

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie cur-sieve kop].

NJ 2016/159

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 december 2014, nr. 13/05427

(Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, G. de Groot, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. J. Spier)
m.nt. S.D. Lindenbergh*

Art. 3:40, 6:101, 6:210 lid 2 BW; art. 42 WRO (oud)

JWB 2014/421
RAV 2015/26
RvdW 2015/36
NJB 2014/2274
RCR 2015/17
O&A 2015/18
BR 2015/38
ECLI:NL:PHR:2014:2251
ECLI:NL:HR:2014:3532

Overeenkomst (in kader gronduitgifte) met overheid ter zake van bijdrage in kosten voorzieningen van openbaar nut. Nietigheid exploitatieovereenkomst wegens strijd exploitatieverordening?; art. 42 Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud); strekking. Art. 6:210 lid 2 BW; ongedaanmakingsverbintenis; aanspraak gemeente beperkt tot laagste van de bedragen die voortvloeien uit resp. de toepassing van de exploitatieverordening en de marktwaarde. Stelplicht gemeente. Schadebeperkingsplicht vergoedingsplichtige en benadeelde.

Het in deze zaak toepasselijke (inmiddels vervallen) art. 42 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) strekt ertoe de rechtszekerheid voor grondeigenaren te verhogen. Deze strekking brengt mee dat een overeenkomst waarin een gemeente een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten bedingt en waarin de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, nietig is wegens strijd met de openbare orde. Indien de gemeente reeds geheel of ten dele heeft voldaan aan de nietige overeenkomst, is deze prestatie onverschuldigd verricht. Wanneer de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, treedt, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten (art. 6:210 lid 2 BW). De enkele omstandigheid dat het de gemeente niet vrijstond

een tegenprestatie te bedingen voor de door haar verrichte prestatie, brengt niet mee dat de waarde van die prestatie op nihil dient te worden gesteld. In beginsel is de waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW die, welke daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend ('de marktwaarde').

De waardering van de prestatie van de gemeente in een geval als het onderhavige behoort te geschieden op de grondslag van hetgeen voor de gemeente wel geoorloofd zou zijn geweest als tegenprestatie te bedingen voor haar prestatie. Uit art. 6:210 lid 2 BW vloeit voort dat de vordering van de gemeente in ieder geval niet toewijsbaar is tot een hoger bedrag dan de marktwaarde van de prestatie ten tijde van de ontvangst daarvan en dat de toewijsbaarheid van de vordering dus ook in zoverre begrensd is. Indien de gemeente een exploitatievergoeding heeft bedongen zonder toereikende basis in de toepasselijke exploitatieverordening, kan de gemeente dus slechts aanspraak maken op het laagste van de bedragen die voortvloeien uit respectievelijk de toepassing van de exploitatieverordening en de marktwaarde. Het is aan de gemeente om in het kader van een vordering op de voet van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken.

In geval van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding is de benadeelde gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijze van hem kan worden verlangd. Indien hij daaraan niet voldoet kan dit tot gevolg hebben dat de vergoedingsplicht op de voet van art. 6:101 BW wordt verminderd. Indien zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige het in de hand heeft de schade te beperken, hangt het van de omstandigheden van het geval af of en in hoeverre de vergoedingsplichtige aan de benadeelde kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft beperkt. Daarbij valt in aanmerking te nemen dat het aan het handelen of nalaten van de vergoedingsplichtige is te wijten dat de benadeelde in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt.

Eiser tot cassatie is eigenaar van een achter zijn woning gelegen terrein dat op grond van een ontwerp bestemmingsplan voor woningbouw is bestemd. In verband met het realiseren van deze bouwbestemming heeft hij met de gemeente een ruilvereenkomst en een exploitatieovereenkomst gesloten. Eiser heeft zich verplicht een exploitatiebijdrage te betalen. Na de vaststelling en goedkeuring van het bestemmingsplan heeft de gemeente een voorbereidingsbesluit tot planwijziging genomen waarin ten onrechte het perceel van eiser is meegenomen. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft het voorbereidingsbesluit herroepen voor zover dit het bouwperceel van eiser betrof. De gemeente heeft de eerste termijn van de exploitatiebijdrage aan eiser in rekening gebracht. Eiser heeft geweigerd deze termijn te betalen op de grond dat de

* Dit arrest is eerst onlangs in handen van de annotator gesteld.

gemeente niet aan alle verplichtingen uit hoofde van de exploitatieovereenkomst heeft voldaan. In conventie vordert de gemeente betaling van (een deel van de) overeengekomen exploitatiebijdrage, primair o.g.v. de exploitatieovereenkomst subsidiair o.g.v. art. 6:210 BW. Eiser vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de exploitatieovereenkomst nietig is, dat de gemeente toerekenbaar is tekortgeschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld en ter zake schadeplichtig is, en veroordeling tot betaling van schadevergoeding. Het hof heeft de vordering van de gemeente toegewezen en de vorderingen in reconventie van eiser afgewezen. Eiser heeft cassatieberoep ingesteld.

Onderdeel 1, dat betoogt dat indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van de exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, de overeenkomst nietig is, is gegrond. Ingevolge art. 9.1.17 Invoeringswet ruimtelijke ordening is in deze zaak het (inmiddels vervallen) art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) van toepassing. Art. 42 (oud) WRO strekt ertoe de rechtszekerheid voor grondeigenaren te verhogen. Deze strekking brengt mee dat een overeenkomst waarin een gemeente een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten bedingt en waarin de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, nietig is wegens strijd met de openbare orde. (HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijnen).

Onderdeel 2, dat opkomt tegen 's hofs oordeel inzake het bedrag dat kan gelden als de prestatie waarvoor eiser op de voet van art. 6:210 lid 2 tot waardevergoeding is gehouden, slaagt eveneens. Indien een exploitatieovereenkomst nietig is en de gemeente reeds geheel of ten dele heeft voldaan aan haar daarin bedoelde verplichtingen, is deze prestatie onverschuldigd verricht. Bestond de prestatie niet in het geven van een goed, dan heeft de gemeente in beginsel recht op ongedaanmaking daarvan. Wanneer de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, treedt, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten (art. 6:210 lid 2 BW). De enkele omstandigheid dat het de gemeente niet vrijstond een tegenprestatie te bedingen voor de door haar verrichte prestatie, brengt niet mee dat de waarde van die prestatie op nihil dient te worden gesteld. In beginsel is de waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW die, welke daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 818-819), hierna te noemen 'de marktwaarde'.

In zijn arrest van 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, NJ 2005/431, m.nt. Jac. Hijma, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de waardering van de prestatie van de gemeente in een geval als het onderhavige behoort te geschieden op de grondslag van hetgeen voor de gemeente wel geoorloofd zou zijn geweest als tegenprestatie te bedingen voor haar prestatie en dat dus onderzocht moet worden of de ex-

ploitatieverordening een grondslag biedt voor het bedingen door de gemeente van zodanige tegenprestatie en, zo ja, in hoeverre. Het arrest vermeldt niet — omdat dit in cassatie niet aan de orde was gesteld — dat uit art. 6:210 lid 2 BW voortvloeit dat de vordering van de gemeente in ieder geval niet toewijsbaar is tot een hoger bedrag dan de marktwaarde van de prestatie ten tijde van de ontvangst daarvan en dat de toewijsbaarheid van de vordering dus ook in zoverre begrensd is. Een vordering als bedoeld in deze bepaling vindt — ook in de twee laatste in het artikelid genoemde gevallen — haar rechtvaardiging in de wenselijkheid dat onge-rechtvaardigde verrijking wordt tegengegaan in gevallen als hier bedoeld: van de wederpartij van de gemeente. Indien de gemeente een exploitatievergoeding heeft bedongen zonder toereikende basis in de toepasselijke exploitatieverordening, kan de gemeente dus slechts aanspraak maken op het laagste van de bedragen die voortvloeien uit respectievelijk de toepassing van de exploitatieverordening en de marktwaarde. Het is aan de gemeente om in het kader van een vordering op de voet van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken.

Onderdeel 3 dat is gericht tegen de afwijzing van de vordering van eiser tot vergoeding van de schade die hij stelt te hebben geleden als gevolg van het voorbereidingsbesluit, slaagt ook. In geval van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, is de benadeelde gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijze van hem kan worden verlangd. Indien hij daaraan niet voldoet kan dit tot gevolg hebben dat de vergoedingsplicht op de voet van art. 6:101 BW wordt verminderd. Indien zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige het in de hand heeft de schade te beperken, hangt het van de omstandigheden van het geval af of en in hoeverre de vergoedingsplichtige aan de benadeelde kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft beperkt. Daarbij valt in aanmerking te nemen dat het aan het handelen of nalaten van de vergoedingsplichtige is te wijten dat de benadeelde in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt. De stellingen van eiser komen erop neer dat de gemeente op haar beurt ook niet aan haar schadebeperkingsplicht heeft voldaan. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, klaagt het onderdeel terecht dat het hof hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, omdat het niet zonder de juistheid van deze stellingen te onderzoeken, heeft kunnen oordelen dat de schade van eiser, indien daarvan sprake is, in overwegende mate het gevolg is van zijn eigen gedragingen en voor zijn rekening dient te blijven.

Petrus Johannes Maria Michielse, te Lage Mierde, eiser tot cassatie, adv.: mr. M.W. Scheltema, tegen

De gemeente Reusel-De Mierden, te Reusel, verweerster in cassatie, adv.: mr. J.A.M.A. Sluysmans, mede toegelicht door mr. R.L. de Graaf.

Hof:

1. In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

a. Michielse woont (en woonde in 2000) aan de Hogemierdseweg 23 te 5094 AB Lage Mierde. Hij was in 2000 eigenaar van een achter zijn woning gelegen terrein, kadastraal bekend H 1139 (inmiddels vernummerd tot H 1820), groot 5.490 m², waarop hij een (klein) kippenbedrijf uitoefende.

b. In het ontwerp bestemmingsplan De Hasselt – dat op 2 april 2001 is vastgesteld door de gemeenteraad – is het terrein van Michielse (geheel of gedeeltelijk) voor woningbouw bestemd. Michielse heeft in het najaar van 2000 besprekingen gevoerd met H.G. Derks, die optrad als adviseur van de gemeente, en de gemeente adviseerde over het realiseren van deze bouwbestemming, over de wijze van berekening van een aan de gemeente te betalen exploitatiebijdrage na het aangaan van een exploitatieovereenkomst en over een grondruil met de gemeente. In de brief van 13 november 2000 van H.G. Derks aan wethouder J.C. Dierckx van de gemeente, met afschrift aan Michielse, wordt een voorstel geformuleerd tot (1) aankoop door de gemeente van een gedeelte, groot 292 m², van het terrein van Michielse tegen een prijs van f 65 per m²; (2) het sluiten van een exploitatie-overeenkomst voor een gedeelte groot 2.898 m² (hierna: het 'bouwperceel') van het resterende terrein die voorziet in betaling door Michielse van een exploitatiebijdrage van f 160 incl. btw per m², in totaal een bedrag van f 463.680; (3) aankoop door Michielse van een aangrenzend perceel bouwterrein, groot 501 m², tegen een prijs van f 293,75 per m² inclusief btw; en (4) eventuele aankoop van een aan de overzijde van de weg gelegen terrein, groot 3.871 m², tegen een bedrag van (circa) f 20 per m².

c. Op 1 maart 2001 is een overeenkomst van ruiling tot stand gekomen tussen (de burgemeester van) de gemeente en Michielse, waarbij partijen – onder voorbehoud dat het bestemmingsplan waarin de bouwbestemming is opgenomen voor 1 december 2001 is vastgesteld – hebben afgesproken dat Michielse een gedeelte, groot 292 m², aan de rand van zijn terrein (hierna: de 'gemeente-strook') aan de gemeente levert in ruil voor levering aan hem van een aangrenzend perceel bouwterrein, kadastraal bekend H 1453 (vernummerd tot H 1821) en groot 501 m² (hierna: de 'extra bouwkaavel'), alsmede levering aan hem van een aan de overkant van de Hogemierdseweg gelegen terrein, kadastraal bekend H 1695 en 1697 en groot 3.871 m² (hierna: de 'schapenweide'), alles tegen betaling door Michielse van een toegift van f 91.005. Het oorspronkelijke bouwperceel (groot 2.898 m²) en het extra bouwkaavel (groot 501 m²) worden hierna tezamen ook aangeduid als het 'bouwperceel'.

d. De (burgemeester van de) gemeente en Michielse hebben, eveneens op 1 maart 2001, een exploitatie-overeenkomst afgesloten, waarbij de gemeente de volgende verplichtingen op zich heeft genomen:

- de toegangspoort, afrastering en houtopstand op de gemeente-strook te verwijderen en een nieuwe afrastering en toegangspoort te plaatsen tussen het resterende terrein en deze strook (onder 1);
- eventuele opstellen en opstanden op de extra bouwkaavel voor 1 juni 2001 te verwijderen (onder 2);
- het bouwperceel bouw- en woonrijp te maken voor de bouw van acht tot twaalf woningen (onder 3).

Hiertegenover is Michielse aan de gemeente een exploitatiebijdrage verschuldigd van f 482.332,05 exclusief btw, te voldoen als volgt: de eerste termijn van f 241.166,03 ex btw zodra de bestemmingsplan-procedures in een zodanig stadium verkeren dat bouwvergunningen met betrekking tot het bouwperceel kunnen worden afgegeven en de tweede termijn van f 241.166,02 ex btw uiterlijk 24 maanden na de eerste betaling.

Daarnaast heeft de gemeente zich (onder 4) *verplicht al het nodige te doen hetwelk kan bewerkstelligen dat Michielse (...) een schapenschuilhut met een oppervlakte van ongeveer veertig vierkante meter kan oprichten op de schapenweide*. De gemeente draagt zorg voor ontsluiting van de schapenweide, voor zover dit nog niet is geschied, en zal ervoor zorg dragen dat ten behoeve van de water- en electriciteitsvoorziening in de schapenschuilhut *de hoofdleidingen ter hoogte van deze schuilhut langs de Hogemierdseweg worden (aan)gelegd*.

e. De op 2 januari 1997 vastgestelde Exploitatieverordening van de gemeente bepaalt voor zover hier van belang:

"Artikel 1 Algemene begripsbepalingen

In deze verordening wordt verstaan onder:

(...)

b. exploitatiegebied: een zodanig door de gemeenteraad aangewezen gebied, dat gebaat is door de aanleg van voorzieningen van openbaar nut;

c. exploitant: de genothebbende krachtens eigendom (...) van een in het exploitatiegebied gelegen onroerende zaak welke door het treffen van voorzieningen van openbaar nut gebaat is;

d. exploitatie-overeenkomst: de overeenkomst (...) waarin de gemeente met een exploitant de voorwaarden overeenkomt waaronder de gemeente voorzieningen van openbaar nut zal treffen of daaraan medewerking zal verlenen;

e. aangevuld bekostigingsbesluit: een besluit van de gemeenteraad waarin niet alleen overeenkomstig artikel 222 Gemeentewet, wordt besloten in welke mate de aan de voorzieningen verbonden lasten zullen kunnen worden verhaald op een daarbij aangeduid gebied, maar waarin ook een omschrijving van de voorzieningen van openbaar nut en een begroting van kosten en opbrengsten is opgenomen;

f. voorzieningen van openbaar nut, waardoor de in het exploitatie gebied gelegen onroerende zaken gebaat worden, onder meer:

1. riolering (...);
2. wegen, parkeergelegenheden, pleinen, trottoirs, voet- en rijwielpaden, straatmeubilair, etc.;
3. plantsoenen en andere groenvoorzieningen (...);
4. openbare verlichting en brandkranen (...);
5. waterhuishoudkundige voorzieningen (...).

Artikel 3 Vaststelling aangevuld bekostigingsbesluit

1. Voordat op initiatief van de gemeente met het treffen van voorzieningen van openbaar nut in een exploitatiegebied wordt aangevangen, wordt door de gemeenteraad een aangevuld bekostigingsbesluit voor dat exploitatiegebied vastgesteld en bekendgemaakt (...).

Artikel 4 Wijze van toerekening naar mate van profijt

1. Voor de toerekening van profijt wordt als rekeneenheid gebruikt het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m² grondoppervlakte.

Artikel 5 Vaststelling exploitatiebijdrage

1. De exploitant betaalt als bijdrage in de kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in exploitatie brengen van gronden het bedrag dat volgens de in de begroting (...) uitgewerkte wijze aan zijn onroerende zaak wordt toegerekend, vermeerderd met de kosten op de afstand van de gronden bestemd voor de aanleg en/of aanpassing van voorzieningen van openbaar nut vallende en de kosten van kadastrale uitmeting, en verminderd met de inbrengwaarde van de bij de exploitant in exploitatie zijnde en voor exploitatie bestemde gronden en van de gronden welke zijn bestemd voor het treffen van voorzieningen van openbaar nut en door exploitant aan de gemeente worden afgestaan.

Artikel 6 Inhoud exploitatie-overeenkomst

1. Het verhaal van kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in het exploitatie brengen van gronden vindt plaats met inachtneming van de voorgaande artikelen. Van de exploitatie-overeenkomst wordt een akte opgemaakt. Indien de exploitatie-overeenkomst mede een grondtransactie betreft, is dit een notariële akte.
2. Burgemeester en wethouders besluiten tot het aangaan van een exploitatie-overeenkomst op initiatief van de gemeente slechts nadat een aangevuld bekostigingsbesluit is vastgesteld.
3. De exploitatie-overeenkomst bevat in ieder geval bepalingen over:

- a. de aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente of exploitant aan te leggen voorzieningen van openbaar nut;
- b. het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd;

(...).

f. De gemeenteraad heeft op 26 juni 2000 een nieuw 'Aangevuld bekostigingsbesluit De Hasselt' vastgesteld, strekkende tot verhaal van kosten van voorzieningen van openbaar nut, voortvloeiende uit de realisatie van het bestemmingsplan De Hasselt, door gronduitgifte dan wel, in geval de gronden die door de voorzieningen worden gebaat eigendom zijn van derden, door het sluiten van exploitatieovereenkomsten met deze derden. Op de bij het besluit gevoegde plankaart is het bouwperceel van Michielse aangemerkt als gebieden die door de voorzieningen worden gebaat. Bij de berekening van de exploitatiebijdrage zal worden uitgegaan van de gewaarmerkte begroting van kosten en opbrengsten die door de gemeenteraad wordt vastgesteld.

g. In de vergadering van de gemeenteraad van 2 april 2001 is een (gewijzigde) exploitatieopzet vastgesteld en (nadien) gewaarmerkt. Hierin zijn de totale kosten van bouwrijp maken van het gehele exploitatiegebied begroot op in totaal f 4.958.900,60 te verdelen over 31.014 m² particuliere kavels en 12.472 m² bedrijventerrein. De exploitatieopzet is nadien (in de grondnota van juni 2001) wederom aangepast.

h. Bij brief van 18 april 2001 heeft de gemeente aan Michielse bevestigd dat de bepaling in de exploitatie-overeenkomst (onder 1) aangaande het plaatsen van een nieuwe afrastering en toegangspoort tussen de gemeente-strook en het resterende terrein in onderling overleg aldus is gewijzigd dat deze verplichting van de gemeente vervalt en dat Michielse in plaats daarvan een bedrag van f 5.000 zal ontvangen.

i. Michielse heeft in juni 2001 aan de gemeente verzocht medewerking te verlenen aan de bouw van een schuilhut op de schapenweide met toepassing van art. 19 lid 1 WRO. De gemeente heeft het bouwplan met ingang van 8 oktober 2001 ter inzage gelegd en heeft op 8 januari 2003 een verklaring van geen bezwaar aangevraagd bij gedeputeerde staten voor toepassing van art. 19 lid 1 WRO. Het geldende bestemmingsplan 'Kom Lage Mierde 1993' stond ter plaatse uitsluitend bebouwing ten behoeve van een volwaardig agrarisch bedrijf toe. Bij brief van 27 mei 2003 hebben gedeputeerde staten afgifte van een verklaring van geen bezwaar geweigerd op de grond dat Michielse hobbymatig schapen hield en (in zoverre) geen volwaardig agrarisch bedrijf uitoefende op het betreffende terrein. Het door ieder van partijen hiertegen aangetekende bezwaar en beroep is bij uitspraak van 14 september 2005 door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hoogste instantie ongegrond verklaard.

j. Nadat het bestemmingsplan De Hasselt op 2 april 2001 was vastgesteld en in november 2001 was goedgekeurd, heeft de gemeente op 17 decem-

ber 2001 een voorbereidingsbesluit (ingaaande 19 december 2001) tot planwijziging genomen ten einde het gemeentelijk volkshuisvestingsbeleid te kunnen realiseren, waarin ten onrechte het bouwperceel van Michielse (waarop op grond van het geldende bestemmingsplan De Hasselt al een bouwbestemming rustte) is meegenomen. Michielse heeft daags te voren, bij brief van 16 december 2001, de gemeente aansprakelijk gesteld voor schade door *beperkingen, belemmeringen en vertragingen* als gevolg van het (te nemen) voorbereidingsbesluit. De gemeente heeft het door Michielse ingestelde bezwaar ongegrond verklaard. Het voorbereidingsbesluit heeft tot 19 december 2002 gegolden. Uiteindelijk heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 23 juni 2004 het voorbereidingsbesluit herroepen voor zover dit het bouwperceel van Michielse betrof.

k. Bij brief van 23 augustus 2002 heeft de gemeente de eerste termijn van de exploitatiebijdrage bestemmingsplan De Hasselt van (omgerekend) € 130.229,28 incl. btw aan Michielse in rekening gebracht. Michielse heeft geweigerd deze termijn te betalen op de grond dat de gemeente niet aan alle verplichtingen uit hoofde van de exploitatie-overeenkomst had voldaan, waaronder het bouwrijp maken van het bouwperceel en het kunnen realiseren van de schapenschuilhut.

l. Op 26 februari 2004 heeft de gemeente het bouwperceel (kadastrale nummers H 1820 en 1821) in conservatoir beslag genomen tot zekerheid voor verhaal van de eerste termijn van de exploitatiebijdrage, vermeerderd met rente en kosten. Dit beslag is op 22 maart 2004 opgeheven, nadat Michielse zekerheid had gesteld in de vorm van een bankgarantie.

m. Michielse heeft in november 2001 een bouwkaavel aan J.A.L. Janssen verkocht en op een later tijdstip geleverd. Bij op 5 april 2005 schriftelijk vastgelegde koopovereenkomst heeft Michielse nog eens 2.396 m² van het bouwperceel verkocht aan Bouwbedrijf Gebr. Van Gisbergen BV voor een koopprijs van € 900.000 (ca € 375 per m²).

n. Burgemeester en wethouders van de gemeente hebben op 23 december 2003 een procesbesluit genomen strekkend tot invordering van de exploitatiebijdrage van Michielse.

2. Bij exploitatie van 6 februari 2004 heeft de gemeente Michielse gedagvaard voor de rechtbank en heeft gevorderd dat Michielse wordt veroordeeld tot betaling aan haar van een bedrag van € 130.229,28, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002, uit hoofde van de exploitatie-overeenkomst en van een bedrag van € 5.794,62 aan buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling in de proceskosten. Michielse heeft een eis in reconventie ingesteld en heeft gevorderd (1) primair voor recht te verklaren dat de exploitatie-overeenkomst nietig is, subsidiair deze overeenkomst te vernietigen, (2) voor recht te verklaren dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens Michielse en deswege scha-

deplichtig is en (3) de gemeente te veroordelen aan Michielse te betalen een bedrag van € 120.286,27 althans een in goede justitie te bepalen bedrag, en de gemeente te veroordelen tot vergoeding van de overige schade, op te maken bij staat, met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2004, met veroordeling in de proceskosten.

3. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 20 december 2006 bewijs opgedragen aan de gemeente en aan Michielse. Op 20 april 2007 en 31 augustus 2007 zijn getuigenverhoren gehouden. Bij eindvonnis van 4 februari 2009 heeft de rechtbank het bezwaar van Michielse tegen de eisvermeerdering van de gemeente gegrond verklaard, heeft in conventie Michielse veroordeeld tot betaling aan de gemeente van een bedrag van € 105.000 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 februari 2004, met veroordeling van Michielse in de proceskosten, en in reconventie voor recht verklaard dat de gemeente op een aantal punten is tekort geschoten in de nakoming van de exploitatie-overeenkomst en is gehouden tot vergoeding van de door Michielse ten gevolge daarvan geleden schade, op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2004, met veroordeling van de gemeente in de proceskosten, alles uitvoerbaar bij voorraad. Michielse heeft appel ingesteld tegen deze vonnissen, de gemeente heeft incidenteel appel ingesteld tegen het vonnis van 4 februari 2009.

Producties bij pleitnota gemeente

4. Michielse heeft bezwaar gemaakt tegen de door de gemeente bij de pleitnota gevraagde producties aangezien deze hem buiten de in het procesreglement voorziene termijn hebben bereikt zodat hij daarop niet behoorlijk heeft kunnen reageren. Het hof zal deze producties in zijn beoordeling buitenbeschouwing laten.

Eisvermeerderingen en geschilpunten in hoger beroep

5. Michielse heeft zijn eis in hoger beroep vermeerderd met een vordering tot terugbetaling van al hetgeen hij op grond van het vonnis van 4 februari 2009 aan de gemeente heeft betaald, volgens hem een bedrag van € 136.417,83 met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van betaling, 19 maart 2009.

De gemeente heeft in hoger beroep haar in eerste aanleg niet toegestane vermeerderde eis alsnog ingesteld. De herstelfunctie van het hoger beroep biedt hiervoor voldoende ruimte. De incidentele grief I kan verder buiten beschouwing blijven. De gemeente vordert thans:

primair:

Michielse te veroordelen tot betaling aan de gemeente van:

a. een bedrag van € 130.229,29 incl. btw, althans een door het hof te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002, althans vanaf de dag der inleidende dagvaarding, althans van een door het hof te bepalen dag;

b. een bedrag van € 130.229,28 inclusief btw, althans een door het hof te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 augustus 2004, althans — zo begrijpt het hof — een door het hof te bepalen dag;

subsidiar:

a. te verklaren voor recht dat Michielse de exploitatiebijdrage aan de gemeente op de voet van art. 6:210 lid 2 BW is verschuldigd;

b. Michielse op de voet van art. 6:210 lid 2 BW te veroordelen om aan de gemeente te betalen een bedrag van € 260.458,56 althans een door het hof te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002 althans vanaf 23 augustus 2004 althans vanaf een door het hof te bepalen datum;

c. Michielse te veroordelen tot betaling van een bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten van € 5.794,62 althans van € 4.000 overeenkomstig Voorwerk II;

primair en subsidiar:

Michielse te veroordelen in de proceskosten in principaal en incidenteel appel, met bepaling dat de wettelijke rente daarover is verschuldigd vanaf 14 dagen na betekening van het te wijzen arrest.

Het hof zal de eisvermeerderingen van beide partijen in haar beoordeling betrekken.

6. De grieven en de in hoger beroep vermeerderde vorderingen stellen de volgende geschilpunten aan de orde:

- Nietigheid c.q. vernietigbaarheid (grieven I en XIX);
- Primaire grondslag ‘exploitatie-overeenkomst’;
- Waardevergoeding op grond van art. 6: 210 lid 2 BW (grieven II, III en V);
- Prestaties ter realisatie van het bestemmingsplan (grieven VIII, IX);
- Waardevergoeding voor deze prestaties (grieven X, XI, incidentele grief V);
- Verplichtingen aangaande de schapenschuilhut (grieven IV en XVIII en incidentele grieven II en III);
- Overige verplichtingen (grieven VIII, IX, X en XI en incidentele grieven II en III);
- Schade in verband met het conservatoire beslag (grieven VI en XVI);
- Schade in verband met het voorbereidingsbesluit van 17 december 2001 (grieven VII, XII, XIII, XIV en XV);
- Buitengerechtelijke incassokosten (incidentele grief IV);
- Proceskostenveroordeling in reconventie (incidentele grief V).

Nietigheid c.q. vernietigbaarheid van de exploitatie-overeenkomst

7. Michielse stelt dat de exploitatie-overeenkomst wegens strijd met de Exploitatieverordening en met de wet (art. 42 WRO) nietig c.q. vernietigbaar is met toepassing van art. 3:40 lid 1 c.q. lid 2 BW. Deze stelling wordt verworpen. Indien in een exploitatie-overeenkomst de bepalingen van een toepasselijke Exploitatieverordening niet in acht

zijn genomen, kan hieraan het gevolg worden verbonden dat de gemeente haar in die overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage — uit een oogpunt van de rechtszekerheid van de betrokken grondeigenaren — niet geldend kan maken (HR 16 febr. 1996, NJ 1996/608; HR 13 april 2001, NJ 2001/581). De sanctie nietigheid wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden wordt hieraan niet verbonden. Het belang van bescherming van de rechtszekerheid van de grondeigenaren noopt er evenmin toe de vernietigbaarheid van de exploitatie-overeenkomst aan te nemen. De grieven I en XIX van Michielse falen.

Primaire grondslag: exploitatie-overeenkomst

8. De rechtbank heeft in het tussenvonnissen van 20 december 2006 vastgesteld (in haar tussenconclusie in rov 4.3.7) dat de exploitatie-overeenkomst in strijd is met de Exploitatieverordening en dat de gemeente haar aanspraak op de overeengekomen financiële bijdrage niet op basis van deze overeenkomst geldend kan maken. De gemeente heeft geen uitdrukkelijke grief gericht tegen deze vaststelling. Uit de omstandigheid dat de gemeente in hoger beroep haar eis heeft vermeerderd en thans betaling van de gehele afgesproken exploitatiebijdrage vordert en in nr. 21 van de memorie van antwoord in principaal appel tevens van grieven in incidenteel appel ook uitdrukkelijk een beslissing vraagt op dit punt, leidt het hof af dat de primaire grondslag nog onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd in hoger beroep.

9. Het hof neemt de overwegingen van de rechtbank onder nummers 4.3 tot en met 4.3.7 van het tussenvonnissen van 20 december 2006 over en maakt deze tot de zijne. De omstandigheid dat in de exploitatie-overeenkomst in strijd met het bepaalde in art. 6 Exploitatieverordening iedere omschrijving van de aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente aan te leggen voorzieningen van openbaar nut ontbreekt evenals iedere aanduiding van het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd, maakt inbreuk op de rechtszekerheid waarop een exploitant als Michielse aanspraak kan maken. Daar komt bij dat een duidelijke onderbouwing van de wijze van toerekening van de kosten van deze werkzaamheden naar de mate van profijt (als bedoeld in art. 4 Exploitatieverordening) in die overeenkomst ontbreekt en dat daarin ook niet inzichtelijk is gemaakt hoe de exploitatiebijdrage, in overeenstemming met art. 5 Exploitatieverordening op basis van het Aanvullend bekostigingsbesluit en de daarbij behorende begroting, is berekend. Dit alles staat — uit een oogpunt van rechtszekerheid voor de bij de realisatie van het bestemmingsplan betrokken grondeigenaar — eraan in de weg dat de gemeente haar aanspraak op een exploitatiebijdrage op grond van die exploitatie-overeenkomst geldend kan maken. De primaire vordering van de gemeente is niet toewijsbaar.

Subsidiaire grondslag: art. 6:210 lid 2 BW

10. Michielse verzet zich tegen toekenning van een waardevergoeding aan de gemeente op de grondslag van art. 6:210 lid 2 BW. Volgens hem doet zich hier de situatie als bedoeld in art. 6:211 BW voor dat de prestaties van de gemeente niet op geld behoren te worden gewaardeerd. Dit betoog gaat niet op. Art. 6:211 BW bevat een uitzondering op de regel dat degene die zonder rechtsgrond een prestatie heeft verricht, gerechtigd is van de ontvanger van die prestatie de ongedaanmaking daarvan te vorderen dan wel met toepassing van art. 6:210 lid 2 BW de vergoeding van de waarde van de verrichte prestatie te vorderen. Het moet dan gaan om 'sprekende gevallen' (prestatie behelst een strafbaar feit of is in strijd met de goede zeden). De uitzondering moet derhalve restrictief worden geïnterpreteerd. Het enkele feit dat in de exploitatie-overeenkomst de toepasselijke publiekrechtelijke voorschriften niet in acht zijn genomen, kan niet tot de slotsom leiden dat de door de gemeente verrichte prestaties (kort gezegd het woon- en bouwrijp maken van het exploitatiegebied) niet in rechte op geld behoren te worden gewaardeerd. De grieven II, III en V van Michielse falen.

Prestaties ter realisatie van het bestemmingsplan

11. De gemeente heeft genoegzaam aangetoond dat de in de gewaarmerkte exploitatiebegroting van 2 april 2001 omschreven aanleg van voorzieningen van openbaar nut ten behoeve van het woon- en bouwrijp maken van het in het Aangevuld bekostigingsbesluit De Hasselt van 26 juni 2000 omschreven exploitatiegebied – waartoe het bouwperceel van Michielse behoort – in augustus 2004 daadwerkelijk waren uitgevoerd, althans dat een aantal van deze werkzaamheden na afloop van de bouwactiviteiten alsnog zou worden verricht. voldoende aannemelijk is dat het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat. De door de gemeente (als producties 13 en 14 bij de conclusie van repliek in conventie tevens van antwoord in reconventie) overgelegde luchtfoto's van het exploitatiegebied – waarop nieuw aangelegde ontsluitingswegen in de nabijheid van het bouwperceel van Michielse duidelijk zichtbaar zijn – dragen bij aan deze overtuiging van het hof. Het verweer van Michielse dat de door de gemeente gevorderde exploitatiebijdrage ook ziet op het afgraven en egaliseren van afzonderlijke bouw kavels vindt geen steun in de omschrijving van de voorzieningen van openbaar nut in het Aangevuld bekostigingsbesluit of in de Exploitatieverordening. Het proces-verbaal van constateringen van 24 juni 2004 (productie 4 bij conclusie van antwoord in conventie tevens van eis in reconventie) weerlegt niet dat in het exploitatiegebied voorzieningen van openbaar nut zijn aangelegd en dat het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat. Op de daarbij gevoegde foto's 4 en 7 kan worden waargenomen dat het bouwperceel van Michielse is ontsloten door wegen. Op de foto's 7, 8 en 9 is

zichtbaar dat op dat perceel bouwwerkzaamheden plaatsvinden. Aan de omstandigheid dat het op de foto's zichtbare gedeelte van het bouwperceel niet is afgegraven en/of geëgaliseerd komt verder geen betekenis toe, nu dit niet de aanleg van voorzieningen van openbaar nut betreft, waarop de bijdrage in de exploitatiekosten betrekking heeft. De grieven VIII en IX falen in zoverre.

Waardevergoeding voor deze prestaties

12. De rechtbank heeft voor de waardevergoeding aangeknoopt bij door de adviseur van de gemeente H.G. Derks in zijn brieven van 11 oktober 2000 en 13 november 2000 aan wethouder J.A. Dierckx (de brieven zijn in kopie aan Michielse gezonden) gehanteerde rekenmethodiek waarbij de door Michielse als eigenaar van het bouwperceel van (volgens Derks 2.898 m² groot) te betalen exploitatiebijdrage is gerelateerd aan de totale kosten van de voorzieningen van openbaar nut van (door H.G. Derks begroot op f 4.800.255 excl btw) die in een bepaalde verhouding worden omgeslagen over de in exploitatie te brengen particuliere kavels en bedrijfsterreinen. De berekening van Derks komt uit op een omslag (de rekeneenheid als bedoeld in art. 4 lid 1 van de Exploitatieverordening) van f 160 incl. btw per m². Uit de brief van 13 november 2000 blijkt dat een en ander ook onderwerp is geweest van een bespreking op 2 november 2000, in aanwezigheid van Michielse. Michielse heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat de in de exploitatie-overeenkomst afgesproken bijdrage aansluit bij deze berekening, met dien verstande dat een iets hogere rekeneenheid (van ca f 167 per m²) is gehanteerd, uitgaande van een oppervlakte van het bouwperceel van 2.898 m². Over het van de gemeente gekochte extra bouw perceel van 501 m² is geen afzonderlijke bijdrage verschuldigd: kennelijk is de exploitatiebijdrage in de uitgifteprijs van f 293,75 per m² incl. btw verdisconteerd (zie punt 3 van de brief van Derks van 13 november 2000). De rechtbank heeft in lijn met de methodiek van H.A. Derks een omslag gehanteerd van € 72 excl. btw per m² over 2.898 m² bouwperceel – hetgeen na afronding neerkomt op ongeveer de tegenwaarde in euro van het door Derks in zijn brief van 11 oktober 2000 berekend bedrag van f 160 excl. btw per m². Vervolgens heeft de rechtbank de helft van het resulterende bedrag van (afgerond) € 210.000 toegewezen, kennelijk omdat in eerste aanleg alleen de eerste termijn van de bijdrage werd ingevorderd. Hiertegen komen zowel de gemeente als Michielse op. Het hof overweegt hieromtrent als volgt

13. De gemeente dient aannemelijk te maken welke exploitatiebijdrage zij bij een juiste toepassing van de Exploitatieverordening aan Michielse in rekening mocht brengen. Op grond van de Exploitatieverordening kan de gemeente (door een daartoe strekkend Aangevuld bekostigingsbesluit en een bijbehorende begroting) de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut op een grondeigenaar (exploitant) wiens perceel door deze

voorzieningen is gebaat, verhalen op basis van een toerekening van deze kosten aan het betreffende perceel met als rekeneenheid het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m². In de berekening van H.A. Derks wordt deze methodiek ook gehanteerd. Het hof merkt op dat de Exploitatie-verordening uitdrukkelijk voorziet in periodieke herziening van de exploitatiebegroting, zoals in dit geval op 2 april 2001 ook is gebeurd (art. 3, lid 3 Exploitatie-verordening). De gemeente heeft (als productie 19 bij conclusie van repliek in conventie tevens van antwoord in reconventie) een berekening van de omslag op basis van het Aangevuld bekostigingsbesluit overgelegd, waarin wordt uitgegaan van een begroot bedrag van f 4.313.734 excl. btw aan kosten van bouwrijp maken, waarbij de rekeneenheid per m² bouwperceel wordt berekend op een bedrag van f 165,74 excl. btw. De berekening van de gemeente leidt, uitgaande van een bouwperceel van 2.918 m², tot een bijdrage van f 483.631. Michielse heeft deze berekening — die aan de hand financiële stukken is onderbouwd — en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten niet gemotiveerd bestreden. De gemeente heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat bij een juiste toepassing van de Exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 excl. btw zou zijn toegepast bij de vaststelling van de bijdrage. De gemeente heeft echter geen grief gericht tegen de berekening van de rechtbank in rechtsoverweging 3.5 van het vonnis van 4 februari 2009 voor zover de rechtbank daarbij uitgaat van een bouwperceel van 2.898 m². De gemeente heeft verder ook niet toegelicht dat partijen in de exploitatie-overeenkomst zijn uitgegaan van een oppervlakte van het bouwperceel van 2.918 m². Het hof zal uitgaan van een oppervlakte van 2.898 m² en daarop de rekeneenheid van f 165,74 excl. btw toepassen. De door Michielse verschuldigde bijdrage zou bij juiste toepassing van de Exploitatieverordening zijn uitgekomen op f 480.314,52 (€ 217.957,23) excl. btw, te betalen in twee gelijke termijnen. In de door de gemeente gevorderde vergoeding is de omzetbelasting over de bijdrage, berekend naar een tarief van 19%, begrepen. Michielse heeft dit niet bestreden. Het hof stelt de waardevergoeding als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW vast op een bedrag van € 259.369,10 incl. btw. Aangezien het hoger beroep betrekking heeft op beide termijnen van de exploitatiebijdrage, kan het gehele bedrag van de waardevergoeding worden toegewezen. De wettelijke rente is verschuldigd vanaf 6 februari 2004 (de dag waarop bij de inleidende dagvaarding betaling van de eerste termijn is gevorderd) over een bedrag van € 129.684,55 inclusief btw en vanaf 5 april 2011 (de dag waarop de memorie van grieven met de vermeerde eis is ingediend) over het resterende bedrag van € 129.684,55 inclusief btw. De grieven X en XI falen en de incidentele grief V slaagt in zoverre. Aangezien een enigszins lagere exploitatiebijdrage is vastgesteld dan de in de inleidende dagvaarding genoemde eer-

ste termijn van € 130.229,28 is de subsidiair onder a) gevorderde verklaring voor recht niet toewijsbaar.

De verplichtingen aangaande schapenschuilhut

14. De verschuldigdheid van de hiervoor vastgestelde exploitatiebijdrage staat geheel los van de verplichtingen (onder 4) van de gemeente in de exploitatie-overeenkomst. Het betreft immers niet de aanleg van voorzieningen van openbaar nut. Bovendien ligt de schapenweide buiten het exploitatiegebied voor de realisatie van het bestemmingsplan De Hasselt. De bewijslast dat de gemeente deze contractuele verplichtingen niet (volledig) is nagekomen en uit dien hoofde schadeplichtig is, rust op Michielse. De rechtbank heeft ten onrechte de gemeente met het bewijs belast dat zij haar verplichtingen wel is nagekomen.

15. Naar het oordeel van het hof heeft Michielse niet aangetoond dat de gemeente onvoldoende inspanningen heeft betracht (*al het nodige te doen hetwelk kan bewerkstelligen dat*) opdat Michielse een schapenschuilhut kan oprichten op de schapenweide. De hiervoor onder 1.i omschreven gang van zaken komt erop neer dat het standpunt van gedeputeerde staten dat oprichting van de schuilhut niet valt te rijmen met de agrarische bestemming van het terrein en met de ligging in het buitengebied, in september 2005 formele rechtskracht heeft gekregen. Tegen deze achtergrond behoefde de gemeente niet bij iedere volgende ruimtelijke ordeningskwestie aangaande het betreffende buitengebied opnieuw te bezien of oprichting van de schuilhut niettemin mogelijk was. De omstandigheid dat de situatie ter plaatse inmiddels (in 2011) is gewijzigd — waardoor de schapenweide mogelijk binnen de kom kan worden gebracht door een verzoek tot wijziging van de grens van het buitengebied — biedt wellicht nieuwe mogelijkheden. Tegen de achtergrond van de door de gemeente sedert 2001 verrichte inspanningen en de hierover thans nog aanhangige procedure, mocht de gemeente daarbij de voorwaarde stellen dat Michielse medewerking verleende aan het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en een (anterieure) exploitatieovereenkomst. De grieven IV en XVIII van Michielse stuiten hierop af.

16. De rechtbank heeft beslist dat de gemeente niet heeft voldaan aan de verplichting tot ontsluiting van de schapenweide (door het aanleggen van inritten) en tot het (aan)leggen langs de Hoogemierdseweg van hoofdleidingen voor water- en elektriciteitsvoorziening ter plaatse van de schapenweide. Hiertegen hebben de incidentele grieven II en III betrekking. De grieven slagen op dit punt. Onbestreden is gebleven dat onder de Hoogemierdseweg hoofdleidingen lopen voor water- en elektr., ook ter plaatse van de schapenweide (Akte houdende schriftelijk bewijs van 10 april 2007, onder 1). Het standpunt van Michielse (in de antwoordakte van 30 januari 2008, nr. 6) komt erop neer dat er (mogelijk of waarschijnlijk) wel leidingen liggen onder Hoogemierdseweg maar dat deze niet speciaal zijn

aangelegd voor de schapenweide. Dit verweer is niet ter zake doend. Het gaat erom of water- en elektriciteit ter plaatse kan worden aangesloten, en dat is niet bestreden. In de exploitatie-overeenkomst is voorts geen verplichting opgenomen de schapenweide door inritten te ontsluiten. De bepaling luidt: *"Voorzover zulks nog niet is geschied draagt de Gemeente zorg voor de ontsluiting van laatstgemelde perceelsgedeelten."* De gemeente heeft in de akte houdende schriftelijk bewijs van 10 april 2007 — onder verwijzing naar productie 30 — aangevoerd dat twee inritten aanwezig zijn. Michielse erkent in zijn antwoordakte, onder 7, dat er sprake is van twee ontsluitingen, die echter niet door de gemeente zijn aangelegd. De rechtbank heeft in het eindvonnis van 4 februari 2009 onder 3.5.1 ad 1-a overwogen: *"Uit de betreffende foto's blijkt onvoldoende overtuigend dat het in het bijzonder ten behoeve van Michielse aangelegde voorzieningen betreft. Met name maken de betreffende foto's onvoldoende duidelijk wanneer, waarom en in welke context de betreffende inritten gerealiseerd zijn."* De incidentele grieven II en III slagen. De gemeente was op grond van de exploitatie-overeenkomst niet verplicht zelf voor ontsluiting te zorgen, voldoende was dat er sprake is van ontsluiting. Michielse heeft niet aangetoond dat op de gemeente een verdergaande verplichting rust die niet is nagekomen.

17. Michielse heeft niet aangetoond dat de gemeente toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen inzake de schapenschuilhut. Er bestaat dan ook geen grond voor schadevergoeding uit dien hoofde. De verklaring voor recht onder 5.3 van het vonnis van 4 februari 2009 kan op dit punt niet in stand blijven. Ook in zoverre slaagt de incidentele grief III.

De overige verplichtingen in de exploitatie-overeenkomst

18. Ook aangaande de verplichtingen onder 1, 2 en 3 van de exploitatie-overeenkomst geldt dat geen verband bestaat met de aanleg van werken van openbaar nut waarvoor de gemeente op grond van de Exploitatieverordening een bijdrage kan bedingen van een grondeigenaar. Waar Michielse stelt dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten in deze verplichtingen, en uit dien hoofde schadeplichtig is, rust de bewijslast op hem. De rechtbank heeft ten onrechte bewijs aan de gemeente opgedragen op deze punten. Het hof zal deze verplichtingen hierna bespreken, met inachtneming van de juiste bewijslastverdeling.

a. *Verwijdering van de toegangspoort, afrastering en houtopstand* op de aan de gemeente afgestane strook grond (de gemeente-strook). Op de door Michielse overgelegde foto 4 (behorende bij het proces-verbaal van 24 juni 2004, productie 4 bij conclusie van antwoord in conventie tevens van eis in reconventie) is langs de grens van de strook met het terrein van Michielse een afrastering zichtbaar alsmede een haag. Er is duidelijke sprake van een

nieuwe inrichting. Niet is aangetoond dat de gemeente niet heeft voldaan aan haar verplichting.

b. *Plaatsing van een afrastering en toegangspoort* langs de erfgrans met de gemeentestrook. Vaststaat dat met Michielse een regeling is getroffen inhoudende dat hij tegen betaling van f 5.000 zelf voor plaatsing van een afrastering zou zorg dragen. Een redelijke uitleg van de in de brief van 18 april 2001 vastgelegde afspraak houdt in dat deze vergoeding tevens strekt tot het aanbrengen van een toegangspoort in de afrastering. Michielse heeft dit ook niet gemotiveerd bestreden. Hij heeft niet aangetoond dat de gemeente op dit punt toerekenbaar tekort is geschoten.

c. *Verwijdering van opstallen en houtopstanden* op de extra bouwkegel. De door Michielse bij het proces-verbaal van 24 juni 2004 overgelegde foto's bevatten onvoldoende aanwijzingen dat de gemeente deze verplichting niet is nagekomen en dat de op de foto's zichtbare houtopstanden en opstallen juist deze extra kavel betreffen. Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat de gemeente zich niet heeft verplicht houtopstanden of opstallen op het resterende gedeelte van het bouwperceel te verwijderen. Voor zover op de extra bouwkegel nog bomen en/of houtopstanden zichtbaar zijn — helemaal duidelijk is dit niet — geldt dat Michielse niet gemotiveerd heeft bestreden dat het wel of niet rooien van bomen c.q. houtopstanden in overleg met hem is gebeurd (akte houdende schriftelijk bewijs, nr. 2 in verband met antwoordakte, nr. 10).

d. *Bouw- en woonrijp maken van het bouwperceel*. De gemeente heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat met de verplichting tot woon- en bouwrijp maken in de exploitatie-overeenkomst wordt bedoeld op de kosten van aanleggen van voorzieningen van openbaar nut, die in de exploitatiebegrotingen ook als kosten van bouw- en woonrijp maken worden aangeduid (zo bijvoorbeeld de gewaarmerkte begroting van 2 april 2001, prod. 15 bij conclusie van antwoord in conventie tevens van eis in reconventie). Tegen deze achtergrond kan de uitleg die de rechtbank aan deze begrippen heeft gegeven in het tussenvonnis van 20 december 2006, onder 4.5.3 (b) geen stand houden. Bij de uitleg van een op een publiekrechtelijke regeling (de Exploitatieverordening) gebaseerde overeenkomst kan — bij toepassing van de Haviltex-maatstaf — rekening worden gehouden met de betekenis die de daarin gehanteerde begrippen in het betreffende terrein van het maatschappelijk verkeer gebruikelijk hebben. Michielse heeft geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die het oordeel kunnen dragen dat hij redelijkerwijze een andere betekenis aan deze begrippen heeft kunnen toekennen, te weten dat daarmee het afgraven en egaliseren van zijn eigen bouwperceel werd bedoeld. Ook in de brieven van H.G. Derks van 11 oktober 2000 en van 13 november 2000 kunnen geen aanknopingspunten voor deze uitleg van Michielse worden gevonden. Hoewel de grondruil en de overige afspraken in detail worden besproken, is nergens sprake van werkzaamheden aan het bouwperceel

van Michielse zelf. Het gaat steeds om werkzaamheden aan het door de gemeente (in gronduitgifte) te leveren extra bouwkwavel en de afspraak dat voor de door hem aan de gemeente te leveren strook grond dergelijke werkzaamheden door de koper zelf (de gemeente) zullen worden verricht.

19. Michielse heeft niet aangetoond dat de gemeente is tekortgeschoten in een of meer van de verplichtingen onder 1, 2 en 3 van de exploitatie-overeenkomst. De grieven VIII, IX, X en XI falen, de incidentele grieven II en III slagen in zoverre. Er bestaat dan ook geen grond voor schadevergoeding in verband met deze verplichtingen. De verklaring voor recht onder 5.3 van het vonnis van 4 februari 2009 kan ook op dit punt niet in stand blijven.

Schade als gevolg van het conservatoire beslag

20. Het beslag is gelegd tot zekerheid van verhaal van de eerste termijn van de afgesproken exploitatiebijdragen. In dit geding is een door Michielse te betalen exploitatiebijdrage toewijsbaar geoordeeld, zij het op een andere grondslag. Naar het oordeel van het hof bestaat een zodanig nauwe samenhang tussen beide grondslagen dat niet kan worden volgehouden dat het beslag ten onrechte is gelegd. Ook overigens is geen omstandigheid naar voren gebracht of gebleken die kan meebrengen dat het beslag onrechtmatig of ongegrond geacht moet worden. Grieven VI en XVI falen.

Schade als gevolg van het voorbereidingsbesluit

21. Op grond van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 23 juni 2004 staat vast dat het nemen en handhaven van het voorbereidingsbesluit van 17 december 2001 jegens Michielse onrechtmatig was. In deze uitspraak is geen beslissing genomen over de vraag of Michielse hierdoor schade heeft geleden. Michielse stelt dat hij (onder meer) renteschade heeft geleden. Hij had kopers voor zijn bouwkwavels. Deze kopers zijn afgehaakt in verband met de onzekerheid of de gemeente gedurende de looptijd van het voorbereidingsbesluit met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet een bouwvergunning zou verlenen. Hierdoor zijn de koopovereenkomsten later tot stand gekomen dan zonder het voorbereidingsbesluit het geval zou zijn geweest. Naar het oordeel van het hof is eventueel hierdoor geleden (rente)schade — als daar al sprake van is — echter in overwegende mate het gevolg van eigen gedragingen van Michielse en dient deze schade naar billijkheid voor zijn rekening te blijven, aldus dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt. De gemeente heeft Michielse immers op meerdere tijdstippen tijdens de looptijd van het voorbereidingsbesluit verzekerd dat zij art. 50 lid 4 Woningwet zou toepassen op bouw aanvragen van kopers van bouwkwavels. Dit is niet alleen gebeurd in de brief van 2 januari 2002 (waarvan Michielse de ontvangst heeft betwist), maar ook in de brief van 23 augustus 2002. In deze brief wordt verwezen

naar een gesprek dat op 29 april 2012 heeft plaatsgevonden tussen Michielse en de afdeling VROM van de gemeente over realisatie van bouwplannen op zijn bouwperceel. Als Michielse toen concrete problemen ondervond als gevolg van het voorbereidingsbesluit (bijv. door het afhaken van kopers) dan had hij alle mogelijkheden gehad dit in dat gesprek aan te kaarten. Gelet op de inhoud van de brieven van 2 januari 2002 en van 23 augustus 2002 zou in dat geval de gemeente hem hebben verzekerd (en desgevraagd ook schriftelijk hebben bevestigd) dat ook zolang het voorbereidingsbesluit van kracht was bouwvergunningen konden worden verleend, met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet. Michielse had potentiële kopers met deze (schriftelijke) verklaringen van de gemeente gerust kunnen stellen. Tegen deze achtergrond kan niet worden volgehouden dat Michielse als gevolg van het voorbereidingsbesluit de door hem gesteld renteschade heeft geleden. Michielse heeft voorts onvoldoende aannemelijke gemaakt dat hij anderszins schade heeft geleden. De grieven VII, XII, XIII, XIV en XV stuiten hierop af.

Buitengerechtelijke incassokosten

22. De gevorderde incassokosten zijn niet toewijsbaar. De gemeente heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat meer en andere kosten zijn gemaakt dan kosten waarvoor de geliquideerde proceskosten geacht worden een vergoeding in te houden. Tussen de gemeente en Michielse heeft weliswaar na het uitbrengen van de brief van 23 augustus 2002 correspondentie plaatsgevonden. Het afwikkelen van een dergelijke correspondentie behoort tot de publieke taak van de gemeente — temeer nu onduidelijkheid bestond over de geldigheid van de exploitatie-overeenkomst als titel voor betaling van de exploitatiebijdragen. Er bestaat onvoldoende grond voor deze werkzaamheden in dit geval een vergoeding toe te kennen in de vorm van buitengerechtelijke incassokosten. Incidentele grief IV faalt.

Proceskostenveroordeling in reconventie

23. De vorderingen van Michielse (in reconventie) zullen in hoger beroep alsnog volledig worden afgewezen. De veroordeling van de gemeente in de proceskosten in reconventie in eerste aanleg kan niet in stand blijven. Michielse zal worden veroordeeld deze proceskosten aan de gemeente terug te betalen, als gevorderd. Incidentele grief V slaagt.

Slotsom

24. De bestreden vonnissen zullen duidelijkheidshalve geheel worden vernietigd. De vorderingen van Michielse zullen (alsnog) geheel worden afgewezen, waaronder zijn vordering tot terugbetaling van hetgeen hij op grond van het vonnis van 4 februari 2009 heeft betaald. De primaire vordering van de gemeente zal worden afgewezen. De subsidiair onder a) gevorderde verklaring voor recht is evenmin toewijsbaar, nu het door het hof vastge-

stelde bedrag van de vergoeding (enigszins) lager uitkomt. De subsidiaire vordering onder b) is als volgt toewijsbaar: Michielse zal worden veroordeeld tot betaling aan de gemeente van een bedrag van € 259.369,10 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 129.684,55 vanaf 6 februari 2004 en over € 129.684,55 vanaf 5 april 2011. De onder c) gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zijn niet toewijsbaar. De veroordeling van Michielse in de proceskosten in eerste aanleg in conventie blijft gehandhaafd en zal duidelijkheidshalve opnieuw in het dictum worden opgenomen. De veroordeling van de gemeente in de proceskosten in eerste aanleg in reconventie komt te vervallen en Michielse zal worden veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag van deze kostenveroordeling. Michielse zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten van het principale en het incidentele hoger beroep, te vermeerderen met de nakosten en met de wettelijke rente als gevorderd.

Beslissing
Het hof:

In principaal en incidenteel appel vernietigt de vonnissen van 20 december 2006 en van 4 februari 2009;

en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van Michielse af;

veroordeelt Michielse tot betaling aan de gemeente van een bedrag van € 259.369,10 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 129.684,55 vanaf 6 februari 2004 en over € 129.684,55 vanaf 5 april 2011;

veroordeelt Michielse in de proceskosten in eerste aanleg in conventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de gemeente begroot op € 2.915 aan verschotten en € 6.394,50;

veroordeelt Michielse in de proceskosten in (principaal en incidenteel) hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de gemeente begroot op € 4.080 aan verschotten en € 9.789 aan salaris, alsmede in de nakosten van € 131, verhoogd met € 68 in geval van betekening van het arrest, alles te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van dit arrest;

veroordeelt Michielse tot terugbetaling aan de gemeente van een bedrag van € 6.772 uit hoofde van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg in reconventie;

verklaart deze betalingsveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 7, 11-13, 20, 21, 23 en 24, zulks ten onrechte om de

navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1 Het hof heeft in rov. 7 overwogen dat indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van de exploitatieverordening niet in acht zijn genomen hieraan als gevolg kan worden verbonden dat de gemeente haar in die overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage niet geldend kan maken. De sanctie nietigheid wegens strijd met de openbare orde of goede zeden wordt hieraan volgens het hof niet verbonden.

1.1 Indien 's hofs beslissing in rov. 7 mede dragend is geweest voor zijn beslissing in rov. 13 dat Michielse op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW aan de gemeente een vergoeding verschuldigd is van € 259.369,10 (incl. BTW), is deze rechtens onjuist. Indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van de exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, leidt dat tot nietigheid op de voet van artikel 3:40 lid 1 BW. Dit brengt mee dat het in het kader van de waardevergoeding op de voet van art. 6:210 lid 2 BW, anders dan waarvan het hof is uitgegaan, niet voor de hand ligt de vergoeding vast te stellen op een bedrag dat (nagenoeg) overeenkomt met het in de exploitatieovereenkomst opgenomen bedrag.

2 Het hof heeft in rov. 13 overwogen dat de gemeente aannemelijk dient te maken welke exploitatiebijdrage zij bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening aan Michielse in rekening mocht brengen. Op grond van de exploitatieverordening kan de gemeente (door een daartoe strekkend Aangevuld bekostigingsbesluit en een bijbehorende begroting) de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut op een grondeigenaar (exploitant) wiens perceel door deze voorzieningen is gebaat, verhalen op basis van een toerekening van deze kosten aan het betreffende perceel met als rekeneenheid het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m². In de berekening van H.A. Derks wordt deze methodiek, aldus het hof, ook gehanteerd. Het hof heeft opgemerkt dat de exploitatieverordening uitdrukkelijk voorziet in periodieke herziening van de exploitatiebegroting, zoals in dit geval op 2 april 2001 ook is gebeurd (artikel 3, lid 3 exploitatieverordening). De gemeente heeft (als productie 19 bij conclusie van repliek in conventie tevens van antwoord in reconventie) een berekening van de omslag op basis van het aangevuld bekostigingsbesluit overgelegd, waarin wordt uitgegaan van een begroot bedrag van f 4.313.734 excl. btw aan kosten van bouwrijp maken, waarbij de rekeneenheid per m² bouwperceel wordt berekend op een bedrag van f 165,74 excl. btw. De berekening van de gemeente leidt, uitgaande van een bouwperceel van 2.918 m², tot een bijdrage van f 483.631. Michielse heeft deze berekening — die aan de hand financiële stukken is onderbouwd — en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten volgens het hof niet gemotiveerd bestreden. De gemeente heeft, aldus het hof, voldoende aannemelijk gemaakt dat

bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 excl. btw zou zijn toegepast bij de vaststelling van de bijdrage. De gemeente heeft echter geen grief gericht tegen de berekening van de rechtbank in rechtsoverweging 3.5 van het vonnis van 4 februari 2009 voor zover de rechtbank daarbij uitgaat van een bouwperceel van 2.898 m². De gemeente heeft verder ook niet toegelicht dat partijen in de exploitatieovereenkomst zijn uitgegaan van een oppervlakte van het bouwperceel van 2.918 m². Het hof is daarom uitgegaan van een oppervlakte van 2.898 m² en heeft daarop de rekeneenheid van f 165,74 excl. btw toegepast. De door Michielse verschuldigde bijdrage zou bij juiste toepassing van de exploitatieverordening volgens het hof zijn uitgekomen op f 480.314,52 (€ 217.957,23) excl. btw, te betalen in twee gelijke termijnen. In de door de gemeente gevorderde vergoeding is de omzetbelasting over de bijdrage, berekend naar een tarief van 19%, begrepen. Michielse heeft dit niet bestreden. Het hof heeft de waardevergoeding als bedoeld in artikel 6:210 lid 2 BW vastgesteld op een bedrag van € 259.369,10 incl. btw.

2.1 Het hof heeft in rov. 13 miskend dat hoewel conform de artikelen 4 lid 1¹ en 5 van de exploitatieverordening is vastgesteld dat de gronden van Michielse zijn gebaat en het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m² grondoppervlakte is vastgesteld, dat niet betekent dat het aldus bepaalde bedrag als de prestatie kan gelden waarvoor Michielse op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW tot waardevergoeding is gehouden. Daarvoor is vereist dat materieel² ook de overige (relevante) bepalingen van de exploitatieverordening in acht zijn genomen. Met het oog op de waardering van de prestatie van de gemeente moet immers worden onderzocht of de exploitatieverordening (en dus niet alleen de artikelen 4 en 5 daarvan) een grondslag inhoudt en, zo ja, in hoeverre, voor het bedingen door de gemeente van een tegenprestatie voor haar prestatie de wijziging van het bestemmingsplan te bevorderen.

1 Zie bijvoorbeeld 's hofs overweging in rov. 12 waar het uiteenzet dat Derks als rekeneenheid als bedoeld in artikel 4 lid 1 Exploitatieverordening uitkomt op een bedrag van f 160 incl. BTW en 's hofs overweging in rov. 13 dat de gemeente dezelfde methodiek heeft gehanteerd.

2 Nu de exploitatieovereenkomst ter zake van het verhaal van exploitatiekosten niet geldend kan worden gemaakt, zullen niet meer conform de exploitatieverordening bepalingen in de exploitatieovereenkomst zelf kunnen worden opgenomen. Dit betekent dat de gemeente voor zover dat nog niet in de exploitatieovereenkomst is gebeurd op andere wijze materieel aan de onderhavige exploitatieverordening moet voldoen, bijvoorbeeld door naast het voldoen aan de artikelen 4 en 5 (de kwaliteit van) de aangelegde of aan te leggen voorzieningen van openbaar nut te omschrijven (zodat kan worden gecontroleerd of geen kosten worden verhaald voor andere voorzieningen), de termijn waarbinnen nog aan te leggen voorzieningen worden schriftelijk vast te leggen, (schriftelijk) toe te zeggen dat geen aanvullend kostenverhaal door middel van baatbelasting zal plaatsvinden en (voor zover nog relevant) een aanvullend bekostigingsbesluit te nemen dat voldoet aan de in de exploitatieverordening gestelde eisen.

De rechtbank heeft in rov. 4.3.5 en 4.3.7 van haar tussenvonnis van 20 december 2006 vastgesteld dat de exploitatieovereenkomst op een aantal punten in strijd is met de exploitatieverordening, te weten:

(i) Diverse elementen in de exploitatieovereenkomst zijn daarin ten onrechte opgenomen, omdat ze in de verordening niet worden aangemerkt als voorzieningen van algemeen nut en de kosten daarvan kunnen derhalve niet verhaald worden (strijd met artikel 1 onder f sub 1-5 exploitatieverordening);

(ii) In de exploitatieovereenkomst ontbreken, geheel of gedeeltelijk, één of meerdere elementen die daarin krachtens de exploitatieverordening opgenomen hadden moeten zijn;

(iia) Aard, omvang en kwaliteit van de door de Gemeente of exploitant aan te leggen voorzieningen van openbaar nut (artikel 6 lid 3 onder a exploitatieverordening);

(iib) Het tijdvak waarbinnen de voorzieningen moeten worden uitgevoerd (artikel 6 lid 3 onder c exploitatieverordening);

(iic) Bepalingen over de ten laste van de exploitant komende bijdragen als bedoeld in artikel 5 eerste lid van de exploitatieverordening;

(iii) Niet is (conform artikel 10 exploitatieverordening) bepaald dat met betrekking tot de uitvoering van de in de overeenkomst genoemde voorzieningen van openbaar nut, geen aanvullend kostenverhaal op basis van baatbelasting ten laste van de betreffende onroerende zaak zal plaatsvinden.

Voorts heeft de rechtbank in rov. 4.3.6 van haar tussenvonnis vastgesteld dat het op grond van artikel 3 exploitatieverordening vereiste aanvullend bekostigingsbesluit (in strijd met artikel 3 van de exploitatieverordening) eveneens een aantal gebreken bevatte, te weten:

(a) Er ontbreekt een omschrijving van de van gemeentewegen uit te voeren voorzieningen van openbaar nut en daarmee verband houdende werkzaamheden, althans die omschrijving is onvolledig (strijd met artikel 3 lid 2 sub c exploitatieverordening).

(b) Er ontbreekt een aankondiging dat betrokken exploitanten binnen een genoemde termijn een aanbod voor een exploitatieovereenkomst zullen kunnen ontvangen (strijd met artikel 3 lid 2 sub d exploitatieverordening).

(c) Er ontbreekt een nauwkeurige aanduiding van het exploitatiegebied en aanwijzing van de daarin gelegen onroerende zaken die gebaat zijn door de aanleg van voorzieningen van openbaar nut (strijd met artikel 3 lid 2 sub a exploitatieverordening).

De rechtbank heeft op grond van haar vaststellingen in rov. 4.3.5 en 4.3.6 in rov. 4.3.7 van haar tussenvonnis geconstateerd dat de exploitatieovereenkomst in strijd is met de exploitatieverordening.

Het hof heeft in rov. 8 van zijn arrest vastgesteld dat de gemeente tegen deze vaststellingen van de

rechtbank niet heeft gegriefd en heeft deze in rov. 9 van zijn arrest tot de zijde gemaakt.

Ook ten tijde van de procedure in hoger beroep waren echter niet alle door de rechtbank geconstateerde en door het hof onderschreven punten waarop de exploitatieverordening niet in acht was genomen materieel gerepareerd, het hof heeft althans niet (kenbaar) beslist dat de gemeente heeft gesteld en bij betwisting³ deugdelijk heeft onderbouwd dat (in materiële zin) alle strijdigheden met de exploitatieverordening waren gerepareerd. Integendeel, het hof heeft in rov. 9 geconstateerd dat in de exploitatieovereenkomst niet is voldaan aan artikel 6 exploitatieverordening. Het heeft vervolgens echter niet vastgesteld dat thans wel (materieel) aan dit artikel zou zijn voldaan.

In dat verband is van belang dat, naar de rechtbank heeft vastgesteld en het hof heeft onderschreven, onder meer (i) de exploitatieovereenkomst kosten bevatte die op grond van de exploitatieverordening niet konden worden aangemerkt als van algemeen nut en die derhalve niet verhaald hadden kunnen worden,⁴ (ii) een omschrijving van de kwaliteit van de door de gemeente aan te leggen voorzieningen, de termijn waarbinnen die zouden worden aangelegd en een nauwkeurige omschrijving van het exploitatiegebied ontbrak, en (iii) gebreken bestonden in het aanvullend bekostigingsbesluit. Het hof heeft echter niet vastgesteld dat in het thans toegewezen bedrag geen kosten meer zijn begrepen die niet zagen op voorzieningen van openbaar nut, noch dat thans de zojuist genoemde punten (ii) en (iii) zijn gerepareerd.

Nu het hof niet (kenbaar) heeft vastgesteld dat materieel aan de (nog relevante) eisen van de exploitatieverordening was voldaan, kon het niet, althans niet zonder meer, tot zijn beslissing komen dat exploitatieverordening een grondslag inhield voor het bedingen door de gemeente van een tegenprestatie voor haar prestatie de wijziging van het bestemmingsplan te bevorderen ter hoogte van nagenoeg (in de exploitatieovereenkomst is blijkens 's hofs vaststellingen in rov. 1d en 13 uitgegaan van een vergoeding van f 166,43 per m² en de berekening van de gemeente sluit blijkens 's hofs vaststelling in rov. 13 op 165,74 per m²) het in

de exploitatieovereenkomst opgenomen bedrag.⁵ De door Michielse op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW verschuldigde waardevergoeding had het hof dan ook niet, althans niet zonder meer, op het door hem toegewezen bedrag mogen bepalen. Gelet op het vorenstaande valt ook niet, althans in ieder geval niet zonder meer, in te zien waarom de gemeente voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 excl. BTW per m² zou zijn toegepast bij de vaststelling van de exploitatiebijdrage van Michielse.

2.2 Althans heeft het in onderdeel 2.1 betoogde te gelden voor zover het hof niet (kenbaar) heeft vastgesteld dat de strijdigheden met de exploitatieverordening die van belang zijn voor de bepaling van de hoogte van de exploitatiebijdrage en/of voor de rechtszekerheid van degene op wie de kosten worden verhaald, materieel zijn gerepareerd.

2.3 Althans heeft het in onderdeel 2.1 betoogde te gelden voor zover het hof niet (kenbaar) heeft vastgesteld dat de strijdigheden met de exploitatieverordening die van belang zijn voor de bepaling van de hoogte van de exploitatiebijdrage, materieel zijn gerepareerd.

2.4 Althans had het hof in ieder geval inzicht moeten bieden in zijn gedachtegang waarom de hiervoor in onderdeel 2.1 genoemde en door de rechtbank geconstateerde strijdigheden met de exploitatieverordening (welke strijdigheid het hof eveneens aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd), voor zover niet kenbaar uit 's hofs vaststellingen blijkt dat die in materiële zin zijn gerepareerd, althans voor zover het gaat om strijdigheden die van materieel van belang zijn voor het bepalen van de hoogte van de exploitatiebijdrage en/of zien op de rechtszekerheid van degene op wie kosten worden verhaald en niet kenbaar uit 's hofs vaststellingen blijkt dat deze in materiële zin zijn gerepareerd, althans voor zover het gaat om strijdigheden die van materieel van belang zijn voor het bepalen van de hoogte van de exploitatiebijdrage en niet kenbaar uit 's hofs vaststellingen blijkt dat deze in materiële zin zijn gerepareerd, niet in de weg staan aan toewijzing van de vordering van de gemeente tot nagenoeg het gehele in de exploitatieovereenkomst overeengekomen bedrag op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW. Uit de door het hof in rov. 13 genoemde berekening van de gemeente (productie 19 bij repliek in conventie) of uit 's hofs overwegingen, valt niet, althans niet zonder meer, af te leiden dat de door de rechtbank geconstateerde strijdigheden met de exploitatieverordening zijn gerepareerd en bijvoorbeeld geen kosten meer in rekening zijn gebracht voor voorzieningen die niet van openbaar nut zijn,

3 Michielse heeft (ook in verband met de toepassing van artikel 6:210 lid 2 BW) betwist dat thans is voldaan aan de eisen van de exploitatieverordening. Zie het betoog in de memorie van grieven, onder 20 (onder verwijzing naar een rapportage van Deloitte) en 46, waarin is betoogd dat van een eenduidige en transparante financiële onderbouwing geen sprake is en de gemeente dus evenmin het bewijs heeft geleverd dat zij de door haar in de berekening betrokken kosten kan verhalen en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

4 Zie ook de memorie van grieven, onder 49 en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

5 Zie ook het betoog in de memorie van grieven, onder 20 (onder verwijzing naar een rapportage van Deloitte) en 46, waarin is betoogd dat van een eenduidige en transparante financiële onderbouwing geen sprake is en de gemeente dus evenmin het bewijs heeft geleverd dat zij de door haar in de berekening betrokken kosten kan verhalen en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

de kwaliteit van de voorzieningen is omschreven (en daarmee kan worden vastgesteld of de kwaliteit van de voorzieningen gerelateerd is aan de in rekening gebrachte kosten), terwijl ook een termijn was bepaald voor de aanleg van nog niet gerealiseerde voorzieningen (dat laatste is van belang nu in de overwegingen van het hof in rov. 11 besloten ligt dat nog niet alle voorzieningen waren gerealiseerd) en de grootte van het exploitatiegebied nauwkeurig was omschreven.⁶ Dat geldt temeer nu de door de gemeente gehanteerde rekeneenheid nagenoeg gelijk is aan de in de exploitatieovereenkomst gehanteerde rekeneenheid en daarmee op het eerste gezicht waarschijnlijk lijkt dat nagenoeg dezelfde kosten in rekening zijn gebracht (en derhalve ook kosten waarvan de rechtbank en het hof hadden vastgesteld dat die op grond van de exploitatieverordening niet konden worden verhaald).⁷ Nu het hof geen inzicht heeft geboden in zijn gedachtegang waarom (uit de berekening van de gemeente blijkt dat) ter zake van de door de gemeente in rekening gebrachte bedragen geen sprake meer is van de door de rechtbank geconstateerde strijdigheden met de exploitatieverordening en deze bedragen daarmee bij juiste toepassing van de exploitatieverordening in rekening hadden mogen worden gebracht als vergoeding voor de door de gemeente verrichte tegenprestatie, is is hofs overweging, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

2.5 Het hof heeft in rov. 13 miskend dat de berekening van de gemeente op basis van het aanvullende bekostigingsbesluit geen grondslag kan vormen voor de bepaling van de waardevergoeding op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW. Naar in onderdeel 2.1 is uiteengezet, heeft de rechtbank in rov. 4.3.6 van haar tussenvonnis geconstateerd dat het aanvullende bekostigingsbesluit op een aantal punten in strijd was met de exploitatieverordening. Het hof heeft die beslissing in rov. 9 tot de zijne gemaakt. Daarvan uitgaande valt niet in te zien hoe dat besluit zonder meer een grondslag kan vormen voor de beslissing dat de op basis van het aanvullende bekostigingsbesluit vastgestelde rekeneenheid van f 165,74 per m² kennelijk bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie had kunnen worden bedongen.⁸ Zo ontbrak volgens de rechtbank in strijd met artikel 3 lid 2 onder a exploitatieverordening een nauwkeurige omschrijving

van het exploitatiegebied en het hof heeft niet vastgesteld dat de gemeente die inmiddels heeft opgesteld, alsmede dat de gemeente haar door het hof bedoelde berekening ook daarop heeft gebaseerd. Dat is in het onderhavige geval relevant omdat, naar in onderdeel 2.9 wordt uiteengezet, Michielse heeft betoogd dat de gemeente is uitgegaan van een te groot exploitatiegebied. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom de berekening overeenkomstig het aanvullende bekostigingsbesluit in overeenstemming is met de exploitatieverordening.

2.6 Indien 's hofs overweging in rov. 13 dat de door de gemeente gevolgde berekeningsmethodiek (conform artikel 4 lid 1 Exploitatieverordening) ook door de door de gemeente ingeschakelde deskundige H.A. Derks is gevolgd, aldus moet worden begrepen dat op die grond het door de gemeente genoemde bedrag van f 165,74 per m² excl. BTW kennelijk in overeenstemming is met de exploitatieverordening en daarmee bij juiste toepassing daarvan als tegenprestatie had kunnen worden bedongen (mede gelet op zijn overweging in rov. 12 dat Michielse niet heeft betwist dat de in de exploitatieovereenkomst afgesproken bijdrage aansluit bij de berekening van H.A. Derks en sprake is van een iets hogere rekeneenheid (ten opzichte van de berekening van H.A. Derks) in de exploitatieovereenkomst van ca f 167 per m²), is die rechtens onjuist. Nu de exploitatieovereenkomst, waarin de berekeningsmethode van H.A. Derks werd gevolgd en onder meer een vergoeding voor de door hem berekende kosten is overeengekomen, naar de rechtbank in rov. 4.3.7 van haar tussenvonnis heeft vastgesteld (welke beslissing het hof in rov. 9 tot de zijne heeft gemaakt) op een groot aantal punten niet in overeenstemming is met de exploitatieverordening, volgt daaruit dat hetzelfde geldt voor de berekeningsmethode van H.A. Derks.⁹ Bovendien heeft het hof miskend dat tussen de door Derks begrootte bijdrage van f 160 per m² incl. BTW en de door de gemeente thans gehanteerde rekeneenheid van f 165,74 per m² excl. BTW bij de door het hof tot uitgangspunt genomen oppervlakte van 2.898 m² een aanzienlijk verschil bestaat (van f 108.795,17). Het hof had dan ook het advies van deskundige H.A. Derks niet, althans niet zonder meer, als onderbouwing kunnen gebruiken voor zijn beslissing in rov. 13 dat de door de gemeente gehanteerde rekeneenheid bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie had kunnen worden bedongen.

In ieder geval valt gelet op het vorenstaande zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in te zien waarom de omstandigheid dat de exploitatieovereenkomst aansluit bij de berekening van H.A. Derks meebrengt dat de door de gemeente gehanteerde rekeneenheid van f 165,74 per m² bij juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie had kunnen worden bedongen.

6 Zie ook het betoog in de memorie van grieven, onder 20 (onder verwijzing naar een rapportage van Deloitte) en 46, waarin is betoogd dat van een eenduidige en transparante financiële onderbouwing geen sprake is en de gemeente dus evenmin het bewijs heeft geleverd dat zij de door haar in de berekening betrokken kosten kan verhalen en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

7 Zie ook het betoog in de memorie van grieven, onder 20 (onder verwijzing naar een rapportage van Deloitte) en 15, waarin is betoogd dat van een eenduidige en transparante financiële onderbouwing geen sprake is en de gemeente dus evenmin het bewijs heeft geleverd dat zij de door haar in de berekening betrokken kosten kan verhalen en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

8 Zie ook de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

9 Zie ook de pleitnota hoger beroep, onder 10.

2.7 Indien 's hofs overweging in rov. 13 dat de gemeente haar berekening aan de hand van financiële stukken heeft onderbouwd en dat de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten door Michielse niet gemotiveerd zijn bestreden, mede dragend is voor zijn beslissing dat de gemeente voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 zou zijn toegepast, is die overweging rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Bij productie 19 bij repliek in conventie zijn immers geen financiële stukken ter onderbouwing gevoegd. Voor zover het hof in dit verband mede doelt op productie 20 bij repliek in conventie of productie 35 bij de akte houdende schriftelijk bewijs van 10 april 2007, is zijn overweging evenzeer onjuist, althans onbegrijpelijk. Weliswaar staan in de daarin opgenomen kostenoverzichten de tot dan toe door de gemeente gemaakte kosten vermeld, maar daaruit valt niet zonder meer af te leiden dat de bedoelde kosten, mede gelet op de door de rechtbank in rov. 4.3.5 en 4.3.6 van haar tussenvonnissen geconstateerde (en door het hof onderschreven) strijdigheden met de exploitatieverordening, bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening ook alle als tegenprestatie hadden kunnen worden bedongen. Het vorenstaande geldt teminder nu de rechtbank in rov. 3.5.2 van haar eindvonnis van 4 februari 2009 in verband de onderbouwing van de gemeente door middel van financiële stukken (producties 19, 20 en 35) heeft overwogen dat van een compacte, eenduidige, transparante en uitgesplitste financiële opstelling, als waarom door de rechtbank verzocht, niet gesproken kan worden en tegen die overweging door de gemeente in hoger beroep niet is gegriefd.

Bovendien heeft het hof miskend dat Michielse de berekeningsmethode van de gemeente wel gemotiveerd heeft bestreden met het betoog dat uit de door de gemeente overgelegde overzichten, die niet zijn onderbouwd, niet valt af te leiden dat de bedoelde kosten bij juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie hadden mogen worden bedongen.¹⁰

2.8 Indien 's hofs beslissing in rov. 9 dat een duidelijke onderbouwing van de wijze van toerekening van de kosten van de werkzaamheden naar de mate van profijt (als bedoeld in artikel 4 exploitatieverordening) in die exploitatieovereenkomst ontbreekt en dat daarin ook niet inzichtelijk is gemaakt hoe de exploitatiebijdrage, in overeenstemming met artikel 5 exploitatieverordening op basis

van het aanvullend bekostigingsbesluit en de daarbij behorende begroting, is berekend, in samenhang met zijn beslissing in rov. 13 dat de gemeente thans de bedoelde duidelijkheid wel heeft verschaft aldus moet worden begrepen dat de gemeente daarom aannemelijk heeft gemaakt dat de rekeneenheid bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening op f 165,74 per m² zou zijn vastgesteld, is zijn beslissing in het licht van het in de onderdelen 2.1-2.7 betoogde rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Dat wel aan de in de artikelen 4 en 5 exploitatieverordening gestelde eisen zou zijn voldaan, brengt immers niet, althans niet zonder meer, mee dat ook aan de overige eisen is voldaan, zoals het door het hof in rov. 9 genoemde artikel 6.

2.9 's Hofs beslissing in rov. 11 en 13 dat het perceel van Michielse is gebaat en de gemeente voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij bij juiste toepassing van de exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 per m² had kunnen hantieren is rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Michielse heeft zich er immers op beroepen dat omtrent de grootte van het plangebied onduidelijkheid bestond,¹¹ zowel in de correspondentie met Derks als in de exploitatieovereenkomst.¹² De grootte van het plangebied is van belang voor de beantwoording van de vraag of kan worden uitgegaan van het bedrag van f 165,74 per m² nu wanneer sprake is van een kleiner plangebied voorzieningen die daarbuiten zijn aangelegd in beginsel niet in het bedoelde bedrag kunnen worden opgenomen. Michielse heeft in dat verband betoogd dat is uitgegaan van een te groot plangebied en dit er toe heeft geleid dat er een hogere exploitatievergoeding is overeenkomen, terwijl de werkzaamheden op de Koningshoek zijn perceel niet hebben gebaat en deze kosten dus niet op grond van de exploitatieverordening op hem kunnen worden verhaald.¹³ Gelet op deze essentiële stelling van Michielse (die hij in hoger beroep heeft gehandhaafd),¹⁴ valt niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom de gemeente het door haar

10 Zie het betoog in de memorie van grieven, onder 20 (onder verwijzing naar een rapportage van Deloitte) en 46, waarin is betoogd dat een eenduidige en transparante financiële onderbouwing geen sprake is en de gemeente dus evenmin het bewijs heeft geleverd dat zij de door haar in de berekening betrokken kosten kan verhalen; akte houdende producties, tevens vermeerdering van eis in het principaal appél, tevens memorie van antwoord in het incidenteel appél van 11 september 2012, onder 38 en de pleitnota in hoger beroep, onder 4.

11 Dat betreft derhalve niet de grootte van het bouwperceel van Michielse waarvan het hof in rov. 13 heeft vastgesteld dat die 2.898 m² bedraagt maar de grootte van het totale plangebied waarvoor de kosten voor het aanleggen van voorzieningen zijn gemaakt.

12 Conclusie van dupliek in conventie tevens conclusie van repliek in reconventie onder 30; Antwoordakte 30 januari 2008 onder 4 Pleitnota in hoger beroep, onder 4 en 10. Zie voorts de memorie van grieven onder 46 waarin naar de conclusie van dupliek in conventie onder 30 is verwezen en een beroep is gedaan op de onduidelijkheid van de berekening van de gemeente.

13 Conclusie van dupliek in conventie tevens conclusie van repliek in reconventie onder 30; Antwoordakte 30 januari 2008 onder 4; Pleitnota in hoger beroep, onder 4. Zie voorts de memorie van grieven onder 46 waarin naar de conclusie van dupliek in conventie onder 30 is verwezen en een beroep is gedaan op de onduidelijkheid van de berekening van de gemeente.

14 Zie de memorie van grieven, onder 45 en de pleitnota in hoger beroep onder 4 en 10.

(subsidiair) gevorderde bedrag bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening in rekening had kunnen brengen als tegenprestatie voor de door haar verrichte prestatie. De rechtbank heeft in rov. 4.3.6 van haar tussenvonnis immers vastgesteld (en het hof heeft dat onderschreven) dat de grootte van het exploitatiegebied in strijd met artikel 3 lid 2 onder a exploitatieverordening niet nauwkeurig was vastgesteld. Zolang die onduidelijkheid niet is weggenomen, kon het hof in beginsel niet vaststellen wat de gemeente bij juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie had kunnen bedingen. In ieder geval had het hof inzicht moeten bieden in zijn gedachtegang waarom de subsidiaire vordering van de gemeente desondanks kon worden toegewezen.

2.10 Indien 's hofs overweging in rov. 11 dat de aanleg van voorzieningen van openbaar nut ten behoeve van het woon- en bouwrijp maken van het in het aanvullend bekostigingsbesluit omschreven exploitatiegebied in augustus 2004 daadwerkelijk was uitgevoerd, althans alsnog zou worden verricht, alsmede dat het proces-verbaal van constatering van 24 juni 2004 (productie 4 bij conclusie van antwoord in conventie) niet weerlegt dat in het exploitatiegebied voorzieningen van openbaar nut zijn aangelegd en het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat, (mede) dragend is voor zijn beslissing in rov. 13 dat bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening f 165,74 per m² als rekeneenheid zou zijn gehanteerd, is die overweging rechts onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De omstandigheid dat voorzieningen van openbaar nut zijn aangelegd en het bouwperceel van Michielse daardoor is gebaat, neemt immers in het licht van de vorenstaande onderdelen 2.1-2.9 niet weg dat gelet op de daarin genoemde door de rechtbank geconstateerde strijdigheden met de exploitatieverordening, niet zonder meer valt in te zien dat de door de gemeente toegepaste rekeneenheid gelet op de door het hof in rov. 11 genoemde omstandigheden in overeenstemming is met de exploitatieverordening, bijvoorbeeld in verband met op de omstandigheid dat in de exploitatieovereenkomst ook een vergoeding was opgenomen voor voorzieningen die niet van openbaar nut waren en gelet op de onduidelijkheid omtrent de grootte van het exploitatiegebied.

2.11 De vorenstaande onderdelen 2.1-2.10 viteren ook 's hofs beslissing rov. 20 die is gebaseerd op de overweging dat een door Michielse te betalen exploitatiebijdrage toewijsbaar is geoordeeld.

3 Het hof heeft in rov. 21 overwogen dat op grond van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 23 juni 2004 vaststaat dat het nemen en handhaven van het voorbereidingsbesluit van 17 december 2001 jegens Michielse onrechtmatig was. In deze uitspraak is volgens het hof geen beslissing genomen over de vraag of Michielse hierdoor schade heeft geleden. Michielse stelt, aldus het hof, dat hij (onder meer) renteschade heeft geleden. Hij had kopers voor zijn bouwkwavels. Deze kopers

zijn afgehaakt in verband met de onzekerheid of de gemeente gedurende de looptijd van het voorbereidingsbesluit met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet een bouwvergunning zou verlenen. Hierdoor zijn de koopovereenkomsten later tot stand gekomen dan zonder het voorbereidingsbesluit het geval zou zijn geweest. Het hof heeft echter beslist dat eventueel hierdoor geleden (rente)schade – als daar al sprake van is – in overwegende mate het gevolg van eigen gedragingen van Michielse en deze schade daarom naar billijkheid voor zijn rekening dient te blijven, aldus dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt. De gemeente heeft Michielse volgens het hof immers op meerdere tijdstippen tijdens de looptijd van het voorbereidingsbesluit verzekerd dat zij art. 50 lid 4 Woningwet zou toepassen op bouw aanvragen van kopers van bouwkwavels, Dit is, aldus het hof, niet alleen gebeurd in de brief van 2 januari 2002 (waarvan Michielse de ontvangst heeft betwist), maar ook in de brief van 23 augustus 2002. In deze brief wordt verwezen naar een gesprek dat op 29 april 2012 heeft plaatsgevonden tussen Michielse en de afdeling VROM van de gemeente over realisatie van bouwplannen op zijn bouwperceel. Als Michielse toen concrete problemen ondervond als gevolg van het voorbereidingsbesluit (bijv. door het afhaken van kopers) dan had hij alle mogelijkheden gehad dit in dat gesprek aan te kaarten, aldus het hof. Gelet op de inhoud van de brieven van 2 januari 2002 en van 23 augustus 2002 zou in dat geval de gemeente hem hebben verzekerd (en desgevraagd ook schriftelijk hebben bevestigd) dat ook zolang het voorbereidingsbesluit van kracht was bouwvergunningen konden worden verleend, met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet. Michielse had potentiële kopers volgens het hof met deze (schriftelijke) verklaringen van de gemeente gerust kunnen stellen. Tegen deze achtergrond kan volgens het hof niet worden volgehouden dat Michielse als gevolg van het voorbereidingsbesluit de door hem gesteld renteschade heeft geleden.

3.1 Het hof heeft in rov. 21 miskend dat indien zowel de gemeente schadebeperkende maatregelen kan nemen, bijvoorbeeld door intrekking van het voorbereidingsbesluit voor zover het het gebied 'De Hasselt' betrof (waarvan het perceel van Michielse deeluitmaakte) waarvoor al een bestemmingsplan gold¹⁵ dan wel door een onvoorwaardelijke (schriftelijke) garantie te verstrekken dat onmiddellijk een bouwtitel op de voet van artikel 50 lid 4 Woningwet zou worden verleend,¹⁶ als Michielse, het op de weg ligt van de gemeente om deze schadebeperkende maatregelen te nemen en de vergoedingsplicht van de gemeente daarmee niet geheel of gedeeltelijk (op de voet van artikel 6:101 BW) kan vervallen indien Michielse geen schadebeperkende maatregelen neemt. In ieder geval valt niet, althans niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, in te zien

15 Zie de memorie van grieven, onder 58.

16 Zie de memorie van grieven, onder 63.

waarom de billijkheid in gevallen als de onderhavige waarin de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld en schadebeperkende maatregelen had kunnen nemen meebrengt dat het nalaten van het nemen van mogelijke schadebeperkende maatregelen door Michielse resulteert in het geheel vervallen van de vergoedingsplicht van de gemeente.

3.2 's Hof's kennelijke beslissing in rov. 21 dat potentiële kopers niet zouden zijn afgeschrikt indien Michielse aan de gemeente had verzocht om (schriftelijk) te bevestigen dat zolang het voorbereidingsbesluit van kracht was met toepassing van artikel 50 lid 4 Woningwet bouwvergunningen konden worden verleend, is althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Uit de getuigenverklaringen van de (potentiële) kopers blijkt immers dat geen onmiddellijke bouwtitel kon worden verleend (zolang het voorbereidingsbesluit gold diende een (bouw)aanvraag gedaan te worden die leidde tot doorbreking van de aanhoudingsverplichting (waarbij het bestuurs beleidsvrijheid toekomt) welke procedure in de regel complicaties geeft en langer duurt dan bij een aanvraag om een bouwvergunning die binnen het bestemmingsplan past terwijl onzeker was of de gemeente de gevraagde bouwvergunningen onmiddellijk zou verlenen)¹⁷ en daarmee onzeker was op welke termijn met bouwen begonnen kon worden,¹⁸ terwijl ook de levering aan Gebr. Van Ginsbergen B.V. daardoor is uitgesteld.¹⁹ Niet valt daarom zonder meer in te zien waarom de door het hof bedoelde schriftelijke toezegging van de gemeente de (potentiële) kopers gerust zou hebben gesteld. Deze toezegging van de gemeente zou immers niet hebben weggenomen dat geen sprake was van een onmiddellijke bouwtitel, nu de gemeente blijkens 's hofs vaststelling in rov. 21 haar beleidsvrijheid niet inperkte omdat alleen zou zijn bevestigd dat bouwvergunningen met toepassing van artikel 50 lid 4 Woningwet konden worden verleend en daarmee geen onvoorwaardelijke medewerking werd gegeven, terwijl eveneens onduidelijk was op welke termijn die medewerking zou worden gegeven.²⁰

3.3 Indien 's hofs beslissing in rov. 21 dat tegen deze achtergrond niet kan worden volgehouden dat Michielse als gevolg van het voorbereidingsbesluit de door hem gestelde renteschade heeft geleden, aldus moet worden begrepen dat het causaal verband met de door Michielse gestelde schade ook ontbreekt als 's hofs beslissing dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt niet in stand kan blijven, dan is die beslissing rechteens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. In dat geval valt immers niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom het causaal

verband met de door Michielse gestelde schade ontbreekt.

4 De vorenstaande onderdelen vitiëren ook 's hofs beslissingen in rov. 23 en 24.

Conclusie A-G mr. J. Spier:

1. Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten.¹

1.2 Michielse woont (en woonde in 2000) aan de Hoogemierdseweg 23 te Lage Mierde. Hij was in 2000 eigenaar van een achter zijn woning gelegen terrein, kadastraal bekend H 1139 (inmiddels vernummerd tot H 1820), groot 5.490 m², waarop hij een (klein) kippenbedrijf uitoefende.

1.3 In het ontwerp bestemmingsplan de Hase – dat op 2 april 2001 is vastgesteld door de gemeenteraad – is het terrein van Michielse (geheel of gedeeltelijk) voor woningbouw bestemd.

1.4 Michielse heeft in het najaar van 2000 besprekingen gevoerd met H.G. Derks, die optrad als adviseur van de gemeente en die de gemeente adviseerde over het realiseren van deze bouwbestemming, over de wijze van berekening van een aan de gemeente te betalen exploitatiebijdrage na het aangaan van een exploitatieovereenkomst en over een grondruil met de gemeente.

1.5 In een brief van 13 november 2000 van H.G. Derks aan wethouder J.A. Dierckx van de gemeente, met afschrift aan Michielse, wordt een voorstel geformuleerd tot:

(1) aankoop door de gemeente van een gedeelte, groot 292 m², van het terrein van Michielse tegen een prijs van f 65 per m²;

(2) het sluiten van een exploitatieovereenkomst voor een gedeelte groot 2.898 m² (hierna: het 'bouwperceel') van het resterende terrein, die voorziet in betaling door Michielse van een exploitatiebijdrage van f 160 incl. btw per m², in totaal f 463.680;

(3) aankoop door Michielse van een aangrenzend perceel bouwterrein, groot 501 m², tegen een prijs van f 293,75 per m² inclusief btw; en

(4) eventuele aankoop van een aan de overzijde van de weg gelegen terrein, groot 3.871 m², voor (circa) f 20 per m².

1.6 Op 1 maart 2001 is een overeenkomst van ruiling tot stand gekomen tussen (de burgemeester van) de gemeente en Michielse, waarbij partijen – onder voorbehoud dat het bestemmingsplan waarin de bouwbestemming is opgenomen voor 1 december 2001 is vastgesteld – hebben afgesproken dat Michielse een gedeelte groot 292 m², aan de rand van zijn terrein (hierna: de 'gemeente-strook') aan de gemeente levert in ruil voor levering aan hem van een aangrenzend perceel bouwterrein, kadastraal bekend H 1453 (vernummerd tot H 1821) en groot 501 m² (hierna: de 'extra bouwkaavel'), als-

17 Memorie van grieven, onder 63.

18 Memorie van grieven, onder 63 en pleitnota in hoger beroep, onder 16.

19 Memorie van grieven, onder 58 en 59.

20 Memorie van grieven, onder 63.

1 Ontleend aan rov. 1 van het thans bestreden arrest.

mede levering aan hem van een aan de overkant van Hoogemierdseweg gelegen terrein, kadastraal bekend H 1695 en 1697 en groot 3.871 m² (hierna: de 'schapenweide'), alles tegen betaling door Michielse van een 'toegift' van f 91.005. Het oorspronkelijke bouwperceel (groot 2.898 m²) en het extra bouw-kavel (groot 501 m²) worden hierna tezamen ook aangeduid als het 'bouwperceel'.

1.71 De (burgemeester van de) gemeente en Michielse hebben, eveneens op 1 maart 2001, een exploitatieovereenkomst afgesloten, waarbij de gemeente de volgende verplichtingen op zich heeft genomen:

- de toegangspoort, afrastering en houtopstand op de gemeente-strook te verwijderen en een nieuwe afrastering en toegangspoort te plaatsen tussen het resterende terrein en deze strook (onder 1);
- eventuele opstallen en opstanden op de extra bouw-kavel voor 1 juni 2001 te verwijderen (onder 2);
- het bouwperceel bouw- en woonrijp te maken voor de bouw van acht tot twaalf woningen (onder 3).

1.72 Hiertegenover is Michielse aan de gemeente een exploitatiebijdrage verschuldigd van f 482.332,05 exclusief btw te voldoen als volgt: de eerste termijn van f 241.166,03 exclusief btw zodra de bestemmingsplanprocedures in een zodanig stadium verkeren dat bouwvergunningen met betrekking tot het bouwperceel kunnen worden afgegeven en de tweede termijn van f 241.166,02 exclusief btw uiterlijk 24 maanden na de eerste betaling.

1.8 De op 2 januari 1997 vastgestelde Exploitatieverordening van de gemeente bepaalt, voor zover hier van belang:

"Artikel 1 Algemene begripsbepalingen

In deze verordening wordt verstaan onder:

(...)

b. exploitatiegebied: een zodanig door de gemeenteraad aangewezen gebied, dat gebaat is door de aanleg van voorzieningen van openbaar nut;

c. exploitant: de genothebbende krachtens eigendom (...) van een in het exploitatiegebied gelegen onroerende zaak welke door het treffen van voorzieningen van openbaar nut gebaat is;

d. exploitatie-overeenkomst: de overeenkomst (...) waarin de gemeente met een exploitant de voorwaarden overeenkomt waaronder de gemeente voorzieningen van openbaar nut zal treffen of daaraan medewerking zal verlenen;

e. aangevuld bekostigingsbesluit: een besluit van de gemeenteraad waarin niet alleen overeenkomstig artikel 222 Gemeentewet, wordt besloten in welke mate de aan de voorzieningen verbonden lasten zullen kunnen worden verhaald op een daarbij aangeduid gebied, maar waarin ook een omschrijving van de voorzieningen van openbaar nut en een begroting van kosten en opbrengsten is opgenomen;

f. voorzieningen van openbaar nut, waardoor de in het exploitatie gebied gelegen onroerende zaken gebaat worden, onder meer:

1. riolering (...);
2. wegen, parkeergelegenheden, pleinen, trottoirs, voet- en rijwielpaden, straatmeubilair, etc.;
3. plantsoenen en andere groenvoorzieningen (...);
4. openbare verlichting en brandkranen (...);
5. waterhuishoudkundige voorzieningen (...).

(...)

Artikel 3 Vaststelling aangevuld bekostigingsbesluit

1. Voordat op initiatief van de gemeente met het treffen van voorzieningen van openbaar nut in een exploitatiegebied wordt aangevangen, wordt door de gemeenteraad een aangevuld bekostigingsbesluit voor dat exploitatiegebied vastgesteld en bekendgemaakt (...).

(...)

Artikel 4 Wijze van toerekening naar mate van profijt

1. Voor de toerekening van profijt wordt als rekeneenheid gebruikt het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m² grondoppervlakte.

(...)

Artikel 5 Vaststelling en exploitatiebijdrage

1. De exploitant betaalt als bijdrage in de kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in exploitatie brengen van gronden het bedrag dat volgens de in de begroting (...) uitgewerkte wijze aan zijn onroerende zaak wordt toegerekend, vermeerderd met de kosten op de afstand van de gronden bestemd voor de aanleg en/of aanpassing van voorzieningen van openbaar nut vallende en de kosten van kadastrale uitmeting, en verminderd met de inbrengwaarde van de bij de exploitant in exploitatie zijnde en voor exploitatie bestemde gronden en van de gronden welke zijn bestemd voor het treffen van voorzieningen van openbaar nut en door exploitant aan de gemeente worden afgestaan.

(...)

Artikel 6 Inhoud exploitatie-overeenkomst

1. Het verhaal van kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in het exploitatie brengen van gronden vindt plaats met inachtneming van de voorgaande artikelen. Van de exploitatie-overeenkomst wordt een akte opgemaakt. Indien de exploitatie-overeenkomst mede een grondtransactie betreft, is dit een notariële akte.

2. Burgemeester en wethouders besluiten tot het aangaan van een exploitatie-overeenkomst op initiatief van de gemeente slechts na-

dat een aangevuld bekostigingsbesluit is vastgesteld.

3. De exploitatie-overeenkomst bevat in ieder geval bepalingen over:

- a. de aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente of exploitant aan te leggen voorzieningen van openbaar nut;
- b. het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd;
- (...)."

1.9 De gemeenteraad heeft op 26 juni 2000 een nieuw 'Aangevuld bekostigingsbesluit De Hasselt' vastgesteld, strekkende tot verhaal van kosten van voorzieningen van openbaar nut, voortvloeiende uit de realisatie van het bestemmingsplan De Hasselt, door gronduitgifte dan wel, in geval de gronden die door de voorzieningen worden gebaat eigendom zijn van derden, door het sluiten van exploitatieovereenkomsten met deze derden. Op de bij het besluit gevoegde plankaart is het bouwperceel van Michielse aangemerkt als gebied dat door de voorzieningen wordt gebaat. Bij de berekening van de exploitatiebijdrage zal worden uitgegaan van de gewaarmerkte begroting van kosten en opbrengsten die door de gemeenteraad wordt vastgesteld.

1.10 In de vergadering van de gemeenteraad van 2 april 2001 is een (gewijzigde) exploitatieopzet vastgesteld en (nadien) gewaarmerkt. Hierin zijn de totale kosten van bouwrijp maken van het gehele exploitatiegebied begroot op in totaal f 4.958.900,60 te verdelen over 31.014 m² particuliere kavels en 12.472 m² bedrijventerrein. De exploitatieopzet is nadien (in de grondnota van juni 2001) wederom aangepast.

1.11 Bij brief van 18 april 2001 heeft de gemeente aan Michielse bevestigd dat de bepaling in de exploitatieovereenkomst (onder 1) aangaande het plaatsen van een nieuwe afrastering en toegangspoort tussen de gemeente-strook en het resterende terrein in onderling overleg aldus is gewijzigd dat deze verplichting van de gemeente vervalt en dat Michielse in plaats daarvan f 5.000 zal ontvangen.

1.12 Nadat het bestemmingsplan De Hasselt op 2 april 2001 was vastgesteld en in november 2001 was goedgekeurd, heeft de gemeente op 17 december 2001 een voorbereidingsbesluit (ingaaande 19 december 2001) tot planwijziging genomen teneinde het gemeentelijke volkshuisvestingsbeleid te kunnen realiseren, waarin ten onrechte het bouwperceel van Michielse (waarop op grond van het geldende bestemmingsplan De Hasselt al een bouwbestemming rustte) is meegenomen. Michielse heeft daags te voren, bij brief van 16 december 2001, de gemeente aansprakelijk gesteld voor schade door *beperkingen, belemmeringen en vertragingen* als gevolg van het (te nemen) voorbereidingsbesluit. De gemeente heeft het door Michielse ingestelde bezwaar ongegrond verklaard. Het voorbereidingsbesluit heeft tot 19 december 2002 gegolden. Uiteindelijk heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 23 juni 2004 het

voorbereidingsbesluit herroepen voor zover dit het bouwperceel van Michielse betrof.

1.13 Bij brief van 23 augustus 2002 heeft de gemeente de eerste termijn van de exploitatiebijdrage bestemmingsplan De Hasselt van (omgerekend) € 130.229,28 incl. btw aan Michielse in rekening gebracht. Michielse heeft geweigerd deze termijn te betalen op de grond dat de gemeente niet aan alle verplichtingen uit hoofde van de exploitatieovereenkomst had voldaan.

1.14 Op 26 februari 2004 heeft de gemeente het bouwperceel (kadastrale nummer H 1820 en 1821) in conservatoir beslag genomen tot zekerheid voor verhaal van de eerste termijn van de exploitatiebijdrage, vermeerderd met rente en kosten. Dit beslag is op 22 maart 2004 opgeheven, nadat Michielse zekerheid had gesteld in de vorm van een bankgarantie.

1.15 Michielse heeft in november 2001 een bouwkaavel aan J.A.L. Janssen verkocht en op een later tijdstip geleverd. Bij op 5 april 2005 schriftelijk vastgelegde koopovereenkomst heeft Michielse nog eens 2.396 m² van het bouwperceel verkocht aan Van Gisbergen BV voor een koopprijs van € 900.000 (circa € 375 per m²).

1.16 Burgemeester en wethouders van de gemeente hebben op 23 december 2003 een procesbesluit genomen strekkend tot invordering van de exploitatiebijdrage van Michielse.

2. *Procesverloop*

2.1 Bij exploitatie van 6 februari 2004 heeft de gemeente Michielse gedagvaard voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch en gevorderd dat Michielse wordt veroordeeld tot betaling aan haar van € 130.229,28, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002, uit hoofde van de exploitatieovereenkomst en van € 5.794,62 aan buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling in de proceskosten.²

2.2 Michielse heeft in reconventie gevorderd dat de Rechtbank (1) primair voor recht verklaart dat de exploitatieovereenkomst nietig is, subsidiair deze overeenkomst vernietigt, (2) voor recht verklaart dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens hem en deswege schadeplichtig is en (3) de gemeente veroordeelt tot betaling van € 120.286,27, althans een in goede justitie te bepalen bedrag en tot vergoeding van de overige schade, op te maken bij staat, met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2004 en met veroordeling in de proceskosten.³

2.3.1 In haar tussenvonnis van 20 december 2006 heeft de Rechtbank, voor zover hier van belang, als volgt overwogen:

2 Zie de weergave door het Hof in rov. 2 van het bestreden arrest.

3 Zie wederom de weergave van het Hof in rov. 2 van het bestreden arrest.

4.3.5. *De exploitatieovereenkomst*

Kijkend naar de hiervoor beknopt geschetste inhoud van de exploitatieverordening en de inhoud van de tussen de Gemeente en Michielse gesloten exploitatieovereenkomst, moet tweerelei vastgesteld worden. In de eerste plaats dat de diverse elementen zoals voorkomend in de exploitatieovereenkomst daarin ten onrechte zijn opgenomen. Deze elementen kunnen niet — gelet op het bepaalde in art. 1 onder f sub 1 t/m 5 van de exploitatieverordening — aangemerkt worden als voorzieningen van openbaar nut, zodat de kosten daarvan ook niet — gelet op het bepaalde in art. 6 lid 3 onder a van de exploitatieverordening — door middel van een exploitatieovereenkomst verhaald kunnen worden. In de tweede plaats ontbreken in de exploitatieovereenkomst, geheel of gedeeltelijk, een of meerdere elementen die daarin, krachtens de exploitatieverordening opgenomen hadden moeten zijn. Het betreft — gelet op het bepaalde in art. 6 lid 3 onder a van de exploitatieverordening — onder meer de aard, omvang en kwaliteit van de door de Gemeente of exploitant aan te leggen voorzieningen van openbaar nut. Maar daarnaast ook — gelet op het bepaalde in Art. 6 lid 3 onder b van de exploitatieverordening — het tijdvak waarbinnen de voorzieningen moeten worden uitgevoerd. Verder ontbreken — gelet op het bepaalde in art. 6 lid 3 onder c van de exploitatieverordening — bepalingen over de ten laste van de exploitant komende bijdragen als bedoeld in art. 5, eerste lid van de exploitatieverordening. Tenslotte is in de exploitatieovereenkomst niet bepaald — gelet op art. 10 van de verordening — dat met betrekking tot de uitvoering van de in de overeenkomst genoemde voorzieningen van openbaar nut, geen aanvullend kostenverhaal op basis van baatbelasting ten laste van de betreffende onroerende zaak zal plaatsvinden.

4.3.6. *Het aangevuld bekostigingsbesluit*

Ook aan het aangevuld bekostigingsbesluit kleven rechtens gebreken, zo moet vastgesteld worden, wanneer dit besluit getoetst wordt aan wat de exploitatieverordening in art. 3 als eisen stelt aan een dergelijk besluit. Zo ontbreekt in het aangevuld bekostigingsbesluit — gelet op het bepaalde in art. 3 lid 2 sub c van de exploitatieverordening — een omschrijving van de van gemeentewege uit te voeren voorzieningen van openbaar nut en daarmee verband houdende werkzaamheden, althans is die omschrijving onvolledig. Verder is daarin niet aanwijsbaar — zoals art. 3 lid 2, sub d van de exploitatieverordening voorschrijft — een aankondiging dat betrokken exploitanten binnen een genoemde termijn een aanbod voor een exploitatieovereenkomst zullen kunnen ontvangen. Maar ook ontbreekt — hetwelk een vereiste is ingevolge art. 3 lid 2, sub a van de exploitatieverordening — een (nauwkeurige) aanduiding van het exploita-

tie-gebied en aanwijzing van de daarin gelegen onroerende zaken die gebaat zijn door de aanleg van voorzieningen van openbaar nut. Zo moet aan de hand van p. 4 van het bekostigingsbesluit vastgesteld worden dat de Gemeente in dat besluit ook voorzieningen heeft opgenomen die betrekking hebben op een ander reeds bestaand plangebied, zodat niet gesproken kan worden van voorzieningen van openbaar nut waardoor de percelen van Michielse gebaat zijn.”

2.3.2 De Rechtbank heeft voorts bewijs opgedragen aan de gemeente en aan Michielse als omschreven in het dictum onder 5.1 en 5.2.

2.4.1 In haar eindvonnis van 4 februari 2009 heeft de Rechtbank het bezwaar van Michielse tegen een eisvermeerdering van de gemeente gegrond verklaard; in conventie wordt Michielse veroordeeld tot betaling aan de gemeente van € 105.000 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 februari 2004, met veroordeling van Michielse in de proceskosten en in reconventie wordt voor recht verklaard dat de gemeente op een aantal punten is tekort geschoten in de nakoming van de exploitatieovereenkomst en is gehouden tot vergoeding van de door Michielse dientengevolge geleden schade, op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 juli 2004, met veroordeling van de gemeente in de proceskosten.⁴

2.4.2 Voor zover het de veroordeling van Michielse in conventie betreft, heeft de Rechtbank onder meer het volgende overwogen:

“3.5.2. (...) Voor de rechtbank is evenwel genoegzaam komen vast te staan dat er door de Gemeente kosten gemaakt zijn waarvan Michielse profijt heeft gehad. Immers, dat de Gemeente dergelijke kosten zou moeten maken en dat Michielse daarvoor zou moeten betalen blijkt niet alleen uit de tussen partijen gesloten exploitatieovereenkomst van 1 maart 2001 (DV, prod 4), maar tevens en vooral uit de door Michielse zelf overgelegde brief van 11 oktober 2000 van de adviseur van de Gemeente (Antw.Akte, prod. 36, p. 4, midden) en de brief van opnieuw deze adviseur van 13 november 2000 (Antw. Akte, prod. 37). Deze brieven kunnen aangemerkt worden, hetgeen een feit is van algemene bekendheid, als het in de praktijk gehanteerde verslag van de onderhandelingen, zoals gevoerd of begeleid door degene die, zoals in casu, de Gemeente adviseert, en waarin ook het standpunt van Michielse doorklinkt. Laatstgenoemde brief prevaleert, naar het oordeel van de rechtbank boven de brief van 28 september 1995 (Antw. Akte, prod. 38), nu er in 2000 sprake was van een conglomeraat van ontwikkelingen en gewijzigde omstandigheden, waarbij koop, verkoop en ruiling van diverse percelen in onderlinge samenhang een belangrijke rol speelden. Dit alles tegen de achtergrond van een zich voltrekend planologisch

⁴ Zie de weergave door het Hof in rov. 3 van het bestreden arrest.

besluitvormingsproces op diverse achtereenvolgende bestuursniveaus en bestuursrechtelijke procedures.

Met inachtneming van het voorgaande ziet de rechtbank aanleiding de vorderingen van de Gemeente slechts gedeeltelijk toe te wijzen en wel in die zin dat als uitgangspunt genomen zal worden de benadering zoals blijkt uit de hiervoor genoemde brief van 13 november 2000. Dit leidt tot een door Michielse te betalen bedrag van in totaal € 210.000 inclusief BTW (uitgaande van 2.898 m² met een m² prijs van € 72). Dit betekent, gezet in de sleutel van het gefaseerd verschuldigd zijn door Michielse, als verwoord in de exploitatieovereenkomst (...), alsmede het petium van de Gemeente (...), dat de vordering van de Gemeente thans zal worden toegewezen tot een bedrag van € 105.000 inclusief BTW. (...)"

2.5.1 Michielse heeft tegen de hiervoor genoemde vonnissen appel ingesteld. De gemeente heeft incidenteel appel ingesteld tegen het eindvonnis.

2.5.2 Michielse heeft in hoger beroep zijn eis vermeerderd met een vordering tot terugbetaling van al hetgeen hij op grond van het vonnis van 4 februari 2009 aan de gemeente heeft betaald, volgens hem € 136.417,83, met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van betaling, 19 maart 2009.

2.6 De gemeente heeft in hoger beroep haar in eerste aanleg niet toegestane vermeerderde eis alsnog ingesteld. Zij heeft gevorderd dat het Hof:

primair:

Michielse veroordeelt tot betaling aan de gemeente van:

a. € 130.229,29 inclusief btw, althans een door het Hof te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002, althans vanaf de dag der inleidende dagvaarding, althans vanaf een door het Hof te bepalen dag;

b. € 130.229,28 inclusief btw, althans een door het Hof te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 augustus 2004, althans een door het Hof te bepalen dag;

subsidiair:

a. voor recht verklaart dat Michielse de exploitatiebijdrage aan de gemeente op de voet van art. 6:210 lid 2 BW is verschuldigd;

b. Michielse op de voet van art. 6:201 lid 2 BW veroordeelt om aan de gemeente € 260.458,56 te betalen, althans een door het Hof te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 22 september 2002, althans vanaf 23 augustus 2004, althans vanaf een door het Hof te bepalen datum;

c. Michielse veroordeelt tot betaling van een bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten van € 5.794,62, althans van € 4.000 overeenkomstig Voorwerk II;

primair en subsidiair:

Michielse veroordeelt in de proceskosten in principaal en incidenteel appel.

2.7 In zijn arrest van 30 juli 2013 heeft het Hof de bestreden vonnissen vernietigd en opnieuw rechtdoende de vorderingen van Michielse afgewe-

zen, Michielse veroordeeld tot betaling aan de gemeente van € 259.369,10 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 129.684,55 vanaf 6 februari 2004 en over € 129.684,55 vanaf 5 april 2011 en Michielse veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en hoger beroep en tot terugbetaling aan de gemeente van € 6.772 uit hoofde van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg in reconventie. Het meer of anders gevorderde is afgewezen. Voor zover in cassatie van belang, heeft het Hof het volgende overwogen:

"Nietigheid c.q. vernietigbaarheid van de exploitatie-overeenkomst

7. Michielse stelt dat de exploitatie-overeenkomst wegens strijd met de Exploitatieverordening en met de wet (art. 42 WRO) nietig c.q. vernietigbaar is met toepassing van art. 3:40 lid 1 cq. lid 2 BW. Deze stelling wordt verworpen. Indien in een exploitatie-overeenkomst de bepalingen van een toepasselijke Exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, kan hieraan het gevolg worden verbonden dat de gemeente haar in die overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage — uit een oogpunt van rechtszekerheid van de betrokken grondeigenaren — niet geldend kan maken (HR 16 febr. 1996, NJ 1996/608; HR 13 april 2001, NJ 2001/581). De sanctie nietigheid wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden wordt hieraan niet verbonden. Het belang van bescherming van de rechtszekerheid van de grondeigenaren noopt er evenmin toe de vernietigbaarheid van de exploitatie-overeenkomst aan te nemen. De grieven I en XIX van Michielse falen.

Primaire grondslag: exploitatie-overeenkomst (...)

9. Het hof neemt de overwegingen van de rechtbank onder nummers 4.3 tot en met 4.3.7 van het tussenvonnis van 20 december 2006 over en maakt deze tot de zijne. De omstandigheid dat in de exploitatie-overeenkomst in strijd met het bepaalde in art. 6 Exploitatieverordening iedere omschrijving van aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente aan te leggen voorzieningen van openbaar nut ontbreekt evenals iedere aanduiding van het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd, maakt inbreuk op de rechtszekerheid waarop een exploitant als Michielse aanspraak kan maken. Daar komt bij dat een duidelijke onderbouwing van de wijze van toerekening van de kosten van deze werkzaamheden naar de mate van profijt (als bedoeld in art. 4 Exploitatieverordening) in die overeenkomst ontbreekt en dat daarin ook niet inzichtelijk is gemaakt hoe de exploitatiebijdrage, in overeenstemming met art. 5 Exploitatieverordening op basis van het Aanvullend bekostigingsbesluit en de daarbij behorende begroting is berekend. Dit alles staat — uit een oogpunt van rechtszekerheid voor de bij de

realisatie van het bestemmingsplan betrokken grondeigenaar — eraan in de weg dat de gemeente haar aanspraak op een exploitatiebijdrage op grond van die exploitatie-overeenkomst geldend kan maken. De primaire vordering van de gemeente is niet toewijsbaar.
(...)

Prestaties ter realisatie van het bestemmingsplan

11. De gemeente heeft genoegzaam aangetoond dat de in de gewaarmerkte exploitatiebegroting van 2 april 2001 omschreven aanleg van voorzieningen van openbaar nut ten behoeve van het woon- en bouwrijp maken van het in het Aangevuld bekostigingsbesluit De Hasselt van 26 juni 2000 omschreven exploitatiegebied — waartoe het bouwperceel van Michielse behoort — in augustus 2004 daadwerkelijk waren uitgevoerd, althans dat een aantal van deze werkzaamheden na afloop van de bouwactiviteiten alsnog zou worden verricht (lees:), voldoende aannemelijk is dat het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat. De door de gemeente (als producties 13 en 14 bij de conclusie van repliek in conventie tevens van antwoord in reconventie) overgelegde luchtfoto's van het exploitatiegebied — waarop nieuw aangelegde ontsluitingswegen in de nabijheid van het bouwperceel van Michielse duidelijk zichtbaar zijn — dragen bij aan deze overtuiging van het hof. Het verweer van Michielse dat de door de gemeente gevorderde exploitatiebijdrage ook ziet op het afgraven en egaliseren van afzonderlijke bouwkvelden vindt geen steun in de omschrijving van de voorzieningen van openbaar nut in het Aangevuld bekostigingsbesluit of in de Exploitatieverordening. Het proces-verbaal van constatering van 24 juni 2004 (productie 4 bij conclusie van antwoord in conventie tevens van eis in reconventie) weerlegt niet dat in het exploitatiegebied voorzieningen van openbaar nut zijn aangelegd en dat het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat. Op de daarbij gevoegde foto's 4 en 7 kan worden waargenomen dat het bouwperceel van Michielse is ontsloten door wegen. Op de foto's 7, 8 en 9 is zichtbaar dat op dat perceel bouwwerkzaamheden plaatsvinden. Aan de omstandigheid dat het op de foto's zichtbare gedeelte van het bouwperceel niet is afgegraven en/of geëgaliseerd komt verder geen betekenis toe, nu dit niet de aanleg van voorzieningen van openbaar nut betreft, waarop de bijdrage in de exploitatiekosten betrekking heeft. De grieven VIII en IX falen in zoverre.

Waardevergoeding voor deze prestaties

12. De rechtbank heeft voor de waardevergoeding aangeknoopt bij door de adviseur van de gemeente H.G. Derks in zijn brieven van 11 oktober 2000 en 13 november 2000 aan wethouder J.A. Dierckx (de brieven zijn in kopie aan Michielse gezonden) gehanteerde rekenmetho-

diek waarbij de door Michielse als eigenaar van het bouwperceel (volgens H.G. Derks 2.898 m² groot) te betalen exploitatiebijdrage is gerelateerd aan de totale kosten van de voorzieningen van openbaar nut van (door H.G. Derks begroot op f 4.800.255 excl. btw) die in een bepaalde verhouding worden omgeslagen over de in exploitatie te brengen particuliere kavels en bedrijfsterreinen. De berekening van H.G. Derks komt uit op een omslag (de rekeneenheid als bedoeld in art. 4 lid 1 van de Exploitatieverordening) van f 160 incl. btw per m². Uit de brief van 13 november 2000 blijkt dat een en ander ook onderwerp is geweest van een bespreking op 2 november 2000, in aanwezigheid van Michielse. Michielse heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat de in de exploitatie-overeenkomst afgesproken bijdrage aansluit bij deze berekening, met dien verstande dat een iets hogere rekeneenheid (van ca f 167 per m²) is gehanteerd, uitgaande van een oppervlakte van het bouwperceel van 2.898 m². Over het van de gemeente gekochte extra bouw-kavel van 501 m² is geen afzonderlijke bijdrage verschuldigd: kennelijk is de exploitatiebijdrage in de uitgifteprijs van f 293,75 per m² incl. btw verdisconteerd (zie punt 3 van de brief van H.G. Derks van 13 november 2000). De rechtbank heeft in lijn met de methodiek van H.G. Derks een omslag gehanteerd van € 72 excl. btw per m² over 2.898 m² bouwperceel — hetgeen na afronding neerkomt op ongeveer de tegenwaarde in euro van het door H.G. Derks in zijn brief van 11 oktober 2000 (lees:) berekende bedrag van f 160 excl. btw per m². Vervolgens heeft de rechtbank de helft van het resulterende bedrag van (afgerond) €210.000 toegewezen, kennelijk omdat in eerste aanleg alleen de eerste termijn van de bijdrage werd ingevorderd. Hiertegen komen zowel de gemeente als Michielse op. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

13. De gemeente dient aannemelijk te maken welke exploitatiebijdrage zij bij een juiste toepassing van de Exploitatieverordening aan Michielse in rekening mocht brengen. Op grond van de Exploitatieverordening kan de gemeente (door een daartoe strekkend Aangevuld bekostigingsbesluit en een bijbehorende begroting) de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut op een grondeigenaar (exploitant) wiens perceel door deze voorzieningen is gebaat, verhalen op basis van een toerekening van deze kosten aan het betreffende perceel met als rekeneenheid het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m². In de berekening van H.G. Derks wordt deze methodiek ook gehanteerd. Het hof merkt op dat de Exploitatie-verordening uitdrukkelijk voorziet in periodieke herziening van de exploitatiebegroting, zoals in dit geval op 2 april 2001 ook is gebeurd (art. 3, lid 3 Exploitatieverordening). De gemeente heeft (als productie 19 bij conclusie van repliek in conventie tevens

van antwoord in reconventie) een berekening van de omslag op basis van het Aangevuld bestemmingsbesluit overgelegd, waarin wordt uitgegaan van een begroot bedrag van f 4.313.734 excl. btw aan kosten van bouwrijp maken, waarbij de rekeneenheid per m² bouwperceel wordt berekend op een bedrag van f 165,74 excl. btw. De berekening van de gemeente leidt, uitgaande van een bouwperceel van 2.918 m², tot een bijdrage van f 483.631. Michielse heeft deze berekening — die aan de hand financiële stukken is onderbouwd — en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten niet gemotiveerd bestreden. De gemeente heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat bij een juiste toepassing van de Exploitatie-verordening een rekeneenheid van f 165,74 excl. btw zou zijn toegepast bij de vaststelling van de bijdrage. De gemeente heeft echter geen grief gericht tegen de berekening van de rechtbank in rechtsoverweging 3.5 van het vonnis van 4 februari 2009 voor zover de rechtbank daarbij uitgaat van een bouwperceel van 2.898 m². De gemeente heeft verder ook niet toegelicht dat partijen in de exploitatie-overeenkomst zijn uitgegaan van een oppervlakte van het bouwperceel van 2.918 m². Het hof zal uitgaan van een oppervlakte van 2.898 m² en daarop de rekeneenheid van f 165,74 excl. btw toepassen. De door Michielse verschuldigde bijdrage zou bij juiste toepassing van de Exploitatieverordening zijn uitgekomen op f 480.314,52 (€ 217.957,23) excl. btw, te betalen in twee gelijke termijnen. In de door de gemeente gevorderde vergoeding is de omzetbelasting over de bijdrage, berekend naar een tarief van 19%, begrepen. Michielse heeft dit niet bestreden. Het hof stelt de waardevergoeding als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW vast op een bedrag van € 259.369,10 incl. btw. Aangezien het hoger beroep betrekking heeft op beide termijnen van de exploitatiebijdrage, kan het gehele bedrag van de waardevergoeding worden toegewezen. De wettelijke rente is verschuldigd vanaf 6 februari 2004 (de dag waarop bij de inleidende dagvaarding betaling van de eerste termijn is gevorderd) over een bedrag van € 129.684,55 inclusief btw en vanaf 5 april 2011 (de dag waarop de memorie van grieven met de vermeerde eis is ingediend) over het resterende bedrag van € 129.684,55 inclusief btw. De grieven X en XI falen en de incidentele grief V slaagt in zoverre. Aangezien een enigszins lagere exploitatiebijdrage is vastgesteld dan de in de inleidende dagvaarding genoemde eerste termijn van € 130.229,28 is de subsidiair onder a) gevorderde verklaring voor recht niet toewijsbaar. (...)

Schade als gevolg van het conservatoire beslag

20. Het beslag is gelegd tot zekerheid van verhaal van de eerste termijn van de afgesproken exploitatiebijdragen. In dit geding is een door Michielse te betalen exploitatiebijdrage toewijs-

baar geoordeeld, zij het op een andere grondslag. Naar het oordeel van het hof bestaat een zodanig nauwe samenhang tussen beide grondslagen dat niet kan worden volgehouden dat het beslag ten onrechte is gelegd. Ook overigens is geen omstandigheid naar voren gebracht of gebleken die kan meebrengen dat het beslag onrechtmatig of ongegrond geacht moet worden. Grieven VI en XVI falen.

Schade als gevolg van het voorbereidingsbesluit

21. Op grond van de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 23 juni 2004 staat vast dat het nemen en handhaven van het voorbereidingsbesluit van 17 december 2001 jegens Michielse onrechtmatig was. In deze uitspraak is geen beslissing genomen over de vraag of Michielse hierdoor schade heeft geleden. Michielse stelt dat hij (onder meer) renteschade heeft geleden. Hij had kopers voor zijn bouwkwavels. Deze kopers zijn afgehaakt in verband met de onzekerheid of de gemeente gedurende de looptijd van het voorbereidingsbesluit met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet een bouwvergunning zou verlenen. Hierdoor zijn de koopovereenkomsten later tot stand gekomen dan zonder het voorbereidingsbesluit het geval zou zijn geweest. Naar het oordeel van het hof eventueel hierdoor geleden (rente)schade — als daar al sprake van is — echter in overwegende mate het gevolg van eigen gedragingen van Michielse en dient deze schade naar billijkheid voor zijn rekening te blijven, aldus dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt. De gemeente heeft Michielse immers op meerdere tijdstippen tijdens de looptijd van het voorbereidingsbesluit verzekerd dat zij art. 50 lid 4 Woningwet zou toepassen op bouwvragen van kopers van bouwkwavels. Dit is niet alleen gebeurd in de brief van 2 januari 2002 (waarvan Michielse de ontvangst heeft betwist), maar ook in de brief van 23 augustus 2002. In deze brief wordt verwezen naar een gesprek dat op 29 april 2012 heeft plaatsgevonden tussen Michielse en de afdeling VROM van de gemeente over realisatie van bouwplannen op zijn bouwperceel. Als Michielse toen concrete problemen ondervond als gevolg van het voorbereidingsbesluit (bijv. door het afhaken van Kopers) dan had hij alle mogelijkheden gehad dit in dat gesprek aan te kaarten. Gelet op de inhoud van de brieven van 2 januari 2002 en van 23 augustus 2002 zou in dat geval de gemeente hem hebben verzekerd (en desgevraagd ook schriftelijk hebben bevestigd) dat ook zolang het voorbereidingsbesluit van kracht was bouwvergunningen konden worden verleend, met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet. Michielse had potentiële kopers met deze (schriftelijke) verklaringen van de gemeente gerust kunnen stellen. Tegen deze achtergrond kan niet worden volgehouden dat Michielse als gevolg van het voorbereidingsbesluit de door

hem gesteld renteschade heeft geleden. Michielse heeft voorts onvoldoende aannemelijke gemaakt dat hij anderszins schade heeft geleden. De grieven VII, XII, XIII, XIV en XV stuiten hierop af.
(...)

Proceskostenveroordeling in reconventie

23. De vorderingen van Michielse (in reconventie) zullen in hoger beroep alsnog volledig worden afgewezen. De veroordeling van de gemeente in de proceskosten in reconventie in eerste aanleg kan niet in stand blijven. Michielse zal worden veroordeeld deze proceskosten aan de gemeente terug te betalen, als gevorderd. Incidentele grief V slaagt.

Slotsom

24. De bestreden vonnissen zullen duidelijkheidshalve geheel worden vernietigd. De vorderingen van Michielse zullen (alsnog) geheel worden afgewezen, waaronder zijn vordering tot terugbetaling van hetgeen hij op grond van het vonnis van 4 februari 2009 heeft betaald. De primaire vordering van de gemeente zal worden afgewezen. De subsidiaire onder a) gevorderde verklaring voor recht is evenmin toewijsbaar, nu het door het hof vastgestelde bedrag van de vergoeding (enigszins) lager uitkomt. De subsidiaire vordering onder b) is als volgt toewijsbaar: Michielse zal worden veroordeeld tot betaling aan de gemeente van een bedrag van € 259.369,10 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 129.684,55 vanaf 6 februari 2004 en over € 129.684,55 vanaf 5 april 2011. De onder c) gevorderde buitengerechtigde kosten zijn niet toewijsbaar. De veroordeling van Michielse in de proceskosten in eerste aanleg in conventie blijft gehandhaafd en zal duidelijkheidshalve opnieuw in het dictum worden opgenomen. De veroordeling van de gemeente in de proceskosten in eerste aanleg in reconventie komt te vervallen en Michielse zal worden veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag van deze kostenveroordeling. Michielse zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten van het principale en het incidentele hoger beroep, te vermeerderen met de nakosten en met de wettelijke rente als gevorderd."

2.8 Michielse heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De gemeente heeft geconcludeerd tot verwerving van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, waarna zij nog hebben gere- en gedupliceerd.

3. *Bespreking van de middelen*

3.1 *Onderdeel 1* bevat één klacht onder 1.1; het is gericht tegen rov. 7 voor zover deze overweging mede dragend is geweest voor de beslissing in rov. 13 dat Michielse op de voet van art. 6:210 lid 2 BW een vergoeding van € 259.369,10 (inclusief btw) ver-

schuldigd is. Indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van de exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, leidt dat volgens Michielse tot nietigheid van de overeenkomst op de voet van art. 3:40 lid 1 BW.

3.2.1 De klacht slaagt. In het verleden heeft de Hoge Raad in een aantal arresten geoordeeld dat indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van een toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, hieraan het gevolg verbonden kan worden dat de gemeente haar in die overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage niet geldend kan maken.⁵ Daarbij werd in het midden gelaten of al dan niet sprake was van nietigheid van de exploitatieovereenkomst.

3.2.2 Inmiddels heeft Uw Raad – partijen verschillen daarover niet van mening⁶ – verduidelijkt dat een exploitatieovereenkomst die in strijd is met de exploitatieverordening wegens strijd met de openbare orde als nietig moet worden gekwalificeerd.⁷ Dit heeft het Hof miskend.

3.3 Volgens de gemeente heeft het Hof aangenomen dat aan 'niet-geldendheid' van de exploitatieovereenkomst hetzelfde gevolg is verbonden als aan de nietigheid daarvan, te weten dat de reeds verrichte prestaties achteraf gezien onverschuldigd zijn verricht in de zin van art. 6:203 BW e.v.⁸ Ook indien het Hof zich van een juiste rechtsopvatting zou hebben bediend, zou het de aan de gemeente te betalen waardevergoeding op de voet van art. 6:210 lid 2 BW hebben vastgesteld, aldus nog steeds de gemeente.

3.4 Michielse acht het daarentegen ongerijmd dat het bedrag dat de gemeente op de voet van art. 6:203 BW zou kunnen verhalen even hoog zou zijn als het bedrag dat krachtens de exploitatieverordening verschuldigd zou zijn.⁹

3.5 Het gelijk ligt in casu m.i. bij Michielse. In de eerste plaats deel ik zijn onder 3.4 weergegeven mening. Daar komt nog bij dat het Hof in rov. 13, door de gemeente niet bestreden, is uitgegaan van een berekening die is gebaseerd op 'het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m²'.

3.6.1 Dat laatste is geen zinvolle en in elk geval geen juiste benadering in het kader van art. 6:203

5 HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1055, NJ 2001/581 JH, BR 2001/223, m.nt. J.A.M. van den Brand, AB 2002/315, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst 2001/7144/2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8363, NJ 2001/580, JH, Gst 2001-7134/3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens en HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1990, NJ 1996/608 Ch. Backes, AB 1996/280, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie ook H.J. van Kooten, in: *losbladige Vermogensrecht*, art. 3:40, aant. 7.9a.

6 Zie voor de gemeente haar s.t. onder 22.

7 HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301 P.C.E. van Wijmen, JB 2006/90, m.nt. L.J.M.T., BR 2006/100, m.nt. W.J.N.M. Snoijink, Gst 2006/66, m.nt. J.A.E. van der Does, AB 2006/218, m.nt. G.A. van der Veen en E.W.J. de Groot rov. 3.4 (het arrest *Beuningen/Blankenburg c.s.*). Zie ook H.J. van Kooten t.a.p.

8 Zie de s.t. van de gemeente onder 24.

9 S.t. onder 3.9 e.v.

jo. 6:210 lid 2 BW. De in dat kader relevante maatstaf is immers 'de waarde van de prestatie'.¹⁰ Het ligt in de rede deze concreet te berekenen. Een omslag op basis van een gemiddelde is daarvoor m.i. niet geschikt.¹¹ Dat wordt eens te duidelijker wanneer wordt bedacht dat de ratio van art. 6:210 (lid 2) BW is gelegen in het tegengaan van *ongerechtvaardigde voordelen*.¹² Uitgaven, gebaseerd op gemiddeldes voor een aantal percelen, zullen zeker niet steeds en zonder meer voordelen zijn voor een bepaalde persoon, laat staan ongerechtvaardigde voordelen.

3.6.2 Aan hetgeen onder 3.6.1 werd opgemerkt, doet niet af dat Michielse, volgens het Hof, die benadering in het kader van de problematiek die door het Hof in rov. 13 wordt behandeld niet heeft bestreden. Het gaat in die rechtsoverweging immers om een andere vraagstelling).

3.7 Art. 6:210 lid 2 BW behelst bovendien nog een beperking: 'voor zover dit redelijk is'. Met de geëerde steller van het middel komt het mij voor dat niet in het oog springt dat het steeds en zonder meer redelijk is dat een overheidslichaam dat via een daarvoor niet geschikte weg een bepaalde geldsom heeft geïncasseerd diezelfde geldsom vervolgens via de weg der onverschuldigde betaling zou kunnen opeisen. Nog minder dringt zich de redelijkheid op van een grofmazige 'berekening' als bedoeld onder 3.5 van het op de voet van art. 6:210 lid 2 BW te betalen bedrag.

3.8 Ik heb mij uiteraard de vraag gesteld of hetgeen zo-even werd betoogd, valt te rijmen met de rechtspraak van Uw Raad; jurisprudentie die allicht bedoelt in te spelen op een zo praktisch mogelijke afwikkeling van geschillen als de onderhavige.¹³ Tussen beide benaderingen zit mogelijk enig licht, maar als dat al zo is, dan is dat m.i. slechts in zéér beperkte mate het geval. Ik werk dat hierna kort uit.

3.9 In het ook door mr. Scheltema genoemde arrest *Polyproject/Warmond II*, gewezen vóór het arrest *Beuningen/Blankenburg c.s.*, wordt wel de mogelijkheid geopend om – in mijn parafrase – inspiratie te putten uit de exploitatieverordening. Uw Raad oordeelde dat de gemeente aannemelijk moet maken

“op welk bedrag zij aanspraak had kunnen maken, uitgaande van hetgeen de exploitatieverordening inhoudt omtrent de aan haar te betalen

vergoeding voor haar toezegging de herziening van het bestemmingsplan te bevorderen.”¹⁴

en kort daarvoor:

“Deze waardering behoort in een geval als het onderhavige dan ook te geschieden op basis van hetgeen voor de gemeente wel geoorloofd zou zijn geweest van Polyproject als tegenprestatie te bedingen voor haar prestatie (...).”¹⁵

3.10.1 In het algemeen ligt de onder 3.9 geciteerde benadering voor de hand. De waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW zal doorgaans inderdaad kunnen worden bepaald op basis van hetgeen – kort gezegd – langs juridisch begaanbare weg had kunnen worden verkregen. Maar dat is, naar het mij voorkomt, geen wet van Meden en Perzen.¹⁶ Wanneer het, zoals in casu, gaat om wijzigingen die percelen van verschillende gerechtigden betreffen, dan moet om binnen de grenzen van art. 6:210 lid 2 BW te blijven een vervolgvraag worden gesteld: is degene die, praktisch gesproken, is gedwongen een betaling te verrichten waarvoor geen rechtsgrond bestond voor het volle op basis van 'de exploitatieverordening' berekende bedrag gebaat. Dat kán het geval zijn met allerlei voorzieningen of kosten gemaakt voor 'het grote geheel', maar dat hoeft zeker niet steeds zo te zijn. Ik keer dan weer terug naar de bijzonderheid van deze zaak, waarin het Hof het te betalen bedrag heeft berekend op basis van een 'gemiddeld bedrag' voor een bepaald 'gebied'. Dat is in mijn ogen niet, in elk geval niet zonder nadere toelichting, te rijmen met art. 6:210 lid 2 BW.

3.10.2 De zojuist verwoorde opvatting strookt naar ik meen met de licht kritische noot van Hijma onder het onder 3.9 geciteerde arrest. Terecht m.i. merkt hij op dat

“(e)en exploitatieverordening (...) geen vaste bedragen of limieten [noemt], maar (...) slechts een bundel maatstaven [bevat], waarvan de toepassing gecompliceerd mag heten.”

Toegespitst op de geannoteerde zaak vervolgt hij even verderop:

“Dit gegeven [de 'planologische eenzijdigheid', A-G] behept de casus met een 'externe dimensie', die uit de band van de exploitatieverordening en de daarin neergelegde maatstaven springt en de vergelijking tussen de afgesproken prijs en de 'toegelaten prijs' van meet af aan tot een hinkende exercitie maakt.”¹⁷

3.11 Bij deze stand van zaken resteert nog de vraag of, in de bewoordingen van het onderdeel, “s hofs beslissing in rov. 7 mede dragend is geweest voor zijn beslissing in rov. 13”. Als dat niet het geval is dan kan, gelet op deze 'voorwaarde' die mr. Schel-

10 Zie voor uitvoerige bespreking van dat begrip P-G Hartkamp voor HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, NJ 2005/431 JH onder 12-14. Zie ook, maar niet erg helder, de noot van De Groot onder dit arrest in BR 2004/166 sub 7; verderop wordt door deze auteur betoogd dat aanspraak bestaat op hetgeen de gemeente 'daadwerkelijk heeft betaald aan planschade' (sub 12). Volgens Lam (noot onder het arrest in *De Gemeentestem* 2004/75) bestaat niet de mogelijkheid van verhaal van 'de (administratieve) kosten van herziening van het bestemmingsplan'.

11 Vgl. de 'noot van repliek' onder 7.

12 PG boek 6 p. 817.

13 Dat afwikkeling in concrete gevallen allerminst eenvoudig zal zijn, kan Uw Raad niet helpen. Het houdt verband met de complexe regelgeving in dit soort zaken.

14 HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, NJ 2005/431 JH rov. 3.4; AB 2004/233 F.J. van Ommeren, Gst. 2004/75 T.E.P.A. Lam en BR 2004/166 E.W.J. de Groot.

15 Rov. 3.3.

16 Zie nader de noot van De Groot onder HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, BR 2004/166 sub 9.

17 NJ noot onder 4 onder verwijzing naar de aan het arrest voorafgaande conclusie van P-G Hartkamp onder 17.

tema aan het onderdeel heeft verbonden, aan de klacht voorbij worden gegaan.

3.12.1 De onder 3.11 genoemde formulering van het onderdeel is weinig gelukkig. Ik denk evenwel dat rov. 7 inderdaad, in de bewoordingen van het onderdeel, mede dragend is voor hetgeen in rov. 13 wordt overwogen. 'Mede dragend' dan in die zin dat rov. 7 een onmisbare schakel is om tot rov. 13 te komen. Zou het Hof in rov. 7 zijn uitgegaan van de juiste rechtsopvatting, dan was het niet toegekomen aan rov. 13, welke laatste rechtsoverweging immers niet ziet op de gevolgen van nietigheid waarvan in 's Hofs – onjuiste – visie immers geen sprake was. Ik versta de zojuist genoemde voorwaarde in de hier besproken zin.

3.12.2 Daarvan uitgaande behoeft de hier besproken 'voorwaarde' Michielse niet op te breken. Dat is kennelijk ook de opvatting van mrs Sluysmans en De Graaff. Immers betogen ze in dit kader dat het Hof, zou het zich niet aan de onder 3.2.2 vermelde misslag hebben bezondigd, 'op dezelfde wijze de waardevergoeding als bedoeld in artikel 6:210 lid 2 BW hebben becijferd' (s.t. onder 24, cursivering toegevoegd).

3.13 Volgens de gemeente mist *onderdeel 1.1* belang omdat de vraag wat de gemeente toekomt hoe dan ook op grond van art. 6:210 lid 2 BW had moeten worden becijferd (s.t. onder 25). Dat laatste is juist, maar het brengt niet mee dat de klacht belang mist. Waar het om gaat is waartoe de becijfering op genoemde voet zou hebben moeten leiden. Op de hiervoor geschetste gronden is zeker niet aanstonds duidelijk dat de uitkomst van deze besommingen dezelfde zou zijn geweest als het door het Hof aan het slot van rov. 13 genoemde bedrag. Nu het Hof zich, in zijn redenering vanzelfsprekend, niet heeft gebogen over de vraag op welk bedrag Michielse aanspraak kon maken ingeval de 'exploitatie-overeenkomst' nietig zou zijn geweest, kon Michielse zo'n niet gegeven oordeel moeilijk bestrijden.

3.14.1 Nu het Hof tot het – onjuiste – oordeel is gekomen dat de 'exploitatie-overeenkomst' niet nietig is, ligt in de rede dat de waardebepaling in rov. 13 geen betrekking heeft op de nietigheid waarvan in 's Hofs visie immers geen sprake was. Nu na verwijzing zal moeten worden onderzocht waarop de gemeente, op de voet van art. 6:203 jo. 6:210 lid 2 BW, aanspraak kan maken, mist rov. 13 verder belang. Hetzelfde geldt voor de daartegen ingebrachte klachten. Voor de goede orde en voor zover nodig zal ik hierna nochtans op een aantal pijnpunten in 's Hofs oordeel ingaan, voor zover het debat daarover door de klachten wordt ontsloten.

3.14.2 Ik verstout mij aan te stippen dat ook wanneer het na verwijzing nog slechts zou gaan om de vraag wat de gemeente met vrucht kan vorderen op de voet van een hypothetische exploitatieverordening die voldeed aan alle daaraan rechtens te stellen eisen¹⁸ toewijzing zal moeten blijven binnen de

grenzen van art. 6:210 lid 2 BW. De hypothetische verordening vormt daarmee de bovengrens, maar is niet zonder meer het bedrag dat voor toewijzing in aanmerking komt; ik mocht dat hierboven al kort toelichten.¹⁹

3.15 *Onderdeel 2* waaiert uit in een bijkans eindeloze litanie met een hoog repeterend gehalte. Om de onder 3.14 genoemde reden beperk ik me tot de kern, al wordt het dan toch nog een vrij lange bespreking. Het onderdeel is, in essentie, gekant tegen rov. 13, waarin het Hof de waardevergoeding die Michielse aan de gemeente verschuldigd is in verband met de prestaties ter realisatie van het bestemmingsplan heeft vastgesteld. Tenzij hierna anders vermeld, trekken de klachten ten strijde tegen rov. 13.

3.16 Met name in de *onderdelen 2.1 eerste twee volzinnen* en het slot van *onderdeel 2.10* schemeren klachten door die inhaken op de hiervoor als onjuist bestempelde benadering op basis van een gemiddelde. Die klachten slagen op de eerder vermelde grond.

3.17.1 *Onderdeel 2.1* klaagt dat het Hof heeft miskend dat de omstandigheid dat conform de artikelen 4 lid 1 en 5 van de exploitatieverordening is vastgesteld dat de gronden van Michielse zijn gebaat en het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m² grondoppervlakte is vastgesteld, niet betekent dat het aldus bepaalde bedrag als de prestatie kan gelden waarvoor Michielse op de voet van art. 6:210 lid 2 BW tot waardevergoeding is gehouden. Daarvoor is vereist dat materieel ook de overige (relevante) bepalingen van de exploitatieverordening in acht zijn genomen. Met het oog op de waardering van de prestatie van de gemeente moet immers worden onderzocht of de exploitatieverordening (en dus niet alleen de artikelen 4 en 5 daarvan) een grondslag inhoudt en, zo ja, in hoeverre, voor het bedingen door de gemeente van een tegenprestatie voor haar prestatie de wijziging van het bestemmingsplan te bevorderen.

3.17.2 Michielse wijst erop dat de Rechtbank heeft vastgesteld dat de exploitatieovereenkomst op een aantal punten in strijd is met de exploitatieverordening en dat het aanvullend bekostigingsbesluit eveneens een aantal gebreken bevatte.²⁰ Het Hof heeft in rov. 8 vastgesteld dat de gemeente tegen deze vaststellingen van de Rechtbank niet heeft 'ge-

¹⁹ Overigens is deze opvatting waar het de bovengrens betreft niet onomstreden; zie, ook voor verdere gegevens, L.R. van Hee en C.N.J. Kortmann, *BR* 2005 p. 959 e.v.

²⁰ Michielse acht in dit verband van belang dat, naar de Rechtbank heeft vastgesteld en het Hof heeft onderschreven, onder meer (i) de exploitatieovereenkomst kosten bevatte die op grond van de exploitatieverordening niet konden worden aangemerkt als van algemeen nut en die derhalve niet verhaald hadden kunnen worden, (ii) een omschrijving van de kwaliteit van de door de gemeente aan te leggen voorzieningen, de termijn waarbinnen die zouden worden aangelegd en een nauwkeurige omschrijving van het exploitatiegebied ontbrak en (iii) gebreken bestonden in het aanvullend bekostigingsbesluit.

¹⁸ Geabstraheerd van de nietigheid van de litigieuze overeenkomst, want daarop heeft rov. 13 geen betrekking.

griefd' en heeft deze in rov. 9 tot de zijne gemaakt. Het Hof heeft vervolgens niet vastgesteld dat thans wel (materieel) aan de eisen van de exploitatieverordening is voldaan; integendeel zelfs. Bijgevolg kon het Hof niet, althans niet zonder meer, tot de beslissing komen dat exploitatieverordening een grondslag inhield voor het bedingen door de gemeente van een tegenprestatie voor haar prestatie de wijziging van het bestemmingsplan te bevorderen ter hoogte van nagenoeg het in de exploitatieovereenkomst opgenomen bedrag. De door Michielse op de voet van art. 6:210 lid 2 BW verschuldigde waardevergoeding had het Hof dan ook niet, althans niet zonder meer, op het door hem toegewezen bedrag mogen bepalen. Gelet op het vorenstaande valt ook niet, althans in ieder geval niet zonder meer, in te zien waarom de gemeente voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening een rekeneenheid van f 165,74 excl. btw per m² zou zijn toegepast bij de vaststelling van de exploitatiebijdrage van Michielse.

3.17.3 *Onderdeel 2.6* wijst er nog op dat tussen de door 'H.G. Derks begrootte'²¹ bijdrage van f 160 per m² incl. BTW en de door de gemeente thans gehanteerde rekeneenheid van f 165,74 per m² incl. BTW bij de door het hof tot uitgangspunt genomen oppervlakte (...) een aanzienlijk verschil bestaat' (te weten van ruim f 100.000).

3.17.4 *Onderdeel 2.7* beoogt aan het slot dat het Hof miskent dat Michielse de berekeningsmethode van de gemeente wel gemotiveerd heeft bestreden met het betoog dat uit de door de gemeente overgelegde overzichten, die niet zijn onderbouwd, niet valt af te leiden dat de bedoelde kosten bij juiste toepassing van de exploitatieverordening als tegenprestatie hadden mogen worden bedongen.

3.17.5 *Onderdeel 2.9* hamert andermaal op de grootte van het plangebied waaromtrent onduidelijkheid bestond, terwijl die grootte er rechtens wel toe doet. Immers, zo begrijp ik de klacht, moet worden aangenomen dat een deel van de kosten geen betrekking heeft op het plangebied wanneer dit kleiner blijkt te zijn dan de grootte waarvan de rechter is uitgegaan. Zo lang de grootte van het plangebied ongewis is, kan niet worden vastgesteld waarop de gemeente bij juiste toepassing der verordening aanspraak had kunnen maken.

3.18.1 Het lijkt goed eerst de onder 3.17.4 vermelde klacht (die opkomt tegen 's Hof's oordeel dat Michielse deze wijze van berekening niet heeft bestreden) te behandelen. Die klacht snijdt hout. Uit (in elk geval) de mvg onder 20 en 46, waarop het onderdeel beroep doet, blijkt voldoende duidelijk dat Michielse zich niet kon vinden in de benadering van de gemeente.

3.18.2 Michielse heeft in dit verband bovendien uitdrukkelijk gewezen op de geconstateerde strijdigheden tussen de exploitatieovereenkomst en de

exploitatieverordening en de gebreken die aan het bekostigingsbesluit kleven.²²

3.19.1 Bij de beoordeling van de resterende klachten zij het volgende vooropgesteld.²³ Een gemeente die medewerking verleent aan particuliere grondexploitatie kan de kosten die zij in dat verband maakt, verhalen op degenen die gebaat zijn door deze medewerking. De exploitatiekosten kunnen op drie manieren worden verhaald. Is sprake van gronduitgifte, dan kunnen de kosten worden verdisconteerd in de gronduitgifteprijs. In andere gevallen kunnen de kosten worden verhaald door middel van een op de exploitatieverordening gebaseerde exploitatieovereenkomst of door het heffen van baatbelasting.²⁴

3.19.2 Wordt gekozen voor kostenverhaal via een overeenkomst, dan dienen de bepalingen van de exploitatieverordening — die beoogt de rechtszekerheid voor de grondeigenaren te verhogen — in acht genomen te worden. Gebeurt dat niet, dan kan de gemeente haar aan de exploitatieovereenkomst ontleende aanspraken niet geldend maken.²⁵ Het enkele feit dat de bepaling in de exploitatieovereenkomst betreffende de financiële bijdrage een wettelijke grondslag mist, leidt niet tot de slotsom dat de prestatie van de gemeente behoort tot de prestaties die niet in rechte op geld behoren te worden gewaardeerd als bedoeld in art. 6:211 BW.²⁶ De waarde van die prestatie zal moeten worden vastgesteld met toepassing van art. 6:210 BW.²⁷

3.19.3 Het is aan de gemeente om aannemelijk te maken op welk bedrag zij aanspraak had kunnen maken, uitgaande van hetgeen de exploitatieverordening inhoudt omtrent de aan haar te betalen vergoeding.²⁸

22 In zijn s.t. onder 4.2.34 jo 4.2.9 verwijst Michielse voorts naar zijn pleitnota in hoger beroep van 20 november 2012 onder 4.

23 Een en ander is o.m. ontleend aan de instructieve noot van T.E.P.A. Lam onder HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, Gst. 2004/75; zie voorts wnd. A-G Bloembergen voor HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1990, NJ 1996/608 Ch. Backes.

24 Zie HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2848, NJ 2003/485, P.C.E. van Wijmen, JB 2003/122, m.nt. T. Lam, AB 2003/354, m.nt. G.A. van der Veen, E.W.J. de Groot, Gst 2003/102, m.nt. R.J.N. Schlössels rov. 3.4.2.

25 HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen, JB 2006/90, m.nt. L.J.M.T. BR 2006/100, m.nt. W.J.N.M. Snoijink, Gst 2006/66, m.nt. J.A.E. van der Does, AB 2006/218, m.nt. G.A. van der Veen en E.W.J. de Groot, Hoge Raad 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1055, NJ 2001/581, m.nt. J. Hijma, BR 2001/223, m.nt. J.A.M. van den Brand, AB 2002/315, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst 2001/7144/2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Hoge Raad 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8363, NJ 2001/580, m.nt. J. Hijma, Gst 2001-7134/3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens en Hoge Raad 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1990, NJ 1996/608, m.nt. Ch. Backes, AB 1996/280, m.nt. Th.G. Drupsteen.

26 HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1055, NJ 2001/581, JH, BR 2001/223, m.nt. J.A.M. van den Brand, AB 2002/315, m.nt. F.J. van Ommeren, Gst 2001/7144/2, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens rov. 3.6.

27 Als vorige voetnoot.

28 HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, NJ 2005/431 JH, AB 2004/233, m.nt. F.J. van Ommeren, BR 2004/166, m.nt. E.W.J. de Groot, Gst 2004/75, m.nt. T.E.P.A. Lam rov. 3.3 en 3.4.

21 Het is een letterlijk citaat.

3.20 De klachten scharnieren om de door (de Rechtbank en) het Hof geconstateerde strijdigheden tussen de exploitatieovereenkomst en de exploitatieverordening en de gebreken die aan het bekostigingsbesluit kleven. Ingevolge de exploitatieovereenkomst is een exploitatiebijdrage verschuldigd van f 482.332,50 exclusief btw.²⁹ Aan het oordeel dat de gemeente deze aanspraak niet geldend kan maken, ligt onder andere ten grondslag dat in de exploitatieovereenkomst elementen ten onrechte zijn opgenomen, omdat zij niet kunnen worden aangemerkt als voorzieningen van openbaar nut en de kosten daarvan dan ook niet door middel van een exploitatieovereenkomst verhaald kunnen worden.³⁰ Iets vergelijkbaars geldt ten aanzien van het bekostigingsbesluit. Daarin zijn mede voorzieningen opgenomen die betrekking hebben op een ander reeds bestaand plangebied, zodat in zoverre niet gesproken kan worden van voorzieningen van openbaar nut waardoor de percelen van Michielse zijn gebaat.³¹ Desalniettemin houdt het oordeel van het Hof – geparafraseerd weergegeven – in dat de gemeente aannemelijk heeft gemaakt dat de waarde van haar prestatie met toepassing van art. 6:210 BW moet worden vastgesteld op een bedrag dat niet noemenswaardig van het zo-even genoemde bedrag verschilt.³²

3.21 's Hofs oordeel geeft niet erg veel inzicht in 's Hofs gedachtegang. Het lijkt ten dele gebaseerd op een 'berekening van H.G. Derks', waarbij het Hof vermoedelijk doelt op prod. 18 bij repliek.³³ Het gaat daar om een kattenbelletje van twee pagina's dat niet is getekend, noch ook is voorzien van een briefhoofd of onderschrift. Ik kan er nauwelijks een touw aan vastknopen. Een bruikbare basis voor een rechterlijk oordeel lijkt dit stuk me niet.

3.22.1 Voorts speelt een gewaarmerkte exploitatiebegroting van 2 april 2001 een belangrijke rol, zoals blijkt uit rov. 11. Het gaat hier kennelijk om prod. 15 bij cva. Ook dit stuk (één velletje papier dat goedgeleesd wordt gevuld met cijfers en een aantal kolommen) biedt geen relevant inzicht in de vraag waarom het in deze procedure draait. Een solide basis voor een rechterlijk oordeel kan het daarom moeilijk zijn. Zoveel is wel duidelijk: het gaat om kosten van bouwrijp maken, maar enige nadere uitwerking ontbreekt.

3.22.2 Dat wordt niet wezenlijk anders wanneer de onderliggende stukken mede in de beschouwingen worden betrokken. Weliswaar bevatten deze een heel globale uitsplitsing (zoals grondwerken, rioleringen, straatverlichting en 'overige werken')

en een revisiemeting voor de gemeentelijke grondkaart, maar het bedrag waarop deze begroting uitkomt, is niet gemakkelijk te rijmen met het daaraan voorafgaande document. Het is bovendien m.i. ten minste aan twijfel onderhevig of 'revisiemetingen' voor de gemeente en posten zoals onvoorziene wel (zonder meer) op de voet van art. 6:210 lid 2 BW kunnen worden verhaald.

3.23.1 Voor zover de klachten strekken ten betoge dat de op de voet van art. 6:210 lid 2 BW te betalen waardevergoeding eerst nagenoeg gelijk kan zijn aan de overeengekomen exploitatiebijdrage indien alle bepalingen van de exploitatieverordening in acht zijn genomen en de gebreken, die aan de exploitatieovereenkomst en het bekostigingsbesluit kleven, zijn geheeld, berust het op een verkeerde rechtsopvatting. Zoals hiervoor onder 3.19.3 vermeld, is het aan de gemeente om aannemelijk te maken op welk bedrag zij aanspraak had kunnen maken, uitgaande van hetgeen de exploitatieovereenkomst inhoudt omtrent de aan haar te betalen vergoeding. Dat heeft het Hof in rov. 13 ook tot startpunt van zijn beoordeling genomen. Indien de gemeente aannemelijk maakt dat zij, ondanks de geconstateerde gebreken, aanspraak kan maken op een waardevergoeding die niet noemenswaardig van de overeengekomen exploitatiebijdrage verschilt, is haar op art. 6:210 lid 2 BW gegronde vordering in zoverre toewijsbaar met – wat mij betreft – de hiervoor 3.5 – 3.10 gemaakte kanttekeningen.

3.23.2 Zoals de gemeente in haar dupliek onder 3 onderkent, beperken gebreken die van invloed zijn op de hoogte van de exploitatiebijdrage in beginsel ook de aanspraak op waardevergoeding uit hoofde van art. 6:210 lid 2 BW. Precies op dat punt wringt de schoen. In het bijzonder de hiervoor onder 3.17.2 genoemde gebreken zijn immers, zoals het onderdeel met juistheid aanvoert, van invloed op de hoogte van de exploitatiebijdrage. In het licht daarvan behoeft het oordeel dat de gemeente aannemelijk heeft gemaakt dat de waarde van haar prestatie met toepassing van art. 6:210 BW moet worden vastgesteld op een bedrag dat niet noemenswaardig van voornoemd bedrag verschilt, minst genomen nadere motivering om begrijpelijk te zijn. Die toelichting ontbreekt in het arrest evenwel (nagenoeg) geheel.³⁴ De hierop toegesneden klachten snijden hout.

3.24 De onder 3.17.3 en 3.17.5 weergegeven klachten slagen eveneens. Dat behoeft m.i. verder geen toelichting.

²⁹ Zie de hierboven onder 1.7 weergegeven inhoud van de exploitatieovereenkomst.

³⁰ Zie rov. 4.3.5 van het tussenvonnissen in prima van 20 december 2006 en rov. 9 van het bestreden arrest.

³¹ Zie rov. 4.3.6 van het tussenvonnissen in prima van 20 december 2006 en rov. 9 van het bestreden arrest.

³² In rov. 13 wordt een bedrag van f 480.314,52 exclusief btw genoemd.

³³ Ik leid dit af uit de inventarislijst gehecht aan de conclusie; zie ook de cvr onder 48.

³⁴ Bij vluchtige lezing van het arrest zou wellicht kunnen worden geconcludeerd dat rov. 11 ingaat op het bezwaar dat elementen ten onrechte zijn opgenomen, omdat zij niet kunnen worden aangemerkt als voorzieningen van openbaar nut. Dat is m.i. evenwel niet het geval. In rov. 11 is het Hof slechts ingegaan op het verweer dat de door de gemeente gevorderde exploitatiebijdrage ook ziet op het afgraven en egaliseren van afzonderlijke bouwkvelds en dat de gemeente die prestatie niet heeft verricht. Het Hof heeft uitdrukkelijk overwogen dat dit niet de aanleg van voorzieningen van openbaar nut betreft, waarop de bijdrage in de exploitatiekosten betrekking heeft.

3.25 Nu rov. 13 met vrucht wordt bestreden, kan rov. 20 niet (zonder meer) standhouden. *Onderdeel 2.11* klaagt daar op zich terecht over. Nochtans houd ik deze klacht voor ongegrond. Niet ter discussie staat immers dat Michielse ten minste enige waardevergoeding voor de prestaties ter realisatie van het bestemmingsplan verschuldigd is. Alleen de exacte omvang van die te betalen vergoeding is nog ongewis. Hetgeen het Hof in rov. 20 omtrent de schade als gevolg van het door de gemeente gelegde conservatoire beslag heeft overwogen, geldt dan ook nog altijd onverkort.

3.26 *Onderdeel 3* trekt ten strijde tegen rov. 21. Mede blijkens het aan deze rechtsoverweging voorafgaande kopje ziet 's Hofs oordeel op de door Michielse beweerdelijk geleden schade als gevolg van het hiervoor onder 1.12 genoemde voorbereidingsbesluit tot planwijziging, waarin ten onrechte ook het bouwperceel van Michielse was meegenomen.

3.27 *Onderdeel 3.1* klaagt dat het Hof heeft miskend dat indien zowel de gemeente als Michielse schade-beperkende maatregelen hadden kunnen nemen, het op de weg van de gemeente had gelegen om schade-beperkende maatregelen te nemen zodat haar vergoedingsplicht niet geheel of gedeeltelijk (op de voet van art. 6:101 BW) kan zijn vervallen indien Michielse geen schade-beperkende maatregelen heeft genomen. In ieder geval valt niet, althans niet zonder nadere motivering die evenwel ontbreekt, in te zien waarom de billijkheid in een geval als het onderhavige meebrengt dat het nalaten van het nemen van mogelijke schadebeperkende maatregelen door Michielse resulteert in het geheel vervallen van de vergoedingsplicht van de gemeente.

3.28.1 's Hofs oordeel is (ook op dit punt) niet gemakkelijk te doorgronden. Het Hof trekt in de zesde volzin in twijfel of er überhaupt schade is, maar geeft in het geheel niet aan waarop die twijfel is gebaseerd. Aan het slot van rov. 21 oordeelt het Hof dat niet kan worden volgehouden dat Michielse schade heeft geleden. Beide oordelen zijn moeilijk met elkaar te verenigen.

3.28.2 Het onderdeel behelst geen duidelijke klacht tegen 's Hofs oordeel dat Michielse geen schade heeft geleden. Bij letterlijke lezing van de klachten én 's Hofs arrest stuit onderdeel 3 hierop in zijn geheel af. Bevredigend is dat niet en nodig is het m.i. evenmin. Ik versta onderdeel 3.2 aldus dat het mede opkomt tegen 's Hofs oordeel dat er geen schade is. Volledigheidshalve merk ik in dit kader nog op dat de gemeente het oordeel van het Hof zo begrijpt dat 'eventuele schade' naar billijkheid voor rekening van Michielse moet blijven³⁵ en bijgevolg dus niet aldus dat er in het geheel geen schade is.

3.29 Volgens het Hof is de schade 'in overwegende mate' te wijten aan 'eigen gedragingen' (het Hof bedoelt kennelijk: nalatigheden) van Michielse zodat de schade 'naar billijkheid' voor rekening van Michielse moet komen. Aldus probeert het Hof,

naar ik veronderstel, de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW onder zijn oordeel te schuiven.

3.30 's Hofs oordeel is onjuist én onbegrijpelijk. Het is onjuist omdat dat oordeel miskend dat art. 6:101 lid 1 BW twee maatstaven bevat: een causaliteitsafweging en als de uitkomst daarvan niet aanspreekt een billijkheidscorrectie. Zelfs als juist zou zijn dat de schade 'in overwegende mate' het gevolg is van eigen handelen (of nalaten) van Michielse, is dat nog niet redengevend voor het *volledig* voor zijn rekening laten van de schade. Waarom dat in de gegeven omstandigheden billijk zou zijn, is in 's Hofs arrest niet (voldoende duidelijk) te lezen. Het valt ook niet in te zien.

3.31.1 Bovendien — het is een zelfstandig dragende grond — valt te bedenken dat de gemeente niet alleen onrechtmatig heeft gehandeld, maar ook heeft nagelaten om effectieve(re) stappen als in het onderdeel genoemd te zetten om de door haar in het leven geroepen onrechtmatige toestand te keren. In beginsel kan de dader die het zelf in de hand heeft de schade te beperken, niet met vrucht beroep doen op beweerde verzaking van de schadebeperkingsplicht door de benadeelde.³⁶ Ook daarom is 's Hofs oordeel onjuist. Ik werk dat in het kader de bespreking van onderdeel 3.2 nog nader uit.

3.31.2 Zoals hierna in het kader van de bespreking van onderdeel 3.2 zal blijken, was de 'verzekering' door de gemeente 'dat zij art. 50 lid 4 Woningwet zou toepassen' geen voldoende effectieve maatregel ter voorkoming of beperking van de schade als gevolg van het nemen en handhaven van het onrechtmatige besluit. Daarom had de gemeente, ter voorkoming of beperking van de schade, moeten zoeken naar andere wegen om de door haar in het leven geroepen onrechtmatige situatie te beëindigen of om de angel daaruit te trekken. Zowel in feitelijke aanleg³⁷ als in het onderdeel noemt Michielse de mogelijkheid van intrekking van het onrechtmatige voorbereidingsbesluit. Niet valt in te zien waarom de gemeente daartoe niet over had kunnen gaan.³⁸

3.32 Ik zou willen aannemen dat het onderdeel op de onder 3.30 genoemde gebreken die aan 's Hofs oordeel kleven toegesneden klachten bevat die aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv voldoen. Deze zijn gegrond. Ook de onder 3.31 weergegeven klacht slaagt.

3.33 *Onderdeel 3.2* gispt 's Hofs 'kennelijke beslissing' dat potentiële kopers niet zouden zijn afgeschrikt indien Michielse aan de gemeente had verzocht om (schriftelijk) te bevestigen dat zolang

36 Zie nader A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, 2003, p. 121 e.v. onder verwijzing naar rechtspraak, waaronder de door Michielse genoemde arresten HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252, MS rov. 3.5 en HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2260, NJ 1999/56 CJHB rov. 3.4.2. Zie eveneens HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM1733, NJ 2010/333 rov. 3.3.2.

37 Mvg onder 58; dat vergt intussen wel een enigszins welwillende lezing.

38 Zie nader ook de s.t. van mr. Scheltema onder 4.3.4 en de daar genoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak RvS van 23 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP3370.

35 S.t. mrs. Sluysmans en Van der Feltz onder 67.

het voorbereidingsbesluit van kracht was met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet bouwvergunningen konden worden verleend. Volgens Michielse is deze overweging onbegrijpelijk, nu uit de getuigenverklaringen van de (potentiële) kopers blijkt dat geen onmiddellijke bouwtitel kon worden verleend³⁹ zodat onzeker was op welke termijn met bouwen begonnen kon worden, terwijl ook de levering aan Gebr. van Ginsbergen B.V. daardoor is uitgesteld. De toezegging van de gemeente zou niet hebben weggenomen dat geen sprake was van een onmiddellijke bouwtitel, nu de gemeente blijkens 's Hofs vaststelling in rov. 21 haar beleidsvrijheid niet inperkte omdat zij alleen zou hebben bevestigd dat bouwvergunningen met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet konden worden verleend en daarmee geen onvoorwaardelijke medewerking werd gegeven, terwijl eveneens onduidelijk was op welke termijn die medewerking zou worden gegeven.

3.34.1 Indien 's Hofs beslissing in rov. 21 dat 'tegen deze achtergrond' niet kan worden volgehouden dat Michielse als gevolg van het voorbereidingsbesluit de door hem gestelde renteschade heeft geleden, zo moet worden begrepen dat het causaal verband met de door Michielse gestelde schade ook ontbreekt als 's Hofs beslissing dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt niet in stand kan blijven, dan is die beslissing rechtsens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, aldus *onderdeel* 3.3. In dat geval valt immers niet, althans niet zonder meer, in te zien waarom het causaal verband met de door Michielse gestelde schade ontbreekt.

3.35 *Onderdeel* 3.3 mislukt. 's Hofs arrest biedt geen enkel aanknopingspunt voor een dergelijke lezing.

3.36 Bij deze stand van zaken resteert *onderdeel* 3.2.

3.37 's Hofs oordeel berust, naar de kern genomen, hierop dat de 'verzekering' die de gemeente Michielse had gegeven kopers er *zonder meer* van moesten overtuigen dat ze konden gaan bouwen als ze de weg van art. 50 lid 4 Woningwet maar zouden volgen. Het venijn zit in de gecursiveerde woorden.⁴⁰ Alleen als deze juist zijn, kan 's Hofs oordeel standhouden. Zouden kopers kunnen aarzelen dan is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk.

3.38 Erg veel inzicht in zijn gedachtegang geeft het Hof niet. Zijn oordeel stoelt klaarblijkelijk geheel

op de brief van 23 augustus 2002.⁴¹ Deze brief luidt, voor zover thans van belang, als volgt:⁴²

"Het algemene voorbereidingsbesluit dat door de raad is genomen voor de bebouwde komen in de gemeente vormt geen belemmering voor uw bouwplannen, omdat burgemeester en wethouders op grond van artikel 50, lid 4 van de Woningwet de bouwvergunningen kunnen verlenen. Ook dit voorbereidingsbesluit zal niet tot vertraging leiden van de behandeling van uw bouwplannen."

3.39.1 Reeds gelet op de tekst van de onder 3.38 geciteerde brief – met name het woordje 'kunnen' in de vierde regel – is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk. Bezwaarlijk valt in te zien dat, laat staan waarom, hiervan een *toereikende* (wat het Hof aanduidt als) 'geruststelling' voor 'potentiële kopers' uitging of zelfs maar kon uitgaan. Daarbij valt te bedenken dat veel potentiële kopers in dit soort kwesties allicht niet zijn geverseerd en dat ze, naar valt aan te nemen, graag volledige duidelijkheid én zekerheid zullen willen hebben in plaats van ambtelijke taal die ze niet (goed) kunnen begrijpen.

3.39.2 Voor zover het Hof Michielse verwijt dat hij, geparafraseerd weergegeven, een duidelijker opstelling van de gemeente had kunnen en moeten vragen, worden de zaken op hun kop gezet; zie hier-voor onder 3.31.1.

3.40.1 Ook overigens is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk omdat het zich los zingt van de maatschappelijke realiteit.

3.40.2 In prima zijn verschillende getuigen gehoord.⁴³ De buschauffeur (ik vermeld zijn beroep met reden)⁴⁴ De Laat heeft verklaard dat hij 'op basis van een mondelinge overeenkomst' twee kavels heeft gekocht van Michielse. Na het (ik voeg toe: onrechtmatige) voorbereidingsbesluit heeft hij de gemeente gevraagd 'wat dit betekende. Kon ik nou wel of niet bouwen'. Hij vond het antwoord van de gemeente niet bevredigend en is afgehaakt.

3.40.3 Van den Hout⁴⁵ heeft eveneens verklaard een mondelinge overeenkomst te hebben gesloten met Michielse. In 'een krantje' las hij over het voorbereidingsbesluit. Michielse zei hem, desgevraagd, dat hij Van den Hout geen garantie meer kon geven 'voor een onmiddellijke bouwtitel'. Van den Hout is toen afgehaakt.

3.41 In zijn memorie van grieven heeft Michielse, naast verwijzing naar de onder 3.40.2 en 3.40.3 vermelde verklaringen,⁴⁶ onder meer aangevoerd dat vertraging is opgetreden bij 'de verkoop' van

39 Zolang het voorbereidingsbesluit gold, diende een (bouw) aanvraag gedaan te worden die leidde tot doorbreking van de aanhoudingsverplichting (waarbij het bestuur beleidsvrijheid toekomt) welke procedure in de regel complicaties geeft en langer duurt dan bij een aanvraag om een bouwvergunning die binnen het bestemmingsplan past terwijl onzeker was of de gemeente de gevraagde bouwvergunningen onmiddellijk zou verlenen, aldus Michielse.

40 Het Hof bezigt die woorden niet, maar zijn oordeel komt er wel op neer. Als zijn oordeel anders moet worden gelezen, is het onbegrijpelijk omdat het dan niet redengevend is.

41 Niet valt aan te nemen dat het Hof zijn oordeel heeft willen gronden op een brief waarvan Michielse de ontvangst heeft betwist.

42 De brief is overgelegd als productie 21 bij de cvr in conv., tevens cva in reconv.

43 Zie ook de s.t. van mr. Scheltema onder 4.3.11.

44 Blijkens het vervolg van de verklaring ging het kennelijk wel om een vermogende of ondernemende buschauffeur.

45 Volgens zijn verklaring zonder beroep; hij was destijds 64 jaar oud.

46 Mvg onder 58.

'de bouwkwavels aan Bouwbedrijf Gebr. Van Ginsbergen', naar ik lees in dier voege dat de levering is uitgesteld.⁴⁷ Daarenboven heeft hij, naar ik begrijp, gesteld dat het volgen van de weg van art. 50 lid 4 Woningwet 'in de regel complicaties' geeft en 'langer duurt'.⁴⁸

3.42 In het algemeen lijkt de gedachte dat niet in de krochten van het ruimtelijk ordeningsrecht ingevoerde potentiële kopers voorzichtig worden wanneer enige onduidelijkheid bestaat of kan bestaan over de vraag of het daadwerkelijk mogelijk is om te gaan bouwen en zo ja of dat zonder noemenswaardige extra inspanningen kan worden gebeuren mij allerminst merkwaardig. Het Hof heeft niet vastgesteld dat het ten deze louter ging om potentiële kopers die van de hoed en de rand wisten in dit specialistische terrein.

3.43 Gelet op al het bovenstaande is 's Hofs oordeel onbegrijpelijk. Het vergde ten minste een gedegen nadere motivering.

3.44 Nu een groot aantal klachten slaagt, kunnen ook rov. 23 en 24 niet in stand blijven, zoals onderdeel 4 met juistheid betoogt.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot (bijkans algehele) vernietiging van het bestreden arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 106626/HA ZA 04-415 van de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 20 december 2006 en 4 februari 2009;

b. het arrest in de zaak 200.032.795/01 van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 juli 2013. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft Michielse beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor de gemeente mede door mr. R.L. de Graaff.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De advocaat van de gemeente heeft bij brief van 21 augustus 2014 op die conclusie gereageerd.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

(i) Michielse woont aan de Hoogemierdseweg 23 te Lage Mierde. In 2000 was hij eigenaar van een achter zijn woning gelegen terrein. Op 2 april 2001 heeft de gemeenteraad het ontwerp bestemmingsplan De Hasselt vastgesteld, op grond waarvan dat terrein voor woningbouw is bestemd.

(ii) In het najaar van 2000 heeft Michielse gesproken met een adviseur van de gemeente over het realiseren van deze bouwbestemming, de wijze van berekening van een aan de gemeente te betalen exploitatiebijdrage en over een grondruil met de gemeente.

(iii) Op 1 maart 2001 hebben de gemeente en Michielse een ruilvereenkomst en een exploitatieovereenkomst gesloten. In de exploitatieovereenkomst (zoals op 18 april 2001 gewijzigd) heeft de gemeente de verplichting op zich genomen (i) eventuele opstallen op een aan Michielse krachtens de ruilvereenkomst over te dragen perceel te verwijderen; en (ii) het perceel bouw- en woonrijp te maken. Michielse heeft zich jegens de gemeente verplicht een exploitatiebijdrage van f 482.322,05 (exclusief btw) te betalen. De eerste termijn van f 241.166,03 werd verschuldigd zodra de bestemmingsplanprocedures in een zodanig stadium zouden verkeren dat bouwvergunningen met betrekking tot het perceel zouden kunnen worden afgegeven. De tweede termijn van f 241.166,02 (exclusief btw) werd verschuldigd uiterlijk 24 maanden na de eerste betaling.

(iv) De toepasselijke exploitatieverordening van de gemeente bepaalt onder meer:

"Artikel 1 Algemene begripsbepalingen

In deze verordening wordt verstaan onder:

(...)

b. exploitatiegebied: een zodanig door de gemeenteraad aangewezen gebied, dat gebaat is door de aanleg van voorzieningen van openbaar nut;

c. exploitant: de genothebbende krachtens eigendom (...) van een in het exploitatiegebied gelegen onroerende zaak welke door het treffen van voorzieningen van openbaar nut gebaat is;

d. exploitatie-overeenkomst: de overeenkomst (...) waarin de gemeente met een exploitant de voorwaarden overeenkomt waaronder de gemeente voorzieningen van openbaar nut zal treffen of daaraan medewerking zal verlenen;

e. aangevuld bekostigingsbesluit: een besluit van de gemeenteraad waarin niet alleen overeenkomstig artikel 222 Gemeentewet, wordt besloten in welke mate de aan de voorzieningen verbonden lasten zullen kunnen worden verhaald op een daarbij aangeduid gebied, maar waarin ook een omschrijving van de voorzieningen van openbaar nut en een begroting van kosten en opbrengsten is opgenomen;

⁴⁷ Mvg onder 59.

⁴⁸ Mvg onder 63. Deze stelling vindt steun in Afdeling bestuursrechtspraak RvS 1 februari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV0911, eveneens genoemd in voetnoot 37 van de s.t. van mr. Scheltema.

f. voorzieningen van openbaar nut, waardoor de in het exploitatie gebied gelegen onroerende zaken gebaat worden, onder meer:

1. riolering (...);
2. wegen, parkeergelegenheden, pleinen, trottoirs, voet- en rijwielpaden, straatmeubilair, etc;
3. plantsoenen en andere groenvoorzieningen (...);
4. openbare verlichting en brandkranen (...);
5. waterhuishoudkundige voorzieningen (...);
- (...)

Artikel 3 Vaststelling aangevuld bekostigings-besluit

1. Voordat op initiatief van de gemeente met het treffen van voorzieningen van openbaar nut in een exploitatiegebied wordt aangevangen, wordt door de gemeenteraad een aangevuld bekostigingsbesluit voor dat exploitatiegebied vastgesteld en bekendgemaakt (...).

Artikel 4 Wijze van toerekening naar mate van profijt

1. Voor de toerekening van profijt wordt als rekeneenheid gebruikt het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m² grondoppervlakte.
(...)

Artikel 5 Vaststelling en exploitatiebijdrage

1. De exploitant betaalt als bijdrage in de kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in exploitatie brengen van gronden het bedrag dat volgens de in de begroting (...) uitgewerkte wijze aan zijn onroerende zaak wordt toegerekend, vermeerderd met de kosten op de afstand van de gronden bestemd voor de aanleg en/of aanpassing van voorzieningen van openbaar nut vallende en de kosten van kadastrale uitmeting, en verminderd met de inbrengwaarde van de bij de exploitant in exploitatie zijnde en voor exploitatie bestemde gronden en van de gronden welke zijn bestemd voor het treffen van voorzieningen van openbaar nut en door exploitant aan de gemeente worden afgestaan.
(...)

Artikel 6 Inhoud exploitatie-overeenkomst

1. Het verhaal van kosten verband houdende met het verlenen van medewerking aan het in het exploitatie brengen van gronden vindt plaats met inachtneming van de voorgaande artikelen. Van de exploitatie-overeenkomst wordt een akte opgemaakt, indien de exploitatie-overeenkomst mede een grondtransactie betreft, is dit een notariële akte.

2. Burgemeester en wethouders besluiten tot het aangaan van een exploitatieovereenkomst op initiatief van de gemeente slechts na-

dat een aangevuld bekostigingsbesluit is vastgesteld.

3. De exploitatie-overeenkomst bevat in ieder geval bepalingen over:

- a. de aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente of exploitant aan te leggen voorzieningen van openbaar nut;
- b. het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd;
- (...).

(v) Op 26 juni 2000 heeft de gemeenteraad een 'Aangevuld bekostigingsbesluit De Hasselt' vastgesteld. Dit besluit strekte tot verhaal van kosten van voorzieningen van openbaar nut, voortvloeiend uit de realisatie van het bestemmingsplan De Hasselt, door gronduitgifte of door het sluiten van exploitatieovereenkomsten.

(vi) Op 17 december 2001, na de vaststelling en goedkeuring van het bestemmingsplan, heeft de gemeente een voorbereidingsbesluit tot planwijziging genomen. Ten onrechte is daarin het bouwperceel van Michielse (waarop op grond van het bestemmingsplan De Hasselt al een bouwbestemming rustte) meegenomen. Op 16 december 2001 heeft Michielse de gemeente aansprakelijk gesteld voor schade door beperkingen, belemmeringen en vertragingen als gevolg van het voorbereidingsbesluit. De gemeente heeft het door Michielse ingestelde bezwaar ongegrond verklaard. Het voorbereidingsbesluit heeft tot 19 december 2002 gegolden. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft het voorbereidingsbesluit herroepen voor zover dit het bouwperceel van Michielse betrof.

(vii) Op 23 augustus 2002 heeft de gemeente de eerste termijn van de exploitatiebijdrage van (omgerekend) € 130.229,29 inclusief btw aan Michielse in rekening gebracht. Michielse heeft geweigerd deze termijn te betalen op de grond dat de gemeente niet aan alle verplichtingen uit hoofde van de exploitatieovereenkomst had voldaan.

3.2 In dit geding vordert de gemeente in conventie, voor zover in cassatie van belang, betaling van € 260.458,56 op grond van primair de exploitatie-overeenkomst, subsidiair art. 6:210 BW.

Michielse vordert in reconventie, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de exploitatieovereenkomst nietig is, althans vernietiging daarvan, een verklaring voor recht dat de gemeente toerekenbaar is tekortgeschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens Michielse en ter zake schadeplichtig is, en veroordeling van de gemeente tot betaling van schadevergoeding.

3.3.1 De rechtbank heeft Michielse in conventie op de voet van art. 6:210 lid 2 BW veroordeeld tot betaling van € 105.000 inclusief btw. In reconventie heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de gemeente op een aantal punten is tekortgeschoten in de nakoming van de exploitatieovereenkomst en dat de gemeente is gehouden tot schadevergoeding.

3.3.2 Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank vernietigd, de vordering van de gemeente toegewezen tot een bedrag van € 259.369,10 inclusief

btw en de vorderingen van Michielse afgewezen. Daartoe heeft het hof, samengevat, als volgt overwogen.

Indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van een toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, kan hieraan het gevolg worden verbonden dat de gemeente haar in die overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage — uit een oogpunt van rechtszekerheid van de betrokken grondeigenaren — niet geldend kan maken (HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1990, NJ 1996/608; HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1055, NJ 2001/581). De sanctie van nietigheid wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden wordt hieraan niet verbonden. (rov. 7)

De omstandigheid dat in de exploitatieovereenkomst in strijd met het bepaalde in art. 6 van de exploitatieverordening iedere omschrijving van aard, omvang en kwaliteit van de door de gemeente aan te leggen voorzieningen van openbaar nut ontbreekt evenals iedere aanduiding van het tijdvak waarbinnen deze voorzieningen worden uitgevoerd, maakt inbreuk op de rechtszekerheid waarop een exploitant als Michielse aanspraak kan maken. Daar komt bij dat een duidelijke onderbouwing van de wijze van toerekening van de kosten van deze werkzaamheden naar de mate van profijt (als bedoeld in art. 4 van de exploitatieverordening) in die overeenkomst ontbreekt en dat daarin ook niet inzichtelijk is gemaakt hoe de exploitatiebijdrage, in overeenstemming met art. 5 van de exploitatieverordening, op basis van het aanvullend bekostigingsbesluit en de daarbij behorende begroting is berekend. Dit alles staat — uit een oogpunt van rechtszekerheid voor de bij de realisatie van het bestemmingsplan betrokken grondeigenaar — eraan in de weg dat de gemeente haar aanspraak op een exploitatiebijdrage op grond van die exploitatieovereenkomst geldend kan maken. (rov. 9)

Het enkele feit dat in de exploitatieovereenkomst de toepasselijke publiekrechtelijke voorschriften niet in acht zijn genomen, kan niet tot de slotsom leiden dat de door de gemeente verrichte prestaties niet in rechte op geld behoren te worden gewaardeerd (rov. 10).

De gemeente heeft genoegzaam aangetoond dat de aanleg van voorzieningen van openbaar nut ten behoeve van het exploitatiegebied waartoe het bouwperceel van Michielse behoort in augustus 2004 waren uitgevoerd, althans dat een aantal van deze werkzaamheden alsnog zou worden verricht. Voldoende aannemelijk is dat het bouwperceel van Michielse hierdoor is gebaat. (rov. 11)

De gemeente dient aannemelijk te maken welke exploitatiebijdrage zij bij een juiste toepassing van de exploitatieverordening aan Michielse in rekening mocht brengen. Op grond van de exploitatieverordening kan de gemeente de kosten van de aanleg van voorzieningen van openbaar nut op de grondeigenaar wiens perceel door deze voorzieningen is gebaat, verhalen op basis van een toerekening van

deze kosten aan het betreffende perceel. Als reken-eenheid geldt het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte of te maken kosten per m². De gemeente heeft een berekening van de omslag op basis van het aangevuld bekostigingsbesluit overgelegd met een reken-eenheid van f 165,74 exclusief btw per m². Michielse heeft deze berekening en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten niet gemotiveerd bestreden. Uitgaande van een perceeloppervlakte van 2.898 m² zou de door Michielse verschuldigde bijdrage bij juiste toepassing van de exploitatieverordening zijn uitgekomen op € 259.369,10 inclusief btw. (rov. 13)

3.3.3 Het hof heeft de vorderingen van Michielse in reconventie afgewezen op de grond dat, indien al sprake zou zijn van renteschade als gevolg van het onrechtmatig gebleken voorbereidingsbesluit, deze in overwegende mate het gevolg is van eigen gedragingen van Michielse en naar billijkheid voor zijn rekening dient te blijven, aldus dat de vergoedingsplicht van de gemeente geheel vervalt (rov. 21).

3.4.1 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 7. Het be-tooft dat indien in een exploitatieovereenkomst de bepalingen van de exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, de overeenkomst nietig is.

3.4.2 Het onderdeel is gegrond.

Ingevolge art. 9.1.17 Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening is in deze zaak (het inmiddels vervallen) art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) van toepassing. Art. 42 (oud) WRO strekt ertoe de rechtszekerheid voor grondeigenaren te verhogen. Deze strekking brengt mee dat een overeenkomst waarin een gemeente een financiële bijdrage tot verhaal van exploitatiekosten bedingt en waarin de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, nietig is wegens strijd met de openbare orde. (HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301)

3.5 Onderdeel 2 richt diverse klachten tegen rov. 13. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de omstandigheid dat overeenkomstig de art. 4 en 5 van de exploitatieverordening is vastgesteld dat de grond van Michielse met de door de gemeente verrichte prestaties is gebaat en dat het gemiddelde bedrag van de ten nutte van het exploitatiegebied gemaakte kosten is vastgesteld, niet meebrengt dat het aldus bepaalde bedrag kan gelden als de prestatie waarvoor Michielse op de voet van art. 6:210 lid 2 BW tot waardevergoeding is gehouden.

3.6.1 Bij de beoordeling van de klachten wordt het volgende vooropgesteld.

Indien een exploitatieovereenkomst nietig is en de gemeente reeds geheel of ten dele heeft voldaan aan haar daarin bedoelde verplichtingen, is deze prestatie onverschuldigd verricht. Bestond de prestatie niet in het geven van een goed, dan heeft de gemeente in beginsel recht op ongedaanmaking daarvan. Wanneer de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, treedt, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie

is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toestemd een tegenprestatie te verrichten (art. 6:210 lid 2 BW).

3.6.2 De enkele omstandigheid dat het de gemeente niet vrijstond een tegenprestatie te bedingen voor de door haar verrichte prestatie, brengt niet mee dat de waarde van die prestatie op nihil dient te worden gesteld.

In beginsel is de waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW die, welke daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 818-819), hierna te noemen 'de marktwaarde'.

In zijn arrest van 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, NJ 2005/431 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de waardering van de prestatie van de gemeente in een geval als het onderhavige behoort te geschieden op de grondslag van hetgeen voor de gemeente wel geoorloofd zou zij n geweest als tegenprestatie te bedingen voor haar prestatie en dat dus onderzocht moet worden of de exploitatieverordening een grondslag biedt voor het bedingen door de gemeente van zodanige tegenprestatie en, zo ja, in hoeverre. Het arrest vermeldt niet — omdat dit in cassatie niet aan de orde was gesteld — dat uit art. 6:210 lid 2 BW voortvloeit dat de vordering van de gemeente in ieder geval niet toewijsbaar is tot een hoger bedrag dan de marktwaarde van de prestatie ten tijde van de ontvangst daarvan en dat de toewijsbaarheid van de vordering dus ook in zoverre begrensd is. Een vordering als bedoeld in deze bepaling vindt — ook in de twee laatste in het artikelld genoemde gevallen — haar rechtvaardiging in de wenselijkheid dat ongerechtvaardigde verrijking wordt tegengegaan; in gevallen als hier bedoeld: van de wederpartij van de gemeente. Indien de gemeente een exploitatievergoeding heeft bedongen zonder toereikende basis in de toepasselijke exploitatieverordening, kan de gemeente dus slechts aanspraak maken op het laagste van de bedragen die voortvloeien uit respectievelijk de toepassing van de exploitatieverordening en de marktwaarde.

3.6.3 Het is aan de gemeente om in het kader van een vordering op de voet van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken.

De gemeente dient haar vordering zodanig toe te lichten en te onderbouwen dat het voor de wederpartij redelijkerwijs mogelijk is daartegen verweer te voeren. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.6.1-3.6.2 is overwogen, dient zij daarom — met het oog op de vraag in hoeverre de exploitatieverordening een grondslag biedt voor het bedingen van een tegenprestatie voor de door haar verrichte prestatie — te stellen en met bescheiden te onderbouwen welke voorzieningen van openbaar nut specifiek met betrekking tot het desbetreffende perceel zijn getroffen, en welke kosten daaraan voor haar waren verbonden. In een geval als het onderhavige, waarin de gemeente de gemiddelde kosten per vierkante meter van de door haar verrichte prestatie heeft

berekend met betrekking tot een gebied waarvan het perceel deel uitmaakt, is daartoe in de regel onvoldoende dat de gemeente gegevens in het geding brengt waaruit die kosten met betrekking tot dat hele gebied blijken.

Daarnaast dient de gemeente — met het oog op de in het kader van art. 6:210 lid 2 BW te beantwoorden vraag in hoeverre haar wederpartij verrijkt is door haar prestatie — aanknopingspunten te verschaffen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of zij aldus een bedrag vordert dat niet hoger is dan het bedrag van de marktwaarde die de prestatie voor het betrokken perceel heeft.

3.7 In het licht van het voorgaande zijn de hierop gerichte klachten van onderdeel 2 gegrond.

Michielse heeft onder meer bij memorie van grieven onder 46 aangevoerd dat de door de gemeente overgelegde berekening niet inzichtelijk en gespecificeerd is, noch is voorzien van toelichtende stukken. Het overzicht ziet volgens hem op de kosten van het bestemmingsplan 'De Hasselt'; daaruit valt niet af te leiden welke prestaties aan Michielse zijn geleverd.

In haar schriftelijke toelichting verwijst de gemeente naar de berekeningen die zij als producties 18, 19 en 20 bij conclusie van repliek/conclusie van antwoord heeft overgelegd. Nu deze berekeningen niet voldoen aan de hiervoor in 3.6.3 omschreven eisen en Michielse een daarop gericht verweer heeft gevoerd, heeft het hof, door te oordelen dat de gemeente aannemelijk heeft gemaakt op welke tegenprestatie zij aanspraak kan maken, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.8.1 Onderdeel 3 is gericht tegen de afwijzing van de vordering van Michielse tot vergoeding van de schade die hij stelt te hebben geleden als gevolg van het voorbereidingsbesluit. Het hof heeft die afwijzing gegrond op zijn oordeel dat, als Michielse concrete problemen ondervond als gevolg van het voorbereidingsbesluit (bijvoorbeeld door het afhaken van kopers), hij alle mogelijkheden heeft gehad dit bij de gemeente aan te kaarten. Gelet op de inhoud van de brieven van 2 januari 2002 en 23 augustus 2002 zou de gemeente hem in dat geval hebben bevestigd (desgevraagd ook schriftelijk) dat, ook zolang het voorbereidingsbesluit van kracht was, met toepassing van art. 50 lid 4 Woningwet bouwvergunningen konden worden verleend. Om die reden is de eventueel als gevolg van het voorbereidingsbesluit geleden schade in overwegende mate het gevolg van eigen gedragingen van Michielse en dient deze schade naar billijkheid voor zijn rekening te blijven (rov. 21). Onderdeel 3.1 betoogt dat bij het uitgangspunt dat zowel de gemeente als Michielse schadebeperkende maatregelen hadden kunnen nemen, het op de weg van de gemeente lag deze maatregelen te nemen. Het hof heeft dit miskend, althans heeft zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

3.8.2 Bij de beoordeling van dit betoog wordt het volgende vooropgesteld.

In geval van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, is de benadeelde gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijze van hem kan worden verlangd. Indien hij daaraan niet voldoet kan dit tot gevolg hebben dat de vergoedingsplicht op de voet van art. 6:101 BW wordt verminderd. Indien zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige het in de hand heeft de schade te beperken, hangt het van de omstandigheden van het geval af of en in hoeverre de vergoedingsplichtige aan de benadeelde kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft beperkt. Daarbij valt in aanmerking te nemen dat het aan het handelen of nalaten van de vergoedingsplichtige is te wijten dat de benadeelde in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt.

3.8.3 Michielse heeft in hoger beroep, onder overlegging van schriftelijke verklaringen van potentiële kopers, aangevoerd dat het voorbereidingsbesluit tot gevolg had dat bouw aanvragen werden aangehouden en dat potentiële kopers werden afgeschrikt. Verder heeft Michielse betoogd dat uit de brieven waaraan de gemeente refereert geen onvoorwaardelijke medewerking tot het verlenen van een bouwvergunning op de voet van art. 50 lid 4 Woningwet kan worden afgeleid.

Die stellingen komen erop neer dat de gemeente op haar beurt ook niet aan haar schadebeperkingsplicht heeft voldaan. In het licht van hetgeen hiervoor in 3.8.2 is overwogen klaagt het onderdeel terecht dat het hof met zijn hiervoor in 3.8.1 weergegeven oordeel hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, omdat het niet zonder de juistheid van deze stellingen te onderzoeken, heeft kunnen oordelen dat de schade van Michielse, indien daarvan sprake is, in overwegende mate het gevolg is van zijn eigen gedragingen en voor zijn rekening dient te blijven.

3.9 De overige klachten van het onderdeel behoeven geen behandeling.

3.10 Onderdeel 4 is gericht tegen rov. 23 en 24, die voortbouwen op oordelen die blijken het voorgaande met succes zijn bestreden. Het slaagt dus eveneens.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 juli 2013;

verwijst het geding naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Michielse begroot op € 2.036 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

1. Dit arrest bevat twee relevante oordelen. Het eerste betreft de wijze waarop een waardevergoeding in de zin van art. 6:210 lid 2 BW moet worden berekend voor door een gemeente ten behoeve van het bouwrijp maken van gronden verrichte prestaties waarvoor rechten geen grondslag blijkt te hebben bestaan. Het tweede betreft de invulling van de schadebeperkingsplicht in een geval waarin niet alleen de benadeelde maar ook de aansprakelijke in de gelegenheid was om de schade te beperken.

2. De aanleiding vormt een grondtransactie, vastgelegd in een ruilvereenkomst en een exploitatieovereenkomst, tussen een particulier en een gemeente, waarbij de gemeente zich verplicht om tegen een door de particulier te betalen exploitatievergoeding een perceel grond bouw- en woonrijp te maken door daarop voorzieningen aan te leggen. Na het aangaan van deze transactie heeft de gemeente een voorbereidingsbesluit tot planwijziging genomen waarin het desbetreffende perceel (waarop al een bouwbestemming rustte) ten onrechte is betrokken. De particulier heeft de gemeente aansprakelijk gehouden voor de daaruit voor hem voortvloeiende schade. Nadat de Raad van State het voorbereidingsbesluit had vernietigd, heeft de gemeente een eerste termijn van de exploitatievergoeding in rekening gebracht. De particulier heeft geweigerd die te voldoen, omdat de gemeente niet aan al haar verplichtingen uit de exploitatieovereenkomst had voldaan. De gemeente vordert nu betaling in de zin van nakoming van de exploitatieovereenkomst, althans waardevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking van de particulier (art. 6:210 BW). De particulier vordert in reconventie, kort gezegd, vaststelling van nietigheid van de exploitatieovereenkomst en schadevergoeding.

3. De eerste kwestie die in cassatie centraal staat speelde onder het oude art. 42 WRO (sinds 1 juli 2009 vervangen door de Wro) en betreft de wijze waarop de omvang van de aan de gemeente verschuldigde vergoeding moet worden berekend. Het hof had geoordeeld dat de gemeente haar vordering niet op de exploitatieovereenkomst kon baseren, kort gezegd, omdat deze in strijd met de exploitatieverordening onvoldoende houvast bood voor de berekening daarvan. Dit staat er volgens het hof niet aan in de weg dat de door de gemeente verrichte prestaties op geld behoren te worden gewaardeerd, nu voorzieningen zijn aangebracht en de particulier daardoor is gebaat. Voor die waardering knoopt het hof vervolgens aan bij de berekeningswijze uit de exploitatieverordening en het aangevuld bekostigingsbesluit, die inhoudt dat de ten behoeve van het exploitatiegebied gemaakte kosten per vierkante meter worden berekend en deze vervolgens naar rato van de omvang van het betreffende perceel worden toegerekend aan dat perceel. De Hoge Raad oordeelt eerst dat het hof de exploitatieovereenkomst ten onrechte niet nietig heeft geoordeeld. Die nietigheid berust op strijd met de openbare orde,

waartoe volgens HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*) een gezichtspunttoets moet worden aangelegd, die in het licht van HR 6 januari 2006, *NJ* 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Beuningen/Blankenburg*) gelet op het door art. 42 WRO (oud) beschermde belang van rechtszekerheid voor grondeigenaren in hun voordeel uitpakt. Uitgaande van die nietigheid heeft de gemeente haar prestaties onverschuldigd verricht en heeft zij aanspraak op ongedaanmaking, althans waarvergoeding naar de maatstaf van art. 6:210 lid 2 BW. Het gaat hier niet om een prestatie die in de zin van art. 6:211 BW in rechte niet op geld behoort te worden gewaardeerd, aldus reeds HR 13 april 2001, *NJ* 2001/581, m.nt. Jac. Hijma (*Polyproject/Warmond I*). Het komt dus aan op waarvergoeding (art. 6:210 lid 2 BW), waarvoor de Hoge Raad eerder (HR 12 december 2003, *NJ* 2005/431, m.nt. Jac. Hijma; *Polyproject/Warmond II*) had bevolen aansluiting te zoeken bij wat de gemeente wel had mogen bedingen aan tegenprestatie en daartoe te onderzoeken of en in hoeverre de exploitatieverordening een grondslag bood voor het bedingen van een dergelijke tegenprestatie. Hier had het hof dat in feite gedaan door voor de berekening van de waarvergoeding aansluiting te zoeken bij de berekeningswijze uit de exploitatieverordening. Die aanpak vindt geen genade bij de Hoge Raad: hij preciseert nu ('omdat dit in cassatie [in het arrest uit 2003] niet aan de orde was gesteld') dat de marktwaarde van de prestatie ten tijde van de ontvangst in ieder geval het plafond vormt. Dat betekent dat de gemeente de waarde van haar prestatie aannemelijk moet maken door te onderbouwen welke voorzieningen tegen welke kosten specifiek met betrekking tot het perceel van deze particulier zijn getroffen. Daarnaast moet zij aanknopingspunten verschaffen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het aldus gevorderde bedrag de marktwaarde van de prestatie voor het betrokken perceel niet overstijgt. Het arrest benadrukt aldus het belang van een concrete vaststelling van de waarde van de specifiek ten behoeve van het gebate perceel verrichte prestaties aan de hand van hun marktprijs, hetgeen aansluit bij de grondslag van de vordering in de zin van art. 6:210 lid 2 BW. Dat is niettemin in de praktijk geen sinecure, omdat er dikwijls voorzieningen zullen zijn getroffen ten behoeve van het gehele project (toegangsweg, rioiering, verlichting), waarvan het 'terugrekenen' naar individuele percelen anders dan door een omslag per vierkante meter niet eenvoudig lijkt. Ik lees in het arrest overigens niet dat de kosten van dergelijke voorzieningen ten behoeve van 'het geheel' niet op de particulier zouden mogen worden verhaald. Hoewel art. 6:24 Wro een ruimer kostenverhaal toestaat, kan het arrest zijn belang behouden voor het geval na vaststelling van een exploitatieplan alsnog een daarvan afwijkende verhaalsovereenkomst wordt gesloten. Vgl. in deze zin ook E.W.J. de Groot en C.J.N. Kortmann in hun noten in resp. *BR* 2015/38 en *TBR* 2015/64. Denkbaar lijkt me evenwel ook dat de Hoge Raad in dat geval kiest voor een ander crite-

rium dan uit het *Polyproject*-arrest, dat toch eigenlijk weinig gelukkig was.

4. De tweede kwestie betreft de schadebeperkingsplicht. Het hof had geoordeeld dat de door de particulier als gevolg van het onrechtmatige voorbereidingsbesluit eventueel geleden schade het gevolg was van zijn eigen nalaten om de gemeente om een voorziening te vragen en dat deze schade 'naar billijkheid voor zijn rekening' diende te blijven. Deze wat slordige toepassing van art. 6:101 BW (een helder onderscheid tussen causale verdeling en billijkheidscorrectie maakt het hof immers niet) vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Deze stelt de regel van art. 6:101 BW voorop en voegt daaraan toe: "Indien zowel de benadeelde als de vergoedingsplichtige het in de hand heeft de schade te beperken, hangt het van de omstandigheden van het geval af of en in hoeverre de vergoedingsplichtige aan de benadeelde kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft beperkt. Daarbij valt in aanmerking te nemen dat het aan het handelen of nalaten van de vergoedingsplichtige is te wijten dat de benadeelde in de situatie is komen te verkeren die tot schadebeperking noodzaakt." Eerder heeft de Hoge Raad in gevallen waarin een aansprakelijke overheid aan de benadeelde schending van diens schadebeperkingsplicht tegenwierp, terwijl zij ook zelf de schade had kunnen beperken, de schadebeperkingsplicht van de overheid laten prevaleren (vgl. onder meer HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252, m.nt. M. Scheltema; *Staat/Van Gelder*; HR 1 juli 1993, *NJ* 1995/150; *Staat/NCB*; HR 24 januari 1997, *NJ* 1999/56, m.nt. C.J.H. Brunner; *De Ridder/Staat*; HR 7 november 1997, *NJ* 1998/364; *Groskamp/Staat*, en voor een niet-overheidsdader HR 18 juni 1993, *NJ* 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner; Aidstest door verkrachter). In de literatuur is in dat licht wel tot regel verheven dat bij een dergelijke samenloop de schadebeperkingsplicht van de aansprakelijke prevaleert (vgl. Groene Serie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 101, aant. 5.5.3), maar zo categorisch formuleert de Hoge Raad het hier niet: het hangt af van de omstandigheden, zij het dat 'daarbij (...) in aanmerking [valt] te nemen' dat het de aansprakelijke is die de benadeelde in de positie heeft gebracht die tot schadebeperking noodzaakt. Dat betekent dat m.i. telkens moet worden bezien of het schadebeperkingsverweer van de aansprakelijke in het concrete geval hout snijdt in het licht van de vraag of schadebeperking in het concrete geval niet veeleer op zijn weg ligt. Feitelijke bezwaarlijkheid of (onevenredig) hoge kosten zullen daarbij richtinggevend zijn. (Vgl. ook Brunner in zijn noot in *NJ* 1999/56, onder 1, slot, waar hij stelt dat de 'regel' dat de schadebeperkingsplicht van de aansprakelijke voor gaat is beperkt tot het geval waarin de mogelijkheden tot schadebeperking voor beide partijen gelijk zijn, alsmede Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen 2003), p. 124, die evenmin wil spreken van een 'absoluut geldende regel'.) De formulering 'of en in hoeverre' laat bovendien modificatie toe. Omdat de particulier hier aannemelijk had gemaakt dat potentiële kopers door het voorbereidingsbesluit waren afgeschrikt en dat de gemeente geen

onvoorwaardelijke medewerking tot het verlenen van bouwvergunningen had verstrekt, had het hof volgens de Hoge Raad niet zomaar tot toerekening van eigen schuld kunnen komen. Gelet op de door de particulier aangevoerde omstandigheden verrast dat oordeel allerminst.

S.D. Lindenberg

NJ 2016/160

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

18 december 2015, nr. 15/00432

(Mrs. F.B. Bakels, G. de Groot, M.V. Polak, V. van den Brink, T.H. Tanja-van de Broek; A-G mr. L.A.D. Keus)
m.nt. S.F.M. Wortmann

Art. 1:159, 1:401 BW

NJB 2016/147

RFR 2016/40

JWB 2016/26

RvdW 2016/94

ECLI:NL:HR:2015:3635

ECLI:NL:PHR:2015:1973

Partneralimentatie. Echtscheidingsconvenant waarin partijen m.b.t. bepaalde posten bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven; wijziging op voet art. 1:401 BW; maatstaf.

Ingeval partijen in hun overeenkomst betreffende levensonderhoud bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven en een beding van niet-wijziging als bedoeld in art. 1:159 BW niet is gemaakt of is vervallen, geldt volgens vaste jurisprudentie (HR 23 oktober 1987, NJ 1988/438, m.nt. E.A.A. Luijten) dat de rechter slechts op de voet van art. 1:401 BW tot een wijziging van de overeenkomst betreffende levensonderhoud zal mogen overgaan indien de verzoeker stelt en de rechter aannemelijk oordeelt dat na het tot stand komen van de overeenkomst een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de wederpartij, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Voor het geval moet worden aangenomen dat partijen op specifieke punten die relevant zijn voor de bepaling van de hoogte van het verschuldigde levensonderhoud, bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, en één van partijen nadien een verzoek doet tot wijziging van de desbetreffende overeenkomst, moet de rechter de in de beschikking van 23 oktober 1987 bedoelde terughoudendheid uitsluitend betrachten ten aanzien van die specifieke punten. Indien partijen wensen dat hun afwijking van de wettelijke maatstaven een verdere strekking krijgt dan het desbetreffende specifieke punt zelf, kunnen zij het in art. 1:159 BW bedoelde beding overeenkomen.

Het tussen partijen in cassatie gesloten huwelijk is ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Partijen hebben vooruitlopend op een nog op te stellen echtscheidingsconvenant afspraken gemaakt die zij hebben vastgelegd in een door beiden ondertekend stuk. Naderhand is een convenant ondertekend dat deel uitmaakt van de echtscheidingsbeschikking. In dit geding heeft de man onder meer verzocht de door hem te betalen bijdrage in de kosten van het levensonderhoud van de vrouw op nihil te stellen. De rechtbank heeft het verzoek van de man afgewezen, waarna het hof in appel de beschikking van de rechtbank heeft bekrachtigd. De man is hiervan in cassatie gekomen.

Het middel klaagt dat de omstandigheid dat partijen ten aanzien van specifieke, voor de bepaling van de hoogte van het levensonderhoud relevante, posten, feiten of omstandigheden (hierna samenvattend ook: op specifieke punten) bewust van de wettelijke maatstaven zijn afgeweken, niet meebrengt dat zij datzelfde ook ten aanzien van alle andere daarvoor relevante posten, feiten of omstandigheden hebben gedaan. Bij de beoordeling van deze klacht wordt vooropgesteld dat de Hoge Raad in zijn beschikking van 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0015, NJ 1988/438, m.nt. E.A.A. Luijten — nadien nog in diverse andere beschikkingen herhaald — heeft geoordeeld dat het systeem van art. 159 leden 1 en 2 in verbinding met art. 401 lid 1 aldus moet worden begrepen dat, indien een beding als bedoeld in art. 159 lid 1 niet is gemaakt (of een zodanig beding ingevolge lid 2 van dat artikel is vervallen), art. 401 lid 1 toepasselijk is, in hier toevoegende dat in een geval waarin partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, de rechter slechts tot een wijziging van de overeenkomst betreffende levensonderhoud zal mogen overgaan, indien de verzoeker stelt en de rechter aannemelijk oordeelt dat na het tot stand komen van de overeenkomst een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de wederpartij, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Voor het geval moet worden aangenomen dat partijen op specifieke punten die relevant zijn voor de bepaling van de hoogte van het verschuldigde levensonderhoud, bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, en één van partijen nadien een verzoek doet tot wijziging van de desbetreffende overeenkomst, rijst de vraag of de rechter de in de beschikking van 23 oktober 1987 bedoelde terughoudendheid uitsluitend moet betrachten ten aanzien van die specifieke punten, dan wel ten aanzien van de overeenkomst in haar geheel. Die vraag is noch in deze beschikking, noch nadien door de Hoge Raad beantwoord.

Ten gunste van een antwoord op deze vraag in laatstbedoelde zin kan worden aangevoerd dat een overeenkomst die inhoudt dat partijen op specifieke punten afwijken van de wettelijke maatstaven, steeds en onvermijdelijk doorwerkt in de hoogte van het verschuldigde levensonderhoud. Ten gunste van een antwoord op deze vraag in eerstbedoelde zin kan ten eerste worden aangevoerd dat de enkele omstandigheid