

Mr D.J. van Doorninck

Onderwerp: raadsdiscussie inzake rapport PRC
m.b.t. spoorzone

1.

Volmacht met privaatieve werking.

2.

**Boek 6, titel 5, afd. 4, art. 258 BW;
("imprévision")**

Aan de griffier van de raad van de gemeente
Delft,
Postbus 78,
2600 ME Delft.

Delft, 8 februari 2016.

Geachte heer Jeene,

Ik beloofde u nog een memo inzake bovenvermeld eerste onderwerp. Dat speelt een bepalende rol in de aan de orde zijnde discussie inzake de spoorzone.

Hieronder ga ik ook in op het bepaalde in art. 6:258 BW; de relevantie daarvan blijkt o.a. uit de reactie van Mw. Huijsmans op het artikel in het AD. Daarin noemt zij de vraag naar heronderhandelen hypothetisch, en een "wat als"-discussie. Gemakshalve gaat zij daarbij voorbij aan het bepaalde in het BW. Ik acht dat symptomatisch, zowel voor het verrichte onderzoek, als voor de houding van sommige politieke partijen in deze discussie.

1.

Volmacht met privaatieve werking.

1.1

Achtergrond.

Ten tijde van het ontwikkelen van de overeenkomsten inzake de spoorzone was heel bestuurlijk Nederland nog vervuld van het drama rond de Stopera-contracten. Wat je ook overeenkwam, alles leidde tot meerwerk, en dus meer kosten. Analyse van wat er fout ging bij de Stopera leidde slechts tot één conclusie: houd de opdrachtgever weg van het werk, want hij is oorzaak één van meerwerk. De teneur werd toen: bepaal vooraf uiterst helder wat de opdracht is (een zwarte vierdeursauto voor € 10.000,-), en zorg ervoor dat de opdrachtgever nadien niets meer in te brengen heeft, zodat hij ook niets meer te zoeken heeft op het werk.

Vanuit die filosofie zijn de contracten gemaakt. De Raad kon één keer wensen en verlangens vastleggen, maar daarna was het over en uit. Met opzet, dus. En dat betekende dus iets *voor de kaderstellende rol van de raad*. Wat kon die rol nadien nog inhouden?

1.2

Uitwerking van de filosofie.

Uitwerking van die filosofie was de oprichting van OBS BV. Een BV die die vierdeurs-zwarte auto ging maken, voor de overeengekomen prijs. Hoe die auto gemaakt werd was een zaak van de BV. Sturing van het productieproces was geen zaak meer van de raad, maar van de Raad van Commissarissen van OBS BV. En daarin zaten niet de geringsten. Oud minister BiZa Klaas de Vries, Prof. Hugo Priemus, en andere gerenommeerde wetenschappers/bestuurders. Dat was opzet. In feite zou de RvC de controlerende/kaderstellende rol van de gemeenteraad overnemen. En hier begint het misverstand. De raad had zijn kaderstellende rol contractueel weggegeven bij de oprichting van OBS BV! De raad had vooraf wel het kader bepaald: de zwarte vierdeursauto, voor € 10.000,-, die was het. Alles wat de raad nadien riep, vond of wenste, viel buiten dat kader, en was dus buiten de orde. Kaderstelling had de Raad hiermee definitief weggegeven. Wel bleef het budgetrecht van de Raad. Dat recht kan de Raad ook nooit weggeven.

1.3

De juridische constructie.

De juridische constructie die Mr Jaap Hamming (kantoor Loyens Loeff) bedacht was die van de "volmacht met privatieve werking". Volmacht, omdat het om privaatrechtelijke rechtshandelingen ging. Met privatieve werking, omdat ondubbelzinnig moest zijn welke orgaan bevoegd was, en vooral ook: bleef! Ik beschik hier en op dit moment niet over de juiste stukken om dit te adstrueren. Maar uit de stukken m.b.t. de oprichting van de OBS zal dit ondubbelzinnig blijken: de OBS trad in de privaatrechtelijke bevoegdheden van B&W en de Raad. En dat was ook de bedoeling. Wethouder Grashoff heeft deze constructie meermalen aan de Raad voorgehouden: zo gaan we het doen, als u daarmee instemt. En dat deed men, willens en wetens.

Bedenk wel: er was hier geen sprake van overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden. Dat werd niet beoogd, en zou ook niet mogelijk zijn geweest. Het ging hier uitsluitend om een volmacht om bepaalde privaatrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen, waarbij het terugdraaien van de volmacht werd uitgesloten (privatieve, ofwel "berovende" werking). Daarmee werden de regels van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de BV op dit project geheel van toepassing, inclusief de toetsende en kaderstellende rol van de Raad van Commissarissen.

1.4

Kaderstellende rol?

Daarna kon dus formeel van een kaderstellende rol van de Raad geen sprake meer zijn. Het kader was immers bepaald, nu was nog slechts de invulling ervan aan de orde.

Desondanks is daarna op meerdere manieren en op diverse momenten getracht om het proces toch te beïnvloeden. Dat brengt Prof. Priemus ongetwijfeld tot zijn stelling dat er van wisselende bestuurlijke invloed sprake is.

Dat begint al met de aanstelling van een ambtenaar binnen de dienst SO die namens het college de gang van zaken bij OBS moet monitoren. Het lijkt erop dat daarmee de traditionele secretarie weer zijn intrede doet. Vervolgens worden meerdere momenten gecreëerd waarop het project kan worden beïnvloed. Het bestuurlijk geheugen faalt intussen, zoals in Delft gebruikelijk. Niemand respecteert de eerder gemaakte afspraken. Ieder tracht weer het stuur te grijpen, dat allang uit handen gegeven was.

En dan gaat het mis. Zoals ik al eerder aangaf (mijn brief van 16 januari, punt 4, tweede alinea) :

"En wat dus te verwachten viel: de businesscase klapt. Oorzaken: tegenvallend economisch klimaat, beurs- en kredietcrisis, terugvallende inkomsten, etc. Maar ook, en daaraan voorafgaand: wijzigingen in het bouwprogramma (minder woningen, in duurdere segmenten, meer verwervingen in onroerend

goed, tegen de afspraken in gelijktijdig ontwikkelen van meerdere bouwlocaties, etc.) Nagenoeg alle parameters (meer uitgaven, minder inkomsten) werden door het toenmalige gemeentebestuur veranderd, zonder dat adequate voorafgaande analyse en gedegen besluitvorming plaatsvond.

Het lag dus niet aan onjuiste prognoses qua uitgaven, niet aan fouten in de planning, niet aan gebrekkig projectmanagement etc. Cru gezegd zijn er maar twee hoofdoorzaken: 1. De door de gemeente aangebrachte wijzigingen in kosten en opbrengsten van het project; en 2. De gewijzigde (macro-) economische omstandigheden, en de weigering van het Rijk om deze in de casus te betrekken, c.q. het onvermogen van de gemeente om deze discussie met het Rijk aan te gaan. Het is betreurenswaardig dat het nu verschenen onderzoeksrapport aan deze werkelijke oorzaken geheel voorbijgaat”.

1.5

De juridische constructie en de werkelijkheid. Conclusie.

Combineer de voorgaande feiten nu met de ooit gekozen juridische constructie: de volmacht met privaatieve werking, die aan de OBS gegeven was. Deze confrontatie van constructie en werkelijkheid is eerlijk gezegd schokkend.

Ik zou menen dat het gemeentebestuur op meerdere punten blaam treft:

1. Bij voortdurend is miskend hoe de juridische verhouding tussen OBS BV en de gemeente Delft was geregeld.
2. Ten onrechte heeft het gemeentebestuur willen ingrijpen/ingegrepen in de privaatrechtelijke afspraken die OBS BV maakte met derden.
3. De Raad is bij voortdurend op deze punten onjuist/onvolledig geïnformeerd.
4. Het functioneren van OBS BV volgens de regels van het Burgerlijk Recht is door het gemeentebestuur structureel gehinderd.

2.

Artikel 6:258 BW.

Ik beloofde u ook nog een korte uiteenzetting over het bepaalde in art. 6:258 BW. De inhoud van dit artikel is m.m. ook terug te vinden in art. 17 van de Raamovereenkomst tussen gemeente, OBS en de ontwikkelaars. Met een beroep op dit artikel konden de ontwikkelaars op grond van gewijzigde omstandigheden uit deze overeenkomst treden. Hoe luidt art. 6:258 BW? Alsvolgt:

Imprévision. Wijziging of ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden.

Art. 258.

1. *De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.*
2. *Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.*
3. *Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk.*

Het komt mij voor dat de in lid 2 beschreven situatie zich hier niet voordoet. Sterker: als de ontwikkelaars zich met een beroep op deze bepaling van hun verplichtingen konden bevrijden, dan

geldt dit n.m.m. des te meer voor de gemeente Delft. Ik ga de argumentatie daarvoor hier nu niet verder opbouwen. De essentie is, dat door de gemeente Delft op geen enkel moment een beroep op dit artikel is gedaan in de richting van het Rijk. Het lijkt me voorts niet relevant of er ambtenaren waren die hun wetskennis op orde hadden, of bestuurders die begiftigd waren met gezond verstand. De gang van zaken deugt gewoon niet, en is uitermate laakbaar.

Ik neem aan dat u het bovenstaande ter kennis van de Raad zult willen brengen, en dat dit vervolgens deel zal kunnen uitmaken van de beraadslagingen van de Raad.

M.v.g.,
Mr D.J. van Doorninck