MEMO

[redacted]

AAN De gemeente Landsmeer
[redacted]

VAN [redacted]

DATUM 28 maart 2023
ONS KENMERK 1010716
ONDERWERP Gemeente Landsmeer / Advies Dorpsstraat 12-14

Inleiding en vraagstelling

1. De gemeente Landsmeer (de "***Gemeente***") heeft ons gevraagd te adviseren over een kwestie die speelt ten aanzien van de (woningen aan de) Dorpsstraat 12-14 te Landsmeer. Kort samengevat vraagt de Gemeente zich af welk bestuursorgaan bevoegd is tot het besluiten een bestaande overeenkomst te wijzigen. Deze 'bestaande overeenkomst' ziet in dit geval op de op 12 december 2013 gesloten realisatieovereenkomst (de "***Realisatieovereenkomst***") met Tetteroo Bouw & Projectontwikkeling B.V. ("***Tetteroo***" of "***Ontwikkelaar***"). De Gemeente vraagt zich daarnaast af onder welke omstandigheden een beroep kan worden gedaan op het boetebeding uit art. 10.6 van de Realisatieovereenkomst en of de bestuursrechtelijke besluitvorming die aan de wijzing van de overeenkomst vooraf is gegaan, juridisch juist is verlopen.

2. Wij beantwoorden in dit advies de volgende vragen:

   I. Is de wijziging van de Realisatieovereenkomst een raad of collegebevoegdheid?
   II. In hoeverre is de wijzigingsovereenkomst uit mei 2021 en was het collegebesluit uit 2017 rechtsgeldig?
   III. Kan de Gemeente een beroep doen op het boetebeding uit de Realisatieovereenkomst?

3. Wij geven eerst de voor dit advies relevante feiten weer. Daarna maken wij een juridische analyse die hierop is toegespitst, met een antwoord op bovenstaande vragen.

Relevante feiten

4. De Gemeente heeft op 12 december 2013 de Realisatieovereenkomst gesloten. Op grond van de Realisatieovereenkomst was de Ontwikkelaar gehouden om twee bestaande woningen te renoveren en vier nieuwe woningen te realiseren.

5. Zo blijkt uit art. 3.1 van de Realisatieovereenkomst:

   "De Ontwikkelaar verplicht zich binnen het Exploitatiegebied 6 woningen (2 bestaand en 4 nieuw) met 12 parkeerplaatsen te realiseren volgens tekeningen W3 0533-vo 01 t/m 03 d.d. 19-11-2013

#55214308v6In Nederland wordt de praktijk uitgevoerd door AKD N.V., statutair gevestigd in Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitslui ing van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van AKD N.V. van toepassing die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 26/2022 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op https://www.akd.eu/.

en de aanvraag voor de omgevingsvergunning zodanig in te dienen dat deze zijn gelegen binnen de op tekening nr. wwg-up 13002-02 d.d. 11-12-2013 aangegeven bouwgrenzen."

6. Omdat de Ontwikkelaar bij nader inzien liever de twee bestaande woningen wilde gaan slopen om in plaats daarvan nieuwe woningen te realiseren, zijn partijen in overleg getreden over wijziging van de Realisatieovereenkomst. De Realisatieovereenkomst regelt in artikel 8 het volgende over wijzigingen:

   "*8.1 Deze overeenkomst kan slechts worden gewijzigd, indien Partijen over de inhoud van de wijziging unanieme overeenstemming hebben bereikt.*

   8.2 Onder wijziging wordt verstaan, iedere verandering in hetgeen partijen in of krachtens deze overeenkomst met zoveel woorden zijn overeengekomen.

   8.3 Een wijziging is slechts van kracht, indien deze schriftelijk tot stand is gekomen."

7. Het college van burgemeester en wethouders (het "***college***") heeft vervolgens op 28 november 2017 besloten tot (medewerking aan) het wijzigen van de Realisatieovereenkomst. In het collegebericht dat ten grondslag heeft gelegen aan dit besluit, lezen wij:

   "*De voormalige graanmalerij van Roele wordt op dit moment herontwikkeld. Vier woningen zijn op dit moment in aanbouw. De twee voormalige bedrijfswoningen aan de kant van de Dorpsstraat zouden worden gerenoveerd. Hiertoe heeft het college, na instemming van de raad december 2013 een overeenkomst gesloten. Hierna is via een omgevingsvergunning betreffende deze locatie en het bestemmingsplan Het Lint 2015 dit ook planologisch mogelijk gemaakt. De ontwikkelaar heeft recent een officieel verzoek ingediend om de 2 woningen niet te renoveren, maar om 2 nieuwbouw woningen neer te zetten binnen de mogelijkheden van het bestemmingsplan. Om dit op mogelijk te maken dient de overeenkomst te worden gewijzigd.*"

8. Op basis van dit besluit is vervolgens een conceptwijzigingsovereenkomst opgesteld. Dit collegebesluit (van 28 november 2017, waarbij ingestemd is de wijziging) is echter nadien weer ingetrokken.[1] Het eerste concept van de wijzigingsovereenkomst is bovendien nooit (door beide partijen) ondertekend.

9. In mei 2021 is vervolgens een nieuw collegebesluit genomen voor de wijziging van de Realisatieovereenkomst (dat het collegebesluit uit 2017 vervangt). Naar aanleiding daarvan is een nieuwe conceptwijzigingsovereenkomst opgesteld. Dit stuk – de "***Wijzigingsovereenkomst***" – is uiteindelijk op 29 juni 2021 door de Gemeente en door Vicarus B.V. ("***Vicarus***") ondertekend. Bij e-mail van 9 maart 2023 heeft de Gemeente ons laten weten dat Vicarus de contractuele positie van Tetteroo heeft overgenomen. Voor deze overname is een akte nodig en een instemmingsbesluit van de Gemeente. Ons is niet gebleken dat deze voorhanden zijn. Als dat er geen akte en/of instemmingsbesluit is, dan is geen sprake van contractovername maar van nieuwe afspraken waarbij de oude afspraken onderdeel zijn geworden van de nieuw afspraken. De

[1] Zie raadsinformatiebrief Landsmeer d.d. 4 mei 2021.

rechtsgevolgen verschillen dan nogal. Bij contractovername treedt de rechtsopvolger in de rechten en plichten van de rechtsvoorganger. Bij een nieuwe afspraak waarbij de oude afspraken onderdeel zijn geworden van de nieuwe afspraken bestaat er geen enkele rechtsrelatie tussen de eerste contractpartij en de nieuwe contractpartij. Het voorgaande is bijvoorbeeld van belang bij tekortkomingen van de eerste contractpartij. Bij contractovername kan de rechtsopvolger aangesproken worden voor tekortkomingen van zijn voorganger (tenzij dit contractueel is uitgesloten), bij nieuwe afspraken niet.

Juridische analyse

Vraag 1: Is het besluiten tot wijziging van de Realisatieovereenkomst een raad of collegebevoegdheid?

10. De Gemeente vraagt zich af of het college bevoegd was om te besluiten tot het wijzigen van de Realisatieovereenkomst. Op grond van art. 160 lid 1, onderdeel d van de Gemeentewet is het college van burgemeester en wethouders bevoegd tot het besluiten tot privaatrechtelijk rechtshandelingen van de gemeente:

> "*Het college is in ieder geval bevoegd:*
> *(…)*
>
> *d. tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten"*

11. Onder art. 160 lid 1, onderdeel d Gemeentewet valt ook het besluiten tot het sluiten van de Wijzigingsovereenkomst. Dit is namelijk een privaatrechtelijke rechtshandeling.

12. Dat betekent echter niet dat de gemeenteraad (de "***raad***") in alle gevallen buiten beschouwing kan/mag worden gelaten. De bevoegdheden uit art. 160 lid 1 Gemeentewet vereisen in sommige gevallen betrokkenheid van de raad. Dit heeft wel slechts interne werking en kan Ontwikkelaar niet worden tegengeworpen (dit werken wij hieronder verder uit). Deze betrokkenheid is geregeld in art. 169 Gemeentewet, meer specifiek in lid 4. In art. 169 Gemeentewet staat (met onderstrepingen AKD):

> 1. *Het college en elk van zijn leden afzonderlijk zijn aan de raad verantwoording schuldig over het door het college gevoerde bestuur.*
> 2. *Zij geven de raad alle inlichtingen die de raad voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft.*
> 3. *Zij geven de raad mondeling of schriftelijk de door een of meer leden gevraagde inlichtingen, tenzij het verstrekken ervan in strijd is met het openbaar belang.*
> 4. *Zij geven de raad vooraf inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 160, eerste lid, onder e, f, g en h, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.*

> *5. Indien de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in artikel 160, eerste lid, onder f, geen uitstel kan lijden, geven zij in afwijking van het vierde lid de raad zo spoedig mogelijk inlichtingen over de uitoefening van deze bevoegdheid en het terzake genomen besluit.*

13. Het college dient dus – onder omstandigheden – *voorafgaand* aan het uitoefenen van een bevoegdheid, bedoeld in artikel 160, eerste lid, onder e, f, g en h de raad daarover in te lichten.[2]

14. Volgens art. 169 lid 4 Gemeentewet dient het college voorafgaande inlichtingen te geven in twee gevallen: wanneer de raad daarom vraagt en/of wanneer het uitoefenen van de bevoegdheid (lees: het besluiten tot het wijzigen van de overeenkomst) ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. Als het wijzigen van de overeenkomst ingrijpende gevolgen kan hebben voor de Gemeente, mag het college bovendien het besluit daartoe niet nemen totdat de raad daar iets over heeft kunnen zeggen.

15. Wij hebben in dit kader niet van de Gemeente vernomen dat de raad heeft verzocht om voorafgaande inlichtingen. Daarnaast begrijpen wij uit het collegevoorstel van 4 mei 2021 – en heeft de Gemeente richting ons bevestigd – dat het wijzigen van de overeenkomst past binnen de gemeentelijke regelgeving en geen financiële gevolgen heeft. Het college heeft naar aanleiding daarvan geoordeeld dat het wijzigen van renovatie in nieuwbouw geen ingrijpende gevolgen heeft. Mede gezien de (geringe) aard van de voorgenomen wijziging (het gaat slechts om het slopen van twee woningen in plaats van renoveren), kunnen wij die conclusie volgen.

16. Daarbij geldt bovendien dat (het niet voldoen aan) art. 169 Gemeentewet slechts interne werking heeft. Artikel 169 Gemeentewet regelt de interne verantwoordingsplicht van het college (en zijn leden) tegenover de raad.[3] De bepaling heeft geen externe werking. Hoewel wij ons kunnen voorstellen dat het op politiek vlak gevolgen heeft, heeft het niet betrekken van de raad in dit geval geen juridische gevolgen. Ook al zou de wijzigingsovereenkomst dus ingrijpende gevolgen hebben (gehad) en zou de raad niet voorafgaand zijn geïnformeerd, is dat geen reden waarom het besluit tot wijzigen van de overeenkomst niet rechtsgeldig zou zijn (tegenover de Ontwikkelaar).

Vraag 2: In hoeverre *is* de Wijzigingsovereenkomst en *was* het collegebesluit uit 2017 rechtsgeldig?

17. Voor de rechtsgeldigheid van de wijzigingsovereenkomst uit 2021 gelden twee vereisten: een besluit van het college en ondertekening door de burgemeester (art. 171 Gemeentewet) en de Ontwikkelaar. Aan die voorwaarden is voldaan. De Wijzigingsovereenkomst is namelijk ondertekend door de burgemeester en namens de bestuurder van Ontwikkelaar. Het college heeft besloten tot het wijzigen van de overeenkomst,

[2] Hoewel het besluiten tot privaatrechtelijk rechtshandelingen in art. 160, eerste lid, onder d (en dus niet e, f, g of h) Gemeentewet staat, is art. 169 lid 4 daar toch op van toepassing. Art. 160 Gemeentewet is namelijk met de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren ("***Wrna***") per 1 januari 2020 aangepast. Het oude art. 160 lid 1 sub d (de bevoegdheid tot het schorsen en ontslaan van ambtenaren) is toen geschrapt. De verwijzing uit art. 169 Gemeentewet naar art. 160 Gemeentewet is met die wetswijziging echter niet aangepast. Art. 169 Gemeentewet verwijst dus nog naar het "oude" (lees: vóór invoering van de Wnra) art. 160 Gemeentewet.

[3] Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6254, r.o. 4.6.3.

en dit is zijn bevoegdheid. Een raadsbesluit is daarvoor niet nodig. Bovendien is zeer aannemelijk dat de raad ook niet voorafgaand aan de besluitvorming had hoeven te worden geïnformeerd (en voor zover dat al het geval zou zijn, heeft dit slechts interne werking; zie hiervoor).

> **NB:** Voor zover in de Realisatieovereenkomst en/of de Wijzigingsovereenkomst afspraken worden gemaakt over de uitoefening van bevoegdheden die de raad wél toebehoren (zoals het vaststellen van een bestemmingsplan), doet dit aan de rechtsgeldigheid van de Realisatieovereenkomst niet af. De raad is echter niet gebonden aan die afspraken. De raad zal wel – bij uitoefening van de betreffende bevoegdheid – de Realisatieovereenkomst moeten betrekken in de belangenafweging die zij in het kader van de uitoefening van die bevoegdheid moet maken.

18. De wijzigingsovereenkomst lijkt daarnaast te voldoen aan de voorwaarden die daaraan zijn gesteld in de Realisatieovereenkomst (zie randnummer 6). De wijzigingsovereenkomst is namelijk schriftelijk overeengekomen (art. 8.3) en gezien de handtekeningen van partijen, is tussen hen unanieme overeenstemming over de wijziging bereikt (art. 8.1).

19. Wij hebben gesignaleerd dat het collegebesluit uit 2017 is ingetrokken en daarmee op dit moment niet meer rechtsgeldig is (zie randnummer 7). De Gemeente heeft ons gevraagd of het collegebesluit – vóórdat het is ingetrokken – wel rechtsgeldig was. Wij zien in het collegebesluit staan dat het college besluit om in te stemmen met het collegebericht (naar wij begrijpen het collegebericht 2016-36) en dit voor te leggen aan de gemeenteraad. Van de Gemeente hebben wij begrepen dat de raad *niet* om wensen en bedenkingen is gevraagd, maar slechts is geïnformeerd middels een raadsinformatiebrief.

20. In het collegebericht wordt – naar onze mening terecht – benadrukt dat het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst een bevoegdheid is van het college. Uit de bij ons beschikbare stukken is niet gebleken dat er om inlichtingen is verzocht door de raad. Ook wordt in het collegebericht benadrukt dat het besluit (om de Realisatieovereenkomst te wijzigen) geen ingrijpende gevolgen heeft. Die redenering kunnen wij goed volgen. Er bestaat daarom naar onze mening geen reden om aan te nemen dat het collegebesluit vóór diens intrekking niet rechtsgeldig was. En zelfs al had de raad de gelegenheid geboden moeten worden om zich over het besluit uit te laten, dan werkt dit niet tegenover Ontwikkelaar.

Vraag 3: Kan de Gemeente een beroep doen op het boetebeding uit de Realisatieovereenkomst?

21. Dan resteert de vraag in hoeverre er aanspraak gemaakt kan worden op het boetebeding uit art. 10.6 van de Realisatieovereenkomst. Zoals besproken met [redacted] op 6 december 2022, wenst de Gemeente deze vraag in algemene zin beantwoord te zien. Op dit moment ziet de Gemeente geen reden om de boeteclausule daadwerkelijk te activeren tegenover de Ontwikkelaar.

22. In art. 10.6 Realisatieovereenkomst (de boeteclausule) staat het volgende. Deze bepaling is – volledigheidshalve – met de wijzigingsovereenkomst niet gewijzigd:

> "*Bij overtreding of toerekenbare tekortkoming in de nakoming, hierna te noemen "niet-nakoming" door de Ontwikkelaar ten aanzien van het in deze overeenkomst bepaalde wordt door de Ontwikkelaar, naast schadevergoeding, terstond een opvorderbare boete verbeurd van honderdduizend euro (€100.000,-) voor iedere overtreding of niet nakoming. Deze boete zal verschuldigd zijn door het enkele feit van overtreding of niet nakoming of door enkel verloop van de bepaalde termijn, zonder dat enige ingebrekestelling zal zijn vereist, onverminderd het recht op vergoeding van de (eventueel meer geleden) schade en onverminderd het recht om tegelijk nakoming van de boete en verbintenis te verlangen. Ontwikkelaar is verplicht rechtsopvolgers gelijke verplichtingen op te leggen op straffe van de hiervoor vermelde boete wegens niet-nakoming van deze verplichting(en) en andere gelijke boetebepalingen als hiervoor vermeld.*"

23. Voordat de Gemeente aanspraak kan maken op de overeengekomen boete, moet de Ontwikkelaar tekort zijn geschoten in een verplichting uit de Realisatieovereenkomst. Als de Ontwikkelaar tekortschiet in zijn verplichtingen, verbeurt zij voor elke verplichting die zij overtreedt een boete van € 100.000,-. De Gemeente hoeft daar vervolgens geen ingebrekestelling voor te sturen; de boete is – zodra de Ontwikkelaar tekortschiet – direct opeisbaar. De Gemeente hoeft niet bang te zijn zelf een boete te verbeuren op grond van deze bepaling; art. 10.6 Realisatieovereenkomst richt zich alleen maar aan Ontwikkelaar.

De Gemeente kan naar alle waarschijnlijkheid geen boete (meer) opleggen voor tekortkomingen van Tetteroo

24. Vooropgesteld moet worden dat er een wijzigingsovereenkomst is gesloten. Dit maakt dat het inroepen van de boete wegens het niet renoveren maar nieuw bouwen/slopen reeds om deze reden niet aan de orde kan zijn. Indien we abstraheren van deze overeenkomst, dan is het volgende van belang.

25. De Realisatieovereenkomst is gesloten met Tetteroo. Voorafgaand aan diens faillissement is de wijzigingsovereenkomst gesloten met Vicarus. De Gemeente heeft ons laten weten dat Vicarus de rechtspositie van Tetteroo heeft overgenomen, maar dit zien wij niet in de stukken terug. Het zal in een gerechtelijke procedure aan de Gemeente zijn om aan te tonen dat er sprake is geweest van contractovername (art. 6:159 BW). Nu die stukken er – zo hebben wij begrepen van de Gemeente – niet zijn, verwachten wij dat een rechter hier moeilijk van te overtuigen zal zijn. Het gevolg daarvan is dat naar alle waarschijnlijkheid *jegens Vicarus* geen succesvol beroep meer kan worden gedaan op de boeteclausule *voor zover* dat beroep ziet op tekortkomingen van Tetteroo. Omdat de Realisatieovereenkomst bovendien uit 2013 stamt, en van een stuitingsbrief van de Gemeente in het geheel niet is gebleken, vinden wij het zeer waarschijnlijk dat een beroep op de boeteclausule inmiddels is verjaard. Volgens art. 3:310 BW verjaart de vordering tot nakoming van de verbintenis uit een overeenkomst namelijk vijf jaar (plus één dag) nadat de boete opeisbaar is geworden én de Gemeente bekend was met degene die de boete heeft verbeurd. Dat staat nog los van het feit dat discussie kan ontstaan doordat de Gemeente mogelijk eerder een beroep heeft gedaan op de boeteclausule, maar de boete daarna toch heeft kwijtgescholden. Als dat blijkt te kloppen, kan de Gemeente niet meer – vanwege *diezelfde* tekortkoming – een beroep doen op de boeteclausule.

De Gemeente kan naar onze mening in beginsel wel een boete opleggen bij tekortkomingen door Vicarus

26. De Gemeente kan naar onze mening echter wel een beroep doen op de boeteclausule voor *nieuwe* tekortkomingen (van Vicarus ná het sluiten van de Wijzigingsovereenkomst). Dat heeft ermee te maken dat in de Wijzigingsovereenkomst op verschillende punten wordt verwezen naar (de afspraken uit) de Realisatieovereenkomst, en partijen daar bovendien naar verwijzen als de 'bestaande overeenkomst'. Een rechter zal naar onze verwachting daaruit afleiden dat partijen over en weer van elkaar mochten begrijpen en redelijkerwijs mochten verwachten[4] dat voor Vicarus dezelfde verplichtingen zouden gelden als die voor Tetteroo onder de Realisatieovereenkomst golden (met uitzondering van de met de Wijzigingsovereenkomst gewijzigde bepalingen). Ten overvloede: door de Wijzigingsovereenkomst heeft de Ontwikkelaar op dit moment geen verplichting meer om twee van de zes woningen te renoveren. Voor zover de sloop van de twee woningen in het verleden dus al een tekortkoming opleverde onder de Realisatieovereenkomst, levert die sloop vanaf het moment dat de Wijzigingsovereenkomst is ondertekend geen tekortkoming op jegens Vicarus. Dit kan Vicarus dus ook niet worden tegengeworpen en voor deze sloop kan niet met succes een beroep worden gedaan op de boeteclausule.

27. Ten slotte wijzen wij de Gemeente erop dat een eventueel opgelegde en/of op te leggen boete door de rechter kan worden gematigd (art. 6:94 BW). Vooral gezien de hoogte van de boete in dit geval (€100.000,-) en de verhouding tussen partijen (de overheid vordert dan betaling van de boete) kunnen wij ons voorstellen dat een rechter – als deze boete aan haar wordt voorgelegd – de boete zal matigen. Daarbij plaatsen wij wel de kanttekening dat het aan Ontwikkelaar zal zijn om aan te tonen dat er reden is om de boetes te matigen. Dat is in de regel geen eenvoudige opgave.

[redacted]

[4] Vgl. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*)