

92

Gerechtshof Arnhem

14 oktober 2003

nr. 99/415

(mrs. Steeg, Rijken en Wesseling-Lubberink)

m.nt. M. Harmsen en M.A. Heldeweg

Awb art. 1:3 lid 4 en art. 4:84, Bw art. 3:14, EVRM art. 14 en art. 1, 1e Protocol, Gw art. 1, IVBPR art. 26

Raadsbesluit gronduitgifte als beleidsregel? Schending gelijkheidsbeginsel door hantieren verschillende grondprijzen. (Lichtenvoorde)

Geen inzicht in de vraag aan welke criteria of publieke belangen een gegadigde moest voldoen om voor een bijzondere grondprijs in aanmerking te komen. Onder deze omstandigheden kan niet worden volgehouden dat de door de gemeente nagestreefde, maar niet in enige normering tot uitdrukking gebrachte publieke belangen een objectieve en redelijke rechtsvaardiging vormen voor afwijking van haar gronduitgiftebeleid.

Arrest in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Jos Dusseldorp Holding B.V., gevestigd te Lichtenvoorde, appellante, procureur: mr J.W. Kobossen,

en

de gemeente Lichtenvoorde, zetelend te Lichtenvoorde, geïntimeerde, procureur: mr J.C.N.B. Kaal.

1. Het verdere verloop van het geding

1.1. Voor het verloop van het geding wordt verwezen naar de rotbeschikking van 27 februari 2001.

1.2. De gemeente heeft een conclusie na comparitie genomen.

1.3. Dusseldorp heeft een antwoordmemorie na comparitie tevens houdende producties genomen en daarbij producties in het geding gebracht. De nummering daarvan wordt hieronder aangehouden, tenzij het hof naar producties bij andere processtukken verwijst.

1.4. De gemeente heeft een akte uitlating producties verzocht.

1.5. Vervolgens zijn de stukken wederom overgelegd voor het wijzen van arrest.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1. Verwezen wordt naar en volhard bij het tussenarrest van 2 mei 2000. Daarbij is de gemeente in de gelegenheid gesteld om (zie rechtsoverweging 4.2) gedocumenteerd uiteen te zetten waarom het raadsbesluit van 4 april 1991 met betrekking tot andere situaties dan die met betrekking tot Stork een voor die andere situaties geldende grondprijs heeft vastgesteld, om (zie rechtsoverweging 4.8) een eventuele ongelijkheid te verklaren en om (zie rechtsoverweging 4.9 en 4.11) een cijfermatige onderbouwing te presenteren van het volgens haar gerechtvaardigde prijsverschil.

2.2. In dit kader worden de volgende feiten nader vastgesteld. Bij brief van 28 februari 1991 (productie 1) hebben burgemeester en wethouders aan Stork de verkoop bevestigd van 60.531 m² uit Nieuwe Kamp III voor f 44,- per m² 'behoudens goedkeuring van de raad' en een optie voor de duur van 10 maanden verleend voor de aankoop van plusminus 23.280 m² uit Nieuwe Kamp III voor f 44,- per m². Tezamen komt dit neer op 83.811 m².

Bij schriftelijk voorstel van 26 maart 1991 (productie bij antwoordakte zijdens de gemeente van 9 januari 2001 en tevens gehecht aan het proces-verbaal van comparitie) hebben burgemeester en wethouders aan de raad voorgesteld:

'Als gevolg van de uitbreiding (met Nieuwe Kamp III, hof) van het industrie-areaal is het nodig een nieuwe kostprijberekening vast te stellen.

Bijzonder aan de kostprijberekening is dat verreweg het grootste gedeelte naar één koper (Stork, hof) gaat. Met deze koper is inmiddels overeenstemming bereikt, goedkeuring door Uw raad voorbehouden uiteraard. De effecten zijn in de kostprijberekening verwerkt

De uitgifteprijs kan worden vastgesteld op

f 51,- per m² (exclusief omzetbelasting). De berekeningen liggen voor U ter inzage. Met het bouwrijpmaken van dit gedeelte is een bedrag gemoeid van f 1.244.638,-. Krediet hiervoor moet beschikbaar worden gesteld.
(...)'.

Een en ander blijkt gebaseerd op de volgende twee berekeningen: een Nota FEZ Kostprijsherziening complex Industrierrein en een daarbij behorende Bijlage Berekening prijs grote koper Nieuwe Kamp III (beide producties zijn gehecht aan het proces-verbaal van comparitie).

Volgens de notulen van de vergadering van de Commissie Financiën van 20 maart 1991 (laatste productie bij antwoordakte (verzet vermeerdering eis) tijdens de gemeente d.d. 9 januari 2001) is op die vergadering de vraag gesteld of de grondprijs f 54,- of f 51,- zou worden indien de optie van circa 2 ha geen doorgang zou vinden en is daarop geantwoord dat de grond dan tegen de geldende prijs zou worden verkocht.

Blijkens het ondertekende stempel op het voorstel van 26 maart 1991 heeft de raad op 4 april 1991 dienovereenkomstig besloten. Bij brief van 9 oktober 1991 (productie 3) hebben burgemeester en wethouders aan Stork bericht dat zij tot verkoop hebben besloten.

Bij notariële akte van 29 oktober 1991 (productie 4) heeft de gemeente aan Stork ongeveer 60.531 m² geleverd tegen f 44,- per m².

Van de optie heeft Stork geen gebruik gemaakt. De gemeente heeft de desbetreffende 23.280 m² uit Nieuwe Kamp III aan derden verkocht voor f 51,- per m².

2.3. Anders dan Dusseldorp aanvoert, blijkt uit het voorstel van 26 maart 1991, de verwijzing daarin naar de berekeningen, de Nota FEZ Kostprijsherziening complex Industrierrein en de daarbij behorende Bijlage Berekening prijs grote koper Nieuwe Kamp III, en uit de voormelde notulen, in onderling verband en samenhang bezien, niet alleen duidelijk dat de gemeenteraad op 4 april 1991 de uitgifteprijs voor de andere gegadigden (dan Stork) heeft vastgesteld op f 51,- per m² en een krediet heeft beschikbaar gesteld, maar impliceert dit een en ander eveneens dat de raad door aanvaarding van deze resultante ('Met deze koper is inmiddels overeenstemming bereikt, goedkeuring door Uw raad voorbehouden uiteraard. De effecten zijn in de kostprijsberekening verwerkt.') zijn goedkeuring heeft verleend aan het uitgangspunt dat Stork voor 83.811 m² (koop inclusief optie) een prijs van f 44,- per m² zou betalen. Een afzonderlijk raadsbesluit was reeds daarom niet geboden. De stelling van Dusseldorp, inhoudend

dat volgens het raadsbesluit ook voor Stork een uitgifteprijs gold van f 51,- per m², blijkt dus onjuist.

2.4. Dat er volgens Dusseldorp ten tijde van het raadsbesluit van 4 april 1991 al van werd uitgegaan dat slechts 60.531 m² aan Stork werd verkocht, heeft Dusseldorp niet aangetoond noch te bewijzen aangeboden. Dusseldorp heeft niet aangevoerd waarom destijds bij de gemeente niet langer de verwachting zou hebben (mogen) bestaan dat Stork gebruik zou maken van haar optierecht. De gemeente mocht er op 4 april 1991 nog van uit gaan dat Stork goed was voor de afname van 83.811 m² en mocht dit in haar berekening verdisconteren. Dusseldorp heeft wel verlangd dat de gemeente tot een nadere vaststelling van de gronduitgifteprijs zou zijn overgegaan toen eenmaal bleek dat Stork van haar optierecht geen gebruik zou maken, maar daartoe was de gemeente evenwel in redelijkheid niet gehouden nadat zij op 4 april 1991 gronduitgifteprijsen voor haar gehele industrie-areaal had vastgesteld en evenmin toen aan haar een voordeel toeviel van verkoop van de 23.280 m² aan een derde voor f 51,- per m².

2.5. Naar tussen partijen vaststaat, heeft Dusseldorp, nadat zij ten behoeve van Stork had afgezien van de door haar aanvankelijk beoogde zichtlocatie (zie rechtsoverweging 4.7 van het tussenarrest), toch in totaal omstreeks 3 ha gekocht, namelijk 12.100 m² van de gemeente en 18.595 m² van een particulier en heeft zij voor laatstbedoeld perceel naast de koopprijs ook, op factuur van de gemeente d.d. 4 oktober 1991 (productie gehecht aan het proces-verbaal van comparitie), kosten voor het bouwrijp maken ad in hoofdzaak 18.595 m² x f 27,38 per m² moeten voldoen. Voorzover deze feitenconstellatie aan de vermeerdering van de eis ten grondslag is gelegd, is het verzet daartegen bij rolbeschikking van 27 februari 2001 gegrond verklaard, zodat de kosten van het bouwrijp maken met betrekking tot de 18.595 m² buiten beschouwing zullen blijven.

2.6. Naar de gemeente bij conclusie na comparitie (ad c, derde alinea) heeft gesteld, is het binnen de gemeente in beginsel niet aanvaardbaar dat voor verschillende bestemmingsplannen verschillende uitgifteprijsen worden gehanteerd. Eens te meer brengt het gelijkheidsbeginsel dan mee dat binnen hetzelfde bestemmingsplan van industrierrein in beginsel dezelfde gronduitgifteprijsen in rekening worden gebracht.

2.7. Blijkens voorgaande Nota FEZ met Bijlage heeft de gemeente de volgende berekening (in gulden) gemaakt:

Industrierrein Nieuwe Kamp II 46.892 m²
Industrierrein Nieuwe Kamp III 115.106 m²
161.998 m²
kosten:
totaal Stork
161.998 m² 83.811 m²
(n.l. 73% van 115.106 m²)
boekwaarde (kennelijk II) 1.285.022
grondverwerving (kennelijk III) 2.600.000
1.900.000
bouwrijp maken II 761.923
bouwrijp maken III 1.244.638 910.000
aandeel voorziening III (de daarin voorkomende 200.000 betreft een vergissing:) 750.000 550.000
financieringskosten (4 jaar x 9%) 640.000
130.000
stadsuitleg (2,25 per m²) 364.809 188.500
7.646.392
3.678.500
: 83.811 m²=
44,- per m²:
af: relevante opbrengst Stork 3.128.500
resteren totale kosten 3.967.892
Gedeeld door 78.187 m² levert dit, afgerond, voor de anderen dan Stork een uitgifteprijs op van f 51,- per m².

2.8. In drie opzichten heeft de gemeente onder meer Dusseldorp anders dan Stork behandeld:

A. De gemeente heeft de boekwaarde van Nieuwe Kamp II niet in de berekening voor Stork betrokken. Had zij dat wel gedaan dan zou Stork in plaats van f 1.900.000 een bedrag van (f 1.285.022 + f 2.600.000) : 161.998 m² x 83.811 m² = f 2.009.948 hebben moeten voldoen. In dat geval was het verschil ad (f 2.009.948 - f 1.900.000 =) f 109.948 via de aftrek van de relevante opbrengst Stork stellig ten goede gekomen aan de andere kopers van Nieuwe Kamp III, of in ieder geval voor haar aandeel aan Dusseldorp.

B. De gemeente heeft de kosten van bouwrijp maken van Nieuwe Kamp II ad f 761.923 niet mede over Stork omgeslagen, maar volledig omgeslagen over de andere percelen, waaronder het perceel van Dusseldorp van 12.100 m². Had de gemeente die kosten wel mede over Stork omgeslagen dan was die omslag ad (f 761.923 : 161.998 m² x 83.811 m² =) f 394.187 ten goede gekomen aan de andere kopers van Nieuwe Kamp III, of in ieder geval voor haar aandeel aan Dusseldorp. Verwezen wordt verder naar de rechtsoverwegingen die volgen sub 2.9 en 2.10.

C. De gemeente heeft de financieringskosten niet gelijkelijk verdeeld over alle uit te geven percelen, maar deze voor Stork afzonderlijk gefixeerd op f 130.000,-. De aan Dusseldorp in rekening gebrachte financie-

ringskosten belopen (f 640.000 – f 130.000) : $78.187 \text{ m}^2 \times 12.100 \text{ m}^2 = \text{f } 78.926$. Voor Dusseldorp, die zich vóór Stork als gegadigde had aangemeld, zouden de financieringskosten bij een ten opzichte van Stork gelijke behandeling begroot zijn op: $\text{f } 130.000 : 83.811 \text{ m}^2 \times 12.100 \text{ m}^2 = \text{f } 18.768$. Een en ander zou aan Dusseldorp een voordeel hebben opgeleverd van $\text{f } 78.926 - \text{f } 18.768,-- = \text{f } 60.158$, hetgeen gedeeld door 12.100 m^2 een bedrag ad $\text{f } 4,97$ per m^2 betekent. Het hof voegt hieraan toe dat het hier een andere berekeningswijze volgt dan die onder A en B omdat Dusseldorp en Stork tegelijkertijd gegadigden waren en daarom in ieder geval met betrekking tot de financieringskosten een gelijke behandeling verdienen, terwijl een en ander van de andere gegadigden niet bekend is. Verwezen wordt verder naar de rechts-overweging hierna sub 2.11

2.9. Aspect B heeft de gemeente willen verklaren met de omstandigheid dat Stork ten opzichte van de andere afnemers duidelijk een grootafnemer was en dat de kosten van bouwrijp maken (volgens de namens haar ter comparitie afgelegde verklaring: grondwerk, aanleg riolering en bestrating, openbare verlichting, afwatering, groenvoorzieningen) voor het perceel van Stork relatief geringer waren dan die voor de andere, kleinere percelen.

2.10. Dat Dusseldorp minder grond wilde aankopen dan Stork kan gevolgen hebben voor de door haar te dragen kosten van het bouwrijp maken en op tal van manieren (gelijk, lineair, degressief, in cohorten) per m^2 worden verdisconteerd, maar kan niet rechtvaardigen om de kosten van bouwrijp maken van Nieuwe Kamp II ad $\text{f } 761.923$ niet mede aan Stork in rekening te brengen, maar volledig om te slaan over de andere, ook uitsluitend in Nieuwe Kamp III gelegen percelen, waaronder dat van Dusseldorp. Van de gemeente had dan mogen worden verwacht dat zij zich er rekenschap van gaf welk, mogelijk geringer, aandeel in de kosten van bouwrijp maken (en van infrastructurele werken) van Nieuwe Kamp III in redelijkheid aan het perceel van Stork moest worden toegerekend. Hoewel dat ter comparitie aan de orde is gesteld, heeft de gemeente toen en ook nadien geen met berekeningen onderbouwd inzicht daaromtrent aan het hof verstrekt, zodat geen rekening kan worden gehouden met verschillen als gevolg van verschillen in de omvang van de door Stork en Dusseldorp gekochte, c.q. in optie genomen percelen.

2.11. Met betrekking tot aspect C staat tussen partijen voorts vast dat Dusseldorp zich

veel eerder dan Stork bij de gemeente had gemeld voor in ieder geval een stuk grond van omstreeks 3 ha. en dat zij ten gunste van Stork heeft plaatsgemaakt, zodat de afzet aan Dusseldorp (tenminste aanvankelijk) evenals aan Stork was gegarandeerd. Bij die stand van zaken valt in redelijkheid niet in te zien waarom Dusseldorp met betrekking tot de termijn (van vier jaar) van de financieringskosten niet met Stork maar met de andere, kennelijk latere gegadigden op één lijn werd gesteld en met die laatstgenoemden moest delen in de financieringskosten voor de duur van vier jaar. De door de gemeente aangevoerde omstandigheid dat Stork ten opzichte van de andere afnemers duidelijk een grootafnemer was, rechtvaardigt niet om Dusseldorp te laten meebetalen aan de kosten van een op vier jaar geschatte financiering. Namens de gemeente is immers ter comparitie verklaard dat zij voor vroege (of late) kopers die vergelijkbaar zijn graag een zelfde uitgifteprijs wil hanteren. De door de gemeente in haar conclusie na comparitie (p. 3 onderaan, p. 4 bovenaan) gepresenteerde berekening op basis van een uitgiftetermijn van acht tot tien jaar gaat daarom in ieder geval voor Dusseldorp niet op.

2.12. Voor de aspecten A, B en C gezamenlijk heeft de gemeente verder aangevoerd dat Stork ten opzichte van de andere afnemers duidelijk een grootafnemer was en dat de gemeente daarnaast het (algemeen en sociaal) belang onderkende om Stork voor de gemeente te behouden en haar binnen de gemeente fors te laten uitbreiden. Namens de gemeente is ter comparitie verklaard dat Stork haar vestigingen vanuit andere gemeenten in Lichtenvoorde wilde concentreren, dat de gemeente daarvan een aantal voordelen verwachtte, zoals stabiliteit op het gebied van de werkgelegenheid en een toenemende aantrekkelijkheid voor andere bedrijven en dat de gemeente Stork liever helemaal had dan dat zij een deelvestiging van Stork zou verliezen. Dusseldorp heeft het bestaan van deze publieke belangen niet (gemotiveerd) bestreden, maar niet van belang geacht.

2.13. Klaarblijkelijk als gevolg van het feit dat burgemeester en wethouders buiten ieder gronduitgiftekader afzonderlijk met Stork een overeenkomst hebben uitonderhandeld tegen een prijs van $\text{f } 44,--$ per m^2 bestaat er geen enkel inzicht in de vraag aan welke criteria of publieke belangen een gegadigde moest voldoen om voor een bijzondere grondprijs in aanmerking te komen. Het raadsbesluit van 4 april 1991 noch de onderliggende stukken vermelden daaromtrent iets, behalve dan de hiervoor reeds na-

der beschouwde omstandigheden 'dat, gelet op de afzetgarantie en de grote afname in eens zowel de financieringskosten als de infrastructurele werken van het bewuste gedeelte relatief gering zijn en sterk afwijkend ten opzichte van een 'normaal' uit te geven terrein'. De door de gemeente aangevoerde publieke belangen blijken niet eens uit de in het geding gebrachte stukken omtrent haar besluitvorming. Onder deze omstandigheden kan niet worden volgehouden dat de door de gemeente nagestreefde, maar niet in enige normering tot uitdrukking gebrachte publieke belangen een objectieve en redelijke rechtvaardiging vormden voor afwijking van haar gronduitgiftebeleid.

2.14. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de gemeente ten gunste van Stork een inbreuk heeft gemaakt op het gelijkheidsbeginsel, terwijl een objectieve en redelijke rechtvaardiging daarvoor blijkt te ontbreken.

Blijft evenwel de vraag of en zo ja, waarom het gelijkheidsbeginsel aan Dusseldorp er aanspraak op zou geven dat de gemeente te haren behoeve nogmaals, en wel op dezelfde voet als bij Stork, van haar beleid afwijkt, welke vraag de gemeente ontkennend beantwoordt.

2.15. Hierover wordt als volgt geoordeeld. Destijds waren Dusseldorp en Stork min of meer tegelijkertijd gegadigden voor de aankoop in het zelfde industrieterrein Nieuwe Kamp III, Dusseldorp voor een zichtlocatie van omstreeks 3 ha en Stork voor aankoop van 60.531 m^2 een optie voor de aankoop van plusminus 23.280 m^2 , tezamen dus 83.811 m^2 . In overleg met de gemeente heeft Dusseldorp, die als eerste had ingeschreven, ten behoeve van Stork afgezien van de door haar aanvankelijk beoogde zichtlocatie op de hoek van de Twenteroute (zie rechtsoverweging 4.7 van het tussenarrest) en in Nieuwe Kamp III toch in totaal omstreeks 3 ha gekocht, namelijk 12.100 m^2 van de gemeente en 18.595 m^2 van een particulier.

De door de gemeente aangevoerde publieke belangen zijn hiervoor onder 2.13 verworpen.

Het enige verschil tussen Stork en Dusseldorp kwam er op neer dat Stork een aanmerkelijk groter perceel wilde kopen (8,3 ha) en heeft gekocht (6 ha) dan Dusseldorp (3 ha). Reeds hiervoor is uiteengezet dat die grotere omvang niet rechtvaardigde om de kosten A, B en C mede op Dusseldorp af te wentelen. Op grond van al het voorgaande moet worden aangenomen dat Dusseldorp ten opzichte van de andere kopers dan Stork een positie had die met die van Stork kan worden gelijkgesteld. Door de onderhavige

schending van het gelijkheidsbeginsel heeft de gemeente ten opzichte van Dusseldorp onrechtmatig gehandeld.

2.16. Resteert de vraag of Dusseldorp, net als Stork, haar perceel van 12.100 m² mocht kopen voor f 44,- per m².

De gemeente berekent in haar conclusie na comparitie (p. 4, midden) de gemiddelde prijs op f 47,20 per m². Deze berekening miskent hetgeen hiervoor is overwogen. Het hof hanteert de volgende berekening op basis van de berekening volgens de Nota FEZ, gecorrigeerd met de kosten A, B en C: het eindsaldo uit de Nota FEZ 3.967.892 minus A: 109.948 minus B: 394.187 3.463.757 : 78.187 m²: 44,30 per m² minus C: 4,97 afgerond door Dusseldorp op f 44,- per m² plus BTW.

3. De slotsom

3.1. De grief slaagt, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De vordering is toewijsbaar.

3.2. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de gemeente in de kosten van beide instanties worden veroordeeld.

4. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank te Zutphen van 21 januari 1999 en opnieuw rechtdoende;

verklaart voor recht dat de gemeente onrechtmatig tegenover Dusseldorp heeft gehandeld door bij de verkoop van bedoelde 12.100 m² aan Dusseldorp niet een prijs van f 44,- ofwel € 19,97 per m² (plus BTW) te rekenen;

veroordeelt de gemeente in de kosten van beide instanties, aan de zijde van Dusseldorp gevallen en tot aan het vonnis voor de eerste aanleg begroot op € 780,- voor salaris van de procureur en op € 165,53 voor verschotten en voor het hoger beroep begroot op € 1.927,50 voor salaris van de procureur en op € 245,70 voor verschotten; verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Naschrift:

1. Het raadsbesluit is een beleidsregel

Een raadsbesluit tot vaststelling van gronduitgifteprijs van een industrie-

terrein is een beleidsregel in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), aldus het Gerechtshof (r.o. 4.3 tussenarrest in combinatie gelezen met 2.1 van het eindarrest). De gemeenteraad van Lichtenvoorde had ingestemd met een voorstel van het college van burgemeester en wethouders, dat luidde (ontleend aan het vonnis van de rechtbank Zutphen d.d. 21 januari 1999):

'Als gevolg van de uitbreiding van het industrie-areaal is het nodig een nieuwe kostprijsberekening vast te stellen. Bijzonder aan de kostprijsberekening is dat verreweg het grootste gedeelte naar één koper gaat. Met deze koper is inmiddels overeenstemming bereikt, goedkeuring door Uw raad voorbehouden uiteraard. De effecten zijn in de kostprijsberekening verwerkt. De uitgifteprijs kan worden vastgesteld op f 51 per m² (exclusief omzetbelasting). De berekeningen liggen voor u ter inzage. Met het bouwrijpmaken van dit gedeelte is een bedrag gemoeid van f 1 244 638. Krediet hiervoor moet beschikbaar worden gesteld. Wij stellen U voor de uitgifteprijs voor industrieterrein vast te stellen op f 51 per m² (exclusief omzetbelasting) en door middel van de 18e begrotingswijziging een krediet groot f 1 244 638 beschikbaar te stellen.'

De instemming behelst een beslissing inzake de bevoegdheid van de gemeente tot het aangaan van overeenkomsten van verkoop van gronden, die in eigendom zijn van de gemeente Lichtenvoorde. De uitoefening van deze privaatrechtelijke bevoegdheid kenmerkt zich door een in beginsel ruime mate van beleidsvrijheid. De beslissing van de gemeenteraad heeft echter tot gevolg dat de beslissingsruimte ten aanzien van de per transactie vast te stellen uitgifteprijs voor gronden, behorende tot industrieterrein Nieuwe Kamp III, is gefixeerd op f 44 per m² voor één bepaalde gegadigde (Stork) en op f 51 voor overige gegadigden (waaronder Dusseldorp). In die zin kan het raadsbesluit inderdaad worden gezien als een beslissing inhoudende een beleidsregel in de zin van art 1:3 lid 4 Awb. De instemming leidt tot vaststelling van een algemene regel, waarin een afweging van belangen in relatie tot de vaststelling van bepaalde feiten tot uitdrukking is gebracht in het kader van het gebruik van een de gemeente toekomende bevoegdheid; onder vooromschreven condities volgt voor bepaalde gegadigden een bepaalde grondprijs. Hoewel uit art 1:3 lid 4 Awb het tegendeel zou kunnen worden afgeleid (m.n. in fine: '...bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan...'), mede gezien de onduidelijkheden onder het oude recht (zie Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 12e druk, p. 228), kan blijkens de parlementaire geschiedenis een beleids-

regel mede betrekking hebben op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden, met name omdat bestuursorganen bij het vervullen van publieke taken ook gebruikmaken van het privaatrecht (Parl. Gesch. Awb III, MvT, p. 112). Hoewel de kwalificatie van het raadsbesluit als beleidsregel misschien op het eerste gezicht niet erg voor de hand ligt, lijkt deze bij nadere beschouwing niet onjuist.

Lijkt, want deze beleidsregel is wel zeer weinig expliciet. Uit het besluit zelf kan immers niet worden afgeleid welke belangen nu precies tegen elkaar zijn afgewogen! Evenmin volgt uit het besluit volgens welke criteria een gegadigde in aanmerking komt voor de ene dan wel de andere gronduitgifteprijs. Eerst in de procedure bij het hof, zo valt althans uit r.o. 2.6 af te leiden, is door de gemeente het (beleids)uitgangspunt kenbaar gemaakt dat in beginsel voor alle bestemmingsplannen dezelfde gronduitgifteprijs dienen te gelden, terwijl ook eerst in deze procedure de beweegredenen voor het maken van uitzonderingen worden uiteengezet. Klaarblijkelijk bestond er in de gemeente Lichtenvoorde voor de hoogte van gronduitgifteprijs wel een vaste en algemene gedragslijn – hetgeen een beleid kan worden genoemd – doch was deze, hoewel daaraan ten grondslag liggend, niet in de beleidsregel zelf opgenomen. Dit geldt eveneens voor de beweegredenen om van dat beleid af te wijken. Of daarmee dan nog kan worden volgehouden, dat het raadsbesluit inderdaad een beleidsregel mag heten, is de vraag. Daar staat tegenover dat de Awb voor de kwalificatie als beleidsregel geen nadere voorwaarden stelt aan vormgeving, inrichting en inhoud van de beleidsregel (dan voornoemd); de ene beleidsregel is de andere niet is en behoeft dat ook niet te zijn. Iets anders is of een beleidsregel als besluit voldoet aan alle daaraan te stellen eisen (zoals inzake achterliggende motieven – denk ook aan de 'bonus' van art. 4:82 Awb) of in verband daarmee als gebrekkig moet worden aangemerkt (of niet gebrekkig, maar bijvoorbeeld ontoereikend gemotiveerd in het licht van voornoemd artikel).

2. Indirecte toetsing van de beleidsregel

De vordering van Dusseldorp komt er kortgezegd op neer, dat de gemeente uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel gehouden is aan Dusseldorp industriegrond voor dezelfde prijs te verkopen als aan Stork. De vordering is niet rechtstreeks gericht tegen het raadsbesluit, waarin het litigieuze onderscheid is gemaakt. Dat had natuurlijk ook gekund, want de civiele rechter had, uit hoofde van zijn bestuursrechtelijke taak tot het bieden van aanvullende

rechtsbescherming, rechtstreeks geadieerd kunnen worden. Dusseldorp heeft, om hem moverende redenen, hiervan afgezien en bovendien ook uitdrukkelijk te kennen gegeven het raadsbeluif niet ter discussie te willen stellen. De gemeente heeft daarop de stelling ingenomen, dat het bij raadsbesluit bekrachtigde onderscheid tussen gegadigden voor de industriegrond rechtens was komen vast te staan. Het hof wilde hier echter niet aan, aangezien 'een beleidsregel in samenhang met de daarop gebaseerde privaatrechtelijke bevoegdheidsoefening getoetst kan worden aan algemene rechtsbeginselen, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur' (r.o. 4.5). Daargelaten dat een beleidsregel voortvloeit uit een bevoegdheid en niet andersom, betreft het hof zelf de rechtmatigheid van de beleidsregel in het geschil, niettegenstaande dat de vordering van Dusseldorp zelfs uitdrukkelijk niet is gericht op het buitenwerking stellen van het raadsbesluit. Deze ruimhartige, niet-lijdelijke opstelling van het hof is zeker in een zuiver civiel proces – nogmaals, het hof treedt hier niet op als 'bestuursrechtelijke restrechter' – opvallend, aangezien partijen toch uitdrukkelijk hebben gesteld dat de beleidsregel voor zowel de wijze van totstandkomen als de inhoud voor hen vaststond. Uit het arrest wordt niet duidelijk waarom de rechtmatigheid van de beleidsregel zelf nog ter discussie kan staan; is er wellicht sprake van aanvulling van de rechtsgronden op voet van art. 25 Rv of van ambtshalve toetsing aan een dwingendrechtelijke bepaling?

Hoe dan ook dringt zich hier de vergelijking op met de zogeheten 'tweefasentoesing' door de bestuursrechter. Weliswaar is een direct beroep tegen een beleidsregel door de laatstgenoemde, gelet op art. 8:2 aanhef en onder a Awb niet mogelijk, wel bestaat de mogelijkheid van een indirecte beoordeling daarvan, die wordt verricht in het kader van het beroep tegen een besluit, waarbij de beleidsregel is toegepast. In de eerste fase wordt dan beoordeeld of er rechtens aanvaardbaar beleid (eventueel begrepen in een beleidsregel) voorligt. Vervolgens wordt in een (eventuele) tweede fase getoetst of het bestreden besluit ook overeenkomstig het beleid, resp. de beleidsregel is genomen (of dat dit wegens dreiging van onevenredig nadeel door bijzondere omstandigheden juist niet is gedaan). Behalve toetsing aan de wet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, behelst de eerste fase ook een marginale toetsing op het verrichten van de (evenredige) belangenafweging – bij een beleidsregel alleen indien deze de afweging van belangen als onderwerp heeft. Als laatstgenoemde toets niet wordt doorstaan, volgt overigens vrij-

wel nooit het oordeel dat het beleid of de beleidsregel 'kennelijk onredelijk' en derhalve onrechtmatig is (zie Klap & Olivier, *Beleidsregels*, NJB 17, 1998, p 778); doorgaans wordt het in beroep bestreden besluit door de bestuursrechter 'slechts' wegens een motiveringsgebrek vernietigd.

Een dergelijke indirecte toetsing van de beleidsregel, lijkt toch ook het hof voor ogen te hebben gestaan. Bevreemdend is echter, dat hoewel het hof de betekenis van de beleidsregel meermalen in het tussenaarrest heeft gestipuleerd, in het eindarrest op zijn minst onduidelijk is gebleven of en zo ja, aan welke beginselen van behoorlijk bestuur de beleidsregel is getoetst, welk oordeel het hof daaraan vervolgens heeft verbonden en wat de invloed van dat oordeel is op de in geschil zijnde vraag. Dat lijkt ons – zeker wat het formele zorgvuldigheids-, het rechtszekerheids-, het motiverings- en het evenredigheidsbeginsel betreft – een gemiste kans, immers een oordeel over de juridische houdbaarheid van de beleidsregel zou een goede dienst kunnen bewijzen in de beoordeling van de concrete voorliggende vraag of de gemeente Dusseldorp op gelijke wijze als Stork had dienen te behandelen. Voorzover de beleidsregel een dergelijke toets niet zou kunnen doorstaan, zou dat belangwekkende gevolgen kunnen hebben voor de in geschil zijnde vraag of sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel, aangezien daardoor de objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het maken van dat onderscheid weleens geheel zou kunnen wegvallen – 'gelijkheidsmaatstaven' zijn nu eenmaal cruciaal voor (het werken met) beleidsregels.

3. De beleidsregel zelf is onrechtmatig

Het hof heeft zorgvuldig onderzocht welke uitgangspunten de gemeente hanteert bij de uitgifte van grondprijzen voor industrieterreinen. Ook heeft het hof de beweegredenen voor het door de gemeente daarin gemaakte onderscheid in kaart gebracht. Vervolgens zijn zowel de uitgangspunten als ook deze beweegredenen beoordeeld, waarmee feitelijk toch een oordeel is gegeven over het beleid c.q. de beleidsregel. Beide deugen niet, want ze zijn 'kennelijk onredelijk' en daarmee onrechtmatig. Naar onze mening had het hof daarmee alle redenen om de beleidsregel zelf 'buiten werking' te stellen en bijgevolg daaraan de conclusie te verbinden dat deze geen rol kan spelen bij het antwoord op de vraag of er sprake was van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het door de gemeente Lichtenvoorde gemaakte onderscheid tussen Stork en andere gegadigden. Immers, in de r.o. 2.8-2.10 maakt het hof

korte metten met althans twee van de drie door de gemeente ten processe gegeven redenen voor het onderscheid tussen Stork en de overige gegadigden, waaronder Dusseldorp. Voor wat betreft de redenen van het omslaan van de boekwaarde van industrieterrein Nieuwe Kamp II en de kosten van het bouwrijpmaken daarvan, stelt het hof vast dat het niet valt te begrijpen dat deze kosten niet in rekening worden gebracht aan Stork, doch uitsluitend worden omgeslagen over alle andere gegadigden van Nieuwe Kamp III, waaronder ook Dusseldorp. Voorts oordeelt het hof dat ook geen enkel inzicht bestaat in de vraag aan welke criteria of publieke belangen een gegadigde moest voldoen om voor de lagere grondprijs in aanmerking te komen. Met andere woorden, als wij het oordeel van het hof goed begrijpen, deugt (reeds) de beleidsregel zelf niet.

4. Directe toetsing aan het gelijkheidsbeginsel

In de finale analyse toetst het hof het handelen van de gemeente aan het gelijkheidsbeginsel. Het hof neemt als uitgangspunt dat het raadsbesluit behalve de uitgifteprijs van f 51 voor overige gegadigden, tevens de beslissing behelst dat de uitgifteprijs voor Stork f 44 bedroeg. Daarvoor behoefde niet een apart raadsbesluit te worden genomen, aldus r.o. 2.3 van het eindarrest. Hoe moeten we dit lezen? Er zijn twee mogelijkheden. We kunnen de beslissing ten aanzien van Stork opvatten als een geconcretiseerde verwoording van een onderdeel van de beleidsregel (in gevallen zoals die van Stork geldt een grondprijs van f 44) of als een reeds aanstonds aangegeven afwijking van de beleidsregel, vanwege bijzondere omstandigheden (en onevenredig nadeel – vgl. art. 4:84 Awb in fine). Het laatste lijkt in die zin weer minder waarschijnlijk omdat de gemeente de prijsstelling voor Stork (ondermeer) onderbouwt door te verwijzen naar de grotere bijdrage aan het algemeen belang. Dat echter is nu juist geen grond voor inherente afwijking, maar hooguit voor afwijkend beleid. Op geheel andere gronden wordt de gammele onderbouwing van dit argument overigens – terecht – door het hof ontkracht. Ook r.o. 2.14 laatste volzin: 'Blijft evenwel de vraag of en zo ja, waarom het gelijkheidsbeginsel aan Dusseldorp er aanspraak op zou geven dat de gemeente te haren behoeve nogmaals, en wel op dezelfde voet als bij Stork, van haar beleid afwijkt (...)' biedt geen houvast. Wat bedoelt het hof hier met 'beleid'? De beleidsregel in 'enge zin', inhoudende de algemene grondprijs van f 51, de beleidsregel in ruimere zin, inhoudende voor bepaalde gevallen een prijs van f 51 en in andere, zoals Stork, een prijs van f 44, of

het in r.o. 2.6 omschreven gemeentelijke uitgangspunt, dat in beginsel niet aanvaardbaar is dat voor verschillende bestemmingsplannen verschillende uitgifteprijzen worden gehanteerd? In al deze onduidelijkheid rest uiteindelijk maar één pragmatische benadering en dat is om Stork en Dusseldorp langs de lat van het gelijkheidsbeginsel (in de zin van art. 1 GW en aanverwante verdragsrechtelijke bepalingen!) te vergelijken. Juist het ontbreken van eenduidigheid en daarmee van objectieve gelijkheidsmaatstaven (zoals in beleid te formuleren) leidt daarmee in deze zaak tot uitsluitel. Stuk voor stuk vallen de ter onderscheiding van beide gegadigden voor gronduitgifte gegeven argumenten weg en rest slechts de conclusie dat er geen sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging om inbreuk te maken op het algemene gelijkheidsbeginsel. Hoewel die uitkomst ons praktisch aanspreekt, knaagt toch het besef dat het lokaal bestuur zijn bevoegdheden onvoldoende zorgvuldig heeft gerealiseerd. Vanuit de bijdrage die het bestuursrecht wil leveren aan de realisatie van het algemeen belang, in casu inzake grondbeleid, is dat een gemiste kans!

M. Harmsen en M.A. Heldeweg