

HEKKELMAN & ADVOCATEN NOTARISSEN

PRINS BERNHARDSTRAAT 1
(HOEK ORANJESINGEL 51)
POSTBUS 1094
6501 BB NIJMEGEN
WWW.HEKKELMAN.NL
HEKKELMAN ADVOCATEN N.V.

De weledelgestrenghe heer
t.a.v. mr. R. Lever
Postbus 2020
2301 CA LEIDEN

PER E-MAIL: R.LEVER@GL-ADVOCATEN.NL

Nijmegen, 4 oktober 2007

Ons kenmerk : TL/tl
Inzake : Gemeente Leiden/Zuid Holland
Doorkiesnummer : 024 - 382 83 85
Direct faxnummer : 024 - 382 83 72
E-mail : t.lam@hekkelman.nl

Amice,

Op dinsdag 2 oktober 2007 heeft u telefonisch contact met mij opgenomen in verband met bovenstaand dossier. Naar aanleiding van ons telefoongesprek heeft u mij via een e-mail van diezelfde dag (verzonden om 17.10 uur) verzocht advies uit te brengen over:

'de vraag of de provincie Zuid-Holland onder de huidige WRO dan wel onder de nieuwe Wro juridisch en feitelijk mogelijkheden heeft om tegen de wil van de gemeente Leiden te bewerkstelligen dat er door de binnenstad van Leiden een lightrailverbinding (RijnGouwelijn) zal worden aangelegd en geëxploiteerd.'

Als bijlage heeft u mij een exemplaar toegezonden van het concept van uw advies aan de gemeente Leiden.¹ U heeft mij verzocht u te laten weten of ik de in uw advies opgenomen conclusies onderschrijf. Ik ga ervan uit dat u daarbij doelt op de conclusies die door u ten aanzien van vorenstaande vraag zijn geformuleerd.

Op woensdag 2 oktober 2007 hebben wij nog kort telefonisch overleg gevoerd. Naar aanleiding daarvan heeft u mij de bestuursovereenkomst RijnGouweLijn-Oost d.d. 7 juli 2005 (met uitzondering van de bijlagen) toegezonden.

¹ 3^e concept d.d. 21 september 2007 (RL/MB/AD/20207051).

Hierna zal ik de door u gestelde vraag beantwoorden. Gelet op de beperkte tijd die beschikbaar is, u wenst mijn advies uiterlijk op donderdag 4 oktober 2007 vóór 16.00 uur te ontvangen, treft u in mijn advies geen uitgebreide verwijzingen aan naar relevante literatuur en jurisprudentie.

1. Instrumenten (huidige) WRO

In uw advies geeft u terecht aan dat de provincie op grond van de huidige Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) in beginsel via twee wegen de voor de aanleg van de RijnGouweLijn noodzakelijke planologische basis kan realiseren.

1.1 Aanwijzing en vaststelling bestemmingsplan door gedeputeerde staten

In de eerste plaats kan de provincie gebruik maken van de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 37 van de WRO. In uw advies heeft u het ter zake relevante lid van dit artikel integraal geciteerd.² Uit dit citaat volgt dat aanwijzingen hun grondslag moeten vinden in of redelijkerwijs voortvloeien uit een streekplan of het provinciaal ruimtelijk beleid, voorzover dit is neergelegd in een besluit van provinciale staten, de provinciale planologische commissie gehoord. Uit uw advies maak ik op dat aan deze voorwaarde is voldaan. Uiteraard heb ik dat zelf niet kunnen verifiëren.

Uit uw advies meen ik te mogen afleiden dat een aantal bestemmingsplannen de aanleg van de RijnGouweLijn reeds mogelijk maakt. Voor zover dat inderdaad het geval is, is een aanwijzing niet aan de orde. De noodzakelijk planologische basis is dan immers reeds voorhanden. Verder maakt u melding van het feit er vier bestemmingsplannen in voorbereiding zijn die in de aanleg van de RijnGouweLijn voorzien. U stelt dat het niet in de rede ligt dat de provincie in die gevallen een aanwijzing geeft. Zolang de bestuursovereenkomst nog rechtskracht heeft en er gesproken wordt over de totstandkoming van de tweede aanvullende bestuursovereenkomst, ligt dat inderdaad niet voor de hand. Zou de bestuursovereenkomst op enig moment ontbonden worden³, dan ligt dat mogelijk anders. Ontbindt de gemeente de bestuursovereenkomst, dan geeft zij daarmee (impliciet) aan dat zij de lopende bestemmingsplanprocedures niet verder zal voortzetten. Een aanwijzing komt dan wel in beeld.

Tegen het aanwijzingsbesluit staat geen rechtsbescherming open (artikel 37 lid 8 van de WRO). Wel kan de gemeente uiteraard rechtsmiddelen aanwenden tegen het bestemmingsplan, indien dat door gedeputeerde staten zou worden vastgesteld. Het gaat het bestek van dit advies te buiten om in te gaan op de argumenten die de gemeente zou kunnen aanvoeren. Ik volsta met de opmerking dat een door gedeputeerde staten op de voet van artikel 38 van de WRO vastgesteld bestemmingsplan moet voldoen aan de eisen van artikel 9 van het Bro 1985. Dit betekent onder meer dat het plan financieel uitvoerbaar dient te zijn. Met name in het geval de bestuursovereenkomst wordt ontbonden, zullen gedeputeerde staten moeten aangeven op welke wijze de financiële uitvoerbaarheid verzekerd is.

² In uw citaat is in de laatste volzin het woordje 'in' weggevalen.

³ Zie hierna onder 3.

1.2 NIMBY-instrumentarium

Voorts kunnen gedeputeerde staten burgemeester en wethouders verzoeken ten behoeve van de verwezenlijking van een project vrijstelling te verlenen van het geldende bestemmingsplan voor zover bovengemeentelijke belangen zulks vorderen, een verwezenlijking van dat project in de naaste toekomst noodzakelijk is en naar het oordeel van gedeputeerde staten besluitvorming omtrent die verwezenlijking is vastgelopen (artikel 40 van de WRO). Voldoen burgemeester en wethouders, kort gezegd, niet of niet tijdig aan het verzoek, dan kunnen gedeputeerde staten vrijstelling verlenen (artikel 40 leden 8 en 9 van de WRO).

Over de toepassing van artikel 40 van de WRO is weinig jurisprudentie voorhanden. Recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een besluit ex artikel 40 van de WRO van de Minister vernietigd (AbRS 18 juli 2007, Gst. 2007, 95 en JM 2007, 127). Uit deze uitspraak volgt dat aan de voorbereiding en motivering van de vrijstelling als bedoeld in artikel 40 van de WRO hoge eisen worden gesteld. Voor zover de provincie het NIMBY-instrument zou willen toepassen zal dit besluit uiteraard moeten voldoen aan de door de Afdeling geformuleerde eisen.

1.3 Uitvoeringsbesluiten

De regeling die artikel 40 van de WRO geeft ter zake het verlenen van vrijstelling, is ingevolge artikel 41 van de WRO ook van toepassing op te nemen uitvoeringsbesluiten. Uiteindelijk kunnen gedeputeerde staten, als de gemeente medewerking weigert, de voor de aanleg van de RijnGouweLijn benodigde uitvoeringsbesluiten zelf nemen (artikel 41 van de WRO).

1.4 Overig

Telefonisch besproken wij dat ik mij in mijn advies zou beperken tot de mogelijkheden die de provincie in het kader van de WRO heeft om de aanleg van de RijnGouweLijn mogelijk te maken. Uw analyse van diverse anderen wetten, laat ik daarom verder onbesproken.

2. Instrumenten (nieuwe) Wro

2.1 Inpassingsplan en projectbesluit

Eén van de doelstellingen van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is het instrumentarium van Rijk en provincies om bovenlokale projecten te verbeteren. In uw advies heeft u de in aanmerking komen instrumenten reeds de revue laten passeren. Voor zover de provincie de RijnGouweLijn zelf planologisch zou willen faciliteren, ligt het meest voor de hand dat provinciale staten op de voet van artikel 2.26 van de Wro een inpassingsplan vaststellen of een projectbesluit⁴ nemen. Provinciale staten zijn daartoe bevoegd zodra er sprake is van provinciale belangen. Aan deze voorwaarde lijkt in casu voldaan te worden.

Belangrijk verschil met de procedure van de artikelen 37 en 38 van de WRO is dat aan de vaststelling van het inpassingsplan geen aanwijzing vooraf behoeft te gaan. Hoewel in tijdens

⁴ Het projectbesluit is min of meer vergelijkbaar met de huidige vrijstelling ex artikel 19 lid 1 van de WRO.

de parlementaire behandeling van de Wro aan de orde geweest dat toepassing van de bevoegdheid van artikel 2.26 van de Wro een ultimatum remedium zou (moeten) zijn, komt dat in de tekst van artikel 2.26 van de Wro niet tot uitdrukking: een provinciaal belang volstaat.⁵

Een inpassingsplan is voor wat betreft inhoud en totstandkoming volledig gelijk aan een gemeentelijk bestemmingsplan. De bepalingen voor het gemeentelijke bestemmingsplan (afdelingen 3.1 en 3.2 van de Wro) worden van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 3.26 van de Wro). Dit betekent dat ook de financiële uitvoerbaarheid van een inpassingsplan gewaarborgd dient te zijn. Tot slot vermeld ik dat provinciale staten in het kader van het inpassingsplan kunnen bepalen dat zij ten aanzien van een aantal nader omschreven uitvoeringsbesluiten.⁶

Voor het projectbesluit geldt in tegenstelling tot het huidige artikel 40 van de WRO niet de voorwaarde dat de besluitvorming moet zijn vastgelopen. Verder behoeven provinciale staten het gemeentebestuur niet eerst in de gelegenheid te stellen zelf een projectbesluit te nemen. Ook in het kader van een projectbesluit kunnen provinciale staten de bevoegdheid om uitvoeringsbesluiten te nemen aan zich trekken.⁷

2.2 Coördinatie regeling

De (huidige) WRO bevat geen coördinatie regeling op provinciaal niveau. De (nieuwe) Wro zal daarin verandering brengen. Paragraaf 3.6.1 van de Wro bevat bepalingen omtrent de provinciale coördinatie regeling. De coördinatie regeling maakt het mogelijk om de voorbereiding en bekendmaking van alle besluiten (het inpassingsplan of het projectbesluit en nader te duiden uitvoeringsbesluiten) die nodig zijn om een bepaald project te realiseren gecoördineerd te laten plaatsvinden.

Ik citeer artikel 3.34 van de Wro:

'Indien een bestuursorgaan, uitgezonderd een bestuursorgaan van het Rijk, dat in eerste aanleg bevoegd is een besluit als bedoeld in artikel 3.33, eerste lid, onder a of b, te nemen, niet of niet tijdig overeenkomstig de aanvraag beslist, dan wel een beslissing neemt die naar het oordeel van gedeputeerde staten wijziging behoeft, kunnen gedeputeerde staten een beslissing nemen. In dat geval treedt het besluit in de plaats van het besluit van het in eerste aanleg bevoegde bestuursorgaan (...).'

Dit betekent dat de provincie als de gemeente zou weigeren de vereiste uitvoeringsbesluiten te nemen, daartoe zelf kan besluiten.

⁵ H.J.A.M. van Geest en T.E.P.A. Lam, Fundamenteel herzien gaat van 'au', TO 2004, p. 82-88.

⁶ Waaronder de bouwvergunning, zie Invoeringswet Wro, 2006-2007, 30938, nr. 1, artikel 8.13 sub N.

⁷ Zie artikel 2.27 lid 2 van de Wro.

3. Bestuursvereenkomst

In uw advies onder sub 1 staat u stil bij het contractuele kader. U stelt de vraag of het de gemeente vrijstaat de tweede bestuursvereenkomst niet aan te gaan. U vermeldt dat sprake is van een laatste conceptversie d.d. 16 november 2005.⁸ In zijn raadsvergadering van 20/21 december 2005 heeft de gemeenteraad ingestemd met de ondertekening van dit concept, indien zou worden voldaan aan de voorwaarden als vermeld in de amendementen 2, 3 en 4. In die amendementen is het college opgedragen om over een aantal punten nader te onderhandelen met de provincie, aldus uw advies. Uit uw advies blijkt niet dat deze onderhandelingen hebben plaatsgevonden noch of er overeenstemming is bereikt. Ik ga ervan uit dat dat niet het geval is. Ik leid dat af uit het feit dat nadien een interimvereenkomst⁹ is gesloten, waarin afspraken zijn gemaakt over het te houden referendum. Dit betekent dat ook de provincie kennelijk van oordeel is dat geen overeenstemming is bereikt, althans dat de bereikte overeenstemming ruimte laat voor het houden van een referendum. Dit zou impliceren dat de gemeente ook gerechtigd is op basis van de uitkomsten van het referendum niet tot ondertekening van de tweede bestuursvereenkomst over te gaan.

De vraag rijst wat dit betekent voor de (eerste) bestuursvereenkomst. In de considerans van deze overeenkomst wordt reeds melding gemaakt van het feit dat met Leiden nog nadere afspraken moeten worden gemaakt.¹⁰ Waarop deze nadere afspraken betrekking hebben, wordt nader uiteengezet in hoofdstuk 2 van de overeenkomst. Hoewel in de overeenkomst diverse inspanningsverplichtingen zijn opgenomen voor de gemeenten, en dus ook voor de gemeente Leiden, blijkt uit de tekst van de overeenkomst dat de positie van de gemeente Leiden niet vergelijkbaar is met die van de andere gemeenten. Hoofdstuk 3 van de overeenkomst bevat bepalingen met betrekking tot de door de gemeenten te verlenen vergunningen¹¹. De gemeenten dienen zich maximaal in te spannen deze te verlenen. Artikel 5 sub d van dit hoofdstuk bepaalt:

'Indien een gemeente, met uitzondering van de gemeente Leiden, zich niet maximaal inspant om de onder 5a tot en met 5c genoemde zaken te realiseren, waardoor projectvertraging optreedt, zal de provincie deze gemeente hierop aanspreken om alsnog aan haar inspanningsverplichting te voldoen. Tussen partijen zal een termijn worden overeengekomen waarin de gemeente alsnog geacht wordt aan haar inspanningsverplichting te voldoen. Indien de gemeente haar verplichting niet binnen die termijn voldoet, is zij in verzuim en is zij derhalve aansprakelijk voor alle schade als gevolg van het niet voldoen aan de inspanningsverplichting.'

Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in artikel 9 van hoofdstuk 3.

⁸ Ik beschik niet over dit concept.

⁹ Ik beschik niet over deze interimvereenkomst.

¹⁰ Bestuursvereenkomst, p. 5

¹¹ Onder vergunningen wordt de herziening van bestemmingsplannen en de verlening van vrijstellingen ex artikel 19 van de WRO mede begrepen. Ik verwijs naar Hoofdstuk 1, artikel 1 sub p.

Hoewel op de gemeente Leiden dus wel inspanningsverplichtingen lijken te rusten, zijn aan de schending daarvan geen contractuele consequenties verbonden. Hoewel dat in de bestuursovereenkomst niet expliciet is bepaald, lijkt het erop dat dat alles te maken heeft met het feit dat met de gemeente Leiden nog overeenstemming bereikt moest worden over de inhoud van een aanvullende overeenkomst. Voor deze uitleg kan steun gevonden worden in hoofdstuk 8 van de bestuursovereenkomst. Artikel 1 bepaalt dat iedere partij de overeenkomst kan ontbinden indien niet uiterlijk op 1 juli 2006 een tweede, aanvullende bestuursovereenkomst met de gemeente Leiden tot stand is gekomen.

Aangezien de tweede bestuursovereenkomst niet (tijdig) tot stand is gekomen, is de gemeente Leiden bevoegd de bestuursovereenkomst met inachtneming van de bepalingen van de bestuursovereenkomst te ontbinden. Ik teken daarbij aan dat dit oordeel is gebaseerd op de tekst van de bestuursovereenkomst en de informatie die ik heb ontleend aan uw concept advies.

Gevolg van de ontbinding is dat de gemeenten niet langer verplicht zijn aan de totstandkoming van de RijnGouweLijn financieel bij te dragen.¹² In uw concept advies maakt u nog melding van de regeling met betrekking tot onvoorziene omstandigheden.¹³ In aanvulling op hetgeen u hierover reeds opmerkt, wijs ik erop dat het niet tot stand komen van een aanvullende overeenkomst een omstandigheid is waarmee in de bestuursovereenkomst uitdrukkelijk rekening is gehouden. Partijen zijn in dat geval immers gerechtigd de bestuursovereenkomst te ontbinden. Van een onvoorziene omstandigheid kan dan naar mijn mening geen sprake zijn. Ik verwijst naar artikel 6:258 BW en de jurisprudentie die zich ten aanzien van de toepassing van dit artikel heeft gevormd.

4. Conclusie

In uw concept advies concludeert u dat de provincie over instrumenten beschikt om daarwerkelijke realisatie van de RijnGouweLijn af te dwingen. Die conclusie onderschrijf ik.

Aangezien het instrumentarium dat de provincie daartoe tot haar beschikking heeft in de (nieuwe) Wro zal worden verbeterd, heeft het voor de provincie belangrijke voordelen inwerkingtreding van de (nieuwe) Wro af te wachten. Zowel onder de (huidige) WRO als onder de (nieuwe) Wro zal de financiële uitvoerbaarheid verzekerd moeten zijn. Tot op heden blijkt deze uit de bestuursovereenkomst. Voor zover de bestuursovereenkomst zou worden ontbonden, zal de provincie vanwege het (mogelijk) vervallen van (een aantal van) de gemeentelijke bijdragen, op zoek moeten naar alternatieve financiering. Voor zover deze beschikbaar zal blijken te zijn, geldt uiteraard dat de gemeente kan trachten via juridische procedures de verwezenlijking van de RijnGouweLijn te vertragen en/of te verhinderen. Dit is niet de plaats om een analyse te maken van de proceskansen van de gemeente Leiden.

¹² Hoofdstuk 9 (voortdurende verplichting) is naar mijn oordeel niet van toepassing op de bijdrageverplichting van de gemeenten.

¹³ Hoofdstuk 8, artikel 2.

pagina 7

Mocht u nog vragen of opmerkingen hebben, neemt u dan gerust contact met mij op.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'T.E.P.A. Lam', written over a horizontal line.

T.E.P.A. Lam
advocaat

c.c. Prof. mr. N.S.J. Koeman