

De Gemeentestem, Onderliggende stukken exploitatieplan altijd openbaar?

Bijgewerkt tot 2011-08-02.

Gst. 2011/712011-08-02Mr. M.R.J. Baneke en mr. J. de Roos

Onderliggende stukken exploitatieplan altijd openbaar?

Auteur: Mr. M.R.J. Baneke en mr. J. de Roos¹

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stemt in beroepsprocedures tegen exploitatieplannen niet in met eenzijdige kennisneming, als bedoeld in art. 8:29 Awb, van financiële gegevens die aan die exploitatieplannen ten grondslag liggen. De Afdeling is van oordeel dat het belang van appellanten om hun beroep tegen het besluit tot vaststelling van een exploitatieplan te onderbouwen zwaarder weegt dan het financiële belang van de gemeente dat ermee is gediend om dergelijke documenten niet kenbaar te maken aan de appellanten (en daarmee in de praktijk openbaar te maken). Deze benadering verdient heroverweging.

1. Inleiding

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) verzoekt gemeenten in beroepsprocedures tegen exploitatieplannen om overlegging van de stukken die aan het exploitatieplan ten grondslag liggen. Daarbij kan gedacht worden aan de taxatierapporten waarin de geraamde inbrengwaarden concreet per perceel staan vermeld en de documenten waaruit blijkt welke kosten zijn geraamd voor de realisatie van concreet benoemde openbare voorzieningen. De Afdeling heeft inmiddels in ten minste vier beroepsprocedures tegen exploitatieplannen geoordeeld dat het belang van appellanten bij openbaarmaking van de stukken (per definitie) zwaarder weegt dan het financiële belang van de gemeente bij geheimhouding daarvan. Deze beleidslijn, welke blijkt uit de uitspraak van de Afdeling van 9 februari 2011² en soortgelijke besluiten op verzoeken van andere gemeenten waarin nog geen uitspraak is gedaan, is in strijd met de wetsgeschiedenis.

2. Wettelijk kader

De Afdeling kan in beroepsprocedures partijen verzoeken om schriftelijke inlichtingen te geven (art. 8:28 Awb) of schriftelijke stukken te verstrekken (art. 8:45 Awb), waarna de desbetreffende partij verplicht is om de verlangde inlichtingen te geven respectievelijk stukken over te leggen. Partijen die bezwaar hebben tegen het overleggen van bepaalde stukken kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de Afdeling mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de bedoelde inlichtingen of stukken (art. 8:29 lid 1 Awb). De (geheimhoudingskamer van de) Afdeling beslist vervolgens of de weigering, dan wel het verzoek om beperkte (in feite: eenzijdige) kennisneming gerechtvaardigd is (art. 8:29 lid 3 Awb). Deze beslissing wordt in de regel binnen circa twee weken aan de betrokken partij toegezonden, zonder dat het verzoek op een zitting is behandeld en zonder dat de andere betrokken partijen daaromtrent zijn gehoord. Wel bepaalt de wet dat indien de Afdeling heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, er slechts met toestemming van de andere partijen mede op grondslag van die inlichtingen of stukken uitspraak kan worden gedaan. Wordt die toestemming geweigerd, dan wordt de zaak verwezen naar een andere kamer (art. 8:29 Awb).

Noch de Awb, noch de Wro verstrekken een nadere omschrijving van de aard van de gewichtige redenen die eenzijdige kennisneming of algehele weigering van toezending van bepaalde informatie kunnen rechtvaardigen. Daarvoor wordt verwezen naar de Wet openbaarheid van bestuur. Zo bepaalt art. 8:29 Awb dat gewichtige redenen *voor een bestuursorgaan* in ieder geval niet aanwezig zijn voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan om een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen (art. 8: 29 Awb). Dat lijkt ons vanzelfsprekend. Het zou immers zinloos zijn als de Afdeling instemt met een weigering of met eenzijdige kennisname, terwijl de appellant het document simpelweg met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur kan opvragen.

Een exploitatieplan moet ten minste een raming van de inbrengwaarde van de gronden bevatten (art. 6.13 lid 1 onderdeel c.1 Wro). Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet Wijziging van de Wet ruimtelijke ordening inzake grondexploitatie³ kan worden afgeleid dat de inbrengwaarde naar de bedoeling van de wetgever door een onafhankelijke deskundige dient te worden getaxeerd en uit de uitspraak van de Afdeling van 9 februari 2011⁴ inzake een exploitatieplan van de gemeente Nunspeet kan worden afgeleid dat deze raming gebaseerd moet zijn op een schriftelijk en gemotiveerd advies van een onafhankelijke deskundige. Daaruit volgt echter niet dat gemeenten gehouden zijn het desbetreffende advies c.q. taxatierapport ook openbaar te maken.

Op de voorbereiding van het besluit tot vaststelling van een exploitatieplan is wel afdeling 3.4 Awb van toepassing. Daarin is bepaald dat het ontwerp van het te nemen besluit met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp ter inzage moeten worden gelegd (art. 3:11 lid 1 Awb). Daaraan wordt in de Awb echter onmiddellijk toegevoegd dat art. 10 WOB van overeenkomstige toepassing is. Indien op grond daarvan bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, moet daarvan ingevolge art. 3:11 lid 2 Awb mededeling worden gedaan. De wettelijke regeling tot vaststelling van het exploitatieplan voorziet dus in de mogelijkheid dat bepaalde stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, toch niet ter inzage worden gelegd in verband met de belangen zoals omschreven in art. 10 WOB.

Volgens art. 10 lid 2 onderdeel b WOB blijft het verstrekken van informatie achterwege als het belang daarvan niet opweegt tegen de economische of financiële belangen van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bepaalde bestuursorganen. Voor de vraag of de stukken die hebben gediend ter voorbereiding van het besluit tot vaststelling van het exploitatieplan kenbaar moeten worden gemaakt aan derden, moet dus een belangenafweging worden gemaakt tussen het belang van de appellante bij openbaarmaking van de stukken enerzijds en het financiële en economische belang van de gemeente bij geheimhouding anderzijds.

3. Wetsgeschiedenis

De wetgever heeft reeds bij de totstandkoming van de Wro onderkend dat een dergelijke belangenafweging zal moeten plaatsvinden in het kader van het al dan niet openbaar maken van de aan het exploitatieplan ten grondslag liggende stukken. Zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wro dat wanneer het belang van het verstrekken van informatie niet opweegt tegen de financiële belangen van een overheidsorgaan openbaarmaking achterwege blijft. Daarbij wordt verwezen naar art. 10 lid 2 onderdeel b WOB.

De memorie van toelichting vervolgt dan:

‘Te denken valt aan sommige inbrengwaarden, en de raming van kosten van verwerving en aanbesteding. Openbaarmaking van specifieke schattingen kan de positie van de gemeente bij de aanbesteding van openbare werken en bij verwerving van onroerende zaken verzwakken. Anderzijds heeft niet-openbaarmaking een nadelig effect op de rechtsbescherming van derden. Dit dilemma speelt vooral bij de voorbereiding van een exploitatieplan. Bij een beroep of hoger beroep tegen een exploitatieplan zullen ingevolge de art. 8:42 en art. 8:45 Awb alle gegevens, al dan niet op verzoek van de rechter overgelegd moeten worden. De gemeente dient zich te realiseren dat geheimhouding van gegevens in een exploitatieplan leidt tot een grotere kans dat beroepen worden ingesteld. Bovendien zal het effect maar tijdelijk zijn. Ook op dit punt zal het wetsvoorstel leiden tot een grotere transparantie van het gemeentelijk grondbeleid.’⁵

Hier wijst de minister enerzijds op de belangenafweging als bedoeld in art. 10 lid 2 onderdeel b WOB en anderzijds op de plicht om te voldoen aan een verzoek van de rechter tot overlegging van bepaalde stukken.

Nadien heeft de minister echter, naar aanleiding van opmerkingen uit de Tweede Kamer over de wenselijkheid om in

verband met financiële belangen van een overheidsorgaan bepaalde gegevens niet openbaar te maken, uitdrukkelijk geantwoord dat er steeds een concrete afweging tussen die belangen moet worden gemaakt:

‘Het toetsingskader is hier in de eerste plaats art. 10, tweede lid, onder b van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB). Op grond van deze bepaling kan het verstrekken van informatie in concrete gevallen achterwege worden gelaten voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de economische of financiële belangen van het betreffende bestuursorgaan. Deze zogenaamde relatieve weigeringsgrond houdt in dat steeds een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van openbaarmaking en het belang van bescherming van de financiële gegevens van het bestuursorgaan. Naast deze belangenafweging op grond van de WOB zal de rechter ook bezien of een goede beoordeling van het plan ook mogelijk is zonder openbaarmaking van de financiële gegevens. Ik kan deze mogelijkheid zeker geen dode mus noemen. Zoals hiervoor aangegeven, zal per geval moeten worden beoordeeld of de geheimhouding van de financiële gegevens uit het exploitatieplan gerechtvaardigd is. Het is dus zeker niet uit te sluiten dat de beoordeling in een concreet geval alsnog leidt tot openbaarmaking van deze gegevens.’⁶

Later is de kwestie nog aan de orde gekomen bij de publicatie van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro). De toelichting bij het Bro geeft een duidelijke aanwijzing omtrent welke onderliggende stukken bij exploitatieplannen *in beginsel* openbaar zouden moeten zijn:

- de ten behoeve van het (deel)plan geschatte totale kosten voor verwerving, bouw- en woonrijp maken en voorbereiding toezicht en uitvoering en fondsafdrachten op totalen per jaarschijf;
- de ten behoeve van het (deel)plan gerealiseerde en nog te realiseren kosten, en het percentage gerealiseerde kosten per jaarschijf;
- de ten behoeve van het (deel)plan geschatte totale opbrengsten, de uitgifteprijs per categorie en de opbrengsten per opbrengstcategorie;
- de totale opbrengsten van de exploitatiebijdragen en de wijze van toerekening naar de eigenaren ten behoeve van het (deel)plan.

Vermeldenswaardig is dan nog dat de toelichting uitdrukkelijk vermeldt:

‘De uitzonderingsgrond op openbaarheid in verband met de economische of financiële belangen van de gemeente, als bedoeld in art. 10, tweede lid onder b, van de Wet openbaarheid van bestuur, kan in veel gevallen van toepassing zijn op de kosten van geraamde verwerving en de kosten van nog aan te besteden werken en diensten.’⁷

4. Uitspraak van 9 februari 2011

In de reeds genoemde uitspraak van de Afdeling van 9 februari 2011 (opgenomen hierna onder *Gst.* 2011/72) had de raad van de gemeente Beverwijk de Afdeling verzocht om toepassing van art. 8:29 Awb met betrekking tot rapporten waarin financiële taxaties stonden die hadden gediend als grondslag voor de vaststelling van het exploitatieplan. De geheimhoudingskamer van de Afdeling heeft dit verzoek afgewezen. Deze beslissing wordt herhaald in de uitspraak. De Afdeling overweegt:

‘Daartoe heeft de Afdeling overwogen dat de stukken door de raad zijn gebruikt bij de vaststelling van het exploitatieplan, in het bijzonder voor de raming van de hoogte van de inbrengwaarden, en dat de vaststelling van een exploitatieplan een besluit is waartegen beroep kan worden ingesteld. Voorts kan hetgeen is bepaald in het exploitatieplan financiële consequenties hebben voor grondeigenaren in het exploitatiegebied. De Afdeling heeft het belang van grondeigenaren bij de mogelijkheid een beroep tegen het exploitatieplan te onderbouwen vanwege hun daarmee gemoeide financiële belangen, gegeven de wettelijk voorzien mogelijkheid van rechtsbescherming tegen het exploitatieplan, groter geacht dan het financiële belang van de gemeente dat is gediend met beperking van de kennisneming van voornoemde stukken. De Afdeling heeft in dit verband gewezen op haar uitspraak van 16 december 2009, nr. 200809388/1/H3, waarin een vergelijkbare vraag, maar dan in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur, aan de orde was.’

De verwijzing naar de uitspraak van 16 december 2009 gaat naar ons oordeel niet helemaal op.

In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat een verzoek om openbaarmaking van een planschaderisicoanalyse niet mocht worden afgewezen vanwege de financiële belangen van de gemeente, omdat (destijds) art. 49 WRO een objectieve maatstaf bevatte voor de toewijzing van planschadevergoeding. Openbaarmaking van een planschaderisicoanalyse zou daarin geen verandering brengen, zodat het belang van de gemeente niet zou worden geschaad, aldus de Afdeling.

Toewijzing van planschadevergoeding wordt met een besluit van het college van burgemeester en wethouders vastgesteld. Dat besluit kan weliswaar door de rechter worden getoetst, maar dat neemt niet weg dat het gaat om een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling. Bij verwerving van onroerende zaken hebben we te maken met overeenkomsten: tweezijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen waarvoor aanbod en aanvaarding door beide partijen noodzakelijk zijn. Daartegen kan weliswaar worden ingebracht dat de overheid tot onteigening kan overgaan, in welk geval aanvaarding door de grondeigenaar niet noodzakelijk is, maar dat neemt niet weg dat de onteigenende partij altijd eerst zal moeten pogen minnelijke overeenstemming te bereiken over verwerving van de benodigde grond.

Bij andere kosten die van belang zijn in een exploitatieplan is de overheid in ieder geval afhankelijk van marktpartijen. Te denken valt aan de kosten van bouw- en woonrijp maken (al dan niet na aanbesteding). Hetzelfde geldt voor de uitgifteprijs en de geschatte opbrengsten per opbrengstcategorie. Dat zijn allerm minst objectief bepaalde grootheden; de gemeente is daarbij afhankelijk van ‘de markt’. Zij heeft geen instrumenten waarmee zij marktpartijen kan dwingen om bij een aanbesteding in te schrijven voor een prijs die zij, gemeente, objectief juist acht.

Het behoeft geen betoog dat de inschrijving op een aanbesteding kan worden beïnvloed wanneer bekend is welk bedrag de gemeente voor het werk heeft gereserveerd.

Bij onderhandelingen over verwerving is het buitengewoon plezierig voor de verkopende partij om te weten welk bedrag de gemeente voor aankoop heeft gereserveerd.

In beide gevallen is het risico reëel dat de wederpartij van de gemeente het bedrag dat in het exploitatieplan is begroot als vertrekpunt zal beschouwen (*dat is vast binnen*) en van daaruit een hogere prijs zal bedingen. Andersom: de kans is niet erg groot dat een aannemer voor een lager bedrag zal inschrijven dan de gemeente heeft begroot (dat zou hooguit kunnen gebeuren vanuit concurrentieoverwegingen) en het lijkt redelijkerwijs ondenkbaar dat een grondeigenaar met een lagere aankoopssom genoeg zal nemen dan de gemeente heeft begroot. Een hoger bedrag ligt vanzelfsprekend wel in de rede.

De gemeente zal er aldus in zijn algemeenheid belang bij hebben de aan het exploitatieplan ten grondslag liggende stukken niet openbaar te maken. De daarmee gemoeide belangen van de gemeente kunnen naar ons oordeel in voorkomende gevallen wel degelijk zwaarder wegen dan de belangen van de eigenaren van gronden in het exploitatiegebied bij openbaarmaking.

5. Rechtspraak omtrent financiële uitvoerbaarheid bestemmingsplan

De benadering van de Afdeling komt erop neer dat het belang van de grondeigenaar bij openbaarmaking van de onderliggende stukken, inhoudende dat hij het beroep tegen het exploitatieplan (beter) kan onderbouwen, in zijn algemeenheid zwaarder weegt dan het financiële belang van de gemeente dat is gediend met beperkte kennisneming van die stukken. Deze lijn wijkt af van de koers die de Afdeling – in ieder geval tot januari 2010 – aanhield bij de beoordeling van verzoeken om geheimhouding met betrekking tot de financiële gegevens over de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan waarbij de beoordeling niet plaatsvond in het kader van een beroep tegen een exploitatieplan.

In haar uitspraak van 20 januari 2010⁸ verwierp de Afdeling een hoger beroep tegen een uitspraak van Rb. Utrecht, waarbij een verzoek om openbaarmaking van berekeningen inzake de ontwikkeling van ziekenhuislocaties in de gemeente Amersfoort door het college van burgemeester en wethouders van die gemeente was afgewezen met een beroep op art. 10 lid 2 onderdeel b WOB. De Afdeling overwoog:

‘Na met toepassing van art. 8:29 Awb kennis te hebben genomen van de overeenkomst waarvan openbaarmaking is verzocht, is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat deze gegevens bevat met betrekking tot de economische en financiële belangen van het college. Nu openbaarmaking van een document op grond van de WOB ertoe leidt dat dit voor een ieder openbaar zal zijn, kunnen derde partijen bij inwilliging van het verzoek van [appellanten] hun onderhandelingspositie ten opzichte van de gemeente op de overeenkomst afstemmen. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat het belang van het college ook gelegen is in de financiële afwikkeling van mogelijke onteigeningen in de toekomst en de uitgifte van gronden ten behoeve van de realisatie van geplande bouwprojecten. De rechtbank heeft daarom met juistheid overwogen dat aannemelijk is dat kennisneming van de overeenkomst inzichten kan verschaffen waarmee de onderhandelingspositie van de gemeente onder druk komt te staan en de realisatie van toekomstige projecten in gevaar kan worden gebracht.’

In soortgelijke bewoordingen had de Afdeling in haar uitspraak van 18 februari 2009⁹ een weigering om inzage in de berekeningen met betrekking tot de ontwikkeling van ziekenhuislocaties in de gemeente Amersfoort in stand gelaten. Daarin overwoog de Afdeling, nog krachtiger:

‘De rechtbank heeft terecht overwogen dat niet onaannemelijk is dat derden, die gegadigd zijn om de ontwikkeling van de locaties ter hand te nemen, hun biedingen op de vermelde bedragen zullen afstemmen en dat dat tot lagere biedingen zal kunnen leiden. Aannemelijk is voorts dat de onderhandelingspositie van de gemeente in dat geval nadelig wordt beïnvloed, waardoor de financiële belangen van de gemeente in ernstige mate kunnen worden geschaad.’

De omstandigheid dat de onderhandelingspositie van de gemeente onder druk kon komen te staan doordat aannemelijk was dat derde partijen hun biedingen aan de gemeente zouden afstemmen op de verkregen informatie vormde een voldoende rechtvaardiging voor een beroep op art. 10 lid 2 onderdeel b WOB. Kennelijk ligt dat bij een beroep tegen de vaststelling van een exploitatieplan anders.

6. Conclusie

De Afdeling oordeelt aldus steeds, zonder onderzoek naar de specifieke en concrete belangen van de gemeente en appellant(en), dat het belang van de appellant die ageert tegen een exploitatieplan (in zijn algemeenheid) zwaarder weegt dan de belangen van de gemeente.

Deze benadering van de Afdeling conflicteert met het wettelijke stelsel en hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad en verdient ons inziens heroverweging. De omstandigheid dat de Afdeling strenge eisen stelt aan de ontvankelijkheid van een appellant tegen een exploitatieplan (alleen degene die eigendommen binnen het exploitatiegebied heeft, of die een anticipatoire overeenkomst met de gemeente heeft gesloten geldt als belanghebbende) doet daar niet aan af. Het grote bezwaar voor gemeenten is dat de informatie na verstrekking aan die appellant 'op straat ligt'. Mede in verband met de herhaalde uitdrukkelijke verwijzing naar art. 10 lid 2 onderdeel b WOB in de parlementaire geschiedenis van de Wro en het Bro is een concrete belangenafweging per individueel geval de aangewezen weg.

Een concrete en gemotiveerde individuele beoordeling van een voorgelegde vraag is overigens ook niet vreemd aan de taak van de rechter!

Voetnoten

- 1 Mr. M.R.J. Baneke en mr. J. de Roos zijn advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Nijmegen.
- 2 ABRvS 9 februari 2011, nr. 200904489/1/R1, *LJN* BP3699, *Gst.* 2011/72.
- 3 *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218 D en de nota van toelichting bij art. 6.2.3 Bro, *Stb.* 2008, 145, p. 70-71.
- 4 ABRvS 9 februari 2011, nr. 200907364/1/R2, *LJN* BP3700.
- 5 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 18.
- 6 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 218, nr. 6, p. 17.
- 7 Nota van toelichting bij het Bro, *Stb.* 2008, 145, p. 43.
- 8 ABRvS 20 januari 2010, nr. 200904051/1/H3, *LJN* BK9922.
- 9 ABRvS 18 februari 2009, nr. 200803802/1, *LJN* BH3263.