een zeer te verwachte uitspraak is dan het onverbindend verklaard worden van de bepalingen door de rechter.

Het is gewoonweg onmogelijk voor de gemeente om zover in de privé-belangen van de burgers te treden. De wetgever heeft dit niet wenselijk geacht en heeft dit in onder andere art. 122 Woningwet laten zien. De gemeente heeft een aantal bevoegdheden gekregen binnen de WRO en de Woningwet en zal deze moeten en kunnen gebruiken. Zij zal echter niet verder mogen handelen dan deze bevoegdheden toelaten.



### 3.5.2 Aanbeveling.

De gemeente zit op dit moment met een onopgelost probleem. Duidelijk is dat er niet tot handhaving kan worden overgegaan. De meest eenvoudige oplossing voor de gemeente om in deze casus voor nu en in de toekomst van de problemen af te zijn is de hele passage over het tuinontwerp uit alle koopovereenkomsten te laten vervallen. Dit kan op meerder manieren bereikt worden.

- Alle bepalingen aangaande tuininrichting uit de overeenkomsten door een notaris laten verwijderen.
- Een schriftelijke mededeling aan de bewoners en notaris dat de bepalingen aangaande tuininrichting vervallen zijn en derhalve ook niet hoeven worden meegenomen volgende koopovereenkomsten.

Op de onderlinge verschillen van bovenstaande mogelijkheden qua tijd en kosten ga ik nu verder niet in. Voor alle partijen komt er duidelijkheid over wat er wel en niet mogelijk is in de tuintjes. Men heeft zich aan de wettelijke bepalingen te houden en aan de bepalingen in de APV en bouwverordening. Bovendien is de gemeente direct verlost van de twijfelachtige verplichting tot controle en handhaving van de bepalingen.

Wanneer de gemeente in casus vooraf had bekeken of het tuinontwerp wel gehandhaafd kon worden was al gebleken dat dit niet zou kunnen. Dan waren de bepalingen niet opgenomen en zouden de problemen zich ook niet hebben voorgedaan. Dit is achteraf, wel kan hier lering uit getrokken worden voor de toekomst.

Het klinkt enigszins simplistisch maar toch is de volgende uitspraak van toepassing op de casus Rijkerswoerd en handhaving in het algemeen: *“Voorkomen is beter dan genezen”*.

Indien de gemeente inderdaad in een overeenkomst of voor een handeling voorwaarden wil stellen, dan dient van te voren zorgvuldig bekeken te worden of deze voorwaarden ook gehandhaafd kunnen worden. Is dit niet het geval dan heeft het geen zin deze voorwaarden te stellen en zullen er op den duur problemen over kunnen ontstaan.

*Literatuurlijst:*

Ackermans-Wijn J.C.E., Contracten met de Overheid, Kluwer Deventer 1989.  
 Hennekens H.Ph.J.A.M., Decentralisatie, Ars Aequi Libri Nijmegen, 1995 3<sup>e</sup> druk.  
 Hijmans E.R./R.J.Gerzon, Recht rond grondbeleid, VVG Enschede 1995.  
 Konijnenbelt W., Résumé, Lemma BV Utrecht, 1994, 4<sup>e</sup> druk.  
 Koopmans A-G Mr, NJ 1991 691.  
 Lok/Venema, Algemeen bestuursrecht, Stenferd Kroese Houten, 2<sup>e</sup> druk 1994.  
 Michiels, F.C.M.A. /J. Hoekstra, Handhaving van het publiekrechtelijk bouwrecht, Kluwer Deventer 1991.

*Jurisprudentieregister:*

Uitspraak, Vindplaats,		blz.
Afdeling rechtspraak Raad van State:		
28 augustus 1981, AB 1981 577,	Bepantingsvoorschriften,	30.
16 april 1984, AB 1985 20,	Bouwvergunning tuinafscheiding,	24.
Hof 's-Gravenhage:		
16 juli 1998, NJ 1999 593,	Hoogvliet-Sassenheim,	20.
Hoge Raad:		
HR 14 januari 1949, NJ 557,	Zandvoortse woonruimteverord,	22.
HR 13 april 1962, NJ 1964 366,	Kruseman,	15.
HR 2 februari 1966, NJ 1966 415,	Hoogeloon,	16.
HR 19 mei 1967, NJ 1967 261,	Saladin-HBU,	11.
HR 19 januari 1968, NJ 1968 166,	Eindhoven-Staals,	15.
HR 22 juni 1973, NJ 1973 386,	Fluoridering,	14.
HR 8 april 1980, NJ 1980 330,	Arnhemse krakers,	13.
HR 23 december 1980, NJ 1981 171,	APV Schiermonnikoog,	13.
HR 16 mei 1986, NJ 1986 723,	Heesch-V.d. Akker,	16.
HR 27 maart 1987, AB 1987 273,	Amsterdam-Ikon,	11.
HR 14 april 1989, NJ 1990 712,	Benckiser-Staat,	19.
HR 26 januari 1990, AB 1990 408,	Windmill,	16.
HR 9 juli 1990, NJ 1991 394,	Pina-Helmond,	18.
HR 8 juli 1991, AB 1991 659,	Kunst en Antiekstudio-Lelystad,	23.
HR 11 december 1992, NJ 1994 639,	Brandweer,	18.
HR 22 oktober 1993, BR 1994 322,	Staat-Magnus,	19.
HR 14 oktober 1994, NJ 1995 720,	August de Meijer,	20.
HR 3 april 1998, NJ 1998 588,	Hornkamp-Alkmade,	22.
HR 15 januari 1999, NJ 1999 306,	Staat-V.d. Endt en Sluyter,	20.
President Rechtbank Amsterdam:		
Pres. A'dam, 24 nov. 1994, BR 1995 131,	Hardhout verbod,	23.